

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA
VAKIALARIN GETİRİLMESİ VE DELİLLERİN
TOPLANMASINDA HÂKİMİN ROLÜ**

DOKTORA TEZİ

Fulya TEOMETE YALABIK

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

MART 2016

ÖNSÖZ

“Anglo-Amerikan Hukukunda Vakıaların Getirilmesi ve Delillerin Toplanması Hâkîmin Rolü” başlıklı bu doktora tezi, son yıllarda hâkîmin rolünde köklü değışiklikler gerçekleştiren İngiliz ve Amerikan hukuklarının ayrıntılı olarak ele alınması ve Türk hukukuyla mukayese yapılarak değeriendirilmesini esas almaktadır.

Çalışmada esas hedef Anglo-Amerikan hukukunda vakıaların getirilmesi ve delillerin toplanmasında hâkîmin rolünün kapsamlı olarak ele alınarak ve Türk hukuku ile mukayeseler yapılarak hukukumuz bakımından sonuçlar çıkarılmasıdır. Bu doğrultuda Türk hukukunda hâkîmin rolüne yönelik hukukumuzu geliştirmek ve aksayan yönlerini düzeltmek adına çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır.



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	xiv
RÉSUMÉ.....	xviii
ABSTRACT	xxiv
ÖZET.....	xxx
GİRİŞ	1
Çalışmanın Konusu ve Önemi	1
Çalışmanın Amacı ve Metod.....	3

BİRİNCİ BÖLÜM

ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA HÂKİMLER VE VAKIALARIN GETİRİLMESİ İLE DELİLLERİN TOPLANMASINDA YARGILAMANIN AMACI

§ 1 ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA HÂKİMLER VE MAHKEMELERİN YAPISI	5
I- Anglo-Amerikan Yargılama Sistemleri Hakkında Genel Bilgiler	6
A- İngiliz Hukuku	6
B- Amerikan Hukuku	7
II- İngiliz Hukukunda Hâkimler ve Mahkemelerin Yapısı	10
A- Genel Olarak	10
B- İngiliz Hukukunda Tarihi Gelişim	12

1- Müşterek Hukuk (<i>Common Law</i>) Hâkimleri.....	12
2- Adalet ve Eşitlik Mahkemesi (<i>Chancery</i>) Hâkimleri.....	14
C- Hâkimlerin Statüsü ve Atanması.....	16
1- Genel Olarak	16
2- 2005 Reformundan Önce	17
3- 2005 Anayasal Reformundan Sonra	19
D- Eğitim ve Staj	24
1- Genel Olarak	24
2- Adli Çalışmalar Kurulu (<i>Judicial Studies Board</i>).....	29
3- Oxford ve Adli Okul (<i>Judicial College</i>)	31
E- Mahkeme Sistemi ve Mahkemelere Göre Hâkimler.....	32
1- Genel Olarak	32
2- Sulh Mahkemesi (<i>Magistrates' Court</i>) ve Bölge Mahkemesi (<i>District Judge</i>) Hâkimleri.....	33
a- Genel Olarak Sulh Mahkemesi ve Bölge Mahkemesi Hâkimleri	33
b- Hukukçu olmayan Sulh Hâkimleri (<i>Justices of the Peace</i>).....	35
c- Sulh Mahkemesi Hâkimlerinin Seçimi ve Eğitimleri	39
3- Yerel-İlçe Mahkemesi (<i>County Court</i>) Hâkimleri	42
a- Genel Olarak	42
b- Bölge Hâkimleri (<i>Circuit Judge</i>)	43
c- Kâtip (<i>Registrar</i>)	43
4- Yüksek Adalet Mahkemesi (<i>High Court of Justice</i>).....	44
5- İngiliz İstinaf Mahkemesi (<i>Court of Appeal of England and Wales</i>) Hâkimleri.....	44
6- Lordlar Kamarası ve Yüksek Mahkeme (<i>The House of Lords/ Supreme Court</i>) Hâkimleri.....	44
a- Lordlar Kamarası	44
b- Yüksek Mahkeme Hâkimleri	45
7- Yarı Zamanlı Çalışan Hâkimler (<i>Part-time Judges</i>)	46
III. Amerikan Hukukunda Hâkimler ve Mahkemelerin Yapısı	47
A- Genel Olarak	47
B- Hâkimlerin Seçimi ve Göreve Gelmesi.....	48
1- Genel Olarak	48
2- Amerikan Hukukunda Hâkimlerin Göreve Geliş Yöntemlerinin Tarihi Gelişimi.....	49
a- Genel Olarak	49
b- Liyakat Seçimi (<i>Missouri-Merit Plan</i>).....	50
3- Federal Mahkeme Hâkimlerinin Seçimi ve Göreve Gelişi	51

4- Kaliforniya Eyalet Mahkemesi Hâkimlerinin Göreve Gelişi	52
C- Eğitim ve Staj	53
1- Genel Olarak	53
2- Meslek İçi Sürekli Eğitim	56
D- Amerikan Hukukunda Mahkeme Sistemi ve Mahkemelere Göre Hâkimler ..	58
1- Federal Mahkeme Sistemi	58
2- Amerikan Hukukunda Hâkimler	60
a- Magistra Hâkimler (<i>Magistrate Judges</i>)	60
b- Kaliforniya Eyalet Mahkemeleri Çerçevesinde Eyalet Mahkemesi Hâkimleri	62
c- Sulh Hâkimleri (<i>Justices of the Peace</i>)	64
(aa)- Genel Olarak	64
(bb)- Sulh Hâkimleri	64

§ 2 VAKIALARIN GETİRİLMESİNDE VE DELİLLERİN

TOPLANMASINDA YARGILAMANIN AMACI 66

I. Taraflarca Getirilme İlkesine (<i>Adversarial</i>) ve Araştırma İlkesine (<i>Inquisitorial</i>) Tabi Sistemler	66
A- Genel Olarak	66
B- Taraflarca Getirilme İlkesi ve Araştırma İlkesine Tabi Sistemlerin Tanımlanması	70
1- Genel Olarak	70
2- Dava Malzemesinin Toplanması Çerçevesinde Taraf Hâkimiyeti Sistemi	73
3- Dava Malzemesinin Toplanmasında Araştırma İlkesine Tabi Sistem (<i>Inquisitorial System</i>)	74
C- Taraflarca Getirilme İlkesine Tabi Sistem ve Araştırma İlkesine Tabi Sistem Ayrımı	76
II. Dava Malzemesinin Toplanmasında Taraf Hâkimiyetinin Etkisi	81
A- Taraf Hâkimiyeti Sistemi ve Discovery Müessesesi	82
B- Taraf Hâkimiyeti Sistemi ve Delillerin Sunulması	83
III. Taraf Hâkimiyeti Sistemi ve Jüri	84
A- İngiltere’de Hukuk Davalarında Jüri	84
1- Tarihi Gelişimi	84
2- Jüri ile Hâkimin Görev Ayrımı	88
B- ABD’de Hukuk Davalarında Jüri	91
1- Jürinin Varlık Gerekçesi	96

2- Politik Bir Kurum Olarak Jüri.....	97
3- Dava Malzemesinin Toplanmasında Jürinin Etkisi.....	99
4- Jüri Kurumu ve Amerikan Hukuk Davalarının Yapısı	99
5- Jüri Kurumu ve Kapsamlı Delil Sunma Araçlarına Olan İhtiyaç	100
6- Jüri Kurumu ve Sözlü Delilin Tercih Edilmesi.....	101
C- Jürili-Jürisiz Yargılamaların Dava Malzemesinin Toplanması Çerçevesinde Hâkimin Rolüne Etkileri	102
1- Jüri Kurumu ve Delillerin Kabul Edilebilirliğine İlişkin Kurallar.....	104
2- Dolaylı Delil (<i>Hearsay Rule</i>)	106
3- Ara Değerlendirme.....	109
D- Jüri Kurumu ve Yaptırımlar	110
E- Hukuk Davalarında Jüri Devam Etmeli Midir?	111
IV-Taraf Hâkimiyetinin Hâkimin Rolüne Etkileri.....	113
A- Genel Olarak	113
B- Anglo-Amerikan Hukukunda Taraf Hâkimiyetinin Doğurduğu Etkiler.....	114
BİRİNCİ BÖLÜMÜN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	120

İKİNCİ BÖLÜM

VAKIALARIN GETİRİLMESİ VE DELİLLERİN TOPLANMASINDA HÂKİMİN ROLÜNÜN TARİHİ GELİŞİMİ

§ 1 İNGİLİZ HUKUKUNDA VAKIALARIN GETİRİLMESİ VE DELİLLERİN TOPLANMASINDA BENİMSENEN USULLERİN TARİHİ GELİŞİMİ.....	133

I- Erken Dönem İngiliz Hukukunda Vakıaların Getirilmesi ve Delillerin Toplanması (<i>Fact Gathering</i>)	134
A- İngiliz Müşterek Hukuku (<i>Common Law</i>)	134
B- Müşterek Hukuk Dilekçeleri (<i>Common Law Pleading</i>).....	135
C- Erken İngiliz Hukukunda Duruşma (<i>Trial</i>).....	137
D- İspata İlişkin Kuralların Ortaya Çıkışı ve Genel Olarak Delillerin Gelişimi.....	138
E- Discovery Usulü.....	140
F- Delillere İlişkin Son Dönem Değişiklikler.....	140

II- İngiliz Hukukunda Son Dönem Gelişmeler	143
A- Medeni Usul Kuralları (<i>Civil Procedure Rules-CPR</i>)	143
B- Medeni Usul Kuralları Çerçevesinde Gerçekleştirilen Önemli Değişiklikler	147
1- Dilekçe Yapısında Değişiklikler	147
2- Dilekçelerdeki Değişiklik Talepleri: Yeni Vakıa Eklenererek İddia ve Savunmaların Değiştirilmesi	148
3- Dava Yönetimi ve Hâkimin Takdiri (<i>Case Management and Judicial Discretion</i>)	153
a- Hâkimin Takdir Yetkisi.....	153
b- Dava Yönetimi ve Dava Yönetimi Toplantıları (<i>Case Management and Case Management Conferences</i>).....	154
(aa)- Dava Yönetimi.....	154
(bb)- Dava Yönetimi Toplantıları ve Ön Duruşma İncelemesi (<i>Pretrial review</i>).....	159
(aaa)- Dava Yönetimi Toplantıları	159
(bbb)- Ön Duruşma İncelemesi.....	161
4- Başlıca Hedefler (<i>Overriding Objectives</i>).....	163
5- Yönetici Hâkim Modeli (<i>Managerial Judge</i>)	166
6- Duruşmasız Yargılama (<i>Summary Judgment</i>)	168

§ 2 AMERİKAN HUKUKUNDA VAKIALARIN GETİRİLMESİ VE DELİLLERİN TOPLANMASINDA BENİMSENEN USULLERİN TARİHİ GELİŞİMİ..... 170

I. Erken Dönem Amerikan Hukukunda Vakıaların Getirilmesi ve Delillerin Toplanması.....	172
A- Erken Dönem Amerikan Hukuku Mahkeme Sistemi	172
B- Erken Dönem Amerikan Hukukunda Dava Malzemesinin Toplanması (<i>Fact-Finding</i>).....	173
1- Hukuk Yargılamalarında (<i>Common Law</i>) Dava Malzemesinin Toplanması	173
2- Hakkaniyet (<i>Equity</i>) Yargılamalarında Dava Malzemesinin Toplanması	174
C- Erken Dönem Amerikan Hukukunda Deliller.....	176
D- Tanık İfadesinin Kabul Edilebilirliği	176
E- Çapraz Sorgulama ve Hâkim/Jüri'nin Pasifliği ve Tarafsızlığı	177
1- Jürinin Pasif Rolü	178
2- Jürinin Bağımsızlığı	178
3- Jüri Denetimi için Yeni Yöntemler	180

a-	Hukuki Meseleye İlişkin Hüküm	181
b-	Yeni Duruşma Talepleri	182
F-	Dolaylı Delilin (<i>Hearsay Evidence Rule</i>) Gelişimi.....	182
II.	Amerikan Hukukunda Son Dönem Gelişmeler	185
A-	Dava Yönetimi (<i>Case Management</i>).....	186
1-	Genel Olarak	187
2-	Federal Medeni Usul Kuralları Çerçevesinde Dava Yönetimi	189
B-	Duruşma Öncesi Aşamanın (<i>Pre-trial Phase</i>) Oluşumu.....	190
1-	Dilekçelere İlişkin Değişiklikler	190
a-	Amerikan Hukukunda Dilekçeler	190
b-	Türk Hukukunda Dilekçeler.....	194
c-	Ara Değerlendirme.....	196
2-	Duruşma Öncesi Aşama ve Dava Yönetimi.....	198
3-	Ön Duruşma Toplantıları (<i>Pre-trial Conferences</i>) ve Dava Yönetimi	199
a-	Zamanlama ve Usuli Meseleler.....	204
b-	Esaslı Noktaların Belirlenmesi.....	206
C-	Discovery Usulü.....	209
D-	Son Ön Duruşma Toplantısı (<i>The Final Pretrial Conference</i>)	211
1-	Vakıaların Belirlenmesi ve Daraltılması	211
2-	Delillerin Ön İncelenmesi	212
E-	Duruşma Aşamasının Sürelerine İlişkin Belirlemeler.....	213
F-	Temel Hazırlıkların Gerçekleştirilmesi.....	214
G-	Delillerin Sunulmasında Hâkimin Rolü ve Davanın Bölünmesi (<i>Bifurcation</i>)	215
1-	İspatın Sırası.....	215
2-	Davanın Bölünmesi.....	216
H-	Duruşma Aşaması ve Dava Yönetimi	217
1-	Duruşmaya Başlama.....	217
2-	Jüriye Yardım.....	218
3-	Bilgi Verme, Özetleme ve Müzakere Süreci.....	219
4-	Jürisiz Yargılamalarda Dava Yönetimi	221
5-	Mahkeme Kaynaklarının Kullanımı.....	221
İ-	Duruşma Aşamasına Ulaşan Dava Sayısında Gerileme	224
1-	Genel Olarak	224
2-	Duruşma Aşamasına Ulaşan Dava Sayısının Azalmasının Sebepleri.....	225
3-	Ara Değerlendirme.....	228

**§3 ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA DISCOVERY/DISCLOSURE
MÜESSESESİ ÇERÇEVESİNDE BİLGİYE ERİŞİM, DELİLLER VE
HÂKİMİN ROLÜ 229**

I- İngiliz Hukukunda Disclosure Müessesesi	230
A- Dava Öncesi Disclosure Usulü (<i>Pre-Action Disclosure</i>)	237
1- Dava Öncesi Disclosure Usulü.....	237
2- Dava Öncesi Disclosure Usulü ile Türk Hukukundaki Delil Tespiti İlişkinin Değerlendirilmesi.....	239
B- Üçüncü Kişilere Yönelik Disclosure Usulü	242
C- Disclosure Usulü ile Bilgilerini İfşa Edenin Karşı Tarafın Muhtemel Suistimallerinden Korunması.....	244
D- Disclosure Usulü Çerçevesinde Gizlilik İlkesi ve Muafiyet.....	247
E- Üçüncü Kişilerin Gizliliğinin Korunması ve Hâkimin Rolü	248
F- Davanın Taraflarının Disclosure Usulüne İlişkin Yükümlülüğe Riayet Etmesinin Sağlanması ve Yaptırımlar.....	249
1- Disclosure Usulüne İlişkin Yükümlülüğe Riayet.....	249
2- Yaptırımlar	252
a- İddia veya Savunmaların Terkini (<i>Striking Out Claims or Defences</i>).	252
b- Mahkemeye İtaatsizlik (<i>Contempt of Court</i>).....	255
c- İncelemenin veya İfşanın Alıkonulması Talebi (<i>Claim to Withhold Inspection or Disclosure of a Document</i>)	255
II- Amerikan Hukukunda Discovery/Disclosure Müessesesi	256
A- Discovery Müessesesinin Son Dönem Tarihi Gelişimi	256
1- Genel Olarak	256
2- Discovery Müessesesini İyileştirme Çabaları	259
B- Federal Medeni Usul Kuralları Çerçevesinde Discovery Müessesesi	265
1- Genel Olarak	265
2- Discovery/Disclosure Müessesesi Kapsamında Tarafların Sorgulanması (<i>Party Interrogation</i>).....	266
a- 19. Yüzyılın Başlarında Tarafların Sorgulanması.....	266
b- Tarafların Sorgulanması Yöntemlerinde Genişleme.....	267
(aa)- Yazılı Soru Sorma Şeklinde Sorgulama (<i>Interrogatories</i>)	270
(bb)- İkrara Davet (<i>Requests for Admission</i>)	271
(cc)- Yeminli İfade (<i>Deposition</i>).....	275
c- Tarafların Yazılı Olarak Sorgulanmasının (<i>Party Interrogation</i>) Kapsamının Değerlendirilmesi	275
d- Mahkeme Tarafından (<i>Court-directed</i>) ve Taraflarca Yönetilen (<i>Party-</i>	

<i>directed</i>) Sorgulama Türleri ve Doğrudanlık İlkesi	277
(aa)- Mahkeme Tarafından ve Taraflarca Yönetilen Sorgulama Türleri .	277
(bb)- Doğrudanlık İlkesi.....	278
C- Soruşturmanın Kayda Alınması.....	279

İKİNCİ BÖLÜMÜN DEĞERLENDİRİLMESİ 280

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VAKIALARIN GETİRİLMESİ VE DELİLLERİN TOPLANMASINDA HÂKİMİN ROLÜ

§ 1 VAKIALAR, TECRÜBE KURALLARI VE HUKUK KURALLARI 290

I- Vakıalar ve Vakıaların Getirilmesinde Hâkimin Rolü.....	290
A- Genel Olarak	290
B- Anglo-Amerikan Hukukunda Vakıalar ve Hâkimin Rolü	291
1- Anglo-Amerikan Hukukunda Vakıalar	291
2- Anglo-Amerikan Hukukunda Vakıalar Çerçevesinde Hâkimin Rolü.....	293
III- Hukuk Kuralları	295
A- İç Hukuktaki Hukuk Kuralları	295
B- Yabancı Hukuk Kuralları	296
IV- Tecrübe Kuralları ile Maruf ve Meşhur Vakıalar (<i>Judicial Notice</i>) Kapsamında Hâkimin Rolü.....	298

§2 ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA DELİLLER..... 311

I- Anglo-Amerikan Hukukunda Deliller ve Hâkimin Rolü	311
A- İngiliz Hukukunda Deliller ve Hâkimin Rolü	315
1- Deliller ve Hâkimin Rolü	315
2- Hâkimin Delilleri Yargılamadan Hariç Tutma Konusundaki Takdir Hakkı	318
3- Delillerin Kabul Edilebilirliği ve Hâkimin Rolü.....	319
4- Gizli Yargılama	320
B- Amerikan Hukukunda Deliller ve Hâkimin Rolü	322

1- Deliller ve Hâkimin Rolü	322
2- Delillerin Kabul Edilebilirliği ve Hâkimin Rolü.....	323
II- Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Deliller	325
III- Yeni Delil İleri Sürülmesi ve Hâkimin Rolü	328
IV- Vakıaların İleri Sürülmesi ve Delillerin Toplanması Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Çerçevesinde Ele Alınması.....	332
A- Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Amaçları.....	333
B- Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi.....	335
1- Vakıaların İleri Sürülmeleri Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi	336
2- Deliller Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi.....	337
3- Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Değerlendirilmesi.....	341
C- İngiliz Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi	343
D- Amerikan Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi	350

§ 3 HÂKİMİN ROLÜNÜN DELİLLERİN TOPLANMASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ 351

I- Bilirkişi Delili (<i>Expert Evidence</i>).....	351
A- İngiliz Hukukunda Bilirkişilik ve Hâkimin Rolü.....	354
1- İngiliz Hukukunda İlk Dönemlerde Bilirkişilik	354
2- Medeni Usul Kuralları ile Birlikte Yeniden Şekillenen Bilirkişilik.....	355
a- Müşterek Bilirkişiler (<i>Single Joint Expert</i>)	357
b- Taraf Bilirkişisi (<i>Party-Appointed Experts</i>).....	360
3- İngiliz Hukukunda Bilirkişilerin Müzakeresi ve Hâkimin Rolü	361
4- Hâkimin Bilirkişileri Eş Zamanlı Olarak Dinlemesi (<i>Expert Conferencing</i>)	362
5- İngiliz Hukukunda “Bilirkişi Alışverişi” (<i>Expert Shopping</i>) ve Hâkimin Rolü.....	365
6- İngiliz Hukukunda Bilirkişi Delilinin Kabul Edilebilirliğine İlişkin Standartlar	367
B- Amerikan Hukukunda Bilirkişiler.....	368
1- Bilirkişilik ve Taraf Hâkimiyeti Sistemi	368
a- Taraf Bilirkişisi	369
b- Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi	372
2- Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Hâkimin Rolü.....	375
a- Kabul Edilebilirlik İncelemesi	376

b- Bilirkişi Görüşünün / Tanıklığının Delil Olarak Kabul Edilebilirliğine İlişkin Standartlar	379
(aa)- Genel Olarak	379
(bb)- Piyasadaki Başarı Standardı (<i>Marketplace Standard</i>)	380
(cc)- <i>Frye</i> Standardı	381
(dd)- <i>Daubert</i> Standardı	383
(ee)- <i>Kumho Tire Co. v. Carmichael</i> Kararı ve Bilirkişi Delilinin Kabul Edilebilirliğine Etkileri	389
(ff)- İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 702. Maddesini'nin Yarattığı Etki	391
c- Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişi Delilinin Kabul Edilebilirliğine İlişkin Değerlendirmeler	392
3- Tarafların Fiziksel ve Ruhsal Olarak İncelenmesi (<i>Physical and Mental Examinations</i>)	393
C- Bilirkişilik Delili Kapsamında Hâkimin Rolünün Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi	395
II- Tanık Delili	403
A- Tanıkların Mahkemeye Çağırılması (<i>Witness Summons</i>) ve Sorgulanması..	403
1- Anglo-Amerikan Hukukunda Sözlülük İlkesi ve Tanık Delili	403
2- İngiliz Hukukunda Tanık Delili Bakımından Hâkimin Rolü	404
3- Amerikan Hukukunda Tanık Delili Bakımından Hâkimin Rolü	407
4- Tanık Delilinin Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi	409
a- Genel Olarak	409
b- İkinci Tanık Listesi Verilmesi	411
c- Tanığa Soru Kağıdı Gönderilmesi	415
B- Doğrudan Sorgulama (<i>Examination in Chief</i>), Çapraz Sorgulama (<i>Cross Examination</i>) ve Hâkimin Rolü	418
1- Doğrudan Sorgulama ve Yönlendirici Sorular	418
a- Doğrudan Sorgulama	418
b- Yönlendirici Sorular	418
2- Çapraz Sorgulama	420
3- Yeniden Sorgulama (<i>Re-examination</i>)	427
4- Soru Yönelme	428
III- Keşif	429
A- İngiliz Hukukunda Keşif (<i>view</i>) ve Hâkimin Rolü	429
B- Amerikan Hukukunda Keşif	432

IV-	Belge Bakımından Dava Malzemesinin Toplanmasında Hâkimin Rolü	434
A-	Belge ve Senet Ayırımı	434
1-	Belge Kavramı	434
2-	Senet Kavramı	435
a-	Adi Senetlerde Sahtelik İddiasının İncelenmesi	436
b-	Sahtelik İddiasının Sonuçları	437
B-	Belgelerin Mahkemeye İbrazı Zorunluluğu ve Hâkimin Rolü	438
C-	Karşı Tarafın Elindeki Belgeye Dayanılması Durumunda Hâkimin Rolü...	441
C-	Üçüncü Kişinin Elindeki Belgeye Dayanılması Durumunda Hâkimin Rolü	444
D-	Elektronik Belgelerin İbrazı	445
E-	Ticari Defterlerin İbrazı	448
V-	Yemin	451
VI-	Kesin Hüküm (<i>Res Judicata</i>)	453
A-	Kesin Hüküm	453
B-	Usulün Kötüye Kullanılması (<i>Abuse of Process</i>) ve Hâkimin Rolü	459
§ 4 HÂKİMİN ROLÜNÜN DELİL SÖZLEŞMELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ		463
I-	Hakem-Bilirkişi Sözleşmeleri (<i>Expert Determination</i>)	464
II-	Münhasır Olmayan Delil Sözleşmelerinde Hâkimin Rolüne Genel Bakış	467
ÜÇÜNCÜ BÖLÜMÜN DEĞERLENDİRİLMESİ		469
SONUÇ		480
BİBLİYOGRAFYA		483

KISALTMALAR

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

AC: Appeal Cases

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

A.L.J.R.: Australian Law Journal Reports

All ER: All England Law Reports

Am. Rep.: American Reports

ARB.: Arbitration

bkz.: Bakınız

BMLR: Butterworths Medico-Legal Reports

CA: Court of Appeal

C.C.C.: Canadian Criminal Cases

C. P. Rep.: Civil Procedure Reports (İngiltere ve Galler)

Cal. App.: California Appellate Reports (ABD)

Cal. Rptr.: California Reporter (ABD)

Ch.: Law Reports (Chancery Division)

CLC: Commercial Law Cases (Ticaret Hukuku Davaları)

Co. Rep.: Coke's King's Bench Reports (İngiltere ve Galler)

Comm.: Commonwealth

CPC: Code de Procedure Civile

C.P.L.R.: Civil Practice Law Reports (İngiltere ve Galler)

CP. Rep.: Civil Procedure Reports

CPR: Civil Procedure Rules (İngiliz Medeni Usul Kuralları)

Cr. App. Rep: Criminal Appeal Reports (İngiltere ve Galler)

Crim LR: Criminal Law Review

CSOH: Scotland Court of Session

Ct. App.: Court of Appeals Reports

DC: District Court

EHRR: European Human Rights Reports

Eng. Rep.: English Reports

ER: English Reports

EWCA Civ.: Court of Appeal Civil Division

EWHC (Ch): England and Wales High Court (Chancery Division)

EWHC (QB): England and Wales High Court (Queen's Bench Division)

F.: Federal Reporter

F. 3d.: Federal Reporter, Third Series (ABD)

F. Supp.: Federal Supplement

FLR: Family Law Reports

FMCA: Federal Magistrates Court of Australia

FRE: Federal Rules of Evidence

FSR: Fleet Street Reports (Patent Law Reports)

HD.: Hukuk Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

H.L.: Clark and Finnelly's House of Lords Reports New Series

HLR: Housing Law Reports

HMK: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HSK: 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu

HSYK: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

HUMK: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İc.: İcra

ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes

ILTR: Irish Law Times Reports

IR: Irish Reports

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.: Karar

KB: Law Reports, King's Bench (İngiltere ve Galler)

Lloyd's Rep.: Lloyd's Law Reports (İngiltere ve Galler)

L.R.A.(N.S.): Lawyers' Reports Annotated

LTL: Lawtel Transcripts

MIHDER: Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi

N. D.: North Dakota Reports

no.: Number, numara

N.P.C.: New Practice Cases

NSWLR: New South Wales Law Reports (Avustralia)

NUCJ: Nunavut Court of Justice (Kanada)

NZLR: New Zealand Law Reports

N.W.: Northwestern Reporter

ÖSYM: Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi

P.: Pacific Reporter (ABD)

P. 2d.: Pacific Reporter, Decond Series (ABD)

Para.: Paragraf

PD: Practice Direction (İngiliz Medeni Usul Kralları'nı destekleyen uygulama yönergesi)

PNLR: Professional Negligence and Liability Reports

QB: Queen's Bench

Q.B.D.: Queen's Bench Division

RG: Resmi Gazete

Ry & M: Ryan & M: Ryan & Moody's Nisi Prius Reports (İngiltere ve Galler)

s.: Sayfa

S. Ct.: Supreme Court Reporter (ABD)

SASR: South Australian State Reports

SCC: Supreme Court of Canada

S. D. W. Va: United States District Court for the Southern District of West Virginia

SE. 2d.: South Eastern Reporter, Second Series (ABD)

S.J.L.B.: Solicitors' Journal Law Brief

S. W.: South Western Reporter

TCC: The Technology and Construction Court

Tex. Civ. App: Texas Civil Appeals Reports

T.L.R.: Times Law Reports

TMK: Türk Medeni Kanunu

TPD: Transvaal Provincial Division Decisions (Güney Afrika)

UCLA: University of California, Los Angeles

U.K.: United Kingdom

UKHL: United Kingdom House of Lords

U.S.: United States

U.S.C.: United States Code

Va.: Virginia Reports

vd.: Ve devamı

vol.: Volume

vs.: Ve saire

W. Va.: West Virginia Supreme Court Reports (ABD)

WALR: Western Australian Law Reports

WASCA: Western Australia Supreme Court

Wis.: Wisconsin Reports

WLR: Weekly Law Reports (İngiltere ve Galler)

YHGK: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YKD: Yargıtay Kararları Dergisi

RÉSUMÉ

Dans beaucoup de systèmes juridiques dans le monde les mouvements de réforme se sont montrés et le système anglo-américain nommé « droit commun » et les droits de l'Europe continentale nommés « droit civil » qui sont les deux grands systèmes ont une très grande influence sur ces mouvements de réforme. Ces deux systèmes enracinés suite à la mondialisation et aux mouvements d'approchement des droits entre eux (convergence) en ayant des interactions entre eux avec le temps les points de séparation stricte se sont atténués. En résumé, l'objectif principal de ces mouvements de réforme est l'adoption par les autres cultures du droit des meilleures caractéristiques que les systèmes de droit possèdent et de les appliquer à leur propre droit. La pierre angulaire du changement et du développement des systèmes juridique sont les juges qui sont les acteurs fondamentaux de la justice.

Dans cette thèse, nous avons examiné de façon comparative les réglementations du prétention des faits et la collecte des preuves dans le droit anglo-américain et le droit turc ayant des caractéristiques communes et différentes. Dans notre travail nous avons examiné en détail le droit anglais et le droit américain qui sont les deux plus grands représentants du droit anglo-américain et une généralité fut soumise concernant le droit anglo-américain. Concernant le droit de l'Europe continentale le système du droit turc fut analysé de façon détaillée.

L'objectif principal de l'examen est de prendre en compte de façon globale le rôle du juge dans l'évaluation des faits et la collecte des preuves dans le droit anglo-américain et comparer avec le droit turc afin d'obtenir des résultats du point de vue de notre droit. Dans ce sens nous avons essayé de présenter des solutions raisonnables pour développer dans notre droit et rectifier les côtés problématiques du rôle du juge dans le droit turc.

Entre le droit anglo-américain et le droit turc, du début jusqu'à la fin du jugement il existe plusieurs différences procédurales fondamentales, les procédures de prétention des faits et collecte des preuves et dans ce sens « les juges » et « les rôles des juges dans le jugement » attirent l'attention comme point fondamentale séparant ces deux systèmes de droit entre eux. Dans ce cadre, nous avons limité notre sujet de

travail au rôle du juge dans le prétention des faits et la collecte de preuves concernant un litige.

Que ce soit dans le système anglo-américain que ce soit dans les droits de plusieurs pays de l'Europe continentale analysé dans ce travail, concernant le rôle des juges dans un jugement et donc celui des avocats et des parties au procès des différences s'expriment. Dans le cadre des mouvements de réforme accroissant le rôle du juge dans le jugement, il existe une interaction dans le droit anglo-américain et les droits de l'Europe continentale dont il faut prendre en compte.

Le droit anglais avec l'adoption des règles de procédure civile en 1998 les objectifs principaux et les règles concernant la gestion du procès furent acceptés et il a été assuré un rôle actif au juge du début jusqu'à la fin de la procédure. Les objectifs fondamentaux et les règles de procédures considérées comme les fondations de la réforme anglaise ont apporté à la presque suppression des jugements avec jury, une grande importance fut donnée à la phase de l'audience préliminaire et au changement de la procédure de discovery ainsi changeant les équilibres, la partie stricte ou les parties qui avaient le rôle principale fut éloigné du système de domination.

Quant au système américain, avec la mise en place du Code de procédure fédérale en 1938, il a été réalisé un grand changement dans la procédure de collecte des matériaux du procès. Dans les procédures précédentes les requêtes et les audiences étaient en position centrale, la phase avant l'audience, nommée comme la phase intermédiaire annexée à la procédure de jugement, est devenue une phase importante dans la procédure. La procédure de discovery menée par les avocats est devenue une phase principale dans la procédure de collecte des matériaux du procès.

Lorsqu'il est regardé avec la vision de l'Europe continentale à la procédure de disclosure et la révélation des preuves et des faits du droit anglo-américain, cette situation fut considérée comme inquiétante. En réalité lorsqu'on examine en détail les pratiques anglo-américain dans ces derniers temps ces inquiétudes sont sans fondement. Que ce soit le droit anglais que ce soit le droit américain en brisant les moules de la souveraineté de partie stricte et en activant le rôle du juge ils ont assuré la création de nouvelles procédures compatibles avec les structures de leur droit. Contrairement aux idées reçues la procédure de la disclosure n'est pas une phase se

déroulant totalement sans un juge, sous la souveraineté des parties et imposée par la partie puissante. Bien sûr que ces procédures ont aussi des cotés problématiques mais elles ont aussi plusieurs points qui peuvent être pris en exemple.

Le droit anglais a un droit de la procédure fonctionnant dans le cadre du principe d'accomplissement par les parties et les parties sont souveraines. Mais le caractère de la partie stricte souveraine du droit de la procédure anglais fut adouci et afin de répondre aux besoins du droit de la procédure et pour remédier aux problèmes avec les nouvelles règles de la procédure il a été essayé de donner un nouveau visage au droit de la procédure. Dans ce cadre, il a été pris la voie du rôle actif des juges qui sont la pierre angulaire du jugement mais le caractère de partie stricte souveraine n'a pas été totalement abandonné, au système sous la coupole de la partie stricte et des parties avocats le juge fut inclus. De cette façon, il a été essayé le fonctionnement contrôlé du mécanisme juridique. De façon compatible avec le droit procédural, la structure socio-économique, politique et juridique anglais, sans perdre totalement la structure propre mais en faisant passer par une grande réforme, en prenant sa part des droits de l'Europe continentale et de la mondialisation, a essayé de s'adapter au changement. Avec le changement grand mais autant mesuré le droit anglais de la procédure en se déliant de son titre de représentant du droit anglo-américain s'est approché du droit de l'Europe continentale dans lequel le juge a un rôle actif dans le jugement et a effectué des réformes qui peuvent être exemplaire et qui peuvent même être adoptés par les droits de l'Europe continentale. A la fin le droit anglais s'est distingué en grande partie du droit américain avec lequel il était considéré comme identique et critiqué de ce fait ; en se déliant de sa coquille fondée sur la souveraineté de la partie stricte a créé un droit de la procédure anglais indépendant de la notion de la famille droit « anglo-américain », les réformes réalisées furent son éloignement de la moule exprimée auparavant dans la définition de la famille du droit anglo-américain et en même temps furent la raison de la perte d'effet possédé dans le passé par cette notion.

De nos jours, dans le cadre du rôle du juge du point de vue de l'apport du matériel du procès un droit de la procédure anglais totalement différent s'est mis en place. Tout au long de l'examen, il a été essayé d'attirer l'attention à quel niveau a été accru le rôle du juge de façon conforme à la structure même du système juridique

anglais et sur l'importance de ce changement profond. Le droit de la procédure anglaise ayant l'identité de la souveraineté de la partie stricte a vécu un changement profond concernant le rôle actif du juge. A ce point, dans le droit turc venant de la tradition du droit de l'Europe continentale, de façon conforme à sa tradition juridique et à sa structure, en augmentant le rôle du juge dans le jugement nous pensons que cela assurera la conclusion des procès de façon équitable, dans des délais et couts raisonnables. Quant au droit turc, avec code de procédure civil numéro 6100, a effectué des avancés pour s'approcher des droits des autres pays et a vécu une réforme profonde. Mais nous croyons qu'il faut plus pour que les juges tiennent un rôle actif.

Que ce soit dans le droit turc et dans le droit anglo-américain, il est appliqué le principe de l'apport par les parties. C'est-à-dire dans les deux systèmes juridiques, dans la collecte des matériaux du procès le rôle principal appartient aux parties. Avec ceci, la raison de la différence principale dans la collecte des matériaux du procès est le niveau d'apport par les parties. Dans le système du droit américain le principe de l'apport par les parties est appliqué de façon intense, avec la réforme dans les règles de procédure civile dans le droit anglais, le degré de la pratique du principe d'apport par les parties est atténué, il a été donné au juge des pouvoir très important pour diriger, administrer et éclairer le jugement. Quand au droit turc le niveau d'application du principe d'apport par les parties fut diminué avec l'article 31 du code de procédure civile prévoyant le devoir d'éclaircissement du juge. Lors de l'examen du rôle du juge dans la phase de collecte des matériaux du procès il faut absolument prendre en compte de façon attentive le devoir d'éclaircissement du procès par le juge. Car une analyse dans le devoir d'éclaircissement du procès par le juge, videra de sens le rôle du juge. L'élément assurant la mise en forme du rôle du juge dans la collecte des faits et l'avancement des preuves et pour que le jugement puisse atteindre la réalité conformément à son objectif est le devoir d'éclaircissement du procès par le juge. Le devoir d'éclaircissement du procès par le juge atténue le principe d'apport par les parties. De cette façon, le juge ne rend pas sa décision seulement sur la base des matériaux soumis par les parties au tribunal, assure que les allégations et les demandes des parties soient claires du point de vue matériel et juridique et qu'en même temps assurer une décision équitable dans la mesure du possible. Avec ce principe au service du droit d'être entendu juridiquement, le juge en donnant des avertissements aux parties concernant les manques, les inconnus et les contradictions reconnaît aux parties

la possibilité de donner leur explication. Le devoir d'éclaircissement du procès par le juge assure en même temps un apport important à l'économie de la procédure.

Pendant de longues années avec les réformes profondes réalisées dans les codes de procédures dans le droit anglo-américain, l'attachement au principe d'apport par les parties et le rôle passif donné au juge fut considéré comme compatible avec un jugement impartial et équitable. La raison principale de l'attachement au principe d'apport par les parties est le fait que la réalité pouvait être obtenue avec le concours et la lutte dans le jugement des parties dont les intérêts s'opposaient. La raison de la position du juge en tant qu'un arbitre indépendant regardant la présentation des matériaux du procès par les parties luttant l'une contre l'autre dans la concurrence est dû au fait que le service qui réalise l'instruction et celui qui rend la décision ne soit pas composé des mêmes personnes, que l'instruction ne soit pas modélisé selon le désir d'un service déterminé. C'est-à-dire le juge considéré comme assurant l'impartialité de cette façon est laissé au rang d'un arbitre contrôlant la juste poursuite de la procédure. Tout au contraire donner un rôle actif au juge dans le jugement ne signifie pas la violation de l'impartialité en se mêlant au contentieux. Le juge, tout en gardant une distance égale par rapport aux parties, en sauvegardant son impartialité peut accomplir de façon active sa fonction d'éclaircissement du procès pour un jugement équitable dans des délais raisonnables. Avec une telle pratique, tout en gardant l'apport au procès des matériaux du procès par les parties, le juge assurera l'élimination des contradictions et comblera les manques afin de garantir la compréhension juste et totale des matériaux apportés par les parties. Bien sûr que le juge dans ce sens ne rappellera pas les parties ; concernant l'intégration au jugement de preuves ou de faits déterminés, n'aura pas d'incitation si les matériaux du procès sont apportés par les parties selon la procédure du dossier du jugement.

Dans les droits Anglo-américain et de l'Europe continentale que nous avons essayés de donner des exemples tout au long de ce travail, malgré l'existence de raisons et de facteurs multiple formant et déterminant le cadre du principe d'apport par les parties, le plus important d'entre eux est le devoir d'éclaircissement du procès par le juge. Le droit anglais en augmentant d'une façon de maître le rôle du juge a effectué un très grand pas pour un jugement équitable, plus économique et dans des délais raisonnables. Le rôle du juge anglais s'activant selon la gestion du procès et les

objectifs fondamentaux, dans le droit turc ce changement est réalisé en particulier avec l'article 31 du code de procédure civil prévoyant le droit d'éclaircissement du juge. Quant au droit américain, les réformes pour augmenter le rôle du juge, même s'il est question dans le cadre de la gestion du procès, n'a pas atteint un niveau suffisant et dans le droit américain en raison de la position passive du juge les problèmes se montrent de façon intensive. La réforme qui est presque une révolution vécue dans le droit procédural anglais fut la cause du rapprochement au droit de l'Europe continentale dans lequel le juge a un rôle actif. Pendant des siècles, le droit procédural anglais ayant un attachement au principe d'apport par les parties, en trouvant une solution profonde aux problèmes fondamentaux du système judiciaire, a activé le rôle du juge dans le jugement et en particulier son rôle dans la collecte des matériaux du procès. Même si le droit anglais ne s'est pas totalement détaché de son titre anglo-américain, il a réalisé des réformes compatibles en son sein, de façon à pouvoir s'harmoniser et pouvant être prit comme exemple.

Sous la lumière de toutes ces explications, pour que le jugement puisse être conclu de façon équitable, sans être laissé à l'usure et sans apporter de couts excessifs dans l'apport des faits et dans la collecte des preuves, il est inévitable d'accorder un rôle actif au juge. D'un autre côté, avec le mouvement de la globalisation et l'harmonisation et le rapprochement des droits des pays, dans le droit anglo-américain et dans les droits de l'Europe continental auxquels nous avons fait référence et dans le droit turc un des représentants du droit de l'Europe continental le rôle donné au juge dans la collecte des matériaux du procès est questionné et dans ce sens les recherches de réforme et les interactivités regagnent de la vitesse. Quant à nous conformément au droit turc, nous devons nous harmoniser avec ce mouvement de réforme. Nous croyons que même dans le système du droit anglo-américain envers lequel nous sommes retissent et nous voyons loin il existe des procédures bénéfiques.

ABSTRACT

In many legal systems in the world, reform movements have been observed and two major legal systems, common law and civil law, have huge impacts on these reforms. Due to the globalization and convergent movements of law between or above legal systems, these deep-rooted legal systems, common law and civil law, have interacted with each other. This interaction has reduced primary differences with time. Briefly, the main objective of these reform movements is to implement and adopt the best features of these legal systems. The primary corner stone of the alteration and improvement of these legal systems are judges.

In this study, the fact-gathering process of the Anglo-American and Turkish laws which have not only common but also different features at the same time was examined comparatively. Furthermore, American and English laws, which are the two major representatives of Anglo-American law, were analysed in detail and an overall picture of Anglo-American law has been drawn. Turkish law, a representative of civil law, was also examined in detail.

In this comparative study, the main target is the comprehensive consideration of the role of the judge in fact-gathering process in Anglo-American law and to reach a conclusion for our legal system by making comparisons with Turkish law. In this regard, in order to improve our legal system and to find solutions to the shortcomings within the scope of judge's role in Turkish law, some recommendations have been proposed to offer solutions.

Among Anglo-American law and Turkish law, even though numerous fundamental procedural differences are still being distinguished throughout the proceeding, fact-gathering process and accordingly "judges" and "the role of the judges in the proceedings" are stood out as the essential divergence points of these different legal systems. In this context, the topic of this study is framed as fact-gathering role of the judge.

Both in Anglo-American law and in some Continental laws touched upon in this study, there exists some important reforms in the role of the judges and indirectly

in the role of the lawyers and the parties. In the context of the reform movement that increases the role of the judge throughout proceeding, there has been a remarkable interaction among Anglo-American law and Continental laws that were discussed in the study.

In English law, with the enactment of Civil Procedure Rules in 1998, the rules of overriding objectives and case management are adopted and thus the active judge is provided to take an important role throughout the proceeding. In addition to the overriding objectives and case management rules which are the main pillars of the English civil procedure reform, almost complete abolition of jury trial, emphasis on the pre-trial stage and comprehensive change of the discovery method have caused the conversion of the balance in the proceeding and also caused a shift from strict adversarial system which provides the main role to the parties, to the judge.

In American law, with the enactment of Federal Rules of Civil Procedure in 1938, an important change has been realized in fact-gathering process. Previously, petitions and trial phase were the focus processes throughout proceedings; but now with the involvement of the middle phase, which is called pre-trial phase, became one of substantial phases. The discovery process which is administered by lawyers has become the main phase in fact-gathering process.

In Anglo-American law, fact-gathering through disclosure process has always seen as a trouble by the Continental law perspective. In fact, these concerns remain irrelevant after examining recent Anglo-American law practice in detail. Both English and American law broke the strict adversarial character of the civil procedure, activated the role of the judge and thus Anglo-American law has provided a new procedural system conveniently to the core of its civil process. On the contrary to popular belief, disclosure procedure has no longer been a process that is solely administered by the parties, without involvement of the judge. As a matter of course, although disclosure procedure has some shortcomings, there are many exemplary points as well.

English civil procedure law is still administered by adversarial principle. But the dominant adversarial character of English civil procedural law is softened by the Civil Procedure Rules in order to meet the requirements of procedural law and to find

solutions to the shortcomings. By this way, a new image is tried to be given to the procedural law. In this context, judges who are the main impeller of the judiciary have been activated substantially but on the other hand adversarial character was not completely abandoned, an active judge was involved to the system which was used to be administered solely by parties and their lawyers. Thereby, English legal mechanism has been tried to be a more controlled process. English procedural law has undergone a radical change, in accordance with its legal structure, socio-economic and political needs and globalisation but at the same time without losing its essential features. English procedural law has got changed not only substantially but also carefully and eluded to be a strict representative of adversarial system. English procedural law, with the active role of judge, has approached to the most of the Continental law countries' features and moreover it has become an exemplary to the most of the Continental law countries with the reforms it has made. Now, English law which has been always linked together with American law, has entered into a big change and created an independent English civil procedural law eluding from its strict adversarial character. These reforms have caused to diverge from the concept of Anglo-American law system and also caused to weaken the effect of this notion had before.

Nowadays an utterly different English law can be distinguished especially in the context of the fact-gathering role of the judge. Throughout this study, it was persistently tried to draw attention to not only the degree of the increase but also importance of the change in the role of the judge. Even the adversarial English law has changed dramatically within the scope of activation the role of the judge. From this point of view, Turkish law which is essentially based upon civil law tradition should also activate the role of the judge compatible with its core features in order to provide a fair trial in a reasonable time with a reasonable cost. With the Code of Civil Procedure Nr. 6100, Turkish procedural law has also made an important reform in order to comply with the harmonisation movement in the world. However, we believe that, Turkish law has still more to do to activate the role of the judge in fact-gathering process.

In both Anglo-American law and Turkish law, there exists the adversarial principle at a certain level. In other words, parties of a litigation have the main role in fact-gathering process. Having said that, primary reason for the differences in fact-

gathering process between these legal systems is the degree of the application of the adversarial principle. In American law, the adversarial principle is being applied more intensely than English law. In English law with the reform in the context of the Civil Procedure Rules, the degree of the application of the adversarial principle is softened and crucial power has been given to the judge in order to conduct, administer and illuminate the proceedings. Besides in Turkish law the adversarial principle has been moderated by article 31 of Code of Civil Procedure, titled judge's illumination task. Since the examination of the role of the judge without taking into consideration of the illumination task of the judge would be evisceration of the role of the judge, having said that the role of the judge in fact-gathering process should be evaluated with the illumination task of the judge. Accordingly, the main factor to reach the truth that is compatible with the purpose of the proceeding and embody the role of the judge in fact-gathering process is the illumination task of the judge. Judge's illumination task moderates the adversarial principle. In this way, judge reaches a decision according to the facts and evidences only alleged by parties but at the same time judge provides the facts and evidences alleged by parties are substantially and legally clear and complete. Thus judge also provides to reach a fair decision through the proceeding. Judge enables parties with his/her concrete remarks to explain the unclear, deficient and contradictory points with the help of judge's illumination task which serves furthermore for right to a fair trial. Judge's illumination task also contributes considerably to the principle of procedural economy.

In Anglo-American law for many years before the radical reforms realized in procedural laws, adhesion strictly to the adversarial principle and judge's passive role had been considered appropriate for a fair and impartial trial. Main reason of adhesion strictly to the adversarial principle is the idea to reach the truth with the adversaries contest and battle whose interests are being interfered. In this contest, judge only acts as an impartial arbiter who is not to be involved actively in fact-gathering process because decision maker should be a different authority from the investigator in order not to give a partial decision. In other words, with such a passive judge, impartiality can be maintained and judge acts only as an arbiter who controls the conduct of the process. Whereas giving an active role to the judge does not automatically mean that judge's impartiality is in danger. Judge should use his/her illumination task actively to maintain a fair trial in a reasonable time and to preserve impartiality by treating equally

to the parties. Indeed, with such an application the facts and evidences are brought by the parties to the proceeding, nevertheless judge assures only the facts and evidences brought by the parties are complete and clear. In this context, judge can not remind specific issues and encourage parties to bring specific facts and evidences to the proceeding that are not included to the proceeding by the parties before.

In Anglo-American law and in some Continental law countries that are mentioned in this study, although there are numerous reasons and impacts to formalise and determine the scope of the adversarial principle, the most significant one is the illumination task of the judge. In this regard, English law has increased the role of the judge accomplishedly and has taken an important step to realize the proceedings in a more fair way, in reasonable time with reasonable costs. Whilst the role of the English judge has been reshaped and activated with case management and overriding objectives, the reform in Turkish law has been realized especially within the scope of article 31 of the Code of Civil Procedure titled judge's illumination task. Besides in American law, even though important reforms about enhancing the role of the judge have been realised in the context of case management rules, these reforms have not reached a sufficient level. So in American law the shortcomings caused by the passive role of the judge can be intensively seen. The radical reform realised in English law has been an important exemplary even for most of the Continental law countries which have already an active judge. Even English law which has strictly adhesion to the adversarial principle for centuries, has activated the role of the judge in fact-gathering process as a radical solution for the major problems that render the proceeding cumbersome. Certainly English law has realised these huge exemplary reforms compatible with its essential structure without leaving its Anglo-American features.

Having said that, to maintain administration of the proceedings fairly in a reasonable time, with reasonable costs, it is inevitable to give an active role to the judge in fact-gathering process. On the other hand, globalization, harmonization and the movement of convergence of the legal systems have important impacts on activation of the role of the judge in Anglo-American law, in Turkish law and in some Continental law countries stated in this study. In this regard, reform quests and interactions have been still continued. In accordance with Turkish legal system we should comply with the reform movement. We consider that contrary to popular belief

there are various beneficial procedures that we can adopt in order to improve Turkish procedural law, from Anglo-American legal system which looks distant to our legal system.



ÖZET

Dünyada birçok hukuk sisteminde reform hareketleri kendini göstermekte ve iki büyük hukuk sistemi, “*common law*” olarak adlandırılan Anglo-Amerikan ve “*civil law*” olarak tanımlanan, çalışmada aktardığımız birçok Kıta Avrupası hukukunun bu reform hareketleri üzerinde çok büyük bir etkisi bulunmaktadır. Bu köklü hukuk sistemleri küreselleşme ve hukukların birbirine yakınlaştırılma (*convergence*) hareketleri neticesinde birbirleriyle de etkileşimde bulunarak zamanla keskin şekilde ayrıldıkları noktalar azalmaktadır. Kısaca, bu reform hareketlerinin temel amacı hukuk sistemlerin sahip olduğu en iyi özelliklerin diğer hukuk kültürlerince benimsenerek kendi hukuklarına uyarlamalarıdır. Hukuk sistemlerinin değişimi ve geliştirilmesinin temel yapı taşı ise, yargının temel çarklısı niteliğindeki hâkimler olmaktadır.

Çalışmamızda ortak ve farklı özellikler taşıyan Anglo-Amerikan ve Türk hukukunda vakıaların getirilmesi ve delillerin toplanmasına ilişkin düzenlemeler mukayeseli olarak incelenmiştir. Çalışmada Anglo-Amerikan hukuk sisteminin iki büyük temsilcisi İngiliz ve Amerikan hukukları ayrıntılı olarak incelenmiş ve Anglo-Amerikan hukukuna yönelik bir genellendirme yapılmıştır. Kıta Avrupası hukukunu temsilen Türk hukuk sistemi ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

Çalışmada esas hedef Anglo-Amerikan hukukunda vakıaların getirilmesi ve delillerin toplanmasında hâkimin rolünün kapsamlı olarak ele alınarak ve Türk hukuku ile mukayeseler yapılarak hukukumuz bakımından sonuçlar çıkarılmasıdır. Bu doğrultuda Türk hukukunda hâkimin rolüne yönelik hukukumuzu geliştirmek ve aksayan yönlerini düzeltmek adına makul çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır.

Anglo-Amerikan ve Türk hukukları arasında yargılamanın başından sonuna kadar hala birçok temel usuli farklılık kendini göstermekle beraber, dava malzemesinin toplanması usulleri ve bu doğrultuda da “hâkimler” ve “hâkimlerin yargılama içindeki rolleri” bu iki farklı hukuk sistemini birbirinden ayıran temel noktalar olarak dikkat çekmektedir. Bu kapsamda çalışma konumuz genel olarak uyuşmazlığa ilişkin vakıaların getirilmesi ve delillerin toplanmasında hâkimin rolü olarak çerçevelenmiştir.

Hem Anglo-Amerikan hem de çalışmada değerlendirilen birçok Kıta Avrupası

hukukunda yargılama içinde hâkimlerin ve dolayısıyla avukatların ve tarafların rollerinde değişiklikler söz konusu olmaktadır. Hâkimin yargılama içindeki rolünü arttıran reform hareketliliği çerçevesinde Anglo-Amerikan ve ele aldığımız Kıta Avrupası hukukları arasında dikkate değer bir etkileşim yaşanmaktadır.

İngiliz hukukunda 1998 yılında Medeni Usul Kuralları'nın kabulüyle başlıca hedefler ve dava yönetimine ilişkin kurallar benimsenerek yargılamanın başından sonuna hâkimin aktif şekilde rol alması sağlanmıştır. İngiliz reformunun temel kolonları sayılan başlıca hedefler ve dava yönetimi kurallarının yanı sıra, jürili yargılamaların neredeyse tamamen kaldırılması, ön duruşma aşamasına verilen önem ve discovery usulünün kapsamlı değişimi yargılama içindeki dengeleri değiştirerek, esas rolün taraflarda olduğu katı taraf egemen sistemden uzaklaşılmasına neden olmuştur.

Amerikan hukukunda ise, 1938 yılında Federal Usul Kanunu'nun oluşturulmasıyla dava malzemesinin toplanması usulünde büyük oranda bir değişiklik gerçekleşmiştir. Daha önceleri usuli süreçte merkez konumunda dilekçeler ve duruşma aşaması bulunmakta iken, artık yargılama usulüne yeni eklenen orta aşama olarak da adlandırılan duruşma öncesi aşama önemli bir usul aşaması haline gelmiştir. Avukatlar tarafından yürütülen discovery usulü dava malzemesinin toplanması usulünde esas aşama haline gelmiştir.

Anglo-Amerikan hukukunda, vakıa ve delillerin disclosure usulü ile ifşası Kıta Avrupası hukuku çatısı altında yer alan Türk hukuku gözüyle bakıldığında her zaman endişe verici görülmüştür. Aslında bu endişeler son dönem Anglo-Amerikan uygulamaları ayrıntısıyla incelendiğinde yersiz kalmaktadır. Gerek İngiliz hukuku, gerekse Amerikan hukuku sert taraf egemenliği kalıplarını kırarak ve hâkimin rolünü aktifleştirerek kendi hukuk yapılarına uygun nitelikte yeni usullerin oluşmasını sağlamışlardır. Sanıldığıının aksine disclosure usulü artık tamamen hâkimsiz işleyen, tamamen taraf egemenliğinde, güçlünün dayatmalarıyla işleyen bir süreç değildir. Elbette ki bu usullerin de aksayan yönleri olsa da, örnek alınacak birçok noktası da vardır.

İngiliz hukuku hala taraflarca getirilme ilkesi çerçevesinde işleyen ve taraf egemen karaktere sahip bir usul hukukuna sahiptir. Fakat İngiliz usul hukukunun sert

taraf egemen karakteri yumuşatılarak usul hukukunun ihtiyaçlarını karşılamak ve kusurlarını telafi etmek amacıyla Medeni Usul Kuralları ile birlikte usul hukukuna yeni bir çehre kazandırılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda yargının temel çarklısı olan hâkimlerin büyük oranda aktifleştirilmesi yoluna gidilmiş ve fakat elbette ki taraf egemen karakter tamamen terkedilmeyerek katı bir şekilde taraf ve taraf avukatlarının boyunduruğuyla yürüyen sisteme, artık hâkim de dahil edilmiştir. Böylece hukuk mekanizmasının daha denetimli bir şekilde işlemesi sağlanmaya çalışılmıştır. İngiliz usul hukuku, sosyo-ekonomik, siyasi ve hukuki yapısına uygun bir şekilde, öz yapısını da tamamen kaybetmeden ve fakat büyük bir reformdan geçerek birçok Kıta Avrupası hukukuyla etkileşim yaşayarak ve küreselleşmeden payını alarak değişime ayak uydurmuştur. Büyük ama bir o kadar da ölçülü bir şekilde gerçekleştirilen değişimle beraber İngiliz usul hukuku keskin Anglo-Amerikan hukuku temsilcisi olma sıfatından sıyrılarak yargılamada hâkimin daha aktif rol aldığı birçok Kıta Avrupası hukukuna yakınlaşmış ve onlara da örnek olabilecek ve hatta onlarca benimsenebilecek reformlar gerçekleştirmiştir. Artık İngiliz hukuku, sürekli eşleştirildiği ve bir görüldüğü Amerikan hukukundan büyük oranda ayrılmış; keskin taraf hâkimiyetine dayalı kabuğundan sıyrılarak adeta “Anglo-Amerikan” hukuk aile kavramından bağımsız bir İngiliz usul hukuku yaratmıştır. Gerçekleştirilen reformlar, Anglo-Amerikan hukuk ailesi tanımlamasının eskiden ifade etmiş olduğu kalıplaşmış anlamdan uzaklaşmasına ve aynı zamanda bu kavramın geçmişte sahip olduğu etkisinin zayıflamasına neden olmuştur.

Günümüzde özellikle hâkimin dava malzemesinin getirilmesi bakımından rolü çerçevesinde bambaşka bir İngiliz usul hukuku kendini göstermektedir. Çalışma boyunca hâkimin rolünün ne oranda İngiliz hukuk sisteminin kendi yapısına uygun ölçüde arttırıldığına ve bu köklü değişimin önemine ısrarla dikkat çekmeye çalıştık. Katı taraf egemen kimliğe sahip İngiliz usul hukuku dahi kendi bünyesinde hâkimin aktifleştirilmesine yönelik olarak köklü değişimler yaşamıştır. Bu noktada Kıta Avrupası hukuk geleneğinden gelen Türk hukukunun da, kendi hukuk geleneğine ve yapısına uygun olduğu ölçüde hâkimin yargılama içindeki rolünü arttırarak davaların daha adil bir şekilde, makul süre ve masraflarla sonuçlandırılmasını sağlaması gerektiği kanaatindeyiz. Türk hukuku da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile diğer ülke hukuklarına yaklaşmak adına adımlar atmış ve köklü bir reform yaşamıştır. Ancak hâkimlerin aktifleştirilmesine yönelik atması gereken daha fazla adım olduğu

inancındayız.

Hem Türk hukukunda hem de Anglo-Amerikan hukukunda taraflarca getirilme ilkesi uygulanmaktadır. Yani her iki hukuk sisteminde de, dava malzemesinin toplanmasında esas rol taraflara düşmektedir. Bununla beraber, dava malzemesinin toplanmasında oluşan temel farklılığın sebebi taraflarca getirilme ilkesinin uygulanma derecesidir. Amerikan hukukunda taraflarca getirilme ilkesi en yoğun şekilde uygulanırken, İngiliz hukuku Medeni Usul Kuralları ile oluşturulan reform ile taraflarca getirilme ilkesinin uygulanışının derecesini zayıflatarak hâkime yargılamayı yönlendirmeye, idareye ve aydınlatmaya yönelik çok önemli yetkiler vermiştir. Türk hukukunda ise, taraflarca getirilme ilkesinin uygulanışının derecesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenen hâkimin aydınlatma ödevi ile zayıflamıştır. Dava malzemesinin toplanması sürecinde hâkimin rolünü incelerken mutlaka hâkimin davayı aydınlatma ödevinin dikkatlice ele alınması gerekmektedir. Çünkü hâkimin davayı aydınlatma ödevi olmaksızın yapılacak bir inceleme, hâkimin rolünün iinin boşaltılmış hali olacaktır. Hâkimin vakıaların toplanması ve delillerin ileri sürülmesindeki rolünü şekillendiren ve yargılamanın amacına uygun şekilde gerçeğe ulaşılmasını sağlayan unsur, hâkimin davayı aydınlatma ödevidir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, taraflarca getirilme ilkesini yumuşatmaktadır. Böylelikle hâkim sadece tarafların mahkemeye sundukları dava malzemesini ele alarak hüküm vermemekte, tarafların ileri sürdükleri iddia ve taleplerin maddi ve hukuki bakımdan açık ve tam olmasını ve aynı zamanda bu şekilde mümkün olduğu kadar adil bir hükme ulaşılmasını sağlamaktır. Hukuki dinlenilme hakkına da hizmet eden bu ilke ile hâkim eksik, belirsiz ve çelişkiler konusunda taraflara somut uyarılar yaparak tarafların açıklama yapmasına imkân tanımış olmaktadır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi aynı zamanda usul ekonomisine de önemli bir katkı sağlamaktadır.

Anglo-Amerikan hukukunda usul kanunlarında gerçekleştirilen köklü reformlardan önce uzun yıllar taraflarca getirilme ilkesine olan sıkı bağılılık ve hâkime yargılamada çok pasif bir rol verilmesi özellikle tarafsız ve adil bir yargılama yapılması için uygun görülmüştür. Taraflarca getirilme ilkesine olan sıkı bağılılığın temel sebebi, gerçeğe en iyi şekilde ancak menfaatleri çatışan tarafların yargılama içinde yarışması ve mücadele vermesiyle ulaşılabilceğinin düşünülmesidir. Hâkimin ise, birbirleriyle rekabet içinde mücadele veren tarafların dava malzemelerini

sunmalarını seyreden tarafsız bir hakem konumunda bırakılmasının sebebi, tahkikati gerçekleştirecek mercii ile kararı verecek mercilerin aynı kişilerden olmamasının tahkikatin belirli bir merciin emelleri doğrultusunda şekillenmemesini sağlamak amacıyla. Yani bu şekilde tarafsızlığının sağlandığı düşünülen hâkim sadece usulün doğru şekilde yürütülmesini denetleyen bir hakem mertebesinde bırakılmaktadır. Hâlbuki hâkime yargılama içinde aktif bir rol verilmesi demek mutlaka hâkimin uyuşmazlığa karışarak tarafsızlığını zedelemesi anlamına gelmemektedir. Hâkim, davanın taraflarına eşit mesafede durarak, tarafsızlığını koruyarak makul süreler içinde adil bir yargılama yapılması için davayı aydınlatma görevini aktif şekilde yerine getirmelidir. Böyle bir uygulamayla aslında yine taraflar dava malzemelerini yargılamaya getirmekle beraber, hâkim sadece taraflarca getirilen malzemelerin doğru ve tam anlaşılmasını garantilemek için eksikliklerin ve çelişkilerin giderilmesini sağlamış olacaktır. Elbette ki hâkim bu doğrultuda taraflara hatırlatmada bulunamaz; belirli delil veya vakıaların yargılamaya dahil edilmesi konusunda teşvikte bulunamaz meğer ki bu dava malzemeleri dava dosyasına usulüne uygun şekilde taraflarca girmiş bulunsun.

Anglo-Amerikan ve çalışma boyunca örneklendirdiğimiz Kıta Avrupası hukuklarında taraflarca getirilme ilkesini şekillendiren ve kapsamını belirleyen birçok sebep ve etken olmasına karşın, bunlardan en önemlisi hâkimin davayı aydınlatma ödevidir. İngiliz hukuku bu doğrultuda hâkimin rolünü çok usta bir şekilde arttırarak, yargılamaların daha adil, daha ekonomik ve makul süreler içinde gerçekleştirilmesi adına büyük bir adım atmıştır. İngiliz hâkiminin rolü, dava yönetimi ve başlıca hedefler doğrultusunda şekillenerek aktifleşirken, Türk hukukunda bu değişim özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenen hâkimin aydınlatma ödevi ile gerçekleştirilmiştir. Amerikan hukukunda ise, hâkimin rolünü arttırmaya yönelik reformlar, dava yönetimi kapsamında söz konusu olsa da, yeterli seviyeye ulaşmamıştır ve hala Amerikan hukukunda hâkimin pasif duruşu sebebiyle oluşan aksaklıklar yoğun şekilde kendini göstermektedir. İngiliz usul hukukunda yaşanan adeta devrim niteliğinde olan reform, İngiliz hukukunun büyük ölçüde hâkimin aktif olarak rol aldığı birçok Kıta Avrupası hukukuna yakınlaşmasına neden olmuştur. Yüzyıllar boyunca, taraflarca getirilme ilkesine sıkı bir bağlılık gösteren İngiliz usul hukuku, yargı sistemini hantallaştıran temel sorunlara köklü bir çözüm yolu bularak hâkimin yargılama içindeki rolünü, özellikle de dava malzemesinin

toplanmasındaki rolünü aktifleştirmiştir. Elbette ki, İngiliz hukuku tamamen sahip olduğu Anglo-Amerikan sıfatından kopamasa da, kendi bünyesine uygun, uyum sağlayabileceği nitelikte örnek alınabilecek reformlar gerçekleştirmiştir.

Tüm bu anlatılanlar ışığında, yargılamaların daha adil, sürüncemede bırakılmadan ve aşırı masraflara yol açmadan sonlanabilmesi için vakıaların getirilmesinde ve delillerin toplanmasında hâkime aktif bir rol verilmesi kaçınılmazdır. Diğer taraftan, özellikle, küreselleşme ve ülke hukuklarının uyumlaştırılması ve yakınlaştırılması hareketiyle hem Anglo-Amerikan hem de çalışmada değindiğimiz birçok Kıta Avrupası hukukunda ve Kıta Avrupası hukukunun temsilcilerinden Türk hukukunda dava malzemesinin toplanmasında hâkime verilen rol sorgulanmakta ve bu doğrultuda reform arayışları ve etkileşimler hız kazanmaktadır. Bizler de Türk hukukuna uygun olarak, bu reform hareketliliğine uyum sağlamalıyız. Her zaman çekindiğimiz ve uzak gördüğümüz Anglo-Amerikan hukuk sisteminden bile edinebileceğimiz faydalı usuller olduğu kanaatindeyiz.

GİRİŞ

Çalışmanın Konusu ve Önemi

Dünyada birçok hukuk sisteminde, özellikle sosyo-ekonomik değişimler sonucunda reform hareketleri kendini göstermektedir. İki büyük hukuk sistemi, “*common law*”¹ olarak adlandırılan Anglo-Amerikan ve “*civil law*” olarak tanımlanan çalışmada örneklendirilen Kıta Avrupası hukuklarının bu reform hareketleri üzerinde çok büyük etkisi vardır². Bu köklü hukuk sistemleri küreselleşme ve hukukların birbirine yakınlaştırılma³ (*convergence*) hareketleri neticisinde birbirleriyle de etkileşimde bulunmakta, zamanla keskin şekilde ayrıldıkları noktalar azalmaktadır. Kısaca, bu reform hareketlerinin temel amacı hukuk sistemlerinin sahip olduğu en iyi özelliklerin diğer hukuk kültürlerince benimsenerek bu özellikleri kendi hukuklarına uyarlamalarıdır⁴. Hukuk sistemlerinin değişimi ve geliştirilmesinin temel yapı taşı ise hâkimler olmaktadır.

Anglo-Amerikan ve çalışmada ele alınan birçok Kıta Avrupası hukuku arasında yargılamanın başından sonuna kadar hala birçok temel usuli farklılık kendini göstermekle beraber, dava malzemesinin toplanması usulleri ve bu doğrultuda da “hâkimler” ve “hâkimlerin yargılama içindeki rolleri” bu iki ana hukuk sistemini birbirinden ayıran temel farklılık olarak dikkat çekmektedir. Bu kapsamda çalışma konumuz genel olarak uyuşmazlığa ilişkin vakıaların getirilmesi ve delillerin toplanmasında hâkimin rolü olarak çerçevelenmiştir.

Tarafların vakıalara ilişkin uyuşmazlıkları genellikle yargılama sürecinin

¹ 1066 yılından sonra ortaçağ İngiltere’inde ilk kez ortaya çıkan ve günümüzde İngilizce konuşulan milletlerde; yani İngiltere, Kanada, Yeni Zelanda, Avustralya ve Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) söz konusu olan hukuk sistemi temel olarak *common law* olarak adlandırılmaktadır, **David W. Neubauer / Henry F. Fradella**, *America’s Courts and the Criminal Justice System*, Wadsworth Cengage Learning, Tenth Edition, Canada 2009, s. 29.

² **Charles H. Koch**, *The Advantages of the Civil Law Judicial Design as the Model for Emerging Legal Systems*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 11, issue 1, 2004, s. 139.

³ Yakınlaştırma hareketinden kasıt, milli hukuk sistemlerinin birbirlerine yakınlaştırılarak, mevcut farklarının azaltılması ve hatta farkların ortadan kaldırılmasıdır, **Benoit Allemeersch / Els Vandensande**, *Convergence of Civil Procedure Systems in Europe: Comments from Belgian Perspective*, in *X. E. Kramer / C. H. van Rhee (eds.), Civil Litigation in a Globalising World*, s. 319.

⁴ **Koch**, s. 139.

temelini oluşturmaktadır. En basit şekliyle, hukuk sistemlerinin genel tablosu incelendikten sonra, vakıalara ilişkin tartışmaların ağırlıklı olarak yargılamanın üç aşamasında görüldüğü sonucuna varılmaktadır: Vakıaların toplanması, delillerin ibrazı ve delillerin hâkim tarafından ispat gücünün takdir edilerek uyuşmazlık konusu vakıa(lar) hakkında bir karara varıldığı karar aşaması'dır. Bu aşamalar hep birlikte dava malzemesinin toplanması (*fact-finding process*) usulünü oluşturmaktadır. Buna göre, vakıaların toplanması aşamasında taraflar genellikle ilk olarak iddia ve savunmalarını içeren dilekçelerinde davayla bağlantılı vakıalarını sunmaktadırlar. Bazı hukuklarda taraflar kendiliğinden davanın karşı tarafı ve mahkemeyle uyuşmazlıkla bağlantılı sahip oldukları bilgileri paylaşma usulünü benimserken, bazı hukuk sistemleri ise, taraflara birbirlerinden uyuşmazlıkla bağlantılı bilgileri talep etme imkanı sağlamaktadır. Delil aşaması ise, ikinci aşama olarak görülmektedir. Bu aşamada taraflar belirli bir vakıa üzerinde anlaşılmadıkları takdirde, iddia ettikleri vakıanın doğruluğu konusunda karar vericiyi (jüri ve/veya hâkim) ikna etmek üzere delillerini sunmaktadırlar. Çalışmamız kapsamına dahil etmediğimiz karar aşamasında ise, karar verici delilleri takdir ederek vakıalar üzerinden bir hükme varmaktadır. Bu çalışmada, vakıaların getirilmesi ve delillerin toplanmasında davanın taraflarına düşen rol çalışma kapsamı dışında bırakılarak sadece hâkime düşen rol kapsamlı bir şekilde ele alınacaktır.

Biz çalışmamızda dava malzemesinin nasıl toplandığından, delillerin nasıl sunulduğundan ve dava malzemesinin toplanmasına ilişkin meselelere yönelik kararın nasıl verildiğinden bahsedeceğiz. Fakat bunu yaparken, çalışma alanımızı daraltarak sadece Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukuku çatısı altında yer alan Türk hukukunun temel farklılaşma noktası olan hâkimlerin rolünü ele alacağız.

Adaletin korunması ve adalete hizmet eden kurumların geliştirilmesi açısından yargılama içinde büyük bir sorumluluk taşıyan hâkimlerin rollerinin ele alınması özellikle de adaletin yozlaşma tehlikesi altında olduğu günümüzde büyük önem taşımaktadır.

Bu iki büyük hukuk sisteminde hâkimlerin rolünün çerçevelenmesi özellikle de yargılama içinde avukatların ve tarafların bulundukları konum ve rollerinin gösterilmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Böylece, yargılama içinde hâkimin, avukatların ve tarafların rolü daha açık ve net şekilde gösterilecek ve saydığımız bu

aktörler birbirlerinin yargılama içindeki rolünü görmezden gelemeyecek ve sınırlarını aşamayacaktır. Ayrıca, hâkimin rolünün Anglo-Amerikan ve Türk hukuklarıyla kapsamlı mukayesesi aracılığıyla iki ana hukuk sisteminde görülen eksikler, avantajlara değinilecek ve Türk hukukuna neler kazandırabiliriz sorusuna cevap aranacaktır.

Çalışmanın Amacı ve Metod

Çalışmanın en temel amacı Anglo-Amerikan ve Türk hukukları açısından, vakıaların getirilmesi, delillerin toplanması ve incelenmesi ile davanın aydınlatılması görevleriyle sınırlı olmak üzere hâkimin rolünün kapsamlı olarak değerlendirilmesidir.

Çalışmamızda ortak ve farklı özellikler taşıyan Anglo-Amerikan ve Türk hukuk sistemlerinin vakıaların getirilmesi ve delillerin toplanmasına ilişkin düzenlemelerini mukayeseli bir şekilde inceleyeceğiz. Çalışmada Anglo-Amerikan hukuk sisteminin iki büyük temsilcisi İngiliz ve Amerikan hukukları ayrıntılı olarak incelenecek ve Anglo-Amerikan hukukuna yönelik bir genellendirme yapılacaktır. Kıta Avrupası hukukunu temsilen Türk hukuk sistemi ayrıntılı bir şekilde ele alınacak; fakat bazı noktalarda diğer Kıta Avrupası hukukları bakımından da örnekler sunularak genel değerlendirmeler yapılacaktır.

Mukayeseli bir çalışma birçok amaca hizmet edebilmektedir. Örneğin uluslararası davalarla uğraşan avukatlara rehber niteliğinde olmak veya hukukların milletlerarası birleştirilmesi, birbirlerine yakınlaştırılması gibi amaçlar taşıyabilmektedir.

Çalışmamızda bizim öncelikli hedefimiz Kıta Avrupası hukuk sistemi çatısı altında yer alan Türk hukuku ve Anglo-Amerikan hukuk sisteminde dava malzemesinin toplanmasına ilişkin hâkime düşen rolün net bir şekilde ortaya konulması ve aynı zamanda bu iki büyük hukuk sisteminde usul hukukuna ilişkin yargılamanın önemli bir parçasının kavranmasını kolaylaştırmaktır. Ancak bu sayede tabloya geniş çerçeveden baktığımız takdirde Türk hukukunun eksik yanlarını ortaya koyabilir ve mukayese yaptığımız hukukların olumlu yanlarından örnekler alarak kendi hukuk sistemimizi iyileştirebiliriz. Bu doğrultuda Türk hukukunda hâkimin rolüne yönelik olarak öneriler oluşturulmaya çalışılacaktır. Bu noktadan hareketle çalışmamız genelinde mukayese yaptığımız hukuklardan Türk hukukuna model

olabilecek uygulamalar konusunda önerilerde bulunacağız. Çalışmanın adaletin dışlilerinden en büyüğü olan hâkimlerin rolünün incelenmesi ve bu kapsamda öneriler ileri sürülmesiyle adaletin daha hızlı ve sağlıklı şekilde işlemesine katkıda bulunması en büyük temennimizdir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA HÂKİMLER VE VAKIALARIN GETİRİLMESİ İLE DELİLLERİN TOPLANMASINDA YARGILAMANIN AMACI

§ 1 ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA HÂKİMLER VE MAHKEMELERİN YAPISI

Bu bölümde Türk hukuk sisteminden köklü nitelikte farklılıklar içeren Anglo-Amerikan hukukunda hâkimler ve mahkeme yapısı hakkında kısa açıklamalar yapılacaktır. Böylelikle ilerleyen bölümlerde esas çalışma konusu olan dava malzemesinin toplanması süreci kapsamında hâkimin rolünün daha anlaşılır kılınması amaçlanmaktadır. Bunun öncesinde başlangıçta genel olarak Anglo-Amerikan hukuk sistemi kapsamında İngiliz ve Amerikan hukukları hakkında kısa açıklama ve değerlendirmeler yapılacaktır.

Hukuk sistemimize yabancı olan Anglo-Amerikan hukukunda hâkimler ve mahkemelerin yapısı hakkında açıklayıcı bilgiler detaylı bir şekilde yapılacak olmakla beraber Türk hukukunda hâkimler ve mahkeme yapısı hakkında çok temel bilgiler verme yolu tercih edilecektir. Çalışmanın esas konusu olan dava malzemesinin toplanması çerçevesinde hâkimin rolünün gereğince anlaşılır kılınabilmesi için, çalışmanın en başında Anglo-Amerikan hukukunda hâkimlik mesleğinin işleyişi, hâkimlerin donanımı ve mahkeme yapısının kapsamı hakkında detaylı açıklayıcı bilgiler vermenin yerinde olacağını düşündük. Türk hukukunu ise, Anglo-Amerikan hukuku ile aynı çerçevede görebilmek ve mukayese edebilmek amacıyla kısa bir şekilde değerlendirmeler yoluyla açıklama yolunu seçtik. Dolayısıyla aşağıda Türk hukukunda hâkimlik mesleğine yönelik olarak vereceğimiz bilgiler çalışmamız kapsamında çok sınırlı seviyede olup, Türk hukukunda hâkimlik mesleğini tamamen açıklama amacı taşımamaktadır.

I- Anglo-Amerikan Yargılama Sistemleri Hakkında Genel Bilgiler

Bu başlık altında dava malzemesinin toplanması ile sınırlandırmadan Anglo-Amerikan hukukları hakkında genel açıklayıcı bilgiler verilecektir.

A- İngiliz Hukuku

İngiliz medeni yargılama sistemi, İngiltere ve Galler bölgesinde uygulanmaktadır. İngiltere ve Galler'nin yazılı bir Anayasası olmadığı için, içtihat ve yasamaya dayanan bir Anglo-Amerikan sistemi mevcuttur¹. İngiliz hukukunda jüri yargılama birkaç istisnai hukuka aykırılık hali- hakaret, iftira, kanun dışı tutuklama gibi sebeplerle açılan hukuki sorumluluğa yönelik tazminat davaları- dışında bulunmamaktadır.

İngiliz hukukçu Andrews'a göre, İngiliz hukukunda hâkimlerin temel görevi uyuşmazlık konusu vakılardan bulgular elde ederek, hukuki talepleri değerlendirmek, duruşma düzenini sağlamak, hüküm vermek ve yargılama masraflarına karar vermektir². Duruşmalar hukuk davalarında bir günden daha kısa olmakla birlikte, istisnai olarak kimi zaman haftalar veya aylarca sürebilmektedir³. İngiliz hukukunda hâkimler genellikle erkek ve beyaz ırktan olmaktadır. 2000 yılında gerçekleştirilen bir istatistiğe göre 157 Yüksek Adalet Mahkemesi (*High Court*) hâkiminden sadece 11'i kadın olmakla birlikte etnik geçmişe sahip hâkim bulunmamaktadır⁴. Tüm tam zamanlı hâkimler ele alındığında ise bunların % 11'inin kadın ve %1.3'ünün etnik kökene sahip hâkim olduğu görülmektedir⁵. Oranlardaki bu dengesizlik her geçen gün kapansa da, bu durum bir utanç olarak tasavvur edilmektedir⁶.

İngiliz hukukunda duruşma aşaması birbiri ardına aralıksız devam eden usullerden oluşmuş bir zincirdir. Duruşma aşamasının temel bölümlerini sıralayacak

¹ Ayşe Gülin Güralp, Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Hukuku Sistemlerindeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 172.

² Neil Andrews, English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System, Oxford University Press, New York 2003, s. 776.

³ Andrews, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 776.

⁴ Thomas Legg, Judges for the New Century, Public Law, vol. 62, 2001, s. 68.

⁵ Legg, s. 68.

⁶ Andrews, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 777.

olursak: 1- Açılış konuşması⁷ (*opening speech*); 2-Davacının tanıklarının sorgulanması⁸ (*examination-in-chief*), 3-Davacının tanıklarının, davalı avukatı tarafından çapraz sorgulanması (*cross-examination*), 4-Tanıkların yeniden sorgulanması; 5-Davalının tanıklarının sorgulanması (*examination-in-chief*); 6-Davalının tanıklarının davacı avukatı tarafından çapraz sorgulanması; 7-Tanıkların yeniden sorgulanması; 8-Davalı avukatının kapanış konuşması; 9-Davacı avukatının kapanış konuşması; 10-Karar; 11-Masraflara hükmedilmesi şeklinde bir sıra izlenmektedir. Yukarıda belirttiğimiz davacının davasının mahkemeye sunulduğu bölüm tamamlandıktan sonra; yani beşinci aşama tamamlandıktan sonra davalı mahkemeye ortada dava açılacak bir konu bulunmadığı için savunma yapmadan davanın reddedilmesi talebinde (*no case to answer*) de bulunabilir (CPR Rule 3.1(2)(m))⁹. Hâkimin takdir edeceği bu durum sonucunda yargılama davalı lehine reddedebilebilmektedir. Medeni Usul Kuralları'na sağlanan bu hüküm, hâkimin davanın yönetilmesi ve başlıca hedeflerin¹⁰ sürdürülebilmesi amacıyla her türlü “diğer” adımı ve kararı verebileceği, yargılama içindeki rolünün çok geniş şekilde aktifleştirilmiş olduğunun bir örneğidir.

B- Amerikan Hukuku

Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’nde elli adet eyaletin ve bir federal hükümetin bulunması sebebiyle, elli bir adet medeni yargılama sistemi bulunmaktadır¹¹. Her eyalet, o eyaletin Anayasası ve federal Anayasanın kurallarına uygun olarak, sadece kendi mahkeme sisteminin işleyişinden sorumludur. Federal mahkemeler en önemli mahkemeler olarak kabul edildiği ve federe devletlerin büyük

⁷ Açılış konuşmasının yapılmadığı yargılamalar da mümkün olabilmektedir: Seri yargılama usulünde PD (28) 8.2; çoklu yargılama usulünde PD (29) 10.2.

⁸ Genellikle sözlü ifadenin yerine tanığın yazılı ifadesi mahkemeye sunulmaktadır. Tanığın sorgulanması ile tanığın çapraz sorgulanması birbirinden farklı usullerdir. Tanıkların sorgulanmasına ilişkin ayrıntılı bilgiler bölüm 3, §3 II B’de yer almaktadır.

⁹ *Mullan v. Birmingham CC*, The Times, 29 July 1999.

¹⁰ “*Overriding objectives*” olarak anılan bu kavram diğer eserlerde değişik adlarla ifade edilmiştir. Örneğin bir çalışmada “temel esas” olarak Türkçeleştirilirken (**Okan Gündüz**, Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Ankara 2009, s. 33 vd.); bir başka çalışmada “hâkim olan amaç” olarak ifade edilmiştir (**Güralp**, s. 201). Biz “başlıca hedefler” olarak Türkçeleştirilmesini daha uygun bulduk.

¹¹ **Maurice Rosenberg**, Amerikan Medeni Usul Hukukunun Temel Karakteri ve Meziyetleri, Çeviren Bilge Umar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1963/1-2, s. 719.

çoğunluğunda örnek teşkil ettiği için, bu sistemlerin en önemlisini Federal Usul Kanunu oluşturmaktadır¹². Eyalet yargılaması ise, eyaletten eyalete değişkenlik gösterdiği için¹³, çalışmada federal mahkemelerde izlenen usullerin her bir eyalete özgü uygulamaları incelenmek yerine, genel bir çerçeveden ele alınması yolu tercih edilecektir¹⁴.

Amerikan hukukunda Anglo-Amerikan yargılamasının temel özelliği olan taraf hâkimiyeti (*adversarial sistem*) esastır. Taraflarca getirilme ilkesinin temelinde, tarafların getirdiği vakıalar ve deliller kullanılarak mücadele edilmesi ve gerçeğe ulaşılması amacı yatmaktadır. Bu sistemde, hâkimler ise, daha pasif bir rol üstlenmekte ve hâkimlerin gerçeği araştırma ödevi bulunmamaktadır¹⁵. Özellikle dava malzemesinin hazırlanması, mahkemeye sunulması, mahkemede ele alınması gibi konularda taraf avukatlarına önemli bir rol düşmektedir; hâkimin ise sınırlı bir rolü mevcuttur¹⁶. Hâkimin esas görevi yargılamaya uygun davranılmasını sağlamaktır.

Önemle vurgulamak gerekir ki, Anglo-Amerikan hukukunun temelinde yer alan, “Adversarializm” ve “adversary sistem”, aslında Türk hukukunda “taraflarca getirilme ilkesi” ve “taraf hâkimiyeti” kavramlarıyla da karşınabilirse de, yine de anlamı tam karşılamadığı kanaatindeyiz¹⁷. Çünkü Türk hukukunda da her ne kadar taraflarca getirilme ilkesi söz konusu olsa da hâkime araştırma ilkesi çerçevesinde önemli bir rol de verilmektedir. Halbuki adversarializm olarak adlandırılan Anglo-Amerikan hukukuna hâkim olan dava malzemesinin toplanması usulü, katı bir taraflarca getirilme ilkesine sahiptir. Dolayısıyla kavram kendine özgü bir yapıya sahiptir ve Türk hukukundaki karşılığına eşit oranda denk gelmemektedir. Hatta, Anglo-Amerikan hukukunun yapmış olduğu kategoriye göre çalışmada incelenen Kıta

¹² **Rosenberg**, Amerikan Medeni Usul Hukukunun Temel Karakteri ve Meziyetleri, s. 719.

¹³ Bununla birlikte, birçok eyalet mahkemesindeki sistem, federal mahkeme sistemiyle uyumludur, **Güralp**, s. 223.

¹⁴ Çalışmada en yüksek nüfusa ve en geniş yargı sahasına sahip Kaliforniya eyalet mahkemeleri esas alınacaktır.

¹⁵ **John A. Jolowicz**, Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure, International and Comparative Law Quarterly, vol. 52/2, 2003, s. 281 vd.

¹⁶ **Mesut Ertanhan**, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 93.

¹⁷ “Adversarial” kavramını mücadeleciler olarak ifade etmeyi uygun bulan yazarlar da vardır, **Cengiz Topel Çelikoğlu**, Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 125.

Avrupası hukukları, “*inquisitorial*”; yani kontrolün hâkimde olduğu, dava malzemesinin toplanması yetkisinin hâkime tanındığı, araştırma ilkesi kapsamında sayılmaktadır. Kısaca dava malzemesinin toplanmasında esas rolün taraflarda olduğu bir sistemi ifade eden bu kavram çalışma boyunca her ne kadar tam karşılığı olamasa da “taraf hâkimiyeti” ve “taraflarca getirilme ilkesi” olarak adlandırılacak ve tüm boyutlarıyla ele alınacaktır.

Anglo-Amerikan hukukunda hâkimin bu pasif durumu zamanla değişime uğramıştır. Hâkimin artık daha aktif şekilde yargılamaya katıldığı, yönetici hâkim modeli benimsenmeye başlamıştır¹⁸.

Amerikan yargılama sisteminde, jüri önemli bir yere sahiptir. Jürili yargılama kaynağını Anayasadan alan bir hak olduğu için günümüzde halen varlığını sürdürmektedir. Taraflardan birinin talep etmesiyle jürili yargılama zorunlu hale gelmekle beraber, jürili yargılama hakkında feragat de mümkündür¹⁹. Özellikle jürinin oluşturulması masraflı ve zaman alan bir süreç olduğundan, uygulamada jürisiz yargılama tercih edilmektedir. Hâkimin hukuki konularda (*law-finding*), jürinin ise maddi konularda karar verme, vakıaları inceleme (*fact-finding*) yetkisi söz konusudur. Bununla birlikte, maddi vakıaların tespit edilmesi ve hangi maddi vakıaların jüriye sunulacağı kararı da hâkime aittir.

Anglo-Amerikan hukukundaki duruşma sisteminin çalışma boyunca değerlendirilen Kıta Avrupası hukuklarından farklı bir yapıya sahip olması sözlülük ilkesinden kaynaklanmaktadır²⁰. Çünkü Anglo-Amerikan hukukunda sözlülük ilkesi esastır ve duruşmalarda taraf davranışlarının hâkim ve eğer varsa jüri üzerinde yarattığı etki büyük önem taşımaktadır. .

Türk hukuk sisteminde yazılı usul esastır. Ayrıca yazılı delillerin sözlü delillere üstünlüğü vardır. Yazılı delillere verilen bu önem ele aldığımız Kıta Avrupası hukukları genelinde söz konusu olmakta ve hâkim uyuşmazlığa ilişkin vakıayı ispata yönelik olarak yazılı bir delil bulunması halinde çoğu zaman sözlü delillere ihtiyaç

¹⁸ Güralp, s. 428.

¹⁹ Gündüz, s. 142.

²⁰ Güralp, s. 188.

duymamakta ve söz konusu yazılı delile göre kararını vermekte iken, Anglo-Amerikan hukukunda ise sözlü delilin ispat gücü yazılı delillere göre daha baskın olmaktadır²¹. Ele aldığımız bu Kıta Avrupası hukuklarında eğer bir belge, tanıkların sözlü ifadesi ile çelişmekteyse, çoğunlukla belgeye üstünlük tanınmakta; Anglo-Amerikan hukukunda ise, tanıklar çapraz sorgulamaya tabi tutulmakta ve çapraz sorgulama sonucunda tanık delilinin güvenilirliği ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda çapraz sorgulama taşıdığı önem sebebiyle Anglo-Amerikan hukukunun temel sütunlarından birini teşkil etmektedir²².

Amerikan hukuk sistemi, büyük oranda İngiliz hukuk sistemine dayanmaktadır. Bunun en önemli sebebi, Anglo-Sakson hukukunun temel özelliklerinden biri olan içtihat doktrininin (*stare decisis doctrine-case law*), Amerikan hukukunun kökeninde yer almasıdır²³.

Aktardığımız Kıta Avrupası hukukları ile Anglo-Amerikan hukuku arasındaki en temel fark, Anglo-Amerikan hukukunun Yüksek Mahkemeler tarafından yaratılan içtihat hukukuna dayanmasıyla birlikte, Kıta Avrupası hukuklarında içtihatların özellikle Amerikan hukukundaki anlamıyla bir bağlayıcılığının bulunmamasıdır²⁴.

II- İngiliz Hukukunda Hâkimler ve Mahkemelerin Yapısı

A- Genel Olarak

İngiliz yargı sistemi²⁵ genel olarak radikal değişimlere açık olmayan bir

²¹ Pejovic, s. 833.

²² Pejovic, s. 833.

²³ Güralp, s. 222. Belirtmek gerekir ki, İngiliz ve Amerikan içtihat doktrininin uygulanışı arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Amerikan hukukunda aynı yetki sınırları içinde (*jurisdiction*) bulunan bir alt derece mahkemesi, üst derece mahkemesinin vermiş olduğu karar doğrultusunda hareket etmek zorunda olmakla birlikte; İngiliz hukukunda, eğer bir mahkemenin önceki kararından ayrı yönde bir karar verilmesi gerekiyorsa mahkeme önceki içtihatla hukuken bağlı değildir, **Caslav Pejovic**, Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal, Victoria University of Wellington Law Review, vol. 32/3, 2001, s. 819, dipnot 7. Aslında İngiliz hukukunda da mahkemeler daha önce vermiş oldukları kararlarla bağlı olmakla beraber, bu kural Lordlar Kamarası (*Practice Statement*) tarafından iptal edilmiştir, [1996] 1 WLR 1234.

²⁴ Pejovic, s. 820; Güralp, s. 427.

²⁵ Çalışma boyunca, İngiliz yargı sistemi ve İngiliz hukuku denildiğinde İngiltere ve Galler hukukları birarada ele alındığından, İngiltere'ye yapılacak tüm atıfların, Galler'i de kapsayacak şekilde dikkate alınması gerekmektedir.

kurumsal yapıya sahiptir²⁶. Bu muhafazakâr yapısı ile ünlü İngiliz hukuku 1998 yılı itibariyle yapısal ve biçimsel bir dönüşüm sürecine girmiştir. 1998 yılı itibariyle başlayan bu değişim hareketinin uzun vadeye yayılmış etkileri devam etmektedir²⁷.

Belirtmek gerekir ki, aslında bu değişimler 1998 yılında kabul edilen İngiliz Medeni Usul Kuralları'ndan önce 1990'lı yılların başında Lordlar Kamarası'nın hâkimlerin daha aktif bir role sahip olarak duruşma sürecinin kontrolünü yürütmeleri gerektiğini onaylamasıyla ivme kazanmıştır²⁸. Medeni Usul Kuralları ile beraber hâkimlere biçilen bu aktif rol yasalaşarak daha sağlam temellere oturtulmuştur.

Tüm bu değişimlerden önce İngiliz hâkimi duruşmadan önce dava hakkında ya hiç ya da çok az bilgi sahibi olmaktaydı. Ayrıca avukatların davaya ilişkin sunumlarına müdahalede bulunamayan pasif bir seyirci konumundaydı²⁹. İngiliz hâkimi artık pasif konumundan sıyrılmış, Medeni Usul Kuralları ile birlikte aktif şekilde yargılamayı idare etmekle görevlendirilmiştir.

İngiliz hukukunda yapılan gelişmelerin merkezinde hâkimlerin sayısının ve politika oluşturan rollerinin artırılması yer almış; bu doğrultuda 1970 yılı itibariyle 288 olan hâkim sayısı, 1998 yılında 3000 civarına yükseltilmiştir³⁰. Hâkimlerin sayısı arttıkça, sahip oldukları yetkilerin kapsamı da genişlemiştir. 1960 yılı itibariyle adli denetimin (*judicial review*) gelişimi hâkimlerin kararlarının sosyal hayat üzerinde her zamankinden daha fazla etkili olduğunu da göstermektedir. Adli denetim mekanizmasıyla, özel hukuk alanındaki haksızlıkların giderilmesinde hâkime son sözü söyleme yetkisi tanınarak sosyal hayatın ve devlet faaliyetlerinin her alanında son söz hâkime bırakılmaktadır³¹. Bu da hâkimlerin kararlarının etkilerinin sosyal önemini göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin de iç hukuka dahil edilmesiyle hâkimlere, kamu kurumlarının hem kanunlaştırma hem de politika geliştiren

²⁶ **Kate Malleson**, *The New Judiciary*, Ashgate Publishing, Surrey 1999, s. 1.

²⁷ **Malleson**, *The New Judiciary*, s. 1.

²⁸ *Ashmore v. Corporation of Lloyd's* [1992] 1 WLR 446, HL; *Thermawear Ltd. v. Linton*, The Times, 20 October 1995, CA.

²⁹ **Andrews**, *Fundamentals of the New Civil Justice System*, s. 777.

³⁰ **Malleson**, *The New Judiciary*, s. 1.

³¹ **Ahmet Recai Seçkin**, Yargıtay Onursal Birinci Başkanı, 1964-1965 Açılış Konuşması, <http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/acilisKonusma/1964-1965.pdf> (Çevrimiçi 03.08.2015).

kararlarının, Konvansiyon hükümlerine uygun olup olmadıklarını belirleme gücü verilmiş ve hâkimlerin adli etkinlikleri daha ileri bir boyuta taşınmıştır³². “*Judicial activism*” olarak tabir edilen adli etkinliğin, giderek artması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni iç hukuka katan İnsan Hakları Sözleşmesi’yle (*Human Rights Act*)³³ yeni bir hal almıştır. Adli gücün varlığını arttırması, hâkimlerin rolünün yeniden tanımlanması gereğini de beraberinde getirmiş; böylece hem nitelik hem de nicelik yönünden yapılan değişikliklerin birleşen etkisiyle hâkimlik adeta büyüyen bir endüstriye dönüşmüştür³⁴.

Hâkimlerin sayısının ve rollerinin arttırılması, hâkimlerin atanması ve eğitiminin boyutunu da etkilemektedir³⁵. Hâkimlerin yargılama içindeki rollerinin arttırılması, hâkimlere yönelik eğitim, staj ve meslek içi eğitimlerin de aynı doğrultuda arttırılmasını ve geliştirilmesini de gerekli kılmaktadır.

İngiliz hukukunda görülen adli gücün genişleme eğilimi, farklı hukuki ve tarihi kapsamlara sahip olsalar da Anglo-Amerikan hukukunun yanı sıra birçok Kıta Avrupası hukukunda da etkisini göstermiştir³⁶.

B- İngiliz Hukukunda Tarihi Gelişim

1- Müşterek Hukuk (*Common Law*) Hâkimleri

Müşterek hukuk, kraliyet hâkimlerinin tarihi ile çok yakından bağlantılıdır. 1066 Normandiya fethini takiben 1. yüzyılda hâkimlerin kararları kanunla eş değer görülmeye başlanmış; bu doğrultuda II. Henry’nin krallığı döneminde (1154-1189) hâkimler mahkemelerinin ötesinde Kralı temsil eden bir konuma sahip olmuşlardır³⁷. Bu dönemde, hâkimlerin en önemli görevleri barışı sağlamak ve mülkiyet hakkı-irtifak hakkı davalarına bakmak olmakla birlikte, bu hâkimler ayrıca finansal servis de

³² Malleson, The New Judiciary, s. 1.

³³ Human Rights Act 1998, chapter 42, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents> (Çevrimiçi 05.01.2016).

³⁴ Malleson, The New Judiciary, s. 1.

³⁵ Malleson, The New Judiciary, s. 1.

³⁶ Malleson, The New Judiciary, s. 7.

³⁷ Thomas Lundmark, Charting the Divide Between Common and Civil Law, Oxford University Press, New York 2012, s. 180.

sağlamaktaydılar; çünkü ceza davalarında hükmedilen cezalar ve müsadereler önemli bir gelir kaynağı teşkil etmekteydiler³⁸.

Kralın ilk Anglo-Norman temsilcisi “*justiciarius*” idi ve kralın vekilliğini yapan bu yüksek hâkimlerin, uyuşmazlıkların çözümü de dahil olmak üzere, devletle ilgili tüm işlerde yetkileri bulunmaktaydı. 1166 yılında Kral II. Henry, ana görevleri kralın yeni miras hukukunu tatbik etmek olan iki üyesini kendi hükümranlılık mahkemesine göndermiş, daha sonra, 20-30 kadar gezici hâkimi “*justisciae errante*” sıfatıyla yine aynı amaçla altı bölgeye dağıtarak tayin etmiştir. Bu hâkimlerin daimi genel merkezi ise, aynı zamanda hükümet merkezi olan Kralın mahkemesi “*King’s Court-curia regis*” idi³⁹.

Bu dönemde ayrıca 1215 tarihli Magna Carta Sözleşmesinin 17. maddesine⁴⁰ uygun olarak, Londra’da daimi bir mahkeme oluşturulmuştur⁴¹. Böylece özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar, Londra’da Kralın yerleşim yerinden farklı bir alanda görülmeye başlamıştır.

1215 yılında ise, hükümrani kapsamayan meselelere ilişkin uyuşmazlıklara bakan iki yerel mahkeme oluşturulmuştur. Bunlar King’s Bench (*Coram Rege*) ve Common Bench (*Coram de Banco*)’tir. En başından beri bu mahkemelerde profesyonel hukukçu hâkimler görev almaktadır⁴².

İşte İngiltere’de modern anlamda hâkimlik müessesesinin görünümü 13. yüzyılda Common Bench’in kurulmasıyla kendini göstermiştir. Günümüzde King’s Bench, Yüksek Adalet Mahkemesinin (*High court*) bir dairesi durumundadır. Common Bench ise, örf ve adet hukukunun gelişiminde önemli bir rol oynamıştır⁴³. Bu mahkemede görülen davalar yıllıklarda (*Year Book*) toplanmıştır.

³⁸ Lundmark, s. 180.

³⁹ Lundmark, s. 180.

⁴⁰ “*Common pleas shall not follow our court, but shall be held in some fixed place.*”

⁴¹ Lundmark, s. 180.

⁴² Lundmark, s. 180.

⁴³ Lundmark, s. 180.

2- Adalet ve Eşitlik Mahkemesi (*Chancery*) Hâkimleri

Magna Carta ile birlikte birçok kanun kabul edilmiştir. Bu kanunlarla, bireylerin yaşamı, özgürlüğü ve mülkiyet hakkından yoksun bırakılamayacağı garantisi verilmiştir⁴⁴. Böylece, Kralın adaletin idaresine müdahale etme hakkı bulunmadığı açıkça belirtilmekteydi⁴⁵.

Bununla birlikte, örf ve adet hukuku mahkemelerinin çözüm bulamadığı istisnai davalarda, Kralın adaletin idaresine müdahalede bulunmama prensibine bir istisna getirilmekteydi. Bu bahsedilen istisnai tip davalarda, örf ve adet hukuku yargılamaları başarılı sonuç vermemekte; çünkü jüri taraflardan birinin statüsü sebebiyle etki altında kalmakta ve mağdur olan taraf Kraldan yardım istemekteydi⁴⁶. Mağdur olan tarafın Kraldan yardım istemesi kimi zaman daha dava başlamadan önce gerçekleşmekteydi. Böyle bir durumda da dava adalet ve eşitlik mahkemesi olarak Türkçeleştirebileceğimiz “*Chancery*”e yönlendirilmekteydi. Örneğin, kanuna göre bazı sözleşmelerin yazılı olması gerekmektedir. Yazılı belge olmaksızın dava açan taraf otomatik olarak davayı kaybedecektir. Bir başka duruma göre ise, borçlarını ödedikleri halde orijinal borç sözleşmesini gösteremeyen tarafların şikayetçi olmalarıdır. İşte borcunu ödemiş borçluya karşı iyiniyet kurallarına aykırı şekilde dava açılması halinde, aslında borcunu ödeyen fakat ilgili sözleşmeyi gösteremeyen taraf adalet ve eşitlik mahkemesine başvurabilmektedir. Daha sonra bu sistem İngiliz hukukunda hakkaniyet yargılaması “*Equity*” olarak kendini gösterecektir⁴⁷.

Yüzyıllar boyunca adalet ve eşitlik mahkemesi, İngiliz örf ve adet hukuku dışında bulunan davalarda münhasır yargı yetkisini üstlenmiştir⁴⁸. Örneğin tröst ve mortgage konularındaki hususlara bakmıştır. Çünkü örf ve adet hukuku bünyesinde üçüncü kişilerin başkaları menfaatine mülkiyet sahibi olamamaları sebebiyle, bu tip düzenlemeler tanınmamaktaydı. Aynı zamanda Kralın mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıklar da, örf ve adet mahkemesi buna ilişkin kurallar düzenlemediğinden

⁴⁴ Lundmark, s. 181.

⁴⁵ Prohibitions del Roy davasında bu durum açıklıkla kararda belirtilmiştir, *Prohibitions del Roy*, (1607) 77 Eng. Rep. 1342; 12 Co. Rep. 63.

⁴⁶ Lundmark, s. 181.

⁴⁷ Lundmark, s. 181.

⁴⁸ Lundmark, s. 181.

adalet ve eşitlik mahkemesi tarafından görülmekteydi⁴⁹.

17. yüzyıla kadar adalet ve eşitlik mahkemesi hâkimliği Roma ve kilise hukuku eğitimi almış psikopozlar tarafından yerine getirilmekteydi⁵⁰.

17. yüzyıl boyunca adalet ve eşitlik mahkemesi hâkimi olan “*chancellor*”, verdiği kararların muhakemesini adalet ve dürüstük hissini hukuki olarak vasıflandırarak dile getirmiş; fakat başlarda muhakemesi oldukça soyut olmuştur⁵¹. O kadar soyut olmuştur ki, 1727 yılında hakkaniyete ilişkin ilk kitabın yazarı bütün hukuku on dört prensip halinde altlamayı başarmıştır⁵². Takip eden yıllarda, hakkaniyet mahkemesi (*court of equity*) bunu geliştirerek daha detaylı bir uygulama olan ‘*stare decisis*’ olarak adlandırılan ve önceden verilmiş mahkeme kararlarını emsal sayarak onlara göre karar vermeyi öngören öğreti anlamına gelen uygulamayı geliştirmiştir⁵³. Bu öğreti örf ve adet hukuku mahkemelerinin uygulamalarına benzemektedir.

Zamanla, hakkaniyet mahkemesi kendi başarısının kurbanı olmuştur. Mahkeme o kadar popüler olmuştur ki, bu mahkemede 17. ve 18. yüzyıllar arasında yaklaşık 10.000-20.000 kadar dava görülmüştür ve kimi zaman bu davalar yargılamadaki gecikmeler sebebiyle otuz yılı aşkın sürede ancak sonlanabilmiştir⁵⁴. Bir başka problem de, tarafların uyuşmazlıklarını bazen hem hukuk mahkemesi hem de hakkaniyet mahkemesi önüne taşıması olmuştur. Bunun sebebi hangi mahkemenin yetkili olacağı konusunda ihtilaf çıktığında 1615 yılında *Earl of Oxford’s Case* davasında kabul edilen bir hukuki prensip sebebiyledir. Böyle bir ihtilaf çıktığında, hakkaniyet mahkemesi, örf ve adet mahkemesine üstün gelmekteydi⁵⁵.

19. yüzyılın başında yapılan reformlar neticesinde Yüksek Mahkeme Yargı

⁴⁹ Lundmark, s. 181.

⁵⁰ Müşterek hukuk hâkimlerinin adalet ve eşitlik mahkemesine atandığı davalar çok nadirdir. Örneğin 1529-1533 yılları arasında Sir Thomas More bu görevi yerine getiren nadir hukukçulardandır, **John H. Baker**, *An Introduction to English Legal History*, Oxford University Press, Oxford 2002, s. 101-110.

⁵¹ Lundmark, s. 181.

⁵² **William Tetley**, *Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (Codified and Uncodified)* Part 1, *Uniform Law Review*, vol. 43/3, 1999, s. 591.

⁵³ Lundmark, s. 182.

⁵⁴ Lundmark, s. 182.

⁵⁵ Lundmark, s. 182.

Sistemi Kanunu (*Supreme Court Judicature Acts 1875*), adalet ve eşitlik mahkemesini ortadan kaldırmıştır. Ortadan kaldırılan bu mahkeme, mevcut örf ve adet mahkemeleri bünyesine dahil edilmiştir. Bütün bu mahkemeler de tek bir çatı altında birleştikten sonra, hiyerarşik olarak, yeni oluşturulan Yüksek Adalet Mahkemesi (*High Court of Justice*) altında yerini almıştır⁵⁶.

C- Hâkimlerin Statüsü ve Atanması

1- Genel Olarak

Kökeni ortaçağ uygulamasına dayanan İngiliz yargı sisteminde hâkimlik mesleği sıkı kurallara tabi tutulmaktadır. Göreve gelen hâkimlerin neredeyse tamamı uzun yıllar “*barrister*” tecrübesi olan, kısaca dava avukatı olarak tabir edebileceğimiz kişilerden oluşmaktadır.

İngiliz mahkemesinde hâkim olmak bir dava avukatının meslek hayatında katedeceği en tipik yol olarak görülmektedir⁵⁷. Uzun yıllar dava avukatlığı tecrübesinden sonra hâkimlik koltuğuna oturmak aslında Anglo-Amerikan hukukuna yabancı değilse de, çalışmada incelenen Kıta Avrupası hukuklarında pek görülmeyen bir husustur.

İngiliz yargı sisteminin temelini oluşturan bir diğer husus da hukukçu olmayan; yani profesyonel olmayan hâkimlerin yargılama içinde önemli bir yere sahip olmasıdır. Mevcut sistemde resmi olarak hukuk eğitimi almamış 21.500 hâkim görev almaktadır⁵⁸. Hatta, “*lay magistrate*” olarak da adlandırılan bu hukukçu olmayan hâkimler hukuk ve ceza davalarının çoğunluğuna bakmaktadırlar. Şöyle ki ceza yargılamalarının % 95’i hukukçu olmayan hâkimler (kürsüde iki veya üç hâkim) ve onları asiste eden uzman mahkeme kâtipleri (bir kâtip-*court clerk*) tarafından yapılmaktadır⁵⁹.

⁵⁶ Lundmark, s. 182.

⁵⁷ Carlo Guarnieri / Patrizia Pederzoli, çeviren Cheryl Thomas, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford University Press, New York 2002, s. 21.

⁵⁸ <https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/magistrates/> (Çevrimiçi 21.09.2015).

⁵⁹ S. Lloyd-Bostock / C. Thomas, *The Continuing Decline of the English Jury*, in N. Vidmar, *World*

2009 yılı itibariyle, İngiltere’de 1377 hâkim bulunmaktadır. Bu tarihte nüfusu 54.4 milyon olan İngiltere’de, 39506 kişiye bir hâkim düşmektedir⁶⁰.

Çalışmamızda yer verdiğimiz hukuk sistemlerine nazaran İngiliz hâkimlerinin atanması daha gayri resmi, yapılanmamış ve şeffaflıktan uzak bir temele dayanmaktadır⁶¹. İngiliz sistemi, sadece 1000 dava avukatının (*barrister*), 40 kıdemli hâkimin ve 60 bölge hâkiminin (*county court judge*) bulunduğu dönemlere göre dizayn edilmişti; fakat bu zayıf sistemin üstünden çok zaman geçmiş ve daha profesyonel bir yaklaşım edinilerek adli seçim ve atama modeli benimsenmiştir⁶².

2- 2005 Reformundan Önce

Hâkimlerin birçoğunu atama yetkisi hükümdara verilmişse de, uygulamada hâkimlerin atanması konusunda merkez rolü Lord Şansölye oynamaktadır⁶³.

Diğer hukuk çevrelerinde, politik sistem dahilinde görev yapan Lord Şansölye’nin görevine paralel nitelikte bir kurum yoktur. Ülkenin seçkin hukuk şahsiyetleri arasından seçilen Lord Şansölye, üç önemli görevi yerine getirmektedir: Kabine üyesi, Lordlar Kamarası (*House of commons*) başkanı ve kıdemli hâkimdir. Yani hem yürütme hem yasama hem de yargının bir üyesidir. Yargının idaresinden sorumludur. Yargı ve politik sistem arasındaki bağı kuran ana kurumu temsil etmekte ve bu doğrultuda sadece profesyonel nitelikleri için seçilmemekte, aynı zamanda siyasi ilişkileri sebebiyle de seçilmektedir⁶⁴. Lord Denning’in görüşüne göre, Lord Şansölye’nin departmanı, sıfatı ne olursa olsun, aslında Adalet Bakanlığı’dır⁶⁵. Fakat diğer ülkelerde genellikle Adalet Bakanlığı’na verilen görevler İngiltere’de İçişleri Bakanı ve Başsavcı tarafından yerine getirilmektedir⁶⁶. Bununla birlikte, Lord

Jury Systems, Oxford 2000, s. 53-92.

⁶⁰ **Lundmark**, s. 206.

⁶¹ **John Bell**, *Judiciaries within Europe, A Comparative Review*, Cambridge Universit Press, Cambridge 2006, s. 312.

⁶² **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 312.

⁶³ **Guarnieri / Pederzoli**, s. 21.

⁶⁴ **Guarnieri / Pederzoli**, s. 21.

⁶⁵ **Shimon Shetreet**, *Judges on Trial: A Study in the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam 1976, s. 401.

⁶⁶ **Guarnieri / Pederzoli**, s. 21.

Şansölye'nin hem devlet bakanı hem de bağımsız bir hâkim oluşu birbiriyle çelişkili görülerek eleştirilere de maruz kalmıştır⁶⁷.

Bell'e göre, İngiltere'deki hâkimlerin seçimi ve atanması 1990 yılına kadar, bir mesleğe yönelik yapılan seçim ve atama prosedüründen ziyade, adeta kulüp üyeliğine seçime benzemekteydi⁶⁸. Bu dönemlerde İngiltere'de sadece 1000 dava avukatı, 40 kıdemli hâkim ve 60 yerel-ilçe hâkimi bulunmaktaydı⁶⁹. Az sayıdaki dava avukatı ve hâkim sebebiyle, bütün hâkimler birbirlerini şahsen tanımaktaydı. Dolayısıyla da hâkimlik pozisyonu için bir başvuru sistemi kurmak mümkün değildi. Lord Şansölye hâkimlerin seçimi sürecine şahsen dahil olmakta ve her bir adayla birebir mülakat gerçekleştirmektedir. Genellikle ileri gelen dava avukatları boş kadrolar için en uygun aday olmaktaydılar.

1994 yılında alt derece mahkemeler için ve 1997 yılında Yüksek Adalet Mahkemesi için ilk kez resmi başvuru usulü oluşturulmuştur⁷⁰. Fakat yine de bu dönemde hâkimlik mesleğine atanmak için gerekli resmi koşullar yeterli üst seviyede değildi. Bununla birlikte, hâkimlik pozisyonu için her zaman minimum seviyede profesyonel deneyim aranmaktaydı. Bölge hâkimliği (*district judge*) için en az dava avukatı veya danışman avukat (*solicitor*)⁷¹ olarak beş yıllık deneyime sahip olunması ve iki yıl bölge hâkimliği yardımcılığı (*deputy district judge*) yapılması gerekmektedir⁷².

⁶⁷ **Malleson**, The New Judiciary, s. 40. Lord Şansölye Irvine döneminde İngiltere'de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yürürlüğü ile birlikte, bağımsız ve tarafsız mahkemelerce adil yargılanma önem kazanmıştır. Bu doğrultuda Lord Irvine dört yıllık görevi boyunca sadece altı davada hâkimlik koltuğuna oturmuştur, **Guarnieri / Pederzoli**, s. 22.

⁶⁸ **Bell**, Judiciaries within Europe, s. 312.

⁶⁹ **Lundmark**, s. 205.

⁷⁰ **Lundmark**, s. 205.

⁷¹ *Barrister* olarak adlandırılan duruşma avukatlarına göre meslekte daha az tecrübesi bulunan ve duruşmalara katılmayan danışman avukatlara İngiliz yargı sisteminde *solicitor* denilmektedir, **Japhet Otiike**, The Information Needs and Seeking Habits of Lawyers in England: A Pilot Study, International Information and Library Review, vol. 31, issue 1, 1999, s. 20. İngiliz yargı sisteminde yer alan her iki tür avukatlık hakkında karşılaştırmalı ayrıntılı bilgi için bkz. **Richard L. Abel**, England and Wales: A Comparison of the Professional Projects of Barristers and Solicitors, in *Richard L. Abel / Philip S. C. Lewis, Lawyers in Society, An Overview*, University of California Press, Berkeley / Los Angeles / London 1995, s. 39-91; **R. W. Vick / C. F. Shoolbred**, The Administration of Civil Justice in England, Pergamon Press, First Edition, London 1968, s. 29-75; **Henry J. Abraham**, The Judicial Process, An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France, New York 1998, s. 92.

⁷² Tribunals, Courts and Enforcement Act, 2007, article 50;

3- 2005 Anayasal Reformundan Sonra

2005 tarihli Anayasal Reform Kanunu (*The Constitutional Reform Act*), hâkimlerin atanması, idare ve yönetiminde bir takım değişiklikler getirmiştir⁷³. Hâkimlerin seçimleri hususunda Adli Atamalar Komisyonu (*Judicial Appointments Commission*) oluşturulmuştur. Bu komisyon Lord Şansölye'ye İngiltere'deki herhangi bir hâkimlik pozisyonu için (profesyonel-hukukçu olmayan “*lay magistrates*” hâkimler hariç olmak üzere) isim önermektedir⁷⁴. 3 Nisan 2006'dan itibaren Adli Atamalar Komisyonu görev yapmaya başlamış ve bu değişiklik Lord Şansölye'nin yargının başı olmasına ve hâkimleri atama yetkisine de son vermiştir⁷⁵. Adli Atamalar Komisyonu bağımsız bir kuruldur. Bu komisyonda bir hukukçu olmayan üye ve beş (farklı derecelerden gelmiş) hâkim, bir danışman avukat ve bir dava avukatı bulunmaktadır.

Yeni atama sistemine göre iki komisyon görev almakta; bu komisyonlardan biri sadece Yüksek Mahkemeye yönelik, diğeri ise İngiltere'deki diğer her seviyedeki hâkimin atanmasına ilişkin çalışmaktadır⁷⁶. Yüksek Mahkemeye hâkim atayan komisyon *ad hoc* nitelikte küçük bir komisyondur. Sadece boş kadro açıldığında toplanır. Komisyona Yüksek Mahkeme başkanı başkanlığında, başkan yardımcısı ve Birleşik Krallık atama komisyonu üyelerinden biri katılmaktadır. Diğer komisyon ise Adli Atama Komisyonudur. Yüksek Mahkeme komisyonunun tersine büyük ve daimi bir komisyondur⁷⁷.

Her iki komisyon da teknik olarak sadece atanacak hâkim adaylarının kimler olacağına ilişkin tavsiyede bulunan komisyonlardır; çünkü son seçim Lord Şansölye tarafından yapılmaktadır. 2005 yılı düzenlemelerinden sonra Lord Şansölye'nin

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/15/section/50> (Çevrimiçi 21.09.2015).

⁷³ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 310.

⁷⁴ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 310.

⁷⁵ <http://www.parliament.uk/about/mps-and-lords/principal/lord-chancellor/> (Çevrimiçi 21.09.2015).

⁷⁶ **Kate Malleson**, *Appointment, Discipline and Removal of Judges: Fundamental Reforms in the United Kingdom*, in *H. P. Lee (edited by) Judiciaires in Comparative Perspective*, Cambridge 2011, s. 120.

⁷⁷ **Malleson**, *Appointment, Discipline and Removal of Judges*, s. 120.

komisyon tarafından seçilen bir adayı reddetmesi çok sınırlıdır⁷⁸. Şansölye sadece önerilen adayın görev için uygun olmadığı gerekçesiyle reddedebilmektedir.

Anayasal Reform Kanunu Yüksek Mahkemeyi kurarak, Lordlar Kamarasının adli fonksiyonunu Parlamentodan ayırmıştır. Böylece Lord Şansölye'nin hem yargının başı hem yürütmenin bir üyesi hem de Lordlar Kamarasının başkanı şeklindeki birleştirilmiş rolü sona ermiştir⁷⁹.

4 Temmuz 2006'da Lordlar Kamarasının ilk başkanı seçilerek, Lord Şansölye'nin oturumlara başkanlık etmesi ve resmi törenlerde konuşma yapması gibi bazı sorumlulukları da ortadan kalkmıştır⁸⁰.

9 Mayıs 2007'de ise, Adalet Bakanlığı oluşturulmuştur. Adalet Bakanı, mahkemelerden, hapishanelerden, şartlı tahliyelerden ve Anayasaya ilişkin işlerden sorumludur⁸¹.

1 Ocak 2008'de *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*⁸² yürürlüğe girerek, adli atama usullerinde değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Böyle bir değişikliğin temelinde hâkim çeşitliliğini teşvik önemli bir rol oynamıştır. Bu kanunla uzun dönem uygulamada görev alma ve deneyim kazanma zorunluluğuna ilişkin öngörülen süreler azaltılmış ve adli görev için başvuran adayın sahip olabileceği profesyonel-mesleki deneyim türlerinin çerçevesi genişletilmiştir⁸³. Bundan böyle hâkim adayının mutlaka dava avukatı deneyimine sahip olma zorunluluğu kalmamıştır. Bunun yerine, hukukun diğer alanlarında -hakem, arabulucu veya öğretim üyesi- olarak deneyime sahip olması yeterli kabul edilmiştir⁸⁴.

2009 yılında ise Lordlar Kamarası'nın adli fonksiyonu Birleşik Krallık'ın yeni Yüksek Mahkemesine kaydırılmıştır. Böylece Lordlar Kamarasının hukuk departmanı

⁷⁸ **Malleson**, Appointment, Discipline and Removal of Judges, s. 120.

⁷⁹ <http://www.lordspublications.parliament.uk/pdf/H-076.pdf> (Çevrimiçi 08.08.2014).

⁸⁰ <http://www.parliament.uk/about/mps-and-lords/principal/lord-chancellor/> (Çevrimiçi 08.08.2014).

⁸¹ <http://www.parliament.uk/about/mps-and-lords/principal/lord-chancellor/> (Çevrimiçi 08.08.2014).

⁸² Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, 52 için bkz.

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/15/section/52> (Çevrimiçi 12.08.2014).

⁸³ **Lundmark**, s. 205.

⁸⁴ Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, 52.

üyeleri (*law Lords*), bu son derece Yüksek Mahkemenin hâkimleri olmuştur⁸⁵ ve Lordlar Kamarasının Birleşik Krallığın en yüksek son derece mercii mahkemesi olma rolü son bulmuştur⁸⁶. Bu hâkimler son derece vasıflı ve tam zamanlı olarak görev yapan hâkimlerdir⁸⁷. Bu on iki hâkimin Yüksek Mahkemede görev almaya başlamasından itibaren artık Lordlar Kamarasında yer alma ve oy verme hakları son bulmuştur. Bu hâkimler emekli olduktan sonra tekrar Lordlar Kamarasındaki yerlerine geri dönebilirlerse de, göreve ilk defa atanmış hâkimlerin Lordlar Kamarasına geçiş hakkı bulunmamaktadır⁸⁸.

Hâkimlerin atanması sistemini değiştiren Anayasal reformun arkasında, hâkimlerin siyasi partizanlıklarına göre değil de, meziyetlerine göre seçilmesinin teminat altına alınmak istenmesi yatmaktaydı. Ayrıca yargının oluşumunda çeşitlilik sağlanmak isteniyordu⁸⁹; çünkü çeşitlilik meselesi İngiliz yargı sisteminde başlangıçtan beri büyük endişe kaynağı olmuştur⁹⁰. Bunun birbiriyle bağlantılı üç sebebi vardır. İlk olarak, uzun yıllar avukatlık ve hâkimlik toplumun seçkin kesimlerine ayrılmış sınırlı kişilerin yapabileceği meslek dalları olarak görülmekte ve bu sebeple eleştirilmekteydi. Hâkimler ileri yaşta, beyaz, erkek, özel okulda eğitim almış ve Oxbridge⁹¹'den mezun kişilerdi⁹². Dava avukatlarının büyük bir çoğunluğu da Oxbridge mezunuydu⁹³. Çeşitlilik meselesine ilişkin bir diğer sorun da, çok az sayıda kadın hâkimin kürsüde yer alabilmesi ve aynı doğrultuda kıdemli kadın

⁸⁵ <http://www.lordspublications.parliament.uk/pdf/H-076.pdf> (Çevrimiçi 08.08.2014).

⁸⁶ <http://www.parliament.uk/about/mps-and-lords/about-lords/lords-types/law-lords/> (Çevrimiçi 08.08.2014).

⁸⁷ <http://www.parliament.uk/about/mps-and-lords/about-lords/lords-types/law-lords/> (Çevrimiçi 08.08.2014).

⁸⁸ <http://www.parliament.uk/about/mps-and-lords/about-lords/lords-types/law-lords/> (Çevrimiçi 23.06.2015).

⁸⁹ **Brenda Hale**, Equality and the Judiciary: Why Should We Want More Women Judges? Public Law, Issue Autumn, 2001, s. 489-499; **Kate Malleson**, Prospects for Parity: The Position of Women in the Judiciary in England and Wales, in *G. Shaw / U. Shultz (eds.), Women in the Worlds Legal Professions*, Oxford 2003, s. 175 vd.

⁹⁰ **Bell**, Judiciaries within Europe, s. 314.

⁹¹ Oxbridge, İngiltere'deki Oxford Üniversitesi ve Cambridge Üniversitesi için kullanılan ortak bir kelimedir. Resmîyette böyle bir kullanım olmamakla beraber yalnızca kurgusal olarak varlığı mevcuttur. Oxbridge kelimesi iki üniversitenin birbirine çok benzemesinden dolayı kullanılır olmuştur.

⁹² **Malleson**, Appointment, Discipline and Removal of Judges, s. 120.

⁹³ 1967 yılında, dava avukatlarının %76'sı Oxbridge mezunudur. 1953 yılından itibaren % 49 hukuk öğrencisi de Oxford ve Cambridge üniversitelerini tercih etmişlerdir, **Richard L. Abel**, *The Legal Profession in England and Wales*, Blackwell, 1988, s. 48.

hâkimlerin sayısının çok az olmasıdır⁹⁴. 1965 yılından itibaren İngiliz hukukunda kadın hâkim sayısı büyük oranda artmaya başlamıştır⁹⁵. Bir diğer sebep ise, ABD'deki temel haklar ve kadın haklarına ilişkin hareketlerdir. ABD'deki bu hareketlerin özellikle İngiliz hukukunu etkilemesinin başlıca sebebi de İngiltere'nin İngilizce konuşulan bir ülke olması ve *common law* diye tabir ettiğimiz kısaca müşterek hukuka tabi olmasını gösterebiliriz⁹⁶. Aynı şekilde etnik azınlıkların da hâla adli atamalarda sayılarının az olması endişe yaratmaktadır. Bu amaçla Adli Atamalar Komisyonu hâkim kürsüsünde oturanların, hizmet edilen toplumdaki çeşitliliği yansıtması gerektiğini vurgulamıştır. Kürsüdeki çeşitliliğin artmasıyla toplumun daha iyi yansıtılacağı ve bu şekilde halkın -dava taraflarının, avukatların ve kamunun- yargılama sürecine ve sonuç olarak adalete olan güveninin artacağını belirtmiştir⁹⁷.

Tüm bu anlatılanlar ışığında, yapılan bu reform hareketleriyle Lord Şansölye'nin görevi büyük oranda değişikliğe maruz kalmıştır. Ayrıca bu değişikliklerle hâkimlerin atanması, yönetim ve idaresi prosedürü daha resmi ve profesyonel bir şekle bürünmüştür⁹⁸.

Türk hukukunda ise, hâkim adaylığına atanabilmek için gereken nitelikler Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesinde öngörülmektedir. Buna göre adaylığa atanabilmek için a) Türk vatandaşı olmak; b) Giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibariyle, lisans ve lisansüstü öğrenimi yapmış olanlar için 30, doktora öğrenimini tamamlamış olanlar için 35 yaşını bitirmemiş olmak (avukatlıktan hâkimlik mesleğine geçişte uygulanan 35 yaş sınırı 45'e çıkarılmıştır⁹⁹); c) Adli yargı adayları için; hukuk fakültesinden mezun olmak veya yabancı bir hukuk fakültesini bitirip de Türkiye'deki hukuk fakülteleri programlarına göre eksik kalan derslerden

⁹⁴ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 314.

⁹⁵ **Abel**, s. 79-85.

⁹⁶ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 315.

⁹⁷ Commission for Judicial Appointments, Annual Report 2004, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/272233/6731.pdf (Çevrimiçi 14.08.2014) ; **Cheryl Thomas**, *Judicial Diversity in The United Kingdom and Other Jurisdictions, A Review of Research, Policies and Practices*, Birmingham 2005, http://www.ucl.ac.uk/laws/socio-legal/docs/Review_of_Judicial_Diversity.pdf (Çevrimiçi 14.08.2014).

⁹⁸ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 311.

⁹⁹ Adalet Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 08.08.2011, no. 650.

sınava girip başarı belgesi almış bulunmak; d) Kamu haklarından yasaklı olmamak; e) Askerlik durumu itibariyle askerlikle ilgisi bulunmamak veya muvazafılık hizmetini yapmış yahut ertelenmiş veya yedeğe geçirilmiş olmak; f) Hâkimlik ve savcılık görevlerini sürekli olarak yurdun her yerinde yapmasına engel olabilecek vücut ve akıl sağlığı veya sakatlığı, alışılmışın dışında çevrenin yadırgayacağı şekilde konuşma ve organlarının hareketini kontrol zorluğu çekmek gibi özürlü durumları bulunmamak; g) Taksirli suçlar hariç olmak üzere, üç aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya haysiyet kırıcı bir suçtan veya kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak veya bu suçlardan veya taksirli suçlar hariç olmak üzere üç aydan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir fiilden dolayı soruşturma veya kovuşturma altında olmamak; h) Yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı göstermek; i) Hâkimlik ve savcılık mesleğine yakışmayacak tutum ve davranışlarda bulunmamış olmak şarttır.

Her yıl alınacak aday sayısı, Türkiye Adalet Akademisi'nin görüşü alınarak kadro ve ihtiyaç durumuna göre Adalet Bakanlığı'na belirlenir (Hâkimler ve Savcılar Kanunu¹⁰⁰ madde 9). Adaylık süresi iki yıldır. Hâkimlik ve Savcılık stajı sonunda başarı gösteren adayların atamaları Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na göre yapılır.

Türk hukuk sisteminde, 1961 Anayasası ile kuvvetler ayrılığı ilkesi getirilirken, hâkimlerin bağımsızlığının sağlanması için, hâkimlerin oluşturduğu bir kurul tarafından atanması sistemi kabul edilmiştir¹⁰¹. Bu doğrultuda Yüksek Hâkimler Kurulu oluşturularak, bu kurula hâkimlerin özlük işleri ile ilgili tüm konularda karar verme yetkisi verilmiştir. 1982 Anayasası ile Yüksek Hâkimler Kurulu'nun sadece hâkimlerden oluşan yapısı değiştirilerek, Adalet Bakanı'nın başkanlığında, Adalet Bakanlığı Müsteşarı ve Özlük İşleri Genel Müdürünün de temsil edildiği bir Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) oluşturulmuştur. Son Anayasa değişikliğiyle, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısı, işleyişi ve görevleri yeniden

¹⁰⁰ 2802 sayılı, 26.02.1983 tarihli RG tarihli Kanun.

¹⁰¹ **Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özekes**, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara 2013, s. 210.

düzenlenmiştir (Anayasa madde 159)¹⁰².

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu¹⁰³'nun yapısı ve oluşumu Anayasa değişikliğinden önce çok eleştirilmekle birlikte bu eleştirilerin bir kısmı değişiklikle giderilmiştir. Bu doğrultuda örneğin kurulun ayrı sekreteryası ve kurumsal yapıya sahip oluşu, ayrı bir teftiş sisteminin yürütülmesi geçmişte eleştirilen ve fakat değişiklikle yeniden düzenlenen noktalar. Gerçekleştirilen değişikliklere rağmen Kurula hala Adalet Bakanı'nın başkanlık ediyor olması ve Adalet Bakanlığı müsteşarının Kurulun üyesi olmasına yönelik eleştiriler mevcudiyetini korumaktadır¹⁰⁴.

D- Eğitim ve Staj

1- Genel Olarak

Yüzyıllar boyunca yargı sistemi müşterek hukuk ile yürütülen ülke hukuklarında hukukçular, hatta hâkimler, üniversite eğitimi almadan mesleklerine ilk adımı atmışlardır¹⁰⁵. Her ne kadar İngiltere, günümüzde yüzü aşkın hukuk fakültesiyle iftihar etse de, üniversite sahnesine en son katılan ülkedir¹⁰⁶. Hukuk eğitiminin üniversitelerde okutularak verilmediği bu dönemlerde meslek, Londra'daki "*Inns of Court*" olarak adlandırılan hukuk okulunda yapılmaktaydı¹⁰⁷. Bu hukuk okulları tam teşekküllü hukuk fakülteleri gibi değildi. Örneğin, bu okullarda Roma hukuku

¹⁰² Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısı 12 Eylül 2010 günü yapılan Anayasa referandumu ile değişmiş olup Kurulun teşkilat yapısı ve çalışma usul ve esaslarını düzenleyen 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu, 11 Aralık 2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir, Anayasa değişikliği hakkında 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun, RG, 13.05.2010, 27580.

¹⁰³ HSYK Genel Kurulu yirmi iki üyeden oluşmaktadır. Kurulun Başkanı Adalet Bakanı olup, Müsteşar Kurulun tabii üyesidir. Kurulun diğer üyeleri ise; ilk derece adli yargı hâkim ve savcılarının kendi aralarından seçtikleri yedi, ilk derece idari yargı hâkim ve savcılarının kendi aralarından seçtikleri üç, Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından seçtiği üç, Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından seçtiği iki, Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından seçtiği bir ve Cumhurbaşkanının hukukçu öğretim üyeleri ve avukatlar arasından seçtiği dört üyeden oluşmaktadır, <http://www.hsyk.gov.tr/hsyk-hakkinda.html> (Çevrimiçi 22.04.2015).

¹⁰⁴ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 212.

¹⁰⁵ Carel Stolker, Rethinking the Law School, Education, Research, Outreach and Governance, Cambridge University Press, Cambridge 2014, s. 16-17.

¹⁰⁶ William Twining, Blackstone's Tower: The English Law School, Sweet and Maxwell, London 1994, s. 23-49.

¹⁰⁷ Günümüzde ise, "*Inns of Court*", İngiltere ve Galler'in duruşmalara giren ve "*barrister*" olarak adlandırılan avukatlarının profesyonel anlamda teşkilatı; yani barosu statüsüne sahip olmuştur.

öğretilmesi yasaktı¹⁰⁸. Hatta Oxford Üniversitesi'nde bile medeni hukuk (*civil law*) ve Kilise hukuku 12. yüzyıldan itibaren okutulmaya başlasa da, bu dönemde medeni hukuk hiçbir zaman “Kilise hukukuna ek nitelikte gereklilik” dışında bir mertebeye erişememiştir¹⁰⁹.

Günümüzde ise, İngiliz eğitim sisteminde hukuk eğitimi üç yıllık bir lisans dönemini kapsamaktadır. Bu üç yıllık lisans eğitiminden sonra mezunlar profesyonel hukuk hayatlarına başlamaktadırlar. Bununla beraber, İngiltere’de, her ne kadar hukuk eğitimi üç yıllık bir lisans eğitiminden oluşsa da, hukuk dışında alınmış bir eğitim sonrasında bir yıllık değişim eğitimiyle (*conversion course*) ve bir hukuk firmasında veya *Inns of Court*’ta yapılacak staj döneminin ardından avukat olarak (*solicitor*) çalışılabilmektedir¹¹⁰. İngiliz yargı sisteminde, hâkimlik mesleğine uzun yıllar dava avukatlığı yaptıktan sonra geçiş yapıldığına ve avukatlık mesleğine başlamak üzere bu şekilde kolaylaştırılmış alternatif yollar öngörüldüğüne göre, İngiliz hâkimlik mesleğinin esas olarak uygulamada kazanılan tecrübeye dayalı olduğunu söylemek yerinde bir değerlendirme olacaktır.

İngiliz hukukunda 1960’lı yıllara kadar hâkimlerin kürsüdeki görevlerine başlamadan önce geçirecekleri resmi bir eğitim veya staj dönemi mevcut değildi¹¹¹. Hâkimlerin eğitimleri sadece iş başında gerçekleştirdikleri uygulamada edindikleri bilgiye dayalı bir eğitim döneminden ibaretti¹¹². Yani meslekte yeni hâkimlerin hâkimlik mesleğine ilişkin eğitilmeleri ve kıdemli hâkimlerinse yeteneklerini geliştirmeleri, bugün de hâla kullanılan önemli bir metod olan, hâkimlerin diğer meslektaşlarıyla resmi olmayan ilişkileriyle gerçekleşmekteydi¹¹³. Mesleğe yeni adım atmış hâkimlere yönelik bir eğitimin düzenlenmeyişinin bir sebebi, sonradan kâtip ve hâkim olan dava avukatlarının, dava avukatlığı yaptıkları sırada gözlem yoluyla

¹⁰⁸ Stolker, s. 17.

¹⁰⁹ Antonio Garcia y Garcia, The Faculties of Law, in Walter Rüegg /Hilde De Ridder-Symoens (editors), *A History of the Universities in Europe*, vol. 1: Universities in the Middle Ages, Cambridge University Press, Cambridge 1992, s. 388.

¹¹⁰ Stolker, s. 17.

¹¹¹ Malleson, The New Judiciary, s. 156.

¹¹² Bell, Judiciaries within Europe, s. 319.

¹¹³ Malleson, The New Judiciary, s. 157.

hâkimlik mesleğinin nasıl yapıldığını öğrendiklerinin düşünülmesiydi¹¹⁴. Ayrıca hâkimlere yönelik verilecek bir staj eğitiminin gereksiz olduğunun yanı sıra, adli bağımsızlığa karşı bir tehdit oluşturacağı inancı da müşterek hukuk sistemine hâkim bir düşünceydi¹¹⁵.

1960'lı yıllarda, adli reform kapsamında, hâkimlerin eğitilmesi ve deneyim kazanmasına yönelik akım ilk olarak ABD'de başladı ve bu akım, sonrasında 1970'li yıllarda Kanada, 1980'li yıllarda ise Yeni Zelanda ve daha sonrasında da Avustralya ve Güney Afrika tarafından izlendi¹¹⁶.

İngiliz hukukunda da 1960'lı yıllardan itibaren, hâkimlerin mesleki konularda tecrübeli hâkimlerden faydalanması düşüncesiyle çeşitli seminer ve konferanslar düzenlenmeye başlandı¹¹⁷. İngiliz hukukunda, özellikle mesleğe yeni başlayan hâkimlere yönelik olarak bir eğitim kurumunun oluşturulması düşüncesi ilk olarak 1970'li yıllarda başlamıştır. 1972 yılında *JUSTICE*¹¹⁸, hâkimliğe ilişkin radikal bir rapor hazırlamış ve bu raporda hâkimlerin mesleğe başlamadan önce üç ay ile altı ay arasında olmak üzere bir başlangıç eğitimi almalarını önermiştir¹¹⁹.

JUSTICE'in raporundan üç yıl sonra, Lord Justice Bridge başkanlığında bir çalışma grubu bu konuda incelemeler yaparak tavsiye niteliğinde bir rapor sunmuştur. Bu raporda sunulan staj programına başlangıçta hâkimlerce karşı çıkılmış ve ağır şekilde eleştirilmiştir. Bu eleştirilerden ilkinde göre, hâkim olarak atanan bir hukukçunun zaten uzun yıllar avukatlık yapmasından ötürü, hâkimlik mesleğine uygun bilgi, yetenek ve deneyime sahip olduğu; dolayısıyla da tekrar verilecek bir eğitimin gereksiz olduğu belirtilmekte idi¹²⁰. Bir başka görüşe göre ise, hâkimlik öğretilecek bir bilim değildir; hâkimler mesleğin icrası sırasında yapacakları pratik

¹¹⁴ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 319.

¹¹⁵ **Malleson**, *The New Judiciary*, s. 156.

¹¹⁶ **Malleson**, *The New Judiciary*, s. 156.

¹¹⁷ **Malleson**, *The New Judiciary*, s. 157.

¹¹⁸ *JUSTICE*, Birleşik Krallık'ta hem hukuk hem de ceza alanlarında adalet sistemini güçlendirmek amacıyla hukuk reformlarının gerçekleştirilmesi için çalışan bir insan hakları örgütüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://justice.org.uk/about-us/> (Çevrimiçi 23.06.2015).

¹¹⁹ **Malleson**, *The New Judiciary*, s. 157.

¹²⁰ **Zander**, 1989 (naklen **Malleson**, *The New Judiciary*, s. 158).

uygulamalarla mesleklerini öğrenmekte idiler¹²¹. Bir diğer görüşe göre ise, hâkime verilecek bir eğitim onun “İngiliz hâkimi” temel karakterini bozacaktır¹²². Bir başka eleştiriye göre, hâkimlere verilecek bir eğitim, yargının yönetsel denetimini sağlayan arka kapısı niteliindedir¹²³. Bir başka eleştiride, hâkimlere verilecek eğitimin hâkimlerin davranışlarını ve tutumlarını toplumun bir bölümünün menfaati doğrultusunda değiştireceğini ve hâkimlik mesleğinin tarafsızlığını kaybedeceği endişesi ileri sürülmektedir.

Etkin bir yargılamanın sağlanması için hukuk eğitiminin başlangıcından hâkimlik kürsüsüne kadar olan süreçte ve sonrasında hâkimlik mesleği sırasında da gerçekleştirilecek her türlü eğitimin öneminin çok büyük olduğu kanaatindeyiz. Bu doğrultuda hâkimlerin mesleğe hazırlık aşamasında ve özellikle meslek içi eğitim süreçlerine ilişkin olarak politikalar belirlenmesinin etkin ve verimli bir yargılamanın gerçekleştirilmesine hizmet edeceği görüşündeyiz¹²⁴. Bu yönde gerçekleştirilecek eğitimlerin de hâkimlik mesleğinin tarafsızlığına gölge düşürmeyeceği inancındayız. Tarafsızlığın meslek görgü ve tecrübesi edinmek üzere alınacak herhangi bir eğitimle kaybedilmesinin düşünülmesini de yersiz bir korku olacağı kanaatindeyiz.

Türk hukuk eğitimi sisteminde ise, öğrenciler dört yıllık bir üniversite eğitiminin ardından hâkim, savcı veya avukat olmak üzere seçimlerini yapabilmekte ve bu doğrultuda söz konusu mesleğin gerektirdiği sınav, staj ve mülakatları yerine getirmektedir. Anglo-Amerikan eğitim sisteminden bu noktada tamamen farklı olan uygulamasıyla Türk sistemi hâkim olmak isteyen hukuk fakültesi mezunlarına özgü bir kariyer yolu çizmiştir. Buna göre, mezunların öncelikle Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından düzenlenen yazılı sınavda ve ardından Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulu’nun her sınav için kendi

¹²¹ **Lord Hailsham**, *Hamlyn Revisited: The British Legal System Today*, Hamlyn Lecture, Steven and Sons, London 1983, s. 50.

¹²² **Zander**, 1989, s. 123 (naklen **Malleson**, *The New Judiciary*, s. 158); **Patrick Devlin**, *The Judge*, Oxford University Press, First Edition, Oxford 1979, s. 34-38.

¹²³ **Lord Justice Bridge**, *Report of the Working Party on Judicial Studies and Information*, HMSO, London 1978, paragraf 1.6.

¹²⁴ **İhsan Baştürk**, *Adil Yargılama Hakkının Korunmasında Hâkim ve Savcı Eğitiminin Rolü*, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, sayı 4/1, 2014, s. 55.

üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşan kurul tarafından gerçekleştirilecek mülakatlarda başarılı olmaları gerekmektedir.

Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'na eklenen geçici madde ile Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl süreyle Bakanlığın teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararı ile bir yıllık staj süresini tamamlayan adlî ve idarî yargı hâkim ve savcı adaylarının, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca mesleğe kabul edilmeleri halinde, hâkimlik ve savcılık mesleğine atanabilecekleri düzenlenmektedir (4954 sayılı Kanun Geçici 11. Madde). Yani daha önce iki yıl olan staj süresi, beş yıllığına bir yıla indirilmiştir. Hâkimlik mesleğini gerçekleştirenler de elbette insandır ve hata yapmaları mümkündür; fakat hâkimlik mesleğini diğer mesleklerden ayıran önemli bir nokta hâkimin yapacağı hatanın geri dönüşü olmayan ve toplumu etkileyebilecek nitelikte büyük hasarlara yol açabilmesidir. Dolayısıyla, hâkimlik mesleğinin hukuk fakültesinden yeni mezun olmuş öğrenciye, sadece bir yıl yapacağı bir staj sonunda sunulmasının, hâkimlik mesleğini küçümseyen bir uygulamaya dönüştürdüğü görüşündeyiz.

Ayrıca bu staj dönemi hâkim ve savcı adaylarını ayırmamakta, tüm bu süreçleri başarı ile tamamlayan hâkim/savcı adayı, eğitimin sonunda son bir sınava tabi tutulmaktadır. Bu sınavı da başarıyla tamamlayan adaylar, “hâkimlik/savcılık mesleği için bir engelinin bulunmaması halinde başarı gösterenler, başarı derecelerine göre sıraya konularak Adalet Bakanlığınca önceden belirlenen ihtiyaç sayısına, daha önce başka görevlerde kadro, maaş ve derece yönünden iktisap etmiş oldukları haklar nazara alınmak suretiyle lisans, lisansüstü (master) ve doktora öğrenim durumlarına göre Devlet memuriyetine giriş derece ve kademesiyle veya bu derecelerden aşağı olmamak şartıyla müktesep olarak almış oldukları derece ve kademeyle adaylığa atanırlar”¹²⁵. Kısaca kadrodaki ihtiyaca, adayın özelliklerine ve başarı derecesine göre hâkim veya savcı olunmakta, hâkimlik ve savcılık eğitim ve staj dönemi arasında bir farklılık bulunmamaktadır¹²⁶. Hâkimlik ve savcılık, birbiriyle bağlantısı olan ve fakat birbirinden çok farklı yetki, sorumluluk ve yetenekleri gerektiren iki önemli meslektir.

¹²⁵ 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, madde 9/2.

¹²⁶ 09/07/2004 RG, Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları ile İdari Yargı Hâkim Adaylarının Meslek Öncesi Hazırlık ve Son Dönem Eğitimlerinin Yaptırılmasına Dair Yönetmelik'te, “Adlî Yargı Hâkim ve Savcı Adaylarının Hazırlık Eğitimi Konuları” başlıklı 7. madde hazırlık eğitimi döneminde verilen eğitim faaliyetlerini listelemektedir.

Çalışma konumuz çerçevesinde hâkimlik mesleğine yönelik olarak gerçekleştirilecek staj çalışmalarının savcılık mesleğine yönelik staj çalışmalarından ayrı ve bağımsız olması gerektiği görüşündeyiz. Hâkim adayının meslek bilincini oluşturmaya, buna ilişkin alacağı eğitim ve yerine getireceği çalışmaları da sadece görev alacağı mesleğe özgü olarak gerçekleştirmesi daha etkili olacaktır. Daha henüz hâkim veya savcı mesleklerinden hangisini olacağını bilmeyen bir adayın öngörülen staj süreci boyunca gerekli bilinçle bu eğitimi layıkıyla özümseyemeyeceği kanaatindeyiz.

Türk hukukunda, Anglo-Amerikan hukukunda olduğu gibi, avukatlık mesleğinden hâkimlik mesleğine geçiş de mümkün olabilmektedir¹²⁷. 26 Ağustos 2011 tarihli ve 28037 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmış olan “Adalet Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname” ile mesleklerinde fiilen en az beş yıl çalışmış ve kendi aralarında yapılacak olan yazılı yarışma sınavında ve mülâkatta başarılı olmuş avukatlardan hâkimlik veya savcılık statüsüne geçecekler için giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının son günü itibariyle 35 yaşını doldurmamış olmak koşulu, 45 yaş olarak değiştirilerek (HSK madde 8/k) avukatlıktan hâkimlik mesleğine geçişler için azami yaş sınırı on yıl yükseltilmiştir. Bu değişikliğin, daha çok hukuk tecrübesine sahip avukatın hâkimlik mesleğine geçiş yapabilmesine imkan sağlaması açısından olumlu sonuçlar doğuracağı kanaatindeyiz.

2- Adli Çalışmalar Kurulu (*Judicial Studies Board*)

1979 yılından itibaren Adli Çalışmalar Kurulu’nun kurulmasıyla seminerler ve konferanslar bünyesinde şekillenen bir staj dönemi uygulanmaya başlamıştır¹²⁸. Adli Çalışmalar Kurulu’nun en temel amacı her seviyedeki hâkimin adli gelişimine katkı

¹²⁷ Fransız hukukunda, olağan hâkimlik kariyerine hukuk öğrenimini tamamlayarak ulaşmanın yanı sıra, yatay geçiş vasıtasıyla çeşitli aşamaları katederek ulaşmak da mümkündür. Yatay geçiş yoluyla hâkimlik mesleğine başlamak için üç farklı kategoride sınavdan “*concours*” oluşan ilgili kategorideki sınavı geçmek gerekmektedir. Örneğin ilk kademedeki sınava 31 yaş ve üzerindeki üniversite öğrencileri girebilmektedir¹²⁷. İkinci kategorideki sınav 46 yaşın altındaki, 4 yıllık kıdem sahibi memurlara yöneliktir. 3. kademedeki sınav ise, en az 8 yıllık kıdem sahibi, 40 yaş altı, özel sektör çalışanlarına (avukatlar da dahil olmak üzere) yöneliktir. 3 aşamadan oluşan bu sınavın yargının demokratik karakterine katkı sağlayacağı düşünülmektedir¹²⁷. Bu sınavda başarılı olanlar Bordeaux’da bulunan profesyonel hâkim eğitim okuluna “*Ecole Nationale de la Magistrature-ENM*” başlamaya hak kazanırlar.

¹²⁸ Bell, *Judiciaries within Europe*, s. 319.

sağlamaktır¹²⁹. Kurul, hem tam zamanlı hem de yarı zamanlı görev alan hâkimlere özel hukuk, ceza ve özellikle aile hukuku konularında eğitim vermektedir¹³⁰.

Adli Çalışmalar Kurulu'nun oluşumundan ve hizmetlerinden sonra, hâkimlerden staj eğitiminin içeriğine yönelik eleştiri ve itirazlar görülse de, hâkimlere yönelik eğitim ve staj olgusu itirazsız benimsenmişti ve hatta bu staj ve eğitimlerin genişletilmesi yönünde hâkimlerden büyük destek gelmekteydi¹³¹.

Eğitimin önemi anlaşıldıktan sonra hukuk sisteminde ve mevzuatta gerçekleşen büyük değişikliklere yönelik de eğitimler verilmeye başlandı. Bunlardan ilki 1989 tarihli Çocuk Kanunu ve 1991 tarihli Ceza Yargılaması Kanununa yönelik eğitimler olmuştur¹³². Sonrasında 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu için belki de en sistematik ve ciddi eğitim gerçekleştirilmiştir. Bu eğitim kapsamında 64 seminer düzenlenmiştir ve bu seminerlerden her birine en az 3680 hâkim katılmıştır¹³³. Bu eğitim seminerlerine ek olarak hâkimlerin bilgilerine destek olmak üzere el kılavuzları (*benchbooks*) çıkarılmıştır¹³⁴.

Tüm bu eğitimler, kıdemli hâkimlerin ve Adli Çalışmalar Kurulu'nu yürüten hâkimlerin liderliğinde, hâkimlik mesleğinin daha profesyonel olarak yürütülmesi gerektiğini savunan bir kültürel değişiklik yaşanmasına neden olmuştur. Bu durum, hâkimlere yönelik staj ve eğitim uygulamalarının hukuk sistemi içinde yerini almasının hâkimlik mesleği için çok büyük öneme sahip bir kilometre taşı olarak görülmeye başlamasına neden olmuştur¹³⁵.

Türk yargı sistemini geliştirmeyi hedefleyen Türkiye Adalet Akademisi ise, "Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi" adıyla kurulduğu 1985 yılından itibaren gerek hâkim-savcı adaylarının meslek öncesi eğitimleri, gerek kürsüde görev yapan hâkim ve savcılarının yeni yürürlüğe giren kanunlara adaptasyonu ile ilgili eğitimleri ile

¹²⁹ **Fred Phillips**, *The Modern Judiciary, Challenges, Stresses and Strains*, London 2010, s. 177.

¹³⁰ **Phillips**, *The Modern Judiciary*, s. 177;

¹³¹ **Malleson**, *The New Judiciary*, s. 156.

¹³² **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 319.

¹³³ **Judicial Studies Board**, *The Judicial Studies Board: 25 years (2004) 10* (naklen **Bell**, s. 319).

¹³⁴ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 319.

¹³⁵ **Malleson**, *The New Judiciary*, s. 156.

köklü bir kurum haline gelmiştir¹³⁶.

Avrupa Birliği'ne katılım sürecinde üye ülkelerdeki mevzuata ve uygulamalara uyumu sağlamak üzere, adalet alanında eğitim ve diğer bazı görevleri yerine getirecek bağımsız bir kurumun oluşturulması gündeme gelmiş ve 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu, 23.07.2003 tarihinde kabul edilmiştir. 4954 sayılı Kanun'la tüzel kişiliğe sahip, bilimsel, idari ve mali özerkliği olan Türkiye Adalet Akademisi kurulmuştur. 4954 sayılı Kanunun Geçici 5. maddesi ile 3221 sayılı Kanun'la kurulmuş olan Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi, Akademi bünyesinde Eğitim Merkezine dönüştürülmüştür.

3- Oxford ve Adli Okul (*Judicial College*)

İngiltere'deki bütün hâkimler tek bir kurum tarafından -Adli Okul- meslek öncesi staj eğitimi almaktadır. Hâkimler hem mesleğe adım atmadan önce yoğun bir mesleğe başlangıç eğitimi hem de mesleki kariyerlerini sürdürürken bilgilerini tazeleyen sürekli bir eğitime tabi tutulmaktadırlar¹³⁷.

Adli Okulun eğitim programı, bütün hâkimlerin adli görevlerini etkin şekilde yerine getirmelerini ve adli sisteme karşı kamu güvenini sağlamayı amaçlamaktadır¹³⁸. Bu eğitim programı, maddi hukuk, ispat hukuku, usul hukuku ve adli becerilere yönelik dersleri kapsamaktadır¹³⁹.

2000-2014 yılları arasında Oxford Üniversitesi'nden akademisyen avukatlardan oluşan bir grup, maddi hukuk eğitimleri kapsamında sözleşmeler ve haksız fiil

¹³⁶ Fransız hukukunda ise, profesyonel hâkim eğitim okulu olan "*Ecole Nationale de la Magistrature* (ENM)"deki eğitim sadece derslerden ibaret değildir. Hâkim adaylarının hukukla ilgili çeşitli organizasyonlarda, baroda "*cabinet d'avocats*", il merkezlerinde (*préfecture*) hatta yurtdışında görev almaları mümkündür. İki yılı aşkın süre devam eden eğitimler süresince adaylar çeşitli gruplar dahilinde aktif çalışmakta, bu durum adayın sosyalleşme sürecini ve adli dünyaya entegre olmasını kolaylaştırmaktadır, Bell, *Judiciaries within Europe*, s. 54.

¹³⁷ http://www.law.ox.ac.uk/published/LF2014-02_Peel_JudicialCollege_30April2014.pdf (Çevrimiçi 19.08.2014).

¹³⁸ http://www.law.ox.ac.uk/published/LF2014-02_Peel_JudicialCollege_30April2014.pdf (Çevrimiçi 19.08.2014).

¹³⁹ http://www.law.ox.ac.uk/published/LF2014-02_Peel_JudicialCollege_30April2014.pdf (Çevrimiçi 19.08.2014).

hukukuna ilişkin dersler vererek bu eğitimlerin önemli bir parçası olmuşlardır¹⁴⁰.

E- Mahkeme Sistemi ve Mahkemelere Göre Hâkimler

1- Genel Olarak

Genel olarak mahkeme sistemi ve mahkemelerin hiyerarşisini şekillendirmek hâkimlerin rollerini tanımlamamıza ve mukayese yapmamıza yardımcı olacaktır.

İngiliz hukukunda mahkeme hiyerarşisi şu şekildedir: Piramidin en altında sulh mahkemesi¹⁴¹ (*magistrates' court*), üstünde sırasıyla yerel-ilçe mahkemesi (*county courts*) ve ceza mahkemesi¹⁴² (*the crown court*), Yüksek Adalet Mahkemesi (*The High Court of Justice*), istinaf mahkemesi (*the court of appeal*) bulunmaktadır. Piramidin en tepesinde ise Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) vardır.

İngiliz mahkeme sistemi genel olarak ikiye bölünmektedir. 50.000 Pound'u geçen uyuşmazlıklar Yüksek Adalet Mahkemesi'ne gitmekte, diğer davalar ise yerel-ilçe mahkemesinde açılmaktadır.

Özel hukuk uyuşmazlıklarında büyük oranda karmaşık hukuki sorunların bulunmadığı ve 15.000 Pound'ın altında kalan sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklar yerel-ilçe mahkemesinde görülmektedir. Buna ek olarak yine 15.000 Pound'a kadar olan haksız fiil uyuşmazlıkları bu mahkemenin yetkisi dahilindedir. Fakat kişisel zararlara (*personal injury*) ilişkin olarak bir istisna getirilerek bu sınır 50.000 Pound olarak belirlenmiştir. Yani kişisel zarara ilişkin haksız fiillerde 50.000 Pound'a kadar olan uyuşmazlıklar yerel-ilçe mahkemesinde görülecektir. Yerel-ilçe mahkemelerinin yargılama alanına son olarak aile hukukuna ilişkin yargılamalar dahil edilmiştir. Aile içi şiddet, tedbir nafakası ve çocuk hukuku (hem kamu hukukuna hem de özel hukuka

¹⁴⁰ http://www.law.ox.ac.uk/published/LF2014-02_Peel_JudicialCollege_30April2014.pdf (Çevrimiçi 19.08.2014).

¹⁴¹ Aslında neredeyse tamamen ceza yargılamalarını yürüten sulh mahkemesinde bazı hukuk davaları da görülmektedir. Bu mahkemede görülecek hukuk davaları çeşitli tüzüklerce belirlenmektedir. Bu doğrultuda yılda yaklaşık olarak 120.000 hukuk davası görülmektedir. Sıklıkla sulh mahkemesi hâkimleri, ceza ile hukuk yargılamasının birbirine karıştığı “gri alan” olarak tabir edilen davalara da bakmaktadır, **Stuart Sime**, *A Practical Approach to Civil Procedure*, Oxford University Press, Sixteenth Edition, Oxford 2013, s. 23.

¹⁴² Çalışmamız medeni usul hukukuna ilişkin olduğundan, ceza mahkemesi olan *crown court*'a ilişkin açıklama yapılmayacaktır.

ilişkin olmak üzere) özellikle bu mahkemenin baktığı davalardandır.

Yüksek Adalet Mahkemesi de kendi içinde *The Queen's Bench Division*, *The Chancery Division* ve *The Family Division* olmak üzere üç bölüme ayrılmaktadır¹⁴³. Fakat bu üç bölüm ayrı mahkemeler değildir. *Queen's Bench*'te, yerel mahkemede açılması mümkün olmamış, sözleşmeye veya haksız fiile ilişkin davalar görülmektedir. *Queen's Bench* de kendi içinde deniz mahkemesi (*the admiralty court*)¹⁴⁴, idare mahkemesi (*Administrative Court*), ticaret mahkemesi (*commercial court*)¹⁴⁵, teknoloji ve inşaat mahkemesi (*the technology and construction court-TCC*)¹⁴⁶ olarak dörde ayrılmaktadır.

İngiliz hukukunda, ilk derece yargılamalarının tek hâkimli oluşu da usul ekonomisini¹⁴⁷ zedelemesi sebebiyle eleştirilmekte; özellikle zor ve uzun davaların üç hâkimden oluşan kürsü usulüyle gerçekleştirilmesinin gerekliliğine dikkat çekilmektedir¹⁴⁸. Bu sayede hâkimlerin tartışma ortamı içinde daha adil kararlar verebileceği düşünülmektedir.

2- Sulh Mahkemesi (*Magistrates' Court*) ve Bölge Mahkemesi (*District Judge*) Hâkimleri

a- Genel Olarak Sulh Mahkemesi ve Bölge Mahkemesi Hâkimleri

İngiliz hukukunda yerel-ilçe mahkemelerinin ve Yüksek Adalet Mahkemesinin

¹⁴³ Queen's Bench'te 73, Chancery Division'da 18, Family Division'da 19 Hâkim görev almaktadır, <https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/judges/high-court-judges/> (Çevrimiçi 04.08.2015).

¹⁴⁴ Deniz mahkemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Nigel Meeson / John A. Kimbell**, Admiralty Jurisdiction and Practice, Fourth Edition, Informa Law and Finance, London 2011, s. 2-3.

¹⁴⁵ İngiliz ticaret mahkemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/high-court/queens-bench-division/courts-of-the-queens-bench-division/commercial-court/> (Çevrimiçi 09.02.2016).

¹⁴⁶ Teknoloji ve inşaat mahkemesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HM Courts and Tribunals Service, The Technology and Construction Court Guide, London 2015, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/448256/technology-and-construction-court-guide.pdf (Çevrimiçi 09.02.2016); <https://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/high-court/queens-bench-division/courts-of-the-queens-bench-division/technology-and-construction-court/> (Çevrimiçi 09.02.2016); **Michael E. Davis / Robert Akenhead**, The Technology and Construction Court, Oxford University Press, Oxford 2006.

¹⁴⁷ Usul ekonomisi ilkesi genel olarak yargılamanın, makul giderle ve makul süre içinde, kalite standartlarına uygun bir hizmetle ve düzenli bir biçimde yürütülmesidir, **Cumhur Rüzgâresen**, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 40-45.

¹⁴⁸ **Andrews**, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 777.

yanı sıra, iki tane daha ilk derece mahkemesi vardır. Biri *magistrates' court*, diğeri de *crown court* olarak ifade edilen ceza mahkemesidir¹⁴⁹. Adi suçların % 97'si *magistrates' court*'ta görülmektedir. Bu oran da yılda yaklaşık olarak iki milyon davaya karşılık gelmektedir¹⁵⁰. Fakat bu davalar ciddi, büyük davalar değildir. Sulh mahkemesinin kapsamına girmeyen daha nitelikli suçlar *crown court*'un yetkisine girmektedir.

Önemle vurgulamak gerekir ki, esasen sulh mahkemesi olarak Türkçeleştirmeyi uygun bulduğumuz bu mahkemelerde ceza yargılaması yapılmaktaysa da, sınırlı sayıda hukuk yargılaması da görülmektedir¹⁵¹. Bunlar 1989 tarihli Çocuk Kanunu kapsamında çocuğun refahının sağlanmasına ilişkin usullerin yanı sıra, aile hukuku kapsamında, aile içi şiddetten korunmaya ve ayrıca nafaka kararlarına ilişkin davalardır.

Sulh mahkemesinde üç profesyonel olmayan hâkim (*lay judge* veya *justices of the peace* de denilmektedir) karar vermektedir¹⁵². İngiltere'de yaklaşık olarak 30.000 profesyonel olmayan hâkim bulunmaktadır ve bu hukukçu olmayan hâkimleri asiste eden 1800 hukuk eğitimi almış mahkeme kâtibi (*court clerk*)¹⁵³ bulunmaktadır¹⁵⁴.

Londra'nın iç kesimlerinde ise, davaların birçoğuna hukukçu tek bir hâkim bakmaktadır¹⁵⁵. Bu hâkime *district judge*; yani bölge hâkimi denilmektedir. 2012 yılı itibariyle 419 bölge mahkemesi hâkimi bulunmaktadır ve Londra dışında bu hâkimler sadece karmaşık ve hassas davalara bakmaktadırlar¹⁵⁶. Bölge mahkemesi hâkimi ünvanı verilen ve sulh mahkemesinde görev alan hâkimler, en az yedi yıllık avukatlık

¹⁴⁹ **Lundmark**, s. 189.

¹⁵⁰ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 330.

¹⁵¹ <http://magistrates-court.co.uk/court-cases/> (Çevrimiçi 11.10.2015).

¹⁵² **Lundmark**, s. 189; <https://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/magistrates-court/> (Çevrimiçi 24.06.2015).

¹⁵³ **Lloyd-Bostock / Thomas**, s. 53-92. İngiliz yargı sisteminde görülen mahkeme kâtipleri çalışmada bölüm 1 §1 II E 3 c'de ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

¹⁵⁴ **Lundmark**, s. 189.

¹⁵⁵ **Lundmark**, s. 189.

¹⁵⁶ Adli istatistiklere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/321352/court-statistics-jan-mar-2014.pdf (çevrimiçi 08.08.2014).

deneyimine sahip, maaşlı hâkimlerdir¹⁵⁷. Bu hâkimlerin, hâkimlik staj ve eğitiminden geçmemesi, profesyonel olmayan “*lay*”¹⁵⁸ olarak adlandırılan hâkimlere benzetilmelerine sebep olmaktadır¹⁵⁹.

Sulh mahkemesinde en fazla altı ay hapis cezası ve beş bin Pound para cezasına hükmedilebilir. Mağdurlar da beş bin Pounda kadar tazminata hak kazanabilirler. Magistrates’ Court’ta ceza yargılamalarına ek olarak aile uyuşmazlıkları (temel olarak nafaka ve geçim desteği ile ilgili konularda) ve çocuklara ilişkin ceza yargılamaları da görülmektedir¹⁶⁰.

Sulh mahkemesinde görev alan hukukçu olmayan hâkimler (*lay judges*) ise, gönüllülük esasına göre çalışırlar ve herhangi bir ücret almazlar; fakat görev icabı yaptıkları bazı masrafları talep edebilirler. Gönüllülük esasına göre çalışan bu hâkimlerin ücret karşılığı çalıştıkları işyerlerindeki işverenler bu hâkimleri duruşma günleri (yılda en az yirmi altı yarım gün) izinli saymak zorundadır. Genelde ücretsiz izinli saydıkları bu hâkimlere uygulamada işverenleri maaşlarından kesinti yapmamaktadır¹⁶¹.

b- Hukukçu olmayan Sulh Hâkimleri (*Justices of the Peace*)

Anglo-Amerikan hukukunda genellikle “*lay adjudication*”, “*lay participation*”, olarak adlandırılan kuruma dahil bu kişiler yargılamada hâkim olarak görev

¹⁵⁷ Bell, *Judiciaries within Europe*, s. 309.

¹⁵⁸ İngiliz hukukunda kâtipler Justice of the Peace Act 1997 kapsamında görevlerine atanmaktadırlar, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/25/contents> (Çevrimiçi 24.06.2015); <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldselect/ldcref/125/125we27.htm> (Çevrimiçi 24.06.2015). Amerikan hukukunda ise “*law clerk*” olarak anılan ve yargılama içinde önemli role sahip bu kişilerin görev ve sorumluluklarına ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme yoktur. Bu kimseler devlet tarafından tayin edilen kimseler olmayıp; doğrudan hâkimin seçimiyle ve göreve kabülüyle yetki sahibi olmaktadır. Bunların görevleri hâkimlerin çizdiği görev tanımına göre değişmektedir. Her bir hukuk danışmanı birlikte çalıştığı hâkimin kendisinden istediği ve beklediği görevleri yerine getirmekten sorumludur. Her hâkimin uyuşmazlıkların çözümünde uyguladığı yöntem ve metod bireysel nitelikte olduğundan, bu doğrultuda çalışma alışkanlıkları da hâkimlerin kendilerine özgüdür. Dolayısıyla her bir hukuk danışmanı birlikte çalıştığı hâkimin çalışma yöntem ve usullerini gözlemleyerek, onun çalışma stiline uygun şekilde hareket etmektedir, **David Crump**, *Law Clerks: Their Roles And Relationships With Their Judges*, *Judicature*, vol. 69, no. 4, December-January 1986, s. 236. Profesyonel olmayan hakimler hakkında daha ayrıntılı bilgi bölüm 1 §1 II E 2 b’de yer almaktadır.

¹⁵⁹ **P. Seago / C. Walker / D. Wall**, *The Development of the Professional Magistracy in England and Wales*, *Criminal Law Review*, 2000, s. 631, 645.

¹⁶⁰ **Lundmark**, s. 189.

¹⁶¹ **Lundmark**, s. 189.

alabileceği gibi, kimi zaman da jüri olarak kendilerini göstermektedir. Örneğin, İngiliz mahkemelerinde neredeyse bütün ağır ceza davalarında hukukçu olmayan, halktan hukukçu olmayan insanların oluşturduğu jüri yer almaktadır¹⁶². Bu jüriler, hukuk davalarında ise neredeyse hiç varlık göstermemektedirler. ABD’de de ise, İngiliz hukukundakinin aksine jüriler, ceza yargılamasının dışında hukuk yargılamasında da önemli bir yere sahiptirler.

Jüri müessesesi yüzyıllarca demokrasinin temeli ve 1215 tarihli Magna Carta Sözleşmesinin özündeki düşüncenin izlenmesinin bir sonucu olarak görülmüştür¹⁶³. Jüri sisteminin arkasında yatan temel amaç adil ve tarafsız yargılama kavramıdır¹⁶⁴.

İngiliz hukukunda “*lay participation*” olarak adlandırılan hukukçu olmayan adalet mensuplarının yargılamaya katılımı iki kurum aracılığıyla gerçekleşmektedir. Bunlardan en çok bilineni jüri sistemi olmakla birlikte, diğer katılım şekli ise “*Justices of the peace*” olarak adlandırılan sulh hâkimleridir¹⁶⁵.

Hukukçu olmayan sulh hâkimlerinin kökleri 1200’lü yıllara kadar dayanmaktadır¹⁶⁶. İlk dönemlerde bu görev, şerifler ve yerel olarak atanan vatandaşlar “*hundreds*” tarafından müştereken yerine getirilmekte idi. *Hundreds* olarak adlandırılan bu vatandaşlar yerel suçluların kimliklerinin belirlenmesi ve takibinden sorumluydular. Sorumlulukları o kadar ağırdı ki, eğer kendi yerel bölgelerindeki suçluları belirleyemezlerse şahsi ceza alabilmekteydiler. Örneğin 1285 tarihli Westminster yasalarına göre *hundreds* sıfatını taşıyan vatandaşlar soygunculardan

¹⁶² **Lundmark**, s. 214.

¹⁶³ Magna Carta’nın 39. maddesi gereğince “Özgür hiç kimse kendi benzerleri tarafından ülke kanunlarına göre yasal bir şekilde muhakeme edilip hüküm giymeden tutuklanmayacak veya hapsedilmeyecek veya mal ve mülkünden yoksun bırakılmayacak veya kanun dışı ilan edilmeyecek veya sürgün edilmeyecek veya hangi şekilde olursa olsun zarara uğratılmayacaktır.”

¹⁶⁴ **Lundmark**, s. 245.

¹⁶⁵ **Lundmark**, s. 218.

¹⁶⁶ **Baker**, s. 24. Alman hukukunda da tıpkı İngiliz hukukunda olduğu üzere, yargılamanın yönetiminde alaylı hukukçuların yer alması uzun bir geleneğe dayanmaktadır. Bugün de alaylı hukukçuların yargılamaya katılması prosedürü mahkeme sisteminin ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir. Birçok özel yetkili mahkemede fahri hâkimler (*honorary judges*), profesyonel hukuk eğitimi almış hâkimlerle (*professional judges*) eşit şekilde yer almaktadırlar. Bu fahri hâkimler, halkın temsilcisi olarak görülmekte ve bu hâkimlerin herhangi bir özel eğitimi veya deneyimi yoktur. Buna karşılık örneğin ceza mahkemelerinde görev alan ticari hâkimler (*Handelsrichter*) belirli bir eğitimden geçen deneyim kazanmış kişilerdir. Fahri hâkimlere Alman hukukunda idare, vergi mahkemelerinde ve hatta ceza mahkemelerinde rastlanılmaktadır, **Lundmark**, s. 215.

sorumluydular. Günden güne bu vatandaşların yargılama içindeki rolü, şüpheli suçluların belirlenmesinden, bu suçlarla ilgili meselelerin halledilmesine kadar arttı. İki yılda bir şerifler *hundreds* olarak anılan bu vatandaşları ziyaret ederek kraliyet namına onların belirlediği davalara bakmaktaydı. Şeriflerin baktığı bu davalar “*tourn*”¹⁶⁷ adı verilen duruşmalar aracılığıyla gerçekleşmekteydi. Zamanla şeriflerin ve *hundreds* adı verilen hukukçu olmayan vatandaşların yargılamadaki yeri azalmakta ve Magna Carta’nın kabulünden sonra “*tourn*” duruşmalarının artık Kral adına yürütülemeyeceği; fakat bunun yerine sadece ön soruşturma aşaması ile sınırlı olarak davanın Yüksek Mahkemeye sunulmasında kullanılabilecek bir araç olabileceği kabul edildi¹⁶⁸.

Sonrasında yerel seviyede bir adli kurumun var olmayışının yarattığı eksiklik sonucunda nüfuz sahibi özel bireyler kendi duruşmalarını gerçekleştirmeye başladılar ve bu duruşmaların da sıradan görüşmelerden olmayıp mahkemeye ait duruşma olduklarını belirttiler. İşte nüfuz sahibi bu özel kişilerce sistemin kötüye kullanılma potansiyeli sebebiyle “*lay judges*”; yani hukukçu olmayan hâkim kurumu oluşturuldu. Başlangıçta bu hukukçu olmayan hâkimler şövalyelerden ileri gelmekteydi¹⁶⁹.

III. Edward döneminde (1327-1377) hukukçu olmayan hâkimlerin rolü artarak düzenli bir hale getirildi ve resmi olarak sulh hâkimi statüsüne kavuşturuldu. Bu hâkimler Kraliyet tarafından heyet olarak görevlendirilmekteydi. Potansiyel kötüye kullanım ve manipülasyonların önüne geçilmek üzere görev dağılımı, yetkilerin salt tek bir kişide olması yerine genele yönelik olarak yapılmıştı ve tanınan bu yetki de her an geri alınabilmekteydi¹⁷⁰.

18. yüzyılın siyasi aydınlanma hareketi ile birlikte halkın özgürleşmesi “*lay participation*”; yani hukukçu olmayan vatandaşların yargılama sürecine katılımı anlayışını tekrar canlandırmıştır. Bu dönemde insanlar, alaylı hukukçuların, profesyonel hâkimlere göre devlet otoritesinden daha az etkilendiğini

¹⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **J. W. Hill**, The Rise of English Legal Profession, Transactions of the Royal Historical Society, vol. 3, December 1874, Cambridge University Press Journals Digital Archive 12 February 2009, s. 98-162.

¹⁶⁸ **Lundmark**, s. 219.

¹⁶⁹ **Lundmark**, s. 219.

¹⁷⁰ **Lundmark**, s. 219.

düşünmekteydi¹⁷¹. Ayrıca bu dönemde hâkim olan görüşe göre, alaylı hukukçular adaletin yönetimi gibi hassas bir alanda sosyal sorumlulukları geliştirme amacıyla hareket etmekteydi. Bu yönüyle şeffaflığını ve meşruiyetini (*popular legitimacy*) de garanti altına almaktaydı¹⁷². Kural olarak aslında alaylı hukukçunun nitelikleri ve gerçekleştirdiği görevler bakımından vereceği kararlar değerlendirmeye ve incelemeye tabi tutulmasa da, sokaktaki sıradan bir vatandaş temsil etmesi sıfatıyla, profesyonel hâkimin yanında verdiği kararlar dikkate alınmaktaydı¹⁷³.

Fransız devriminden sonra, 18. yüzyılın başlarında Montesquieu tarafından ileri sürülen kuvvetler ayrılığının gerekliliği düşüncesi yeni bir anlayışı ortaya çıkardı¹⁷⁴ ve Montesquieu'nün Kanunların Ruhu "*De l'Esprit des Lois*" adlı eserinde tavsiye ettiği üzere, liberalizm ve demokrasinin hedefleri doğrultusunda hukukçu olmayanların yargılama sistemine dahil olduğu "*lay participation*" sisteminde artış gerçekleşti¹⁷⁵. Montesquieu'nün görüşüne göre, yargılamada halk arasından seçilen kişilerin yer alması, yargılama yetkisinin belli bir mevkiye veya mesleğe bağlı olmamasına ve bu sebeple de yargılama yetkisinin farkedilmez bir hal almasına, adeta ortadan yok olmasına sebep olur. Böylece hâkim adı verilen kişi devamlı olarak gözlerimizin önünde bulunmaz; vatandaş da böylece hâkimden değil, hâkimin gerçekleştireceği işten korkmaya başlamış olur. Kısaca Montesquieu'nun bu düşüncelerinin de İngiliz hukukunda önemli etkileri olmuştur.

Sulh hâkimlerinin görevi iki yönlü idi. Öncelikle barışın ve huzurun sağlanması için çalışıyorlardı. İkinci olarak da çeşitli suçlar hakkında soruşturma yapmak ve karar

¹⁷¹ **Lundmark**, s. 216.

¹⁷² Kern, s. 56f (naklen, **Lundmark**, s. 216)

¹⁷³ **Lundmark**, s. 216.

¹⁷⁴ **Montesquieu**, *De l'Esprit des Lois* 168f, Edition de R. Derathé, Paris 1973.

¹⁷⁵ **Montesquieu**, s. 170. Aynı doğrultuda Alman Hukukunda da 19 yy.'ın ortalarında St. Paul Kilisesi'nin "*Paulskirchenverfassung*" kurulmasıyla kuvvetler ayrılığı ve hukukçu olmayanların yargılamaya katılımı sağlanmıştır. Bu doğrultuda hukukçu olmayan kimseler jüri "*Geschworene*" olarak görev yapmaya başladı. Bu kimseler sadece suçlanan kişinin suçlu veya suçsuzluğu hakkındaki kararı vermekle yetkilendirildi. Profesyonel hâkimler ise, usuli sorunlar ve hükmün kurulması (*sentencing*) ile uğraşmakla yetkili idi. Hukukçu olmayan kimselerin jüri koltuğuna oturtulmasındaki temel amaç, gücünü vatandaşlarından alan devletin ceza yargılamalarında en iyi şekilde yine hukukçu olmayan bu vatandaşlar tarafından temsil edilebileceği düşüncesi idi. Bu şekilde devleti yöneten elit kesimin (*ruling elite*) yargılamaya etki etmeye yönelik yatkınlığının da azalacağı düşüncesi mevcuttu, **Lundmark**, s. 216.

vermekle sorumluydular¹⁷⁶. Barışı sağlamak üzere sulh hâkimlerine polislerin sahip olduğu yakalama, tutuklama ve kefaletle serbest bırakma yetkisi tanınmakta idi. İkinci olarak sulh hâkimleri daha önceden şeriflerin sahip olduğu Kraliyet namına davalara bakma hakkına sahipti. Yılda dört defa toplanarak davalara bakmakta idiler. Bu yerel sulh hâkimleri bu kurumun 1971 yılında ortadan kaldırılmasına kadar yılda dört defa toplanarak yerine getirdikleri “*quarter sessions*” olarak adlandırılan adli görevlerini altı yüzyıl boyunca sürdürmüşlerdir¹⁷⁷.

Sulh hâkimleri sadece polise özgü ve adli görev yerine getirmemekteydi. Aynı zamanda idari sorumlulukları da vardı. Örneğin, yerel seviyede fakir ve öksüzler için; köprü ve otoyol yapımı için de hüküm kurabilmekteydiler¹⁷⁸.

Günümüzde sulh hâkimleri “*Magistrates Court*”; yani sulh mahkemesi bünyesinde görev almaktadırlar. Sulh hâkimleri ceza yargılaması sisteminin kilit noktasını oluşturmakta ve davaların % 97’si bu mahkemelerde görülmektedir¹⁷⁹.

c- Sulh Mahkemesi Hâkimlerinin Seçimi ve Eğitimleri

İngiltere’de 30.000 sulh hâkimi Kraliçe adına ve namına, Devlet Bakanı ve Lordlar Kamarası Başkanı (Adalet Bakanı) tarafından atanmaktadır¹⁸⁰. Adaylar yerel istişare komitesi tarafından Devlet Bakanına ve Lordlar Kamarası Başkanına tavsiye edilmektedir. Tavsiye edilen bu kimseler yerel halktan ve bazı hâkimlerden oluşmaktadır¹⁸¹. İstişare komitesi öneride bulunurken sadece adayların kişisel uygunluğuyla ilgilenmemekte, aynı zamanda kadro boşluklarını ve her bir mahkemenin hizmet edeceği bölgenin çeşitliliğiyle dengeli temsil kapasitesini de kontrol etmektedir¹⁸².

Potansiyel bir aday öncelikle İngiliz hükümetinin ilgili internet sayfasından bir

¹⁷⁶ **Lundmark**, s. 219-220.

¹⁷⁷ **Lundmark**, s. 220.

¹⁷⁸ **Lundmark**, s. 220.

¹⁷⁹ <http://www.justice.gov.uk/about/hmcts/courts.htm> (çevrimiçi 16.06.2014).

¹⁸⁰ Courts Act, 2003, chapter 39, section 10.

¹⁸¹ **Lundmark**, s. 233.

¹⁸² Hâkim olmak için başvuru yolu ve yapılması gerekenler için: <https://www.gov.uk/become-magistrate> (Çevrimiçi 17.06.2014).

başvuru belgesi doldurulmalıdır. Bu başvuru formu adayın söz konusu işe uygun olup olmadığını denetlemek amacıyla. Kolluk kuvvetinin mevcut üyeleri veya parlamento seçimlerine aday olmuş kimseler hâkim olabilmek üzere başvuru yapmaya uygun değildir. Hâkimliğe aday kimsenin başvurusu uygun görülürse öncelikle birinci mülakata, birinci mülakatta başarılı olursa, ikinci mülakata tabi tutulur. Adayın geçmişi kontrol edilir ve adaylığına engel bir durum çıkmazsa, istişare komitesi Adalet Bakanına görüşünü bildiren önerisini sunar. Başvuru süreci normal olarak altı ay- on iki ay arası sürmektedir¹⁸³.

Adaylar on sekiz-yetmiş yaş arasında olmalıdır. Başvurusu kabul edilen adaylar yılda en az yirmi altı yarım gün mahkemede hâkimlik görevini icra etmek zorundadır¹⁸⁴.

Adaylık için herhangi bir hukuk eğitimi hatta genel eğitim gerekmemektedir. İşverenler, sulh hâkimi olan çalışanlarına hukuken makul süre izin vermek zorundadırlar¹⁸⁵.

Adayların seçimi sürecinde şu özellikler önem taşımaktadır¹⁸⁶:

1-İyi huy: Kişisel bütünlük, saygılı ve güvenilir olmak, 2-Anlama yetisi ve iletişim: Belgeleri anlamak, ilgili vakıaları belirlemek, delillerin takibi ve etkili iletişim, 3-Sosyal duyarlılık: Hukuk kurallarını anlamak ve bunlara uymak, 4-Olgunluk ve sağlam yapı: İnsanları anlama ve eşitlik anlayışı, 5- Sağlam muhakeme yeteneği: Mantıklı düşünce, iddiaları düşünüp tartarak makul karar verme.

Adayın ataması gerçekleştiği takdirde, aday Kraliçe adına ve namına görevini layıkıyla yerine getireceğine dair yemin eder¹⁸⁷.

Sulh hâkimlerinin genellikle en az beş yıl süre ile görev almaları

¹⁸³ **Lundmark**, s. 233.

¹⁸⁴ Yarım gün deyiimiyle sabah 10.00-13.00 veya 14.00-17.00 saatleri arasında çalışma kastedilmektedir, **Lundmark**, s. 233.

¹⁸⁵ Employment Rights Act 1996, §50.

¹⁸⁶ <https://www.gov.uk/become-magistrate> (Çevrimiçi 17.06.2014).

¹⁸⁷ Promissory Oaths Act 1868 c 77, s. 4, Schedule part II.

beklenmektedir¹⁸⁸. Başlangıç staj dönemi ve adayların ön değerlendirme süreci genellikle yaklaşık on sekiz ay kadar sürmektedir. Yetmiş yaşına gelen her sulh hâkiminin emekli olması gerekmektedir¹⁸⁹.

Sulh hâkimleri gönüllülük esasına göre görev yaptıklarından, yerine getirdikleri hizmetten ötürü maaş almamakta; yalnızca yol masrafı, sosyal yardım (*subsistence allowance*) ve görev aldıkları belirtilen saatlerle sınırlı olarak ekonomik kayıplarını talep edebilmektedirler¹⁹⁰.

Bir sulh hâkimi genellikle davayı diğer iki sulh hâkimiyle birlikte görür. Her kürsünün bir oturum başkanı bulunmakta ve oturum başkanı içlerinde en tecrübeli kıdemli hâkim olarak kürsüde diğer iki hâkimin arasında yer almaktadır. Bazı sulh mahkemelerinde, aynı zamanda “*district judge*” olarak da bilinen bölge hâkimleri tek başlarına görev alabilmektedirler. Sulh hâkimlerinin hukuk eğitimi alma zorunlulukları bulunmadığından, hukuk ve usul hakkında, hukuk danışmanları veya uzman kâtiplerden tavsiyeler almaktadırlar. Kâtip kürsünün önünde oturarak görevini yerine getirmektedir.

Bütün sulh hâkimleri Adli Bilimler Kurulu (*Judicial Studies Board*) tarafından idare edilen bir staj sürecinden geçmek zorundadır. Temel staj eğitimi on sekiz saatten oluşmakta ve genellikle üç güne yayılarak verilmektedir¹⁹¹. Ek olarak, sulh hâkimleri minimum üç mahkeme gözlemi, cezaevi ziyareti, genç suçlulara ilişkin kurum¹⁹² (*Young Offender Institution*) ve şartlı salıverme (*probation service*) ofisine ziyaret gerçekleştirmek zorundadır¹⁹³.

Yaklaşık bir yıllık bir dönemin sonunda sulh hâkimleri pekiştirme eğitimine (*consolidation training*) tabi tutulurlar. On iki saatlik olan bu eğitim de genellikle iki günlük bir eğitim programıyla hâkimlere verilmektedir.

¹⁸⁸ <https://www.gov.uk/become-magistrate/can-you-be-a-magistrate> (Çevrimiçi 17.06.2014).

¹⁸⁹ **Lundmark**, s. 234.

¹⁹⁰ **Lundmark**, s. 234.

¹⁹¹ <https://www.gov.uk/become-magistrate/can-you-be-a-magistrate> (çevrimiçi 17.07.2014).

¹⁹² 15-21 yaş arasındaki suçlular için kurulan cezaevleridir.

¹⁹³ <https://www.gov.uk/become-magistrate/can-you-be-a-magistrate> (Çevrimiçi 17.07.2014).

Sulh mahkemesi, daha önce belirtmiş olduğumuz sınırlı derecede hukuk davasını yürütmenin yanı sıra, İngiltere ve Galler’de on yedi yaş ve üzerindeki tüm failerin ilk bağlantı noktasıdır. Baktıkları davalar kötü muamele (*common assault*), trafik suçları (*motoring offenses*), hırsızlık davalarıdır¹⁹⁴.

Üç sulh hâkiminin de karar verme yetkileri eşit olsa da, sadece oturum başkanı mahkemede söz sahibidir ve yargılamayı o yönetir.

Sulh hâkimleri suçlulara en fazla altı ay hapis cezası verebilmekte veya en fazla on iki ay içtima kararı (*consecutive sentence*) verebilmektedir. Hükmedebileceği maksimum para cezası ise beş bin Pound’dur¹⁹⁵.

3- Yerel-İlçe Mahkemesi (*County Court*) Hâkimleri

a- Genel Olarak

1846 yılında oluşturulan *County Court* olarak adlandırılan yerel-ilçe mahkemeleri, iflas davaları da dahil olmak üzere, değeri 50.000 Pound’a kadar olan hukuk davalarına bakmaktadır. Sadece çok karmaşık davalar mahkemenin yargılama yetkisi dışında bırakılmakla beraber, bu mahkemede çoğunlukla boşanma davaları görülmektedir. 2012 yılı itibariyle 216 yerel-ilçe mahkemesi bulunmaktadır¹⁹⁶.

Yerel-ilçe mahkemeleri İngiltere’deki en önemli hukuk mahkemeleridir. Bu mahkemede, 2006 yılında, aile uyuşmazlıkları hariç olmak üzere iki milyondan fazla hukuk davası görülürken, bu sayı 2011’de bir buçuk milyona düşmüştür¹⁹⁷. Ayrıca boşanma davaları konusunda bu mahkeme münhasır yetkiye sahiptir ve 2006 yılında yaklaşık 150.000 dava görülürken, 2011’de bu sayı yaklaşık olarak 129.000’e gerilemiştir¹⁹⁸. Yerel mahkeme hâkimleri sahip oldukları farklı görevler çerçevesinde

¹⁹⁴ Courts Act 2003, chapter 39, section 44(1), (3).

¹⁹⁵ **Lundmark**, s. 235.

¹⁹⁶ **Lundmark**, s. 190.

¹⁹⁷ **Judicial and Court Statistics 2011**, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217494/judicial-court-stats-2011.pdf (Çevrimiçi 24.06.2015).

¹⁹⁸ **Judicial and Court Statistics 2011**, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217494/judicial-court-stats-2011.pdf (Çevrimiçi 24.06.2015).

“*district judges*”, “*deputy district judges*”, “*circuit judges*”, “*recorders*” olarak farklı isimlere sahip olmaktadır¹⁹⁹.

b- Bölge Hâkimleri (*Circuit Judge*)

Yerel mahkemeler bünyesinde en büyük paya “*Circuit Judge*” olarak adlandırılan bölge hâkimlerinin gördüğü davalar sahiptir²⁰⁰. Her ne kadar bölge hâkimi sıfatı resmi bir sıfat olsa da, *Circuit Courts*; yani bölge mahkemeleri adı altında mahkemeler bulunmamaktadır. Bunun yerine, bölge hâkimleri yedi bölgeden birinde görev yapmaktadır ve her ne kadar bölge hâkimlerinin büyük bir kısmı “*County Court*” bünyesinde görev alsın da, bu hâkimlerin birçoğu ceza mahkemelerine (*Criminal Crown Courts*) atanmaktadır²⁰¹. Buna gerekçe olarak da bölge hâkimlerinin görevlerinin çeşitliliği ve geniş yargılama yetkileri gösterilmiştir²⁰². Bölge hâkimlerinin bir kısmı Yüksek Mahkemenin teknoloji ve inşaat uyuşmazlıklarına (*Division for Technology and Construction of the High Court*) ve bir kısmı da istinaf mahkemesine yardımda bulunmaktadır. 2015 itibarıyla 600’ün üzerinde bölge hâkimi bulunmaktadır²⁰³.

c- Kâtip (*Registrar*)

İngiliz hukukunda kâtipler aslen mahkemenin idari memurlarıdır; fakat günümüzde bu kâtipler alt derece mahkemesi hâkimi olan, bölge hâkimi (*district judge*) haline gelmişlerdir²⁰⁴. Mahkemeler ve Hukuki Hizmetler Kanunu (*The Courts and Legal Services Act 1990*) yerel-ilçe mahkemelerini genişleterek, kâtiplere bölge hâkimi ünvanını vermiştir. Özellikle 1971 yılında 1000 Pound altındaki küçük uyuşmazlıklarda tahkim yolu oluşturulmuş ve bunun yanı sıra taraflardan her birinin tahkim yolunu reddetme hakkı saklı tutulmuştur. Böylece tahkim yoluna gitmek istemeyen taraf yerel-ilçe mahkemesinde uyuşmazlığının çözülmesini

¹⁹⁹ <https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/judges/> (Çevrimiçi 21.09.2015).

²⁰⁰ **Lundmark**, s. 190.

²⁰¹ **Lundmark**, s. 191; **Bell**, s. 309.

²⁰² **Lundmark**, s. 191.

²⁰³ <https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/judges/circuit-judge/> (Çevrimiçi 24.06.2015).

²⁰⁴ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 309.

isteyebilecektir. Bu durum yerel mahkemenin iş yükünü arttırdığından kâtiplerin, bölge mahkemesi hâkimi olmaları sağlanmıştır. Bölge mahkemesi hâkimi sıfatına kavuşan bu kâtipler çoğunlukla danışman avukatlıktan bu göreve gelmekte ve bir katibin bölge hâkimi olabilmesi için en az yedi yıllık avukatlık deneyimine sahip olması gerekmektedir²⁰⁵.

4- Yüksek Adalet Mahkemesi (*High Court of Justice*)

Yüksek Adalet Mahkemesi aynı zamanda hem ilk derece mahkemesi (*trial court*) niteliğinde hem de ikinci derece mahkemesi olan istinaf mahkemesi niteliğindedir. Hem ceza hem de hukuk davalarına bakmaktadır. Yüksek Adalet Mahkemesi, Londra'nın merkezinde Kraliyet Adalet Mahkemesi (*Royal Courts of Justice*) bünyesinde konumlanmaktadır. Hukuk davalarında neredeyse her zaman tek hâkimlidir²⁰⁶.

5- İngiliz İstinaf Mahkemesi (*Court of Appeal of England and Wales*)

Hâkimleri

İngiliz istinaf mahkemesi, hukuk ve ceza olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. Özel hukuka ilişkin bölümü, Yüksek Adalet Mahkemesi (*High Court of Justice*), yerel-ilçe mahkemesi ve bazı ilk derece mahkemelerinin başvurularını incelemektedir.

İngiliz istinaf mahkemesinde sadece otuz sekiz hâkim (*Lord Justices*) görev aldığından, çok sayıda yapılan başvuruya cevap verebilmek için Yüksek Adalet Mahkemesi hâkimleri istinaf mahkemesine destek vermektedir²⁰⁷.

6- Lordlar Kamarası ve Yüksek Mahkeme (*The House of Lords/ Supreme Court*) Hâkimleri

a- Lordlar Kamarası

Hukuk lordları hâkimlerden farklı bir gruba dahillerdir. Lordlar Kamarası ve şu anki haliyle Yüksek Mahkeme sadece İngiliz mahkemesi olmaktan ziyade, başlı başına

²⁰⁵ Bell, *Judiciaries within Europe*, s. 309.

²⁰⁶ Lundmark, s. 192.

²⁰⁷ Lundmark, s. 193.

Birleşik Krallık kurumu niteliğindedirler. Yüksek Mahkemenin üyeleri aynı zamanda İngiliz Kraliyet danışma meclisi üyesi olduklarından bu hâkimlerin diğer hâkimlerden ayrı ve farklı şekilde göreve seçilmeleri gerekmektedir²⁰⁸.

Lordlar Kamarasının görevi zor hukuk ve yorum problemleriyle uğraşmaktır. Lordlar Kamarasının önüne gelen tipik davalar ticari sözleşmeler, insan hakları ve kamu hukuku, vergilendirme ve haksız fiil hukuku alanlarından doğmaktadır²⁰⁹.

b- Yüksek Mahkeme Hâkimleri

Lordlar Kamarasının kaldırılmasının ardından 2005 yılında Anayasal Reform Akdi (*Constitutional Reform Act*) ile oluşturulan Yüksek Mahkeme Lordlar Kamarasının birçok ayırt edici özelliğini muhafaza etmiştir. Fakat artık Yüksek Mahkeme, İngiliz yasama meclisinin bir parçası niteliğinde olmamakla birlikte; adli olmayan tarafla (*non-judicial side*) olan bağıını da kaybetmiştir²¹⁰. Yüksek Mahkeme hâkimleri, artık seçici kurul önerisiyle, Lord Şansölye tarafından atanmaktadırlar.

Lordlar Kamarasının kaldırılarak yerine Yüksek Mahkemenin oluşturulmasının arkasında adli bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri kapsamında, İnsan Hakları Sözleşmesinin (*Human Rights Act 1998*) kabulü ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM-*European Court of Human Rights*) birkaç kararı vardır²¹¹.

Yüksek Mahkeme 2009 yılında kurulmuştur ve altı farklı mahkemeden gelen başvuruyu incelemektedir: İngiliz istinaf mahkemesinden (*the Court of Appeal*); bazen doğrudan İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesinden gelen başvurular; İskoçya'nın en Yüksek Mahkemesinden (*Court of Session*); Kuzey İrlanda istinaf mahkemesinden; bazen doğrudan Kuzey İrlanda Yüksek Adalet Mahkemesinden ve Askeri istinaf

²⁰⁸ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 302.

²⁰⁹ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 302.

²¹⁰ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 303.

²¹¹ **Kate Malleon**, *Modernising the Constitution: Completing the Unfinished Business*, Legal Studies vol. 24, 2004, s. 119. AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı çerçevesinde "bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından" yargılamanın gerekliliğine dikkat çeken kararlara örnek olarak bkz. *Piersack v. Belgium* (1982) 5 EHRR 169, para. 30; *De Cubber v. Belgium* (1984) 7 EHRR; *Findlay v. UK* (1997) 24 EHRR 221, para. 73; *Kingsley v. UK*, App. No. 35605/97, 7 November 2000, para. 47; *Mc Gonnell v. UK* (2000), 30 EHRR 289; *Kleyn v. Netherlands*, 6 May 2003, para. 193.

mahkemesinden (*Courts Martial Appeal Court*) gelen başvuruları incelemektedir²¹².

Yüksek Mahkemenin insan hakları ve intikal sorunları²¹³ üzerine yargılama yetkisi bulunmaktadır²¹⁴.

7- Yarı Zamanlı Çalışan Hâkimler (*Part-time Judges*)

İngiliz hukuk sisteminin ayırt edici özelliklerinden biri de, yarı zamanlı çalışan hâkimlerin var olmasıdır. Büyük ölçüde yarı zamanlı hâkimi bünyesinde barındıran İngiliz hukukunda, adli tayinlerin % 60'ı yarı zamanlı görevlere ilişkindir ve yarı zamanlı tayinlerin söz konusu olmasının sebebi hem mevcut hâkim ihtiyacını gidermek hem de potansiyel tam zamanlı hâkimlere bir nevi staj, eğitim imkanı yaratılmak istenmesidir²¹⁵. Özellikle daha sonra tam zamanlı çalışacak hâkimlere eğitim sağlanması amacını taşıması, yarı zamanlı hâkimliği hâkimlik kariyerinin bir parçası ve başlangıç noktası haline getirmektedir.

Daha önceden, yapılan hizmet karşılığı ücret olarak (*fee-paid*) ve yılda belirli gün sayısı kadar hizmet zorunluluğu şeklinde işleyen sistem sorunlu görülmüş ve bu sistemden vazgeçilmiştir. Çünkü bu şekilde yürüyen bir sistemde, hâkimliğin haricinde farklı bir kariyeri olan (avukatlık) bu hâkimler, bu öngörülen zorunlu çalışma sürelerine riayet edememekteydi. Özellikle hukuk firmaları bünyelerinde görev yapan avukatlarına, kendi firmalarına katkı sağlamayan hâkimlik görevi için uzun süreli izinler vermek istememekteydiler²¹⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olarak yarı zamanlı hâkimler, günümüzde önceki belirsiz sistem yerine, en az beş yıl süre için belirli süreli olarak atanmaktadırlar²¹⁷.

²¹² **Lundmark**, s. 193.

²¹³ *Devolution matters* olarak belirtilen bu kavram, merkezi hükümetin yetkilerini yerel yönetimlere ve diğer kuruluşlara bırakması ile ilgili sorunları kapsamaktadır, **Pars Tuğlacı**, İngilizce-Türkçe Ekonomi ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2002, s. 162.

²¹⁴ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 304.

²¹⁵ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 311.

²¹⁶ **Bell**, *Judiciaries within Europe*, s. 311.

²¹⁷ **P. F. Smith / S. H. Bailey / Michael Gunn / Nick W. Taylor / Jane P. L. Ching**, Smith, Bailey and Gunn on the Modern English Legal System, Sweet and Maxwell, Fifth Edition, London 2007, s. 242-243. Eskiden İngiliz hukukunda yarı zamanlı çalışan hâkimler üç yıllığına atanmaktaydı. Atanma

III. Amerikan Hukukunda Hâkimler ve Mahkemelerin Yapısı

A- Genel Olarak

Amerikan hukukunda, mahkeme sisteminin bir sonucu olarak, iki tip Amerikan hâkimi söz konusu olmaktadır²¹⁸: Bunlar, federal hâkimler ve eyalet mahkemesi hâkimleridir. 2010 yılı itibarıyla Amerikan yargı sisteminde, 650 federal bölge hâkimi, 166 federal istinaf mahkemesi hâkimi, 9 Yüksek Mahkeme hâkimi aktif olarak görev almaktadır²¹⁹. Toplamda tüm ABD genelinde 826 federal hâkim görev almaktadır²²⁰. 2008 tarihli bir değerlendirmeye göre, ABD genelinde 26900 eyalet mahkemesi hâkimi bulunmaktadır²²¹.

Bu istatistiki bilgidan çıkan sonuca göre ABD'deki hâkimlerin % 97'si eyalet mahkemesi hâkimi iken, sadece % 3'ü federal hâkimdir²²². Aslında bu istatistiki bilgilerin mukayesesi yeterince doğru değildir; çünkü eyalet mahkemesi hâkimlerine yönelik olarak zikredilen sayısal bilgi “*magistrate*²²³” leri de kapsamaktadır. Buna karşılık federal hâkimler hakkında verilen sayısal bilgi sadece federal hâkimlere ilişkindir, *magistra*’ları kapsamamaktadır²²⁴. Ayrıca uygulamada federal mahkeme hâkimleri iflas hâkimlerine (*bankruptcy judges*) de yardım etmektedirler. Hem federal *magistra* hâkimler, hem de iflas hâkimleri federal hâkim sıfatı altında yetkilendirilmektedir. Dolayısıyla 514 federal *magistra* hâkim ve 338 iflas hâkimi de federal hâkim oranı içinde toplanırsa, bu durumda Amerikan hâkimlerinin % 94'ü eyalet hükümeti tarafından görevlendirilirken; % 6'sı federal hükümet tarafından

süresi beş yıla çıkartılarak hâkimlerin hükümetten yeterince bağımsız olamama riski önlenmek istenmiştir. Eski düzenleme AİHS’ne aykırılık teşkil etmekteydi, **Jacqueline Martin**, *The English Legal System*, Hodder Education, Seventh Edition, London 2013, paragraf 1.6.

²¹⁸ **René David / John E. C. Brierley**, *Major Legal Systems in the World Today*, Sweet and Maxwell, Third Edition, London 1985, s. 433.

²¹⁹ **Lundmark**, s. 198.

²²⁰ ABD mahkemelerine ilişkin bilgi için bkz. www.uscourts.gov. (Çevrimiçi 24.08.2014).

²²¹ United States Department of Labor, Bureau of Labor Statistics, www.bls.gov. (Çevrimiçi 24.08.2014).

²²² **Lundmark**, s. 198.

²²³ Aşağıda bölüm 1 §1 III D 2 a’da ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

²²⁴ **Lundmark**, s. 198.

göreve getirilmektedir²²⁵.

Dosya yükü bakımından federal mahkemeler ile eyalet mahkemelerini kıyaslayacak olursak: 2008 yılı itibariyle federal bölge mahkemelerinde 267.000 hukuk davası, 710.000 ceza davası açılmıştır. Eyalet mahkemelerinde ise, 18.1 milyon hukuk davası, 21.4 milyon ceza davası açılmıştır. Hatta 56.3 milyon trafik davası 5.7 milyon aile hukuku davası ve 2.2 milyon çocuk davası eklendiğinde 2007 yılı itibariyle 103.7 milyon dava sadece eyalet mahkemelerinde açılmıştır. Bu istatistiki bilgiler ışığında, eyalet hukuklarının, federal hukuktan daha çok insana ulaştığı ve eyalet mahkemelerinin ABD’de açılan davalarda % 99’unu üstlendiği sonucuna varabiliriz²²⁶. Fakat yine de federal mahkemeler ABD’de büyük önem taşımaktadır.

Amerikan hukukunda hâkimlerin maaşlarının orantısızlığı konusunda, hâkimler arasında çeşitli şikayetler görülmektedir²²⁷. Federal bölge hâkimleri yıllık 169.300 Dolar kazanırken, istinaf mahkemesi hâkimleri 179.500 Dolar ve Yüksek Mahkeme hâkimleri 208.100 Dolar kazanmaktadır²²⁸. Eyalet mahkemesi hâkimleri maaşları ise, eyaletten eyalete büyük oranda değişiklik göstermektedir²²⁹. 2010 yılı itibariyle eyalet mahkemesi hâkimlerinin maaşları 104.000-179.000 Dolar arasında değişmektedir²³⁰. Eyalet istinaf mahkemelerinde ise, maaşlar 105.000 ile 205.000 Dolar arasında iken, Eyalet Yüksek Mahkemelerinde 113.000-229.000 Dolar arasında değişmektedir²³¹.

B- Hâkimlerin Seçimi ve Göreve Gelmesi

1- Genel Olarak

Amerikan hukukunda hâkimlerin atanması politik bir meseledir. Eyalet Mahkemelerinin Ulusal Merkezi’nin (*National Center of State Courts*) resmi internet sayfasında²³² verilen bilgilere göre, elli Amerikan eyaletinde hâkimlerin atanması beş

²²⁵ Lundmark, s. 198.

²²⁶ Lundmark, s. 198.

²²⁷ Lundmark, s. 199.

²²⁸ Yüksek Mahkeme başkanı 9.000 Dolar daha fazla maaş almaktadır, www.uscourts.gov. (Çevrimiçi 26.08.2014).

²²⁹ National Center for State Courts, www.ncsc.org. (Çevrimiçi 26.08.2014).

²³⁰ ABD mahkemelerine yönelik bilgiler için bkz. www.uscourts.gov. (Çevrimiçi 26.08.2014).

²³¹ Lundmark, s. 199.

²³² National Center for State Courts, www.ncsc.org. (Çevrimiçi 22.08.2014). Adli bağımsızlıkla

farklı şekilde yapılmaktadır²³³:

Beş eyalette hâkimlerin atanması aday gösteren bir komite (*nomminating commission*) olmaksızın gerçekleşmektedir. On beş eyalette hâkimler meziyetlerine göre, aday gösteren bir komite aracılığıyla atanmaktadır. Sekiz eyalette hâkimler siyasi partilerin aday göstermesi aracılığıyla (*partisan election*) atanırken; on üç eyalette tarafsız, siyasi bir partinin mensubu olmayan bir komisyonun aday gösterdiği seçim yöntemiyle (*nonpartisan election*) atanmaktadır. Dokuz eyalette ise, hâkimler meziyetlerine göre saydığımız tüm metodların birleşimi olan bir yöntemle atanmaktadır.

2- Amerikan Hukukunda Hâkimlerin Göreve Geliş Yöntemlerinin Tarihi Gelişimi

a- Genel Olarak

Amerikan hukukunda hâkimlerin göreve geliş yollarının tarihsel gelişimine bakacak olursak, ABD'nin bağımsızlığını ilan ederek Birleşik Krallık'tan ayrılmasıyla başlayan hâkimler üzerindeki siyasi etkiyle, hâkimlerin atanmaktan ziyade, seçilerek göreve geldiği bir sistemin geçerli olduğunu görmekteyiz²³⁴. Bunun temelinde iki politik görüş yatmaktaydı:

İlk görüşe göre, hâkimlerin seçilerek göreve gelmesi yöntemi demokratik ve yenilikçi bir adım olarak görülmekteydi. Bu görüşe göre, kanunlar insanlarla birlikte ilerler; insanlar bu kanunların kendi dilekleri doğrultusunda yorumlanmasından ve uygulanmasından emin olmak ister; bu sebepten insanlar hâkimlerin seçilmeleri için oy verirler²³⁵.

İkinci görüş de demokratiktir; fakat ayrıca realistik ve kuşkucu niteliklere de sahiptir. Bu görüşe göre, eğer hâkimleri seçenler siyasetçiler olursa, bu durumda tüm siyasetçiler kendi arkadaşlarını ve kendi siyasi görüşünü paylaşanları seçecek ve

ilişkilendirilen Amerikan seçim ve atama usulleri hakkında bilgi için bkz. <http://www.usip.org/sites/default/files/Judicial-Appointments-EN.pdf> (Çevrimiçi 23.06.2015).

²³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. www.judicialselection.us (Çevrimiçi 04.11.2015).

²³⁴ **Lundmark**, s. 183-184.

²³⁵ **Lundmark**, s. 184.

kendilerini seçen bu siyasetçilerin görev süresi bitip yerlerine başkaları gelse de bu hâkimler onlarca yıl kürsüde görev yapacaklardır²³⁶.

19. yüzyılın sonlarına kadar, birçok Amerikan eyalet mahkemesi hâkimi seçim usulüyle göreve gelmekle beraber, seçim sistemi, reformcuların tasarladıkları gibi bir ilerleme göstermemiş; onları seçen siyasiler değişse de, yerine gelen siyasiler tarafından da yeniden seçilmişlerdir. Bunun kısmen sebebi seçimlerin beklenildiği gibi taraflı (*partisan*) olmaması ve neredeyse bütün hâkimlerin seçimleri tekrar kazanarak kürsüdeki görevlerine devam etmesidir²³⁷.

1900'lu yıllara gelindiğindeyse artık, birçok hâkim atama yoluyla, vefat eden veya emekliye ayrılan hâkimlerin kürsüde boşalan yerlerini almaya başlamıştır²³⁸.

b- Liyakat Seçimi (*Missouri-Merit Plan*)

1940 yılında ise *Missouri Plan*²³⁹ devreye sokulmuş ve Lundmark'ın tabiriyle “seçim maskaralığı” son bulmuştur²⁴⁰. Buna göre, hâkim adayları yerel baro'dan avukatlar, Yüksek Mahkeme başkanı ve eyalet valiliği tarafından atanmış yerel halktan oluşan bir kurul tarafından incelenmektedir. Kurul belirlediği boş pozisyon açılır açılmaz atanacak üç ismi belirlemekte ve vali de bu listeden bir adayın atamasını gerçekleştirmektedir. Atanan hâkim sadece bir yıllığına görev yapar. Bu bir yılın

²³⁶ Lundmark, s. 184.

²³⁷ Lawrence M. Friedman, A History of American Law, Simon and Schuster, New York 1985, s. 371.

²³⁸ Friedman, s. 690.

²³⁹ Abraham, s. 38-42. Janice D. Russell, The Merits of Merit Selection, Kansas Journal of Law and Public Policy, vol. 17/3, 2008, s. 447-448; U.S Chamber Institute for Legal Reform, Promoting “Merit” in Merit Selection, A Best Practices Guide to Commission-Based Judicial Selection, Washington 2009, s. 1 vd., <http://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/meritselectionbooklet.pdf> (Çevrimiçi 29.09.2015). Missouri planı olarak bilinen, orijinali “the Missouri Nonpartisan Court Plan” olan ve meziyet planı (*merit plan*) gibi kavramlarla da anılan bu terim hâkimlerin seçimine ilişkin bir yöntem verilen ismi karşılamaktadır. Orijini 1940 tarihli Missouri uygulamasıdır ve ABD'deki çeşitli eyaletlerce bu yöntem benimsenmiştir. Bu yöntem göre, tarafsız/her hangi bir partiye bağlı olmayan bir komisyon, hâkim adaylarını adli bir makama yerleştirmek üzere gözden geçirdikten sonra, niteliklerini en iyi bulduğu adayların bulunduğu bir listeyi valiye gönderir. Sonrasında valinin listeden aday belirlemek için 60 günü vardır. Eğer bu süre içinde vali seçim yapmazsa, komisyon ilgili hâkimlik makamına geçecek hâkimi belirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Charles B. Blackmar, Missouri's Nonpartisan Court Plan From 1942 to 2005, Missouri Law Review, vol. 72, 2007, s. 199-220; David W. Neubauer / Stephen S. Meinhold, Judicial Process, Law, Courts, and Politics in the United States, Wadsworth, Fifth Edition, Boston 2010, s. 187-188.

²⁴⁰ Lundmark, s. 184.

sonunda seçmenlerin sadece evet veya hayır şeklinde oy verebileceği bir seçim gerçekleşir. Aslında genellikle atanmış hâkimler tekrar seçilmekte, böylece seçmenin de onayı alınmış şeffaf bir seçim gerçekleşmiş olmaktadır²⁴¹.

Sosyo-ekonomik, politik ve nüfus yoğunluğu etkenlerinden ötürü ABD genelindeki hâkimlerin ¼'ünden fazlası Kaliforniya, Teksas ve New York eyaletlerinde görev almaktadır²⁴². Kaliforniya eyaletinde, hâkimler “*Missouri plan*”ın değiştirilmiş bir versiyonuna göre atanmakta iken, Teksas’taki hâkimler altı yıllık bir dönem için seçilmektedirler²⁴³. New York istinaf mahkemesi ve Yüksek Mahkeme Dairesi (*Appellate Division of the Supreme Court*) hâkimleri Aday Gösterme Komitesinin tavsiyesi üzerine atanmaktadırlar²⁴⁴. Yüksek Mahkeme hâkimleri on dört yıllığına atanırken, eyalet mahkemesi (*county court*) hâkimleri on yıllık dönem için seçilmektedirler²⁴⁵.

3- Federal Mahkeme Hâkimlerinin Seçimi ve Göreve Gelişi

Bütün federal hâkimler, istinaf mahkemesi ve Yüksek Mahkeme hâkimleri de dahil olmak üzere Başbakan tarafından atanmaktadır²⁴⁶. Başbakan tarafından seçilen hâkim adaylarının da Senato tarafından onaylanması gerekmektedir. Kimi zaman Senatonun onayı bir engel haline dönüşebilmektedir. Örneğin Başbakanlık seçiminden sonra, Yüksek Mahkeme hâkimliğine aday olan 150 hâkimden 27’si (% 20) Senato tarafından reddedilmiştir²⁴⁷.

Anayasa’da belirtilen “hem alt derece, hem de Yüksek Mahkeme hâkimleri görevlerine iyi tavır ve davranışları süresince sahip olacaklardır²⁴⁸” cümlesi

²⁴¹ **Lundmark**, s. 184.

²⁴² **Lundmark**, s. 185.

²⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaliforniya eyaleti için: http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/selection_of_judges.cfm?state=CA (Çevrimiçi 23.06.2015), Teksas eyaleti için: http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/selection_of_judges.cfm?state=TX (Çevrimiçi 23.06.2015).

²⁴⁴ <https://www.law.cornell.edu/nyctap/tellmore.html> (Çevrimiçi 23.06.2015), **Lundmark**, s. 185.

²⁴⁵ <https://www.law.cornell.edu/nyctap/tellmore.html> (Çevrimiçi 23.06.2015).

²⁴⁶ Article III, section 1 of the U.S. Constitution.

²⁴⁷ **Lundmark**, s. 207.

²⁴⁸ Article III, section 1 of the U.S. Constitution.

hâkimlerin, sadece “haklarında bir suç işlediği veya görevi kötüye kullandığı iddiasıyla görevine son vermek amacıyla açılan takibat (*impeachment procedure*²⁴⁹) neticesinde” görevlerinden alınabilecekleri anlamına gelmektedir²⁵⁰. Yani ancak hâkim, temsilciler meclisinin çoğunluk oyuyla, ağır suç ve kabahatlerden (*misdemeanor*) itham ediliyorsa ve sonrasında yargılama yapılıyor ve sonucunda senatoda 2/3 oyla mahkumiyet kararı veriliyorsa hâkim görevinden alınacaktır. Şimdiye kadar hiçbir mahkeme başkanı ağır suç sebebiyle görevinden alınmazken, yedi hâkim bu sebepten görevinden alınmıştır²⁵¹.

4- Kaliforniya²⁵² Eyalet Mahkemesi Hâkimlerinin Göreve Gelişi

Kaliforniya eyaletinin Yüksek Mahkemesinde görev yapan yedi hâkim, vali tarafından, önceden belirlenmiş bir listeden seçilerek göreve gelmektedir. Bu liste Adli Atamalar Komisyonu tarafından oluşturulmaktadır. Hâkim, vali tarafından seçilmesinden itibaren bir yıl sonra yapılacak genel seçimlerde de halkın onayını almak zorundadır. Ayrıca on iki yıllık bir görev süresini dolduran her hâkim de yine seçmenlerin onayını almak zorundadır.

Kaliforniya Yüksek Mahkemesinde hâkim olarak seçilebilme koşulları, Kaliforniya’da herhangi bir seviyede hâkimlik koşulları ile aynıdır: Kaliforniya eyalet barosunun bir üyesi olmak veya Kaliforniya eyaletinde bir mahkemede en az on yıl boyunca hâkimlik yapmak gerekmektedir²⁵³.

ABD’de eyalet mahkemesi hâkimlerinin görevden alınması, Federal mahkeme hâkimlerinin görevden alınmasına nazaran çok daha kolaydır²⁵⁴. Eyaletlerde, seçimler için adaylığını koyan veya en azından onay bekleyen bir hâkime karşı red oyu kullanılarak veya izin verilen durumlarda başka adaya oy kullanarak, hâkimin görevden alınması sağlanmış olunmakta; bunun dışındaki hallerde ise hâkimler ancak

²⁴⁹ Tuğlacı, s. 249.

²⁵⁰ Lundmark, s. 207-208.

²⁵¹ Lundmark, s. 208.

²⁵² Çalışma boyunca, eyalet bünyesindeki mahkemeler, diğer eyaletlerin mahkeme sistemlerini temsilen en geniş mahkeme teşkilatına sahip Kaliforniya eyaleti temel alınarak anlatılacaktır.

²⁵³ California Courts, <http://www.courts.ca.gov> (Çevrimiçi 11.09.2014).

²⁵⁴ Lundmark, s. 208.

makul bir sebep (*good cause*) gösterilerek görevden alınabilmektedir²⁵⁵. Genellikle Kaliforniya’da olduğu üzere diğer eyaletlerde de hâkimlere yönelik şikayetleri dinleyen ayrı bir komisyon²⁵⁶ görev yapmaktadır. Ayrıca Eyalet Yüksek Mahkemesi de hâkimlerin görevden alınmasını yahut zorunlu olarak emekliliklerine karar verilmesini emredebilmekle beraber, birçok eyalette görevi kötüye kullanma ve ağır suçlardan ötürü görevden alıkoyma da mümkün olabilmektedir²⁵⁷.

C- Eğitim ve Staj

1- Genel Olarak

Amerikan sisteminde bir öğrencinin hukukçu sıfatına sahip olabilmesi en az yedi yıl sürmektedir. Bunun sebebi Amerikan eğitim sistemine göre, öncelikle dört yıllık hukuk öncesi lisans eğitimi tamamlandıktan sonra üç yıl süren hukuk lisans eğitiminin tamamlanması gerekliliğidir²⁵⁸. Hukuk eğitimi tamamlandıktan birkaç ay sonra da öğrenciler genel olarak baro sınavına girmektedirler²⁵⁹. Amerikan hukukunda hukuk mezuniyeti yedi yıl süren tıp eğitimiyle adeta yarışmaktadır. Hatta bu sebeple, 1960’lı yıllarda ABD’de “*Bachelor of Law (LLB)*²⁶⁰” olarak anılan hukuk lisansı, “*Juris Doctor (JD)*” yani; hukuk doktoru ünvanına dönüştürülmüştür²⁶¹. Dolayısıyla Amerikan sisteminde hukuk eğitimi lisans sonrası (*postgraduate*) bir profesyonel

²⁵⁵ **Lundmark**, s. 208.

²⁵⁶ The Authority of the Commission on Judicial Performance, http://cjp.ca.gov/complaint_process.htm (Çevrimiçi 23.06.2015).

²⁵⁷ **Lundmark**, s. 208.

²⁵⁸ **Kenneth K. Mwenda**, Comparing American and British Legal Education System, Lessons for Commonwealth African Law Schools, Cambria Press, New York 2007, s. 13.

²⁵⁹ Günümüzde Amerikan Barosu tarafından akredite olmuş bir hukuk fakültesinden mezun olmak, baro sınavına girebilmenin ön şartını teşkil etmektedir. Amerikan Barosu tarafından akredite olmamış bir hukuk fakültesinden mezun olanlar, sadece kendi hukuk fakültelerinin bulunduğu eyalette baro sınavına girebilmektedir, American Bar Association Section of Legal Education and Admissions to the Bar, http://www.americanbar.org/groups/legal_education.html (Çevrimiçi 07.10.2015); **Werner F. Ebke**, Legal Education in the United States of America, in A. Uzelac / C. H. Van R (editors), *The Landscape of the Legal Profession in Europe and the USA: Continuity and Change*, Intersentia, Cambridge 1992, s. 96. Yani bu durumda sadece fakültenin bulunduğu bir eyalette avukat olarak görev alınabilmektedir.

²⁶⁰ “*Legum Baccalaureus*”

²⁶¹ Uzun yıllar Harvard Üniversitesi’nin dekanı olarak görev yapan Christopher Columbus Langdell tarafından ilk defa uygulamaya konulan bu eğitim sistemiyle, hukuk mesleğinin sadece lisans seviyesinden ibaret olmaması hedeflenmiş ve lisanstan sonra bir üç yıllık diplomadan sonra bu mevkiye sahip olunması sağlanmıştır, **Mwenda**, s. 14. Bununla beraber ABD’de “*juris doctor*” ünvanı farklı şekilde uygulamalara maruz kalmış (örneğin Chicago Üniversitesi yüksek notla mezun olan öğrencilere bu ünvanı vermiştir) ve dolayısıyla 1971 yılında bu ayırım ortadan kalakarak bütün hukuk eğitiminin adı “*juris doctor*” olmuştur, **Mwenda**, s. 14.

disiplin olarak kabul edilmektedir. Hukuk eğitimi öncesinde alınacak dört yıllık lisans eğitimi hukuk dışında bir disipline yapılmakta ve sıklıkla Amerikan eğitim terminolojisinde bu dört yıllık eğitime “college” adı verilmekte iken, hukuk eğitimine genellikle “school” denilmektedir. Hukuk eğitimi öncesi alınacak dört yıllık eğitimle öğrencilerin hukuk eğitimine hazırlanarak, entelektüel bakış açılarının ve düşünce yapılarının olgunlaşması amaçlanmaktadır. Hukuk öncesi alınan üniversite eğitimi ile hukuk eğitimi arasındaki farkı da vurgulayan bu terminoloji aslında hukuk eğitimine verilen önem ve hukuk eğitimi için belirli seviyede bir zihinsel olgunluğun ve bakış açısının varlığının gerekliliğine de dikkat çekmektedir.

İncelediğimiz Kıta Avrupası ülkelerinde ise, öğrencilere ortaokul ve lise döneminde yeterli seviyede eğitim verildiği ve öğrencilerin düşünce yapılarının geliştirildiği farzedilerek, öğrencilerin doğrudan hukuk fakültelerinde eğitim alarak hukuk alanında çalışmak üzere hazırlanmaları mümkündür. Kıta Avrupası ülkelerinin birçoğunda Amerikan tarzı bir hukuk eğitimi tanınmamaktadır. Bununla beraber Avustralya, Japonya, Güney Kore ve diğer Asya ülkelerinde hukuk eğitiminin lisans sonrası bir eğitim olması yaklaşımı hızla yayılmaktadır²⁶².

Amerikan hukuk eğitiminin bu şekilde farklılaşması, hukuk eğitimine başlama yaşını da 23-24'lere yükseltmektedir. Amerikan sisteminden farklılaşan diğer ülkelerde hukuk eğitimi ise 17-18 yaşlarında başlamaktadır. Kanaatimizce, hukuk eğitimine belirli bir olgunluğa gelindikten ve hayata karşı bakış açısı kazandıktan sonra başlanması, hukuk gibi önemli bir disiplinin anlaşılmasında ve sonrasında mesleğe çok genç yaşta başlanılmaması konusunda önemli ve olumlu bir farklılıktır. Bu doğrultuda Amerikan hukuk sistemindeki bu temel farklılığın dahi hâkimlerin statüsü ve rolleri açısından önemli farklara yol açtığını söylemek yerinde olacaktır.

Farklı hukuk eğitimi sistemiyle dikkat çeken ABD'nin, eğitim amaç ve hedefleri de çalışmada değerlendirdiğimiz Kıta Avrupası ülkelerinden ayrılmaktadır²⁶³. Amerikan hukuk okulları, öğrencilerine temel olarak “avukat gibi düşünmeyi” öğretmektedir²⁶⁴. Örnek olay, vakıa metodu (*case method*) sayesinde öğrenciler aktüel

²⁶² Stolker, s. 17-18.

²⁶³ Ebke, s. 107-108.

²⁶⁴ Robert A. Gorman, Curriculum Developments: A Symposium, Journal of Legal Education, vol. 39,

kararları okumakta ve analiz yaparak hukuk kurallarına çıkarım yoluyla ulaşmaktadırlar²⁶⁵. Bunu yaparken, maddi hukuk ile usul hukuku aynı anda birbirinin bir parçası olarak incelenebilmektedir. Ayrıca bu eğitim metodunda karardan çok, karar alma sürecinde yapılan analizler önem taşımaktadır²⁶⁶.

Öğrencilerin, avukat gibi düşünmeyi ve konuşmayı öğrenebilmeleri için avukat, hâkim, kanun koyucu gibi okumayı ve yazmayı öğrenebilmeleri gerekmektedir. Öğrencinin bu saydığımız vasıflara sahip olurken aynı zamanda hukuk ve hakkaniyet hakkında, vakıalar ve kurallar hakkında, maddi hukuk ve usul hukuku hakkında kendi kişisel görüşlerini doğru ifade edebilmeyi öğrenmesine de özen gösterilmektedir²⁶⁷. Bu doğrultuda çoğu zaman öğrencilerin hukuki hayal gücü ve yaratıcılıkları, belirli hukuk ve usul kurallarını bilmelerinden daha büyük önem taşımaktadır²⁶⁸. Aslında kısaca çalışmada dikkate aldığımız Kıta Avrupası eğitim sistemlerine göre, Amerikan sisteminde teoriye daha az önem verildiği söylenebilir. Amerikan sisteminde esas amaç öncelikle avukat olacak öğrencileri gerçek hayata, mahkeme ortamına hazırlamaktır. Bu sebeple öğrencilerin iletişim ve müzakere yeteneklerinin, hukuki araştırma yapma ve yazım tekniklerinin geliştirilmesine verilen önem incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarına göre daha gelişmiştir²⁶⁹. Kıta Avrupası eğitim

s. 469; **K. M. Saunders / L. Levine**, Learning to Think Like a Lawyer, University of San Francisco Law Review, vol. 29/1, 1994-1995, s. 121 vd.; **Elizabeth Mertz**, The Language of Law School: Learning the “Think Like a Lawyer”, Oxford University Press, 2007; **W. Scott Van Alstyne / Joseph R. Julian / Larry D. Barnett**, The Goals and Missions of Law Schools, Peter Lang International Academic Publishers, Second Edition, New York 1992; **Jack Chorowsky**, Thinking Like A Lawyer, University of Detroit Mercy Law Review, vol. 80, 2003, s. 463-465; **Wilson Huhn**, The Five Types of Legal Argument, Carolina Academic Press, Durham-North Carolina 2002, s. 12; **Nancy B. Rapoport**, Is “Thinking Like a Lawyer” Really What We Want to Teach?, Journal of Association of Legal Writing Directors, vol. 1, 2002, s. 91vd.; **Larry O. Natt Gannt**, Deconstructing Thinking Like a Lawyer: Analyzing the Cognitive Components of the Analytical Mind, Campbell Law Review, vol. 29, issue 3, 2007, s. 414 vd.

²⁶⁵ **R. L. Marcus**, The Balkanized American Legal Profession, in A. Uzelac / C. H. Van Rhee (editors), *The Landscape of the Legal Professions in Europe and the USA: Continuity and Change*, Intersentia, Cambridge 2011, s. 18

²⁶⁶ **Ebke**, s. 107.

²⁶⁷ **Ebke**, s. 107.

²⁶⁸ **Ebke**, s. 107.

²⁶⁹ **Catherine L. Carpenter** (editor), A Survey of Law School Curricula: 2002-2010, Section of Legal Education and Admissions to the Bar, s. 13-16, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/2012_survey_of_law_school_curricula_2002_2010_executive_summary.authcheckdam.pdf (Çevrimiçi 07.10.2015); **William B. Powers**, A Study of Contemporary Law School Curricula, American Bar Association, 1987, s. 12; **James D. Gordon**, An Integrated First-Year Legal Writing Program, Journal of Legal Education, vol. 39, no. 4, 1989, s. 609-613.

sistemine göre farklılaşan bu sistemin ayrıntılı olarak incelenerek kendi hukuk eğitim sistemimizin yapısı müsaade ettiği çerçevede pratik eğitim metodunun ve iletişim, müzakere tekniklerinin eğitim sistemimizde yaygınlaştırılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu sayede çalışma konumuz çerçevesinde hâkimler, daha öğrencilik sıralarında hem avukat hem de hâkim gibi düşünüp karar mekanizması geliştirmeyi ve müzakere yöntemlerini ustaca kullanmayı öğrenecektir. Her ne kadar Türk eğitim sisteminde de hukuk fakültelerinde pratiğe yönelik eğitim de teorinin yanında verilse de bunun yeterli olmadığı ve geliştirilerek arttırılabileceği kanaatindeyiz.

2- Meslek İçi Sürekli Eğitim

Amerikan hukukunda duruşma avukatı olarak tabir ettiğimiz deneyimli avukatlar, mesleklerinde uzun yıllar deneyim kazandıktan sonra hâkimlik mesleğine geçiş yapabilmektedirler. Yani hukuk eğitimi alındıktan sonra, avukat veya hâkim olmak üzere bir seçim hakkınız bulunmamaktadır. Amerikan sisteminde hâkim olabilmek için en temel şart uzun yıllar avukatlık yapma gerekliliğidir.

Anglo-Amerikan hukukunda, avukatlık mesleğinde yeterli tecrübe kazanıldıktan sonra hâkim olunması, yüzyıllar boyunca, hâkimlik mesleğinin öğrenilmesi ve yürütülebilmesi için yeterli görülmekteydi²⁷⁰. Fakat zamanla iyi avukatların dahi hâkim olduğu zaman otomatikman iyi bir hâkim olamayacağı, hâkimlerin çeşitli eğitimler alması gerektiği doktrinde tartışılmaya başlamıştır²⁷¹. Bu doğrultuda müşterek hukuk geleneğinde meslek içi sürekli eğitim, yeni kazanılan bir algıdır. Meslek içi eğitim Anglo-Amerikan hukukunda ilk kez Amerikan yargı sisteminde 1963 yılında başlamıştır²⁷². Amerikan hukukunda başlayan sürekli eğitim akımı sonrasında Kanada, İngiltere, Avustralya ve Yeni Zellanda tarafından takip edilmiştir²⁷³.

Başlangıçta meslek içi sürekli eğitime karşı çıkılmış, hâkimlerin eğitime ihtiyaç

²⁷⁰ **M. D. Kirby**, The Judges, The Boyer Lectures, Australian Broadcasting Corporation, Sydney 1983, s. 24-26.

²⁷¹ **Dennis W. Catlin**, Michigan's Magic Touch in Educating Judges, The Judges' Journal, vol. 25, 1986, s. 32 vd.

²⁷² **Livingston Armytage**, Educating Judges, Towards a New Model of Continuing Judicial Learning, Kluwer Law International, The Hague / Boston / London, 1996, s. 3.

²⁷³ **Armytage**, s. 3

duymayacağı ileri sürülmüş ve özellikle meslek içi bir eğitimle hâkimlerin adli bağımsızlığının zedeleneceği vurgulanmıştır²⁷⁴. Fakat zamanla bu itirazların çoğu son bularak meslek içi sürekli eğitim hâkimler tarafından takdir edilmeye başlanmıştır. Böylelikle Amerikan yargı sistemi hâkimlerin meslek içi sürekli eğitimlerini, sisteme entegre ederek adli sistemin esas bir parçası haline dönüştürmüştür²⁷⁵. Hatta meslek içi eğitim o kadar benimsenmiştir ki, iş yükü baskısı, teknoloji ve modern karmaşık davalar karşısında bir zorunluluk olarak görülmeye başlanmıştır²⁷⁶.

Amerikan yargı sisteminde meslek içi eğitimler ilk defa 1963 yılında Milli Adli Kolej'in (*National Judicial College*)²⁷⁷ oluşturulmasıyla resmen başlamıştır. 1967 yılında ise, Federal Adli Merkez (*Federal Judicial Centre*)²⁷⁸ kurularak federal hâkimlere yönelik meslek içi eğitimler gerçekleştirilmiştir. Sonrasında ise, meslek içi eğitim ağırlıklı olarak eyalet bazında bir eğitime dönüşmüştür. Bunlardan Kaliforniya Adli Eğitim Merkezi 1976 yılında ve Michigan Adli Enstitüsü 1977 yılında eğitim programlarına başlamışlardır²⁷⁹. 1986 yılı itibarıyla tüm eyaletler hâkimlerin meslek içi eğitimine ilişkin programlarını oluşturmakla beraber²⁸⁰, birçok eyalette bu eğitimler zorunlu hale getirilmiştir²⁸¹. Hâkimlere bu eğitimlere katılabilmeleri için yılda ortalama beş gün izin verilmektedir²⁸².

Amerikan yargı sisteminde hâkimlerin meslek içi sürekli eğitimleri iki alanda yoğunlaşmaktadır. Bunlardan biri mesleğe yeni atanmış hâkimlerin mesleğe uyum sağlama eğitimleri olmakla beraber, diğer alan ise, hâkimlere son dönemlerde gerçekleşen yeniliklere yönelik bilgilendirme amaçlı bir eğitim şeklinde olmaktadır.

²⁷⁴ **Armytage**, s. 31.

²⁷⁵ **A. L. Riches**, Judicial Education- A Look at the Overseas Experience, *The Australian Law Journal*, vol. 64, 1990, s. 190.

²⁷⁶ **J. K. Hudzik**, The Continuing Education of Judges and Court Personnel, *Judicial Education Network*, Michigan 1989, s. 5.

²⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. *National Judicial College*, <http://www.judges.org/> (Çevrimiçi 07.10.2015).

²⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Federal Judicial Centre*, <http://www.fjc.gov/> (Çevrimiçi 07.10.2015).

²⁷⁹ **Armytage**, s. 13.

²⁸⁰ **F. K. Murray**, *Judicial Education: A Guide to State and National Programs*, Foundation for Women Judges, Washington DC 1986, s. 6 (naklen **Armytage**, s. 13)

²⁸¹ Eyaletlerin % 70'inde eğitimler zorunlu hale gelmekle birlikte, Michigan bunun istisnasını oluşturmaktadır, **J. K. Hudzik**, *Issues and Trends in Judicial Education*, Michigan State University, *Judicial Education Reference, Information and Technical Transfer Project*, 1993, s. 127.

²⁸² **Hudzik**, *Issues and Trends*, s. 138.

Bu eğitimlerin kapsamında sadece hukukta, kanunlarda yapılan değişiklikler yoktur. Aynı zamanda bu eğitimler kapsamında örgütsel ve kişisel yönetim, sosyal bilimler, etik gibi konular da bulunmakta ve bu sebeple bu eğitimler heterojen bir yapıya sahip olmaktadır²⁸³.

Amerikan yargı sisteminde yer alan bu meslek içi eğitimlerin niteliğini etkileyen başlıca unsur aslında Amerikan hâkimlerinin adli atama usulüdür²⁸⁴. İlk dönemlerde ağırlıklı olarak seçim yoluyla göreve gelen hâkimler, İngiltere ve Avustralya hukuklarında görüldüğü üzere “*merit selection*”; kısaca tecrübeleri çerçevesinde seçilmediğinden Amerikan meslek içi eğitimi de kendi yapısının ihtiyaç duyduğu bir şekle bürünmüştür. Yani Amerikan hâkimleri meslekteki tecrübe kriteriyle seçilmediklerinden, eksik olan bu tecrübe meslek içi eğitimleriyle tamamlanmış olacaktır. Dolayısıyla bu durum uygulamada Amerikan meslek içi eğitim sisteminin, İngiliz adli eğitim sistemine göre daha resmi bir işleyişe sahip olmasına neden olmuştur²⁸⁵.

D- Amerikan Hukukunda Mahkeme Sistemi ve Mahkemelere Göre Hâkimler

Bu bölümde, Amerikan hukukundaki hâkimlerin nitelikleri Amerikan hukukundaki mahkeme sistemi ve bu sisteme tabi mahkemeler çerçevesinde ele alınacaktır. Eyalet bünyesindeki mahkemeler, diğer eyaletlerin mahkeme sistemlerini temsilen en geniş mahkeme teşkilatına sahip Kaliforniya eyaleti temel alınarak anlatılacaktır.

1- Federal Mahkeme Sistemi

Amerikan eyaletlerindeki mahkemelerden farklı olarak, federal yargılamada sadece ABD Anayasasında listelenen veya Anayasanın bu yetkiyi zımnen ifade ettiği davalar (Örneğin, federal yasaların ve yürütmenin işlemlerinin anayasallığının

²⁸³ Armytage, s. 14.

²⁸⁴ Armytage, s. 14.

²⁸⁵ Armytage, s. 15.

incelenmesi durumunda) görülmektedir²⁸⁶.

Federal mahkemeler, federal Anayasadan kaynaklanan uyuşmazlıklar veya ABD yasama organı tarafından çıkarılan kanunlar, antlaşmalar ve bunların yorum veya uygulanmalarından doğan ve federal yargı yetkisine giren ihtilaf veya hukuki meselelerle (*federal question*²⁸⁷) ilgilenmektedir. Ayrıca büyükelçiler, diğer diplomatik elçi ve konsolosları etkileyen federal sorunlar; federal ihtilaf kaynaklı deniz hukuku ve denizciliğe ilişkin yargılamalar; ABD'nin taraf olduğu davalar ve iki veya daha fazla eyalet arasındaki davalara da bakmakla yetkilidir²⁸⁸.

Eyalet mahkemelerinin ise, deniz hukuku, iflas, patent, federal telif hakkı, federal menkul değerler ve federal antitrust hukukuna ilişkin davalarda yargılama yetkisi bulunmamakla birlikte, neredeyse diğer her türlü hukuki ihtilafta yetkisi bulunmaktadır²⁸⁹. Hatta, federal kanunlar, antlaşmalar ve Anayasa hukukuna ilişkin olsa da yukarıda sayılanlar dışındaki ihtilaflarda yargılama yetkisi bulunmakla beraber, uygulamada büyük ölçüde federal hukuka dayanan davalar federal mahkemelere taşınmaktadır²⁹⁰.

Federal mahkeme sisteminin ilk derece yargılamasında doksan dört adet bölgesi (*district*) vardır²⁹¹. Nüfusun az olduğu eyaletlerde, tek bir bölge tüm eyaletin yetkisine sahipken, nüfusu yoğun olan eyaletlerde ise, iki, üç hatta dört farklı bölge bulunmaktadır. Her bir bölgenin en az iki hâkimi bulunmakla birlikte, en büyük bölgeye 38 hâkimiyle New York eyaletinin güney bölgesi sahip olmaktadır²⁹².

²⁸⁶ **Lundmark**, s. 199.

²⁸⁷ **Tuğlacı**, s. 208.

²⁸⁸ **Lundmark**, s. 199-200.

²⁸⁹ **Lundmark**, s. 200; <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure/comparing-federal-state-courts> (Çevrimiçi 26.08.2014).

²⁹⁰ **Lundmark**, s. 200.

²⁹¹ <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure> (Çevrimiçi 26.08.2014).

²⁹² **Lundmark**, s. 200.

2- Amerikan Hukukunda Hâkimler

a- Magistra Hâkimler (*Magistrate Judges*)

Federal bölge mahkemelerinde federal hâkimlerin yanı sıra, federal magistra'lar bulunmaktadır. Magistra hâkimler tam zamanlı olabileceği gibi yarı zamanlı olarak da görev alabilirler. 2014 yılı itibariyle 531 tam zamanlı ve 40 yarı zamanlı hâkim bulunmaktadır²⁹³.

Magistra hâkimler, federal hâkimlerden farklı olarak ömür boyu görev almak üzere atanmazlar. Tam zamanlı çalışan magistra hâkimler, bölge hâkimleri tarafından yenilenebilir şekilde sekiz yıllığına göreve gelirken, yarı zamanlı magistra hâkimler dört yıllığına göreve gelirler (28 U.S. Code § 636). İstedikleri kadar görev yapabilen federal hâkimlere yönelik olarak ise, bir emeklilik yaşı bulunmamaktadır ve bu sebeple görevden alınmaları oldukça zordur²⁹⁴.

Magistra hâkimler sadece tasarrufta bulunulmayan meselelere (*non-dispositive matters*) karar vermekle yetkilendirilmekte; tasarrufta bulunulması gereken ihtilaflarda (*dispositive matters*) ise, verdikleri karar ancak bir bölge hâkimi tarafından incelendikten ve onaylandıktan sonra etkili bir karar haline dönüşebilmektedir²⁹⁵. Eğer davanın tarafları onay verirse, magistra hâkim hukuk davalarına karar verebilme yetkisine sahip olabilmektedir. Fakat nihai kararın (*the ultimate decision*) verilmesine ilişkin sorumluluk bölge mahkemesi hâkimi veya magistra hâkime danışmanlık yapan hâkimlere aittir²⁹⁶.

Magistra hâkimleri atama yetkisi bölge mahkemesi hâkimlerinin takdirine bırakılmıştır. Uygulamada çoğunlukla magistra hâkimler, bölge mahkemesi hâkimleri tarafından, ilerleyen bölümlerde ele alacağımız dava yönetiminin gerçekleştirildiği ön duruşma aşamasında, hâkimin yönetsel kimi görevinin yerine getirilmesinde, atanmaktadırlar. Yapılan bir araştırmaya göre, bölge mahkemesinde görülen davaların

²⁹³ **Peter G. McCabe**, A Guide to the Federal Magistrate Judge System, A White Paper Prepared at the Request of the Federal Bar Association, August 2014, <http://www.fedbar.org/PDFs/A-Guide-to-the-Federal-Magistrate-Judge-System.aspx?FT=.pdf> (Çevrimiçi 20.09.2015).

²⁹⁴ **Lundmark**, s. 199.

²⁹⁵ **Lundmark**, s. 200; **Todd D. Peterson**, Restoring Structural Checks on Judicial Power in the Era of Managerial Judging, University of California, Davis Law Review, vol. 29, 1995-1996, s. 94.

²⁹⁶ *United States v. Raddatz*, 447 U.S. 667 (1980).

yarısında magistra hâkimler görevlendirilmektedir. Amerikan uygulamasında ayrıca birçok bölge mahkemesi yargılamadaki gecikmeleri ve masrafları önlemek adına otomatik olarak magistra hâkim atanması uygulamasını gerçekleştirmektedir. Bu çerçevede örneğin Kolombiya eyaleti bölge mahkemesi'nin Hukuk Yargılaması Reform Kanunu Tavsiye Grubu tarafından, bir bölge mahkemesi hâkimine bir dava atandığı anda otomatikman rastgele bir magistra hâkimin atanarak discovery usulüne ilişkin meseleleri ve diğer duruşma öncesi aşamaya ait meselelerin yürütülmesinin uygun olacağı tavsiye edilmiştir²⁹⁷.

Magistra hâkimlerinin gerçekleştirdiği her türlü görüşme ve müzakereler kayıt altına alınarak keyfi kararlar verilmesi bölge hâkimleri tarafından incelemeye tabi tutularak (28 U.S.C. § 636(b)(1)(A)) önlenmektedir. Böylece magistra hâkimleri, bölge mahkemesi hâkimleri tarafından yönlendirildikleri, tasarruf gerektirmeyen meselelerde görev almakta ve bölge mahkemesi hâkimi de süreci kontrolü altında tutmaktadır. Uygulamada yargılamayı uzatmak amacıyla tarafların bölge mahkemesi hâkiminden inceleme talep ederek kötü niyetli davranışlarda bulunabileceği, bu çerçevede bölge mahkemesi hâkiminin magistra hâkiminin verdiği kararları tekrar inceleme ve denetlemesinin yargılamanın uzamasına neden olabileceğine ilişkin eleştiriler yapılmış olsa da, istatistiki bilgiler yargılamada herhangi bir gecikmenin söz konusu olmadığını göstermektedir²⁹⁸.

Doktrinde, magistra hâkimlerinin, bölge mahkemesi hâkimlerinin yerine geçerek görev yapmasının, bölge mahkemesi hâkimliğini adeta adli danışmanlığa dönüştürdüğü yönünde eleştiriler söz konusu olmaktadır²⁹⁹. Her ne kadar Federal Adli Merkez'in bu endişelerin yersiz olduğunu gösteren çalışmaları mevcut olsa da³⁰⁰, magistra hâkimliğine yönelik bu eleştiriye biz de katılmaktayız. Hâkimlerin, yargılamanın tüm sürecine aktif olarak katılması gerektiğine; davanın belirli

²⁹⁷ Final Report of the Civil Justice Reform Act Advisory Group for the United States District Court for the District of Columbia, 1993, s. 53.

²⁹⁸ Yapılan istatistiki çalışmaya göre sadece davaların % 4'ünde taraflar magistra hâkimin vermiş olduğu karara itiraz ederek, bölge mahkemesi hâkiminin incelemesine başvurmuşlardır, **Carroll Seron**, The Roles of Magistrates: Nine Case Studies (Federal Judicial Center), 1985, s. 102-103.

²⁹⁹ **Owen Fiss**, The Bureaucratization of the Judiciary, Yale Law Journal, vol. 92/8, 1982-1983, s. 1442; **Patrick E. Higginbotham**, Bureaucracy: The Carcinoma of the Federal Judiciary, Alaska Law Review, vol. 31, 1980, s. 261.

³⁰⁰ **Seron**, s. 23.

aşamalarını kendisiyle aynı bilgi ve tecrübeye olmayan, aynı bilgi ve tecrübeye olmuş olsaydı bile devretmenin dava üzerindeki hâkimiyetlerini zayıflatacağı kanaatindeyiz. Dava sürecinde Anglo-Amerikan hukukunda mevcut olan³⁰¹ çeşitli hâkim yardımcılarının faydalanmanın yerinde ve faydalı olacağına inanmakla beraber, yargılamanın belirli bir aşamasını, özellikle de yargılamanın ve Anglo-Amerikan hukuku bakımından hayati önemi olan duruşma aşamasının seyrini etkileyecek olan duruşma öncesi aşamanın büyük ölçüde magistra hâkimlere terkedilmesinin, amaç usul ekonomisi olsa bile yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Her ne kadar magistra hâkimin gerçekleştireceği her işlem kayıt altına alınsa ve magistra hâkim sadece tasarrufi olmayan meselelerde atanmış olsa bile yargılamanın tamamen kararı verecek hâkimlerin idare ve yönetiminde olması gerektiğine adil bir karar verilmesi adına inanmaktayız.

b- Kaliforniya Eyalet Mahkemeleri Çerçevesinde Eyalet Mahkemesi Hâkimleri

Otuz sekiz milyonun üzerinde bir nüfusla Kaliforniya eyaleti, hem en yoğun nüfusa sahip Amerikan eyaleti hem de en geniş mahkeme sistemine sahip eyalet sıfatına sahiptir³⁰². Kaliforniya mahkeme sisteminde, yaklaşık 1630 hâkim ve 392 kısmi süreli çalışan hâkim, görevli memur (*commissioner*) ve hakem-bilirkişi (*referee*) toplamda 2000'den fazla adli memur görev almakta ve her yıl yaklaşık olarak 8.5 milyon dava görülmektedir³⁰³.

Görevli memurlar veya hakem-bilirkişiler ikincil adli işleri yerine getirmek

³⁰¹ Bu noktada İngiliz hukukunda mevcut olan, duruşma öncesi aşamada hâkimlerin yoğunluğunu hafifletmek üzere görev alan, günümüzde hâkimlerden bağımsız adli bir memuriyete tabi olan “*master*” adı verilen duruşma öncesi hâkimlerden bahsetmek yerinde olacaktır. *Master* olarak anılan bu kimseler, 1837 yılından önce, davayı yürüten hâkimler tamamıyla tüm yargılamayı yürüterek duruşma öncesi aşamayı da bizzat kendileri görmekte olduğu için, sadece duruşma öncesi aşamada hâkimlere yardım etmek üzere atanmakta idiler. 1867 yılında ise *master*lar, bağımsız bir adli memur sıfatına sahip olarak, hâkimlere benzer bir statüye sahip olmuşlardır. *Master*ların geçirdiği bu değişim, duruşma öncesinde hâkimlere benzer görevler yerine getiren bu kimselerin hâkimlerin sahip olduğu benzer yetkilere sahip olmasını sağlamıştır. Dolayısıyla kural olmamakla beraber duruşma öncesi görev alan *master*ların İngiliz usul hukukunda gerçekleştirdikleri hâkim benzeri rol büyük önem taşımaktadır, **Remme Verkerk**, Powers of the Judge in “England and Wales”, in C. H. Vann Rhee, *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia, Oxford 2005, s. 310.

³⁰² **Lundmark**, s. 201; Judicial Council of California, Fact Sheet, January 2015, http://www.courts.ca.gov/documents/Calif_Judicial_Branch.pdf (Çevrimiçi 23.06.2015).

³⁰³ Judicial Council of California, Fact Sheet, January 2015, http://www.courts.ca.gov/documents/Calif_Judicial_Branch.pdf (Çevrimiçi 23.06.2015).

üzere, mahkeme tarafından tayin edilmektedir³⁰⁴. Birçok mahkeme, trafik davalarına ilişkin dosya yükünün üstesinden gelebilmek için, bu davalara yönelik olarak trafik adli memurları veya hakemlerini görevlendirmektedir³⁰⁵. Görevlendirilen bu adli memurlar trafik kurallarının ihlali ile ilgili olarak hâkimlere tanınan tüm yetki ve görevleri uygulama erkine sahiptirler³⁰⁶.

Kaliforniya yargı sisteminin en tepesinde Kaliforniya Yüksek Mahkemesi bulunmaktadır³⁰⁷. 2008-2009 yılları arasında 9.000'in üzerinde³⁰⁸ dava açılmış olan mahkemede yılda yaklaşık olarak 100 dava hükme bağlanmaktadır ve mahkemenin bütün kararları resmi olarak *California Official Reports*'ta yayınlanmaktadır³⁰⁹.

1904 yılında yapılan bir anayasal düzenlemeyle, Kaliforniya istinaf mahkemeleri faaliyet göstermeye başlamıştır³¹⁰. Kaliforniya'da altı istinaf dairesi ve toplamda yüz beş istinaf hâkimi bulunmakta ve mahkemeye sadece 2008-2009 yılları arasında 24.048 istinaf başvurusu yapılmıştır³¹¹. Davalar üç hâkimden oluşan heyet tarafından karara bağlanmakta ve belirli kriterler sağlandığı takdirde istinaf mahkemesi kararları da "*California Appellate Reports*"da yayınlanmaktadır³¹². Genel olarak bir içtihadın yayınlanabilmesi için öncelikle yeni bir hukuk kuralı (*rule of law*) yaratması ve kamu menfaatini içeren bir hukuki meseleyi kapsamaması gerekmekte birlikte, karar mevcut kanunu incelemeli, eleştirmeli veya hukuk literatürüne önemli bir katkı sağlıyor olmalıdır³¹³. 2008-2009 döneminde % 9 istinaf mahkemesi kararı,

³⁰⁴ California Constitution art. VI, Section 22, http://www.leginfo.ca.gov/const/article_6 (Çevrimiçi 26.08.2014).

³⁰⁵ **Lundmark**, s. 201.

³⁰⁶ California Government Code Section 72190, 72401 (c), <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/calawquery?codesection=gov> (Çevrimiçi 26.08.2014).

³⁰⁷ Judicial Council of California, Fact Sheet, January 2015, http://www.courts.ca.gov/documents/Calif_Judicial_Branch.pdf (Çevrimiçi 23.06.2015).

³⁰⁸ Açılan dava sayısı 2012-2013 yargı yılında 78132'e ulaşmıştır, Judicial Council of California, Fact Sheet, January 2015, http://www.courts.ca.gov/documents/Calif_Judicial_Branch.pdf (Çevrimiçi 23.06.2015).

³⁰⁹ **Lundmark**, s. 201.

³¹⁰ <http://www.courts.ca.gov/documents/ctappbro.pdf> (Çevrimiçi 23.06.2015).

³¹¹ <http://www.courts.ca.gov/documents/ctappbro.pdf> (Çevrimiçi 23.06.2015); **Lundmark**, s. 201.

³¹² <http://www.courts.ca.gov/documents/ctappbro.pdf> (Çevrimiçi 23.06.2015); **Lundmark**, s. 201.

³¹³ **Lundmark**, s. 201.

içtihad olarak yayınlanma kriterlerini sağlamıştır³¹⁴.

c- Sulh Hâkimleri (*Justices of the Peace*)

(aa)- Genel Olarak

Daha önce hâkimler başlığı altında genel olarak belirtildiği üzere Kuzey Amerika'daki her bir İngiliz kolonisi kendisine özgü mahkeme sistemini oluşturmuştur. Bu usul kurallarının yapısı bazen İngiliz atalarına benzemekte, bazen de atalarından büyük oranda farklılaşmaktadır³¹⁵. Örneğin Kuzey Amerika'daki İngiliz kolonilerindeki sulh hâkimleri aynı zamanda hukuk davalarında da görülebilen, ataları olan İngiltere'de sadece ceza yargılamalarında görev almaktadırlar³¹⁶. Bununla birlikte, bunların hepsinin kökeni büyük ölçüde İngiliz hukuku başlığı altında anlattığımız "*Justices of the peace*" yahut "*magistrates*" olarak anılan sulh hâkimlerine dayanmaktadır³¹⁷.

(bb)- Sulh Hâkimleri

Amerika Birleşik Devletleri, Britanya'dan bağımsızlığını ilan ederek adli sistemini bugünkü haline getirmiştir. Sulh hâkimlerinin yerini büyük oranda profesyonel hâkimler almıştır. Hukukçu olmayan sulh hâkimlerinden oluşan kurum hala bazı Amerikan eyaletlerinde varlık göstermektedir³¹⁸. Ancak genel olarak Amerikan eyaletleri mevcut İngiliz sistemindeki "*magistrates' court*"u; yani sulh mahkemesi sistemini aynen hukuk sistemine dahil etme yolunu izlememiştir³¹⁹.

³¹⁴ **Lundmark**, s. 201.

³¹⁵ **Erwin C. Surrency**, The Courts in the American Colonies, American Journal of Legal History, vol. 11/3, 1967, s. 347.

³¹⁶ Note, Law in Colonial New York: The Legal System of 1691, Harvard Law Review, vol. 80, 1967, s. 1762-1763.

³¹⁷ **Lundmark**, s. 224. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.jpus.org/aboutjps.htm> (Çevrimiçi 23.06.2015); özellikle İngiliz-Amerikan uygulamasındaki farklılıklar için bkz. **John A. Conley**, Doing It By the Book: Justice of the Peace Manuals and English Law in Eighteenth Century America, The Journal of Legal History, vol. 6, issue 3, 1985, s. 257-298.

³¹⁸ Hukukçu olmayan hâkimlerin "*lay judges*", federal mahkeme sistemi içinde yer almasının tarihi gelişimi Amerikan eyaletleri arasında değişkenlik göstermektedir, **Lundmark**, s. 224.

³¹⁹ **Lundmark**, s. 224. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Charles A. Beard**, The Office of Justice of the Peace in England in Its Origin and Development, Burt Franklin, New York 1904; **Lary M. Boyer**, The Justice of the Peace in England and America from 1506 to 1796: A Bibliographic History, The Quarterly Journal of the Library of Congress, vol. 34/4, 1977, s. 315-26.

İlk defa hukukçu olmayan adalet personelinin yargılama sistemi içinde görülmesi 1793 yılında Kongre Kanunu (*Congressional Statute*) ile gerçekleşmiştir³²⁰. Bu kanunla federal mahkemeler bir veya birden fazla hukuk okumuş “basiretli” (*discreet*) kişiyi kefalet duruşmalarını (*bail hearings*) yürütmek üzere yetkilendirmektedir. Zamanla bu kişilerin yetki alanı genişledikçe, doğal olarak yetkili kişilerin sayısı da artış göstermiş ve 1878 yılı itibariyle 2000 federal üyeye ulaşmıştır. Bu üyeler düzenli bir maaş almamakta; fakat gerçekleştirdikleri hizmet karşılığında ücretlendirilmektedirler. Sistemin kötüye kullanılmasıyla birlikte, düzenli bir maaş almayan bu üyelerin aslında federal hâkimlere göre üç kat daha fazla ücret aldığı sonucu ortaya çıkmış ve bu sebeple de 1896 yılında Kongre bu üyelerin de düzenli bir ücret tarifesine tabi tutulmasına karar vermiştir. Ayrıca bu üyelerin başka işlerle uğraşması da yasaklanmıştır³²¹. Fakat 1793 tarihli Kongre Kanunu, üyelerin niteliği hakkında minimum şartları öngörmediği için yetersiz kalmıştır. 1942 yılında üyelerin yarısı hukuk eğitimi almamış kişilerdir. 1963 yılı itibariyle ise üye sayısı 700’e inmiş ve hukukçu olmayanların oranı % 30’lara düşmüştür.

1968 tarihli Federal Hâkimler Kanunu (*The Federal Magistrate’s Act*)’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte modern Amerikan sisteminin profesyonel hâkimleri de yargılamaya hâkim olmuştur³²².

³²⁰ Lundmark, s. 225.

³²¹ Lundmark, s. 225.

³²² Lundmark, s. 225.

§ 2 VAKIALARIN GETİRİLMESİNDE VE DELİLLERİN

TOPLANMASINDA YARGILAMANIN AMACI

I. Taraflarca Getirilme İlkesine (*Adversarial*) ve Araştırma İlkesine (*Inquisitorial*) Tabi Sistemler

A- Genel Olarak

Öncelikle tekrar belirtilmesinde fayda bulunduğunu düşündüğümüz bir hususa değinmek isteriz. Anglo-Amerikan hukukunun temelinde yer alan, “Adversarializm” ve “*adversary* sistem”, aslında Türk hukukunda “taraflarca getirilme ilkesi” ve “taraf hâkimiyeti” kavramlarıyla da karşınabilirse de, yine de anlamı tam karşılamadığı kanaatindeyiz. Çünkü Türk hukukunda da her ne kadar taraflarca getirilme ilkesi söz konusu olsa da hâkime araştırma ilkesi çerçevesinde önemli bir rol de verilmektedir. Halbuki adversarializm olarak adlandırılan Anglo-Amerikan hukukuna hâkim olan dava malzemesinin toplanması usulü, katı bir taraflarca getirilme ilkesine sahiptir. Dolayısıyla kavram kendine özgü bir yapıya sahiptir ve Türk hukukundaki karşılığına eşit oranda denk gelmemektedir. Hatta, Anglo-Amerikan hukukunun yapmış olduğu kategoriye göre Kıta Avrupası hukuku, “*inquisitorial*”; yani kontrolün hâkimde olduğu, dava malzemesinin toplanması yetkisinin hâkime tanındığı, araştırma ilkesi kapsamında sayılmaktadır. Kısaca dava malzemesinin toplanmasında esas rolün taraflarda olduğu bir sistemi ifade eden bu kavram çalışma boyunca her ne kadar tam karşılığı olamasa da “taraf hâkimiyeti” ve “taraflarca getirilme ilkesi” olarak adlandırılacaktır. Bu sebeple taraf hâkimiyeti, taraf egemenliği ve taraflarca getirilme ilkesi söz konusu olduğunda, bu kavramların özellikle Anglo-Amerikan hukukunda yapılan terminolojiye uygun olarak açıklandığına dikkat çekmek isteriz.

Yargılamanın amacının ne olduğunun belirlenmesi, yargılamanın işleyiş biçiminin, taraflara ve mahkemeye düşen görevlerin/yetkilerin neler olduğunun ve yargılamanın sonunda nasıl bir karara varılması gerektiğinin tespiti bakımından önem taşımaktadır³²³. Bu çerçevede dava malzemesinin toplanmasında münferit meselelerde

³²³ Ejder Yılmaz, Usul Ekonomisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 57, sayı 1, 2008, s. 246. Yargılamanın amacına ilişkin doktrindeki kapsamlı görüşler için bkz. Sema Taşpınar, Medeni

de yetkinin hâkime mi, yoksa tarafa mı verilmesi gerektiği noktasında usulün amacı yardımcı olacaktır³²⁴. Usul kanunlarındaki değişiklikler de, konulmuş bulunan amaca göre şekillenirler³²⁵.

İki büyük hukuk sistemi olan Anglo-Amerikan ve incelediğimiz Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin, doğru ve adil bir karara ulaşmak üzere izledikleri farklı iki önemli yöntem bulunmaktadır³²⁶. Doktrinde Kıta Avrupası hukuk sisteminin “*inquisitorial*”; yani araştırmacı, kısaca hâkim tarafından kontrol edilen sistemin etkisi altında bulunduğu; Anglo-Amerikan hukukunun ise, davanın taraflarınca kontrol edilen sisteme tabi olduğu şeklinde yerleşmiş görüşler mevcuttur. Bu çerçevede Anglo-Amerikan hukukunda yargılama taraflarca kontrol edilmekte ve yargılamada pasif bir hâkim yer almakta iken; incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında ise yargılama aktif bir şekilde hâkim tarafından yönetilerek, dava malzemesinin yine taraflarca getirilmesi söz konusu olmakla beraber, hâkimin davayı aydınlatma ödevi bulunmaktadır³²⁷. Bu sistemde hâkim bir soruşturmacı gibi tanıklara sorular sorarak delillerin toplanmasında önemli bir rol oynamaktadır³²⁸.

Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 759 vd.

³²⁴ **Yavuz Alangoya**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 84.

³²⁵ **Alangoya**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, s. 84; **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 55.

³²⁶ **Guy Canivet**, The Interrelationship Between Common Law and Civil Law, Louisiana Law Review, vol. 63, 2002-2003, s. 937. Doktrinde Kıta Avrupası hukuk sistemi “civil law” olarak adlandırılırken, Anglo-Amerikan hukuk sistemi ise “common law” olarak tanımlanmaktadır. Biz çalışma boyunca birlik sağlamak üzere Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası kavramlarını kullanmaktayız. Çalışmada birbirlerinden farklılıklar taşıyan her bir Kıta Avrupası hukuku incelenmediğinden, yapacağımız değerlendirmelerin çalışmada incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası çatısı altında yer alan Türk hukuku ve örneklendirdiğimiz diğer Kıta Avrupası hukukları çerçevesinde yapıldığını vurgulamak isteriz. Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukuklarının tüm boyutlarıyla kısa mukayesesi için bkz. **Linda S. Mullenix**, Lessons from Abroad: Complexity and Convergence, Villanova Law Review, vol. 46, no. 1, 2001, s. 4 vd.

³²⁷ Benzer şekilde, **Mirjan Damaska**, The Common Law / Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction, in *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, LexisNexis Canada Inc., Canada 2010, s. 3.

³²⁸ **Nicola Monaghan**, Law of Evidence, Cambridge University Press, Cambridge 2015, s. 18. Örneğin, Avusturya hukukunda hâkime yönetici hâkim rolü verilerek gerçeğe ulaşma amacını layıkıyla gerçekleştirmesi hedeflenmiştir. Bu doğrultuda hâkim, örneğin tanıkları sorgulayabileceği gibi taraflardan belge ibraz etmelerini re’sen isteyebilmektedir, Austrian Code of Civil Procedure, s. 183 (naklen **Remme Verkerk**, Comparative Aspects of Expert Evidence in Civil Litigation, The International Journal of Evidence and Proof, vol. 13, 2009, s. 169). Yine aynı çerçevede hâkim re’sen bilirkişiye başvurabilmektedir. Kısaca Avusturya hukukunda hâkime dava malzemesinin toplanmasında aktif bir rol verilmektedir, **Verkerk**, Comparative Aspects of Expert Evidence, s. 169.

Bununla birlikte, her iki hukuk sistemi de tek bir sisteme tabi olmamakta, yapısında hem araştırma hem de taraflarca getirilme ilkesine özgü nitelikler taşımaktadır³²⁹ ve karşılıklı olarak birbirlerini etkilemektedirler³³⁰. Ayrıca, usul hukuku sistemlerinin birbirlerine yakınlaştırılması (*approximation*) hareketi neticesinde bu iki hukuk sistemi arasındaki farkların daha da azaldığını söylemek de kaçınılmazdır³³¹. Özellikle her iki hukuk sisteminin karşılaştığı sorunların aynı tip oluşu da, bu iki sistemin birbirlerine yakınlaşmasını sağlamaktadır³³²; böylece hukuk sistemleri yakınlaşarak bir orta noktada buluşmaktadırlar³³³. Ancak yine de yapıları gereği bu sistemler ne kadar birbirlerine yakınlaşırlar ve birbirlerinden özellikler edinseler de, önemli usuli farklılıkların varlığını koruduğu da gözden kaçırılmamalıdır³³⁴.

Bu doğrultuda, Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute-ALI*) ile Özel Hukukun Birleştirilmesine İlişkin Uluslararası Enstitü'nün (*International Institute for the Unification of Private Law-UNIDROIT*) 2004 yılında oluşturduğu ortak proje olan Uluslararası Medeni Usul Prensipleri ve Kuralları (*Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*) ile Anglo-Amerikan hukuku ve incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin hukuk yargılamaları birbirlerine yakınlaştırılmaya çalışılmaktadır³³⁵. Benzer şekilde, İngiliz hukukunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ilişkin hükümleri iç hukukunda kabul etmesiyle de usuli garantilerin korunması daha etkin şekilde dikkate alınmakta ve bu durum İngiliz hukuk

³²⁹ **Estelle Hurter**, Seeking Truth or Seeking Justice: Reflections on the Changing Face of the Adversarial Process in Civil Litigation, *Journal of South African Law*, vol. 2007/2, 2007, s. 252.

³³⁰ **Canivet**, s. 938.

³³¹ **Oscar G. Chase / Janet Walker**, Common Law, Civil Law and the Future of Categories: An Introduction, in *Common Law, Civil Law and The Future of Categories*, LexisNexis Canada Inc., Canada 2010, s. i (giriş); **Scott Dodson / James M. Klebba**, Global Civil Procedure Trends in the Twenty-first Century, *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 34/1, 2011, s. 2.

³³² **Canivet**, s. 938.

³³³ **Neil Andrews**, Fundamental Principles of Civil Procedure: Order Out of Chaos, in *X. E. Kramer / C. H. van Rhee (eds.), Civil Litigation in a Globalising World*, Asser Press, The Hague 2012, s. 20.

³³⁴ **Mirjan R. Damaska**, The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments, *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, s. 840 vd.

³³⁵ **Andrews**, Fundamental Principles of Civil Procedure, s. 21. Uluslararası Medeni Usul Prensipleri ve Kuralları için bkz. *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.

sisteminin Kıta Avrupası hukuk sistemine yakınlaşmasına neden olmaktadır³³⁶. Ayrıca aynı doğrultuda “Avrupa Birliği Adli Yargılarının Yakınlaştırılması” (*Approximation of Judiciary Law in the European Union*) projesinin de hukukların yakınlaştırılması hareketi kapsamında önemli bir yere sahip olduğunu belirtmemiz yerinde olacaktır³³⁷.

Zamanla Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar azalmakta ve bu doğrultuda ortak noktalar artmaktadır³³⁸. Elbette ki, farklı toplumsal, ekonomik ve sosyal yapıları gereği bu farklı hukuk sistemlerinin tamamen aynı olması beklenemese de, adalete erişimde ve gerçeğe ulaşmada yaşanan eksiklik ve aksaklıkları gidermek adına ortak çözüm yolları yaratmak, hukuk sistemlerinin gelişmesinde ve günümüz hukuki yapısına adapte olunmasında çok etkili olacaktır. Bu sayede tek tek hukuk sistemlerini eleştirmek ve en iyi hukuk sistemini seçmeye çalışmak yerine, gerçeğe ulaşmak ve adalete erişim amacıyla hukuk sistemleri birbirlerine katkıda bulunarak ideal hukuk yaratılmış olunabilecektir³³⁹.

Hukuk sistemleri arasındaki bu yaklaşma hareketi neticesinde birtakım önemli değişiklikler gözlemlenmektedir: Özellikle taraf hakimiyetinin söz konusu olduğu Anglo-Amerikan hukukunda, jüri yargılamasının Amerikan uygulaması haricinde yok oluşu ve hâkimin artan rolü, sözlü delil yerine yazılı delilin tercih edilmesi, tarafsız bilirkişilerin kullanılması örnek olarak gösterilebilirken; ele aldığımız Kıta Avrupası hukuklarında ise, daha yoğun, kesintisiz duruşma aşamasının gerçekleştirilmesine yönelik eğilimler, çapraz sorgulama ve zorunlu olmayan discovery usulünün kullanılması örnek olarak belirtilebilir³⁴⁰. Elbette ki, ülke hukuklarının küreselleşme ve yaklaşma hareketleriyle birbirlerinden etkilenmesi demek, tüm bu değişikliklerin

³³⁶ **Wouter L de Vos**, English and French Civil Procedure, Stellenbosch Law Review, vol. 13, 2002, s. 443. Aynı yönde olmak üzere 1980 Viyana Satım Sözleşmesi, INCOTERMS ve Avrupa Birliği’nin oluşturulması da Kıta Avrupası hukukları ile Anglo-Amerikan hukuk sistemlerini yakınlaştırmak adına önemli adımlar olarak görülmektedir, **Pejovic**, s. 838.

³³⁷ **Marcel Storme**, ed., *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Kluwer, Gent 1994; **C. H. Van Rhee**, *Harmonisation of Civil Procedure: A Historical and Comparative Perspective*, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2011/28, 2011, s. 4, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1876329 (Çevrimiçi 04.10.2015).

³³⁸ **Pejovic**, s. 839; **Yu**, s. 42.

³³⁹ **Trevor C. W. Farrow / Garry D. Watson**, *Courts and Procedures: The Changing Roles of the Participants*, in *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, LexisNexis Canada Inc., Canada 2010, s. 160.

³⁴⁰ **Chase / Walker**, s. ii (giriş).

her bir Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukukuna tabi ülke hukukunda uygulanması veya aynı şekilde uygulanması anlamına gelmemektedir. Bu süreç heterojen bir şekilde kendini göstermektedir.

Tüm bu devam eden değişim ve etkileşim sonucunda artık rahatlıkla “*common law*” ve “*civil law*” kavramlarını belirli kategorilere sokarak tanımlamak da yanlış olabilecektir³⁴¹. Çünkü her iki hukuk sistemi de yoğun bir etkileşime maruz kalarak birbirlerine doğru yakınlaşmaktadır. Her ne kadar Amerikan hukuku dava malzemesinin toplanmasında sıkı taraf hâkimiyetine sahip duruşunu yeterince bozmasa da, Anglo-Amerikan hukukunun temsilcilerinden olan İngiliz hukuku değişimin öncülerinden olarak bu kategorileri oluşturan köşe taşlarının yerinden oynamasına neden olmuştur. Dolayısıyla yakın gelecekte bu kategorileri hala kullanıp kullanamayacağımız konusunda büyük bir belirsizlik ortamı oluşmaktadır³⁴².

Bu bölümde öncelikle taraflarca getirilme ilkesi ve araştırma ilkesine tabi sistemlerin tanımları yapılacak, sonrasında ise bu ilkeler hâkimin rolü çerçevesinde dava malzemesinin toplanması usulünü şekillendiren birer etmen olarak ele alınacaktır.

B- Taraflarca Getirilme İlkesi ve Araştırma İlkesine Tabi Sistemlerin Tanımlanması

1- Genel Olarak

Köklerini 11. yüzyıla kadar uzanan İngiliz tarihinden alan³⁴³ taraflarca getirilme ilkesi sistemi, içtihat hukukunun uygulandığı, taraf hâkimiyetine dayalı hukuk sistemini ifade etmektedir. Bu sistemde taraflar dava malzemesinin araştırılması ve toplanmasında aktif bir rol oynarken, hâkim ise daha pasif bir rol üstlenmektedir³⁴⁴.

³⁴¹ Chase / Walker, s. ii-iii (giriş).

³⁴² Bu kategorilerin geleceğini tartışan ve yeni kavram önerileri sunan görüş için bkz. Chase / Walker, s. x-xiii (giriş).

³⁴³ Marian Neef / Stuart Nagel, The Adversarial Nature of the American Legal System: A Historical Perspective, New York Law Forum (New York Law School Law Review), vol. 20, 1974-1975, s. 135.

³⁴⁴ R. J. Gerber, Victory vs. Truth: The Adversary System and Its Ethics, Arizona State Law Journal, vol. 19/1, 1987, s. 4.

Bu sistemde tahkikatın tarafların egemenliğinde gerçekleştirilmesinin tercih edilmesinin sebebi, tarafların kendi lehlerine olan dava malzemesini toplamalarında menfaatlerinin bulunması ve tarafların kendilerini ilgilendiren uyuşmazlığın dava malzemelerini en iyi araştırabilecek kişiler olmalarıdır. Zaten yargılamaya getirilecek meselenin tarihsel gelişimini en iyi bilebilecek durumda olanlar da taraflar olduğundan, dava malzemesinin getirilmesinde taraflara ağırlık verilmesi de kaçınılmazdır³⁴⁵. Bununla beraber, gerçeğe ulaşılması hâkimin de ayrıca bazı yetkilerle- örneğin hâkimin soru hakkı, deliller konusundaki hakları, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü- donatılmasını gerekli kılmaktadır³⁴⁶. Aslında tam bu noktada Anglo-Amerikan hukukları ile Kıta Avrupası hukukları, dava malzemesinin toplanmasında farklı yollara ayrılmakta; bazı usullerde Kıta Avrupası hukukları hâkime, gerçeğe ulaşılması ve davanın aydınlatılması için daha aktif bir rol vermektedir. Anglo-Amerikan hukuku da son dönemde hâkimin aktifleştirilmesi hareketinden etkilenecek sistemlerinde önemli değişikliklere gitmiştir.

Günümüzde, Anglo-Amerikan ülkelerinde kısaca taraf hâkimiyeti sistemi olarak Türkçeleştirebileceğimiz *adversarial* sistem, aynı şekillerde uygulanmamakta çalışmamıza konu olan iki büyük Anglo-Amerikan ülkesi olan İngiltere ve ABD arasında bile farklılaşmaktadır. Özellikle İngiliz hukukunda hukuk davalarında neredeyse tamamen jüri uygulamasının yok oluşu ve ön duruşma aşamasında dava malzemesinin araştırılmasına ilişkin usuller konusundaki farklılıklar, taraf hâkimiyeti sisteminin etkilerinin de bu iki ülke hukukunda değişik görünümlere sahip olmasına neden olmaktadır.

Taraf hâkimiyeti sisteminin temelinde tarafların ileri sürdüğü vakıalar ve deliller vasıtasıyla yargılamada adeta mücadele edilerek gerçeğe ulaşılacağı

³⁴⁵ **Alangoya**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, s. 87-8.

³⁴⁶ **Alangoya**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, s. 88. Taraflarca getirilme ilkesi tarafların yargılamanın başlangıcını, konusunu ve sona ermesini belirleyebilmelerine, dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına imkân veren tasarruf ilkesinin somutlaştırılması ve tamamlayıcısı şeklinde kendini göstermektedir, **Nedim Meriç**, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 53. Taraflarca getirilme ilkesinin katı bir şekilde uygulanması yerine hâkimle tarafların işbirliği ilkesinin benimsenmesine ilişkin görüşler ileri sürülmüştür, **Mehmet Kamil Yıldırım**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990, s. 110 vd.; **Nevhis Deren-Yıldırım**, Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2014, s. 823 vd.

düşüncesi yatmaktadır³⁴⁷. Anglo-Amerikan hukukunun temelinde yatan görüşe göre, gerçeğe en iyi şekilde ancak menfaatleri çatışan tarafların yargılama içinde yarışması ve mücadele vermesiyle ulaşılabilmektedir³⁴⁸. Bu şekilde bir mücadeleyle yargılamanın esas amacı olan gerçeğe ulaşılabileceği düşünülmektedir. Fuller'e göre, uyuşmazlık taraflardan birinin kuvvetli şekilde sunulan iddiası ve karşı tarafın bununla hararetli şekilde mücadelesi şeklinde mahkemeye sunulmazsa hâkim (ve jüri) davayı tam anlamıyla doğru şekilde anlayamayıp, uyuşmazlığı çözümleyemeyecektir³⁴⁹.

Taraf hâkimiyeti sisteminin bir diğer önemli özelliği ise hâkimin büyük ölçüde uyuşmazlığa müdahil olmamasını gerektirmesidir³⁵⁰. Yani maddi gerçeğin araştırılmasında hâkime rol verilmemiştir. Hâkimin esas rolü yargılamanın usulüne uygun gerçekleştirilmesini sağlamak ve bu çerçevede yargılamaya sadece taraflardan birinin, diğer tarafın yargılama içindeki usuli davranışına yönelik itirazda bulunduğu takdirde sınırlı bir müdahalede bulunmasından ibarettir³⁵¹. Bu sistemde hâkim sadece hakem ve gözetmen konumundadır³⁵². Hâkim yargılama sürecince pasif şekilde durmakta, sadece tarafların yargılamanın yürütülmesine ilişkin itirazları olduğunda müdahalede bulunmaktadır³⁵³.

Özellikle taraf egemenliği sisteminin keskin şekilde hâkim olduğu Amerikan hukukunda, tarafların adeta savaş meydanında çarpıştırılması gibi³⁵⁴ dava malzemelerini mahkemeye sunarak yarışan vakıa ve delillerden üstün çıkan tarafın haklı olacağı ve doğruya ulaşılabileceği düşünülmekte ve fakat birbiriyle çarpıştırılan bu tarafların eşit imkanlarla yarıştığı farzedilmektedir³⁵⁵. Bu sebeple de daha iyi savunma

³⁴⁷ **Jolowicz**, *Adversarial and Inquisitorial Models*, s. 281.

³⁴⁸ **Robert Gilbert Johnston / Sara Lufrano**, *The Adversary System as a Means of Seeking Truth and Justice*, *The John Marshall Law Review*, vol. 35/2, 2001-2002, s. 147.

³⁴⁹ **L. L. Fuller**, *The Adversary System*, in *H. J. Berman (ed.), Talks on American Law*, Vintage Books, New York 1961, s. 31.

³⁵⁰ **Marvin E. Frankel**, *The Search For Truth: An Umpireal View*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 123, no. 5, 1975, s. 1042.

³⁵¹ **Jenny McEwan**, *Evidence and the Adversarial Process*, *The Modern Law*, Hart Publishing, Second edition, Oxford 1998, s. 1-2.

³⁵² **Marjorie O. Rendell**, *What is the Role of the Judge in Our Litigious Society?*, *Villanova Law Review*, vol. 40/4, 1995, s. 1117.

³⁵³ **McEwan**, s. 2.

³⁵⁴ **Gerber**, s. 4.

³⁵⁵ **Findley**, s. 914.

yapan, ekonomik imkanları sayesinde daha tecrübeli ve yetenekli avukatlarla davasını yürüten taraflar davanın sonucunda başarıya ulaşmakta ve bunun sonucunda gerçeğe ulaşma amacı yerine “güçlü” kazanmaktadır³⁵⁶. Yani bu hukuki savaşın neticesinde her zaman doğruluk kazanmamakta, çoğu zaman bazı yargılama taktikleri ile “düzenbaz savaşçı” galip gelmektedir³⁵⁷.

Dava malzemesinin toplanması sorumluluğunun tamamen dava taraflarına ve avukatlarına bırakılmış olunması sistemin aksayan yönlerinden biri olarak ifade edilmektedir³⁵⁸. Bu doğrultuda Anglo-Amerikan hukukunda, Kıta Avrupası hukuk sistemine doğru; yani *inquisitorial* sisteme doğru bir yönelim gözlenmekte; böylelikle dava malzemesinin toplanması sürecinin daha güvenilir şekilde gerçekleştirileceği düşünülmektedir³⁵⁹.

2- Dava Malzemesinin Toplanması Çerçevesinde Taraf Hâkimiyeti Sistemi

Dava malzemesinin toplanmasında tarafların egemen olduğu sistemde tahkikat aşamasında, dava malzemesinin araştırılması ve toplanması ile dava malzemesinin değerlendirilmesi ve hüküm verilmesi faaliyetleri birbirinden ayrılmaktadır. Bu yönde bir ayrımın yapılmasının sebebi, karar veren makamın aynı zamanda araştırmacı bir rol üstlenerek dava malzemesini toplamasının yargılamanın tarafsızlığını zedeleyeceği düşüncesidir. Dava malzemesi olarak tüm vakıalar toplanmadan ve deliller getirilmeden önce hâkime daha aktif bir rol verildiği takdirde hâkimin ön yargılı şekilde hüküm verme eğilimine kapılacağı, bunun da tarafsızlığını olumsuz etkileyeceği düşünülmektedir³⁶⁰.

Davanın tarafları arasındaki mücadeleyi temel alan taraf hâkimiyeti sisteminde

³⁵⁶ **Jeffrey O’Connell**, *Ending Insult to Inquiry: No-fault Insurance for Products and Services*, University of Illinois Press, Urbana 1975, s. 7.

³⁵⁷ **Gerber**, s. 5.

³⁵⁸ **S. Jeffrey Parker**, *Comparative Civil Procedure and Transnational “Harmonization”: A Law-and-Economics Perspective*, George Mason Law and Economics Research Paper, No. 09-03, s. 5, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1325013 (Çevrimiçi 09.02.2015).

³⁵⁹ **Keith A. Findley**, *Adversarial Inquisitions: Rethinking the Search for Truth*, New York Law School Law Review, vol. 56/3, 2011-2012, s. 912-913; **Edward F. Barrett**, *Adversary System and the Ethics*, Notre Dame Law Review, vol. 23, issue 4, 1962, s. 481 vd.

³⁶⁰ **Lon L. Fuller**, *The Forms and Limits of Adjudication*, Harvard Law Review, vol. 92/2, 1979, s. 383-384.

çalışma konumuz çerçevesinde iki önemli unsur bulunmaktadır. Bunlar: Tarafsız ve pasif bir karar merciinin (hâkim veya jüri) bulunması ve dava malzemesinin taraflarca getirilmesidir. Tarafların egemen olduğu bu sistemde gerçeğe ancak ve ancak tarafların aralarında gerçekleştireceği mücadelecî ortamda ileri sürülen dava malzemesiyle ulaşılabilecektir. Bu sistemde tahkikati gerçekleştirecek mercii ile kararı verecek mercilerin aynı kişiler olmamasının tahkikatin belirli bir merciin emelleri doğrultusunda şekillenmemesini sağlamak amacıyla. Mahkeme sadece, birbiriyle rekabet içinde mücadele veren tarafların delillerini sunmalarını seyreden tarafsız bir hakem konumundadır³⁶¹.

Kısaca, taraf hâkimiyetinin temsilcisi Anglo-Amerikan hukukunda taraf avukatları hukuki meseleleri çerçeveleyerek, iddia ve savunmaların temelini oluşturan vakıaları mahkemeye getirmekte ve bu vakıaları delilleri vasıtasıyla desteklemektedirler. Tarafsız olması gerektiğine inanılan hâkim ise bu süreçte, usulün doğru şekilde yürütülmesini denetleyen bir hakem konumunda kalmaktadır.

3- Dava Malzemesinin Toplanmasında Araştırma İlkesine Tabi Sistem (*Inquisitorial System*)

Öncelikle vurgulamak isteriz ki, yabancı doktrinde “*inquisitorial*” olarak adlandırılan soruşturmacı, araştırmacı olarak Türkçeleştirebileceğimiz bu sistemde hâkime yargılamanın şekillenmesinde, aydınlatılmasında ve adil bir karar verilerek gerçeğe ulaşılmasında önemli bir rol verilmektedir. Hâkimin önemli seviyedeki aktif rolüne rağmen bu sistem Türk hukukundaki “re’sen araştırma ilkesi” ile birebir aynı anlamı taşımamaktadır. Türk hukukunda re’sen araştırma ilkesi kapsamında hâkim, tarafların ileri sürdükleri vakıalarla ve gösterdikleri delillerle bağlı olmaksızın kendisi de vakıaları ve delilleri araştırabilmekte; tamamen aktif bir rol üstlenerek hüküm kurmaya elverişli delilleri toplamakta; taraflarca iddia edilmemiş vakıaları dahi dikkate alabilmektedir³⁶². Dolayısıyla çalışma boyunca araştırma ilkesi olarak ele

³⁶¹ Neil Andrews, The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England, Mohr and Siebeck, Tübingen 2008, s. 32.

³⁶² Pekcanıtez / Atalay / Özekes, s. 362; Meral Sungurtekin Özkan, Türk Medeni Yargılama Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2013, s. 100; L. Şanal / Mehmet Kodakoğlu, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, İkinci Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 156; İsmail Ercan, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Yasası’na Göre Medeni Usul Hukuku, Dokuzuncu Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 10; İsmail Hakkı Karafakih, Hukuk

aldığımız “*inquisitorial*” sistem, Türk hukukunda re’sen araştırma ilkesi olarak belirtilen kavramla aynı tutulmamalı ve karıştırılmamalıdır.

Inquisitorial olarak adlandırılan sistemde, delillerin toplanması ve mahkemeye sunulması, gerçeğe ulaşmak amacıyla taraflar yerine tarafsız bir hâkime bırakılmakta; yargılama sürecinde taraflar, hâkime göre daha zayıf şekilde doğrudan bir rol oynamaktadır³⁶³. Yani, yargılamanın merkez konumunda bulunan hâkim, taraflarca toplanan vakıa ve getirilen delillerden, vakıalara ilişkin meseleleri ve hukuki meseleleri belirledikten sonra doğru bir karara varmak için hangi delillere ihtiyaç olduğunu da belirleyecek ve tüm elde edilen dava malzemeleri neticesinde bir karara varacaktır³⁶⁴. Araştırma ilkesine dayalı bu sistemin taraftarlarına göre *inquisitorial* sistem, tarafların davayı kazanmaktaki menfaatlerine odaklanmak yerine, doğrudan gerçeğe ulaşmak amacını taşıdığından, gerçeğe ulaşma usulü daha güvenilir bir yol olarak görülmektedir³⁶⁵. Bu sistem dava taraflarını bir savaş ve yarış mantığına sokmadan gerçeğe ulaşma amacıyla hareket etmelerini sağlamaktadır. Bu doğrultuda hâkim de taraf hâkimiyeti sisteminden farklı olarak mahkemede en iyi yarışana, kendisini en iyi ifade ederek ikna edici gösteren taraf lehine karar vermek yerine, gerçekleştirilen yargılama çerçevesinde gerçeğe ulaşma amacıyla adil bir karar vermeye çalışmaktadır³⁶⁶. Bu doğrultuda bu sistemde hâkim vakıaların ve delillerin aydınlatılması adına aktif bir rol oynamaktadır³⁶⁷.

Ancak belirtmek gerekir ki araştırma ilkesine dayalı sistemin de eksik yanları bulunmakta ve gerçeğe ulaşma adına taraf hâkimiyeti sistemiyle etkileşim içinde bulunması gerekmektedir. İşte bu yüzden salt araştırma ilkesine tabi sistem veya salt

Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1952, s. 77. Çalışmada sadece taraflarca getirilme ilkesine tabi yargılamalara yer verilmiş olup, HMK 25. maddede taraflarca getirilme ilkesinin istisnaları olarak belirtilen, re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı kamu düzenine ilişkin davalar çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır.

³⁶³ **Mirjan Damaska**, Presentation of Evidence and Factfinding Precision, University of Pennsylvania Law Review, vol. 123, 1975, s. 1088-1090; **Pejovic**, s. 830.

³⁶⁴ **Geoffrey C. Hazard**, Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions, Notre Dame Law Review, vol. 73/4, 1997-1998, s. 1021-22; aynı doğrultuda **Benjamin Kaplan**, Civil Procedure-Reflections on the Comparison of Systems, Buffalo Law Review, vol. 9/3, 1959-1960, s. 409 vd.

³⁶⁵ **Robert P. Mosteller**, Failures of the American Adversarial System to Protect the Innocent and Conceptual Advantages in the Inquisitorial Design for Investigative Fairness, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, vol. 36/2, 2010-2011, s. 319.

³⁶⁶ **Pejovic**, s. 830.

³⁶⁷ **Yıldırım**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, s. 90-91.

taraf hâkimiyeti sisteminin taraftarı olmak gerçeğe ulaşmak adına yeterli olmayacak ve büyük hukuk sistemleri adalete erişmek adına hukuk sistemlerini birbirlerine yakınlştırarak orta noktada buluşmaya çalışacaklardır.

C- Taraflarca Getirilme İlkesine Tabi Sistem ve Araştırma İlkesine Tabi Sistem Ayrımı

Anglo-Amerikan ve incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukukları arasındaki farkı ortaya çıkaran en önemli noktayı dava malzemesinin toplanmasına (*fact-finding*) ilişkin usuller oluşturmaktadır³⁶⁸. Bu farklı usuller de, hukuk sistemleri arasında hâkimlerin farklı rollere sahip olmasına neden olmaktadır. Kısaca, bu çıkarımla Anglo-Amerikan hukukları arasındaki temel farklılığın hâkimlerin sahip olduğu rol olduğunu söylemek yerinde olacaktır³⁶⁹.

Bu iki hukuk sistemini birbirinden ayırabilmek için çeşitli ayrımlara gidilmiş, örneğin Anglo-Amerikan hukuku için “*accusatorial*” veya “*adversarial*”; Kıta Avrupası hukukları için ise “*inquisitorial*” kavramları kullanılmıştır. Ayrıca doktrinde Anglo-Amerikan hukukunun vakıalara ulaşma amacı; ele aldığımız Kıta Avrupası hukuklarının ise gerçeğe ulaşma amacıyla hareket ettiği söylenmiştir. Bu tip genellemelerin gerçeklik payı olsa da, hukuk sistemlerinin kavranmasında yardımcı

³⁶⁸ John H. Langbein, Trashing “The German Advantage”, Northwestern University Law Review, vol. 82, no. 3, 1988, s. 763.

³⁶⁹ Richard L. Marcus, Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context, The American Journal of Comparative Law, vol. 53, 2005, s. 723. Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukukları arasında hâkimin rolüne ilişkin farklılığın bir sebebi olarak bu iki hukuk sistemi arasındaki hâkim ve avukat sayısındaki farklılık gösterilmektedir. Her ne kadar iki hukuk sistemi arasında doğrudan net bir kıyaslama yapılamasa da, Amerikan hukukunda hâkimlere göre daha çok avukat bulunduğu açıkça söylenebilmektedir. Bu da yargılamada avukatlara daha çok rol verilmek istenmesinin nedenlerinden birini oluşturmaktadır. 2006 yılında gerçekleştirilen istatistiki verilere göre, her 100.000 kişiye tam süreli eş değer olarak Almanya’da 24.5, Avusturya’da 20.2, İngiltere’de 7, ABD’de 10.2 eyalet mahkemesi ve 0.4 federal mahkeme hâkimi düşerken; Almanya’da 168 avukat, Avusturya’da 84 avukat, İngiltere’de 262 avukat (hem dava avukatı hem de danışman avukat birarada) ve ABD’de 373 avukat düşmektedir. Tam süreli eş değer, “Fte” olarak ifade edilmektedir. Bir kurumda veya bir projede bir katılımcının kayıtlarını/işgücü maliyetlerini ölçmek için kullanılan bir yöntemdir. Gerçek çalışma saatlerinin kullanılarak, kişi sayısının belirlenmesinde faydalı olan bir yoldur. Örneğin iki kişilik bir bölümde, bir çalışan 8 saat diğer çalışan da 2 saat çalışıyor olsun ve haftalık çalışma saati de 8 saat olsun. Buna göre kişi sayısı 2 olmasına rağmen tam süreli eş değer çalışan sayısı; $[(1*8) + (1*2)] / 8 = 1,25$ 'dir. Bu hesaplama mantığında, gerçek çalışma saatlerine mutlaka ek mesai saatleri de dahil edilir. Sonuçta, bu metrik, gerçek çalışılan süreye göre yapılan işgücü maliyetlerinin daha şeffaf olmasını sağlar, Tamer Keçecioglu / Seda Oktay, İnsan Sermayesinin Sayısallaştırılmasının Dayanılmaz Çekim Gücü, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, cilt 12, sayı 3, yıl 2010, s. 73.

olmaktan çok yanlış anlamalara yol açması daha muhtemeldir³⁷⁰.

Hukuk sistemlerinin kesin çizgilerle ayrılmasının yanlış anlamalara yol açmasının sebebi bu iki hukuk sisteminin birbirine paralel ve doğrudan noktası noktasına mukayese edilmesi gereken iki usul sistemi olmalarındandır. Halbuki bu iki hukuk sistemi birbirine paralel olmayan iki farklı hukuk sistemidir. Örneğin “*inquisitorial*” terimi Fransa’da sadece ceza usulünde uygulanmakta: Fransa ve Almanya arasında çeşitli maddi farklılıklar bulunmakta ve hatta bu iki ülke ile İskandinav hukukları arasında tek tek sayılamayacak kadar çok fark bulunmaktadır. Aynı şekilde bu terimlere yüklenen anlam konusunda İskoçya ve İngiltere, İngiltere ve İrlanda ve bütün sayılan ülkelerle ABD arasında da büyük farklılıklar bulunmaktadır³⁷¹.

Dolayısıyla gerek çalışmada ele aldığımız Kıta Avrupası hukuk sistemleri arasında; gerekse Anglo-Amerikan hukuk sistemi içindeki usuller birbirlerinden çeşitli yönlerden farklılık taşıdığından kesin çizgilerle yapılan bir bilimsel kıyaslama yanıltıcı olacaktır. Hatta Anglo-Amerikan hukuk sistemini temsil eden iki büyük ülke hukuku, Amerikan ve İngiliz hukukları arasında bile, radikal farklılıklar bulunmaktadır³⁷². Aynı durum Kıta Avrupası hukuku çatısı altında kabul edilen ülke hukukları için de söz konusudur³⁷³. Gerçek anlamda bir mukayese ancak ve ancak her bir prosedürün genelleme yapılmadan tek tek incelenmesi yöntemiyle mümkün hale gelebilecektir. Ülke hukukları da tek tek incelendiğinde, ilgili ülke hukuk sisteminin tamamen tek bir klasik model sistemin tüm özelliklerini kesin çizgilerle barındırması mümkün gözükmemektedir³⁷⁴. Örneğin Anglo-Amerikan hukuk sisteminde yaygın olan “*cross examination*” olarak anılan çapraz sorgu sistemi, Kıta Avrupası hukuk sisteminde yer almaz şeklinde yapacağımız bir genelleme yanlış olacaktır. Çünkü Türk hukukunda

³⁷⁰ **David Edward**, Fact-Finding: A British Perspective, in *The Option of Litigating in Europe, United Kingdom Comparative Law Series*, vol. 14, 1993, edited by D. L. Carey Miller / Paul R. Beaumont, s. 43.

³⁷¹ **Edward**, s. 43.

³⁷² **Neil Andrews**, English Civil Justice in the Age of Convergence, in *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, LexisNexis Canada Inc., Canada 2010, s. 108.

³⁷³ **Andrews**, English Civil Justice in the Age of Convergence, s. 108. Her ne kadar bu kavramların çok da gerçekçi tanımlamalara sahip olmadığına dikkat çeksek de, biz yine de çalışmamızda yaygın şekilde kullanılan Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukukları terimlerini kullanmaya devam edeceğiz.

³⁷⁴ **McEwan**, s. 1.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 152. maddesi³⁷⁵ ile birlikte Anglo-Amerikan hukukunda görülen çapraz sorgu sistemi, farklı bir isim altında "soru yöneltme" olarak Türk hukukunda vücut bulmuştur. Böylelikle Anglo-Amerikan hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemi arasında köprü niteliğinde bulunan "soru yöneltme" kurumu, genel olarak "*inquisitorial*" olarak vasıflandırılan Türk hukukunu Anglo-Amerikan hukukuna yaklaştırmıştır. Dolayısıyla hukuk sistemlerini kesin çizgilerle belirli kalıplara sığdırma arayışının yanlış olacağı açıktır. Hukuk sistemleri bünyelerinde araştırma ilkesine özgü nitelikler taşıdıkları gibi, taraflarca getirilme ilkesine özgü özellikler de barındırabilirler. Cappelletti ve Jolowicz de bu doğrultuda bu iki farklı sistemin hâkim ve taraflar arasındaki güç dengesinden ileri geldiğini vurgulamaktadırlar³⁷⁶. Yani taraflar ve hâkim arasındaki denge hâkimin rolünü arttıracak şekilde yön değiştirdiğinde *inquisitorial* özellikler etkisini arttıracak; tarafların rolünü arttıracak şekilde ivme kazandığında ise, taraf hâkimiyeti kendini daha yoğun şekilde gösterecektir. Jolowicz bir başka eserinde taraf hâkimiyeti sistemi ile araştırma ilkesine tabi sistemi keskin çizgilerle ayırmanın yanlış olduğunu şu şekilde belirtmektedir: "...hiçbir medeni usul sisteminde sadece tamamen taraf egemen sistem ya da tamamen araştırma ilkesine özgü nitelikler görülmesi mümkün değildir"³⁷⁷.

Hukukların birbirlerine yakınlaştırılması hareketleri neticesinde Anglo-Amerikan hukukunun Kıta Avrupası hukuklarına doğru yaklaşması dışında, bazı Kıta Avrupası ülkelerinde de taraf hâkimiyetinin arttırılarak hâkimin rolünün azaltılmasına ilişkin eğilimler de gözlemlenmektedir³⁷⁸. Örneğin 2004 yılında, İtalya ticari davalarda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını benimseyen ve hâkimin rolünü

³⁷⁵ HMK madde 152- (1) Duruşmaya katılan taraf vekilleri; tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Taraflar ise, hâkim aracılığıyla soru sorabilirler. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde, sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine hâkim karar verir, (2) Toplu mahkemelerde, hâkimlerden her biri, birinci fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilir.

³⁷⁶ **Mauro Cappelletti / J. A. Jolowicz**, Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation, Oena Publications, New York 1975, s. 158. Fransız hukukçu Guinchard da, yargılama içinde, tarafların ve hâkimin rolüne ilişkin bu ilkelerden birinin keskin şekilde diğerine tercih edilmesinin mümkün olmadığını, taraf ve hâkimin rolleri arasında bir denge olduğunu belirtmiştir, **Serge Guinchard**, Quels Principes Directeurs Pour Les Procès De Demain? in *Mélanges J. Van Compernelle*, Bruylant, Bruxelles 2004, s. 202.

³⁷⁷ **J. A. Jolowicz**, On Civil Procedure, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge 2000, s. 175.

³⁷⁸ **Dodson / Klebba**, s. 15-18.

sınırlayan yeni kurallar benimsemiştir. Böylelikle vakıaların ve hukuki meselelerin toplanması büyük oranda taraf avukatlarına bırakılmıştır³⁷⁹. Bir başka örnek olarak 2001 tarihli İspanyol Usul Kuralları ile hâkimin aktif rolü azaltılarak, hâkimin tanıkları sorgulaması usulü yerine, taraf avukatlarının tanıkları çapraz sorguladığı bir sistem benimsenmiştir³⁸⁰. Almanya’da ise 1997 yılında Usul Kanunu’nda yapılan değişiklikler neticesinde yargılamada “konsantre” duruşma yapılmasına veya en azından duruşmaların geçmişteki uygulamalara nazaran daha aralıksız ve kesintisiz bir şekilde yapılmasına yönelik bir eğilim kendini göstermiştir³⁸¹. Almanya’nın yanı sıra Avusturya’da da duruşmalar, yoğun ve kesintisiz bir usulü sürece dönüşmeye başlamıştır³⁸². Bu reform hareketi Anglo-Amerikan hukukuna özgü sözlülük ilkesine verilen önemi de arttırmıştır³⁸³. Buna ek olarak, Almanya ve Avusturya, yargılamanın iki ayrı bölüme ayrılarak, iki farklı hâkim tarafından yürütülmesi usulünü de terk etmiştir. Yani, duruşma hâkiminin delilleri toplayarak ve yazılı fezlekeyi oluşturması; sonrasında başka bir hâkimin veya hâkimlerin iddiaları dinlediği ve kararı verdiği usulden uzaklaşmıştır³⁸⁴. Kısaca, çalışmada değindiğimiz Kıta Avrupası hukuklarında da Anglo-Amerikan hukukuna özgü sayılan nitelikler görülmektedir. Sonuç olarak verdiğimiz bu örnekler ışığında, Anglo-Amerikan hukuku, hâkimin rolünü aktifleştirerek yukarıda aktardığımız Kıta Avrupası hukuklarına yakınlaşırken; diğer taraftan Kıta Avrupası hukuklarında hâkimin rolü azaltılarak Anglo-Amerikan hukukuna yakınlaşıldığı gözlemlenmektedir. Bu aynı zamanda Kıta Avrupası hukukunun tamamen ne taraflarca getirilme ilkesine ne de araştırma ilkesine tabi olduğunu gösteren bir örnek niteliğindedir. Aynı durum Anglo-Amerikan hukuku için

³⁷⁹ **Geoffrey C. Hazard / Angelo Dondi**, Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingerin Misconceptions Concerning Civil Lawsuits, *Cornell International Law Journal*, vol. 39/1, 2006, s. 69; **Cecilia Carrara**, Critical Analysis of the New Italian Rule of Arbitration in Corporate Matters, *International Arbitration Law Review*, vol. 7, 2004, s. 11.

³⁸⁰ **Astrid Stadler**, The Multiple Roles of Judges and Attorney’s in Modern Civil Litigation, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 27/1, 2003-2004, s. 56; aksi yönde olmak üzere İspanyol hukukçu Santos, İspanyol Usul Kurallarına ilişkin reformun hâkimin rolünü arttırdığını düşünmektedir, **Andrés de la Oliva Santos**, Spanish Civil Procedure Act 2000: Flying Over Common Law and Civil Law Traditions, in *Janet Walker / Oscar G. Chase, Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, 2009, s. 67.

³⁸¹ **Arthur Taylor von Mehren**, Some Comparative Reflections of First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules, *Notre Dame Law Review*, vol. 63/5, 1988, s. 615.

³⁸² **John Henry Merryman / Rogelio Pérez-Perdomo**, *The Civil Law Tradition*, Third Edition, Stanford University Press, Stanford 2007, s. 113.

³⁸³ **Merryman / Pérez-Perdomo**, s. 114-115.

³⁸⁴ **Merryman / Pérez-Perdomo**, s. 115.

de geçerlidir.

Her ne kadar ağırlıklı olarak taraf egemenliğine dayanan sistem, yarattığı keskin etki sebebiyle ağırlıklı olarak eleştirilse ve bu sebeple özellikle Amerikan hukukunun adeta bir kriz içinde olduğundan yakınılsa da, araştırma ilkesine tabi sisteme eğilimli hukuk sistemlerinin yargılama usullerinde de usuli sorunlara çözüm arayışları söz konusu olmaktadır. Yani aslında esas olan hem taraf egemen sistemde, hem de araştırma ilkesine tabi sistemde dünya çapında usul hukuklarında yaşanan sorunlara karşı çözüm arayışları sinyallerini yaktmaktadır. Genel çerçevede çözüm arayışları yargılamadaki gecikmeler ve adalete erişim konusunda yoğunlaşmaktadır.

19. yüzyıl sonlarından 20. yüzyılın başlarına kadar taraf hâkimiyeti ve araştırma ilkesine dayalı sistemlerin keskin ayrımına ilişkin medeni usul hukuku çerçevesinde çok sayıda tartışma gerçekleştirilmiştir. Sonrasında bu tartışmalar yerini hangi sistemin daha iyi olduğunun araştırılmasından, yargılama usulündeki amaçları hangisinin daha iyi garantileyebileceği arayışına dönmüştür. Bu amaçlara örnek olarak, adalete erişim, davanın taraflarının tatmini, yargılama masrafları ve yargılamadaki gecikmelerin önlenmesi gösterilebilir. Özellikle adalete erişimin yeterli seviyede gerçekleşmemesi ve davaların sürüncemede kalması problemleri hem Anglo-Amerikan hukukunda hem de incelediğimiz Kıta Avrupası hukuklarında yargılama usulüne ilişkin çok önem arz eden sorunlar olarak nitelendirilmekteydiler. Bu sorunlar kimi zaman yargılama usulünün taraf egemen özelliklerinden kimi zaman da araştırma ilkesine özgü niteliklerinden doğmaktaydı.

Yargılama sistemlerinin ihtiyaç duyduğu adalete erişim, yargılama masraflarının ve yargılamadaki gecikmelerin önlenmesi gibi hedefler Anglo-Amerikan ve ele aldığımız Kıta Avrupası usul hukuklarının birbirlerine yakınlaşmasını gerekli kılmıştır. Bu durum yargılama sürecinin etkinliğini arttıracak bu hedefleri gerçekleştirmek üzere, davanın taraflarının, avukatlarının ve hâkimin rolünde köklü değişimlerin yaşanmasına neden olmuştur³⁸⁵. Bu doğrultuda İngiliz ve Amerikan usul hukuklarında esaslı değişiklikler yapılarak hâkimin rolü arttırılmış, özellikle dava yönetimine ilişkin hükümlerle hâkime yönetici hâkim rolü verilerek Anglo-Amerikan

³⁸⁵ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 77.

hukukunun keskin taraf egemen niteliği yumuşatılmıştır. Örneğin İngiliz hukukunda yargılamanın gecikmesi, yargılamadaki gereksiz masraflar ve karmaşıklığa neden olarak keskin taraf egemen sistemin etkileri gösterilmiş³⁸⁶ ve bu doğrultuda İngiliz usul kanununda buna ilişkin köklü değişiklikler gerçekleştirilmiştir³⁸⁷. Benzer şekilde birçok Kıta Avrupası hukukunda da hâkimin yargılama içindeki rolü arttırılmaya çalışılmış³⁸⁸ ve ayrıca usul hukuklarının yakınlaştırılması hareketi çerçevesinde yargılama usullerine taraflarca getirilmesi ilkesine ilişkin özellikler kazandırılmıştır. Kısaca, her iki hukuk sistemine tabi hukuklarda taraflarca getirilme ilkesi varlığını korumaktadır. Bununla beraber, dava malzemesinin toplanması usulü çerçevesinde hâkime davanın aydınlatılması için daha fazla rol verilerek aktifleştirilmesi sağlanmıştır. Yani esas olan fark, ülke hukuklarının davanın aydınlatılması için hâkime verdiği rolün kapsamıdır. Çalışmada incelediğimiz Kıta Avrupası hukuklarında hâkime daha aktif bir rol verildiği bir gerçektir; fakat son dönemde Anglo-Amerikan hukuku da, özellikle de İngiliz hukuku, hâkimin aktifleştirilmesi adına çok önemli adımlar atmıştır. Dolayısıyla hukuk sistemlerini kesin çizgilerle ayırmak günümüz hukukunda yerinde olmayacaktır.

II. Dava Malzemesinin Toplanmasında Taraf Hâkimiyetinin Etkisi

Amerikan yargılama usulü, dava malzemesinin toplanmasında taraf hâkimiyetinin söz konusu olduğu bir sistemin etkisi altındadır. Buna göre duruşma öncesi aşamada discovery usulü, delillerin sunum şekli ve bazı delillerin yargılamadan hariç tutulmasına ilişkin dışlayıcı kurallar taraf egemen sistemin dava malzemesinin

³⁸⁶ Vos, s. 436.

³⁸⁷ İngiliz hukukunda gerçekleştirilen bu köklü değişikliklere aşağıda bölüm 2 §1 II’de ayrıntılı olarak yer verilecektir.

³⁸⁸ Örneğin Kıta Avrupası hukuk sistemi çatısı altında bulunan Hollanda hukukunda, Hollanda Usul Kanunu’na 2002 yılında yapılan değişiklikle hâkimin yargılama içindeki rolü daha aktif bir hale gelmiştir, **Machteld W. De Hoon / Suzan Verberk**, Towards a More Responsive Judge: Challenges and Opportunities, Utrecht Law Review, vol. 10, issue 4, 2014, s. 28. Bu doğrultuda, hâkimin hukuki konularda veya temel meselelerin belirlenmesinde daha hızlı şekilde karar alabilmesi için yargılamaya daha fazla dahil olması gerektiği öngörülmüştür. Hollanda doktrininde, Hollanda usul hukukunda adeta bir süzgeçten geçirme uygulamasının söz konusu olduğu belirtilmektedir. Buna göre, dava ilk açıldığında uyuşmazlıkla bağlantılı birçok vakıa bu süzgeçten geçmekte ve sonrasında dava ilerledikçe bu vakıaların bir kısmı incelendikten sonra, dava delil aşamasına ulaştığında süzgeçten sadece uyuşmazlığın esasına ilişkin temel birkaç vakıa kalmaktadır. Vakıaların bu şekilde süzgeçten geçirilerek konsantre bir hale getirilmesi hâkimin yargılamaya aktif şekilde katılımıyla mümkün kılınmış olmaktadır, **Verkerk**, Fact-finding in Civil Litigation, s. 351-352.

toplanması sürecini nasıl yoğun şekilde etkilediğinin açık örnekleridir³⁸⁹.

A- Taraf Hâkimiyeti Sistemi ve Discovery Müessesesi

Anglo-Amerikan hukukunda, davanın her iki tarafına da iddia ve savunmalarını mahkemeye sunarken eşit imkan vermek adına, davaya ilişkin her türlü bilgi ve delile eşit şekilde ulaşımın sağlanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu sebeple de tarafların sahip oldukları davayla alakalı her türlü bilgi ve delili davanın diğer tarafıyla paylaşması gerekmektedir.

Dava malzemesinin toplanmasında tarafların egemen olduğu bir sistem çatısı altında hâkim, dava malzemesinin toplanması ve mahkemeye sunulması sürecinde aktif bir rol oynamamaktadır. Bu sisteme göre, hâkim bu süreçte tam tersine aktif bir rol oynamaktan kaçınmalıdır. Örneğin duruşmada tanıkların ve bilirkişilerin sorgulanması ve çapraz sorgulanması esnasında hâkimin rolünün sadece dinlemek olduğu söylenmektedir. Hâkimin somut olaya göre sadece davayı aydınlatmak üzere sorular sorabileceğinin de altı çizilmektedir. Bu doğrultuda 2006 yılında verilen bir İngiliz istinaf mahkemesi kararında, hâkimlerin yargılamaya aşırı müdahalesinin onların, taraf egemen sisteme tamamen yabancı ve aykırı şekilde, Kıta Avrupası hukuklarının sahip olduğuna benzer bir soruşturmacı “*quasi-inquisitorial*” sığata sahip olmalarına neden olacaktır denilmiştir. Özellikle İngiliz hukukunda Medeni Usul Kuralları ile yapılan son dönem köklü değışikliklerine rağmen, bu yönde bir karar verilmesi de İngiliz hukukunun hala taraf hâkimiyetine dayalı kimliğini taşıdığını ve fakat sadece bunu yumuşatarak Kıta Avrupası hukuklarına doğru yakınlaştığını göstermektedir. Bununla beraber, Amerikan hukuku ile Kıta Avrupası hukukları arasında bir noktada olduğunu söylemek de yerinde olacaktır.

İncelediğimiz Kıta Avrupası hukuklarından yola çıkarak, Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise, taraf hâkimiyeti sisteminin yerine araştırma ilkesine dayalı bir sistemin bulunduğu kabul edilmektedir. Her ne kadar günümüzde keskin bir taraf egemen Anglo-Amerikan sistemi ve saf araştırma ilkesine dayalı bir Kıta Avrupası hukuk sistemi kalmasa da, Kıta Avrupası hukuk sisteminin araştırmacı özelliklerinin ağır bastığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu sistemde hâkim, Anglo-Amerikan hukuk

³⁸⁹ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 288; I. H. Dennis, The Law of Evidence, Sweet & Maxwell, Fourth edition, Cornwall 2010, s. 86.

sisteminden çok farklı şekilde kendini göstermekte, yargılama içinde dava malzemesinin toplanması ve sunulmasında daha aktif bir rol üstlenmektedir. Bu sistemde hâkim sadece uyuşmazlığın çözümü için değil, aynı zamanda gerçeğin keşfi amacıyla dava malzemesinin toplanması sürecine aktif olarak dahil olmaktadır.

Discovery usulü kapsamında Anglo-Amerikan hukukunda taraflar, avukatları aracılığıyla uyuşmazlığa ilişkin her türlü dava malzemesini duruşma öncesinde birbiriyle paylaşmaktadır. Yani dava malzemesinin toplanması usulü esas olarak hâkim yerine taraflarca yerine getirilmektedir. Hâkim duruşma öncesi bu aşamada pasif kalmakta, sadece usulün doğru işlemesi konusunda rol oynamaktadır. Bununla beraber genel tablo bu olmakla beraber ileriki başlıklar³⁹⁰ altında göreceğimiz üzere hâkimin bu pasif rolü Anglo-Amerikan hukukunda, özellikle İngiliz hukukunda azalarak daha aktif bir hâkim yargılamada yer almaya başlamaktadır.

B- Taraf Hâkimiyeti Sistemi ve Delillerin Sunulması

Amerikan hukukunda taraf hâkimiyeti sisteminin yoğun etkisinin hissedildiği bir alan da delillerin mahkemeye sunulma şeklidir. Taraf avukatları mahkemeye hangi delillerin, hangi sıra içinde sunulacağına karar vermektedir. Hâkim ise, taraflar usul kurallarına bir aykırılık gerçekleştirmedikleri sürece pasif kalmaktadır. Anglo-Amerikan hukukunda hâkimin dava malzemesinin toplanması ve mahkemeye sunulması sürecine müdahil olması ve tanıkları sorgulaması geçmişten günümüze taraf egemen sistemin etkisi sebebiyle uygun görülmemektedir. Bununla birlikte son dönemlerde Anglo-Amerikan hukukunda taraf hâkimiyetinin etkisini zayıflatmak üzere hâkimlere de bu süreçte bazı yetkiler tanınmıştır³⁹¹. Böylelikle hâkimler de tanıkları mahkemeye çağırarak dinleyebilecektir (FRCP Rule 614). Kanun böyle bir yetkiyi hâkimlere açıkça tanısa da hâkimlerin bu yetkilerini kullanmaya eğilimli olduğu pek söylenememektedir³⁹². Bunun yerine hâkimler bu yetkiyi avukatlara bırakmakta ve bu sebeple avukatlar tanıkların sorgu ve çapraz sorgulanmasını gerçekleştirmektedirler. Aynı doğrultuda yine avukatlar tanıkları sorgulayarak

³⁹⁰ Bölüm 2, §3 I'de İngiliz hukukunda disclosure usulü kapsamında dava malzemesi toplanması sürecinde hakimın artan rolü ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

³⁹¹ FRE Rule 614 (a), 614 (b) ve FRE Rule 706.

³⁹² Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 289.

ifadelerinin kabul edilebilir olup olmadığını ortaya çıkaracaklardır.

İncelediğimiz Kıta Avrupası hukuklarında ise, tanıklar esas olarak hâkim tarafından sorgulanmaktadırlar. Genellikle tanıkların ifadesi alınırken sorgulama bölünmemekte, Anglo-Amerikan hukukunda olduğu üzere yoğun sorgu teknikleriyle tanık köşeye sıkıştırılmaya çalışılmamaktadır. Tanık ifadesini tamamladıktan sonra taraf avukatlarına tanığa soru sormak üzere müsaade edilmekte ve eğer hâkim ihtiyaç duyarsa tanığa olayı daha net açıklaması amacıyla sorular yöneltilmektedir.

Deliller konusunda bir diğer önemli fark ise, Anglo-Amerikan hukukunda delillerin tarafsız bir ispat aracı olmasından ziyade delili ileri süren tarafa ait olarak görülmesidir. Değerlendirmiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında ise deliller taraflara ait olmamakta, bilirkişi ve tanıkların gerçekleştirdiği görev mahkemeye yapılan bir hizmet olarak görülmektedir.

III. Taraf Hâkimiyeti Sistemi ve Jüri

Anglo-Amerikan hukukunun bir diğer ayırt edici özelliği vakıaların karar verilmesinde jüri usulünün kullanılmasıdır. Taraf hâkimiyeti sistemi yargılamada tarafsız ve pasif bir karar vericinin bulunmasını öngörmekte ve bu sebeple de jüri kurumunun Anglo-Amerikan taraf egemen sistemine çok uygun olduğu düşünülmektedir³⁹³.

A- İngiltere’de Hukuk Davalarında Jüri

1- Tarihi Gelişimi

Britanya İmparatorluğunun kolonisi olan birçok ülke, İngiltere’de uygulanmakta olan adli sistemin benzerini kabul etmiştir ve bu doğrultuda jüri kurumunu da bünyelerinde barındırmaktadırlar³⁹⁴. Bununla birlikte, Anglo-Amerikan hukuk sistemine tabi birçok ülkede hukuk davalarında jüri uygulaması yavaş yavaş

³⁹³ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 290.

³⁹⁴ Stephan Landsman, The Civil Jury in America: Scenes from an Unappreciated History, Hastings Law Journal, vol. 44/3, 1992-1993, s. 582-592.

terkedilmektedir³⁹⁵. Son birkaç yüzyıl boyunca, vakıalara ilişkin meselelerin (*factual issues*) karar verilmesi hususunda hâkimler, jürinin yerini almaktadır.

İngiltere’de 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, hukuk davalarında görülen jüri uygulaması etkin bir şekilde kaybolmaya başlamıştır. Jürili yargılama uygulamasının terkedilmesi ilk olarak 1833 yılında Yüksek Mahkeme Kanunu ile gerçekleşmiştir. Yüksek Mahkeme Kanunu’nun 36. Emirnamesinin 426 ila 434. maddeleri arasında, jürili yargılamanın yapılacağı haller tek tek sayılarak, her türlü yargılamada doğrudan jürili yargılamanın söz konusu olmadığı belirtilmiştir³⁹⁶. 1846 tarihli Mahkemeler Kanunu (*Courts Act*) jüri uygulamasını ihtiyari bir hale getirmiştir. 1850 yılından itibaren ise yerel mahkemelerde (*County Court*) jüri uygulaması istisnai durumlarda kabul edilen bir uygulamaya dönüşmüştür³⁹⁷. Sonrasında, jürili yargılama uygulaması Birinci Dünya Savaşı’nın başından 1925 yılı sonuna kadar geçici olarak durdurulmuştur. İngiliz *Common Law* Usul Kanunu (*The English Common Law Procedure Act*) *common law* mahkemelerinde tarafların anlaşması ve mahkemenin onay vermesiyle yargılamanın sadece hâkimler (*trial by judge*) tarafından karar verilmesini mümkün hale getirmiştir. Bu kanunun kabulünden itibaren jüri uygulaması yavaş yavaş azalmaya başlamıştır³⁹⁸.

Yargı Sistemi Kanunu’nun (1873-1875, *Judicature Act*) çalışmalarını yürüten komisyon, raporunda hukuk davalarında vakıaların kurulmasında jüri sisteminin

³⁹⁵ İngiliz hukukundan farklı olarak İskoç hukukunda fiziksel yaralanma (*personal injury*) davalarında hala jürili yargılamanın devam etmesi ilginç görülmektedir, **Andrews**, *Andrews On Civil Processes*, s. 383.

³⁹⁶ Rules of Supreme Court 1883, Ordonnance 36. Jürili yargılamanın mümkün olduğu davalar: Yayın yoluyla iftira ve hakaret (*libel*), İftira (*slander*), kötü niyetli kovuşturma (*malicious prosecution*), haksız tutuklama (*false imprisonment*), iffal (*seduction*), evlenme vaadini yerine getirmeme (*breach of promise of marriage*) sebepleriyle açılan haksız fiile dayanan hukuki sorumluluğa ilişkin tazminat davalarıdır ve jüri bu davalarda sorumluluğa karar vermekle beraber hakimin rehberliğinde tazminat miktarının belirlenmesine de karar verebilmektedir, **Martin**, s. 256. Jüri uygulamasının terkedilmesine ilişkin istatistiki bilgiler için bkz. **R. M. Jackson**, *The Incidence of Jury Trial During the Past Century*, *The Modern Law Review*, vol. 1/2, 1937-1938, s. 132.

³⁹⁷ 1837-1914 yılları arasındaki dönemde uygulanan jüri yargılamasına yönelik kapsamlı istatistik için bkz. **M. Lobban**, *The Strange Life of the English Jury, 1837-1914*, in *J. W. Cairns/ G. Mcleod (eds), The Dearest Birth Right of the People of England, The Jury in the History of the Common Law*, Hart Publishing, Oxford 2002, s. 173-216.

³⁹⁸ **C. Hanly**, *The Decline of Civil Jury Trial in Nineteenth-Century England*, *The Lawbook Exchange*, New Jersey 2000 (Tıpkı Bası 1713), s. 277-278.

uygun bir araç olup olmadığı meselesini sorgulamıştır³⁹⁹. Bu raporda hâkimlerin vakıaların oluşturulmasında daha yetkin olduğu sonucuna varılmıştır.

1883 yılında taraflar aksini talep etmediği sürece duruşmaların jüri olmadan sadece hâkim tarafından oluşturulacağına ilişkin genel kural kabul edilmiştir. 1933 yılında ise, hâkimin duruşma usulüne (*mode of trial*); yani yargılamanın jürili veya jürisiz oluşuna karar verebileceği belirlenmiştir. Fakat 1965 yılında istinaf mahkemesi tarafından hâkimlerin bu takdir yetkisini sadece istisnai durumlarda kullanabileceğine karar verilmiştir⁴⁰⁰. Bugün ise İngiltere’de sadece çok az sayıda hukuk davası jüri önünde görülmektedir.

İngiliz hukukunda hukuk davalarında jürili yargılama istisnaen ve belli şartların yerine gelmesi halinde uygulanan bir sistemdir. Jürili yargılama uygulaması gün geçtikçe erozyona uğramaktadır⁴⁰¹.

Mevcut hukukta ise jüriye ilişkin uygulama 1981 tarihli Yüksek Mahkeme Kanunu’nun (*Supreme Court Act*), 69. bölümünde, jürili yargılama (*trial by jury*) başlığı altında düzenlenmektedir. 69. bölümün birinci bendinde öncelikle bazı davalara ilişkin jürili yargılama öngörülmekte; birinci bendin ikinci bölümünde ise, davanın jürili yargılama ile uygun şekilde gerçekleştirilemeyecek şekilde daha kapsamlı ve uzun bir inceleme yapılmasını gerektirdiği durumlarda hâkime yargılamayı jürisiz görme takdir hakkı tanınmaktadır. Yani hâkim, jürili yargılamanın öngörüldüğü hallerde dahi, gerektiği durumlarda, takdiren jürisiz yargılamaya karar verebilecektir.

Jürili yargılamanın öngörüldüğü sınırlı sayıdaki dava türleri şunlardır: hile (*fraud*), yayın yoluyla iftira ve hakaret (*libel*), iftira (*slander*), kötüniyetle kovuşturma (*malicious prosecution*) ve haksız tutuklama (*false imprisonment*) sebebiyle açılacak hukuki sorumluluğun incelendiği tazminat davaları. Jürili yargılamanın öngörüldüğü davalarda dahi, eğer “mahkeme yargılamada belgelerin incelenmesinin uzayacağı,

³⁹⁹ E. Jenks, A Short History of English Law, Sixth Edition, Methuen and Co. Ltd, London 1949, s. 377. Komisyonun bu yöndeki önerisi için bkz. Parliamentary Papers 1868-1869, vol. 25, s. 12-13.

⁴⁰⁰ Ward v. James [1966] 1 Q.B. 273, [1965] 1 All ER 563. Bu konudaki ayrıntılı görüşler için bkz. Jolowicz, On Civil Procedure, s. 29.

⁴⁰¹ Smith / Bailey / Gunn, s. 943.

hesapların veya bilimsel veya yerel soruşturmanın jürili bir yargılamaya uygun düşmeyeceği görüşündeyse” bu durumda jürili yargılama yoluna gitmeyecektir⁴⁰². Mahkemeye tanınmış bu sınırlı takdiri hak sıklıkla hakaret sebebiyle açılmış hukuki sorumluluğa yönelik tazminat davalarında uygulanmaktadır⁴⁰³.

Jürili yargılamanın takdiri olarak talep edilebileceği davalar istisnai niteliktedir⁴⁰⁴. Kişisel zarar davalarında (*personal injury cases*) zararın tazmininde istikrar sağlama gereksinimi ortaya çıkmaktadır. Jürinin benzer davalarda⁴⁰⁵ alışlagelmiş değerler konusunda bilgisiz oluşu sebebiyle, normalde jürili yargılama düşünülmesine de, zararın ciddi ve sıradışı nitelikte emsalsiz olduğu durumlarda jüri yargılaması düşünülmektedir. Aslında bu tip davalarda zararın ciddi veya sıradışı olması jürili yargılama için aranan istisnai durumu yaratmamaktadır; fakat bu davalar emsalsiz veya neredeyse emsalsiz nitelikte ise bu durumda jüri yargılaması uygun olacaktır⁴⁰⁶.

Yargılamada dürüst olunmaması⁴⁰⁷ veya kasden yalan söylenmesi hallerinde, jürili yargılamanın uygulanması jürili yargılama yapılmasını talep eden tarafı tehlikeye sokacaktır⁴⁰⁸. Jürisiz yargılama daha hızlı ve daha ucuz olacaksa jürisiz yargılama yolu seçilmelidir⁴⁰⁹. Tek hâkimli yargılamaların jürili yargılamalara nazaran daha doğru bir karara götüreceği durumlarda, jürisiz yargılamaya gidilmelidir⁴¹⁰. Ayrıca sadece deliller arasında çelişkinin varlığı sebebiyle jürili yargılama uygulaması talep edilmemelidir; çünkü delillerin doğruluğuna olan güvenilirlik (*credibility*) birçok davanın temel sorunudur. Deliller arasında çelişkinin varlığı genel kuraldan; yani

⁴⁰² Supreme Court Act 1981, s. 69(1).

⁴⁰³ *Beta Construction Ltd v. Channel Four Television Co Ltd* (1990) 1 W.L.R. 1042. Bazen de meselelerin milli önemi, büyük ölçüde belgeye dayalı delil bulunmasına rağmen jürili yargılama yoluna gidilmesini uygun kılabilir, *Rothermere v Times Newspapers* (1973) 1 W.L.R. 448.

⁴⁰⁴ Supreme Court Act 1981, s. 69(3).

⁴⁰⁵ *Ward v James* (1966) 1 Q.B. 273, Lord Denning M. R. tarafından kale alınan karar, s. 296-300, 303.

⁴⁰⁶ **Smith / Bailey / Gunn**, s. 945.

⁴⁰⁷ *Sims v. William Howard and Son Ltd* (1964) 2. Q. B. 409 Pearson L.J. tarafından kaleme alınan karar s. 419.

⁴⁰⁸ *Ward v. James* (1966) 1 Q.B. 273, Lord Denning M. R. tarafından kaleme alınan karar, s. 295; *Williams v. Beasley* (1973) 1 W.L.R. 1295, Lord Diplock tarafından kaleme alınan karar, s. 1298.

⁴⁰⁹ *Williams v. Beasley* (1973) 1 W.L.R. 1295, Lord Diplock tarafından kaleme alınan karar, s. 1299.

⁴¹⁰ *Williams v. Beasley* (1973) 1 W.L.R. 1295, Lord Diplock tarafından kaleme alınan karar, s. 1299.

jürisiz yargılamadan vazgeçilmesi için yeterli bir sebep oluşturmamaktadır⁴¹¹.

Eğer bir hukuk davasında jüri yargılama söz konusu olacaksa, tıpkı ceza yargılamalarında olduğu üzere 1974 tarihli Jüri Kanunu (*Juries Act 1974*) hükümleri uygulanacaktır⁴¹². Jüri heyetinin görevinin niteliği, mahkemeye çağrılmalarındaki (*summoning*) usul, jüri heyetinin oluşturulması, gizli oylama (*ballot*), jüri heyetinin yemin etmesi ve sebepleri için mücadele etme hakkı, ceza ve hukuk yargılamalarında tamamen aynıdır⁴¹³.

2- Jüri ile Hâkimin Görev Ayrımı

Hâkimler ile jürinin yargılama içindeki görev ayrımının gösterilebilmesi için yapılan mihenktaş niteliğindeki “vakıalara ilişkin meseleler” (*questions of fact*) ve “hukuka ilişkin meseleler” (*questions of law*) kategorileştirmesi mahkeme kararlarıyla oluşmuştur⁴¹⁴. Vakıa ve hukuk ayrımının kökeni 16. yüzyılın ortalarına kadar dayanmaktadır⁴¹⁵. En temel şekilde jüri ile hâkimlerin görev ayrımları şu şekilde belirtilmektedir: “Vakıalar jüri için, hukuk ise hâkim içindir”⁴¹⁶.

Jüri yargılamaların yaygın şekilde yapıldığı dönemlerde, jüri ile hâkimin görev ayrımı açıkça belirlenmişti. Jüri her bir davada kendisine sunulan delillerin değerini ve etkisini belirlemekteydi⁴¹⁷. Jüri tanık deliline (bilirkişi delili de tanık delili kapsamında görülmektedir) ne oranda itibar edileceğine karar vermek ve çelişkili

⁴¹¹ *Williams v. Beasley* (1973) 1 W.L.R. 1295, Lord Diplock tarafından kaleme alınan karar, s. 1298-1299.

⁴¹² *Smith / Bailey / Gunn*, s. 945.

⁴¹³ *Smith / Bailey / Gunn*, s. 945.

⁴¹⁴ **Stephen A. Weiner**, The Civil Jury Trial and the Law-Fact Distinction, *California Law Review*, vol. 54, December 1966, no. 5, s. 1867. Bu mahkeme kararlarına örnek olarak bkz. *Dimick v. Schiedt*, 293 U.S. 474, 486 (1935); *Noll v. Lee*, 221 Cal. App. 2d 81, 87, 34 Cal. Rptr. 223, 227 (1963); *Fitzwater v. Spangler*, 147 S.E 2d 294, 296 (W. Va. 1966). Vakıa ve hukuk ayrımı İngiliz hukukunda büyük öneme sahiptir, **Jolowicz**, On Civil Procedure, s. 196; **Günseli Öztekin**, İngiliz Hukukunda, Jüri Davalarında Delil Takdiri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1987, s. 48.

⁴¹⁵ **R. J. Farley**, Instructions to Juries-Their Role in the Judicial Process, *Yale Law Journal*, vol. 42, 1932-1933, s. 198-99. Vakıa ve hukuk ayrımına ilişkin açıklamalar için bkz. **Ergin Nomer**, Davada Yabancı Kanun, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, s. 5-8.

⁴¹⁶ **Patrick Devlin**, Trial by Jury, *Stevens & Sons Limited*, London 1966, s. 61; **Dennis**, s. 111; *Middleton v. Rowlett* [1954] 2 All ER 277, [1954] 1 WLR 831; *Mechanical and General Inventions Co Ltd v. Austin* [1935] A.C 346.

⁴¹⁷ **William Forsyth**, History of Trial by Jury, John W. Parker and Son, West Strand, London 1852, s. 282.

olasılıkları dengeleyerek bir karara varmak zorundaydı. Kanun, jüriye uyuşmazlık konusu olan bütün vakıaların belirlenmesi görevini verirken, hâkimin de bu konuda jürinin serbest takdirine müdahalede bulunması engellenmekteydi. Diğer taraftan hâkimin duruşmanın yürütülmesi konusunda özgün ve olağan dışı “*peculiar duty*” olarak tabir edilen bir rolü bulunmakta, bu rol kapsamında hâkim, delillerin hangilerinin jüriye sunulmak üzere gerekli ya da gereksiz olduğunu da belirlemekteydi⁴¹⁸. Yani aslında jüri öncelikle hâkimin eleğinden geçmiş delilleri değerlendirmekteydi. Hâkim hem güvenilirlikleri açısından hem de yargılamanın seyri açısından önemleri doğrultusunda jüriye bu dava malzemelerini sunmaktaydı. Taraflarca ileri sürülen dava malzemelerine ilişkin olarak hukuka ilişkin bir sorun çıktığı zaman ise, hâkim bu sorunları tek başına çözüme kavuşturmakta ve bu hukuk sorunlarının değerlendirilmesi meselesine kesinlikle jüri dahil edilmemekte idi. Örneğin, taraflardan biri tarafından ileri sürülmüş bir tanık deliline ilişkin olarak, tanığın ilgili konuda yeterli bilgiye sahip olmadığı konusunda bir sorun ortaya çıktığında hâkim ilgili tanığı, tek başına jüri bulunmadan dinleyecektir. Yani delilin kabul edilebilirliğine hâkim karar verecek; fakat sonrasında kabul edilebilir bir delilin karara etkisi bakımından önemi ve değerini jüri belirleyecektir⁴¹⁹. Jüri bu süreçte hâkimin idaresi ve talimatları doğrultusunda hareket etmek zorundadır. Eğer buna riayet etmezse jürinin vermiş olduğu karar reddedilerek yeni bir duruşma yapılmaktadır⁴²⁰. Buradan hâkimin, jürinin yönlendirilmesi konusunda önemli bir role sahip olduğu ve aslında jürinin kararının oluşmasında bir çerçeve çizdiği anlaşılmaktadır.

Hâkim ve jürinin rol ayrımını daha net gösterebilmek için konuyu örneklerle açıklayalım. Dava konusunun bir çocuğa tedarik edilen gereksinimler (*necessaires*) olduğu bir davada, bu gereksinimlerin neler olduğuna hâkim mi, yoksa jüri mi karar verecektir? Örnek olarak aldığımız davada davacı, Essex kontunun uşağını (çocuk yaşıta) dava ederek, altın dantelli gömlekler, kadife yelekler ve pazen kumaşlı çorapların ücretini talep etmekteydi. Davalı ise, bu kıyafetlerin yerine getirdiği hizmet

⁴¹⁸ Forsyth, s. 282-83.

⁴¹⁹ *Lewis v. Marshall*, 7 Man. and Gra. 743, *Barlett v. Smith*, 11 Mees. and Wels. 485 (naklen Forsyth, s. 283).

⁴²⁰ Forsyth, s. 283.

sırasında giymek üzere kendisine temin edildiğini, bu kıyafetlerin onun gereksinimleri olduğu savunmasını yapmaktaydı. Bu davada altın dantelli gömlekler, kadife yelekler ve pazen kumaşlı çorapların, bir çocuğun gereksinimleri arasında olup olmadığının belirlenmesi önem taşımaktaydı. İlk başlarda bu görevin münhasıran hâkime ait olduğu düşünülerek⁴²¹, hâkim durumu jüriye bırakmayarak uşağın elinde kalan kıyafetlerin iadesini hükmetmekle yetinmiştir. Aynı karar daha sonra bir başka dava vesilesiyle yeniden değerlendirilerek, eğer kraliyetin en zengin adamının oğluna yarış atları ve mücevherler gereksinim olarak temin edilmiş olsaydı, bu durumda ne olacağı sorulmuştur. Gereksinimin sadece hayatı sürdürmek için zorunlu olan şeyler olarak sınırlandırılmaması gerektiği, gereksinimlerin aynı zamanda kişinin sosyal statüsüne de uygun olması gerektiği ve bu gereksinimlerin ilgili kişiye uygun olup olmadığına karar verecek olanın da jüri olduğunun altı çizilmiştir⁴²². Sonuç olarak örnek göstermiş olduğumuz bu çok eski tarihli jüri-hâkim görev ayrımına ilişkin kararda, davaya ilişkin unsurların çok dikkatli belirlenmesi gerektiği, hâkim veya jüri tarafından incelenecek hususların çok özenli şekilde ayrılması gerektiği ve bu doğrultuda bazı önemli unsurların jüri tarafından incelenmesi ve karara bağlanması gerektiğinin altı çizilmiştir.

Bir başka örnek olarak hayat sigortasına sahip bir kimsenin kendi tufendiğinden çıkan mermi ile öldüğü bir vakıada, maktulün intihar sonucu mu yoksa kaza ile mi öldüğünün belirlenmesi meselesi ile jüri ilgilenmiştir. Bu tip bir vakıada her iki durumun da eşit derecede makul ve inandırıcı olması durumunda, jüri ölüm sebebine karar veremediği takdirde, dava söz konusu maktulün aleyhine çözümlenerek intihar ettiği sonucuna varılacak ve mirasçılar hayat sigortasından yararlanamayacaklardır⁴²³.

2005 yılında verilen *R v. Wang*⁴²⁴ davasında da kısa ve net bir şekilde hâkim ve jüri arasındaki görev ayrımı belirtilmiştir. Bu kararda: “yerel hukuka ve usuli meselelere⁴²⁵ ilişkin sorunlar hâkim tarafından karara varılmalıyken, vakıalara ilişkin sorunlar jüri tarafından karara varılmalıdır” denilerek İngiliz hukukunda kabul edilen

⁴²¹ Forsyth, s. 289.

⁴²² *Peters v. Fleming*, 6 Mees. and Wels. 47 (naklen Forsyth, s. 290).

⁴²³ Weiner, s. 1870.

⁴²⁴ *R. v. Wang* [2005] UKHL 9, [2005] 1 All 782, [8]; aksi yönde bir karar olarak Kanada mahkemesi karar örneği: *R. v. Gunning* 2005 SCC 27, [2005] 1 SCR 627.

⁴²⁵ *R v. Currie* [2007] EWCA Crim 926.

genel kural vurgulanmış olmuştur.

Tüm bu açıklamalara rağmen vakıa ve hukuk ayrımının hala her konuda özellikle vakıa ve hukuk meselelerin birbirine karıştığı uyuşmazlıklarda rahatlıkla yapılabildiğini söylemek yanlış olacaktır. Bir hususun vakıalara mı, yoksa hukuka mı ilişkin olduğunun tespiti, bu tespitin dava malzemesinin davaya getirilmesini de etkileyeceği için büyük önem taşımaktadır⁴²⁶. Vakıa ve hukuk ayrımı konusu önemine binaen başlı başına bir çalışma konusu teşkil ettiğinden konunun temel seviyede ele alınmasını ve çalışmamamızın esas çerçevesinden ayrılmamayı uygun görmekteyiz.

B- ABD’de Hukuk Davalarında Jüri

ABD’de jürili yargılama hakkı⁴²⁷ ABD Anayasası tarafından güvence altına alınmıştır. Jürili yargılama uyuşmazlıkların çözümünde ortak bir usul olarak görülmektedir⁴²⁸. ABD günümüzde dünyada hukuk davalarında jürili yargılamayı büyük ölçekte kullanan tek ülke olma özelliğine sahiptir⁴²⁹. Verilere göre Amerikan hukukunda jürili yargılama sıklıkla Amerikan bölge mahkemelerinde (*U.S. District court*) uygulanmaktadır. 2000 yılı itibariyle jürili yargılama yapan davalar tüm davaların % 60’ından daha fazladır⁴³⁰. Bununla birlikte duruşma aşamasına gelen dava sayısı oldukça azdır. Jüri kurumu, ilk uygulanmaya başladığı dönemler ile günümüz Amerikan hukuku arasında büyük bir değişime tabi olmuştur⁴³¹. Biz çalışmamızda özellikle son dönem Amerikan hukukundaki jüri kurumunu dikkate alarak açıklamalar yapacağız.

Jürili yargılamaya hakkı olan tarafın talebi üzerine, dava duruşma aşamasına

⁴²⁶ **Mustafa Göksu**, (Hukuk Yargılamasında) Vakıa ve Hukuk, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 336.

⁴²⁷ Jürili yargılama hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **J. H. Friedenthal / M. K. Kane / A. R. Miller**, Civil Procedure, Hornbook Series, Fourth Edition, Thomson West, St Paul 2005, §11.4 ve §11.5.

⁴²⁸ **V. P. Hans / S. Albertson**, Empirical Research and Civil Jury Reform, Notre Dame Law Review, vol. 78/5, 2002-2003, s. 1503-1506.

⁴²⁹ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 291.

⁴³⁰ **Patrick E. Higginbotham**, Judge Robert A. Ainsworth, Jr. Memorial Lecture, Loyola University School of Law: So Why Do We Call Them Trial Courts?, Southern Methodist University Law Review, vol. 55/4, 2002, s. 1412-1413, tablo 7 -8.

⁴³¹ **Stephan Landsman / James F. Holderman**, The Evolution of the Jury Trial in America, Litigation, vol. 37, no. 1, 2010, s. 32-37; **Valerie P. Hans / Neil Vidmar**, Judging the Jury, Plenum US, 1986, s. 31-44.

ulaştığı zaman, jüri oluşturulmaktadır⁴³². Dava duruşma aşamasına geldiği zaman, jüri üyeleri, seçmenlerin kayıtlı olduğu listeden rastgele seçilmektedirler⁴³³. Amerikan Anayasası'na göre jüri altı kişiden az⁴³⁴, on iki kişiden fazla sayıda olamaz⁴³⁵. *Voir dire examination* olarak adlandırılan jüri seçimi aşamasında, bütün potansiyel jüri üyeleri sorgulama aracılığıyla incelemeye tabi tutulmaktadır. Bunun sebebi, jüri adayının vasıflarında eksiklik olup olmadığını, yahut da taraflı-etki altında kalmış olup olmadığını belirlemektir⁴³⁶. Jüri üyelerinin incelenmesi geleneksel olarak avukatlar tarafından gerçekleştirilmekteydi; fakat son dönemde artık mahkeme tarafından yapılmaktadır⁴³⁷. Hâkim *voir dire* incelemesinde jüri üyesini etki altında yahut da yetersiz görürse, jüri üyesini reddedebilmektedir⁴³⁸. Her bir taraf herhangi bir haklı sebep göstermeksizin (*peremptory challenge*) en fazla üç jüri üyesini reddedebilmektedir⁴³⁹. Yani hâkimin mutlaka haklı bir sebep göstermesi gerekirken, tarafların böyle bir yükümlülüğü olmadan en fazla üç jüri üyesini reddedebilmektedirler.

Her ne kadar “vakıa ve hukuk⁴⁴⁰” arasındaki çizgiyi belirlemek zor olsa da, jürinin vakıaların belirlenmesinden sorumlu olduğu, hâkimin ise hukuk meselelerinden sorumlu olduğu kabul edilmektedir⁴⁴¹. Hâkim, duruşma öncesinde

⁴³² Tarafların jüriyi yargılama yapılmasına ilişkin taleplerini duruşma aşamasına gelmeden önce yapmaları gerekmektedir. Aksi takdirde dava jürisiz şekilde hâkim eşliğinde devam edecektir, FRCP Rule 38(b) ve 38(d.)

⁴³³ 28 U.S.C. § 1861.

⁴³⁴ Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Colgrove v. Battin*, 413 U.S. 149, 157 (1973) kararında jürinin altı kişiden oluşmasının Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğini belirtmiştir, **Friedenthal/ Kane/ Miller**, §11.11.

⁴³⁵ FRCP Rule 48. Bununla birlikte geleneksel olarak jüri on iki üyeden oluşmaktadır.

⁴³⁶ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 292.

⁴³⁷ FRCP Rule 47(a); **Stephan Landsman**, The Civil Jury in America, Law and Contemporary Problems, vol. 62/2, Spring 1999, s. 292.

⁴³⁸ 28 U.S.C. § 1870.

⁴³⁹ 28 U.S.C. § 1870. Her ne kadar tarafların sebep göstermeksizin jüri üyelerini red hakları bulunsun da, bunun da sınırları mevcuttur. Örneğin cinsiyet veya ırka bağlı olarak bir jüri üyesinin reddi kabul edilemez olarak görülmektedir, *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986); *J.E.B. v. Alabama ex rel. T.B.*, 511 U.S. 127 (1994).

⁴⁴⁰ Bu ayrıma ilişkin ayrıntılı açıklamalarımızı bölüm 1, §2 III A 2'de yaptığımız için burada tekrar ele almamaktayız.

⁴⁴¹ **Friedenthal / Kane / Miller**, §11.2. Jürisiz hukuk yargılamalarında ise, tek karar verici olarak hâkim bulunmakta ve hâkim hem vakıa hem de hukuka ilişkin bir karar vermektedir. Jürisiz yargılamalarda vakıa ile hukuk arasındaki ayrımın önemi kendisini üst mahkeme kanun yolu başvurusunda göstermektedir. İstinaf mahkemeleri, yerel mahkeme hâkiminin kararının yanlış olduğuna inanıyorlarsa, bu durumda yerel mahkeme hâkiminin davaya uygulamış olduğu hukuk bakımından kararı

veya avukatların iddia ve savunmalarını tamamlamalarından sonra (*closing pleas of counsel*), jüriye hukuk meselelerinde bilgi verir, yol gösterir⁴⁴². Yani hâkim, dava jürinin önüne sunulmadan önce, jüriyi uyuşmazlığa ilişkin vakıalara uygulanacak hukuk hakkında bilgilendirmektedir. Jüri kendi başına hukuku yorumlamamakta; sadece hâkim tarafından kendilerine verilen hukuk bilgisi doğrultusunda hareket ederek vakıalar hakkında karar vermektedir⁴⁴³. Hâkimin jüriye hukuk konularında bilgilendirmesi ve jürinin yapacağı incelemeyi şekillendirmesi Federal Medeni Usul Kuralları'nın 51. maddesi çerçevesinde mümkün olmaktadır. Hükme göre her ne kadar davanın taraflarının da jüriye sağlanan bilgileri önerileriyle şekillendirme fırsatı bulursa da, jüri bilgilendirmesi esas olarak hâkimin kararına dayanmaktadır⁴⁴⁴.

Jüri mahkemeden gerekli bilgilendirmeleri aldıktan sonra, değerlendirmelerini yapmak ve bir karara varmak üzere karar odasına çekilmektedir. Jürinin gerçekleştirdiği bu değerlendirmeler ve kendi aralarındaki müzakere gizli yapılmaktadır ve bu görüşmeye sadece jüri üyeleri katılabilmektedir. Hukuk davalarında taraflar aksini talep etmediği sürece jüri kararının oybirliği ile alınması gerekmekte (FRCP Rule 48) ve oybirliği ile karar verilmesi de uygulamada jüri üyelerini genellikle bir çıkmaza sokarak bir karara ulaşamamalarına neden olmaktadır⁴⁴⁵. Eğer jüri bir karara ulaşamamaktaysa ve hükümsüz yargılama (*mistrial*) bildiriminde bulunmakta ise, bu durumda hâkim mevcut jüriyi azlederek yeni jüri

bozacaklardır. Bununla beraber istinaf mahkemesinin, yerel mahkemenin vakıalara ilişkin vermiş olduğu karar bakımından tavrı daha karmaşıktır. Çoğunlukla istinaf mahkemeleri çok nadiren yerel mahkeme hâkiminin karar verdiği esas vakıalara ilişkin bulgularına müdahalede bulunmaktadır. Bunun sebebi, yerel mahkeme hâkiminin davayı bizzat yürüterek ve tanıkları canlı olarak gözlemleyerek esas vakıalara ilişkin meseleyi dinlemesinden ötürü, söz konusu bulguları elde edebilecek en uygun kişi olmasıdır. Bununla birlikte, yerel mahkeme hâkiminin bulguları, tanıkların bizzat güvenilirliği ve tavrı çerçevesinde elde edilmek yerine, tanıklarca sunulan delillerden elde edilen çıkarımlarsa, bu durumda istinaf mahkemesi kendisini yerel mahkeme hâkimi gibi gerekli çıkarımları yapabilecek nitelikte kabul etmektedir. Hatta istinaf mahkemeleri böyle bir durumda, yerel mahkeme hâkiminin hükmünü daha iyi şekilde yeniden değerlendirebileceği düşüncesine sahiptir, **Dennis**, s. 111-112.

⁴⁴² Tarafların da, hâkimin jüriye bilgilendirme ve yol göstermesine etkiye bulunma imkanı bulunmaktadır, FRCP Rule 51. Uygulamada, hâkim tarafından yapılan bilgilendirmenin karmaşıklığı ve teknik detaylarla dolu oluşu eleştiri konusu yapılmaktadır, **Landsman**, *The Civil Jury in America*, s. 16-18.

⁴⁴³ **A. Benjamin Spencer**, *Civil Procedure, A Contemporary Approach*, Thomson Reuters, Third Edition, St. Paul, Minnesota 2011, s. 873.

⁴⁴⁴ **Spencer**, s. 874. Eğer jüri hukuki konularda yanlış bilgilendirilmişse ve bu sebeple taraflardan birine yönelik olarak yanlış bir karar vermişse; bu durumda bu karar istinafta bozulacak ve yeni bir duruşma yapılacaktır, *Caballero v. City of Concord*, 956 F.2d 204 (9.th Circuit 1992).

⁴⁴⁵ **Spencer**, s. 875.

üyeleri ile yeni bir duruşma gerçekleştirmektedir. Bu da yargılama masraflarını arttırmakta ve yargılamayı geciktirmektedir.

Hâkim jürinin karar verme usulünü belirleyebilmektedir⁴⁴⁶. Üç tür karar usulü vardır: Geleneksel ve yaygın olan usulde jüri, kararına hiçbir gerekçe eklemeden, taraflardan biri lehine karar vermektedir⁴⁴⁷. Bu usule genel karar (*general verdict*) usulü denilmektedir. Bu usulde jürinin herhangi bir gerekçe sunması gerekmediği için, vakıalara ilişkin meseleleri düzgün şekilde belirleyerek karar verip vermediği ve jürinin sadece duygu ve içgüdüleri doğrultusunda karar verip vermediği bir muamma teşkil edecektir. Jürinin genel karar usulüyle bir karara varmasının yarattığı bir diğer önemli sakınca ise, jüriye yapılan bilgilendirmelerin hatalı olabilmesi, bu hatalı bilgilerin jüri kararını etkileyebilmesi ve jürinin doğru bilgiler üzerinden karar vermiş olsa bile, jüri kararının hatalı bilgilerden etkilenip etkilenmediğinin belirlenememesidir⁴⁴⁸.

Genel kabul usulünde söz konusu olabilecek sakıncaları bertaraf etmek amacıyla hâkimler şimdi kısaca açıklayacağımız diğer iki usule rağbet etmektedirler. Bu doğrultuda, Federal Medeni Usul Kuralları'nın 49. maddesinde "Özel Karar ve Sorulara Cevap Eşliğinde Genel Karar" başlığı altında iki usul öngörülmektedir:

İlk usulde, hâkim jüriden sadece vakıalara ilişkin meselelere yönelik bir karar vermesini istemektedir. Buna da özel karar (*special verdict*) denilmektedir⁴⁴⁹. Kuralın istisnaları bulunsa da, esas olarak jüri oybirliğiyle bir karara varmak zorundadır⁴⁵⁰.

Diğer usulde ise, hâkim jüriden uyuşmazlık konusu vakıalara ilişkin olarak ek soruları yanıtlamasını istemektedir. Bu usul, sorulara cevap eşliğinde genel karar (*General verdict accompanied by answer to Interrogatories*) olarak

⁴⁴⁶ **Friedenthal / Kane / Miller**, Chapter 11.

⁴⁴⁷ **N. Vidmar**, The American Civil Jury for Ausländer (Foreigners), Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 13, 2003, s. 109.

⁴⁴⁸ **Spencer**, s. 875.

⁴⁴⁹ FRCP Rule 49.

⁴⁵⁰ FRCP Rule 48'e göre taraflar aksine şart koymadığı sürece, karar oybirliğiyle alınmalıdır. Birçok eyalet, hukuk davalarında kararların oybirliğiyle alınmadığı bir düzenleme öngörmektedir, **Friedenthal / Kane / Miller**, § 11.11.

adlandırılmaktadır.

Her ne kadar geleneksel genel karar usulü eleştirilse ve diğer iki yöntem hâkimlerce daha elverişli olarak görülerek daha yaygın olarak uygulansa da, genel karar usulünün hala varlığını koruması ve desteklenmesinin önemli bir sebebi bulunmaktadır. Genel jüri kararının temeli aslında özgür devletin zorunlu bir unsuru olarak görülen jürili yargılama yapma hakkına dayanmaktadır⁴⁵¹. Genel karar usulü taraftarları Federal Medeni Usul Kuralları'nın 49. maddesinde genel karar usulüne alternatif olarak üretilen diğer iki yöntemin mahkemelerce jürinin Anayasal gücünü azaltmak ve hâkimlerin davaları kendi kararları doğrultusunda sonuçlandırmaları için hâkimlere daha fazla yetki tanınmak amacıyla oluşturulduğu görüşündedirler. Dolayısıyla bu görüşün savunucuları, özel karar ve sorulara cevap eşliğinde genel karar usullerinin, güçlendirilmek yerine ilga edilmeleri gerektiğinin altını çizmektedirler. Kanaatimizce günümüz hukuk sistemlerinde üst derece denetiminden geçemeyecek şekilde, gerekçesiz karar oluşturulması adil yargılanma hakkını⁴⁵² zedeleyecektir. Dolayısıyla jürinin genel kabul usulünün gelişmiş hukuk sistemlerinde yer almasını uygun görmemekteyiz.

Jürinin tarihsel gelişimine bakıldığında, jüri geleneksel olarak tarafsız ve pasif şekilde vakıa toplayan (*fact-finder*) en üst kurum olarak görülmekteyken⁴⁵³, 19. yüzyıldan itibaren, jürinin soru sorması, duruşmada not alması veya bütün deliller değerlendirilmeden önce dava hakkında tartışması uygun görülmemeye başlamıştır⁴⁵⁴. Bununla beraber, son yıllarda Amerikan mahkemeleri bu konuda müsamahalı olmaya başlayarak jürinin duruşma sırasında not tutmasına veya soru sormasına imkan

⁴⁵¹ Justices Black and Douglas, Statement on the Rules of Civil Procedure and Proposed Amendments, 31 F.R.D. 587, 618-619 (1963), (naklen **Jason Iuliano**, Jury Voting Paradoxes, Michigan Law Review, vol. 113, issue 3, December 2014, s. 409)

⁴⁵² AİHS adil yargılanma hakkının tanımını açıkça yapmamış, her olayın somut özelliklerini dikkate alarak adil bir yargılamanın var olup olmadığını değerlendirme yolunu benimsemiştir. Bunun sebebi hakkın mümkün olduğunca geniş yorumlanabilmesine olanak sağlamaktır, **Adem Çelik**, Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 27-30. Bununla beraber genel çerçevede adil yargılanma hakkı, "herkesin, uyumsuzluk konusunda aleni biçimde, makul bir sürede, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde hakkaniyete uygun karar verilmesini talep etme" hakkı olarak tanımlanabilir, **Muhammet Özkes**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 56.

⁴⁵³ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 292.

⁴⁵⁴ Note, The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century, Yale Law Journal, vol. 74, 1964-1965, s. 170 vd.

tanımaya başlamıştır⁴⁵⁵.

1- Jürinin Varlık Gerekçesi

1973 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi bir kararında hukuk davalarında jüri yargılamasının “vakıalara ilişkin meselelerin adil ve tarafsız çözümünün garantilenmesi” amacını taşıdığını vurgulamıştır⁴⁵⁶. Böylece Yüksek Mahkeme hukuk davalarında yer alan jürinin vakıaları araştıran rolünü (*fact-finder*) gerekçelendirmiş olmaktadır.

Bazı yazarlarca jürinin karmaşık vakıalara ilişkin meselelerde yetersiz olduğu ileri sürülmüştür⁴⁵⁷. Fakat istatistiksel çalışmalar bu iddiaların doğruluğunu kanıtlanamamıştır⁴⁵⁸. Yapılan çalışmalarda hâkimler davanın karmaşıklığına rağmen jürinin vakıalara ilişkin bulgularıyla mutabık kalmışlardır⁴⁵⁹. 2000 yılında gerçekleştirilen istatistikte federal hâkimlerin % 77’si jürinin adil ve tarafsız karar verdiğini düşünmektedir⁴⁶⁰. Dolayısıyla Amerikan hukukunda, karmaşık davalarda dahi jüri yeterliliğini ispatlamış durumda gözükmemektedir⁴⁶¹.

Jüriye karşı yöneltilmiş bir diğer eleştiri de verimlilikleri (*efficiency*) konusundadır. Amerikan hukukunda jürilerin yargılamanın gecikmesine neden olduğu ve aynı zamanda yargılamanın maliyetini çok fazla arttırdıkları konusunda eleştiriler

⁴⁵⁵ **Landsman**, The Civil Jury in America, s. 298; **J. D. Cowan**, What Attorneys Think of Jury Trial Innovations? *Judicature*, vol. 86/4, 2003, s. 192 vd. ; **L. Heuer/S. Penrod**, Increasing Juror Participation in Trials through Note Taking and Question Asking, *Judicature*, vol. 79/5, 1996, s. 256 vd.

⁴⁵⁶ *Colgrove v. Battin*, 413 U.S. 149, 157, (1973). Yüksek Mahkemenin verdiği kararda: “Ceza davalarında jüri yargılamanın amacı hükümet baskısını önlemekken, ceza ve hukuk davalarının genelinde vakıalara ilişkin meselelerin adil ve tarafsız çözümünün garantilenmesidir” denilmektedir.

⁴⁵⁷ *In Re Japanese Electronics Products Antitrust Litigation*, 631 F. 2d 1069, 3. Circuit, 1980; **J. H. Langbein**, Why Adversary Justice Fails, in *Peter J. Galie, Frank G. Raichle Lecture Series on Law in American Society*, William S Hein and Co, New York 1993, s. 167; **Jerome Frank**, *Law and the Modern Mind*, Brentano’s, New York 1930, s. 180 vd.

⁴⁵⁸ **Hans / Albertson**, s. 1509; Note, Developments in the Law: The Civil Jury (I and II), *Harvard Law Review*, vol. 110, 1997, s. 1425-1427; **Vidmar**, s. 98-100.

⁴⁵⁹ **Harry Kalven / Hans Zeisel**, *The American Jury*, Little, Brown and Company, Boston 1966, Chapter 5, s. 57; **Heuer / Penrod**, Trial Complexity, A Field Investigation of Its Meaning and Its Effects, *Law and Human Behavior*, vol. 18, 1994/1, s. 29 vd.

⁴⁶⁰ **Emily Gottlieb**, Reading Between the Headlines, the Media and Jury Verdicts, *Centre for Justice Democracy*, number 2, January 2001, <https://centerjd.org/system/files/Mediaw.pdf> (Çevrimiçi 22.12.2014); **Michael H. Walsh**, The American Jury, *Yale Law Journal*, vol. 79, 1969-1970, s. 144-45.

⁴⁶¹ **Vidmar**, s. 98-100.

söz konusu olmaktadır⁴⁶². Gerçekten yapılan araştırmalar bu eleştirilerin haklı olduğunu göstermektedir. Buna göre, jürili yargılama masrafları, yargılamanın sadece hâkimlerce yürütüldüğü davalara nazaran önemli ölçüde daha masraflıdır ve aynı zamanda da yargılamanın uzamasına neden olmaktadır⁴⁶³.

2- Politik Bir Kurum Olarak Jüri

Amerikan hukukunda, jürinin tek rolü ve amacı ne vakıalara ilişkin meselelerin doğru ve etkin bir şekilde çözülmesinden ne de sadece vakıalara karar veren usuli bir görevden ibarettir. Hukuk davalarında yerini alan jüri aynı zamanda ABD yönetiminden ve hükümetinden ayrılmaz nitelikte politik bir kurumdur⁴⁶⁴.

Her ne kadar Amerikan jüri sistemi kaynağını İngiliz hukukundan alsa da, zaman geçtikçe değişime uğrayarak kendine özgü bir karaktere kavuşmuştur. Amerikan devriminden önce, Amerika'nın İngiltere'nin sömürgesi olduğu dönemlerde, jüri hem hukuk hem de ceza davalarında uygulanmaktaydı ve sömürge hükümeti (*colonial government*) tarafından atanan sömürge hükümetinin yargı organının bağımsızlığını ve bütünlüğünü güvence altına alan bir araç olarak görülen Kralın hâkimlerine karşı adeta bir siper görevi görmekteydi⁴⁶⁵. Bağımsızlıklarını ilan ettikten sonra da, birçok eyalet hukuk davalarında jürili yargılama hakkını Anayasalarına dahil etmişlerdir⁴⁶⁶.

1787 tarihli federal Anayasa, hukuk davalarında jürili yargılama hakkını düzenlememekteydi. Hamilton bu durumu bir ihmal olarak değerlendirmekte ve özgürlük ile hukuk davalarında jürili yargılamanın ayrılmaz bir bağının olduğuna dikkat çekmekteydi⁴⁶⁷. Antifederalistler ise, jüriyi demokrasinin bir simgesi olarak

⁴⁶² **Landsman**, The Civil Jury in America: Scenes from an Unappreciated History, s. 610-616; **E. R. Sunderland**, The Inefficiency of American Jury, Michigan Law Review, vol. 13, 1914-1915, s. 302 vd.

⁴⁶³ Note, Developments in the Law, s. 1424; **Landsman**, The Civil Jury in America: Scenes from an Unappreciated History, s. 610-616.

⁴⁶⁴ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 294.

⁴⁶⁵ **Landsman**, The Civil Jury in America: Scenes from an Unappreciated History, s. 596; **P. D. Carrington**, The Civil Jury and American Democracy, Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 13, 2003, s. 82-87.

⁴⁶⁶ **Landsman**, The Civil Jury in America: Scenes from an Unappreciated History, s. 596.

⁴⁶⁷ **A. Hamilton / J. Madison / J. Jay**, The Federalist or the New Constitution, J. and A. McLean, New York 1788, article no. 83 (Yazarlarca hazırlanan bu kitaptaki makalelerin amacı Anayasayı tanıtmak ve kabul edilmesinin önemini vurgulamaktır, ayrıntılı bilgi için bkz. **Gregorry E. Maggs**, A Concise Guide to the Federalist Papers as a Source of the Original Meaning of the United States Constitution,

görmekte ve bu sebeple de yargının buna boyun eğmesi gerektiğini savunmaktaydılar⁴⁶⁸. Aynı zamanda jüri, hükümetin Anayasayı ihlal etmesini önleyen bir araç olarak da tasavvur edilmekteydi. Bu dönemde, doğal haklar teorisinin (*natural rights theory*) geçerli olmasıyla birlikte doğal hukukun sıradan insanlara açık olduğu, Anayasanın da bir doğal hukuk kanunu olarak görülmesiyle birlikte jüri gibi hukukçu olmayan, halktan, sıradan insanların (*lay men*) Anayasayı anlamaya ve korumaya yeterli olacağı görüşüne inanılmaktaydı⁴⁶⁹.

Bu doğrultuda, 1791 yılından itibaren ABD Anayasasına jürili yargılama hakkı (*right to a jury trial*) sıkı bir şekilde eklenmiştir. 1935 yılındaki bir Yüksek Mahkeme kararında da hukuk davalarında jürili yargılamanın önemi ve korunması gerekliliğinin altı bir kez daha çizilmiştir⁴⁷⁰.

Yukarıda anlatılanlar ışığında, Amerikan hukuk davalarında görülen jürinin tarihi gelişiminin onun siyasi karakterini açıkça yansıttığını söyleyebiliriz. 1830'lı yıllarda ünlü siyasi düşünür ve tarihçi De Tocqueville hukuk davalarında jürili yargılamanın temel olarak siyasi bir kurum olduğunu ve halkın egemenliğinin de mutlak bir sonucu olduğuna vurgu yapmıştır⁴⁷¹.

Jüri ve aynı zamanda taraf hâkimiyeti sisteminin hâkimleri sınırlandıran önemli bir görevi de bulunmaktadır. Federalistlere göre jüri, ön yargılı, baskıcı, eğitimsiz hâkimlere, kısaca yozlaşma tehlikesi içinde olan hâkimlik mesleği karşısında bir güvence oluşturmaktadır⁴⁷². İngiliz filozof ve hukukçu Bentham ise, jürinin başlıca görevinin hâkimlerin otoritesini denetlemesi olduğunu ileri sürmüştür⁴⁷³.

http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1821&context=faculty_publications (Çevrimiçi 25.12.2014).

⁴⁶⁸ **Landsman**, The Civil Jury in America: Scenes from an Unappreciated History, s. 599; **Carrington**, s. 83.

⁴⁶⁹ Note, The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century, s. 170-172.

⁴⁷⁰ *Dimick v. Schiedt*, 293 U.S. 474 (1935), P. 293 U.S. 486, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/474/case.html#486> (Çevrimiçi 25.12.2014).

⁴⁷¹ **Alexis De Tocqueville**, Democracy in America 1899, Book 1, Chapter 1, <http://www.gutenberg.org/files/815/815-h/815-h.htm> (Çevrimiçi 25.12.2014).

⁴⁷² **Hamilton / Madison / Jay**, Paper no. 83.

⁴⁷³ **Jeremy Bentham**, Principles of Judicial Procedure, with the Outlines of a Procedure Code, in *J. Bowring (ed.), The Works of Jeremy Bentham*, Volume 2, Marshall and Co., Edinburgh 1843, <http://oll.libertyfund.org/titles/1921> (Çevrimiçi 25.12.2014).

Ayrıca jürinin hukuk kurallarının halka öğretilmesinde ve halkın bilinçlendirilmesinde önemli bir role sahip olduğu belirtilmektedir. Özellikle jüri görevini yerine getiren vatandaşların, jüri görevini yerine getirmemiş vatandaşlara göre mahkemeler ve yargı hakkında daha bilinçli oldukları gözlemlenmiştir⁴⁷⁴. Jüri görevi vatandaşlara eşitlik duygusunu, kendisini komşusunun yerine koyarak yargılayabilme adaletini aşlamaktadır⁴⁷⁵. Fakat belirtmek gerekir ki, sosyo-ekonomik ve siyasi değişimler, toplumların ve ihtiyaçların değişmesine neden olmuş ve bu doğrultuda Amerikan jürisi de yıllar geçtikçe kaçınılmaz olan değişime tabi olmuştur. Mevcut jüri sistemi 18. yüzyılda antifederalistlerin tasarladığı şekilde değildir; artık toplumun da değişmesiyle birlikte farklı ihtiyaçları karşılamaktadır⁴⁷⁶.

3- Dava Malzemesinin Toplanması Jürinin Etkisi

Temelinde jüri yargılamanın yer aldığı Amerikan hukuk sisteminde, dava malzemesinin toplanması usulünün ayırt edici özelliklerini şu şekilde kısaca belirtebiliriz⁴⁷⁷: 1-Delillerin kesintisiz süren konsantre tek bir duruşmada sunulması; 2- *Pre-trial discovery* olarak adlandırılan ön duruşmada delillerin sunulması yönteminin varlığı; 3- Yazılı deliller yerine sözlü delillerin tercih edilmesi; 4- Dışlayıcı delil kurallarının (*exclusionary rules of evidence*) geçerliliği. Kısaca saydığımız bu temel özellikleri çalışmanın ilerleyen kısımlarında ayrıntısıyla ele alacağız⁴⁷⁸.

4- Jüri Kurumu ve Amerikan Hukuk Davalarının Yapısı

İncelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında genel olarak delillerin sunulması farklı duruşmalarda gerçekleşmektedir. Kimi zaman deliller birbirlerinden haftalar ve hatta aylar sonra mahkemeye sunulmaktadır. Bu tip bir sistemin Anglo-Amerikan hukuk sisteminde düzgün şekilde işleyebilmesi mümkün değildir⁴⁷⁹ ve bu belirttiğimiz modelin Anglo-Amerikan hukukunda takip edilmesiyle jürinin rolü

⁴⁷⁴ S. C. Benesh, Understanding Public Confidence in American Courts, The Journal of Politics, vol. 68/3, 2006, s. 703.

⁴⁷⁵ De Tocqueville, Book 1, Chapter 16.

⁴⁷⁶ Note, The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century, s. 170 vd.

⁴⁷⁷ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 296.

⁴⁷⁸ Bölüm 2, §2 ve § 3.

⁴⁷⁹ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 296.

birbiri ardına devam eden farklı duruşmalarla yargılamayı etkisiz ve hantal bir hale dönüştürecektir. Oysaki Amerikan davaları tek duruşmadan oluşan kesintisiz hukuk olaylarıdır. Genellikle duruşmalar tek günlük bir oturumdan oluşmakta; fakat nadiren de bazı davalarda duruşmaya öğleden sonra ara verilmekte ve ertesi gün tekrar jürinin katılımıyla toplanarak karar verilmektedir. Dolayısıyla duruşmalar arasında uzun süreler yer almamaktadır. Duruşmalar arasında uzun müddetler bulunması jürinin davaya ilişkin vakıalar hakkında konuşmamasını ve davayla ilgili yazıları okumamasını zorlaştıracaktır. Çünkü jürinin tarafsız ve etki altında kalmadan sadece kendi önüne sunulan vakıalar dahilinde karar verebilmesi için kendisini dış dünyadan soyutlaması gerekmektedir. Aynı zamanda duruşmalar arasında uzun müddetlerin varlığı jürinin uzun süre önce tartışmış olduğu vakıalara ilişkin meseleleri anımsamasını da zorlaştıracaktır. Ayrıca, duruşmalar arası uzun müddetler bulunması jürinin bütün delillerin mahkemeye sunulması tamamlanmadan önce, duruşma tarihinin kendisine uygun olmaması sebebiyle görevinden ayrılma olasılığını da arttırmaktadır⁴⁸⁰.

Kısaca jüri, kesintisiz tek bir duruşmanın söz konusu olduğu ve bütün vakıa ve delillerin tek bir duruşmada önüne sunulduğu bir yargılama şekli için tasarlanmıştır⁴⁸¹. Yani jüri iki aşamalı bir usul sistemi için oluşturulmuştur. Jüri kurumunun varlığı, Amerikan hukukunda herkesçe bilinen ön duruşma aşaması (*pretrial stage*) ve duruşma aşaması (*trial stage*) ayrımını net bir şekilde göstermektedir.

5- Jüri Kurumu ve Kapsamlı Delil Sunma Araçlarına Olan İhtiyaç

Yukarıda bahsettiğimiz üzere, vakıa ve delillerin jüriye sunulması kesintisiz tek bir duruşmada gerçekleşmelidir. Aynı zamanda, Anglo-Amerikan hukukunda gerçeği arayış ve davayla bağlantılı bilgilere tarafların eşit şekilde ulaşımı davada önemli gereklerden sayılmaktadır⁴⁸². Bu saydığımız farklı nitelikteki gereklilikler davanın her

⁴⁸⁰ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 297.

⁴⁸¹ Carrington, s. 91; B. Kaplan, Trial By Jury, in H. J. Berman (ed.), *Talks on American Law*, Vintage Books, New York 1961, s. 54; H. Kötz, Civil Justice Systems in Europe and the United States, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 13/3, 2003, s. 72; Arthur T. Von Mehren, The Significance for Procedural Practice and Theory of the Concentrated Trial: Comparative Remarks, in: N. Horn (ed.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*, C. H. Beck, München 1982, s. 364-365.

⁴⁸² Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 297.

iki tarafının da duruşmaya bütün yönleriyle önceden hazırlanmalarını gerektirmektedir. Ayrıca duruşmada sunulacak davayla bağlantılı her bilginin duruşmadan önce taraflara aksettirilmesi de büyük önem taşımaktadır. Taraflardan her birinin hasmının duruşmada ileri süreceği delil hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir. 19. yüzyıl boyunca, taraflarca ileri sürülen bilgilerin (vakıa ve deliller) karşılıklı olarak ileri sürülmesi dilekçeler aracılığıyla gerçekleşmekteydi⁴⁸³. 20. yüzyılda ise yukarıda açıkladığımız gereksinimler doğrultusunda, duruşma için hazırlık *discovery* olarak adlandırılan müessese ile gerçekleşmekteydi⁴⁸⁴. İşte Amerikan hukukunda büyük yeri olan *discovery* müessesesi jüri yargılama hakkının dolaylı bir sonucunu teşkil etmektedir⁴⁸⁵.

6- Jüri Kurumu ve Sözlü Delilin Tercih Edilmesi

Anglo-Amerikan hukukunda hukuk davalarında jüri yargılamanın doğrudan bir sonucu olarak sözlü delil, yazılı delile göre daha çok tercih edilmektedir⁴⁸⁶. Bunun sebeplerinden biri de ABD'deki büyük orandaki nüfusun hem geçmişte hem de günümüzde dava dosyalarını okuyabilecek yeterlilikte okuryazarlığa ve bilgiye sahip olmamasıdır⁴⁸⁷. İkinci sebep jürinin davaya ilişkin bilgilere (vakıa ve deliller) mahkeme salonunda ulaşmasını sağlayarak, jüri üyelerinin her birinin dava hakkındaki bilgilere eşit şekilde ulaşmasını garantilemektedir⁴⁸⁸.

Diğer taraftan incelediğimiz Kıta Avrupası hukuklarında geleneksel olarak yazılı delil, sözlü delile tercih edilmektedir. Bu Kıta Avrupası hâkimleri sıklıkla kararlarını yazılı delillere, özellikle de tanıkların beyanlarının yazılı özetlerine, dayandırmaktadır⁴⁸⁹. Örneğin, erken dönem Kıta Avrupası kanunlarından, 1667 tarihli

⁴⁸³ Carrington, s. 91.

⁴⁸⁴ E. R. Sunderland, Scope and Method of Discovery Before Trial, Yale Law Journal, vol. 42, 1932-1933, s. 863 vd.; Mehren, s. 361-371.

⁴⁸⁵ Kötz, s. 73.

⁴⁸⁶ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 297.

⁴⁸⁷ Verilere ilişkin bilgi için bkz. National Center for Education Statistics, National Assessment of Adult Literacy, A First Look at the Literacy of the America's Adults in the 21. Century, <http://nces.ed.gov/NAAL/PDF/2006470.PDF> (Çevrimiçi 29.12.2014).

⁴⁸⁸ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 297.

⁴⁸⁹ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 297-298. İspanyol hukukunda da yazılı delillerin sözlü delillere üstünlüğü söz konusu olmaktadır, <http://www.chambersandpartners.com/guide/practice-guides/location/241/6627/1401-200> (Çevrimiçi 08.02.2016). Fransız hukukunda da yazılı delillerin

Fransız Emirnamesi, tanık delilinin ispat gücüne az önem vererek, belgeye dayalı yazılı delillere daha fazla önem vermiştir⁴⁹⁰. Türk hukuk sisteminde de yazılı delillerin sözlü delillere üstünlüğü vardır. Ele aldığımız bu Kıta Avrupası hukuklarında eğer bir belge, tanıkların sözlü ifadesi ile çelişmekteyse, çoğunlukla belgeye üstünlük tanınmakta; Anglo-Amerikan hukukunda ise, tanıklar çapraz sorgulamaya tabi tutulmakta ve çapraz sorgulama sonucunda tanık delilinin güvenilirliği ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda çapraz sorgulama taşıdığı önem sebebiyle Anglo-Amerikan hukukunun temel sütunlarından birini teşkil etmektedir⁴⁹¹.

C- Jürili-Jürisiz Yargılamaların Dava Malzemesinin Toplanması Çerçevesinde Hâkimin Rolüne Etkileri

Yargılamanın jürili veya jürisiz yapılmasına göre dava malzemesinin toplanması ve ileri sürülmesi bakımından hâkimin rolü değişkenlik göstermektedir⁴⁹². Amerikan ispat hukukçusu Thayer, ispat hukukunu jüriyle özdeşleştirerek, ispat hukukunu jürinin çocuğu olarak betimlemiştir. Thayer aynı zamanda, esas olarak İngiliz hukukunda görülen, delillerin yargılamadan hariç tutulmasını sağlayan dışlayıcı kuralların, jürinin yaratmış olduğu en önemli eser olduğunu belirtmektedir⁴⁹³. Jüri ile ispat kurallarını özdeşleştiren ispat hukukçuları uzun bir dönem, bir yüzyıldan daha fazla, ispat kurallarının jürili yargılamalar için yaratılmış olduğunu savunarak, jürisiz yargılamalarda; yani sadece hâkimin söz sahibi olduğu yargılamalara, ispat kurallarının uygun olmadığını vurgulamışlardır⁴⁹⁴. Günümüzde ise bu tarz keskin

sözlü delillere üstünlüğü vardır, **Arnaud de la Cotardière / Patricia Peterson / Delphine Pujos**, *Litigation and Enforcement in France: Overview, Practical Law*, 1 Temmuz 2012, <http://us.practicallaw.com/9-502-0121> (Çevrimiçi 08.02.2016).

⁴⁹⁰ Fransız Devrimi sonrasında en etkili usul hukuku kaynağı olarak kabul edilen 1167 tarihli Emirname başarısız bir kanunlaştırma hareketi olarak ifade edilmektedir. Sonrasında kabul edilen 1806 tarihli Fransız Usul Kanunu ise, istenilen reform hareketini gerçekleştirememiş ve taslak baskın şekilde 1667 Emirnamesinden oluşturulmuştur. Fakat yine de 1806 Fransız Usul Kanunu, yargılamaya daha fazla sözlü usul unsurları eklemiştir. Bunun yanı sıra 1806 tarihli Usul Kanunu hâkimin delilleri değerlendirmesindeki rolünü de genişletmiştir, **Verkerk**, *Fact-Finding in Civil Litigation*, s. 297-298.

⁴⁹¹ **Pejovic**, s. 833.

⁴⁹² **Robert F. Julian**, *The Role of the Judge and Jury in Complex Trials*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Queen Mary University of London, 2008, s. 245.

⁴⁹³ **James Bradley Thayer**, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown, Boston 1898, s. 180-181, 508-509.; **Eleanor Swift**, *One Hundred Years of Evidence Law Reform: Thayer's Triumph*, *California Law Review*, vol. 88/6, 2000, s. 2449-50.

⁴⁹⁴ **Kenneth Culp Davis**, *An Approach to Rules of Evidence for Non-Jury Cases*, *American Bar Association Journal*, vol. 50/8, 1964, s. 723-724.

görüşler hala tartışılmasa da, jürili yargılamalar ile jürisiz yargılamalar arasında ispat kuralları farklı standartlarda uygulanmaktadır⁴⁹⁵.

Jürisiz yargılamalarda hâkimin rolü, hâkimin hem vakıaları hem de hukuku inceleyerek bir karara varması gerektiğinden artmaktadır. Amerikan hukukunda jürisiz yargılamalarda de facto şekilde ispat kurallarının uygulanışı özellikle dışlayıcı kurallar bakımından farklılık göstermektedir. Bunun sebebi, hukuk eğitimi almamış jüriye özgü kuralların, örneğin dolaylı delil kuralı (*hearsay rule*)⁴⁹⁶ gibi, jürisiz yargılamalarda uygulanmasına gerek duyulmamasıdır. Hukuk bilgisi bulunmayan jürinin taraflarca ortaya konulan delillerden etkilenebilmesi, bu sebeple de taraflı bir karara varması mümkün olabilmektedir⁴⁹⁷. Karara esas alınması gereken esas delillerin diğer yanıltıcı nitelikteki delillerden ayırt edilmesi gerekliliği hukuk eğitimi ve tecrübesi bulunmayan jüriye yöneliktir. Hâkimin ise, yargılama için önyargılı, taraflı delilleri; yani kabul edilebilir delilleri diğer delillerden ayırma bilgi ve tecrübesi zaten bulunduğundan, bu tarz kurallar hâkimler açısından sadece teknik engeller olarak görülmektedir⁴⁹⁸. Bu yüzden de de facto şekilde uygulanmamaktadırlar.

Jürili ve jürisiz yargılamaların hâkimin rolüne etkileri aşağıda iki husus çerçevesinde belirtilecektir. İlk olarak delillerin (özellikle bilirkişi delilinin) kabul edilebilirliği konusu sadece jürili ve jürisiz yargılamalardaki fark gösterilmek üzere ele alınacak olup, sonrasında dolaylı delil kuralının jürili ve jürisiz uygulamalarda farklılaşan görünümü kısaca açıklanacaktır.

⁴⁹⁵ **Julian**, s. 246.

⁴⁹⁶ Aşağıda bölüm 1, §2 II C 2’de detaylı olarak açıklanacaktır.

⁴⁹⁷ Davalıların şirket, davacıların ise özel kişi olduğu ve davacıların ciddi yaralanmalarını konu alan davalarda jürinin zayıf konumda olan davacıların lehine karar vermesine yönelik jürinin etki altında kalması mümkün olabilmektedir, **Hiroshi Sarumida**, Comparative Institutional Analysis of Product Safety Systems in the United States and Japan: Alternative Approaches to Create Incentives for Product Safety, Cornell International Law Journal, vol. 29/1, 1996, s. 111. Aksi yönde görüş için bkz. **Anthony Z. Roisman**, Conflict Resolution in the Courts: The Role of Science, Cardozo Law Review, vol. 15/6, 1993-1994, s. 1954.

⁴⁹⁸ **Davis**, s. 723-724; The Report of the Special Committee on Evidence of the Judicial Conference of the United States 4 (1962) (naklen **Julian**, s. 251). Hâkimlerin kabul edilebilir olmayan delilleri yargılamadan hariç tutabilmek konusunda gerekli bilgi ve tecrübelerinin bulunduğu, özellikle de hâkimlerin kürsüdeki görevlerine başlamadan önce uzun yıllar avukatlık mesleğinin icrası sırasında ön yargılı ve taraflı deliller konusunda tecrübe kazandıklarına dikkat çeken İngiliz karar örnekleri için: *Wetherall v. Harrison*, [1976] QB 773, 1 All ER 241, 244, *Lilley v. South Worcestershire Justices*, [1995] 4 All ER 186, [1995] 1 WLR 1595.

1- Jüri Kurumu ve Delillerin Kabul Edilebilirliğine İlişkin Kurallar

Amerikan doktrinde jürili davalarda ispat kurallarının cila görevi gördüğü (*a gloss on trial by jury*) ve jüri müessesesi olmasaydı ispata ilişkin kurallara kimsenin ihtiyaç duymayacağı belirtilerek, özellikle kabul edilebilirlik şartları ile jüri yargılaması ilişkilendirilmektedir⁴⁹⁹. İspata ilişkin kurallar, jüriyi oluşturan hukukçu olmayan sıradan vatandaşların etki altında kalmış ve kimi zaman saçma kararlarının telafisi olarak görülmektedir⁵⁰⁰. Delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin kurallar davayla bağlantılı fakat güvenilir olmayan delillerin mahkemeye taşınmamasını amaçlamaktadırlar. Yani bu kabul edilebilirlik kuralları jüriyi yanıltmak, yanlış yönlendirmek üzere hareket eden kurnaz avukatlar için tasarlanmıştır. Federal İspat Kuralları'nın 403. maddesi bunu açıkça dile getirmektedir⁵⁰¹: “ Bir delil davayla bağlantılı olsa bile eğer o delilin ispat değeri büyük ölçüde haksız önyargı, vakıa karmaşası veya jüriyi yanıltma tehlikesi taşıyorsa, o delilin inceleme kapsamından hariç tutulması gerekmektedir”.

Amerikan yargılamasında Daubert ve Frye kararlarında⁵⁰² kabul edilen prensiplere sıkı şekilde bağlılık ortadan kalkarak, yerini daha esnek ispat kuralları almaktadır. Bunun sebebi bu davaların jürili yargılama ile yapılmış olmasıdır. Jürisiz, hâkimin tek karar veren olduğu yargılamalarda ise daha esnek ispat kuralları uygulanmakta ve bu yargılamalar daha az üst mahkeme incelemesine tabi tutulmaktadır⁵⁰³.

Diğer taraftan, her ne kadar Amerikan hukukunda kabul edilebilirliğe ilişkin kuralların katılığından bahsetsek ve jüri sisteminin varlığı sebebiyle delillerin ileri sürülmesi usulünün de ona göre şekillenmek zorunda olduğunu belirtmiş olsak da, delillerin ileri sürülmesi aşamasında hâkime önemli bir rol verilmektedir. Buna göre,

⁴⁹⁹ **Friedman**, A History of American Law, s. 402; **R. D. Friedman**, Some Notes on the Civil Jury in Historical Perspective, De Paul Law Review, vol. 48, 1998, s. 204.

⁵⁰⁰ **M. R. Damaska**, Evidence Law Adrift, Yale University Press, London 1997, s. 28; **Sunderland**, The Inefficiency of American Jury, s. 311-312; **S. Landsman**, Readings on Adversarial Justice: The American Approach to Adjudication, West Publishing Co., St. Paul, Minneapolis 1988, s. 30.

⁵⁰¹ **Kenneth S. Broun** and Contributing Authors (**George E. Dix / Edward J. Imwinkelried / David H. Kaye / Robert P. Mosteller / E. F. Roberts / Eleanor Swift**) McCormick On Evidence, Practitioner Treatise Series, vol. 2, Thomson Reuters, Seventh Edition, 2013, s. 12-13.

⁵⁰² Bölüm 3, §3 I B 2’de bu önemli kararlar ayrıntılı olarak irdelenmektedir.

⁵⁰³ **Julian**, s. 260.

delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 403. maddesine göre hâkim, ileri sürülen deliller kabul edilebilir delil niteliğinde olsa bile, eğer bu delillerin önyargıya sahip olduğu kanısındaysa, bu delilleri yargılamadan hariç tutabilecektir. Aslında hâkime verilen bu rol hiç de azımsanmaması gereken önemli bir roldür ve özellikle jürili yargılama sebebiyle, Amerikan hukukundaki bu esnek olmayan yapıyı yumuşatma amacı taşımaktadır. Her ne kadar bir İngiliz hukukundaki değişim gibi olmasa da, kendi sert taraf egemen yapısına uygun olarak bir değişimle hâkimin dava malzemesinin toplanmasındaki rolü aktifleştirilmeye çalışılmaktadır.

Hukuk davalarında jüri uygulamasını neredeyse ortadan kaldıran İngiliz hukukunda ise, Amerikan hukukundaki Daubert veya Frye testine benzer şekilde bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğine ilişkin denetimler söz konusu olmamaktadır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, İngiliz hukukunda bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğine ilişkin üç unsurun varlığı genel olarak aranmalıdır⁵⁰⁴. Bunlar: 1- Davayla bağlantılılık (*relevance*), 2-Bilirkişinin yeterliliği ve 3-Bilirkişi deliline ilişkin hükümlere uygunluk'tur. Bu tarz öneriler sunulsa da kabul gören ortak bir uygulama mevcut değildir.

Özetle, İngiliz hukukunda, her ne kadar Amerikan hukukunda görülen Daubert ve Frye kararları güçlü bir örnek teşkil etse de ve aynı zamanda İngiliz hukukunda alçak sesle de olsa ileri sürülen görüşler mevcut olsa da, delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin hâkimler herhangi bir standart uygulamamaktadır. Hâkimler sadece Medeni Usul Kuralları çerçevesinde adli görevlerini yerine getirmektedir. Bu doğrultuda, Medeni Usul Kuralları da özellikle yargılamaya sadece tarafsız ve ön yargıdan uzak bilirkişi delilinin girebilmesi için hâkimlere önemli bir rol vermektedir. Örneğin bu doğrultuda Kanun hâkimlere taraf bilirkişilerinin biraraya gelerek çelişen raporlarını tartışmalarını emredebilme yetkisi tanımaktadır⁵⁰⁵.

Sonuç olarak, jürili yargılamaların yapıldığı hukuk sistemlerinde kabul

⁵⁰⁴ **Paul Roberts**, Tyres with Y: An English Perspective on Kumho Tire and Its Implications for the Admissibility of Expert Evidence, *International Commentary on Evidence*, vol. 1, 1999, s. 5 vd. Bu kriterlerin belirlenmesinde *R v. Turner* [1975] 1 QB 834 davası etkili olmuştur. Bu davada tanık ifadelerinin doğruluğuna ilişkin bir psikiyatristin ifadesi alınmak istenmiş, hâkim kararında “eğer tanık ifadelerinin doğruluğunun belirlenmesi meselesi psikiyatristlere bırakılacaksa, o halde duruşmalar jüri yerine psikiyatristlerle yapılsın” şeklinde sert bir yanıtla talebi reddetmiştir.

⁵⁰⁵ Bilirkişi konusu çerçevesinde ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

edilebilirliğe ilişkin standartlara ihtiyaç duyulurken; jürisiz yargılamalarda bu tarzda kabul edilebilirlik standartlarına ihtiyaç zayıflamaktadır. Bunun en önemli sebebi hâkimin hukuk eğitimi almamış jüriden farklı olarak bilgi ve tecrübesiyle önyargılı, güvenilir olmayan, şüpheli dava malzemelerini kendisinin takdir ederek yargılamadan hariç tutabilmesidir. Bu çerçevede kabul edilebilirlik standartları, jüri sisteminin hala kuvvetle etkisinin görüldüğü Amerikan hukukunda, neredeyse jürinin yer almadığı İngiliz hukukuna göre daha sıklıdır⁵⁰⁶. Türk hukukunda ise kabul edilebilirliğe ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda herhangi bir şarta yer verilmemiştir⁵⁰⁷. Bu doğrultuda genellikle delil listesinde sunulan delillerin tümü kabul edilmekte ve bu delillerin hangilerini tahkikate konu edileceğine karar verilmeden yargılamaya devam edilmektedir. Bu durum kabul edilmemesi gereken delillerin de dava dosyasında yer almasına ve bunlara karşı delil gösterilmesine neden olabilmektedir⁵⁰⁸. Bu durumdan usul ekonomisi olumsuz etkilenmektedir.

Kanaatimizce, her ne kadar kabul edilebilirlik standartları jüri sisteminin eksik yanlarını telafi etmek amacıyla ortaya çıkmışsa da, jüri sisteminin yer almadığı birçok Kıta Avrupası hukukuyla, Kıta Avrupası hukuku çatısı altında yer alan Türk hukukunda ve ayrıca İngiliz hukukunda, hâkimin dava malzemesinin yargılamaya kabul edilmesini belirleyen somut standartların bulunması gerektiği inancındayız. Bu sayede hâkimin takdiri belirli bir çerçevede yapılarak farklı yargılamalar arasındaki birlik ve düzen sağlanmış olacaktır. Aynı zamanda hâkimin sunulan tüm dava malzemelerini toptan kabul ederek herhangi bir kabul edilebilirlik incelemesine tabi tutmadan yargılamaya dahil ettiği durumlar da önlenmiş olacaktır.

2- Dolaylı Delil (*Hearsay Rule*)

Türk doktrininde farklı kavramlar⁵⁰⁹ altında ifade edilen *hearsay rule*'u en temel

⁵⁰⁶ **Fulya Teomete Yalabık**, Bilirkişi Görüşünün/Tanıklığının Delil Olarak Kabuledilebilirliği (*Admissibility*), Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1893.

⁵⁰⁷ Benzer şekilde Fransız hukukunda da kabul edilebilirliğe ilişkin herhangi bir şarta yer verilmemiştir, **Teomete Yalabık**, Bilirkişi Görüşünün/Tanıklığının Delil Olarak Kabuledilebilirliği, s. 1892.

⁵⁰⁸ **Gündüz**, s. 185.

⁵⁰⁹ “Başkasından duyduğunu aktarma yasağı”, **Frank Tom Read**, Çapraz Sorgu Teknikleri, Tercüme ve Açıklamalar: Feridun Yenisey, Neylan Ziyalar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, <http://law.bahcesehir.edu.tr/wp-content/uploads/2015/02/TOM-READ-%C3%87APRAZ-SORGU.pdf>

şekilde açıklamak gerekirse, bir kimsenin duyduğu, öğrendiği ve fakat doğruluğu veya gerçekliği hakkında bilgisi olmadığı konular hakkında verdiği ifadeler olduğunu söylemek yerinde olacaktır⁵¹⁰. İspat hukukunda ise, bu kural daha teknik bir anlamda kullanılmaktadır.

İronik şekilde dolaylı delilin tanımına ilişkin ilk kanuni düzenleme, hukuk yargılamalarında dolaylı delili yasak olmaktan çıkaran 1995 tarihli Medeni İspat Kanunu (Civil Evidence Act) olmuştur. Yani bu kavram İngiliz hukukunda dolaylı delil yasakken yapılmak yerine, yasağı kaldıran ve dolaylı delilin caiz olduğunu belirten kanunda tanımlanmıştır. Medeni İspat Kanunu’nun 1. maddesinin 2(a) bendinde “*hearsay*”; yani Türkçe karşılığı duyuma dayalı anlatımın anlamı, bir yargılamada belirli hususlara ilişkin sözlü delil sunan bir kimsenin vermiş olduğu delilin kendisinden başkasına ait olduğu, dolaylı yoldan edinilen bilgidir. Biz çalışmamızda bu kavramı kısaca dolaylı delil olarak tanımlamayı uygun görmekteyiz.

Dolaylı olarak edinilmiş bilgiye dayalı delili yasaklayan İngiliz hukuku, daha sonra bu yasağı ortadan kaldırmış ve günümüzde hem hukuk hem de ceza yargılamalarında kabul edilebilir bir delil haline getirmiştir⁵¹¹. Bununla beraber dolaylı delil, caiz bir delil niteliğine sahip olmasına rağmen, dolaylı delil sunan kimse mahkemede çapraz sorgulamaya tabi tutulamayacaktır. Bunun sebebi çapraz sorgulamanın amacının bilginin kaynağının sorgulanarak ifadesinin doğruluğunun ortaya çıkarılmasıdır. Fakat dolaylı delil ileri süren taraf, bilginin kaynağı olmadığı, başkasından edindiği dolaylı bilgiyi ileri sürdüğü için çapraz sorguya tabi tutulamayacaktır. Dolaylı delil ileri süren, üçüncü bir kişiye edinilmiş bir bilgiyi mahkemeye sunduğundan bu delilin ikna etme gücü de zayıf olacaktır⁵¹². Çünkü

s. 7, (Çevrimiçi 26.06.2015); “İkinci elden edinilen bilgi”, **Ali Cem Budak**, Anglo-Amerikan Medeni Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Uzman Tanıklar), İstanbul Barosu Dergisi, sayı 10-12, 1991, s. 838; “duyum tanıklığı”, **Mustafa Göksu**, Amerikan Yargılama Hukukunda Tanık, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001, s. 88; “Duyuma dayalı tanıklık”, **Musa Aygül**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller, 12 Levha, İstanbul 2014, s. 256; “Dolaylı tanık”, **Yusuf Solmaz Balo**, Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 51. Biz çalışmamızda “dolaylı delil” olarak tanımlamayı uygun gördük.

⁵¹⁰ **Adrian Keane / James Griffiths / Paul McKeown**, The Modern Law of Evidence, Oxford University Press, Eight edition, Oxford 2010, s. 10.

⁵¹¹ **Colin Tapper**, Cross and Tapper on Evidence, Oxford University Press, Twelfth Edition, New York 2010, s. 55. Dolaylı delile ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **McEwan**, s. 228-265.

⁵¹² **Tapper**, s. 55.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminin temelinde mahkemeye sunulan tanık ifadelerinin sorgu ve çapraz sorgulama yoluyla doğruluklarının belirlenmesi esas olmakta, doğru ve gerçek delile ulaşmak için bu yöntemler en önemli hukuki araçlar olarak görülmektedirler.

“*Hearsay rule*⁵¹³” ve “*Best evidence rule*⁵¹⁴” aynı temele dayanarak bazı delilleri yargılamadan hariç tutmaktadır. Dışlayıcı kurallar olarak Türkçeleştirebileceğimiz “*exclusionary rules*” kapsamında yer alan bu kurallar, davayla bağlantılı bile olsa bazı delillerin bertaraf edilmesinin, dava malzemesinin toplanması usulünün (*fact-finding process*) doğruluğunu ve hatasızlığını arttıracığı düşüncesine dayanmaktadır⁵¹⁵.

Amerikan hukukunda ise, hem hukuk hem de ceza yargılamasında dolaylı delil kabul edilebilir delil sayılmayarak yargılamadan hariç tutulmaktadır. Bununla birlikte bu yasağın istisnaları da bulunmaktadır. Bu yasağın istisnaları jürisiz yargılamalardan ziyade jüri yargılamalarda görülmektedir⁵¹⁶.

İngiliz hukukunda ise, tersi şekilde artık dolaylı delil yasaklanmak yerine, bu kuralın uygulama alanı genişletilmiştir. İngiliz hukukunda dolaylı delil ileri sürüldüğünde bu dolaylı delilin esas sahibi, davanın diğer tarafınca çapraz sorgulamaya tabi tutularak, dolaylı delil hakkında daha ayrıntılı bilgi alınabilmekte ve bu delilin ne oranda kabul edilebileceği tartışılmaktadır⁵¹⁷. İngiliz Medeni İspat Kanunu’na göre, taraflardan biri dolaylı delil ileri sürmüş ve dolaylı delilin kaynağı niteliğindeki kişiyi tanık olarak mahkemeye çağırılmamışsa, bu durumda diğer taraf

⁵¹³ Dolaylı delil yasağı karmaşık yapısı ve dava taraflarına yüksek meblağlara neden olan danışmanlar tutmalarına sebep olması ve yargılamayı daha masraflı bir hale getirmesinden ötürü eleştirilmektedir. Ayrıca dolaylı delil yasağının uygulanmasının, davayla bağlantılı delillerin de yargılamadan hariç tutulmasına neden olduğu ve dava malzemesinin toplanması sürecine gösterilen ihtimama zarar verdiği ileri sürülmektedir, **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 299.

⁵¹⁴ İngiliz hukukunda neredeyse varlığı sona ermiş dolaylı delil yasağı ile ikincil nitelikteki deliller yargılamadan dışlanarak, dava için en iyi delilin kullanılması teşvik edilmekteydi. Ancak günümüz çağdaş ispat hukukunda kabul görmeyen bu uygulama fiilen geçersiz sayılmaktadır, **Keane / Griffiths/ McKeown**, s. 28; **Roderick Munday**, Evidence, Seventh Edition, Oxford University Press, Oxford 2013, s. 21-22. *R v. Pentonville Prison, ex p Osman* [1990] 1 WLR 277. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hodge M. Malek (general editor) and specialist editors**, Phipson On Evidence, Eighteenth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London 2013, s. 221-26.

⁵¹⁵ **Damaska**, Evidence Law Adrift, s. 14.

⁵¹⁶ Amerikan İspata İlişkin Federal Kuralları’nın 803. maddesinde dolaylı delil yasağının istisnaları temel olarak gösterilmektedir. Çalışma konumuzun esas çerçevesini aşmamak üzere bu istisnalardan bahsetmemeyi yerinde görmekteyiz.

⁵¹⁷ İngiliz Medeni İspat Kanunu, 1995, bölüm 38, 3. Kısım ve CPR Rule 33.4.

hâkimin izni ile, bu kimseyi tanık olarak mahkemeye çağırarak, çapraz sorgulanmasını sağlayabilmektedir (Medeni İspat Kanunu 1995, section 3). Bu uygulama ile çapraz sorgulama hâkimin iznine bırakılmakta ve hâkim söz konusu delilin önemi ve gerekliliğine göre çapraz sorgulamaya izin vermektedir. Böylelikle, hâkime aktif bir rol verilerek, hem söz konusu delilin çapraz sorgulamaya tabi olup olmaması konusunda hem de çapraz sorgulama neticesinde, dolaylı delilin ispat gücü bakımından bir karar vermesi beklenmektedir. Hâkimin daha aktif şekilde yargılamaya katılması ile bu sayede daha adil bir karar verilmesi amaçlanmaktadır.

3- Ara Değerlendirme

Çalışma boyunca değerlendirmiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında, geleneksel olarak bazı ispat araçları şartlar dahilinde yargılamadan hariç tutulmaktadır; ama daha çok güvenilir olmayan delillerin ispat gücünün sınırlandırılması yoluna başvurulmaktadır. Örneğin, incelediğimiz Kıta Avrupası hukuklarında tarafların tanıklıklarının sınırlı bir ispat gücü vardır⁵¹⁸. Bu doğrultuda Türk hukukunda taraf olarak davada dinlenmiş kişi tanık olamaz; ancak taraf olarak dinlenmemişse tanık olabilir⁵¹⁹.

Bazı delilleri kabul edilemez sayan kurallar, Kıta Avrupası hukuk sistemine pek de uygun düşmemektedir⁵²⁰. Özellikle hâkimin, önüne getirilen bir delili kabul edilemez olduğuna karar verdikten sonra, kalan diğer delilleri serbestçe değerlendirmesi ve ayırdığı delili dikkate almaması, aktarmış olduğumuz Kıta Avrupası hukukları için pek de elverişli bir uygulama olmayacaktır. Bu sorunu çözebilmek için davaya bakan hâkimden başka bir hâkimin delillerin kabul edilebilirliğini incelemesini düşünmek de, incelediğimiz Kıta Avrupası hukuklarında bir hâkimin davanın başından sonuna kadar aynı davayı yürütmesi sebebiyle elverişsiz olacaktır⁵²¹.

⁵¹⁸ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 298.

⁵¹⁹ Pekcanıtez / Atalay / Özekes, s. 765, Örneğin kanuni temsilci taraf değildir; fakat isticvap edilmişse artık tanık olarak dinlenemez.

⁵²⁰ M. R. Damaska, Of Hearsay and Its Analogues, Minnesota Law Review, vol. 76/3, 1991-1992, s. 427.

⁵²¹ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 298.

Amerikan sisteminde ise, değerlendirmiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarının tersine, delillerin ispat gücünü sınırlayan, azaltan veya arttıran kurallar mevcut değildir ve Amerikan sisteminin yapısına da uygun değildir. Çünkü hukukçu olmayan sıradan vatandaşların karar verdiği bir yargılama ortamında onlardan delillerin ispat gücüne ilişkin karmaşık kurallar uygulamalarını beklemek mümkün gözükmemektedir⁵²². Amerikan hukukunda bu doğrultuda sadece iki seçenek mevcuttur. Bir delil ya kabul edilebilir (*admissible*) sayılacak ya da kabul edilemez olduğuna karar verilecektir.

Sonuç olarak, Amerikan hukukunda jürinin varlığının etkisiyle ispata ilişkin kurallar incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarına göre daha sıkı ve sınırlayıcı özellik göstermektedir. Bu Kıta Avrupası hukuklarında hâkime bu konuda önemli bir rol verilerek delillerin ispat kuvvetleri tek tek dikkate alınmakta ve bu doğrultuda değerlendirilmektedir. Amerikan hukukunda ise, hukukçu olmayan sıradan vatandaşların yer aldığı jüriye böyle önemli ve aynı zamanda bir hâkimin bilgi ve becerisini gerektiren bir rolün devredilmesi mümkün değildir. İngiliz hukukunda ise, jüri sisteminin ortadan kalkmasıyla birlikte, usul kurallarının ele aldığımız Kıta Avrupası hukuklarıyla uyumlu değişimi dikkat çekicidir. Sırf bu konu çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme neticesinde bile, İngiliz hukukunun aktardığımız Kıta Avrupası hukuklarına yaklaştığını söylemek yanlış olmayacaktır.

D- Jüri Kurumu ve Yaptırımlar

Hukukçu olmayan sıradan halktan vatandaşların oluşturduğu jüri sadece delillerin ispat kuvvetine ilişkin detaylı kuralları uygulamak konusunda yetersiz değildir. Jüriden aynı zamanda yaptırım uygulamasını talep etmek de zor gözükmemektedir. Örneğin taraflardan birinin ifade vermek istememesi durumunda ne olacaktır? İncelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında eğer taraflardan biri dava malzemesinin toplanması sürecinde işbirliği içinde bulunmazsa, hâkimin bu durumda yaptırım olarak ifade vermek istemeyen taraf hakkında olumsuz çıkarım yapması alelade bir hareket olacaktır. Bununla beraber, Anglo-Amerikan hukukunda, jüri yargılamalarda, hukuk eğitimi almamış jüriden ifade vermek istemeyen bir taraf hakkında çıkarımlar yaparak yaptırım uygulamasını talep etmek ve bu yaptırım

⁵²² Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 298.

sonucunda da işbirliğine karşı çıkan tarafın hemen işbirlikçi tutumunu sağlamak mümkün gözükmemektedir.

E- Hukuk Davalarında Jüri Devam Etmeli Midir?

Jürili yargılamaya yönelik olarak olumlu ve olumsuz birçok eleştiri yapılmaktadır⁵²³. Jürili yargılamaların ilk göze çarpan sakıncası, yargılamanın daha uzun sürmesine sebep olması ve bu doğrultuda ek masrafların oluşmasıdır. Bunun dışında, jüri kararlarının değişkenliği; jüri heyetinin davanın uzun sürmesi sebebiyle yaşadığı zorluk ve jüri sorumluluğunun külfetli oluşu; hukukçu olmayan jüri üyelerinin zor ve karmaşık delilleri anlayacağına ilişkin gerçekçi olmayan beklenti; jüri kararlarının öngörülemezliği ve istinaf mahkemesinin jüri kararlarına müdahale etmeye isteksizliği⁵²⁴ ve karmaşık hukuk sorunlarının söz konusu olduğu davalarda avukatlarla hâkimin omuzlarına yüklenen ek yük, jürili yargılamaların en temel dezavantajları olarak görülmektedir⁵²⁵.

Diğer taraftan, birçok seçkin hâkim jürili yargılama hakkının anayasal önemine dikkat çekmektedir⁵²⁶. Örneğin, Hâkim Atkin L. J., *Ford v. Burton* kararında, jürili yargılamayı “özgürlüğün kale duvarı, zengine ve güçlüye karşı zayıfın zırhı” olarak tanımlamıştır⁵²⁷. Her ne kadar bu tanımlama daha çok ceza yargılamalarına uygun düşse de, hukuk davaları açısından da doğruluk payı olduğu kabul edilmektedir⁵²⁸. Bununla birlikte, eğer bir hukuk sisteminde hâkimlerin devletten ve diğer çıkar gruplarından bağımsızlığı sağlanabilmişse, bu sav zayıf bir sav olacaktır. Refo da, jüri kurumunu, taraf hâkimiyeti sisteminin bir parçası olarak görmekte ve her ne kadar jüri kurumunun eksikleri de olsa, demokrasinin sağlanmasında önemli bir araç olduğunu vurgulamaktadır⁵²⁹. Bir diğer görüşe göre, adaletin yönetimini ne kadar çok insan paylaşırsa o oranda elverişli bir yargılama oluşacak ve jüri, hâkimler ve sokaktaki

⁵²³ Jüriye yönelik eleştiriler hakkında bkz. **Neil Vidmar**, The Performance of the American Civil Jury: An Empirical Perspective, *Arizona Law Review*, vol. 40, 1998, s. 849 vd.

⁵²⁴ *Grobelaar v. News Group Newspapers Ltd* (2002) UKHL 40, HL.

⁵²⁵ **Smith / Bailey / Gunn**, s. 946.

⁵²⁶ **Smith / Bailey / Gunn**, s. 946.

⁵²⁷ (1922) 38 T.L.R. 801 at 805.

⁵²⁸ **Smith / Bailey / Gunn**, s. 947, örneğin mesleki kusur (*professional negligence*) iddialarında.

⁵²⁹ **Patricia Lee Refo**, Vanishing Trial, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1/3, 2004, s. vi (giriş).

insanın arasında yer alarak, adaletin sağlanmasında olağan standartların uygulanmasını sağlamış olacaktır⁵³⁰.

Anglo-Amerikan hukuk sistemi bakımından jüri yargılaması köklü ve tarihi çok eskilere dayanan bir usuldür. Kanaatimizce temelleri bu kadar sağlam olan, artıları ve eksileri olan, bir sistemi yok etmek çok zor olacaktır. Jüri uygulamasının eksileri, artılarından fazla gelmekte, sadece değerlendirdiğimiz Kıta Avrupası hukuklarınca değil, kendi içinde Anglo-Amerikan hukuk sisteminde de artık eskisi gibi benimsenememekte ve aynı kuvvetle bir bağlılık gösterilememektedir. İngiliz hukuku ilk büyük adımı atarak, jüri sistemini terkederek ve yargılama usulünü çağdaşlaştırarak günümüz seviyesine yükseltmeyi başarmıştır. Her ne kadar İngiliz köklere sahip olsa da, Amerikan hukukunda daha çok benimsenen jürili yargılama, Amerikan sisteminin daha sert ve esnekliğini kaybetmiş, yeniliğe kapalı bir sisteme dönüşmesine neden olmuştur. Amerikan hukukunda da, İngiliz hukukunda olduğu üzere, jürili yargılamadan kademeli olarak vazgeçilmesi çok yerinde olacaktır. Yargılamayı hala yüzyıllar önce çağdaş hukuk sistemleri oluşmadan kuvvetler ayrılığını benimsetmek üzere başlatılan jürili yargılamaya tabi tutmak, toplumların, hukukların, aslen dünyanın değişime uğradığını, ilerlediğini, geliştiğini reddetmek olacaktır. Günümüzde hala, yargılamanın hukuk eğitimi almamış, hukuk görgü, tecrübesi ve mantığı bulunmayan halktan insanlara bırakılmasını yerinde görmeyerek, Amerikan hukukunun da küreselleşme ve hukukların birleştirilmesi çerçevesinde yeterli seviyede adımlar atması gerektiği görüşündeyiz.

İspata ilişkin dışlayıcı kurallar olarak tanımladığımız “*exclusionary rules of evidence*” hem jürili yargılamalarda hem de jürisiz yargılamalarda uygulanmaktadır. Bir görüşe göre ispata ilişkin dışlayıcı kurallar jürisiz yargılamalarda uygulanmamalıdır⁵³¹. Aynı doğrultuda jürinin bulunmadığı yargılamalarda bütün delillerin birarada sunulduğu tek ve kesintisiz duruşma usulüne de gerek olmadığı ileri sürülmektedir⁵³². Aynı şekilde jürinin bulunmadığı yargılamalarda discovery usulüne

⁵³⁰ *Ward v. James* (1966) 1 Q.B. 273 at 295. Halkın tamamını temsil etmesi gereken jürinin toplumun sadece belirli bir kesimini temsil etmesine ilişkin eleştiri için bkz. **Warren E. Burger**, *Thinking the Unthinkable*, Loyola Law Review, vol. 31, no. 2, 1985, s. 210 vd.

⁵³¹ **P. L. Murray / J. Sheldon**, *Rethinking the Rules of Evidentiary Admissibility in Non-Jury Trials*, *Judicature*, vol. 86/5, 2003, s. 230.

⁵³² **Verkerk**, *Fact-Finding in Civil Litigation*, s. 300.

ilişkin kuralların kapsamlı şekilde uygulanmasına gerek olmayacaktır. Kısaca Amerikan hukukunda da jürinin bulunmadığı davalarda ele aldığımız Kıta Avrupası hukuklarına yakın bir uygulamanın benimsenmesi tercih edilebilir. Amerikan usul sistemi, jürinin bulunmadığı davalarda hala jüri yargılama varmışçasına delilleri sunma ve değerlendirme şekillerinin takibi için dizayn edilmemiştir. Doktrinde savunulduğu şekilde, Amerikan hukukunda dava malzemesinin toplanmasına ilişkin düzenlemeler uyuşmazlıkların katı taraf egemen nitelikte; yani jüri yargılamayla çözümü için tasarlanmıştır. Bu sebeple, duruşma sırasında sürpriz oluşmaması için (sürpriz yasağı⁵³³) oluşturulan kapsamlı discovery usulü de eğer duruşma yapılmayacaksa gereksizdir⁵³⁴.

Sonuç olarak, Amerikan sisteminde jüri yargılama terkedilmemiş olsa da, davaların büyük çoğunluğu çeşitli sebeplerden ötürü duruşma aşamasına varamamakta dolayısıyla da jüri yargılaması yapılamamaktadır. Jüri yargılamasının dezavantajlarını ortadan kaldırmak üzere tasarlanan genel olarak “dışlayıcı kurallar” ve discovery usullerinin hala jürisiz yargılamalarda da uygulanması yanlış sonuçlar doğurmaktadır. Amaç ortadan kalkmışsa artık bu amaç için yerine getirilen usullerin de terkedilmesi veya keskin yanlarının törpülenmesi ve hukukun daha köklü şekilde yenilenmesi gerekmektedir.

IV-Taraf Hâkimiyetinin Hâkimin Rolüne Etkileri

A- Genel Olarak

Taraf hâkimiyeti aslında ağırlıklı olarak Anglo-Amerikan hukukunu etkisi altına alsa da, diğer hukuk sistemlerinde de taraf hâkimiyetinin etkisini görmek mümkündür. Buna göre, vakıaların getirilmesi ve delillerin toplanmasında, incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında da taraflara Anglo-Amerikan hukukundakine benzer önemli bir rol verilirken, Anglo-Amerikan hukukundan farklı olarak hâkim bu süreçte

⁵³³ Sürpriz karar muhakemenin sonunda hakkaniyete uygun olarak tarafın beklemediği kesin karar anlamına gelmektedir, **Hakan Pekcanitez**, Hukukî Dinlenilme Hakkı, Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir, 2000, s. 787. Burada mahkemenin kötüniyetli olması değil, eksik veya hatalı muhakeme sonunda tüm veya bazı katılanlar için sürpriz oluşturabilecek, onları şaşırtacak karar vermesi anlaşılmalıdır, Waldner, s. 124 (naklen **Pekcanitez**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 787, dipnot 155).

⁵³⁴ **W. W. Schwarzer**, The Federal Rules, the Adversary Process, and Discovery Reform, University of Pittsburgh Law Review, vol. 50/3, 1988-1989, s. 714. Jüri duruşmalarının zamanla yok oluşuna ilişkin açıklamalara aşağıda bölüm 2, §2 II İ’de yer verilecektir.

daha aktif şekilde süreci yönetmektedir. Bu kapsamda, hâkimin yargılama içindeki rolü iki büyük hukuk sisteminde önemli farklılıklara neden olmakta ve yargılama usulünü etkileyen birtakım olumlu-olumsuz sonuçları doğurmaktadır.

Kısaca, bu bölümde daha önce ayrıntılarıyla açıkladığımız taraf hâkimiyeti sisteminin dava malzemesinin toplanması sürecindeki etkileri özellikle hâkimin rolü çerçevesinde ele alınacaktır.

B- Anglo-Amerikan Hukukunda Taraf Hâkimiyetinin Doğurduğu Etkiler

Anglo-Amerikan hukukunda dava malzemesinin toplanması sürecine hâkim aktif olarak katılmamakta, süreci taraflar ve avukatları yönetmektedir. Kapsamlı bir dava malzemesi toplama felsefesi taşıyan discovery müessesesiyle taraflar davada haklılıklarını ispat edebilmek için çoğunlukla gereğinden fazla vakıa ve delil araştırması yapmakta, davayla, az veya çok, ilgili her türlü bilgiyi elde etme yarışı içine girmektedirler. Böylelikle taraflar gereğinden fazla masraf yapmakta ve çoğu zaman haklılıklarını ortaya koyabilecek dava malzemesinin ötesinde bir vakıa ve delil araştırma ve toplama yükü altına girmektedirler.

Davayla ilgili ek bilginin araştırılması ve bu doğrultuda tarafların davayla ilgili birçok vakıa ve delili mahkemeye sunması doğru bir karara varmak için olaya çok geniş bir çerçeveden her yönüyle bakılması imkanını yaratabilir. Böylece gerçeğin daha net bir şekilde açığa çıkacağı da iddia edilebilir. Bununla birlikte Anglo-Amerikan hukukunda, özellikle de Amerikan hukukunda, kapsamlı bir discovery incelemesi her zaman olumlu sonuçlara yol açmamaktadır. Bu tarz kapsamlı bir araştırma, ilk bakışta yargılama masraflarına yol açacaktır. Davayla ilgili elde edilecek her türlü bilgi sonunda hâkim (ve jüri) önüne gelecek ve karar verme süreçlerini hem uzatabilecek, hem de daha karmaşık bir hale getirebilecektir. Bunun yanı sıra, davanın karmaşılaşması karar verme sürecini uzatacak ve yargılamada gecikmelere neden olabilecektir. Ayrıca kapsamlı ve detaylı bilgi arayışı tarafların adeta bir yarış içine girmelerine ve haklılıklarından ziyade yarış hırsına bürünerek karşı tarafa zarar verici nitelikte aşırı talep ve davranışlarına neden olabilecektir. Sonuç olarak gerçeğe ulaşılması, aşırı ve gereksiz bilgiyle perdelenerek engellenebilecektir. Aşağıda bu saydığımız muhtemel sonuçlar ayrıntılı olarak incelenecektir.

İlk olarak gereksiz, davanın karşı tarafını davadan yıldırma amaçlı vakıa

getirilmesi ve delil toplanmasına yönelik bir araştırmanın tarafları ekonomik bakımdan olumsuz etkileyeceği açıktır. Bununla birlikte bu durumdan yalnızca taraflar etkilenmeyecek; aynı zamanda gereksiz mahkeme masraflarının oluşumuna neden olabilecektir. Şöyle ki, tarafların her bir talebi veya mahkemeye çağrılan her bir tanığa ilişkin masraflar mahkeme tarafından finanse edilmektedir.

Diğer taraftan ekonomik bakımdan zayıf konumda bulunan davanın karşı tarafının bu durumunu kötüye kullanarak dava malzemesinin toplanması sürecini gölgelemek isteyecek, ekonomik bakımdan güçlü taraflar da söz konusu olabilmektedir. Böylece davanın ekonomik bakımdan daha zengin tarafı, bu süreci davanın zayıf tarafına karşı bir tehdit olarak kullanabilecektir⁵³⁵.

Aynı şekilde o mahkemede görev alan hâkimler, hâkim yardımcıları ve idari kalem de vakitlerini söz konusu davaya ayırmakta ve belki de başka davalara ayıracakları süreyi tek bir davada kullanmaktadırlar. Ayrıca tarafların taraf hâkimiyeti sisteminin yarattığı bu aşırıya kaçan tutumları üçüncü kişileri de etkileyebilecektir⁵³⁶. Örneğin, tanıklar, jüri üyeleri veya bilirkişiler gereksiz yere mahkemeye gelerek vakitlerini boşa kullanmış olabileceklerdir. Bir başka örnek olarak yazılı soru sorularak gerçekleştirilen sorgulamalara (*interrogatories*) ilişkin aşırıya kaçan uygulamaları gösterebiliriz. Buna göre, bu soruları hazırlamak kısa bir zaman alsa da cevaplamak daha uzun zaman almaktadır. Şöyle ki, 1920’li yıllarda Massachusetts’te bu sorgulamalara ilişkin sorular otomobil kazalarına ilişkin olarak matbu hale getirilmişti. Böylece, belirli bir dava için düzenlenmemiş ve fakat belirli tip davalar için düzenlenmiş bu yüzlerce sorudan oluşan standart sorgulama listeleri kullanılmaktaydı. Sorgulamayı yapan taraf için zorluğu ve masrafı bulunmayan bu matbu soru listeleri, sorgulanan taraf açısından masraflı ve zaman alıcı olmaktaydı. Bu durum aynı zamanda mahkeme açısından da gereksiz iş yükü anlamına gelmekteydi. Kısaca taraf hâkimiyeti sisteminin egemen olduğu Anglo-Amerikan hukukunda taraflarda davayı kazanabilmek için ne kadar çok vakıa ve delil sunarsam o kadar başarıya ulaşırım düşüncesine yönelik bir eğilim söz konusudur.

⁵³⁵ Note, Discovery Abuse Under the Federal Rules: Causes and Cures, Yale Law Journal, vol. 92, 1982-1983, s. 370-371.

⁵³⁶ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 338.

Diğer önemli husus ise, tarafların davayı kazanabilmek için hırs dolu bir yarışa girişmeleridir. Amerikan hukuk felsefecisi ve hâkimi Jerome New Frank tarafların bu tavrına ilişkin olarak “cerrahın gözüne karabiber püskürtmek” benzetmesini yapmaktadır⁵³⁷. Yani taraflar davalarında haklı çıkabilmek için hâkimin (ve jürinin) önüne yığın halinde vakıa ve delil ileri sürerek gerçeğin perdelenmesine sebep olmaktadır. Birçok yargılamada, taraflardan birinin davayla alakalı belirli bir vakıanın gizli kalmasını ve hâkim (ve jüri) tarafından yeterince değerlendirilememesini istemesi pek muhtemeldir. İlgili vakıa aleyhine sonuç doğurabilecek taraf, gereğinden fazla vakıa, iddia ve teori üreterek hâkimin (ve jürinin) zihnini bulandırmak isteyecektir. Böylece hâkim dava için önem arzeden bu gerçek vakıanın önü perdelendiğinden doğru bir karar veremeyebilecektir.

Taraf hâkimiyeti sisteminin önemli bir parçası olan discovery usulüyle taraflar kapsamlı ve hatta yukarıda belirttiğimiz gibi çoğu zaman gereğinden fazla şekilde dava malzemesi toplamaya çalışacaklardır. Tarafların birbirlerinden kendi aleyhlerine karar verilmesine sebep olabilecek bazı bilgileri saklamaya çalışması da yine bu sistem içinde görülmektedir⁵³⁸. Uygulamada sıklıkla rastlanılan bu durum neticesinde yapılan masraf ve sarfedilen zamana rağmen taraf avukatlarının eline gerçeği ortaya çıkarmaya yarayacak yeterli bilgi aslında çoğu zaman ulaşmamış olmaktadır⁵³⁹.

Taraf hâkimiyeti sisteminin olumsuz etkilerinden biri olarak delillerin ileri sürülmesinde delillerin güvenilirliğinin zedelenmesi tehlikesini gösterebiliriz. Buna göre, bu sistemin ihtiraslı ve mücadeleci “oyun kuralları” sebebiyle deliller etki altında bırakılabilecektir. Tanıklar veya bilirkişiler yanlış ifadeler verebilecektir. Özellikle avukatların tanıkları ifadelerini vermeden önce hazırlamaları ve bilirkişilerle dava hakkında tartışmaları, yanlış ifadeler verilmesine neden olabilecektir⁵⁴⁰.

⁵³⁷ **Jerome Frank**, Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice, Princeton University Press, 1973, s. 85.

⁵³⁸ **W. Farnsworth**, The Legal Analyst, University of Chicago Press, Chicago 2007, s. 103-104.

⁵³⁹ Brazil tarafından elde edilen istatistiki sonuca göre bu oran (kaçamak cevaplarla veya discovery usulüne uymayarak bilginin saklı tutulması) 20. yüzyılın sonlarında % 61 olarak ifade edilmektedir, **Wayne D. Brazil**, Civil Discovery: Lawyers' Views of Its Effectiveness, Iys Principle Problems and Abuses, American Bar Foundation Research Journal, 1980, s. 825, 829.

⁵⁴⁰ **B. H. Sheppard / N. Vidmar**, Adversary Pretrial Procedures and Testimonial Evidence: Effects of Lawyer's Role and Machiavellianism, Journal of Personality and Social Psychology, vol. 39, 1980, s. 320 vd.

Yukarıda bahsettiğimiz taraf hâkimiyetinin Amerikan hukukundaki olumsuz etkilerini zihnimizde canlandırabileceğimiz bir örnekle somutlaştıralım⁵⁴¹:

Bay A, hastası olduğu Doktor D'nin ameliyatında tıbbi bir yanlış uygulamaya neden olmasından ötürü bacağına ciddi anlamda bir sakatlık meydana geldiğini belirterek oluşan zararlarını Doktor D'den talep ediyor. Doktor D ise, Bay A'nın tedavisini doğru şekilde gerçekleştirdiğini, A'nın konumundaki kişilerde çok iyi bir tedaviye rağmen bu tarz komplikasyonların (sorun) oluşmasının normal olduğunu iddia ederek A'nın talep ettiği zararı ödemeyi reddediyor. İlk bakışta oldukça kolay gözükken bu davada esas vakianın Doktor D'nin gerçekten Bay A'yı doğru tedavi edip etmediğinden ibaret olduğu düşünülmektedir. Doktor D ve Bay A sürecin mahkeme aracılığıyla kısa sürede çözülebileceği inancıyla avukatlarına başvururlar.

Bay A dava açar ve dilekçesinde Doktor D'nin Protokol A (bir çeşit tedavi usulü protokolü)'ya uymadığını da iddia ederek, yanlış tedaviden kaynaklanan zararlarının tazminini talep eder. Ayrıca Doktor D eğer ameliyatın bu yöndeki riskli sonuçlarını belirtmiş olsaydı böyle bir ameliyata kalkışmayacağını dilekçesinde belirtir.

Doktor D'nin avukatı ise, cevap dilekçesinde Bay A'nın tedavisi için Protokol A'nın uygun olmadığını ve Protokol A'nın uygulanmayışının Bay A'nın ayağının sakatlanmasına neden olmadığını belirtmiştir. Ayrıca Doktor D, Bay A'yı bilgilendirmediğine ilişkin iddiayı reddederek, Bay A'yı ameliyattan önce kısaca bilgilendirdiğini ve ayrıca A'nın ameliyatı ile ilgili bütün bilgilerin yer aldığı bir broşürü kendisine verdiğini belirtmiştir. Bunlara ek olarak ameliyatın tıbbi açıdan gerekli olduğu, sadece küçük komplikasyonlara neden olabileceğini vurgulamıştır. Sakatlığın da başka bir olaydan kaynaklanabileceğini belirterek, ameliyattan sonra bir ay boyunca sportif aktiviteler yapmaması konusunda açıkça uyarılmasına rağmen, Bay A'nın ameliyattan bir hafta sonra sokakta futbol oynadığına ilişkin tanıkları olduğuna dikkat çekmiştir. Son olarak da davacı Bay A tarafından talep edilen tazminat miktarının çok aşırıya kaçmış bir meblağ olarak değerlendirmiştir.

Hâkim dilekçelerin mahkemeye verilmesinden sonra çözüme kavuşmamış vakıaların aydınlatılması için tarafların ek dilekçe vermesini ister ve discovery usulü

⁵⁴¹ Örnek **Verkerk**'in Fact-Finding in Civil Litigation adlı kitabından esinlenilerek oluşturulmuştur, s. 329 vd.

için de izin verir. Taraflar bu süreçte iddia ve savunmalarına aynı doğrultuda devam eder ve ayrıca ek iddialarda bulunurlar.

Bay A'nın avukatı A'nın futbol oynamadığını, oynasaydı bile bunun A'nın ayak sakatlığına neden olmadığını belirtir. Ayrıca A'nın avukatı ameliyatın riskleri konusunda yeterince bilgilendirilmediklerini ve A'ya verilen 150 sayfalık broşürün sıradan bir insanın anlayamayacağı nitelikte tıbbi terimler içerdiği ve sadece muhtemel sorunlara dipnotların birinde kısaca yer verildiğini söylemiştir.

Discovery usulünün gerçekleştirildiği aşamada Bay A'nın avukatı ameliyat ve tedaviyle ilgili her türlü bilginin yer aldığı elektronik dökümana ulaşıyor ve bu dökümanda Doktor D'nin Bay A'ya X ilaç tedavisini uyguladığını öğreniyor. Bunun üzerine A'nın avukatı, bu ilacın A'nın alerjik olduğu maddeler içerdiği ve bunun doktor tarafından bilinmesi gerektiği belirtiliyor. Doktor yazılı olarak sorgulandığında, A'nın alerjik olduğu maddeyi bildiğini yalanlıyor ve A'nın alerjik hiçbir reaksiyon göstermediğini belirterek ayak sakatlığının bununla ilgisi olmadığını vurguluyor.

Davaya ilişkin bilgiler elde edilip uyuşmazlık halindeki vakıalar çözülünce bu vakıaların ispatı için deliller ileri sürülmeye başlanır. Hâkim gerçeğin arayışı için hiçbir delilin gizli tutulmaması gerektiği düşüncesiyle hareket eder. Bay A'nın sokakta futbol oynadığı kişiler tanık olarak çağrılır, sakatlığın futboldan kaynaklı olup olmadığını incelemek üzere bilirkişi delili kullanılır, Protokol A ve X ilacının sakatlıktaki etkileri üzerine en az iki uzman görüşü edinilir. Zararın değerlendirilmesi ise başlı başına incelenmesi gereken derin bir husustur. Ayrıca futbol oynarken Bay A'yı gören tanıkların ifadesi alınır. Tanıklardan birinin yalancı şahit olduğu ortaya çıkar.

Sonuç olarak yukarıda örnek olarak betimlenen davaya daha birçok ayrıntı eklenebilir. Özellikle taraflarca ileri sürülen her yeni iddiaya karşı onunla yarışacak yeni bir karşı iddia mahkemeye sunulmaktadır. Başlangıçta basit bir dava gibi gözükse de vakıaların ve delillerin toplanması ve mahkemece değerlendirilmesi süreciyle dava karmaşık bir hal almaktadır. Dava içinde bitmeyen sorunlar, vakıalar zinciri oluşmakta ve bunun çözümü için hâkime ihtiyaç duyulmaktadır.

Örneğin Bay A'nın futbol oynadığına ilişkin çok sayıda tanık dinlenebilir. Dinlenecek her bir tanığın yargılamaya faydası bulunabilecekse de, her bir tanığın

yargılamaya ek bir vakıa getirme olasılığı da çok yüksektir⁵⁴². Aynı vakıanın ispatlanması amacıyla çok sayıda tanığın dinlenmesi ayrıca hem yargılamayı uzatacak hem de yargılama masraflarını arttıracaktır⁵⁴³. İşte bu noktada hâkime büyük bir rol düşmesi gerekmektedir. Hâkim söz konusu vakıaya ilişkin olarak kaç tanığın, gerekirse hepsinin mi yahut kimlerin tanık olarak dinlenmesi gerektiği konusunda daha aktif şekilde takdir edebilmelidir.

Delillerin sırası, miktarı ve türü gibi önemli usulü sorunlar taraf hâkimiyetinin keskin etkilerinin bulunduğu Amerikan hukukunda hâkim tarafından çözümlenmek yerine, taraf avukatları tarafından yürütülmektedir. Yargılamada haklı çıkmak adına yargılamayı adeta bir yarış haline dönüştürebilecek taraflar ve avukatlarının bu süreci kötüye kullanmaları da çok muhtemel olmaktadır.

Taraf hâkimiyetinin etkilerinin vurgulandığı bu bölümde taraf hâkimiyetinin yarattığı genel tablodan bahsettik. Son olarak, değerlendirme kısmında, öncelikle §1'e yönelik hâkimler ve mahkemelerin yapısına yönelik değerlendirmelerimizi yaptıktan sonra, §2'de anlattıklarımız ışığında, adil ve elverişli bir dava malzemesinin toplanması usulü için ne gerekir, hâkimin rolünün buna etkileri nelerdir kısaca değerlendirilecektir.

⁵⁴² Verkerk, Fact-finding in Civil Litigation, s. 333.

⁵⁴³ "...Çekişmeli vakıanın ispatı için tanık bildiren tarafın tanık sayısı hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmadığı sürece sınırlanamaz ve hâkim tanık sayısını belirleyemez. Aksi tutum adil yargılanma ve savunma hakkının kısıtlanmasına yol açar. Ancak hâkim hangi tanığın hangi vakıanın ispatı için dinletilmek istendiğini ilgili taraftan sorarak (HMK m. 240/2, HUMK m. 258/1), vakıa dinlenen bir kısım tanıkların anlatımı ile ispatlanmışsa, geri kalan tanıkların dinlenilmemesine karar verebilir (HMK m. 241). Taraflarca fazla sayıda tanık bildirildiği takdirde; usulün bu zorlayıcı ve kolaylaştırıcı hükümlerinden yararlanarak, tanık dinlenmesi kolaylaştırılabileceği gibi, bir kısım tanıklar da dinlenmeyebilir... Buna göre adı geçen tanığın dinlenmemesi için, dinlenen tanıklarla ispat edilmek istenen hususun yeter derecede vuzuh bulmuş olması gerekir. Böyle değilse bu hükmeye dayanılarak mahkeme tanığı dinlemekten kaçınmaz", Yargıtay 2. HD E. 2014/18201, K. 2014/24201, T.1.12.204; Yargıtay 2. HD E. 2012/24907, K. 2012/24907, T. 17.10.2012 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Taraflar arasında özellikle silahların eşitliği ilkesi de göz önünde tutulmak şartıyla, sunulan bir delilin yararlı ve gerekli olup olmadığının AIHS'nin 6. Maddesinin bütününe egemen olan adil yargılanma kavramına uygun düştüğü ölçüde takdirinin ulusal mahkemelere bırakılması durumunda insan haklarının ihlalinin söz edilemez, Yaşar Demircioğlu, Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 181-182. Bu yönde Divan Kararı Brichmont/Belçika 7.7.1989 A-158 §89; Unterpertinger/Avusturya 24.11.1986 A-110 §33; Endel et autres/Hollanda 8.6.1976 A-22 § 91.

BİRİNCİ BÖLÜMÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Öncelikle, Anglo-Amerikan ve yukarıda aktarmış olduğumuz Kıta Avrupası hukukları arasında hâkimin rolüne ilişkin farklılığın bir sebebi olarak bu iki hukuk sistemi arasındaki hâkim ve avukat sayısındaki farklılık gösterilmektedir. Her ne kadar iki hukuk sistemi arasında doğrudan net bir kıyaslama yapılamasa da, Amerikan hukukunda hâkimlere göre daha çok avukat bulunduğu açıkça söylenebilmektedir. Bu da yargılamada avukatlara daha çok rol verilmek istenmesinin nedenlerinden birini oluşturmaktadır. 2006 yılında gerçekleştirilen istatistiki verilere göre, her 100.000 kişiye tam süreli eş değer olarak Almanya’da 24.5, Avusturya’da 20.2, İngiltere’de 7, ABD’de 10.2 eyalet mahkemesi ve 0.4 federal mahkeme hâkimi düşerken; Almanya’da 168 avukat, Avusturya’da 84 avukat, İngiltere’de 262 avukat (hem dava avukatı hem de danışman avukat birarada) ve ABD’de 373 avukat düşmektedir.

Anglo-Amerikan hukukunda genel olarak hâkimler üst düzey tecrübeye sahip yüksek rütbedeki avukatlar arasından seçilerek göreve gelmekte iken, incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında ve Türk hukukunda hâkimler daha önceden hiçbir mesleki tecrübeye sahip olmayan yeni mezun hukukçular arasından genel hukuk bilgisine dayanılarak yapılan sınav ve mülakatlar sonucunda seçilerek göreve gelmektedirler⁵⁴⁴. Bununla beraber, aktarmış olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında hâkimler, hâkim olmak üzere özel olarak eğitilir ve belirli staj dönemlerinden geçerek kürsüdeki yerlerine kavuşurlar. Oysa ki, Anglo-Amerikan hukukunda hâkimler, hâkim olmak üzere özel bir eğitim almamakta, avukatlıktan hâkimliğe geçiş yapmaktadırlar. Örneğin Fransız hâkimleri, tıpkı İtalya ve Almanya’daki gibi kariyer hâkimidirler. Kariyer hâkimi tabiriyle hukuk eğitimi alarak meslekte çeşitli makamlarda yükselerek ve maaş alarak görev yapan profesyonel hâkimler kastedilmektedir⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ **Giuseppe Di Federico**, Preface, Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain, Research Centre for Judicial Studies (CeSROG), University of Bologna, Bologna 2005, s. VII-VIII, <http://www.difederico-giustizia.it/wp-content/uploads/2010/09/recruitment-evaluation-and-career.pdf> (Çevrimiçi 26.04.2015).

⁵⁴⁵ Bu çerçevede örneğin Fransız hukukunda, hukuk eğitimi almayıp gönüllülük esasına dayanarak görev yapan ticaret mahkemesi, iş mahkemesi, sosyal güvenlik mahkemesi hâkimleri kariyer hâkimi olarak kabul edilmemektedir, **Guy Canivet**, Le Juge Judiciaire Dans La Jurisprudence Du Conseil

İngiltere’de hâkimler bir sınav neticesinde değil; uzun yıllar avukatlık yaparak, hukuk tecrübesine sahip olma kriterine göre atanmaktadır. Bu doğrultuda, hâkimlerin sahip olması gereken tüm nitelikler gereğince uygulamada hâkim olabilmek için yaş sınırı en az 40 ile en fazla 60 yaş arasında değişmektedir. Türk hukukunda ise, alt yaş sınırı 24-25’tir. Adaletin sağlanması gibi yüce bir sorumluluğun hukuk fakültesinden yeni mezun, hayat ve hukuk tecrübesi sınırlı genç meslektaşlara bırakılması hususunun tekrar gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Amerikan hukukunda da, İngiliz hukukunda olduğu gibi hâkimlerin seçiminde liyakat seçimi kriteri mevcuttur. Federal hâkimlerin atanmasında etkin olan temel ölçüt, atanacak kişinin kariyeri ve akademik başarılarıdır. Hâkim adayları herhangi bir sınava tabi tutulmazlar. Ancak, hâkim adaylarının akademik geçmişleri, iş tecrübeleri, yayınlanmış eserleri, meslek yaşamlarındaki başarıları, kişisel ve ailesel geçmişleri detaylı olarak incelenmekte ve adaylar kapsamlı mülakatlara tabi tutulmaktadır. Amerikan hukukunda hâkimlerin göreve gelmesinde siyasi görüşleri de çok büyük rol oynamakta, birçok federal hâkim genellikle kendilerini seçen başkanın partisine mensup adaylar olmaktadır⁵⁴⁶. Bu durum hâkimlerin seçiminin siyasi karakterinin etkinliğini göstermektedir. Amerikan hukukundaki bu uygulamayla yargıya siyaset karışmış olmakta, tarafsız ve bağımsız bir seçim yöntemi gerçekleşmemiş olmaktadır.

Amerikan hukukunda eyalet mahkemesi hâkimleri ise, federal yargı sistemi içinde görev almayan eyalet hükümetleri tarafından oluşturulan eyalet mahkemeleri sistemi içerisinde görev alan hâkimlerdir. Eyalet mahkemeleri yargıçları eyalet anayasaları ve kanunları uyarınca çeşitli şekillerde seçilirler. Bu hâkimlerin çoğu halk tarafından genel seçimle, ya da eyalet valileri tarafından belirli bir süre için göreve getirilirler. Amerikan yargı sisteminde, genel oy ile hâkim seçiminde yargının en uygun şekilde işlemesi için bağımsızlık ve hesap verme yükümlülüğü arasındaki dengenin sağlanması amaçlanmaktadır⁵⁴⁷. Fakat bu uygulama hâkimlerin, dolayısıyla

Constitutionnel, Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2004, s. 1, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51975.pdf> (Çevrimiçi 03.10.2015).

⁵⁴⁶ **Seon Bong Yu**, The Role of the Judge in the Common Law and Civil Law Systems, International Area Review, vol. 2/2, 1999, s. 41.

⁵⁴⁷ **Mary L. Volcansek**, Exporting the Missouri Plan: Judicial Appointment Commissions, Missouri Law Review, vol: 74, 2009, s. 783.

da mahkemelerin siyasete sokulması ve hâkimlerin birer siyasetçi gibi davranmaya zorlanmasına neden olmaktadır. Bu doğrultuda, hâkim seçimlerinin siyasi niteliğe bürünmesini önlemek için Missouri Liyakat Seçimi Amerikan hukukunda uygulanmaya başlamıştır⁵⁴⁸. Bu modelde, hâkimlerin atanma ve seçim sistemleri melez bir anlayışla birleştirilmekte ve “Vatandaşların Aday Gösterme Komisyonu” adı verilen bir kurul, eyalet valisi’ne liyakatlarına göre bir hâkim adayları listesi sunmaktadır⁵⁴⁹. Amerikan Barolar Birliği de 2003 yılında yayımladığı Adalet Tehlike Altında (*Justice in Jeopardy*) başlıklı raporunda atama sisteminin hâkim istihdamında tercih edilen yöntem olmasını önermiştir⁵⁵⁰. Yapılan önemli eleştirilerden biri de vatandaşların hâkimleri tanımadan, onlar hakkında fikir sahibi bile olmadan, onların seçiminde büyük rol oynamasıdır⁵⁵¹.

İngiliz hukukunda hâkimlerin atanmaları, 2005 yılına kadar Lordlar Kamarası’nın Hukuk Lordları alt birimi tarafından yapılmaktaydı. 2005 yılında bir yargı reformu gerçekleştirilerek, Lordlar Kamarası’nın yetkilerini alan bir Yüksek Mahkeme ve hâkim atamalarını gerçekleştiren bir Yargısal Atama Komisyonu oluşturulmuştur. Açıktır ki, İngiltere’deki yargı sistemi Türk yargı sisteminden farklı bir yapıya sahiptir. 2005 yılından sonra yapılan düzenleme ise, oldukça yenidir. Yeni yapıda, yasama ve yürütme erkinden bağımsız bir mekanizma geliştirilmeye çalışılmıştır⁵⁵².

Aslında İngiliz hâkimlik sistemi, İngiltere’de 1000 barrister; yani duruşmalara katılan deneyimli avukat, 40 Yüksek Mahkeme hâkimi ve 60 sulh mahkemesi hâkiminin olduğu bir dönem için tasarlanmıştır⁵⁵³. Yaklaşık olarak sekiz yüzyıl süren bu dönemde Lord Şansölye, hukukçu sayısının azlığından dolayı hâkimlerin seçimi ve

⁵⁴⁸ **Racker Paine Caufield**, The Curious Logic of Judicial Elections, *Arkansa Law Review*, vol. 64, 2011, s. 254.

⁵⁴⁹ **Caufield**, s. 266.

⁵⁵⁰ **Norman L. Greene**, Perspectives on Judicial Selection Reform: The Need to Develop A Model Appointive Selection Plan for Judges in Light of Experience, *Albany Law Review*, vol. 68/3, 2004-2005, s. 597-609.

⁵⁵¹ **Greene**, s. 601.

⁵⁵² **Hilal Yazıcı**, Bazı Ülke Örnekleri ve Uluslararası Belgelerde Yargı Kurulları, Hâkimlerin Atanma ve Disiplin İşlemlerine İlişkin Yetkileri, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, cilt 73, sayı 2, 2014, s. 763.

⁵⁵³ **Bell**, s. 312.

göreve gelişi ile bizzat kendisi ilgilenmekteydi⁵⁵⁴. Ancak 1970'lerden sonra hem hâkim sayısı hem de makam sayısı arttığı için Lord Şansölye'nin hâkimlerin seçimleri ve göreve gelişleri ile ilgilenmesi zorlaşmış, bu doğrultuda, 2005 yılında Anayasal Reform Yasası (madde 61) ile Lord Şansölye'nin doğrudan kullandığı hâkimleri atama görevi Yargı Atamaları Komisyonu'na devredilmiştir⁵⁵⁵. Bu köklü değişiklikle birlikte artık hâkim seçimleri Yargı Atamaları Komisyonu tarafından görevlendirilen bir Seçim Kurulu aracılığıyla yapılacak ve hâkim adaylarına dair hazırlanacak rapor Lord Şansölye'ye onay vermesi veya reddetmesi için sunulacaktır (Anayasal Reform Kanunu 2005, madde 75A ve 75G). Böylelikle, hâkim seçimi ve atamalarının kapalı şekilde tamamen siyasi kimliği baskın Lord Şansölye tarafından gerçekleştirilmesi son bulmuştur⁵⁵⁶. Bu çerçevede, hâkim atamaları Lord Şansölye tarafından gerçekleştirildiğinden Komisyon bir seçim kurumu niteliğindedir⁵⁵⁷.

Türk hukukunda, hukuk fakültesinden mezun olan genç hukukçular hâkimlik sınav ve mülakatlarında başarı sağlayarak Amerikan ve İngiliz hukukundakinin aksine genç bir yaşta, uzun bir hukuk deneyimi bulunmadan da hâkim olabilmektedir. Hâkimlik mesleği için bilginin yanı sıra hukuk tecrübesinin de çok önemli bir kriter olması sebebiyle Türk hukukundaki uygulamanın da bu doğrultuda tecrübe kıstasına önem vermesinin uygun olacağı kanısındayız.

Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'na eklenen geçici madde ile Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl süreyle Bakanlığın teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararı ile bir yıllık staj süresini tamamlayan adlî ve idarî yargı hâkim ve savcı adayları, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca mesleğe kabul edilmeleri hâlinde, hâkimlik ve savcılık mesleğine atanabilecekleri düzenlenmektedir (4954 sayılı Kanun Geçici 11. Madde). Bu uygulamayla zaten eleştiriye tabi tuttuğumuz hâkim adaylarının tecrübe kazanma

⁵⁵⁴ Bell, s. 312.

⁵⁵⁵ Bell, s. 312.

⁵⁵⁶ Jeffrey Jowel, The Growing International Consensus in Favour of Independent Judicial Appointment Commission, in *Judicial Appointments: Balancing Independence, Accountability and Legitimacy*, London 2010, s. 2, Bu sistem Yüksek Mahkeme ve yarı zamanlı hâkim atamaları hariç olmak üzere, bütün hâkimlerin göreve gelişini temin eden bir düzenlemedir.

⁵⁵⁷ Ushe Prashar, Translating Aspirations into Reality: Establishing the Judicial Appointments Commission, in *Judicial Appointments: Balancing Independence, Accountability and Legitimacy*, London 2010, s. 46, https://jac.judiciary.gov.uk/sites/default/files/sync/basic_page/ja_essay.pdf (Çevrimiçi 10/10/2015) .

süresini kısaltmakta ve hukuk hayatına yeni girmiş hukukçuların adaletin gerçekleştirilmesi için karar veren sıfatına kavuşmalarını hızlandırmaktadır. Tekrar vurgulamak isteriz ki, hâkimlik mesleği insanların ve toplumun geleceğini etkileyebilecek nitelikte kararlarıyla çok önemli bir meslektir. Dolayısıyla ne kadar hukuk tecrübesi ve hayat tecrübesi kazanılırsa adaletin o ölçüde daha çok kazanacağı kanaatindeyiz.

Türk hukukunda, hâkimler mevcut sistemde hâkimlerin bağımsızlığını temin için, hâkimlerin oluşturduğu bir kurul tarafından atanmakta, fakat bu kurulun salt hâkimlerden oluşmasına ilişkin durum değiştirilerek Adalet Bakanı'nın başkanlığında, Adalet Bakanlığı Müsteşarı ve Özlük İşleri Genel Müdürünün de temsil edildiği bir Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından atanması sistemi uygulanmaktadır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun üye ülkeler için almış olduğu "Hâkimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı" başlıklı tavsiye kararının birinci ilkesinde "Hâkimlerin profesyonel kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kriterlere dayanmalı, hâkimlerin seçimi ve kariyerleri; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre yapılmalıdır. Hâkimlerin seçimi ve kariyerlerine dair karar alan otorite, hükümetten ve idareden bağımsız olmalıdır. Ancak bu bağımsızlığın sağlanabilmesi için, yapılacak düzenlemelerin, bu otoritenin üyelerinin yargı tarafından seçilmesini ve çalışma usulüne dair kurallara yine kendisinin karar vermesinin güvenceye alınması gerekir" görüşü yer almıştır (madde 2/c)

Yukarıdaki tavsiye kararı ve karşılaştırmalı olarak değerlendirdiğimiz hâkimliğe ilişkin düzenlemeler çerçevesinde hâkimlerin göreve gelmesi için eğitimsel özellikler yanında, hayat tecrübesi ve hukuk tecrübesinin de zaruri olduğu, hâkimlerin tarafsız ve bağımsız şekilde göreve getirilmesi için atama yönteminin uygun olacağı, atama usulünün zedelenmemesi için her türlü siyasi etkiden uzak olması gerektiği sonucuna varmaktayız. Dolayısıyla Türk hukukunda mevcut olan atama yöntemi bağımsız bir seçimi sağlasa da, hâkimlerin tamamen hâkimlerce seçilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Hâkimlerin genç yaşta tecrübe kazanmadan bu önemli göreve getirilmemesinin de, Türk yargı sistemine kazandırılması gereken en önemli değişikliklerden biri olduğunu düşünmekteyiz. Bu doğrultuda, Anglo-Amerikan hukukunda olduğu üzere bir müddet avukatlık mesleğinde tecrübe kazanarak, hem

yargı sistemine daha geniş çerçeveden bakılması sağlanabilecek hem de uygulamaya yönelik deneyim kazanılması mümkün olacaktır. Hâkimlerin uzun yıllar avukatlık yaptıktan sonra karşılırlarına avukat meslektaşlarının gelmesinin hâkimin bağımsızlığını etkilememesi gerektiğini düşünmekteyiz. Anglo-Amerikan hukukunda bu yönde çekinceler ve eleştiriler bulunsa da, hâkim kürsüsüne hâkimlik görevi için geçmesine karar verilen bir hâkimin zaten yeterli tecrübe, bilgi, bağımsızlık ve tarafsızlık meziyetine sahip olacağı kabûlünden ötürü, hâkimleri bu şekilde bir zan altında bırakmanın yanlış olacağı görüşündeyiz. Ayrıca göreve gelecek hâkimlerin belirli bir yaşınl üzerinde olması şartının konulmasıyla, hâkimlerin gerekli hayat tecrübesini kazanacağına ve daha olgun nitelikte görüşlerle oluşturulmuş kararlarla adaleti daha tatminkar şekilde temin edeceğine inanmaktayız. Anglo-Amerikan hukukundaki gibi avukatlıktan hâkimliğe geçiş sistemi uygulanmadığı durumda ise, hâkimlik mesleğinin layıkıyla icrası için daha uzun süre staj ve eğitim sürecinin zaruri olduğu kanaatindeyiz.

Çalışmanın birinci bölümünün ikinci paragrafına yönelik olarak değerlendirmelerimiz ise şu şekildedir: Türk hukukunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun taraflarca getirilme ilkesi başlıklı 25. maddesine göre, hâkim kanunda öngörülen istisnalar dışında, iki taraftan birinin söylemediği şeyi ve vakıaları kendiliğinden dikkate alamamakta ve onları hatırlatacak davranışlarda bulunamamaktadır. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, kanunla belirtilen durumlar dışında hâkim kendiliğinden delil toplayamamaktadır. Buna göre, hâkim tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunma ile ilgili vakıalar ve delillerle bağılı olup sadece tarafların mahkemeye sunduğu vakıa ve deliller çerçevesinde incelemesini gerçekleştirip karar verecektir⁵⁵⁸. Vakıa ve delillerin ileri sürülmesi taraflara ait bir yükümlülük olduğundan, dava malzemesinin toplanması görevi hâkime değil taraflara düşmektedir. Böylece dava malzemesinin toplanması ve mahkemeye getirilmesi sürecinde hâkim yeterli aktif rolü üstlenememektedir.

Bununla beraber, delillerin toplanması bakımından Türk hukukunda taraflar yargılama içinde hâkime göre daha aktif role sahip olmasına rağmen, hâkim de

⁵⁵⁸ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 363; Ömer Ulukapı, Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hâkim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 6, sayı 1-2, 1998, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, Konya 1998, s. 717.

tamamen pasif değildir. Özellikle Anglo-Amerikan hukukuyla kıyaslandığında incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında hâkim, Anglo-Amerikan hukuku hâkimine nazaran daha aktif konumdadır. Örneğin, hâkim delillerin toplanması sırasında taraflarca gösterilmemiş olan delillere de başvurabilmektedir. Bu doğrultuda taraflarca ileri sürülmesi de re'sen bilirkişi incelemesine veya keşif yapılmasına karar verebilmektedir. Benzer şekilde davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde dava dosyasından uyuşmazlıkla ilgili bulunduğu bir kişinin tanık olarak dinlenmesine karar verebilmektedir. Bu verdiğimiz örnekler çerçevesinde hâkim pasif rolünü geride bırakarak, delillerin toplanması usulüne hâkim olan taraflarca getirilme ilkesinin sert ve esnek olmayan yapısını yumuşatmış olmaktadır.

Türk hukukuna ilişkin olarak yapmış olduğumuz bu açıklamalarımız taraflarca getirilme ilkesine veya araştırma ilkesine tabi hukuk sistemi ayrımının keskin şekilde yapılmasının yanlış ve yanıltıcı olduğunu açıkça göstermektedir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde yer alan Türk hukuku bünyesinde hem taraflarca getirilme ilkesine ilişkin hem de araştırma ilkesine ilişkin özellikler barındırmaktadır. Bu durum diğer ülke hukukları için de geçerli olmaktadır. Aslında dava malzemesinin toplanmasında hâkimin rolünün artırılmasıyla katı taraf egemen sistem olarak kabul edilen Anglo-Amerikan hukuku da, bu katı zırhından sıyrılmakta ve Kıta Avrupası hukuklarına yakınlaşmaktadır. Kimi Kıta Avrupası hukukunda, hukukların yakınlaştırılması hareketi ile Anglo-Amerikan hukukuna özgü taraf hâkimiyetini arttıran usuller benimsenmeye başlanırken; kimisinde ise hâkimin rolünü arttıran usuller uygulanmaya başlanmaktadır. Kısaca salt taraf egemen veya salt araştırma ilkesine tabi bir sistemin varlığından bahsetmek yerinde olmayacaktır. Gerek Anglo-Amerikan hukuku, gerekse ele almış olduğumuz Kıta Avrupası hukukları, dava malzemesinin toplanmasında hem taraflarca getirilme ilkesine has özellikler hem de araştırma ilkesine özgü özellikler içermektedir. Dolayısıyla, hâkim ve taraflar arasındaki rol dağılımı arasındaki denge önem taşımaktadır.

Çalışma boyunca aktardığımız Kıta Avrupası hukuklarında dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ikisi kabul edilse de vakıaların getirilmesi, delillerin toplanması ve bunların mahkemeye sunulması tamamen hâkimin idare ve denetiminde gerçekleştirilmektedir. Amerikan hukukunda ise sürecin taraf avukatları tarafından idare edilmesi sebebiyle vakıa ve delillerin toplanması süreci kötüye kullanılabilmekte

ve süreç adil yargılama ilkesinin zedelenmesine neden olabilmektedir. Amerikan hâkiminin dava malzemesi toplandıktan sonra devreye girmesi yeterli olmamaktadır.

Amerikan hukukunda, taraflar arasında yargılama usulüne ilişkin bir uyuşmazlık oluşmadıkça hâkimin davaya müdahalesi ve yargılama içindeki etkinliği sınırlıdır. Duruşma öncesi aşamada taraflar ancak aralarında sorun çıkması durumunda hâkime rol vermişlerdir. Örneğin discovery usulünde, discovery kurallarına aykırı olarak davaya ilişkin sahip olduğu belgeleri paylaşmak istemeyen tarafa, bu belgeleri mahkemeye sunması talebiyle taraflardan birinin mahkemeye başvurması durumu, hâkimin yargılamaya daha etkin şekilde dahil olmasını sağlamaktadır.

Amerikan hukukunun ayırt edici özelliklerinden biri olan discovery usulüne göre, kapsamlı bir dava malzemesi araştırması ve dava malzemesi toplanması süreci mahkeme dışında gerçekleştirilmektedir. Tarafların bu kadar kapsamlı bir vakıa ve delil araştırmasına girişmeleri de hâkimden önceden izni alınmadan gerçekleştirilmekte, dolayısıyla taraflar yargılamaya gerekli gereksiz birçok vakıa ve delili getirmiş olmaktadır.

Sonuç olarak Amerikan hukukunda dava malzemesinin araştırılması ve toplanması sürecinde hâkimin yargılamaya aktif olarak dahil olması ya hiç olmamakta ya da taraflar bir sorun yaşadıklarında hâkime başvurmakta, bu da hâkimin çok geç kalınmış bir aşamada yargılamaya dahil olmasına neden olmaktadır. Tarafların gereksiz, aşırıya kaçmış vakıa ve delillerine aktif olarak ve zamanında müdahalede bulunamayan hâkimin, adeta dallanıp budaklanan yaban dalları kocaman bir ağaç olduktan sonra müdahalede bulunması mümkün olamamaktadır. Amerikan hukukunda hâkimin sürece daha önceden dahil olarak vakıalar dallanıp budaklanmadan, gereksiz vakıaları eleme, denetleme işlemine başlaması gerekmektedir. Amerikan hâkiminin özellikle yargılamanın çok önemli bir aşaması olan dava malzemesinin toplandığı discovery usulü aşamasında daha aktif olarak yargılamaya katılması, bu aşamanın kötüye kullanılmasının önlenmesi için bir zaruret olarak görülmektedir. Şöyle ki, mevcut sistemde discovery usulü aşamasında, daha vakıalar tartışılmadan önce tanıkların yeminli ifadeleri alınmakta ve uyuşmazlığa ilişkin belgeler toplanmaktadır. Halbuki uyuşmazlığın temelini oluşturan vakıaların ispatı esastır.

İngiliz hukukunda ise, tarafların örneğin bilirkişi deliline başvurmak

istediklerinde hâkimin onayını almaları gerekmektedir. Lord Woolf'un sunduğu yargı reformu raporunda (*Woolf Reforms*)⁵⁵⁹ taraflarca adeta bir silah olarak kontrolsüz şekilde kullanılan bilirkişi delilinin taraf hâkimiyeti sistemiyle doğrudan bağlantılı olduğu ve adalete erişimi engellediği ve bu sebeple de bilirkişi delilinin mahkemenin denetiminde yürütülmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁶⁰. Bu noktadan hareketle Medeni Usul Kuralları ile tarafların bilirkişi deliline başvurmak istediklerinde hâkimin onayını almaları şartı getirilmiştir. Amerikan hukukunda ise, dava malzemesinin toplanması ve ileri sürülmesinde taraflar dominant rolü üstlendiğinden, hâkim bu sürece katılmamakta ve çoğu zaman gereksiz yere vakıa ve delillerin yargılamaya girmesi kaçınılmaz olmaktadır.

Hâkimin dava malzemesinin toplanması sürecine dahil edilmesiyle uyuşmazlığın kapsamı sınırlandırılmış olabilecektir. Böylece yargılamaya sadece uyuşmazlıkla doğrudan bağlantılı, önemli vakıalar eklenecek ve bu vakıalara yönelik ispat faaliyeti de bu doğrultuda sınırlandırılmış olacaktır. Dava malzemesinin toplanması süreci karmaşık bir hal alarak, tarafların gerçeğe ulaşmak için yaptıkları bir savaşa da dönüşmemiş olacaktır⁵⁶¹. Hâkimin bu süreçte daha aktif oluşu doğrudan yargılama masrafları ve yargılama sürelerine ilişkin sorunları da azaltacak nitelikte katkı sağlayacaktır.

Hâkimin yargılama içinde aktif rol alarak taraflarla dava malzemesinin toplanması sürecinde vakıa ve delilleri taraflarla birlikte müzakere etmesi özellikle Anglo-Amerikan hukukundaki vakıa ve delillerin toplanması sürecinin kötüye kullanımını önleyecektir. Hâkim yargılamayı sürüncemede bırakacak nitelikteki uyuşmazlığın çözümü için gereksiz gördüğü delillere başvurulmasını reddedebilmelidir. Aynı zamanda hâkimin yargılamanın başında ispatı gereken vakıaları belirlemesi gerekmektedir. Örneğin tarafların gereksiz yere bilirkişiye

⁵⁵⁹ Lord Woolf, Access to Justice, Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, Her Majesty's Stationery Office, London 1996, online: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm> (Çevrimiçi 21.07.2015).

⁵⁶⁰ **Access to Justice - Final Report**, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3c.htm#c13> (Çevrimiçi 01.05.2015); **De Vos**, s. 437.

⁵⁶¹ Bu kapsamda Fransız hukuku da, taraflar arasındaki bir savaş görünümüne sahip medeni usul anlayışından uzaklaşarak, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunduğu bir medeni usul anlayışına geçiş yapmıştır, **Serge Guinchard / Frédérique Ferrand**, Procédure Civile, Droit Interne et Droit Communautaire, Dalloz, 28. Edition, Paris 2006, s. 12.

başvurma talebini reddedebilmelidir. Kısaca belirtmek gerekirse, hâkimin dava malzemesinin toplanması sürecindeki aktif olarak oynayacağı rol, uyuşmazlığın sınırlandırılabilmesini sağlayan çok önemli bir araç niteliğindedir.

Amerikan hukukunda taraf hâkimiyetinin etkisinin yoğunluğunu gösteren bir diğer ayırt edici özellik hukuk davalarında jüri uygulamasıdır. Jüri yargılaması kesintisiz tek bir duruşma yapılmasını gerektirmektedir. Jüri yargılamasına ilişkin açıklamalarımızı jüri başlığı altında ayrıntılı olarak dile getirdik. Burada vurgulamak istediğimiz nokta jürili yargılamanın, taraflara ve taraf avukatlarına aktif bir rol vererek hâkimleri pasifleştirmesidir.

Amerikan hukukunda taraf avukatları yargılamaya ilişkin bütün vakıaları önem sırasına dikkat etmeden araştırmakta ve toplamaktadır. Çünkü jürili yargılama tek ve kesintisiz duruşmaya ihtiyaç duymaktadır. Bütün dava malzemesi toplandıktan sonra, toplanan vakıa ve deliller çerçevesinde jüri karar odasına çekilerek karar verebilecektir. Uyuşmazlığa ilişkin tüm dava malzemesinin gerekliliği tartışılmadan ve önem sırası araştırılmadan toplanması, yargılamayı asıl uyuşmazlık konusundan saptırabilecek bir uygulamadır. Örneğin daha uyuşmazlığa ilişkin sorumluluğun var olup olmadığı incelenmeden taraf avukatları zarar miktarına ilişkin araştırma yapmakta, delil ileri sürmektedir. Özellikle bu konuda bilirkişi incelemesi yapılmakta, eğer dava sonunda sorumluluğun oluşmadığı ortaya çıkarsa, bilirkişi incelemesi boşuna gerçekleştirildiğinden gereksiz yargılama masrafı oluşmakta ve ayrıca davanın uzaması da kaçınılmaz olmaktadır. Hâkim ise, bütün vakıalar ve vakıalara ilişkin deliller toplandıktan sonra devreye girmekte ve jüriye sunulacak vakıalar ve uygulanacak hukuku belirlemektedir.

Jürili yargılamanın yol açtığı bir başka sorun, soruşturma evresiyle ispat evresinin birarada olmasını engellemesi, bu durumun da tanıkların ve bilirkişilerin birden fazla kere dinlenmesini zorunlu hale getirmesidir. Buna göre, hâkim bilirkişi delilinin kabul edilebilir bir delil olup olmadığını belirlemek zorundadır. Çünkü ancak kabul edilebilir bir bilirkişi delilini jüriye delil olarak sunabilmektedir. Jüri de, bu bilirkişi delilinin güvenilirliğini belirlemek zorunda olduğundan, bilirkişi ifadesi iki kez alınmış olmaktadır.

İspata ilişkin dışlayıcı kurallar olarak tanımladığımız “*exclusionary rules of*

evidence” hem jürili yargılamalarda hem de jürisiz yargılamalarda uygulanmaktadır; fakat ispata ilişkin dışlayıcı kuralların jürisiz yargılamalarda uygulanması gereksizdir⁵⁶². Çünkü bu kuralların en temel amacı jüriyi yanıltabilecek ve önyargılı karar vermesine neden olabilecek, nitelikteki delillerin yargılamadan hariç tutulmasıdır. Jürinin olmadığı bir yargılamada ise, hukuk eğitim ve tecrübesine sahip hâkim söz konusu delillerin kabul edilebilirliğini takdir edebilecek niteliğe sahiptir.

Aynı doğrultuda jürinin bulunmadığı yargılamalarda bütün delillerin birarada sunulduğu tek ve kesintisiz duruşma usulüne de gerek olmadığı düşünülebilir⁵⁶³. Çünkü tek ve kesintisiz bir duruşma planı yukarıda ele aldığımız sebeplerden ötürü jürili yargılamalar için tasarlanmıştır. Elbette ki, duruşmaların yoğun bir şekilde yürütülmesi ve aralarında uzun müddetlerin olmaması yargılamanın akıbeti açısından her şekilde olumlu bir özelliktir. Diğer taraftan, jürili bir yargılama yoksa, bu durumda hâkimin delilleri incelemesinin ve tahkikatın birkaç duruşmadan oluşmasının ve kısa kesintilere tabi olmasının, yargılamayı olumsuz etkilemeyeceği; tam tersine hâkimin karar verme sürecini kolaylaştırabileceği görüşündeyiz. Ayrıca jürisiz yargılamalarda, delillerin kabul edilebilirlik incelemesi yapılması sebebiyle hem duruşma öncesi aşamada hem de jüriye yönelik olarak duruşma aşamasında iki defa ele alınması sorunu da söz konusu olmayacaktır.

Aynı şekilde jürinin bulunmadığı yargılamalarda geniş discovery kurallarının da uygulanmasına gerek olmayacaktır. Kısaca Amerikan hukukunda da jürinin bulunmadığı davalarda değerlendirmiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarına yakın bir uygulamanın benimsenmesi tercih edilebilir. Amerikan usul sistemi, jürinin bulunmadığı davalarda hala jürili yargılama varmışçasına delilleri sunma ve değerlendirme şekillerinin takibi için dizayn edilmemiştir. Doktrinde savunulduğu şekilde, Amerikan hukukunda dava malzemesinin toplanmasına ilişkin düzenlemeler uyuşmazlıkların katı taraf egemen şekilde, jürili yargılamayla çözümü için tasarlanmıştır. Bu sebeple, duruşma sırasında sürpriz oluşmaması için (sürpriz yasağı) oluşturulan geniş discovery kuralları da eğer duruşma yapılmayacaksa gereksizdir⁵⁶⁴.

⁵⁶² Murray / Sheldon, s. 230.

⁵⁶³ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 300.

⁵⁶⁴ Schwarzer, The Federal Rules, the Adversary Process, and Discovery Reform, s. 714. Jüri duruşmalarının zamanla yok oluşuna ilişkin açıklamalara aşağıda yer verilecektir.

Diğer taraftan altını önemle çizmek isteriz ki, çalışmanın ikinci bölümünde özellikle İngiliz hukukunda disclosure usulü kapsamında ele alınacak olan usuller katı taraf egemen sistemden uzaklaşarak Kıta Avrupası hukuklarına örnek olabilecek niteliktedir. Dolayısıyla her ne kadar İngiliz hukuk yargılamalarında, jürili yargılama yapılmasa da disclosure usulünden faydalanabileceğimiz usuller olduğu kanaatindeyiz. Bu yüzden de bu bölümde sadece katı taraf egemen Amerikan discovery usullerinin geniş kapsamda uygulanması sebebiyle gereksiz olduğunu belirttiğimizi vurgulamak isteriz.

Özetle, Amerikan sisteminde jürili yargılama terkedilmemiş olsa da, davaların büyük çoğunluğu çeşitli sebeplerden ötürü duruşma aşamasına varamamakta dolayısıyla da jüri yargılaması yapılamamaktadır. Jüri yargılamasının dezavantajlarını ortadan kaldırmak üzere tasarlanan genel olarak “dışlayıcı kurallar” ve discovery usullerinin hala katı şekilde jürisiz yargılamalarda da uygulanması yanlış sonuçlar doğurmaktadır. Amaç ortadan kalkmışsa artık bu amaç için yerine getirilen usullerin de terkedilmesi veya bu usullerin yumuşatılarak uygulanması ve hukukun daha köklü şekilde yenilenmesi gerekmektedir.

İngiliz hukukunda ise, vakıa ve hukuk ayrımı önemli bir temel ayrım olarak kabul edilmektedir. 1854 yılına kadar İngiliz hukukunda olağan yargılama usulü hâkim ve jürinin birlikte yer aldığı bir yöntemle yürütülmekteydi. Bu usule göre, jüri sadece vakıalara ilişkin meselelere yönelik kararlar vermekte, hâkim ise jürinin vakıalara yönelik gerçekleştirdiği belirlemelerden sonra söz konusu vakıalara ilişkin hukuku uygulamaktaydı. Bununla beraber, jüri uygulaması İngiliz hukukunda ani bir şekilde zayıflama göstermiş ve ilk olarak 1854 yılında, davanın her iki tarafının anlaşması ve hâkimin bunu onaylaması halinde yargılamanın jürisiz bir şekilde sadece hâkim tarafından yürütülmesi uygulaması mümkün hale gelmiştir. Sonrasında 1883 yılında bazı istisnai davalar haricinde taraflar aksini talep etmediği sürece davanın jürisiz bir şekilde sadece hâkim tarafından yürütülmesi kural haline getirilmiştir. 1933 yılında ise, davayı yürüten hâkimin yargılamanın jürili veya jürisiz şekilde yapılmasına karar vermesi benimsenmekle beraber 1966 yılında istinaf mahkemesince davayı yürüten hâkimin bu yönde bir takdirinin sadece istisnai bazı davalarda geçerli olacağına hükmedilmiştir⁵⁶⁵. Günümüzde ise, sadece sınırlı sayıdaki davalarda jürili

⁵⁶⁵ *Ward v. James* [1966]1 Q.B. 273, **Jolowicz**, On Civil Procedure, s. 29.

yargılama söz konusu olmaktadır. Böylelikle jüri yargılamasından vazgeçilmesiyle, İngiliz yargılamalarında hâkimin rolü artış göstermiştir. Bu doğrultuda İngiliz hâkimi dava malzemesinin toplanması sürecine daha fazla dahil olarak daha aktif bir hale gelmiştir. Örneğin karara esas alınacak vakıaların belirlenmesi meselesi jürinin yer almadığı bir yargılamada hâkimin rolü kapsamına girmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukunda hâkimin duruşma öncesi aşamadaki pasifliği dava malzemesinin toplanması sürecini olumsuz etkilemekte ve ağırlıklı olarak usul ekonomisi ilkesi zarar görmektedir. Her ne kadar dava yönetimine ilişkin kurallarla hâkimin rolü arttırılmış olsa da, hâkimin dava malzemesinin toplanması sürecinde eksikliği, usuli süreç yanında, adil bir karar verilmesini de olumsuz şekilde etkileyebilecek boyuttadır. İngiliz hukukunda ise, Medeni Usul Kuralları ile birlikte sert taraf egemen sistem büyük ölçüde yumaşatılmış ve hâkim yargılama içinde aktifleştirilmiştir. Jürili yargılamanın neredeyse tamamen kaldırılması ve hâkimin aktifleştirilmesi gibi köklü değişiklikler, İngiliz hukukunu incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarına önemli ölçüde yakınlaştırmış ve örnek alınabilecek bir hukuk sistemine dönüştürmüştür.

İKİNCİ BÖLÜM

VAKIALARIN GETİRİLMESİ VE DELİLLERİN TOPLANMASINDA HÂKİMİN ROLÜNÜN TARİHİ GELİŞİMİ

§ 1 İngiliz Hukukunda Vakıaların Getirilmesi ve Delillerin Toplanmasında

Benimsenen Usullerin Tarihi Gelişimi

İngiliz hukuku, Amerikan hukuk sisteminin doğrudan atası niteliğindedir¹. Amerikan usul hukukunun temel unsurları ortaçağ İngiliz hukukunda kaynağını bulmaktadır. 12. yüzyıldan itibaren, İngiliz Kraliyet mahkemeleri karmaşık bir kanunlar bütünü oluşturmuşlardır. İşte bu kanunlar Britanya İmparatorluğunun usul hukuk ve uygulamalarını çok büyük oranda etkilemiştir. Her ne kadar erken koloniler döneminde hukuk çeşitliliği varlığını korusa da, İngiliz hukuk sisteminin Kuzey Amerika üzerindeki etkisi, 17. ve 18. yüzyıllarda hukuki karmaşıklığın da iyice kendini göstermesiyle artmıştır. 17. ve 18. yüzyıllarda İngiliz müşterek hukuk sisteminin temellerinden olan hukuk davalarında jüri (*civil jury*), ferman (*the writ*), yazılı dilekçeler (*written pleadings*) ve halka açık mahkemede sözlü tanıklık (*oral testimony in open court*) kolonilerde kendini göstermiştir. Amerikan devriminden sonra, İngiliz müşterek hukuk sistemini temel alan hukuk sistemi, Birliğin çeşitli eyaletlerinde resmen kabul edilmiştir². Sonrasında, İngiliz usul hukukunun temelleri müşterek hukuk geleneği takip edilmeksizin, Birliğin yeni kazanılan bölgelerinde de, Louisiana ve Teksas gibi, etkisini göstermiştir³. Aşağıda İngiliz müşterek hukuk mahkemelerinde ve İngiliz Yüksek Mahkemesi (*English Chancery Court*) önünde dava malzemesinin toplanması usulünün temel unsurları açıklanacaktır. Kısaca

¹ Amerikan hukukunun tarihi geçmişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **H. J. Berman**, *The Historical Background of American Law*, in *H. J. Berman (ed), Talks on American Law*, New York: Vintage Books, 1961, s. 1-17.

² **L. M. Friedman**, *A History of American Law*, Second Edition, Simon and Schuster / Touchstone Books, New York 1985, s. 56-58.

³ **Friedman**, *A History of American Law*, chapter 2.

mevcut İngiliz ve Amerikan dava malzemesinin toplanmasına ilişkin düzenlemelerini oluşturan ve şekillendiren İngiliz hukukunun tarihi hukuk geleneğinden bahsetmek yaşanan değişimi göstermeye ve mevcut sistemin zihnimizde daha rahat şekillendirilmesine faydalı olacağına inanıyoruz.

I- Erken Dönem İngiliz Hukukunda Vakıaların Getirilmesi ve Delillerin Toplanması (*Fact Gathering*)

A- İngiliz Müşterek Hukuku (*Common Law*)⁴

Başlangıçta İngiliz Kralları adaletin yönetilmesi sürecine çok nadiren dahil olmaktadır. Sıradan davalarda uyuşmazlıkların çözülmesiyle, geleneksel olarak feodal Lordlar ilgilenmekteydi. Krallar sadece devleti ilgilendiren hukuk davalarına ve özel olarak belirli zorluk derecesindeki davaları görmekteydi. Kraliyet mahkemesinin yetkili olduğu sınırlı sayıdaki davada rutin olarak standart haline gelmiş usuller uygulanmakta idi. Bu standart usuller mahkemenin yargılama yetkisini (*jurisdiction*) sınırlandırmakta ve yetki alanına giren uyuşmazlıkların etkili olarak çözümlenmesini sağlamaktaydı. Zamanla Kraliyet mahkemelerinin yetkisi genişletildi ve Kraliyet mahkemeleri geleneksel feodal mahkemelerin yetkisine sahip olarak, feodal mahkemeleri ortadan kaldırdı. Böylece Kraliyet mahkemelerinin çözüme kavuşturduğu dava sayısı kademeli olarak artarken, standart dava usullerinin sayısı da artış gösterdi. 12. ve 13. yüzyıllardan itibaren Kralın mahkemesi (*the King's Bench*), Medeni Hukuk mahkemesi (*the Court of Common Pleas*) ve Sayıştaş (*Exchequer*) genellikle “*common law*” olarak adlandırılan hukuk kurumunu oluşturmuştur⁵.

18. yüzyıla kadar, usul hukuku ile maddi hukuk ayrı iki hukuk kolu olarak düşünülmemektedir⁶. İncelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarından farklı olarak Anglo-Amerikan hukukunda maddi haklardan ziyade davalar, usuller ve hukuki

⁴ *Common law-civil law* ayrımı; yani genellikle Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukuk sistemleri arasındaki temel farklılığı göstermek için kullanılan bu ayrım aynı zamanda Anglo-Amerikan hukukunun ilk dönemlerinde yapılan bir ayrımı da belirtmektedir. Erken dönemlerde, yargılama hukuk ve *equity*; yani hakkaniyet mahkemeleri tarafından yapılmakta idi ve yargılamanın hukuk koluna sadece “*law*” denildiği gibi “*common law*” da denilmekte idi.

⁵ **Baker**, s. 37-50; Ayrıntılı bilgi için bkz. **T. F. T. Plucknett**, *A Concise History of the Common Law*, Fifth Edition, Little, Brown and Company, Boston 1956.

⁶ **Plucknett**, s. 381-382.

areler üzerinde yoğunlaşılmakta idi⁷. Temel haklar ise ancak usul hukuku üzerinden kendini göstermekteydi.

B- Müşterek Hukuk Dilekçeleri (*Common Law Pleading*)

Dava duruşma aşamasına gelmeden önce taraflar davaya ilişkin meseleyi kendi açılarından ifade etmektedirler. Bunu dilekçeleri (*pleadings*) aracılığıyla gerçekleştirmektedirler. Dilekçenin en temel amacı tarafların uyuşmazlık içinde olduğu mesele veya meseleleri belirlemek ve diğer uyuşmazlık yaratmayan veya davayla ilgili olmayan meseleleri davadan hariç tutmaktır. Başlangıçta dilekçeler sözlü olarak sunulmaktaydı. Sonrasında bir mahkeme memuru bu dilekçeleri Latinceye tercüme etmekte ve kayda almaktaydı (*plea roll*). Dilekçe kayıtları bağlayıcı ve kesin niteliğe sahipti. 14. , 15. ve 16. yüzyıllar boyunca sözlü esasa dayanan dilekçe uygulaması aşamalı olarak yazılı hale geldi⁸.

Davacı ilk dilekçesinde (*opening pleading*) ncelikle iddiasının temellerini ve olayların ayrıntılı gelişimini sunmaktaydı. Ortaçağ Kraliyet mahkemelerinde ilk dilekçeye iddia (*count*) denilmekte ve genellikle davacı davasını sadece tek bir iddiaya dayandırabilmekteydi. Çünkü birden fazla iddia sıklıkla kabul edilmemekteydi. Davalı ise davacının iddiasına yönelik cevap dilekçesini oluşturabilmekteydi. Dava dilekçesinin içeriği dava türüne dayanmaktaydı. Genellikle dört seçenek mümkün olmaktaydı⁹:

Bunlardan ilkin göre davalı, davacının ileri sürdüğü iddiayı genel olarak reddedebilmekte (*generale traverse*), davalının bu şekilde yapmış olduğu savunma çok geniş kapsamda olmakta ve vakıalara ilişkin birçok meselenin çözümünü duruşma aşamasına bırakmış olmaktaydı¹⁰. Örneğin borca ilişkin bir davada davalı borcun varlığını reddedebilmekte “*nil debet*”, yahut da başkasının mlkinne tecavz davasında susuzluğunu ileri sürerek iddia edilen su işlemediği savunmasını yapmaktaydı¹¹.

⁷ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 80.

⁸ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 81.

⁹ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 81.

¹⁰ George Lemon Phillips, An Exposition of the Principles of Pleading Under the Codes of Civil Procedure, Callahan, Chicago 1896, s. 58-59.

¹¹ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 82.

İkinci olarak davalı, davacı tarafından iddia edilen vakılardan birini reddedebilmekte; (*special traverse*) böylelikle duruşmada sadece tek bir vakıaya ilişkin uyuşmazlığın çözümü gerçekleştirilmekteydi¹². Üçüncü olarak, davalı, davacının gerçekleştirdiğini iddia ettiği vakıaların gerçekleştirdiğini kabul etmekte ve fakat davacının iddiasına karşı hukuki itirazda (*demurrer*) bulunmaktaydı¹³. Son olarak da, davalı davacının gerçekleştirdiğini iddia ettiği vakıaları kabul etmekle birlikte bunlara yeni vakıaları da eklemekte (*confession and avoidance*), davalının yapmış olduğu savunmada eklemiş olduğu yeni vakıalara karşı, davacının yeni bir dilekçe oluşturması gerekmekteydi¹⁴.

Eğer yukarıda bahsedilen ilk üç dilekçe türünden biri tercih edilmişse, dilekçelerin teatisi aşaması tamamlanmış olmaktadır. Buna göre, ya bir hukuk meselesi ya da vakıaya ilişkin bir mesele uyuşmazlık içinde olmaktadır. Böylelikle taraflar dilekçeleriyle sadece uyuşmazlık konusu meseleyi belirlemiş olmaktadır. Eğer yukarıda bahsedilen üçüncü dilekçe türü tercih edilmişse, bu durumda mesele hâkimin çözmesi gereken bir hukuk sorunu olmaktadır. Diğer taraftan eğer dilekçe iddiaların genel veya özel reddi şeklindeyse (*general-speciale traverse*) uyuşmazlık vakıaya ilişkin olmakta ve jüri tarafından çözümlenmesi gerekmekte ve dilekçelerde ileri sürülmeyen vakıa meseleleri jüri önüne getirilememektedir¹⁵.

Yukarıda müşterek hukuk sisteminde görülen dilekçelere ilişkin verdiğimiz genel açıklamaları zihninizde canlandırmak adına örnekler ile açıklayalım: Örneğin, A, B'ye 100 Pound borç para verdiğini ve bu borcu geri alamaması sebebiyle dava açarak 100 Pound'luk bir borcun kendisine geri ödenmesini talep ediyor. Bu durumda davalı B bir seçim yapmak zorundadır. Yukarıda teorik olarak açıkladığımız dört seçenekten birini tercih etmelidir. Buna göre borç almış olduğu bu parayı ödemiş olduğunu ileri sürerek "*special traverse*" iddiayı reddedebilir. Yahut "*general traverse*" yolunu tercih ederek borcun hiç var olmadığı iddiası ile borcu reddedebilir. Ya da davalı B, davacı A'nın ileri sürmüş olduğu vakıalar çerçevesinde hukuken böyle bir hakkı olmadığını ileri sürerek hukuki itirazda bulunabilir. Son olarak davalı B, yukarıda açıkladığımız "*confession and avoidance*" çerçevesinde davacı A ile

¹² Phillips, s. 70 vd.

¹³ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 82.

¹⁴ Phillips, s. 64 vd.; Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 82.

¹⁵ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 82.

sonradan bir anlaşma yaparak bir antika ayna karşılığında borcun tamamen ibra edildiğini iddia edebilir. Eğer davalı B bu son yolu tercih ederse davacı A bu durumda ya hukuki itirazda bulunacak; ya antika aynayı almadığını iddia ederek “*special traverse*” davalının iddiasını reddedecek; ya da yeni bir iddia ekleyerek A’nın iddiasını reddedecektir. Müşterek hukuk dilekçelerini Kıta Avrupası hukuklarında görülen dilekçelerden ayıran en temel farklılık davalının sadece tek bir seçim yapabilmesi olmakta, davalı Kıta Avrupası hukuklarından farklı olarak, hem borcu ödediğini hem de borcun varolmadığını iddia edememektedir¹⁶.

İncelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında ise taraflar tek bir vakıa ile sınırlandırılmamışlardır. Aksine taraflar birden fazla vakıa ve hukuki argümanlarını biraraya getirerek dilekçelerinde ileri sürebilirler. Çünkü bu Kıta Avrupası hukuklarında hâkim karmaşık vakıa ve iddiaların ileri sürüldüğü dilekçelerde düğümü çözmek ve davayla bağlantısı bulunmayan meseleleri eleyerek, asıl uyuşmazlık konusunu oluşturan meseleleri ortaya çıkarmakla görevlidir¹⁷. Müşterek hukuk sistemindeki dilekçelerin ayırt edici özelliği ise her zaman tek bir hukuki veya vakıaya ilişkin meseleyi ortaya koymasıdır¹⁸. Çünkü müşterek hukukta dilekçelerin amacı incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında olduğu gibi davanın taraflarına ve mahkemeye ispatlanmak istenilen vakıalar hakkında bildirimde bulunmak değil, dilekçelerin esas amacı vakıalar ile hukuku birbirinden ayırmak ve vakıaları tek bir esas vakıa olarak daraltarak jürili yargılamaya hazırlamaktır¹⁹.

C- Erken İngiliz Hukukunda Duruşma (*Trial*)

Dilekçeler aşaması sonucunda uyuşmazlığın vakıalara ilişkin bir mesele olduğu sonucu ortaya çıkıyorsa, ön duruşma (*pretrial*) aşaması sonlanmış ve dava duruşma aşamasına ilerleyebilecek duruma gelmiş olur²⁰. Doktrinde Blackstone vakıalara ilişkin meselelerin çözümü için yedi farklı usulde duruşmanın mümkün

¹⁶ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 82.

¹⁷ Robert Wyness Millar, Some Comparative Aspects of Civil Pleading Under Anglo-American and Continental Systems, American Bar Association Journal, vol. 12/6, 1926, s. 401 vd.

¹⁸ C. C. Langdell, The Development of Equity Pleading from Canon Law Procedure, in: *Association of Law Schools (ed.), Select Essays in Anglo-American Legal History, Little, Brown and Company, Boston 1907-1909, Chapter 44*, s. 772.

¹⁹ Langdell, s. 772.

²⁰ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 83.

olduğunu ileri sürmüş; fakat bunlardan jürili yargılama zamanla baskın hale gelmiştir²¹.

Jürili yargılama kapsamında, başlangıçta on iki kişiden oluşan jüri üyeleri taraflarla aynı civarda yaşayan kişilerden oluşmaktaydı. Jüri üyeleri taraflarla aynı muhitte yaşadıklarından dava hakkında haberdar olmaktaydılar ve hem hukuk hem de vakıa sorunlarına karar vermekteydiler. Kral I. Edward döneminde (1272-1307) vakıa ile hukuk arasındaki önemli ayrım zamanla tanınmaya başlandı ve aynı zamanda jüri eskiden sahip olduğu dava hakkında haberdar bir grup insan olmaktan ziyade dava malzemelerini toplayan (*fact-finder*) tarafsız bir organ olarak görülmeye başlandı²².

Jüri önünde, sözlü iddialar tarafların avukatları tarafından alınmaktaydı. Taraf tanıkları da, taraf avukatları tarafından sözlü olarak sorguya çekilmekteydi. Sonrasında ise tarafların delilleri ileri sürülmekteydi. Bütün bu aşamaların ardından hâkim davayı jüri için özetlerdi. Hâkim uyuşmazlık konusu meseleyi belirlemekte, hukuki meseleler hakkında fikir vermekte ve jürinin işine yarayabilecek diğer gerekli yorumlarını yapmaktaydı²³. Hâkimin bilgilendirmesinin ardından jüri bir karar verirdi. Jüri duruşmada sunulan delilleri serbestçe değerlendirebilmekteydi (*principle of free evaluation of proof*).

D- İspata İlişkin Kuralların Ortaya Çıkışı ve Genel Olarak Delillerin Gelişimi

İngiliz hukukunda 1500’li yıllarda İspata İlişkin Kurallar oluşturulmuştu. Bu kuralların ilk oluşturulma amacı jürinin zamanla baskın hale gelmesi ve tanıkların esas delil kaynağı olmasıydı²⁴. Tanık delilinin kabul edilebilirliğine ilişkin kurallar büyük ölçüde 16. yüzyılda oluşturulmuştur²⁵. Dini sebeplerden ötürü yemin etmeyi kabul

²¹ **W. Blackstone**, Commentaries on the Laws of England, Clarendon Press, Oxford 1768, s. 330. Bu duruşma türleri şunlardır: *trial by record*, *trial by inspection or examination*, *trial by certificate*, *trial by witnesses without the intervention of the jury*, *trial by wager of battle*, *trial by wager of law*. Kapsamlarını çalışma konumuzun dışında olmaları sebebiyle açıklamıyor, ismen değinmeyi yeterli görüyoruz.

²² **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 83.

²³ **Blackstone**, s. 375.

²⁴ **W. S. Holdsworth**, The Development of Written and Oral Pleading in Association of American Law Schools (ed.), Select Essays in Anglo-American Legal History, Little, Brown and Company, Boston 1907-1909, s. 614 vd.

²⁵ **W. Twining**, Rethinking Evidence, Exploratory Essays, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2006, s. 37; **M. Ladd**, A Modern Code of Evidence, American Law Institute (ed.), Model

etmeyenler tanıklıktan men edilmekteydi. Aynı zamanda davadan menfaati olan kimseler de tanıklık yapmaktan mahrum bırakılmaktaydı²⁶. Buna göre sadece ekonomik menfaat değil, davanın sonucundan menfaati bulunan taraf ve eşlerinin de tanıklık yapması mümkün değildi²⁷.

18. yüzyılın başlarında, çapraz sorgu (*cross-examination*) aracılığıyla tanıkların sorgulanması İngiliz hukukuna dahil oldu. Bu dönemde, vakıaların incelenmesinde çapraz sorgulama usulünün güçlü ve etkili bir araç olduğuna inanılmaktaydı²⁸.

Doktrinde birçok yazara göre, ispata ilişkin birçok kural en iyi delil kuralı (*best evidence rule*) ile temellendirilmekteydi. Bu kurala göre, esas, orijinal delil kabul edilirken, ikincil nitelikte (*secondary*) deliller kabul edilemez sayılmaktaydı²⁹. Örneğin bir belgenin el ile yazılmış kopyası kabul edilemez sayılarak kullanılmamalıdır; çünkü esas, orijinal belge daha güvenilir niteliğe sahiptir. Fakat son yıllarda İngiliz hukukunda en iyi delil ilkesi eski önemini kaybetmeye başlamıştır³⁰. Hatta bu yüzden en iyi delil kuralına İngiliz doktrininde “delile dayanan hayalet” (*evidentiary ghost*) denilmektedir³¹. Buna karşılık hala Amerikan hukukunda³² etkilerini göstermektedir³³.

Code of Evidence, American Law Institute, Philadelphia 1942, s. 332-336.

²⁶ **Christopher J. W. Allen**, *The Law of Evidence in Victorian England*, Cambridge Studies in Legal History, Cambridge University Press, Cambridge 1997, s. 96.

²⁷ *Worral v. Jones* (1831), 7 Bing 395 (naklen **Allen**, *The Law of Evidence in Victorian England*, s. 98).

²⁸ **Holdsworth**, s. 694; **J. H. Langbein**, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 246.

²⁹ **Verkerk**, *Fact-Finding in Civil Litigation*, s. 84; **John Kaplan / Jon . Waltz**, *Evidence, Cases and Material*, University Casebook Series, The Foundation Press Inc., Sixth Edition, United States 1990, s. 694; *Sirico v. Cotto*, 67 Misc. 2d 636, 324 NYS 2d 483, Civil Court of the City of New York 1971.

³⁰ *Kajala v. Noble* (1982) 75 Cr. App. R. 149; *R. Wayte* (1982) 76 Cr. App. R. 110 at 116; *R. Governor of Pentonville Prison, Ex p. Osman* [1990] 1 W.L.R 277.

³¹ **J. D. Heydon / M. Ockleton**, *Evidence, Cases and Materials*, Forth Edition, Butterworths, London 1996, s. 9.

³² FRE Rule 1002, maddede belgelerin ve fotoğrafların orijinallerinin sunulması öngörülmektedir.

³³ *Gorton v. Hunter* [1969] 1 All ER 451, [1969] 2 QB 37.

E- Discovery Usulü

Medeni Usul Kuralları kabul edilmeden önce, discovery usulü 1882 tarihli “*Peruvian Guano testi*” olarak adlandırılan bir içtihadın³⁴ öngördüğü davayla bağlantılı belgelerin araştırılması ve ifşası için kullanılan geniş kapsamlı inceleme içeren bir teste dayanmaktaydı. Bu testin kapsamlı bir belge araştırma ve ifşa usulünü düzenlemesinin amacı geniş çerçevede yapılacak bir araştırma ile uyuşmazlıkla ilgili esas öneme sahip olup da gizlenmek istenen belgelerin ortaya çıkartılmasıdır³⁵. Her somut olayda taraflar *Peruvian Guano* içtihadında öngörülen geniş kapsamlı testi uygulayarak davayla bağlantılı olabilecek belgelerini belirlemektedirler. Yani kısaca bu içtihada göre uyuşmazlıkla bağlantılı herhangi bir meseleyle alakalı her türlü belgenin araştırılması ve ifşası mümkündür.

Bu usul kapsamının gereğinden fazla geniş olmasından ötürü yargılamada gecikmelere ve masraflara neden olmakla beraber; tarafların kötü niyetli yaklaşımlarına karşı da korunmasızdı. Taraflar bu usul ile birbirlerinden bir yığın belge talep ederek adeta birbirlerine karşı bir sindirme politikası uygulamaktaydılar.

Medeni Usul Kuralları’nın 31. maddesi, bu bahsedilen sorunları önlemeyi amaçlamış ve bu usulün özellikle iddia ve savunmayla orantılılığını sağlamaya çalışmıştır³⁶.

F- Delillere İlişkin Son Dönem Değişiklikler

İngiliz medeni usul hukukunda jüri uygulamasının yok oluşuyla birlikte son yıllarda delillerin modernize edilmesi de hız kazanmıştır³⁷. Bu gelişmeler aslında delillerin serbestçe değerlendirilmesine (*free evaluation of evidence*) ilişkin global eğilimle de bağlantılıdır³⁸. İngiliz hukukunda delillere ilişkin gerçekleştirilen üç temel

³⁴ The Peruvian Guano Test: *Compagnie Financière v. Peruvian Guano Co.* (1882) 11 QBD 55, 63, CA.

³⁵ **Andrews**, The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England, s. 96.

³⁶ **Andrews**, The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England, s. 96.

³⁷ **Neil Andrews**, Civil Procedure, in *Andrew Burrows, English Private Law, Oxford Scholarship Online 2013*, s. 1371.

³⁸ American Law Institute / UNIDROIT’s Principles of Transnational Civil Procedure 2004, Principle

değişiklik şunlardır³⁹:

İngiliz medeni usul hukukunda yer alan “*hearsay rule*” olarak adlandırılan dolaylı delillerin yasaklanmasına ilişkin kural olarak tanımlayabileceğimiz bu düzenleme yüzünden uyuşmazlıkla bağlantılı delillerin önüne bir bariyer çekilerek uyuşmazlıkla bağlantılı delillerin yargılamaya girmesi önlenmekteydi. Uyuşmazlıkla alakalı olsa bile yargılamaya sokulmayan deliller ikinci elden veya sözlü ifadelerin dolaylı bildirimi şeklindeki bilgilerdir. Bu yasak kapsamında dolaylı sözlü bildirimlerin yanı sıra, mahkeme dışında elde edilmiş belgeler de yer almaktaydı⁴⁰. 1995 yılından itibaren taraflara mahkeme dışında elde edilmiş sözlü ifadeleri ve belgeleri delil olarak kullanmalarına izin verilmiştir⁴¹. Böylece hâkime dolaylı delillerin incelenmesi konusunda bir rol verilerek, “kulaktan dolma” delile biçilen ağırlığı, önemi değerlendirmekle görevlendirilmiştir⁴². Bununla beraber, her ne kadar 1995 tarihli Medeni İspat Kanunu’nun birinci bölümünde dolaylı delil yasağı ortadan kaldırılsa da, dördüncü bölümünde dikkat çekmeden dolaylı delilin kullanımına karşı bazı tedbirler alınmaktadır⁴³. En iyi delil kuralının kabulü dolaylı delile karşı alınmış tedbiri göstermektedir. Böylece hâkim ilgili delili değerlendirebilecektir⁴⁴.

Bir sonraki önemli yenilik ise “*best evidence rule*” olarak adlandırılan en iyi delil kuralının uygulanmasının terkedilmesi olmuştur. Dolaylı delil yasağının kaldırılmasının ardından, uygulamayı rahatlatan bu kuralın kalkmasıyla, artık belgelerin orijinal versiyonlarının mahkemeye sunulması gerekliliği ortadan kalkmıştır. Bununla birlikte belgenin aslını sunmayan kişinin, mahkemeye asıl belgenin sunulamamasının nedenini tatminkar şekilde açıklaması gerekmektedir⁴⁵.

16.6, <http://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure> (Çevrimiçi 17.05.2015).

³⁹ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1371.

⁴⁰ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1371.

⁴¹ Civil Evidence Act, section 1.

⁴² Civil Evidence Act, section 4; *Polanski v. Condé Nast Publications Ltd* [2005] UKHL 10, [2005] 1 WLR 637, at [36]; **S. Salako**, The Hearsay Rule and the Civil Evidence Act 1995: Where Are We Now? Civil Justice Quarterly, vol. 19, 2000, s. 371.

⁴³ **Salako**, s. 374-375.

⁴⁴ Civil Evidence Act 1995, section 4(2).

⁴⁵ *Springsteen v. Masquerade Ltd.* [2001] EWCA Civ 513, [2001] Entertainment and Media LR 654, CA.

Dikkat çekici son önemli değişiklik ise, “*similar fact*”; yani benzer vakıa delilinin artık hukuk davalarında kabul edilebilir olmasıdır. Böylelikle hâkim, yasal olarak, gerçekleşmiş çok benzer vakıaları uyuşmazlıkla ilgili olarak dikkate alabilecektir⁴⁶. Benzer vakıa deliline ilişkin bir yasak konulmasındaki amaç aslında ceza davalarında sanığın suçluluğuna ilişkin yanlış bir kanaat oluşturma riskini ortadan kaldırmaktır⁴⁷. Bu tür delilin kullanılmasının yasaklanması da adil yargılanma hakkı ile bağlantılandırılmaktaydı⁴⁸. Hukuk davalarında ise, bu tür delilin kullanılmasının etkisi değişmekteydi. Kavramı örnek bir kararla açıklayalım. *Hales v. Kerr*⁴⁹ davasında, davacı, saçını ustura ile kesen ve sonra kanamasına neden olan ve bu kanamayı bir havluyla ve pudra ile durduran berbere saçının bu sebepten ötürü kel kaldığı gerekçesiyle hukuki sorumluluk davası açmıştır. Davacının, berberin dükkanında benzer deneyimi yaşayan iki tanığı mahkemeye çağırmasına izin verilmiştir. Bu tanıkların vermiş olduğu ifadeler neticesinde berberin araç gerecinin temiz olmadığı ve bu sebeple de berberin, davacının kel kalmasından son derece sorumlu olduğuna ilişkin yasal bir çıkarım (*legitimate inference*) oluşmuştur. Bir başka kararda, *Sattin v. National Union Bank Ltd.*⁵⁰ davacı, davalının bankasına emanet kasaya bıraktığı mücevherinin çalınması (elmas) üzerine, davalıdan zararını talep etmiş; istinaf mahkemesi de sorumluluğun belirlenmesinde davacının aynı bankanın deposundan mücevheri çalınan başka bir müşterisine ilişkin vakıanın delil olarak kabul edilmesine izin vermiştir. Kısaca artık benzer vakıa delili⁵¹ İngiliz hukukunda kabul edilebilir nitelikte bir delil sayılmaktadır.

Deliller bakımından hâkimin rolü Medeni Usul Kuralları’nın kabulünden önceki dönem çerçevesinde genel olarak incelendiğinde, hâkimin delillerin toplanmasında tamamen de pasif olmadığı görülmektedir. Örneğin tanıkları mahkemeye sadece taraflar çağırabilmekte ve çapraz sorguya tabi tutabilmekle beraber, hâkimin de tanıkların ifadelerinin açıklığa kavuşturulması ve aydınlatılması için tanıkları

⁴⁶ *O’Brien v. Chief Constable of South Wales Police* [2005] UKHL 26, [2005] 2 AC 534.

⁴⁷ **Munday**, s. 297.

⁴⁸ **Munday**, s. 297.

⁴⁹ *Hales v. Kerr* [1908] 2 KB 601.

⁵⁰ *Sattin v. National Union Bank Ltd.* (1978) 122 Sol Jo 367.

⁵¹ Benzer vakıa delili hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Donald K. Piragoff**, *Similar Fact Evidence, Probative Value and Prejudice*, The Carswell Company Limited, Toronto 1981.

sorgulayabileceği kabul edilmektedir⁵². Bununla beraber eğer hâkim adeta bir avukat görünümüne bürünürcesine tanıkları sorgularsa, istinaf mahkemesi buna engel olmakta ve yeni bir duruşma yapılmasına hükmetmektedir⁵³. Yani taraflar uyuşmazlığa ilişkin vakıa iddialarını destekleyen delillerini kendileri mahkemeye sunmakta, hâkim ise sadece belirsiz veya karanlık noktaları aydınlatmak amacıyla soru sorabilmektedir. Bunun dışında hâkim sorgulama gerçekleştirememektedir. Tarafların mahkemeye sunduğu delillerin güvenilirlikleri ve doğrulukları ise, davanın karşı tarafının çapraz sorgusu ile test edilmektedir. Sonuç olarak hâkim, tarafların mahkemeye sunduğu delillerin yarışması sonucunda ortaya çıkan tablodan doğruyu, haklıyı belirlemektedir⁵⁴.

Medeni Usul Kuralları'nın kabulünden önce, 20. yüzyılın sonlarında artık hâkimin dava malzemesinin toplanmasında pasif duruşunu değiştirerek, aktifleşmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁵. Bu doğrultuda, Medeni Usul Kuralları'nın oluşumuna yönelik hareketlenmeler ve tartışmalar başlamış oldu.

II- İngiliz Hukukunda Son Dönem Gelişmeler

A- Medeni Usul Kuralları (*Civil Procedure Rules-CPR*)

1998 yılında kabul edilen ve 1999 yılında yürürlüğe giren İngiliz Medeni Usul Kuralları⁵⁶, davanın tarafları, taraf avukatları ve hâkim arasındaki ilişkiyi yeniden şekillendirmiştir. Kanunun kabulünden önce katı taraf egemenliğine tabi olan İngiliz usul hukuku, değişikliklerle birlikte tarafların daha az egemen olduğu bir sisteme dönüşmüştür⁵⁷. Medeni Usul Kuralları yargılama usulünün kontrolünü davanın tarafları ve taraf avukatlarından hâkime devretmiştir⁵⁸. Böylece kanun değişikliğinden önce duruşma öncesinde taraflara ve avukatlarına hasredilen geniş hâkimiyet,

⁵² **Mauro Cappelletti / J. A. Jolowicz**, Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation, Ocena Publications, New York 1975, s. 187.

⁵³ *Jones v. National Coal Board* [1957] 2 Q.B. 55.

⁵⁴ **Cappelletti / Jolowicz**, s. 188.

⁵⁵ **Cappelletti / Jolowicz**, s. 276-77.

⁵⁶ (England and Wales), S.I. 1998/3132, L.17, Ministry of Justice, <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil> (Çevrimiçi 21.07.2015).

⁵⁷ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1322.

⁵⁸ **Andrews**, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 29-30.

hâkimlere bahşedilen dava yönetimi görev ve yetkileriyle büyük oranda zayıflamıştır (CPR Rule 1.4 (2) 3.1)⁵⁹.

Medeni Usul Kuralları çerçevesinde hâkim artık duruşmanın yönetilmesi görevini üstlenmektedir. Aynı zamanda, duruşmaya hazırlık aşamasında da hâkimin özellikle davayı duruşma aşamasına hazırlamak adına tıpkı bir heykeltraş gibi biçimlendirmelerde bulunması söz konusu olmaktadır. Böylece İngiliz hâkimine Medeni Usul Kuralları ile yargılama içinde aktif bir rol verilmiştir⁶⁰.

Anglo-Amerikan hukuku çatısı altında bulunan İngiliz usul hukukunda her ne kadar hâkimin davaların etkin ve sürüncemede bırakılmadan yürütülmesine ilişkin rolü arttırılsa da, dava malzemesinin toplanması ve mahkemeye sunulmasında tarafların egemenliği devam etmektedir. Buna göre, mahkemeye tanıkların çağırılması veya bazı belgelerin ileri sürülmesi yine taraflarca gerçekleşmekte, hâkim ise buna karışmamaktadır. Hâkim taraflara belirli belgelerin mahkemeye sunulması veya tanıkların mahkemeye çağırılması konusunda bir zorlamada bulunamamaktadır. Bununla birlikte İngiliz hâkimi değişiklikle birlikte tarafların delillerini hazırlama sürecine daha fazla etkili olmaktadır. Bu doğrultuda hâkim, 1- İspatı için delil sunulacak vakıaların belirlenmesinde veya sınırlandırılmasında, 2- Mahkemeye davet edilecek tanıkların belirlenmesinde veya tanıkların göstereceği delillerin mahkemede okunup okunmaması konusunda, 3- Tanık ifadelerinin uzunluğu veya formatının sınırlandırılması konusunda taraflara yönlendirmelerde bulunabilecektir (CPR Rule 32.2(3)). Hâkimin duruşma öncesinde tarafların mahkemeye sundukları tanık ifadelerini okuması beklenmekte ve duruşma aşamasında ise tanık delilini sözlü olarak incelemeye (*oral examination*) tabi tutması söz konusu olmaktadır⁶¹. Bu doğrultuda, hâkim hukuk davalarında duruşmaya hazırlanmak üzere “*trial bundle*” adı verilen davaya ilişkin bilgileri okumaktadır (CPR Rule 39.5; PD (39A) para’s. 3.1- 3.10) Genel olarak duruşmalar halka açık yapılsa da, kimi zaman kişilerin emniyetlerinin korunması adına mahkeme tarafın veya tanığın kimliğinin ifşa edilmemesini

⁵⁹ **Neil H. Andrews**, A New Civil Procedural Code for England: Party-Control “Going, Going, Gone”, *Civil Justice Quarterly*, vol. 19, 2000, s. 19; **Andrews**, *Andrews on Civil Processes*, s. 19.

⁶⁰ **Malek**, s. 13.

⁶¹ **Andrews**, *Civil Procedure*, s. 1325.

emredebilmektedir (CPR Rule 39.2(4); PD (39A) 1.4A).

Hâkim aynı zamanda kabul edilebilir niteliğe sahip olsa da bazı delillerin yargılamadan çıkarılmasına⁶² karar verebileceği gibi, çapraz sorgulamayı da sınırlandırabilmektedir (CPR Rule 32.1(2)(3)). Ayrıca hâkim hem seri yargılama⁶³ (CPR Rule 28.3(1) ve PD (28) 8.4) hem de çoklu yargılama⁶⁴ usullerinde tanıkların ve bilirkişilerin sayısını sınırlandırabilmektedir⁶⁵.

Medeni Usul Kuralları ile hâkimin rolü genişletilmeden önce, hâkimin taraflarca ileri sürülen vakıaları derinleştirme yetkisi bulunmamaktaydı. Yeni kanunla birlikte hâkime dava malzemesinin ileri sürülmesi konusunda daha aktif bir rol verilmiştir. Bununla birlikte hâkimin yargılama içinde kavuştuğu aktif rolün sınırları hala tam olarak açıkça belirtilmiş değildir⁶⁶. Şöyle ki, eğer taraflar ileri sürdükleri vakılarda değişiklik yapmak isterlerse, çoğunlukla hâkimin izni gerekmekte ve hâkim de bu değişikliğin gerçekleşmesini kabul etmeyerek önleyebilmektedir (CPR Part 17). Bu sebeple İngiliz hukukunda hâkimin bunu takdir sınırları hala tartışma konusu olmaktadır.

1998 yılında Medeni Usul Kuralları'nın kabulünden önce de hâkim yargılama içinde tamamen pasif konumda değildi. Örneğin, tarafların dilekçelerindeki belirli eksikliklerin tamamlanarak dilekçelerin düzeltilmesi konusunda hâkim Amerikan hukukundan farklı olarak tamamen pasif durmamakta ve yargılama usulüne katılmaktaydı. Bu doğrultuda hâkim örneğin dava dilekçesinde dava sebebi belirtilmemişse davayı reddedebilmekteydi. Nisan 1998 reformuyla birlikte İngiliz hâkiminin davayı reddetmek konusundaki yetkileri arttırılarak (CPR Rule 3.4 (1)) daha

⁶² *Grobbelaar v. Sun Newspapers Ltd.*, The Times, 12 August 1999, CA (Bu dava bir hukuki sorumluluğun incelendiği iftira davasıdır (*libel action*) ve hâkim bazı delillerin gereksiz yere çok uzun ve ayrıntılı olmalarından ötürü yargılamadan hariç tutulmasına karar vermiştir.)

⁶³ *Fast track* olarak adlandırılan seri yargılama usulünün önem derecesi daha yüksek olup 5000 ile 15000 Pound arasındaki davalara yönelik olarak bir usul öngörmektedir. Bu usul aynı zamanda, ihtiyati tedbirler ve konusu para olmamakla birlikte *small claims* olarak adlandırılan küçük talepler usulünde görülmesi mümkün olmayan, bununla beraber çok yönlü yargılama usulünün (*multi track*) karmaşık işlemlerine de tabi olmayan bir ara usuldür.

⁶⁴ *Multi track* olarak adlandırılan çok yönlü yargılama usulünde değeri 15000 pound'un üstündeki özel uzmanlık gerektiren karmaşık davalar görülmektedir. Örneğin ticari davalar çok yönlü yargılama usulüne tabidir.

⁶⁵ CPR Rule 32.1 ise, her türlü yargılamada geçerli olmaktadır.

⁶⁶ **Neil Andrews**, *Principles of Civil Procedure*, Sweet and Maxwell, London 1994, s. 39.

aktif bir hâkim modeli çizilmeye çalışılmıştır.

Medeni Usul Kuralları ile yönetici hâkim modeli etkisini göstermektedir. Yönetici hâkim modeli aynı zamanda vakıaların belirlenmesinde (CPR Rule 1.4 (2) (b)), taraflardan birinin talebi üzerine ileri sürülen vakıaların aydınlatılmasına (CPR Rule 18.1), hangi davaların duruşmalı yapılacağına, hangilerinde duruşmalı yargılamanın yapılmasına gerek olmadığına ve hangi meselenin ne zaman ele alınacağına ilişkin kararın verilmesini sağlayan aktif dava yönetimi modelini de bünyesinde barındırmaktadır. Hâkim aktif dava yönetimi çerçevesinde bazı vakıaları değerlendirme dışında bile tutabilmektedir (CPR Rules 1.4 (2) (c), 1.4 (2) (d) ve 3.1 (2) (k)).

Günümüzde İngiliz medeni usul hukukunda çok sınırlı sayıda dava jüri yargılamasına tabi tutulmaktadır. Hukuk davalarında jüri uygulamasının terk edilmesi, İngiliz hukukunda özellikle duruşmalı yargılamalarda hâkimin rolünü de genişletmiş olmaktadır⁶⁷. Dava malzemesinin toplanması sürecinde hâkim yargılamaya daha aktif şekilde katılmakta ve en önemlisi kararın temel alınacağı vakıaların ve bu çerçevede delillerin karar verilmesi faaliyeti de artık hâkimin görevi kapsamına girmiş olmaktadır⁶⁸.

Sonuç olarak İngiliz usul hukuku Medeni Usul Kuralları ile birlikte aslında taraf merkezli Amerikan hukuk sistemi ile, incelemiş olduğumuz mahkeme odaklı Kıta Avrupası hukukları arasında, her iki hukuk sistemine de orta derecede bir konuma sahip olmuştur. İngiliz hukuk sisteminin, ara bir sisteme dönüşmesinin önemli bir göstergesi disclosure usulünün uygulanma şeklidir⁶⁹. Bu doğrultuda İngiliz hukukunda belgeye dayalı disclosure usulü (*documentary disclosure*), Amerikan hukukuna göre oldukça sıkı sınırlandırmalara tabi tutulmaktadır (CPR Rules 31.3(2), 31.7(2), 31.9(1))⁷⁰. Bu usul kapsamında taraflar sadece dayanmak isteyecekleri; iddia veya savunmalarını olumsuz etkileyen veya karşı tarafın davasını olumsuz etkileyen veyahut destekleyen belgeleri ifşa edecek ve karşı tarafın incelemesine izin verecektir

⁶⁷ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 309.

⁶⁸ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 310.

⁶⁹ Andrews, English Civil Justice in the Age of Convergence, s. 98.

⁷⁰ Neil Andrews, English Civil Justice in the Age of Convergence, s. 98; Andrews, The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England, s. 96-97.

(CPR Rule 31.6). Yani yeni sistemde artık Amerikan hukukundaki gibi geniş kapsamda bir dava malzemesi araştırmasına izin verilmemekte ve aynı zamanda Amerikan hukukundaki gibi disclosure usulü tarafların iznine bağlı olmadan otomatikman işlememektedir. İngiliz hukukunu Amerikan hukuku ile çok benzer gösteren discovery-disclosure usulünün de, İngiliz hukukunda etkisini zayıflatmasıyla ve hâkime verilen başlıca hedeflerin ışık tuttuğu dava yönetimi rolü ile artık İngiliz hukukunun hem Amerikan hukukuna hem de değerlendirdiğimiz Kıta Avrupası hukuklarına neredeyse eşit mesafede olduğunu söylemek çok da yanlış olmayacaktır.

B- Medeni Usul Kuralları Çerçevesinde Gerçekleştirilen Önemli Değişiklikler

Bu bölümde 1998 yılında kabul edilen Medeni Usul Kuralları ile gerçekleştirilen önemli değişiklikler, dava malzemesinin toplanması çerçevesinde hâkimin rolü bakımından ele alınacaktır. Medeni Usul Kuralları ile birlikte dava malzemesinin toplanması çerçevesinde hâkim daha aktif hale gelmekte ve yönetici hâkim modeline sahip olmaktadır. Dolayısıyla aşağıdaki başlıklar altında özellikle hâkimin rolünü aktif hale getiren unsurlara dikkat çekilerek İngiliz usul hukukunun esnek olmayan taraf egemen özelliklerinden uzaklaşmasına neden olan değişikliklere dikkat çekilecektir. Yeri geldiğinde İngiliz hukukundaki uygulamalar, Amerikan ve Türk hukuklarıyla kıyaslamalı olarak ele alınacaktır.

1- Dilekçe Yapısında Değişiklikler

Medeni Usul Kuralları ile birlikte, müşterek hukuk dilekçeleri köklü değişikliklere tabi tutulmuştur. Artık taraflar uyumsuzluğa ilişkin vakıalarını kapsamlı şekilde, dilekçeleri (*statements of case*) aracılığıyla mahkemeye sunmakta ve tarafların dilekçeler aracılığıyla sundukları vakıalar hâkim tarafından vakıaların belirlenmesinde, duruşma ve duruşma öncesi aşamasına (özellikle discovery usulünde) dayanak noktası teşkil etmektedir⁷¹. Ayrıca Medeni Usul Kuralları'nın 22.1. maddesi gereğince dilekçeler ve dilekçelere ek sunulan belgeler "*statements of truth*"; yani doğruluk beyanı, bildirimi olarak Türkçeleştirebileceğimiz dilekçelerle de taraflarca

⁷¹ Malek, s. 56.

doğrulanmaktadır. Böylece delillerle desteklenmeyen ve ileri süren tarafça doğruluğu hakkında dürüst inanç bulunmayan vakıaların ileri sürülmemesi sağlanmaktadır⁷². Medeni Usul Kuralları'nın 16.4(1)(a). maddesine göre tarafların iddialarını dayandırdıkları vakıaları dilekçelerinde kısaca belirtmeleri gerekmektedir. Önceden tarafların dilekçelerinde delillerini sunmaları mümkün değilken (RSC Ord. 18, r. 7(3)), yeni dilekçe sistemiyle tarafların dilekçelerinde delillerini sunmalarına imkan tanınmakla birlikte, deliller yine de dilekçelerde bulunması gereken bir şart olarak öngörülmemektedir. Örneğin taraflar dilekçelerinde mahkemeye çağıracakları tanıkları belirtebilecekleri gibi (CPR Rule 16, PD 16, Rule 13.3(2)); iddialarını dayandırdıkları belgeleri de dilekçelerine ekleyebilmektedirler (CPR Part 16, PD 16, CPR Rule 13.3(3)). Taraflar aynı zamanda iddialarının temelini oluşturan hukuki noktalara da dilekçelerinde yer verebilirler (CPR Part 16, PD 16, CPR Rule 13.3(1)).

2- Dilekçelerdeki Değişiklik Talepleri: Yeni Vakıa Eklenerek İddia ve Savunmaların Değiştirilmesi

İngiliz hukukunda Medeni Usul Kuralları ile birlikte hâkimlerin artan yetkileri doğrultusunda, hâkimlere taraflarca dilekçelerin değiştirilmesine yönelik ileri sürülen talepler konusunda da geniş yetkiler verilmiştir (CPR Part 17).

Dilekçesinde değişiklik yapmak isteyen taraf öncelikle, dilekçe diğer tarafa tebliğ edilmeden önce her zaman dilekçesini değiştirebilmekle beraber, eğer dilekçe diğer tarafa tebliğ edilmişse bu durumda sadece davanın diğer tarafının onayıyla veya hâkimin onayıyla dilekçesini değiştirebilmektedir (CPR Rule 17.1). Dilekçelerin değiştirilmesi konusunda hâkime öyle önemli bir rol verilmiştir ki, hâkimin izninin gerekmediği davalarda bile Medeni Usul Kuralları'nın 17.2. maddesine göre hâkim değişikliğe izin vermeyebilecektir.

Medeni Usul Kuralları'nın 17.1(2)(b) maddesi, dilekçelerde yapılacak değişiklikler konusunda hâkime bir takdir yetkisi tanımakla beraber, bu takdir hakkının hâkim tarafından nasıl uygulanacağına ilişkin bir açıklama yapmamaktadır.

⁷² **Malek**, s. 56. Bu yönde bkz. *Clarke v. Marlborough Fine Art (London) Ltd* [2002] 1 W.L.R. 1731 at 1746.

Bu doğrultuda hâkimin dilekçe değişikliğine ilişkin vereceği izin, başlıca hedefler⁷³ kapsamında gerçekleşen bir takdir hakkına dayanmaktadır⁷⁴. Dolayısıyla İngiliz hukukunda hâkimin dilekçe değişikliklerine ilişkin vereceği kararlar takdiri olmasından dolayı somut olaylara göre değişkenlik göstermekte ve içtihatlarla bu takdir hakkının uygulanışı şekillenmektedir. Hâkimin takdir hakkının çerçevesini çizen bir karar olarak *Cobbold v. London Borough of Greenwich*⁷⁵ davasını örnek gösterebiliriz. Bu kararda, dilekçe değişikliğine başlıca hedefler kapsamında, davanın adil ve süratli şekilde halledilmesini sağlayan nitelikte olmak koşuluyla izin verilebileceği belirtilmiştir.

Cobbold v. London Borough of Greenwich kararında benimsenen görüşe göre, dilekçeye yapılacak değişiklik ancak yargılamanın erken bir aşamasında ise mümkün olabilecektir⁷⁶. Bu doğrultuda olmak üzere, *Ketterman v. Hansel Properties Ltd.*⁷⁷ davasında davalılardan biri, daha önceden davanın esasına ilişkin olarak iddialarını ileri sürmüş ve kapanış konuşmaları esnasında savunmasını değiştirmek istemiş ve davacının talebinin zamanaşımına uğradığını iddia etmiştir. Bu davanın hâkimi, bir iddianın temelini yargılamanın neredeyse son anında esasen değiştirilmesinin mümkün olmadığını, hâkimin takdir hakkını, birçok unsuru göz önünde bulundurarak kullanması gerektiğini belirtmiştir. Bu durumun ayrıca davanın diğer tarafına olan olumsuz etkisinin altını çizerek, yargılamada oluşacak adli zaman kayıplarına ve ertelemelere dikkat çekerek, dilekçe değiştirme talebini reddetmiştir.

Kısaca, dava duruşma aşamasına yaklaştıkça, dilekçe değişikliklerinin daha da çok dikkatli şekilde bütün boyutlarıyla incelenerek ele alınması gerekmektedir. Bu doğrultuda değişiklik diğer tarafın duruşma aşamasına hazırlanmasını olumsuz etkilemekteyse veya değişiklik duruşmanın ertelenmesini gerektirmeyse bu durumda değişiklik talebi hâkim tarafından reddedilmelidir⁷⁸.

⁷³ Aşağıda, bölüm 2, §1 II 4'te ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

⁷⁴ *Sime*, s. 244.

⁷⁵ *Cobbold v. London Borough of Greenwich* (1999) LTL 24/5/2001.

⁷⁶ *Cobbold v. London Borough of Greenwich* (1999) LTL 24/5/2001.

⁷⁷ *Ketterman v. Hansel Properties Ltd.* [1987] AC 189.

⁷⁸ Duruşma tarihini etkileyecek son dakika dilekçe değişikliklerine izin verilmemektedir, bu yönde bkz. *Woods v. Chaleff* [1999] EWCA Civ 1522; *Morris v. Bank of America* [2002] EWCA Civ. 425; *Savings and Investment Bank v. Fincken* [2003] EWCA Civ. 1630. Aksi yönde; yani son dakika dilekçe

Yargılamanın çok geç bir evresinde gerçekleştirilecek dilekçe değişikliklerine İngiliz içtihadı izin vermese de, taraflar arasındaki vakıaların aydınlatılması amacıyla yapılacak bir dilekçe değişikliğinin yargılamanın geç bir evresinde olsa bile mümkün olabileceğine dikkat çekilmektedir⁷⁹.

Taraflara tanınmış bu dilekçe değiştirilmesi hakkı, tarafların dilekçelerini yeni baştan oluşturmaları için verilmemiştir⁸⁰. Taraflar dilekçelerini, uyuşmazlığa ilişkin vakıaları daraltmak veya aydınlatmak amacıyla değiştirebileceklerdir⁸¹. Bununla beraber kimi zaman geniş kapsamlı, mahkemeye ilk sunulan dilekçe ile bağdaşmayacak farklılıktaki değiştirme dilekçeleri de hâkim tarafından kabul edilebilmekte ve bu çerçevede davanın karşı tarafına mal olacak zararların dilekçe değiştirme talep eden tarafça karşılanabilir olması gerekmektedir⁸². Eğer karşı tarafa önemli ölçüde zarara sokacak bir değişiklik⁸³ talep edilmekteyse ve masraflar değişiklik talep eden tarafça karşılanabilir nitelikte değilse, bu durumda değişiklik talebi hâkim tarafından reddedilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, karşı tarafın zararı yeterli ölçüde tazmin edilemeyecek olsa bile, bazı hallerde hâkim adalet yararına olmak üzere değişikliğe izin verebilmektedir⁸⁴.

Diğer taraftan, başarı şansı bulunmayan (*no prospect of success*) veya davasını destekleyecek delili bulunmayan veyahut da tahmin niteliğinde olan yeni iddia veya savunmalara ilişkin dilekçe değişiklikleri reddedilebilecektir⁸⁵. Reddedebilmekle birlikte Türk hukukundaki gibi kesin bir yasak söz konusu değildir; hâkim somut olaya göre takdir etmektedir.

değiştirme taleplerine izin veren karar örneği için bkz. *Electronic Data Systems Ltd v. National Air Traffic Services* [2002] EWCA Civ. 13 CA.

⁷⁹ *Ketterman v. Hansel Properties Ltd.* [1987] AC 189; *Clarapede and Co. V. Commercial Union Association* (1883) 32 WR 262.

⁸⁰ *Osea Road Campsites Ltd* [2005] 1 W.L.R. 760 Ch D at 17.

⁸¹ **Malek**, s. 59-60.

⁸² **Malek**, s. 59. Bu yönde bkz. *Cobbold v. London Borough of Greenwich*, August 9, 1999, CA; *Morris v. Bank of America & NTSA* [2002] EWCA Civ. 425.

⁸³ *P and O Nedlloyd BV v. Arab Metals* [2006] EWCA Civ 1300; [2007] 1 W.L.R. 2483 CA at 22-23.

⁸⁴ *Gabriel v. Hayward* [2004] EWHC 2363 TCC.

⁸⁵ *Oil & Minerals Development Corp v. Senjaad* [2002] EWHC 1258 QB; *Clarke v. Marlborough Fine Art* [2002] 1 W.L.R. 1731; *Collier v. Blount Petre Kramer* [2004] EWCACiv 467; *Clyde & Co v. New Look Interiors of Marlow Ltd* [2009] EWHC 173 QB.

İngiliz hukukunda eskiden kural olarak sadece davanın açıldığı tarihte var olan vakıalar ileri sürülebilmekteydi. Aksi takdirde, dava onarılmaz bir şekilde geçersiz kabul edilmekteydi⁸⁶. Çağdaş İngiliz hukukunda ise, bu konudaki yaklaşım daha esnek ve dilekçe değişikliklerinde davanın adil bir şekilde görülmesi daha önem taşımaktadır⁸⁷. Artık ne uygulamada ne de hukuk kuralları çerçevesinde, davanın açıldığı tarihte bulunan dava sebebi ile dava açıldıktan sonra oluşan dava sebebi arasında bir fark bulunmaktadır. Değişiklik talebine konu olan dava sebebi, dava açıldıktan sonra oluşmuş olsa bile bu durum mutlak bir engel teşkil etmemektedir⁸⁸.

Hâkim, var olan iddiaya ek olarak, yeni iddia ekleyen veya mevcut iddiayı değiştirerek (zamanaşımı süresi dışında -outside “*the limitation period*”) yeni iddia ileri sürülmesine neden değişikliklere de izin verebilmektedir. Buna göre hâkim, yeni ileri sürülen iddia, daha önce ileri sürülmüş vakılardan doğuyorsa veya aslında dava dilekçesini değiştirmek isteyen taraf tarafından yargılama içinde önceden ileri sürülmüş iddialar kapsamında yer alan vakıaları içermektedirse, dilekçe değiştirilmesine izin vermektedir (Limitation Act 1980, Section 35; CPR Rule 17.4(2))⁸⁹.

Amerikan hukukunda ise, Federal Medeni Usul Kuralları’nın 15. maddesine göre taraflar dilekçelerini kendiliğinden dilekçenin ibrazından itibaren 21 gün içinde; eğer cevaba cevap dilekçesi gerekmeğe ise bu durumda cevap dilekçesinin ibrazından itibaren 21 gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere değiştirebilirler. Bunun dışında ise taraflar ancak karşı tarafın yazılı muvafakati veya hâkimin izni ile dilekçelerinde değişiklik yapabilirler. Bunun haricinde, adalet yararına olmak üzere hâkim özgürce dilekçe değişikliğine izin verebilmektedir.

Türk hukukunda ise, bu kapsamda hâkim İngiliz hukukundaki uygulamayla benzer şekilde, sadece tarafların ileri sürdükleri vakılara zımnen dahil olan vakıaların getirilmesini isteyebilecektir⁹⁰. Ancak, tarafların daha önce bildirmediikleri ve dava

⁸⁶ *Vax Appliances Ltd. v. Hoover plc.* [1990] RPC 656.

⁸⁷ *Sime*, s. 246.

⁸⁸ *Maridive & Oil Services (SAE) v. CNA Insurance Co. (Europe) Ltd.* [2002] 2 Lloyd’s Rep. 9.

⁸⁹ Bu düzenlemeye ilişkin olarak çok sayıda örnek teşkil edecek karar bulunmaktadır, bkz. *Goode v Martin* [2001] EWCA Civ. 1899; [2001] EWCA Civ. 1899, [2002] 1 All ER 620, [2002] 1 WLR 1828; *Evans v. CIG Mon Cymru Ltd* [2008] EWCA Civ 390; *BP plc v. Aon Ltd* [2006] 1 Lloyd’s Rep. 549; *Chantrey Vellacott v. The Convergence Group Plc.* [2005] EWCA Civ. 290.

⁹⁰ *Alangoya*, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, s. 142,

dosyasından anlaşılmayan, vakıalara zımnen dahil olmayan veya onların delili niteliğine sahip olmayan bir vakıanın tarafların davanın aydınlatılması çerçevesinde dinlenilmeleri yoluyla ileri sürülmeleri mümkün değildir⁹¹. Çünkü bu, hem iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına aykırılık teşkil edecek hem de hâkimin taraflardan birisine yol göstermesi, yardımcı olması anlamına gelerek hâkimin reddi sebebini oluşturacaktır (HMK madde 36/1-a)⁹².

Türk hâkimine, Anglo-Amerikan hukundan farklı olarak tarafların dilekçelerinde, yeni iddia ve savunmalarına ilişkin olarak yapacakları değişiklik taleplerini değerlendirme ve eğer uygun görürse söz konusu değişikliği onaylama şeklinde bir takdir hakkı verilmemiştir. Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia ve savunmalarını genişletebilmekte veya değiştirebilmektedirler (HMK madde 141/1). Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra ise kural olarak iddia ve savunmanın genişletilmesi ya da değiştirilmesi yasak olmakla beraber, ıslah ya da karşı tarafın muvafakati ile iddia veya savunmaların genişletilmesi ya da değiştirilmesi mümkün olacaktır (HMK madde 141/2). Sonuç olarak, Türk hukukunda da Anglo-Amerikan hukukunda olduğu üzere, tarafların, ön inceleme aşaması ve sonrasında, iddia veya savunmalarını genişletmek ya da değiştirmek istediklerinde, karşı tarafın muvafakatının yanı sıra hâkimin izni ile de bunu gerçekleştirmeleri mümkün olmalıdır. Yargılamanın temeli niteliğindeki iddia ve savunmaların genişletilmesi ya da değiştirilmesi meselesini sadece karşı tarafın muvafakatine bırakmanın yeterli ve yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Adil bir yargılama için hâkime bu noktada daha aktif bir rol verilerek maddi gerçeğe ulaşma amacı ve hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereğince hâkimin izni ile de iddia ve savunmaların genişletilmesi ya da değiştirilmesinin uygun olacağı görüşündeyiz.

Yavuz Alangoya, Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanması ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2005 Mayıs, s. 89; **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 375

⁹¹ **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 375; **Nur Bolayır**, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 142.

⁹² **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 375; **Bolayır**, s. 142; **Varol Karaaslan**, Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 32-33; **Erdal Tercan**, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi, MIHDER 2011, sayı 18, s. 29.

3- Dava Yönetimi ve Hâkimin Takdiri (*Case Management and Judicial Discretion*)

a- Hâkimin Takdir Yetkisi

Medeni Usul Kurallarıyla birlikte dava yönetimi kurallarını benimseyen İngiliz hukukunda, dava yönetimi kuralları hukuk yargılamasının düzenlenmesinde temel araç olarak kullanılmaya başlanmıştır. Dava yönetimi ile bağlantılı şekilde Medeni Usul Kuralları, başlıca hedefler⁹³ çerçevesinde somut olay adaletinin (*substantial justice*) sağlanması amacıyla hâkime takdir hakkı konusunda geniş yetkiler tanımaktadır⁹⁴. Böylelikle tamamiyle taraf kontrolü altında bulunan eski sistemin yerini, dava yönetimi ve hâkimin adli idaresi almıştır. Adli takdir, taraf veya taraf avukatlarının yetkisi yerine geçen, hâkime tanınmış yetkiyi temsil etmektedir⁹⁵.

İngiliz hukukçu Sir Francis Bacon’a göre, “en iyi kanun hâkime en az takdir hakkını sağlayanken, en iyi hâkim de takdir hakkını en az kullanandır”⁹⁶. Bu sözleriyle, takdir hakkı konusunda dengenin önemine dikkat çeken Sir Bacon, hâkimin kendisine tanınan bu takdir hakkını ölçülü şekilde kullanması gerektiğinin de altını çizmiştir. Bacon’ın “en iyi kanun hâkime en az takdir hakkı sağlayandır” görüşüyle çelişkili şekilde, İngiliz hukukunda adaleti sağlamak üzere yargılamanın etkin, hızlı ve orantılı şekilde yürütülmesi adına hâkime geniş takdir yetkisi tanınmakta ve fakat bu takdir yetkisi Medeni Usul Kuralları ile düzenlenen başlıca hedefler çerçevesinde yorumlanmakta ve çerçevelenmektedir (CPR Rule 1.2). *Vinos v. Marks & Spencer plc*⁹⁷ davasında hâkimin takdir yetkisinin sınırları konusunda Medeni Usul Kuralları’nda öngörülen başlıca hedeflere atıfta bulunan bir hüküm kurulmuştur. Bu davada talep formunun (*claim form*)⁹⁸ gereklerini dört aylık süre tamamlanmadan yerine getirmek zorunda (CPR Rule 7.5) olan tarafa ilişkin olarak hâkim takdir yetkisini kullanarak bu süreyi uzatmıştır. İstinaf mahkemesi ise, süreye ilişkin maddenin harfîyen yorumlanması gerektiğini belirterek, sert bir şekilde hâkimin bu

⁹³ Aşağıda “Başlıca Hedefler” başlığı altında ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

⁹⁴ *Godwin v. Swindon BC* [2001] 4 All ER 641, CA, para 44.

⁹⁵ **Andrews**, A New Civil Procedural Code for England, s. 19 vd.

⁹⁶ **Lord Keith of Kinkel**, Judicial Discretion, Civil Justice Quarterly, vol. 1, 1982, s. 22, 23.

⁹⁷ *Vinos v. Marks & Spencer plc* [2001] 3 All ER 784, CA.

⁹⁸ Talep formu, İngiliz mahkemelerinde dava açmak için oluşturulan formdur.

kararına karşı çıkarak talep formunu geciktiren davacıyı mazur görerek ek süre veren karara karşı çıkmıştır⁹⁹. Yerel mahkeme hâkimi ise kararında, kendisinin bu yaklaşımının başlıca hedeflere uygun olduğunu belirterek, kanunun ifadesinin dar yorumlanmaması gerektiğini, Medeni Usul Kuralları ve başlıca hedeflerin temel amaçlarından birinin hukuk yargılamasının uygun hızda üstlenilmesi ve takip edilmesi olduğuna dikkat çekmiştir¹⁰⁰. Yani hâkimin takdir hakkı başlıca hedefler çerçevesinde somut olaya göre etkisini gösterecektir. Bu karar İngiliz hâkimine dava yönetimi ilkeleri kapsamında tanınan takdir yetkisinin çerçevesini göstermek üzere dikkate değer bir karardır.

b- Dava Yönetimi ve Dava Yönetimi Toplantıları (*Case Management and Case Management Conferences*)

(aa)- Dava Yönetimi

İngiliz usul hukukunda gerçekleştirilen reformun yapı taşı niteliğinde sayılan dava yönetimi, adli sistemin tamamında etkili olmaktadır. Dava yönetimi kuralları, özünde hâkimlerin standart yönlendirmelerle veya karmaşık davalarda yargılamanın nasıl ilerleyeceğine ilişkin *ad hoc* belirlemelerle, her bir somut davanın içeriğini düzenleme ve yargılamayı geliştirme yetkisini barındırmaktadır¹⁰¹. Medeni Usul Kuralları'nın kabulünden önce de, dava yönetimine ilişkin uygulamalar ticaret mahkemelerinde ve Yüksek Adalet Mahkemesi'nde görülmekteydi¹⁰². Bununla beraber ticaret mahkemesi bile Medeni Usul Kuralları'ndan önce her ne kadar kendine özgü bir dava yönetimi metodu uygulasa da, yargılamanın uzun ve dolambaçlı bir şekilde yürütülmesi ve sürüncemede bırakılmasını engelleyememiştir¹⁰³.

Belirtmek gerekir ki, dava yönetimine ilişkin düzenleme ilk Lord Woolf tarafından öneri olarak sunulduğunda (Lord Woolf raporu) doktrinde Andrews tarafından dava yönetiminin İngiliz hukuk kültürüne ters olduğu ve taraflarca getirilme

⁹⁹ *Vinos v. Marks & Spencer plc*, para. 20, 27.

¹⁰⁰ *Vinos v. Marks & Spencer plc*, para. 20.

¹⁰¹ **Andrews**, *Fundamentals of the New Civil Justice System*, s. 337.

¹⁰² *Ashmore v. Corporation of Lloyd's* [1992] 1 WLR 446, HL (Bu kararda ticaret mahkemesi hâkiminin özellikle yargılamanın işleyişini sıraya koyarak, usulü yönetme yetkisi tanınmaktadır.)

¹⁰³ *Stoczna Gdanska SA v. Latvian Shipping Co* (No 2) [1993] 3 All ER 822, 824, 825.

ilkesinin olumsuz etkileyerek yargılama sürecini daha da kötüye götüreceği belirtilmiştir¹⁰⁴. Diğer taraftan Zuckerman dava yönetimine ilişkin düzenlemenin, avukatların yargılamayı karmaşık bir hale getirmelerini ve dolayısıyla da yargılama masraflarını arttırmalarını önlemek için yeterli ve cesur hükümlere sahip olmadığını vurgulamıştır¹⁰⁵. Zander ise dava yönetimine ilişkin düzenlemenin yanlış tasarlanmış hükümlerden ibaret olduğunu, uygulamada kabul edilemeyeceğini ve yargılama masraflarının daha da artmasına neden olarak mevcut durumun iyiden ziyade daha da kötüye gideceğine ilişkin sert bir eleştiri yapmıştır¹⁰⁶. Tüm bu eleştirilere rağmen, dava yönetimine ilişkin hükümler Lord Woolf'un son raporu çerçevesinde 1999 yılında yürürlüğe giren Medeni Usul Kuralları'nda yerini almıştır.

1998 yılında kabul edilen İngiliz Medeni Usul Kurallarının omurgası niteliğinde görülen¹⁰⁷ dava yönetiminin üç temel amacı bulunmaktadır¹⁰⁸: 1-Elverişli olduğu durumlarda tarafların arabuluculuk yolunu tercih etmeleri konusunda teşvik edilmeleri, 2-Davanın çok yavaş ve verimsiz biçimde ilerlemesini önlemek, 3- Medeni Usul Kuralları'nın birinci maddesinde düzenlenen "başlıca hedefler" çerçevesinde adli kaynakların orantılı şekilde dağıtılmasının sağlanması¹⁰⁹ amaçlanmaktadır.

Ağırlıklı olarak yargılamanın ilk safhasında gerçekleştirilen dava yönetimiyle hâkim davanın seyrinin taslağını belirlemekte ve aynı zamanda davanın taraflarıyla davanın sonraki aşamalarını belirlemektedir. Bu evrede hâkim davanın takvimini oluşturarak, dava yönetimi oturumlarıyla davayı duruşma için hazırlamaktadır. Kısaca davanın yönetildiği bu önemli aşamada hâkim davanın yol haritasını belirlemektedir. Böylece dava yönetimine ilişkin kurallarla hâkimin yargılama içindeki pozisyonu daha aktif bir hale gelerek yönetici hâkim modeli benimsenmektedir. Yeni kanunla birlikte

¹⁰⁴ **Neil Andrews**, The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency, in *A. A. S. Zuckerman / Ross Cranston (eds.), Reform of Civil Procedure, Essays on "Access to Justice"*, Oxford University Press, Oxford 1995, s. 169 vd.

¹⁰⁵ **A. A. S. Zuckerman**, Lord Woolf's Access to Justice: Plus a change, *Modern Law Review*, vol. 59/6, 1996, s. 773 vd.

¹⁰⁶ **Michael Zander**, The Woolf Report: Forwards or Backwords for the New Lord Chancellor?, *Civil Justice Quarterly*, 1997, vol. 16, s. 208 vd.

¹⁰⁷ **Verkerk**, Powers of the Judge in "England and Wales", s. 308.

¹⁰⁸ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1344.

¹⁰⁹ CPR Part 1'de düzenlenen başlıca hedefler Nisan 2013'te davaların adil ve orantılı masraflarla idare edilmesi ihtiyacına çözüm bulmak amacıyla yeniden düzenlenmiştir, CPR Rule 1.1 (1).

özellikle duruşma aşamasına kadar yargılamaya katılmayan pasif hâkim modeli, duruşma öncesi aşamada yargılamanın seyrini yöneten aktif hâkim modeline dönüşmektedir¹¹⁰.

Hâkimin davayı yönetmeye ilişkin yetkilerini kullanmasıyla tarafların yargılama içindeki usule aykırılıklarının veya davayı orantısız, yavaş, etkisiz ve adil olmayan şekilde yürütme eğilimlerinin kontrol altına alınması beklenmektedir¹¹¹.

Bunun dışında dava yönetimi aşamasında hâkim, tarafların uyuşmazlığı kısmen veya tamamen çözüme kavuşturmaları konusunda onlara yardım etmekte ve özellikle tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kullanmaya teşvik etmektedir. Hâkimin tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına teşvik etmesi İngiliz hukukunda ancak hâkimin alternatif hukuki yöntemlerin uygulanmasının uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırdığını düşünerek uygun bulması halinde söz konusu olabilecektir (CPR Rule 1.4 (2) (e) (f)). Böylece hâkim yargılamanın etkin hale dönüştürülmesi için yargılamaya aktif olarak katılmış olmaktadır. Bu yüzden, dava yönetimi ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanması taraf hâkimiyetinin sınırlandırılmasını kolaylaştıran çok önemli araçlar olarak görülmektedirler¹¹². Jolowicz İngiliz yargılama hukukunun taraf egemen niteliğinin dava yönetimi kurallarıyla azaltıldığını vurgulamakta ve dava yönetimi kurallarının benimsenmesinden sonraki İngiliz usul hukukunu “taraf hâkimiyeti sisteminin i inin boşaltılmış hali¹¹³” olarak betimlemektedir. Yani, Anglo-Amerikan hukuk sistemi çatısı altında taraf egemen özellikleri ağır basan İngiliz usul hukuku, yeni usul kurallarıyla birlikte getirilen dava yönetimi kurallarıyla baskın taraf hâkimiyeti özelliklerini kaybetmekte ve görünürde var olan bir taraf hâkimiyetine rağmen hâkimin rolünün arttırılmasıyla, keskin taraf hâkimiyeti özelliklerinden uzaklaşmaktadır.

Dava yönetimi kuralları doğrudan duruşma öncesi aşamanın önemine vurgu yapmaktadır. Duruşmaya hazırlanmak üzere dava malzemesinin toplanmasına ilişkin olarak önem arzeden bu aşama bir başka açıdan da usul hukuku bakımından önem

¹¹⁰ Hurter, s. 257.

¹¹¹ CPR Rules 1.1, 1.2, 1.4, 3.1, 3.3, 3.4, 26.4, 29.2.

¹¹² Hurter, s. 253.

¹¹³ “*evisceration of the adversary system*”, J. A. Jolowicz, Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure, s. 286.

taşımaktadır. Duruşma öncesi aşamada davanın taraflarının yargılama içindeki konumları ortaya çıkmakta, davanın lehe mi aleyhe mi sonuçlanacağına ilişkin güçlü kanı oluşmaktadır. Böylece yargılama içinde bulunduğu konumu değerlendiren tarafların birbirleriyle uzlaşması için ortam yaratılmış olmaktadır. Dava yönetimi kurallarının kabulünden önce duruşma öncesi aşama tarafların serbestçe yönettiği; yani taraf egemenliğinin baskın olduğu bir aşama iken dava yönetimi kurallarıyla birlikte hâkimin aktif olarak yargılamanın yönetilmesini sağladığı bir aşamaya dönüşmüştür. Böylece taraf ve avukatlarından hâkime yargılama usulünün yönetimi konusunda yetki devrolduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Bu yeni sistemde taraflarla hâkimin özellikle yargılama sürecini hızlandırmak adına işbirliği gerekmektedir¹¹⁴.

Dava yönetimi çerçevesinde hâkim uyuşmazlığa ilişkin esas öneme sahip vakıaların belirlenmesini ve bu doğrultuda gerekli delillerin toplanarak mahkemeye sunulduğunu güvence altına almaktadır (Practice Direction (29) 4.3, 5.3 (1) (2) (6)). Bununla birlikte, hâkim her ne kadar dava yönetimi kuralları çerçevesinde yargılamayı aktif şekilde yönetse de, uyuşmazlığa ilişkin delillerin toplanması ve sunulması konusunda pasif duruşu belirli ölçüde devam etmektedir¹¹⁵. İngiliz İstinaf mahkemesinin 2006 tarihli bir kararına göre, delillerin toplanması ve ileri sürülmesi sırasında hâkim tarafından gerçekleştirilecek aşırı bir müdahale yasaklanmaktadır; çünkü hâkim için yarı araştırmacı bir rol üstlenmek, taraflarca getirilme ilkesiyle tamamen çelişmektedir¹¹⁶. Her ne kadar dava yönetimi kurallarının uygulanmasıyla birlikte dolaylı olarak gerçeğin arayışına ilişkin vasıfları bir adım ileriye gitse de, gerçekleştirilen reformlara rağmen hâkim tam olarak gerçeğin arayışı meselesi ile ilgilenmemektedir¹¹⁷.

*GKR Karate (UK) Ltd. v. Yorkshire Post Ltd.*¹¹⁸ davası hâkimin Medeni Usul Kuralları'nın kabul edilmesiyle birlikte değişen rolüne dikkat çekmektedir. Özellikle hâkimin dava yönetimine ilişkin yetkisini gösteren önemli bir karar niteliğindedir. Bu

¹¹⁴ **Deren-Yıldırım**, Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, s. 828.

¹¹⁵ **Ray Finkelstein**, The Adversarial System and the Search for Truth, Monash Law Review, vol. 37/1, 2011, s. 138.

¹¹⁶ *Southwark LBC v Maamefowaa Kofiadu* [2006] EWCA Civ., 148.

¹¹⁷ **Finkelstein**, s. 138.

¹¹⁸ *GKR Karate (UK) Ltd. v. Yorkshire Post Ltd.* [2000] 1 WLR 2571, CA.

kararda Medeni Usul Kuralları'nın 32.1. maddesine işaret edilerek, tarafların mutlak şekilde kabul edilebilir ve uyuşmazlıkla bağlantılı istedikleri her delili gösterme konusunda ısrarcı olma haklarının artık bulunmadığı belirtilmektedir¹¹⁹. Kararda hâkimin, kabul edilebilir ve uyuşmazlıkla bağlantılı bile olsa, Medeni Usul Kuralları'nda başlıca hedefler çerçevesinde yargılama için orantısız zaman ve masraf kaybına neden olabilecek delilleri veya çapraz sorgulama usulünü sınırlandırabileceği, ileri sürülen dava malzemelerini yargılamadan hariç tutabileceği vurgulanmaktadır¹²⁰.

Kısaca hâkime tanınan ve yargılama içinde daha aktif bir rol almasını sağlayan adli yetkiler, taraf ve taraf avukatlarının davanın esas yöneticileri olmalarını önlemekte, özellikle de duruşma aşamasında taraf avukatlarının dominant bir role sahip olarak yargılamayı teatrel bir sahneye dönüştürmelerini ortadan kaldırmaktadır. Davanın dizginleri artık hâkimin elindedir ve hâkim yargılamanın Medeni Usul Kuralları doğrultusunda başlıca hedeflere uygun olarak orantılı, hızlı ve düzenli bir şekilde ilerlemesi konusunda yargılamanın idaresini ele geçirmiştir. Elbette ki bu noktada hâkimin kendisine tanınan bu yetkileri çok istekli şekilde, katı ve gözleri kapalı şekilde uygulamasının onun tarafsızlığı ve adalet dağıtan rolünü tehlikeye sokacağı da göz ardı edilmemelidir¹²¹. Bu doğrultuda, hâkimin en önemli görevi yargılamanın etkililiği ve hızından ziyade, yargılamanın her aşamasının adil bir şekilde yürütülmesini sağlama yükümlülüğü olarak görülmektedir (CPR Rule 1.1 (1))¹²².

Vurgulamak gerekir ki Medeni Usul Kurallarıyla birlikte hayata geçirilen dava yönetimine ilişkin kurullarla hâkimin yargılama içindeki sorumluluklarının artırılması, İngiliz Medeni Usul hukukunu, incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarına da yakınlaştırmış olmaktadır.

¹¹⁹ *GKR Karate (UK) Ltd. v. Yorkshire Post Ltd.* [2000] 1 WLR 2577, CA.

¹²⁰ *GKR Karate (UK) Ltd. v. Yorkshire Post Ltd.* [2000] 1 WLR 2577, CA.

¹²¹ **M. R. Damaska**, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, New Haven 1986, s. 120-1.

¹²² *Abbey National Mortgages plc. v. Key Surveyors Nationwide Ltd.* [1996] 3 All ER 184, 186, 187, CA.

(bb)- Dava Yönetimi Toplantıları ve Ön Duruşma İncelemesi (*Pretrial review*)

(aaa)- Dava Yönetimi Toplantıları

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İngiliz hukukunda dava yönetimi toplantıları ve ön duruşma incelemesi aşamaları, Amerikan hukukundaki ön duruşma aşamasındaki ön duruşma toplantılarına ve Türk hukukundaki ön inceleme aşaması ve ön inceleme duruşmasına denk gelmektedir.

İngiliz hukukunda dilekçelerin teatisinden sonra, tarafların disclosure usulü kapsamında mahkemeye sunacakları bilgi ve belgelere ilişkin “disclosure raporu¹²³”nu (*disclosure report*) teslimlerinden sonra ilk dava yönetimi toplantısı gerçekleştirilecektir. İlk dava yönetimi toplantısından sonra, ikinci bir dava yönetimi toplantısı düzenlenmesi de mümkündür. Kısaca, İngiliz hukukunda ön inceleme aşaması Amerikan hukukundan farklı olarak, dava yönetimi toplantıları ve ön duruşma incelemesini de bünyesinde barındıran aşamalardan oluşmaktadır. Amerikan hukukundan farklı olarak davanın taraflarının da dava yönetimi toplantılarına katılımı beklenmekte ve önem taşımaktadır.

Disclosure raporunun mahkemeye sunulmasından sonra, ilk dava yönetimi toplantısından en az yedi gün öncesinde, taraflar buluşarak veya telefonda görüşerek, başlıca hedefler doğrultusunda oluşturacakları disclosure önerisi (*proposal for disclosure*) hakkında müzakere ederek anlaşmaya varırlar. Tarafların üzerinde anlaştıkları, mahkemeye ve diğer tarafa sunacakları bilgi ve belgeler hakkındaki öneri mahkemede kayda geçirilmelidir. Medeni Usul Kuralları’nın 31.5(6). maddesine göre, eğer tarafların kendi aralarında anlaştıkları disclosure teklifini hâkim uygun görürse, bunun için herhangi bir duruşma yapılmasına gerek olmadan, hâkim disclosure usulüne tabi olacak bilgi ve belgeleri onaylar ve tarafların yerine getirecekleri bu

¹²³ Davanın tarafları Medeni Usul Kuralları’nın 31.5(3). maddesi uyarınca ilk dava yönetimi toplantısından en az on dört gün öncesine kadar disclosure raporunu mahkemeye sunmak zorundadır. Bu rapor bütün çoklu talep davalarında mahkemeye sunulması gereken bir rapor olmakla beraber, kişisel yaralanma (*personal injury*) davalarında söz konusu olmamaktadır. Kısaca bu raporla taraflar uyuşmazlığa ilişkin var olan, var olabilecek belgelerin, bilgilerin durumları (nerede, kimde olduğuna ilişkin) hakkında açıklamalarda bulunurlar ve standart disclosure usulünün tahmini masrafına ilişkin bildirimde bulunurlar.

disclosure yükümlülüğü hakkında talimatlarda, yönlendirmelerde bulunur.

Sonrasında, eğer taraflar Medeni Usul Kuralları'nın 31.5(6). maddesine uygun olarak hâkim tarafından onaylanan (duruşma yapılmaksızın) disclosure önerileri doğrultusundaki talimat ve yönlendirmeleri, gereğince yerine getirmezlerse, bu durumda hâkim ilk veya takip eden dava yönetimi toplantısında disclosure yükümlülüğüne ilişkin uygun talimatlara hükmeder. Hâkim bu talimatlara, başlıca hedefleri, uygun bütçe masraflarını ve yargılamanın adil bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli olan sınırları dikkate alarak karar verir (CPR Rule 31.5(7)).

Bu doğrultuda hâkim taraflarla doğrudan bağlantılı olmasa bile, uyuşmazlığa ilişkin bağlantılı belgelerin elde edilmesini sağlayacak bilgiler ihtiva eden belgelerin ifşa edilmesini de talep edebilmektedir (CPR Rule 31.5(7)(f))¹²⁴. Yani, Medeni Usul Kuralları'nın 31.5(7)(f) maddesine göre hâkim uygun bulduğu her türlü dava malzemesinin ifşa edilmesine hükmedebilecektir. Hâkimin bu talebiyle taraflar, imtiyaza sahip belgeleri hariç olmak üzere, talep edilen tüm dava malzemelerini mahkemeye teslim etmekle ve diğer tarafa da bu dava malzemelerinden yararlanmak istediklerini seçebilme imkanı sağlamakla yükümlü olmaktadır¹²⁵.

Medeni Usul Kuralları'nın 31.5(8). maddesi gereğince hâkim, disclosure usulünün nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin yönlendirmelerde bulunabilecektir. Buna göre (a) Yapılacak araştırmaların neler olduğu, hangi bilgiye ulaşmak için olduğu, hangi zaman aralıklarına ilişkin bir araştırma olacağı, kimin tarafından gerçekleştirileceği ve elektronik olarak kaydedilmiş belgelerin araştırılmasının kapsamı; (b) İfşa edilecek belgelerin tamamına ilişkin bir liste oluşturulmasının gerekip gerekmediği; (c) Disclosure beyanının¹²⁶ (*disclosure statement*) nasıl ve ne zaman verileceği; (d) Daha önce var olup da, bir sebeple artık var olmayan belgelere yönelik olarak ne yapılması gerektiği; (f) Disclosure usulünün aşamalar halinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği konusunda hâkim yönlendirmelerde

¹²⁴ *Compagnie Financière et Commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano Co.* (1882) 11 QBD 55.

¹²⁵ *Sime*, s. 342.

¹²⁶ Hazırlanan disclosure listesi, disclosure beyanını da kapsamalıdır. Bu beyanla, disclosure araştırmasının kapsamı belirtilerek, ilgili tarafın yerine getirmesi gereken yükümlülüğü gereğince üstlendiği taahhüdü dile getirilmektedir, *Sime*, s. 343.

bulunabilecektir.

Dava yönetimi toplantıları aslında taraflar arasında var olan esas uyuşmazlığın yalın bir şekilde belirlenmesi amacını taşımaktadır¹²⁷. Uyuşmazlığa ilişkin ikincil meseleler ise hâkimin teşvikiyle tarafların anlaşmasıyla veya duruşmasız yargılama veya yargılamadan hariç tutulma gibi usullerle yargılamanın erken bir evresinde sonlandırılmasıdır¹²⁸.

Dava yönetimi toplantılarında şu hususlar ele alınmaktadır¹²⁹: 1-Tarafların duruşmaya yönelik olarak söz konusu dava yönetimi toplantısına kadar gerçekleştirmiş oldukları adımların derinlemesine incelenmesi; 2- Tarafların söz konusu ana kadar olan talimat ve emirleri ne oranda yerine getirdiklerinin, uyduklarının ele alınması; 3- Taraflar arasında uzlaşılamayan bütçe masraflarının yeniden incelenerek uzlaşma sağlanması; 4- Başlıca hedeflere ve bütçe masraflarına uygun şekilde davanın ilerleyen aşamalarına yönelik adımlara karar verilmesi; 5- Uyuşmazlık içinde olan meselelerin belirlenmesi ve bu konudaki uzlaşma sağlanmış görüşlerin tutanağa geçirilmesi.

Taraflar, hem hâkimle hem de avukatlarıyla işbirliği içinde bulunmalı ve hâkimin talep etmiş olduğu veya görmek isteyebileceği her türlü delili, özellikle tanık ifadeleri ve bilirkişi raporları olmak üzere, mahkemeye sunmalıdır. Belirtmek gerekir ki, eğer taraflar tanık ifadelerini ve bilirkişi raporlarını disclosure usulü kapsamında mahkemeye sunmamışlarsa, bu durumda bu delillerden vazgeçmiş sayılabilecekleri gibi, bazı hallerde bu delilleri duruşma aşamasında sunmaları halinde bu delillerin kabul edilmesi mümkün de olabilmektedir¹³⁰.

(bbb)- Ön Duruşma İncelemesi

Ön duruşma incelemesi yapılmasına, davanın erken bir evresinde dava yönetimi toplantılarında hâkim ve taraflar birlikte karar verebileceği gibi, hâkim kendiliğinden de karar verebilmektedir (PD 29 para. 8.5).

¹²⁷ *Sime*, s. 313.

¹²⁸ *Sime*, s. 313.

¹²⁹ CPR Rule 3.12(2), CPR Rule 3.17, PD 3E, para. 2.3, PD 29, para. 5.1.

¹³⁰ *General Mediterranean Holdings SA v. Patel* [2000] 1 WLR 272.

Eğer bir davanın ön duruşma incelemesine tabi tutulmasına karar verilmişse, bu durumda incelemenin duruşmadan önce yaklaşık olarak sekiz ila on hafta önce gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹³¹. Ön duruşma incelemeleri her davada söz konusu olmamakta; sadece duruşma yapılmasına değer davalarda uygulanmaktadır. Bunun amacı, ön duruşma incelemelerinin duruşmayı yürütecek hâkim tarafından gerçekleştirilmesi gerekliliğidir¹³². Yani bu değerlendirmeler sadece esas duruşmayı yürütecek hâkim tarafından yapılmalıdır.

Ön duruşma incelemesinin en önemli rolü, esas duruşmanın zaman çizelgesini oluşturmasıdır. Bu inceleme sonucunda sorguların, çapraz sorgulamaların ve konuşmaların (*speeches*) zaman sınırları belirlenebilmektedir. Sürelerin bu şekilde belirlenmesinin amacı, taraf avukatlarının duruşma aşamasına daha yoğun hazırlanmalarını sağlamaktır. Böylelikle Anglo-Amerikan hukuku için büyük önem taşıyan duruşma aşaması kontrollü bir şekilde idare edilmekte ve bu noktada hâkim de aktif bir rol oynamaktadır.

Yargılamanın bu aşamasında artık disclosure usulü aşaması tamamlanmalıdır. Yani artık hangi delillerin yargılamada esas olarak kullanılacağı belirlenmiş ve mahkemeye sunulmuş olmalıdır. Özellikle de bilirkişi deliline bu aşamada büyük önem verilmektedir (PD 29 para 9.2(2)(a)). Bu doğrultuda, duruşmaya hangi bilirkişilerin çağrılarak dinleneceğine, hangi bilirkişilerin sadece raporlarına dayanılacağına da bu aşamada karar verilmektedir¹³³.

Duruşma günü veya haftası da ön duruşma incelemesinde belirlenmektedir (PD 29 para. 9.1).

Taraflar ön duruşma incelemesinin sonunda, davanın yönünü belirleyen unsurlarda anlaşılır ve bu çerçevede bir kabul emri (*agreed order*) oluştururlar (PD 29 para 9.2). Hâkim ise ya tarafların bu üzerinde anlaştıkları emri kabul eder veya kabul etmekle beraber ek emirlere karar verir veyahut tarafların üzerinde anlaştığı bu emri reddederek ön duruşma incelemesine devam edilmesine hükmedebilir.

¹³¹ Ticaret mahkemelerinde ise bu süre, dört ila sekiz hafta arasında değişmektedir.

¹³² **Sime**, s. 317.

¹³³ **Sime**, s. 318.

Sonuç olarak, hâkim sürecin yönetimini sadece usuli anlamda denetlemekle kalmamakta, uyuşmazlığa ilişkin meselelerin belirlenmesinde aktif bir rol oynayarak başlıca hedefler çerçevesinde davayı yönetmektedir. İngiliz hâkiminin gerçekleştirdiği bu rol ile onu hala pasif durumdaki taraf egemen özelliklerin temsilcisi olarak nitelemek çok yanlış olacaktır. İngiliz hâkimi esnek olmayan, katı taraf egemen kabuğundan sıyrılarak, dava yönetimi kapsamında yargılamanın adil, hızlı ve ekonomik bir şekilde yürütülmesi için yargılamanın seyrine göre takdiri kararlar verebilen, adeta renk değiştirebilen bir bukalamuna dönüşmüştür. Hâkimin kendisine verilen bu rol ile duruşma aşamasına en elverişli şekilde hazırlanılarak davaya ilişkin temel görevler yerine getirilmiş olunmakta; böylece duruşma aşamasında, sadeleştirilen, elekten geçirilen, açığa kavuşturulan dava malzemeleri daha adil ve ekonomik bir şekilde ve sürüncemede kalmadan hükmün verilmesine hizmet edebilmektedir.

4- Başlıca Hedefler (*Overriding Objectives*)

İngiliz Medeni Usul Kuralları dava yönetimi kurallarının uygulanmasında esas alınmak üzere *Overriding objectives*; yani başlıca hedefler başlığı altında birtakım yol gösterici amaçlar belirlemiştir (CPR Part 1). Başlıca hedefler dava yönetimi ve Medeni Usul Kurallarının uygulanması ve yorumu sırasında dikkate alınan başlıca ilkelerdir. Bu ilkelere hem davanın taraflarının hem de hâkimin riayet etmesi gerekmektedir. Hâkim her yargılamada başlıca hedeflerin gereklerini yerine getirerek bütün usuli işlemleri bu hedefler doğrultusunda gerçekleştirmelidir. Aynı zamanda davanın tarafları ve avukatlarının da usuli işlemlerini bu ilkelere uygun şekilde gerçekleştirmeleri esastır (CPR Rule 1.3).

Başlıca hedeflerle aslında Medeni Usul Kuralları'nın kabulünden önceki dönemde usul hukukunu bir nevi hiçe sayan uygulamaların önlenmesi amaçlanmaktaydı. Bu dönemde hâkim, bir iddia veya savunma, usul kurallarına aykırılık teşkil etse de bunu değerlendirmeye almaktaydı. Yani davanın tarafları usuli kurallara uymayarak usuli yükümlülüklerini yerine getirmeseler bile, hâkim bu usuli aykırılıkları davanın esasına hükmederken dikkate almamaktaydı. Usul kurallarına uyulmamasının herhangi bir yaptırımının bulunmayışı da yargılamanın sürüncemede bırakılmasına, yahut adil yargılama kurallarına aykırılıkların yapılmasına zemin

hazırlamaktaydı.

Başlıca hedefler sayesinde hâkim yargılamadaki kaynakları adil şekilde paylaştırmakta ve orantılılık ilkesini korumaktadır¹³⁴. Kimi zaman hâkim farklı bir usuli sorun ile karşılaştığında ve buna ilişkin yazılı bir kural bulunmadığında, başlıca hedeflere başvurarak sorunun çözümlenmesini sağlamaktadır¹³⁵. Böylece açıklayıcı nitelikteki bu ilkeler somut davada uygulanarak ve hâkimin karar gerekçesinde bu kurallara atıf yapılarak kanunda yer alan boşluklar doldurulmaktadır¹³⁶.

Medeni Usul Kuralları'nın başlıca hedeflere ilişkin birinci maddesinin ilk bendinde Medeni Usul Kuralları'nın yeni bir usul kanunu olduğu ve bu kanunda düzenlenen başlıca hedeflerle davaların adil bir şekilde görülmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Maddenin ikinci bendinde ise, yargılamanın adil şekilde görülmesinin uygulanabilir olduğu ölçüde (a) tarafların eşit koşullarda olmasının sağlanması, (b) fazla masraf yapılmaması, (c) davanın, (i) uyuşmazlığa konu para ile, (ii) uyuşmazlığın önemi ile, (iii) uyuşmazlık konusu vakıaların karmaşıklığı ile ve (iv) tarafların ekonomik durumları ile, orantılılığını bünyesinde barındırdığı belirtilmektedir.

Esas olarak hâkimin yargılamadaki en temel rolü taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözümlenektir. Sırf bir iddia veya vakıanın önemsiz, sıradan bir mesele olmasından ötürü aşırı yargılama masraflarına sebep olması söz konusu iddia veya vakıanın reddedilmesini gerektirmemektedir¹³⁷. İngiliz hukukunda Medeni Usul Kuralları'na ek olarak, 2013 yılında Jackson reformları¹³⁸ olarak adlandırılan yargılama masraflarını

¹³⁴ *GKR Karate (UK) Ltd v Yorkshire Post Ltd* [2000] 1 VLR 2571, CA, (naklen **Andrews**, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 342); **Adrian Zuckerman**, Zuckerman on Civil Procedure, Principles of Practice, Sweet and Maxwell, Second Edition, London 2013, s. 2.

¹³⁵ *Igwemma v. Chief Constable* [2002] QB 1012, CA, paragraf 34, 51, Bu davada jüri söz konusu vakıayı yanlış anlayarak ve bu doğrultuda yanlış şekilde yorumlayarak bir karar vermekte, hâkim jürinin yanlış anladığını farkettiğinde her ne kadar jüri görevini tamamlamış olduğundan görevi sonlanmış olsa da, hâkim adaletin yararı kapsamında (*interests of justice*) jürinin kararını değiştirmesine izin vermektedir. Hâkim bu yetkisini Medeni Usul Kuralları'nın birinci bölümünde yer alan başlıca hedeflere dayandırmıştır, Civil Procedure News, issue 10/2001, Sweet & Maxwell, December 2001, <http://wbws.westlaw.co.uk/pdf/2001/1001.pdf> (Çevrimiçi 22.04.2015).

¹³⁶ *Igwemma V Chief Constable* [2002] QB 1012, CA, paragraf 34, 51.

¹³⁷ *Devaraja v. Roy* [2008] EWHC 464 (QB), Lawtel Transcripts 3.6.2008.

¹³⁸ Jackson reformları hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **John Sorabji**, English Civil Justice After the Woolf and Jackson Reforms, A Critical Analysis, Cambridge University Press, Cambridge 2014; **Simon Hartley**, Jackson Reforms: Agony or Ecstasy, Estates Gazette, Issue 1313, 30.03.2013, s. 72; **Clyde & Co LLP**, The Jackson Reforms: What You Need to Know, Mondaq Business Briefing, 5 March 2015,

azaltmak ve yargılamaların etkililiğini arttırmak üzere gerçekleştirilen reformlardan önce, teknik olarak usul kurallarına aykırılığın adalete aykırılık teşkil etmediği düşünülmekteydi¹³⁹. Çünkü hukuk mahkemelerinin asli görevinin, davaların usuli hatalar yüzünden reddedilmesi değil, uyuşmazlıkların esasına karar vermek olduğu kabul edilmekteydi¹⁴⁰.

Başlıca hedeflere ilişkin ilkelerin uygulanmasına önemli bir örnek olarak, *Dunnett v. Railtrack plc*¹⁴¹ kararını gösterebiliriz. Bu davada istinaf mahkemesi tarafların başlıca hedeflerin sağlanması konusunda sahip oldukları yükümlülük kapsamında, elverişli durumlarda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarını (ADR) kullanmayı gözönünde bulundurma yükümlülükleri bulunduğuna hükmetmiştir¹⁴². Bu davada, davalı uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak, yargılamanın başında hiç düşünmeden Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarını kullanma olasılığını reddetmiştir. İstinaf mahkemesi ise, davalının alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına olan direncini yanlış bulmuştur ve bu doğrultuda devlet mahkemesinde görülen davanın sonunda davalı hem ilk derece yargılamasında hem de istinaf yargılamasında başarılı sonuçlar elde etse de, istinaf mahkemesi davalıya yapmış olduğu yargılama masraflarının verilmesine hükmetmemiştir¹⁴³. Medeni Usul Kuralları'nın 1.2. maddesi, hâkime başlıca hedeflerin uygulanırılığının sağlanması konusunda bir görev vererek, hâkimin bunu iki şekilde kullanabileceği belirtilmiştir: 1-Medeni Usul Kuralları ile kendisine tanınan yetkileri uygularken ve 2-Herhangi bir hukuk kuralını yorumlarken kullanabilecektir. Bu davada da hâkim Medeni Usul Kuralları'nın "Dava masraflarında mahkemenin takdiri" başlıklı 44.2. maddesi çerçevesinde başlıca

<http://www.mondaq.com/x/379508/Civil+Law/The+Jackson+Reforms+what+you+need+to+know> (Çevrimiçi 30.09.2015).

¹³⁹ **Maurice Kay / Stuart Sime / Derek French**, Blackstone's Civil Practice 2014, The Commentary, Oxford University Press, Oxford 2013, s. 50.

¹⁴⁰ **Kay / Bridge / French**, s. 50. Bu doğrultuda bir karar için bkz. *Jones v. Telford and Wrekin Council* (1999) The Times, 29 July 1999. Bu kararda davacı avukatları bazı iddialarını destekleyecek psikiyatrik raporların temininde sorunlar yaşadığından yargılama gecikmeye uğramış ve istinaf mahkemesi de kararın verildiği dönemde yargılama süresine ilişkin durumu sınırlayacak bir düzenleme bulunmadığından, davacı tarafa geniş kapsamda bir ek süre verilmesini uygun bulmuştur. Hâkimin yargılamadaki esas rolünün adaleti sağlamak olduğuna da vurgu yapılmıştır.

¹⁴¹ *Dunnett v. Railtrack plc* [2002] 1 WLR 2434, CA, paragraf 13ff (kararda CPR Rules 1.3 ve 1.4'e atıf yapılmıştır).

¹⁴² *Dunnett v. Railtrack plc* [2002] 1 WLR 2434, CA, paragraf 13ff.

¹⁴³ *Dunnett v. Railtrack plc* [2002] 1 WLR 2434, CA, paragraf 16.

hedefleri gözeterek karar vermiş; yani Medeni Usul Kuralları ile kendisine tanınan bir yetkiyi uygularken başlıca hedeflerin dikkate alınmasını sağlamıştır.

Sonuç olarak, örnek verdiğimiz bu karar örnekleri ışığında Medeni Usul Kuralları'nın birinci maddesinde öngörülen başlıca hedefler ile taraflara bu başlıca hedeflere uygun davranarak işbirliği içinde bulunma yükümlülüğü verilmekte ve bu yükümlülük sadece kanun metninde belirtilen göstermelik bir madde niteliğinde kalmamakta, bu yükümlülüğe aykırı davranıldığında, aleyhte yargılama masrafları gibi, ciddi olumsuz neticeler doğabilmektedir¹⁴⁴.

Bu çerçevede önemle vurgulanması gereken bir nokta da başlıca hedeflerin uygulanmasına ilişkin madde çerçevesinde hâkime geniş bir takdir hakkının tanınmış olduğudur. Bu durum taraf hâkimiyeti sisteminin sert duvarlarını yıkan Medeni Usul Kuralları ile hâkimin yargılama içindeki rolünün çok büyük oranda değişime uğradığını, hatta evrim geçirerek aktif bir adalet savunucusuna dönüştüğünü gösteren köklü bir değişikliğin en güzel örneklerinden biridir.

5- Yönetici Hâkim Modeli (*Managerial Judge*)

İngiliz Medeni Usul Kanunu hâkimlere davanın yönetimine ilişkin birçok sorumluluk yüklemektedir¹⁴⁵. Usul Kanunu'nda düzenlenen bu idari sorumluluklar hâkimin yeni aktif rolünü kapsamlı şekilde ifade etme eğilimini taşımamaktadır¹⁴⁶. Hâkimin yargılama içindeki aktif yönetici rolü Medeni Usul Kuralları'nda iki ayrı bölümde, iki ayrı maddede vurgulanmaktadır. Bunlardan ilki Kanun'un "başlıca hedefler" başlıklı birinci bölümünün, 1.4. maddesinde "Mahkemenin Davaları Yönetme Görevi" (*Court's Duty to Manage Cases*) başlığı altında yer alırken; diğeri Medeni Usul Kuralları'nın "Mahkemenin Genel Dava Yönetimi Yetkisi" (*The Court's General Powers of Management*) başlıklı 3.1. maddesinde¹⁴⁷ belirtilmektedir. Yani hükümlerden biri başlıca hedeflere ilişkin bölümde yer alırken; diğeri Kanun'un dava

¹⁴⁴ **Andrews**, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 39.

¹⁴⁵ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1344.

¹⁴⁶ CPR Rule 1.4 (2); CPR Rule 3.1 (2); CPR Parts 26, 28, 29.

¹⁴⁷ Kanun'un 3.1. maddesinde hâkimin dava yönetimine ilişkin rolünü gösteren bu listenin, hakim Kanun'un diğer hükümleri ve uygulama yönergesinde belirtilen yetkilerine ek nitelikte olduğu vurgulanmaktadır (CPR Rule 3.1).

yönetimi bölümünde ele alınmaktadır. Bu da, hâkimin dava yönetimine ilişkin rolünün başlıca hedefler doğrultusunda ele alınması gerektiğine dikkat çekmektedir.

Dava malzemesinin toplanması çerçevesinde ilk derece yargılamasında hâkimlerin şu rollerini kısaca sayabiliriz: Yargılamanın taraflarca işbirliği içinde yürütülmesi için tarafların teşvik edilmesi (CPR Rule 1.4(2)(a))¹⁴⁸; yargılamanın erken bir evresinde uyuşmazlık konusu meselelerin belirlenmesi (CPR Rule 1.4(2)(b)); çözüme kavuşturulacak vakıaların sırasına karar vermek (CPR Rule 1.4(2)(d) ve Rule 3.1(2)(j)); hâkim eğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun uygun ve uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırıcı nitelikte görüyorsa, tarafları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına teşvik etmek (CPR Rule 3.1(2)(e)); tarafların kısmen veya tamamen sulh olmalarına yardım etmek (CPR Rule 3.1(2)(f)); yargılamanın hızlı ve etkili şekilde ilerlemesini sağlayacak yönlendirmelerde bulunmak (CPR Rule 3.1(2)(l)); hangi vakıaların duruşmasız yargılamaya, hangi davaların duruşmalı tam yargılamaya gereksinim duyduğunu belirlemek ve bu doğrultuda kapsamlı inceleme gerektirmeyenlerini duruşmasız yargılamaya yönlendirmek (CPR Rule 1.4(2)(c)); belirli vakıaların veya savunmaların başarı ihtimalinin bulunmayışından ötürü yargılamadan çıkarılmasına karar vermek (CPR Rule 3.4(2)); bazı vakıaların göz önünde bulundurulmamasına (CPR Rule 3.1(2)(K)); uyuşmazlığa ilişkin herhangi bir meseleye ilişkin ayrı duruşma yapılmasına karar vermek (CPR Rule 3.1(2)(i)); ileri sürülen iddianın orantılılığına karar vermek (CPR Rules 1.4(2)(h) ve 1.1(2)(c)); Kanun'un veya uygulama yönergesinin herhangi bir maddesinde belirtilen süreleri uzatmak veya kısaltmak (CPR 3.1(2)(a)); duruşma tarihini ertelemek veya öne almak üzere karar alabilmektedir (CPR Rule 3.1(2)(b)). Ayrıca, hâkim davayı yönetmek ve başlıca hedefleri yerine getirmek amacıyla gerekli olan herhangi bir adımı atmaya veya herhangi bir emri vermeye de yetkilendirilmiştir (CPR Rule 3.1(2)(m)). Hâkime tanınan bu çok geniş yetki özellikle hâkimin çok önemli bir seviyede aktifleştirildiğinin örneğini teşkil etmektedir.

Kısaca hâkimin başlıca hedefler ve dava yönetimine ilişkin kurallar çerçevesinde disclosure, tanık delili, bilirkişi delili, doğrudan ve çapraz sorgulama

¹⁴⁸ Andrews maddenin bu bendini şu şekilde yorumlamaktadır: “Davanın vakıalarının belirlenmesinde bağlantılılık ve önem kriterlerine göre taraflara yardım etmek”, **Andrews**, Civil Procedure, s. 1345-1346.

üzerindeki denetim gücü ile hem daha adil kararlar verilmesi sağlanmakta hem de yargılama masrafları azaltılmaktadır¹⁴⁹.

Hâkime dava yönetimi çerçevesinde tanınan bu yönetsel sorumluluklar, hâkimin geniş takdir yetkisini kullanmasını gerektirmektedir. Lord Woolf hâkimlere tanınan bu yönetsel takdir hakkı çerçevesinde adil kararlar verecekleri konusunda güvenilmesi gerektiğini, istinaf mahkemelerinin ilk derece mahkemesi hâkimlerinin uyması gereken ilkelere aykırı olmadıkları sürece hâkimlerin yönetsel kararlarına müdahalede bulunmamaları gerektiğine dikkat çekmektedir¹⁵⁰. Dava yönetimine ilişkin verilmiş bir karar sebebiyle istinafa başvuracak tarafın öncelikle istinaf mahkemesinden izin alması gerekmektedir. İstinaf mahkemesi hâkimleri ise ilk derece mahkemesi hâkimlerinin dava yönetimine ilişkin vermiş oldukları kararlara, ilke olarak hatalı olmadıkları sürece, uyma konusunda büyük oranda eğilimleri vardır¹⁵¹. Dolayısıyla istinafa başvuracak tarafın böyle bir izni elde edilmesi çok zor olmaktadır¹⁵².

6- Duruşmasız Yargılama (*Summary Judgment*)

Duruşmasız yargılama usulünde davanın taraflarından birinin karşı tarafın iddia veya savunmasının başarı ihtimalinin bulunmayışını ileri sürerek duruşma yapılmadan hüküm verilmesini sağlaması mümkün olmaktadır. Bu usul kapsamında mahkemeye sadece yazılı deliller sunulmaktadır (CPR Rule 24.5). Bu usulde iddia veya savunmalar hukuki bir sebebe dayanabileceği gibi, yargılamada bulunması beklenen bir delile veya bu delilin eksikliğine dayandırılabilir (PD (24) para's 1.2, 1.3).

Duruşmasız yargılama yoluna hâkim tarafından re'sen de başvurulabilmektedir. Böylelikle hâkim yargılamaya aktif şekilde dahil olarak, yetersiz ve sağlam temele dayanmayan davaların gereksiz yere duruşma aşamasına taşınmasını engellemiş

¹⁴⁹ Joseph M. Jacob, *Civil Litigation, Practice and Procedure in a Shifting Culture*, Emis Professional Publishing, Hertfordshire 2001, s. 36.

¹⁵⁰ *Biguzzi v. Rank Leisure plc* [1999] 1 WLR 1926, 1934 F, CA.

¹⁵¹ *Thomson v. O'Connor* [2005] EWCA Civ. 1533, at [17-[19]; *Three Rivers DC v. Bank of England* [2005] EWCA Civ. 889, [2005] CP. Rep. 46, at [55].

¹⁵² PD (52) 4.4., 4.5.

olmaktadır¹⁵³.

CPR Rule 24.2'ye göre hâkim davacı veya davalıya karşı duruşmasız yargılama yapılmasına şu hallerde karar verebilmektedir: 1-Eğer davacının iddiasının gerçek başarı ihtimali (*real prospect of succeeding*) bulunmadığını düşünüyorsa, 2-Eğer davalının iddiasını savunacak gerçek başarı ihtimali bulunmadığını düşünüyorsa, duruşmasız yargılama yoluna re'sen gidebilecektir. 2001 tarihli *Swain v. Hillman* davasında hâkim iddia veya savunmanın hayal ürününden (*fanciful*) ziyade, gerçeğe uygun (*realistic*) olması gerektiğine, gerçek olma ihtimali bulunmayan (*no real prospect*) iddia ve savunmaların duruşmasız yargılama yapılarak görüleceğine dikkat çekmiştir¹⁵⁴. Bu davada aynı zamanda duruşmasız yargılama usulünün adeta bir mini duruşmaya dönüştürülmesinin de bu usulün amacının saptırılmasına neden olacağı belirtilmektedir¹⁵⁵. Duruşmasız yargılamanın kendi öz yapısını bozarak mini bir duruşma usulüne dönüştürmek yerine, vakıaların detaylı olarak incelenmesinin gerekli olduğu meselelerde Medeni Usul Kuralları'nın 31. maddesi çerçevesinde disclosure müessesesine başvurulması ve tanık ifadelerinin hazırlanmasının doğru olacağı söylenmektedir. Bunlar da yeterli olmazsa duruşma yapılarak çapraz sorgulama gerçekleştirilmelidir¹⁵⁶.

Duruşmasız yargılama sonucunda hâkim, başvuran tarafın iddia veya savunmasına yönelik olarak iddianın tamamı veya sadece belirli bir mesele hakkında hüküm kurabileceği gibi (CPR Rule 24.1, 24.2; PD (24) 5.1(1), (2)) belirli iddia veya savunmaları yargılamadan çıkarabilir ve tamamen reddedebilir (PD (24) 5.1(2)). Bunun yanı sıra hâkim doğrudan duruşmasız yargılama talebini de reddedebileceği gibi (PD (24)5.1(3)), iddia veya savunmanın başarıya ulaşabileceğini düşünmekle beraber gerçekleşmesinin yeterince olası görünmemesi halinde şartlı emir (*conditional order*) de verebilecektir (PD (24) 4).

Crédit Suisse Internationale v Ramot Plana OOD davasında hâkim duruşmasız

¹⁵³ **Sime**, s. 270.

¹⁵⁴ *Swain v. Hillman* [2001] 1 All ER 91, 92, CA

¹⁵⁵ *Cotton v. Rickard Metals Inc* [2008] EWHC 824 (QB).

¹⁵⁶ **Andrews**, Principles of Civil Procedure, 1994, s. 216, 218; **Andrews**, Andrew on Civil Processes, s. 252.

yargılama yapılmasını talep etmiştir ve kararında duruşmasız yargı yoluna gidilebilmesi için gereken rehber niteliğindeki unsurları vurgulamıştır¹⁵⁷. Buna göre, hâkimin gerçek dışı vakıalara ilişkin delilleri reddedebilmesi için bu vakıaların doğruluğunun bulunmadığının (*no substance*) açık olması gerekmektedir¹⁵⁸. Bu doğrultuda vakıalara yönelik iddiaların tabiatı gereği muhtemel olmayan veya olağüstü ve/veya dayanak olarak gösterilen delillerle çelişki halinde olması gerekmektedir¹⁵⁹.

§ 2 AMERİKAN HUKUKUNDA VAKIALARIN GETİRİLMESİ VE DELİLLERİN TOPLANMASINDA BENİMSENEN USULLERİN TARİHİ GELİŞİMİ

1906 yılında Amerikan hukukçusu Dean Pound, bir makalesinde¹⁶⁰ Amerikan yargılama bir spor müsabakasına benzetmiş; bu müsabakada avukatları futbol oyuncularına benzeterek, avukatların kendilerini mahkemenin memurları olarak görmediklerini, davayı kazanmak için çapraz sorgulamalarda, tanıkların dinlenmesinde sert ve rekabetçi bir tavır sergilediklerine dikkat çekmiştir¹⁶¹. Bu çerçevede Pound hâkimlerin de sadece bir futbol hakemi gibi kuralların düzgün şekilde işlenmesini sağlamakla yetinen tarafsız bir hakem olduğunu belirtmiş, taraf ve avukatlarının ise hâkimin müdahalesi olmadığı için, kazanmak için yarıştığını ve hatta kavga ettiğini vurgulamıştır¹⁶². Kısaca Pound, Amerikan adalet yönetimini keskin şekilde eleştirmiştir. Aradan geçen yüz yılı aşkın süreden sonra Amerikan yargılama köklü değişimler yaşansa da, doktrinde hala “*sporting theory of justice*” olarak adlandırılan kısaca sadece en iyi oynayanın kazandığı, bir müsabaka

¹⁵⁷ [2010] EWHC 2759 (Comm), at [24].

¹⁵⁸ [2010] EWHC 2759 (Comm), at [25].

¹⁵⁹ *Warner v. Penningtons* [2011] EWCA Civ. 337; *Pink Floyd Music Ltd v. EMI Records Ltd.* [2010] EWCA Civ. 1429, [2011] 1 WLR 770; *AB v. Ministry of Defence* [2012] UKSC 9, [2012] 2 WLR 643.

¹⁶⁰ **Roscoe Pound**, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, *American Law Review*, vol. 40/5, 1906, s. 742.

¹⁶¹ **Edward F. Sherman**, *Dean Pound’s Dissatisfaction with the “Sporting Theory of Justice”: Where Are We a Hundred Years Later?*, *South Texas Law Review*, vol. 48/4, 2006-2007, s. 984.

¹⁶² **Pound**, s. 738.

havasında geçen yargılamaların varlığından şikayet edilmekte; davalar sinema ve televizyonlarda, bir spor müsabakası veya teatral bir şov gibi gösterilmektedir¹⁶³. Özellikle filmlerde Amerikan davaları taktiksel olarak yürütülen teatral oturumlar olarak lanse edilmektedir.

Amerikan hukukunun ilk dönemlerinde hâkim, taraf egemen sistemin katı perdesi altında pasif kalmaktaydı. Yargılamada, davayı şekillendiren ve yön veren esas görevi taraf avukatları yerine getirmekte, hâkim ise sadece tarafsız bir hakem olarak görev almaktaydı. Hâkimin yargılamaya müdahalesi sadece itirazlara cevap vermekten, avukatların taleplerini değerlendirmekten ve jüriyi bilgilendirmekten ibaret iken; taraf avukatları hangi tanığı çağıracaklarını ve hangi delilin sunulacağına karar vermekteydi¹⁶⁴. Amerikan hâkiminin tanıkları mahkemeye çağırması ve sorgulaması ise, Amerikan hukukunun taraf egemen karakterinin katılığından ötürü tercih edilmemektedir. Halbuki incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında hâkim gerçeğin keşfinde ve adalete erişimde tanıkların belirlenmesi ve sorgulanmasında baskın sorumluluğa sahiptir. Dean Pound'un Amerikan usul hukukunun eksikliklerine dikkat çektiği bu noktalara son dönem Amerikan hukukunda çareler üretilmeye çalışılmış ve köklü değişikliklere imza atılmıştır.

Amerikan hâkiminin bu pasif duruşu 1938 ve 1983 tarihli Federal Medeni Usul Kuralları ile beraber kademeli olarak yerini daha aktif bir hâkime bırakmıştır. Bu kapsamda örneğin, 1938 tarihli Kanun'un 16. maddesinin öngördüğü ön duruşma toplantıları ile hâkim tarafların vakıalarını sadeleştirmeleri, dilekçelerinde değişiklik yapmaları, bilirkişilerini sınırlandırmaları konusunda onları yönlendirebilmeye başlamıştır. 1983 yılında ise, Federal Medeni Usul Kuralları'nın 16. maddesi değiştirilerek, ön duruşma toplantılarının ikili bir ayrıma tabi olması sağlandı: 1- Takvim ve planlama, 2- Nihai toplantı. Böylece yargılamanın erken bir evresinde hâkim yargılamaya katılarak davayı kontrol etmekte, böylece yargılamanın yönetim eksikliğinden dolayı sürüncemede bırakılmaması, uyuşmazlığın anlaşma ile sonuçlanması için teşviki ve gereksiz duruşma öncesi aktivitelerin önlenmesi amaçlanmaktaydı.

¹⁶³ Örneğin bkz. **Judith L. Maute**, Sporting Theory of Justice: Taming Adversary Zeal with a Logical Sanctions Doctrine, Connecticut Law Review, 1987-1988, vol. 20, s. 9 vd.; **Sherman**, s. 983 vd.

¹⁶⁴ **Sherman**, s. 990.

Bu kapsamda Amerikan hukukunda dava malzemesinin toplanmasında hâkimin rolünün geçirdiği evrim aşağıda ayrıntılı olarak açıklanarak, Amerikan hâkiminin aktifleşmesine yönelik yapılan değişiklikler çok boyutlu bir şekilde incelenecektir.

I. Erken Dönem Amerikan Hukukunda Vakıaların Getirilmesi ve Delillerin Toplanması

A- Erken Dönem Amerikan Hukuku Mahkeme Sistemi

1783 yılında bağımsızlığını ilan eden on üç Amerikan kolonisinin¹⁶⁵ her biri kendi adli sistemini oluşturmuştur¹⁶⁶. Dolayısıyla her bir eyalette mahkeme sistemi de büyük farklılık göstermekteydi. Eyaletler arasındaki mahkeme yapılarına ilişkin farklılıklar günümüzde de devam etmektedir.

18. ve 19. yüzyıllarda Amerikan hukukunda, hukuk (*common law*) ve hakkaniyet (*equity*) olarak yapılan İngiliz ayrımı birçok eyalette ve federal mahkemede varlığını korumakla beraber, zamanla birçok eyalet, müstakilen varlık gösteren hakkaniyet mahkemelerini ortadan kaldırmıştır¹⁶⁷. Belirtmek gerekir ki, hem hukuk mahkemelerinin hem de hakkaniyet mahkemelerinin kendilerine ait usul kuralları mevcuttu ve bu usuller birbirlerinden büyük farklılık arz etmekteydi¹⁶⁸. Örneğin hukuk mahkemelerinde vakıalar jüri tarafından görülürken, hakkaniyet mahkemelerinde mahkeme huzurunda hâkim tarafından görülmekteydi.

Amerikan bağımsızlığının ardından ilk yıllarda, hem hukuk mahkemelerinde hem de hakkaniyet mahkemelerinde usul kuralları İngiliz hukuk sistemiyle yakın bağ içinde olmaya devam etti¹⁶⁹. Yeni bağımsız olmuş Amerikan hukukunda, İngiliz

¹⁶⁵ On üç koloni Britanya İmparatorluğu'na ait olan Kuzey Amerika'nın doğu kıyısında bulunan on üç kolonidir. 1607 yılında Virjinya eyaletinde başlamış ve 1753'te Georgia eyaletinin kurulmasıyla kuruluş tamamlanmıştır. Bu on üç koloni ABD'nin kurucu eyaletleridir. Bunlar kuzeyden güneye sırayla New Hampshire, Massachusetess, Rhode Islands, Connecticut, New York, New Jersey, Pensilvanya, Delaware, Maryland, Virjinya, Kuzey Karolina, Güney Karolina ve Georgia'dır.

¹⁶⁶ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 87. Erken dönem Amerikan tarihindeki Amerikan kolonileri ve İngiliz müşterek hukukunun etkileri üzerine ayrıntılı bilgi için bkz. **Paul Samuel Reinsch**, *The English Common Law in the Early American Colonies, in Association of American Law Schools (ed.), Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge 1907, s. 367- 415.

¹⁶⁷ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 87.

¹⁶⁸ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 87.

¹⁶⁹ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 87.

hukuk literatüründe Blackstone'un "İngiliz Hukuku Şerhi" büyük ölçüde okunmakta ve uygulanmakta; birçok Amerikan avukat ve hâkimi ise İngiliz hukuk sisteminde eğitim almaktaydı¹⁷⁰. Bununla birlikte bazı ayrıntılarda İngiliz uygulaması terkedilmişti. Örneğin artık klasik İngiliz sisteminin dava dilekçesi usulü uygulanmamaktaydı¹⁷¹.

B- Erken Dönem Amerikan Hukukunda Dava Malzemesinin Toplanması (*Fact-Finding*)

Bu bölümde öncelikle hukuk yargılamalarında dava malzemesinin toplanması usulü anlatılacak olup, sonrasında hakkaniyet mahkemelerindeki dava malzemesinin toplanması usulü açıklanacaktır.

1- Hukuk Yargılamalarında (*Common Law*) Dava Malzemesinin Toplanması

Hukuk yargılamalarında oluşturulan dava dilekçesiyle uyuşmazlığa ilişkin meselenenin tek bir hukuk veya vakıa sorununa indirgenmesi amaçlanmaktaydı. Dilekçeler teatisinden sonra, hukuk yargılamasında davaya ilişkin bilgilerin araştırılması (*discovery*) için çok sınırlı imkan tanınmaktaydı. Anglo-Amerikan hukukunun mevcut sistemi ile kıyaslandığında eski dönemlerde discovery müessesesinin neredeyse varlık göstermediği dahi söylenebilmektedir. Gerçek anlamda bir discovery müessesesinin eksikliği ve davayla bağlantılı delilleri davadan hariç tutan ayrıntılı kuralların varlığı, davaya ilişkin bilgiye erişimi engellemekteydi¹⁷².

Hukuk yargılamasının bir diğer ayırt edici özelliği Amerikan Anayasası ve aynı zamanda birçok eyalet Anayasası'nda jürili yargılama hakkının saklı tutulmuş olmasıdır. Vakıaları inceleyen ve vakıalar doğrultusunda karar veren jürinin (*trier of fact*) dava malzemesinin toplanması sürecine büyük oranda dahil olması söz konusu

¹⁷⁰ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 87.

¹⁷¹ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 87.

¹⁷² J. H. Wigmore, A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law, Third Edition, Little, Brown and Company, Boston 1940, § 1845.

olmaktaydı¹⁷³.

Hukuk mahkemelerinin bir diğer önemli özelliği bu mahkemelerde taraf hâkimiyeti sisteminin benimsenmesidir. 17. yüzyıldan itibaren daha yoğun şekilde tarafların hâkimiyetine dayalı usuller, hem İngiliz hem de Amerikan sistemlerinde yerini almıştır¹⁷⁴. 18. yüzyıldan itibaren artık taraf egemen sistem hem İngiltere’de hem de ABD’de varlığını pekiştirmiştir¹⁷⁵.

2- Hakkaniyet (*Equity*) Yargılamalarında Dava Malzemesinin Toplanması

Hakkaniyet mahkemelerinde görülen yargılama, hukuk mahkemelerinde görülen yargılamadan büyük farklılıklar taşımaktadır. Hakkaniyet mahkemelerindeki yargılamanın hukuk mahkemelerindeki yargılamaya göre daha esnek olduğu da kabul edilmektedir. 19. yüzyılda hakkaniyet mahkemelerinde gerçekleştirilen usullerin hem gereksiz zaman kaybına hem de masrafa yol açtığı vurgulanarak büyük eleştiri almıştır¹⁷⁶.

Hakkaniyet mahkemelerindeki dava dilekçesinin temeli, kilise mahkemelerinde (*ecclesiastical court*) görülen dilekçe uygulamalarına dayanmaktadır¹⁷⁷. Hukuk yargılamalarında görülen dilekçelerden farklı olarak, hakkaniyet mahkemeleri dava dilekçesinin, tek bir uyuşmazlık konusuna dayanması gerekmemektedir¹⁷⁸. Hakkaniyet yargılamalarında discovery usulleri de uygulanmaktadır¹⁷⁹. Hakkaniyet mahkemeleri önündeki yargılama geleneksel olarak davacının dilekçesiyle (*bill of complaint*) başlamaktadır. Davalının bu dilekçeye yemin altında karşılık vermesi gerekmektedir. Davacı ise davalının vereceği cevap

¹⁷³ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 88.

¹⁷⁴ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 88.

¹⁷⁵ Landsman, Readings on Adversarial Justice: The American Approach to Adjudication, s. 15.

¹⁷⁶ Robert Wyness Millar, The Old Regime and the New in Civil Procedure, New York University Law Quarterly Review, vol. 14/1, 1936-1937, s. 14; A. D. Kessler, Our Inquisitorial Tradition, Cornell Law Review, vol. 90/5, 2004-2005, s. 1227.

¹⁷⁷ Langdell, s. 753.

¹⁷⁸ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 88.

¹⁷⁹ M. R. T. Macnair, Equity and Conscience, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 27/4, 2007, s. 672-677.

sonrasında tekrar bir dilekçe ile cevap verebilmektedir¹⁸⁰. Dava dilekçesine isterse davacı aynı zamanda davalı tarafından cevaplanacak bir soru kısmı (*interrogation part*) da ekleyebilmekte, davalı ise bu sorulara yemin altında cevap vermektedir. Bu soru kısmı aracılığıyla davacı davalıya davayla ilgili herhangi bir belgeye dayanan delilin de kendisinde bulunup bulunmadığını sorabilmektedir ve eğer davalı bu tip bir delilin varlığını kabul ederse, bu durumda mahkeme bu belgenin incelenmesini emredebilmektedir¹⁸¹.

Yüksek Mahkeme görevi gören “*Chancery Court*”ta¹⁸² tanıkların ifadesi açık oturumda alınmamakta, tanıkların yazılı ifadesine başvurulmaktaydı. Tanık deliline dayanan taraf, tanıklara sorulacak soruları da hazırlamaktaydı. Mahkeme tarafından atanan memurlar ise, mahkeme dışında ve tarafların yokluğunda tanıkların ifadesini dinlemekteydi. Yani tanıkların ifadesi, tarafın hazırladığı sorularca, tarafın yokluğunda mahkeme dışında mahkeme memurları tarafından alınmaktaydı. Her ne kadar 1789 tarihli Adli Yargı Kanunu (*Judiciary Act*) federal hakkaniyet davalarında sözlü tanıklığı düzenlemekteyse de, geleneksel yazılı usul ABD’de 20. yüzyıl başlarına kadar devam etmiştir¹⁸³.

Hakkaniyet yargılamasının dava malzemesinin toplanmasına ilişkin son ayırt edici özelliği ise hâkimlerin rolünün geniş olmasıdır¹⁸⁴. Buna göre, hâkimlerin yargılama usullerinin yönetim ve idaresinde geniş yetkileri bulunmaktaydı. Örneğin hangi delilin nasıl sunulacağını hâkimler belirlemekteydi¹⁸⁵. Ayrıca hakkaniyet yargılamalarında jüri uygulamasına hiç yer verilmemekteydi¹⁸⁶. Böylece hem hukuki hem de vakıalara yönelik meselelerde son kararı hâkim vermektedir.

¹⁸⁰ Kessler, s. 1207.

¹⁸¹ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 88.

¹⁸² “*Chancery court*” olarak adlandırılan Yüksek Mahkemenin tarihi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. George Spence, The History of the Court of Chancery, in *Association of American Legal History, Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. 2, Little, Brown, and Company, Boston 1908, s. 219-254.

¹⁸³ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 88.

¹⁸⁴ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 88.

¹⁸⁵ Kessler, Our Inquisitorial Tradition, s. 1181 vd.

¹⁸⁶ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 89.

C- Erken Dönem Amerikan Hukukunda Deliller

18. yüzyılda ispat hukuku büyük ölçüde en iyi delil kuralı “*best evidence rule*” ve bazı kimselerin tanıklık yapmaktan mahrum bırakılması temeline dayanmakta idi¹⁸⁷. 19. yüzyıla gelindiğinde en iyi delil kuralı artık etkisini kaybetmişti ve yerini dolaylı delil yasağı ve delilin davayla bağlantılı olması kuralı almıştı¹⁸⁸.

Bu dönemde ispata ilişkin yeni kurallar kabul edilerek tamamen yeni bir delil sistemi kabul edilmiştir. Yeni getirilen bu ayrıntılı kurallar hâkimin ve jürinin vakıaları ele alması ve karar vermesi bakımından özgürlüğünü kısıtlamıştır. Aslında bu kurallar hem hâkimler hem de jüriye yönelik güvensizliğin bir göstergesi olarak ortaya çıkmıştır ve jüri ile hâkimler arasında bir denge oluşturabilmek için getirilmişlerdir¹⁸⁹.

18. ve 19. yüzyıllar boyunca, temel olarak iki genel gelişme gözlemlenmiştir¹⁹⁰: İlk gelişme tanık delilinin kabul edilebilirliğine ilişkin kurallar artık eskisi kadar sıkı kurallar değildir. İkinci olarak, “*trier of fact*”; yani vakıaları belirleyen ve vakıalar çerçevesinde karar veren jüri (jüri yargılamalarda) veya hâkimin (jürisiz yargılamalarda) pasifliğinin ve tarafsızlığının korunmasına yönelik olarak daha fazla kural getirilmiştir.

D- Tanık İfadesinin Kabul Edilebilirliği

18. ve 19. yüzyıllar boyunca hem yeni kabul edilenler hem de mevcut ispata ilişkin kurallar ağır eleştiri almaktaydı¹⁹¹. Bu dönemde özellikle Bentham tarafından davayla bağlantılı delillerin de kimi zaman davadan hariç tutulmasına neden olan

¹⁸⁷ **J. H. Langbein**, Historical Foundations of the Law of Evidence: A View from the Ryder Sources, Columbia Law Review, vol. 96/5, 1996, s. 1176.

¹⁸⁸ **Stephan Landsman**, From Gilbert to Bentham: The Reconceptualization of Evidence Theory, The Wayne Law Review, vol. 36/3, 1990, s. 1149 vd.

¹⁸⁹ **Friedman**, A History of American Law, s. 153.

¹⁹⁰ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 89; **Landsman**, Readings on Adversarial Justice, s. 17.

¹⁹¹ **Landsman**, From Gilbert to Bentham, s. 1166. Bu dönemde özellikle İngiliz filozof ve hukukçu Bentham ispata ilişkin kuralların neredeyse tamamına yönelik olarak ağır eleştirilerde bulunmaktaydı, **Jeremy Bentham**, Rationale of Judicial Evidence, Garland Publishing, New York 1827-1978 (tıpkı bası), s. 22.

kurallar eleştirilmekteydi¹⁹². Bentham'ın yoğun eleştirisel teorilerinin etkisiyle¹⁹³, 18. ve 19. yüzyıllarda hem İngiltere'de hem de ABD'de delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin daha az kısıtlamalar içeren uygulamalar benimsenmeye başlamıştır¹⁹⁴. Bu doğrultuda önemli bir değişiklik olarak 18. ve 19. yüzyıllarda tanık ifadesinin kabul edilebilirliğine ilişkin sınırlamaların kaldırılmasını gösterebiliriz. 1744 tarihli İngiliz *Omychund v. Barker* kararında, Hint inanışlarına göre yapılmış bir yeminle gerçekleştirilmiş bir tanık ifadesinin delil olarak kabul edilebileceğine karar verilmiştir. Böylece bu karar Hristiyan inanışlarına göre yemin etmek istemeyen herkesin tanık ifadesine başvurabilmesini mümkün kılmıştır¹⁹⁵. Benzer şekilde, davadan ekonomik menfaati olan kimselerin tanıklık yapması da mümkün hale getirilmiştir. Bununla beraber, her ne kadar kabul edilebilirliğe ilişkin kuralların esnetilmesi amaçlansa da, kanunen yeni sınırlamalar da eklenmiştir. Örneğin 1828 yılında New York'ta doktor ile hasta arasındaki ilişki sebebiyle doktorun hastanın bilgilerini saklamak adına bir muafiyetin söz konusu olduğu kabul edilmiş ve tanıklık sınırlandırılmıştır¹⁹⁶. Sonrasında diğer eyaletler de New York'taki bu uygulamayı takip etmişlerdir¹⁹⁷.

E- Çapraz Sorgulama ve Hâkim/Jüri'nin Pasifliği ve Tarafsızlığı

18. ve 19. yüzyıllarda deliller çerçevesinde yapılan ikinci önemli gelişme taraf egemen sistemin etkinliğini kuvvetlendirmesidir. 18. yüzyılın ilk yıllarında avukatlar tarafından çapraz sorgulama yapılması hakkı oluşturulmuştur. Takip eden dönemde çapraz sorgulamaya verilen önem hâkimin (jürisiz yargılamalarda) veya jürinin (jüri yargılamalarda) yargılamada daha pasif ve tarafsız bir rol almasına neden olmuştur¹⁹⁸. Damaska'ya göre, jürinin adeta “mahkemenin saksı bitkileri” (*potted courtroom plants*)

¹⁹² **Landsman**, From Gilbert to Bentham, s. 1175-1185; **Twining**, s. 43-44.

¹⁹³ **John Forrest Dillon**, Bentham's Influence in the Reforms of the Nineteenth Century, in *Association of American Law Schools, Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge 1907, s. 492- 515.

¹⁹⁴ **Allen**, s. 44-45.

¹⁹⁵ *Omychund (Ormichund) v. Baker* (1744) 1 Atk 21, 40, (naklen **Allen**, The Law of Evidence in Victorian England, s. 51); **Landsman**, From Gilbert to Bentham, s. 1165.

¹⁹⁶ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 90.

¹⁹⁷ **Friedman**, A History of American Law, s. 154.

¹⁹⁸ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 91.

gibi pasif kalması gerekmektedir¹⁹⁹.

1- Jürinin Pasif Rolü

Jürinin yargılamada pasif kalmasını güvence altına almak üzere 19. yüzyıl boyunca yeni kurallar oluşturulmuştur. 18. yüzyılda jüri aktif olarak tarafların tanıklarına soru sormakta, hatta kimi zaman jüri taraflardan belirli tanıkları mahkemeye çağırımları talebinde bulunmaktaydı²⁰⁰. Öyle ki jüri vakıalar haricinde, hukuk alanına da taşarak şu an hâkimin sahip olduğu rolü de yerine getirmekteydi. Aslında jürinin yargılama içindeki rolünün geniş kapsamda olmasının temel nedeni vakıa ve hukuk ayrımının ve bu ayrıma ilişkin rol dağılımının net bir şekilde o dönemde daha ortaya konmayışındandır²⁰¹. Bununla birlikte, zamanla jürinin yargılama içindeki rolü azaltılarak, vakıa ve hukuk ayrımı açıklığa kavuşturulmuştur²⁰².

2- Jürinin Bağımsızlığı

Günümüzde, jürinin tarafsız olmasını temin etmek üzere hâkimlerin davanın esasına ilişkin olarak doğrudan jüriye tavsiyelerde bulunup açıklamalar yapmaları mümkün değildir²⁰³. Halbuki, jüri yerine getirdiği görev için herhangi bir eğitim almadığı, deneyimsiz olduğu ve verdiği kararlar için gerekçe göstermek zorunda olmadığı için her zaman denetime ve rehberliğe ihtiyaç duymaktadır. Geleneksel olarak, jüri üzerinde denetim sağlamak üzere uygulanan yöntemlerden biri hâkimin davanın esası hakkında gayri resmi şekilde jüriye rehberlik etmesidir²⁰⁴. İngiliz hukukunda görüldüğü üzere, Amerikan hukukunda da başlangıçta hâkimler vakıa ve hukuk meselelerinde jüriyi denetleme eğilimiyle jüriye açıklamalarda bulunmaktaydılar. Böylece bu çerçevede hâkimler jüri kararları üzerinde baskın olma

¹⁹⁹ **Damaska**, Evidence Law Adrift, s. 90.

²⁰⁰ **Langbein**, The Origins of Adversary Criminal Trial, s. 318.

²⁰¹ Note, The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century, s. 170 vd.

²⁰² Note, The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century, s. 170 vd.

²⁰³ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 91.

²⁰⁴ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 91.

eğilimine sahiptiler²⁰⁵. Kısmen baronun da etkisiyle zamanla, hâkimlerin vakısal meselelere ilişkin olarak jüriye açıklamalarda bulunmalarının uygun olmadığı düşünülmeye başlandı²⁰⁶. 18. yüzyılın sonları ile 19. yüzyılda, birçok Amerikan eyaletinde, güney ve batı eyaletleri ağırlıkta olmak üzere, hâkimlerin deliller hakkında jüriye açıklama yapma hakkı ortadan kaldırılmıştır²⁰⁷. Hâkimin kendi takdiri doğrultusunda jüriyle konuşması, jüriye açıklamalarda bulunması, bilgi vermesi usulünün yerini, resmileştirilmiş bir sistem olarak bugün de geçerliliği olan Jüriyi Bilgilendirme Kuralları (*Rules on Jury Instruction*) almıştır²⁰⁸. Bu doğrultuda hâkimlerin jüri karar aldıktan sonra, verilmiş olunan bu kararı düzeltme fırsatı da neredeyse kalmamıştır²⁰⁹.

Amerikan hukukunda, jüriyi yargılamaya ilişkin anayasal hak ve hâkimlerin vakıalara yönelik meselelerde jüriye açıklama yapmalarının önlenmesine ilişkin kurallar jürinin korunması ve varlığını sürdürmesi için büyük önem taşımaktadır. Diğer Anglo-Amerikan hukuku ülkelerinde ise jüri uygulaması büyük ölçüde ortadan kaldırılmıştır.

İngiltere’de 1846 tarihli Yerel Mahkeme Kanunu (*County Court Act*) ve 1854 tarihli Common Law Usul Kanunu, jüriyi yargılamayı isteğe bağlı bir hale dönüştürmüştür²¹⁰. Bu durum İngiliz hukuk davalarında jürinin yokoluşunun temelini oluşturmuştur. İngiliz hâkimleri vakıalara yönelik meselelerde jüriye açıklamalarda ve tavsiyelerde bulunmaktaydı ve sıklıkla jüriye yön vererek, jüri kararlarında baskın olmaktaydılar. Hâkimler jüriye hem hukuk hem de vakıalara ilişkin konularda o kadar çok açıklamada bulunup tavsiye vermekteydiler ki jüri kararına esas olan jürinin

²⁰⁵ **Langbein**, *Historical Foundations of the Law of Evidence: A View From the Ryder Sources*, s. 1190-1193; **R. Lettow Lerner**, *The Transformation of the American Civil Trial: The Silent Judge*, *William and Mary Law Review*, vol. 42/1, 2000-2001, s. 205-209.

²⁰⁶ **Verkerk**, *Fact-Finding in Civil Litigation*, s. 91.

²⁰⁷ Bazı eyaletler bunun için kanun çıkarırken, bazıları da buna ilişkin düzenlemeyi Anayasa’larına taşımıştır. Kimi zaman da bazı eyaletlerin Yüksek Mahkemeleri, hâkimlerin deliller hakkında jüriye açıklama yapamayacağına ilişkin kararlar vermiştir ve uygulama da bu yönde şekillenmiştir, **Lerner**, s. 241-262; **Langbein**, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, s. 321-323; **Verkerk**, *Fact-Finding in Civil Litigation*, s. 91.

²⁰⁸ **Verkerk**, *Fact-Finding in Civil Litigation*, s. 91, FRCP Rule 51 taraflara, hâkimin jüriyi bilgilendirmesinden haberdar olma ve bu doğrultuda itirazda bulunma hakkı tanımaktadır.

²⁰⁹ **Langbein**, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, s. 330.

²¹⁰ **Verkerk**, *Fact-Finding in Civil Litigation*, s. 92.

vicdanından çok hâkimlerin karar ve takdirleri olmaktadır²¹¹. Ayrıca 19. yüzyıl boyunca gittikçe, yargı hükümdardan bağımsız bir hale gelmişti. Böylece jürinin baskıcı hükümete karşı oluşturduğu siperin de önemi kalmamıştı²¹². Jürinin uzun yıllar bağımsız hâkimlerin yönlendirmeleri ve açıklamalarıyla hareket etmesi jürinin aslında çok da faydalı olmayan bir müessese olduğunu göstermekteydi. Bu yüzden de ortadan kaldırılması için atılacak adımlar çok da zor olmadı.

3- Jüri Denetimi için Yeni Yöntemler

Jüri kararlarına karşı her zaman şüpheli ve güvensiz bir yaklaşım söz konusu olmaktadır. İşte bu doğrultuda yeni jüri denetimi sistemiyle bu şüpheler ve tereddütler giderilmek istenmiştir. Yeni sistemde jüriye yol gösterilerek muhtemel hatalarının düzeltilmesi yerine, jüri hatalarının önlenmesinin üstünde durulmuştur. Modern ispat hukukunun temel unsurlarından biri, hangi delillerin jüriye sunulacağına ilişkin kurallar bütünüdür²¹³. Davaya uygun görülmemeyen delillerin davadan hariç tutulmasının doktrinsel temeli ve bu doktrine ilişkin yöntemlerin yürütülmesi ve yerine getirilmesi için kullanılan dışlayıcı kurallar 18. yüzyılın sonuna kadar düzenlenmiş değildi²¹⁴. Dışlayıcı kurallar, jürinin önyargı oluşturacak yanıltıcı dava malzemelerinden kötünietli şekilde yanlış yönlendirilmemesini sağlamaktadır²¹⁵. Bu sistemde hâkim kendi takdiri doğrultusunda jüriye müdahalede bulunmamakta, yeni getirilen kurallarla avukatlara yetki verilerek bazı delillerin hariç tutulması talep edilmektedir²¹⁶.

Jüri denetimine yeniden şekil veren bir diğer husus da “*directed verdicts*” ve yeni duruşma taleplerinin (*trial order*) kullanımının arttırılmasıdır²¹⁷. Bu usuller şimdi aşağıda iki başlık halinde açıklanacaktır.

²¹¹ Hanly, s. 258-259.

²¹² Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 92.

²¹³ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 92.

²¹⁴ Langbein, The Origins of Adversary Criminal Trial, s. 248.

²¹⁵ Landsman, Readings on Adversarial Justice: The American Approach to Adjudication, s. 17.

²¹⁶ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 92.

²¹⁷ S. C. Yaezell, The Misunderstood Consequences of Modern Civil Process, Wisconsin Law Review, 1994, s. 642-644; Lerner, s. 259.

a- Hukuki Meseleye İlişkin Hüküm

Eski adıyla “*Directed Verdicts*” ya da Amerikan uygulamasındaki yeni adıyla “*Judgment as a Matter of Law*” yani “Hukuki meseleye ilişkin hüküm” olarak Türkçeleştirebileceğimiz usule göre taraflardan biri uyuşmazlığa ilişkin bir mesele hakkında jürili bir duruşmada dinlenmişse ve hâkim eğer orta derecede davayı kavrayacak makul bir jürinin söz konusu taraf lehine bir karar oluşturabilecek yeterlilikte, söz konusu vakıaları ispatlayacak delilinin bulunmadığına karar vereceği kanaatindeyse, meseleyi doğrudan taraf aleyhine çözüme kavuşturabilecektir (FRCP Rule 50). Böylece söz konusu iddia veya savunmayı yapan taraf hakkında hüküm kurulmuş olunacaktır. Hüküm kurulan meseleye ilişkin bulgular tamamen muhafaza edilebileceği gibi, elverişli bulgular saklı tutularak söz konusu iddia ve savunmanın reddedilmesi de mümkündür (FRCP Rule 50 (a)(1)(B)). Burada dikkat çeken iki husus olarak, duruşma sırasında söz konusu tarafın davasını makul ölçüde destekleyecek yeterli delilinin bulunmaması ve söz konusu tarafın dinlenerek uyuşmazlığa ilişkin vakıasının tamamen ele alınmış olması gerekliliğidir. Böylece hâkim jüri kararını beklemeden dava hakkında karar verebilmektedir.

Hukuki meseleye ilişkin hüküm verilmesi usulü davanın taraflarının talepleri doğrultusunda dava jüriye sunulmadan önce herhangi bir zamanda yapılabilmekte, bu talepler hâkim tarafından değerlendirilerek yerine getirilmektedir (FRCP Rule 50(a)(2)). Bu usulle hâkime yargılamanın seyri bakımından önemli bir takdiri görev verilmiş olunmaktadır²¹⁸.

Kısaca hukuki meseleye ilişkin olarak hüküm usulüyle taraflardan biri, diğer tarafın davasını destekleyecek yeterli delili bulunmadığını iddia ederek hâkimden davayı jürinin karar vermesi için ilerletmek yerine, hâkimin kendisinin bir karar vermesi için talepte bulunmaktadır. Aslında hukuki meseleye ilişkin hüküm, duruşmasız yargılama usulü ile benzer niteliğe sahiptir. Bununla beraber, duruşmasız yargılamada her ne kadar iddiaların yetersizliğine dayanarak duruşma yapılmadan hâkimin hükme varması talep edilse de, duruşmasız yargılama talebi, discovery usulünden sonra ve duruşmadan önce gerçekleştirilmesi gereken bir talep olarak

²¹⁸ Hâkimin bu önemli rolünü gösteren bir karar örneği için bkz. **Robert A. Ragazzo**, The Power of a Federal Appellate Court to Direct Entry of Judgment as a Matter of Law: Reflections on Weisgram v. Marley Co., Journal of Appellate Practice and Process, vol. 3, no. 1, 2001, s. 107 vd.

hukuki meseleye ilişkin hüküm usulünden ayrılmaktadır.

b- Yeni Duruşma Talepleri

Hâkim eğer Federal Medeni Usul Kuralları'nın 50(a) maddesine göre, yeterli delili bulunmadığını öngördüğü meseleler hakkında davayı jüriye devretmeden önce kendisi bir hükme varma yolunu tercih etmezse, bu durumda 50. maddenin (b) bendine göre hareket edecektir. Buna göre, hâkim davayı jüriye yönlendirerek jüriden bir karara varmasını bekleyecektir. Eğer jüri bir karara varabilmişse, jürinin karar vermesinden itibaren 28 gün içinde; jüri bir karara varamamışsa jürinin tasfiyesinden itibaren 28 gün içinde başvuran tarafın (davanın ispata yeterli delile dayanmadığını ileri süren taraf) talebini yenilemesi gerekmektedir. Başvuran taraf, başlangıçta yaptığı talebine ek veya alternatif talepler de ekleyerek yeni bir duruşma yapılmasını Federal Medeni Usul Kuralları'nın 59. maddesine göre isteyebilecektir. Mahkeme de bu talep doğrultusunda: 50(b)(1)Eğer jüri bir karar vermişse jüri kararına hükmedebilir, (2) Yeni duruşma yapılmasına hükmedebilir, (3) Konuyu hukuki meseleye ilişkin hüküm olarak kabul edip, ona göre davayı yönlendirebilir.

Kaliforniya eyaletinde yeni duruşma taleplerine yönelik olarak sınırlayıcı bir politika izlenmektedir. Bu doğrultuda Kaliforniya Yüksek Mahkemesinin *Coombs v. Hibberd*²¹⁹ kararında yeni duruşma taleplerinin reddedilmesinin söz konusu olduğu belirtilerek, buna gerekçe olarak da davaların bir noktada sürüncemede bırakılmadan sonlandırılması gerektiği aksi takdirde karardan sonra yargılamaların sonunun gelmez şekilde devam edeceği vurgulanmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki, burada karşı çıkılan her yeni duruşma talebi değil, üstüste çoklu yeni duruşma talepleridir (*multiple new trial motions*).

F- Dolaylı Delilin (*Hearsay Evidence Rule*) Gelişimi

18. yüzyılın sonu ve 19. yüzyıllarda İspata İlişkin Kurallar'ın içinde önemli bir yere sahip “dolaylı delil kuralı” oluşturulmuştur²²⁰. Esas olarak 18. ve 19.

²¹⁹ *Coombs v. Hibberd* (1872) 43 Cal. 452, 453. Aynı doğrultuda: *People v. Martin* (1926) 199 Cal. 240; *People v. Taylor* (1993) 19 Cal. App. 4th. 836.

²²⁰ **Verkerk**, *Fact-Finding in Civil Litigation*, s. 92. Her ne kadar söz konusu hükmün başlığı “Dolaylı Delil Kuralı” olsa da, hükmün uygulaması bir yasağa ilişkindi.

yüzyıllarda ilk olarak İngiliz hukukunda oluşturulan bu eski kurala göre, mahkemede ifade verirken beyanda bulunan kimse tarafından söylenilmemiş bir ifade kural olarak delil olarak kabul edilememektedir (Federal Rules of Evidence (FRE), Rules 801-802); yani bir kimsenin başkasına ait bir ifadeyi duyduğunu belirtmesi delil olarak kabul edilememektedir²²¹. Dolayısıyla her ne kadar söz konusu hükmün başlığı “dolaylı delil kuralı” olsa da dolaylı delilin yasak oluşuna ilişkindi.

Dolaylı delile güzel bir örnek teşkil edecek en eski kararlardan biri olarak *Stobart v. Dryden*²²² davasını gösterebiliriz. Bu davada, tanık ifadesi dolaylı delil niteliğinde olduğu için yargılamadan hariç tutulmuştur. Dava, ipotek senedinin hileli olarak değiştirildiği iddiasıyla açılan bir iddiaya dayanmakta, davacı ipotek senedini tasdik eden tanığın (sonrasında vefat etmiş) hileli olarak senedi değiştirdiğini ileri sürmektedir. Davacı iddiasını ispatlayabilmek için, senette hileli değişiklik yaptığını iddia ettiği tanığın hileli şekilde değişiklikler yaptığını gösteren ifadelerini ve mektuplarını mahkemeye sunmuştur. Mahkeme, bu tanıklığın “*hearsay*” kapsamına girdiğini ve kabul edilemez olduğunu belirtmiştir.

Dolaylı delil yasağı olarak da adlandırabileceğimiz bu kuralın aslında temel amacı jürinin çapraz sorgulaması yapılamayacak kimselerin ifadelerini dikkate almamasını sağlamaktır. Bu yasağın ortaya çıkışı taraf hâkimiyeti sisteminin etkisini arttırması ve jüri yargılamalarda jürinin tarafsızlığının korunmasına verilen önemle bağlantılıdır²²³.

18. yüzyılın sonlarına doğru artık dolaylı delil yasağı sıkı bir şekilde uygulanan önemli bir ispat kuralı haline gelmişti²²⁴. Bu yasağın esasını kısaca şu şekilde açıklayabiliriz²²⁵: 1-Türetilerek elde edilmiş bir delil yerine esas, kaynak delil tercih edilmektedir²²⁶ (“*Best evidence rule*” olarak anılan en iyi delil kuralının da kaynağını oluşturmaktadır), 2- Mahkeme huzurunda yemin altında ileri sürülen delil mahkeme dışındaki delile tercih edilmektedir, 3-Mahkemede verilen ifadelerin çapraz

²²¹ **R. W. Baker**, *The Hearsay Rule*, Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd, London 1950, s. 1.

²²² (1836), 1 M. & W. 615 (naklen **R. W. Baker**, s. 1).

²²³ **Verkerk**, *Fact-Finding in Civil Litigation*, s. 93.

²²⁴ **Twining**, s. 37; **Langbein**, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, s. 234-235.

²²⁵ **Verkerk**, *Fact-Finding in Civil Litigation*, s. 93.

²²⁶ **Damaska**, *Of Hearsay and Its Analogues*, s. 429.

sorgulamaya tabi tutulması gerekmektedir²²⁷. (Dolaylı delilin çapraz sorgusu da anlamsız olacaktır. Çünkü gerçek ifade sahibi, mahkemede ifade veren değil, üçüncü bir kişi olmaktadır. Mahkemede ifade veren kişi, aslında üçüncü bir kişinin ifadesini tekrarlamaktadır.)

19. yüzyıl boyunca dolaylı delil yasağına getirilen çeşitli istisnai hükümlerle, dolaylı delile ilişkin hükmün daha esnek bir madde olmasına gayret gösterilmiştir²²⁸. Bu istisnai kurallar bir yandan daha çok delilin kabul edilebilir hale gelmesini sağlarken, bir yandan da dolaylı delilin de daha karmaşık bir yapıya sahip olmasına neden olmuştur. Bu dönemde yeni kabul edilen istisnalar daha çok İngiltere’de kabul edilirken, bazıları da Amerikan hukukunda ortaya çıkmıştır²²⁹. Dolaylı delil yasağı bu dönemde İngiliz hukukunda kaldırılmış olsa da, Amerikan hukukunda her zaman etkin şekilde varlık göstermiştir²³⁰. Böylece, zamanla dışlayıcı kurallara yeni istisnalar getiren kurallar eklenerek tanık delilinin kabul edilebilirliğinin uygulama alanı büyük ölçüde genişletilmiştir²³¹. İspat hukukunu karmaşıklaştıran bu kurallarla birlikte ispat hukuku günümüzdeki haline ulaşmıştır²³².

Kıta Avrupası hukuk sistemi çatısı altında yer alan Türk hukukunda ise, dolaylı delil yasağına benzetebileceğimiz bir kural mevcut değildir. Çünkü Kıta

²²⁷ 18. yüzyıl sonunda avukatların tanıklara çapraz sorgulama yapma hakkının korunması için dolaylı delil yasağına ihtiyaç olduğu düşüncesi hâkim olmuştur, **Landsman**, From Gilbert to Bentham, s. 1156-1157.

²²⁸ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 93. Örneğin Amerikan hukukunda dolaylı delil yasağına istisna olarak *Business-Entry Rule* kabul edilmiştir, FRE Rule 803/6. Buna göre, bir ticari işletmenin rapor veya ticari defterler gibi ticari kayıtları delil olarak kabul edilebilecektir. Bu kuralın temeli kayıtların güvenilirliğine ilişkin olasılıktır. Çünkü bu kayıtlar bir ticari işletmenin günlük rutin işlemlerinin yansıması niteliğindedir. Bununla birlikte eğer kaydın güvenilirliğinden şüphe duyuluyorsa bu delile başvurulamayacaktır. Ayrıca, hastane kayıtları da hasta kaydını ve hasta geçmişini içeren bilgiler olarak her ne kadar teknik olarak dolaylı delil niteliğinde olsalar da genellikle kabul edilebilirliğin istisnası olarak kabul görmektedirler.

²²⁹ **Friedman**, A History of American Law, s. 153-154.

²³⁰ 1938 ve 1968 tarihli kanunlar, İngiltere’de hukuk davalarında dolaylı delil yasağını zayıflatmıştır. İngiliz hukukunda, sonrasında 1995 tarihli İspat Kanunu ile dolaylı delil yasağı ortadan kaldırılmıştır. Mevcut hukukta ise, CPR Part 33’te dolaylı delil tekrar varlık göstermekte; fakat bu defa dolaylı delilin yasak olması değil, yasak teşkil etmediği açıkça belirtilmektedir. Amerikan hukukunda ise dolaylı delil yasağı FRE Rules 801-807’de varlık göstermekte ve dolaylı delilin hala yasak oluşu onu İngiliz hukukundan ayırmaktadır.

²³¹ Dolaylı delilin istisnalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Christopher B. Mueller / Laird C. Kirkpatrick**, Evidence Under the Rules, Text, Cases, and Problems, Little, Brown and Company, Third Edition, Boston, New York, Toronto, London 1996, s. 179-211.

²³² **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 93.

Avrupalı hukuk sistemlerinde hâkim olan delillerin serbestçe değerlendirilmesi prensibi ile dolaylı delilin davadan hariç tutulması usulü çatışmaktadır. Türk hukukunda kural olarak dolaylı delil olarak nitelendirilebilecek deliller kabul edilebilir delillerdir ve hâkim tarafından serbestçe değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, esas kaynak delilin (*original evidence*) türetilmiş delile (*derived evidence*) tercih edilmesine ilişkin kurallar bulunmaktadır²³³. Örneğin belli bir miktarın üzerindeki hukuki işlemler (2500 TL), senetle ispat edilmek zorundadır (HMK madde 200/1). Buna ek olarak miktar ve değerine bakılmaksızın senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen iddialar da yine senetle ispat edilmelidir (HMK madde 201). Bununla beraber, senetle ispat zorunluluğuna ilişkin hükümler (HMK 200, 201) kamu düzenine ilişkin olmadığından²³⁴, senetle ispat gereken hallerde, taraf tanık dinletmek isterse, hâkim diğer tarafa senetle ispat zorunluluğu hakkındaki hükümleri hatırlattıktan sonra, karşı tarafın açık iznini alarak tanık dinleyebilmektedir (HMK madde 200/2). Yani bu durumda hâkim, iddiasını senetle ispat zorunda olan tarafın, tanık dinletmek istemesi üzerine, bu tanık dinletme istemini doğrudan reddetmek yetkisine sahip değildir. Ayrıca, senetle ispatı gereken bir hukuki işlem hakkında delil başlangıcı²³⁵ varsa, o hukuki işlem tanık dinlenerek de ispatlanabilir (HMK madde 202/1). Delil başlangıcı bulunuyorsa hâkim, hem delil başlangıcı hem de dinlenen tanık veya diğer takdiri delilleri serbestçe değerlendirerek bir karar verecektir²³⁶.

II. Amerikan Hukukunda Son Dönem Gelişmeler

Amerikan toplumunun dünyada en “dava meraklısı” (*litigious*) toplum olduğuna ilişkin uzlaşmış görüşler mevcuttur²³⁷. Son dönemlerde, dava sayısının

²³³ Örneğin Avusturya’da dolaysızlık ilkesi (*Grundsatz der Unmittelbarkeit-Principle of Immediacy*) çerçevesinde esas kaynak delilin türetilmiş delile tercih edildiği görülmektedir, **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 93-94.

²³⁴ **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 748.

²³⁵ Delil başlangıcı için ilk önce bir belge bulunmalıdır (HMK madde 199). Belge, kendisine karşı (aleyhine) ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş ya da gönderilmiş olmalıdır (HMK madde 202/2). Üçüncü olarak, delil başlangıcı, iddia edilen hukuki işlemi tam olarak ispat edememekle beraber, o işlemi muhtemel göstermelidir, **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 751. Delil başlangıcına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Mustafa Göksu**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 1(1), 2011, s. 58-60.

²³⁶ **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 750.

²³⁷ Örnek olarak **A. E. Dick Howard**, Our Litigious Society, South Carolina Law Review, vol. 38/3, 1986-1987, s. 365 vd.; **Laura Nader**, A Litigious People?, Law and Society Review, vol. 22, no. 5, 1988, s. 1017.

çokluğundan ziyade yargılamaların aşırı masraflı oluşu ve yargılamalardaki gecikmeler Amerikan hukuk sistemini meşgul eden problemlerin başında gelmektedir. Özellikle discovery müessesesi bu masraf ve gecikmelerin en büyük sebebi olarak görülmektedir.

Amerikan usul hukukunda yargılamaların gecikmesi ve çok masraflı bir hale gelmesi yönündeki eleştiriler, bu doğrultuda reformların gerçekleştirilmesine neden olmuştur. Hâkimin rolünü de doğrudan etkileyen bu reformlar Amerikan hukukuna olan bakış açısını değiştirecek niteliktedir. Özellikle discovery müessesesindeki değişiklikler ve hâkimin rolünün aktifleştirilmesi Amerikan yargılamasına iliştirilmiş keskin “taraf hâkimiyeti” etiketinin, etkisini hafifletmesine neden olmuştur. Discovery müessesesine ilişkin ayrıntılı açıklamalarımıza “Anglo-Amerikan hukukunda disclosure müessesesi çerçevesinde bilgiye erişim, deliller ve hâkimin rolü”²³⁸ başlığı altında yer vereceğiz. Bu bölümde son dönem Amerikan hukukunda dava malzemesinin toplanmasına ilişkin olarak hâkimin rolüne etki eden diğer gelişmelerden söz edilecektir.

A- Dava Yönetimi (*Case Management*)

Dava yönetimi, hâkimin aktif bir şekilde yargılamaya katılması görüşünü benimseyen ve yargılamanın hızlı ve etkin niteliğe sahip olmasını amaçlayan bir kurumdur. Tarafların ve avukatlarının yargılamaya etkin şekilde katıldığı bir yargılama modelini esas alan Anglo-Amerikan hukuku, dava yönetimiyle, katı taraf hâkimiyetine dayalı sistemi yumuşatmayı hedeflemiştir. Böylece, etkin bir yargılama yapılması esası üzerine kurulmuş dava yönetimiyle, taraf hâkimiyeti sisteminin katı uygulama alanı, hâkimin yargılamaya daha aktif olarak katılımıyla yumuşatılmaktadır.

Yakın zamana kadar, dava yönetimine ilişkin kurallar kabul edilmeden önce, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde hâkim davaya aktif olarak katılmamaktaydı. Bu sistemde hâkimin pasif duruşunun kararların adil ve tarafsız verilmesini mümkün kıldığı görüşü hâkimdi. Bu durum zamanla değişerek, günümüzde Anglo-Amerikan hukukunda hâkim daha aktif şekilde yargılamaya katılmakta ve yönetici hâkim modeli

²³⁸ Bölüm 2, §3, II.

(*managerial judge*) benimsenmektedir²³⁹. Bu doğrultuda Amerikan hukukunda hâkimler yargılamaya aktif olarak katılmakta ve davaları başından sonuna kadar yönetmektedirler. İngiliz hukukunda ise, 1999 yılında kabul edilen Medeni Usul Kuralları ile hâkimin aktif bir hâkime dönüştürüldüğüne yukarıda İngiliz hukuku başlığı altında ele almıştık²⁴⁰.

Bu bölümde dava yönetimine ilişkin kurallar Amerikan hukukundaki düzenlemeler esas alınarak çalışma konumuz olan dava malzemesinin toplanması çerçevesinde incelenecektir.

1- Genel Olarak

1938 tarihli Federal Medeni Usul Kanunu'nun kabulünden sonra aşamalı olarak gerçekleşen kanun değişiklikleriyle hâkimlerin rolü değişme göstermeye başlamıştır²⁴¹. Hâkimlerin sadece davaya karar veren hâkimlik rolleri, yargılamayı aktif yürüterek davaları yöneten bir role dönüşmüştür²⁴². Artık hâkimler sadece davaya karar vermemekte, uyuşmazlığa ilişkin alternatif çözümler arayan ve yargılama içinde süreci planlayan ve yöneten aktif bir role sahip olmuşlardır²⁴³. Özellikle discovery usulü aşamasında sürecin planlanması ve yönetiminde hâkimin rolü % 81 oranında artış göstermişse de Amerikan discovery usulünün hala daha aktif bir hâkime ihtiyaç duyduğu gözlemlenmektedir²⁴⁴.

Amerikan hukukunda ilk dönemlerdeki dava yönetimine örnek olarak 1969

²³⁹ Avustralyalı hâkimlerin aktifleşmesi ve yönetici hâkim modelini benimsemesi hakkında bkz. **Tania Sourdin**, Five Reasons Why Judges Should Conduct Settlement Conferences, Monash University Law Review, vol. 37, no. 1, 2011, s. 145 vd.

²⁴⁰ Bölüm 2, §1, II.

²⁴¹ **J. Resnik**, Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline, University of Chicago Law Review, vol. 53/2, 1986, s. 497, 523.

²⁴² **F. Peckham**, The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case from Filing to Disposition, California Law Review, vol. 69, 1981, s. 770; **E. Donald Elliott**, Managerial Judging and the Evolution of Procedure, The University of Chicago Law Review, vol. 53, 1986, s. 309.

²⁴³ **J. Resnik**, Managerial Judges, Harvard Law Review, vol. 96/2, 1982-1983, s. 379.

²⁴⁴ **T. E. Wilging / D. Stienstra / J. Shaphard / D. Miletich**, An Empirical Study of Discovery and Disclosure Practice Under the 1993 Federal Rule Amendments, Boston College Law Review, vol. 39/3, 1997-1998, s. 541, 543.

tarihli Karmaşık ve Çok Taraflı Davalar²⁴⁵ İçin El Kitabı²⁴⁶ (*Manual for Complex and Multidistrict Litigation*) ve 1975 tarihli İspata İlişkin Federal Kuralları gösterebiliriz. El Kitabında hâkimlerin büyük, karmaşık davalarda yargılamanın yönetilmesi sürecine daha aktif olarak dahil olması düzenlenirken, İspata İlişkin Federal Kurallar'da gerçeğin süratli ve ucuz şekilde araştırılması ve ortaya çıkarılmasını sağlamak üzere süreci denetlemek üzere hâkime geniş takdir hakkı verilmektedir²⁴⁷.

Federal Medeni Usul Kanunu'na 1983 yılında yapılan değişiklikle hâkimin ön duruşma aşaması ile yargılamaya aktif bir şekilde dahil olması sağlanmaktaydı. Federal Medeni Usul Kanunu açıkça ön duruşma toplantılarında tarafların anlaşmasını kolaylaştırmak ve vakıaların sadeleştirilmesi ve bu sayede daha anlaşılır bir hale getirilmesi konusunda hâkime önemli bir rol vermektedir. (FRCP Rule 16 (c) (9)).

Amerikan hukukunda, dava yönetimi usulünü destekleyen ve bu doğrultuda hâkimin rolünü arttıran en bilinen düzenleme 1990 tarihli Hukuk Yargılaması Reformu Kanunu'dur (*Civil Justice Reform Act*). Bu kanunun temelinde hâkimlere adalete erişimi sınırlayan yargılamadaki aşırı gecikme ve masraflar gibi sorunları aktif bir şekilde çözümlemeleri konusunda yetki verilmektedir²⁴⁸. Hâkimin bu değişimi Amerikan doktrininde, doksanlı yıllardaki Amerikan kadınının değişimine benzetilmektedir²⁴⁹. Sadece ailesinin dirlik ve düzeni ile ilgilenen kadın doksanlı yıllardan itibaren çalışma hayatına da adım atarak, ailesini daha etkin şekilde yönetmeye ve aktif olmaya başlamıştır. Federal Medeni Usul Kuralları'nın da gelişimiyle beraber adalet tanrıçasının elindeki kılıç sadece temsili bir güç niteliğinde kalmamakta, hâkim adaleti sağlamak üzere yargılama içindeki aktif katılımı ile kılıcını sallamakta ve yargılamaya müdahale edebilmektedir²⁵⁰. Hâkim artık sadece duruşma aşamasındaki bir gözlemci ve düzen sağlayıcı değil, yargılamanın her aşamasında,

²⁴⁵ Anglo-Amerikan hukukuna özgü *class action* davalarını örnek olarak gösterebileceğimiz davaları nitelemektedir.

²⁴⁶ “Karmaşık ve Çok Taraflı Davalar İçin El Kitabı”nın güncel 2004 yılı basısı için, <https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf> (Çevrimiçi 29.01.2015).

²⁴⁷ Örnek olarak FRE Rule 611 (a); **F. Peckham**, A Judicial Response to the Cost of Litigation: Case Management, Two-Stage Discovery, Planning and Alternative Dispute Resolution, *Rutgers Law Review*, vol. 37/2, 1985, s. 264-65.

²⁴⁸ 28 U.S.C Sections 471-482.

²⁴⁹ **Rendell**, s. 1118.

²⁵⁰ **Rendell**, s. 1118.

özellikle duruşma öncesi aşamada ve discovery aşamasında, adaletin sağlanması için aktif olarak hareket edebilen “aslan eğiticisi”, “çoban”, “zaman hakemi” ve “yönetici” sıfatlarına da sahip olmaktadır²⁵¹.

2- Federal Medeni Usul Kuralları Çerçevesinde Dava Yönetimi

Federal Medeni Usul Kuralları’nın 1. maddesi Amerikan adli sisteminin amacını tanımlamakta ve bu tanımda her bir davanın adil, hızlı ve masrafsız şekilde karara kavuşturulmasının temel amaç olduğu belirtilmektedir. Dava yönetimine ilişkin kuralların kullanımına yönelik hâkimlere rehber niteğinde oluşturulan kitapçıkta, hâkimlerin, sınırlı adli kaynaklar ve artan yargılama masrafları karşısında, Kanun’ın 1. maddesinde belirtilen bu amaçları sağlayabilmeleri için yargılama sürecini yönetmeleri gerektiği, bunun da dava yönetimi ilkeleri ile gerçekleştirilebileceği vurgulanmaktadır²⁵².

Uygulamada dava yönetimi herkes tarafından farklı algılanmakla ve dava yönetimine ilişkin salt kesin bir metod bulunmamakla birlikte, dava yönetimi ile esas olarak Kanun’ın 1. maddesindeki amaçları gerçekleştirmek üzere, hâkimlerin sağduyu ve adalet duygularıyla (her hâkimin kendine özgü kişiliğine ve tarzı doğrultusunda şekillenen) yargılama sürecini düzenlemeleri ve kontrol etmeleri anlaşılmaktadır²⁵³. Bu doğrultuda hâkimlerin temel araçları ise Federal Medeni ve Ceza Usul Kanunları, Federal İspat Kanunu, yerel kanunlar ve hâkimliğin doğasında yer alan esas yetkiler (*inherent authority*²⁵⁴) olmaktadır.

Federal Medeni Usul Kuralları’nın ön duruşma toplantıları; zaman çizelgesi ve yönetim (*pretrial conferences; scheduling; management*) başlıklı 16. maddesinde; ifşa etme yükümlülüğü (*duty to disclose*) başlıklı 26. maddesi ve ifşa yükümlülüğünde

²⁵¹ Rendell, s. 1119.

²⁵² William W. Schwarzer / Alan Hirsch, The Elements of Case Management: A Pocket Guide for Judges, Second edition, Federal Judicial Center, Washington DC 2006, s. 1.

²⁵³ Schwarzer / Hirsch, s. 1.

²⁵⁴ Örneğin bir bölge mahkemesi hâkiminin görülmekte olan bir dava sırasında avukatların idaresi bakımından, *inherent*; yani doğasında olan, esas yetkiye sahiptir, *Chambers v. NASCO, Inc.*, 501 U.S. 32, 43 (1991); yahut da yargılamanın yönetimine ilişkin kuralları uygulamaya koymak hâkimin esas yetkilerindendir, *Thomas v. Arn*, 474 U.S. 140, 146 (1985); ya da mahkemeye itaatsizliği cezalandırmak hâkimin esas yetkilerindendir, *Young v. United States*, 481 U.S. 787, 793 (1987). Örneklerin çoğaltılması mümkündür.

veya işbirliğinde ihmal ve yaptırımlar (*Failure to make Disclosures or to Cooperate in Discovery; Sanctions*) başlıklı 37. maddesinde, hâkimin yargılama içinde aktif olarak rol aldığı yönetsel görevleri belirtilmekle beraber, özellikle 16. maddesi hâkimin dava yönetimi rolüne ilişkin olarak baskın şekilde kendini göstermektedir. İlgili maddeler çerçevesinde açıklamalar aşağıda yapılacaktır.

Yoğun iş yükü altındaki federal hâkimler ilk bakışta dava yönetimi kurallarına zaman ayırmanın da külfetli olabileceğini düşünseler de, yargılamanın başında dava yönetimine ayrılacak sınırlı bir zamanın, yargılama bakımından daha sonra çok daha fazla zaman kazanılmasını ve tasarruf edilmesini sağlayacağını önemle vurgulamışlardır²⁵⁵.

Aşağıda duruşma öncesi aşama, hâkimin dava yönetimine ilişkin yargılama içindeki genel rolü bakımından çerçevelenmeye çalışılacaktır. Amerikan hukukunda köklü değişikliklere neden olarak hâkimin rolünü önemli ölçüde değiştiren, aktifleştiren dava yönetimi kurallarının bu önemine binaen açıklanması sadece dava malzemesinin toplanması bakımından değil, daha genel çerçevede ele alınacaktır. Bu sayede, hâkimin yargılama içinde daha aktif ve söz sahibi karakterinin güçlendiğini ve bu doğrultuda Amerikan hukukunun “taraf egemen” niteliğinin yumuşadığını göstermek mümkün olacaktır.

B- Duruşma Öncesi Aşamanın (*Pre-trial Phase*) Oluşumu

1- Dilekçelere İlişkin Değişiklikler

a- Amerikan Hukukunda Dilekçeler

Başlangıçta İngiliz hukukunda hayat bulan ve daha sonra Amerikan hukukunda da bir süre devam eden müşterek hukuk usulü iki aşamadan oluşmaktaydı: Dilekçeler aşaması (*pleading*) ve Anglo-Amerikan hukukunda davanın esas kısmı olan duruşma aşaması (*trial*). Zamanla dilekçelerin içeriği değişerek eski önemini yitirdi. Müşterek hukuk etkisindeki dilekçelerde (*code pleading*) davaya ilişkin vakıanın daraltılarak tek bir vakıa olarak sunulması gerekmekteydi. Dilekçelerdeki teknik zorluklar ve şekilcilik zamanla değişime ihtiyaç duydu ve mevcut dilekçe sistemi hayat buldu.

²⁵⁵ Schwarzer / Hirsch, s. 1.

Mevcut Federal Medeni Usul Kanunu'nda öngörülen, “*Notice pleading*” olarak adlandırılan bu dilekçelerin tek amacı davalıya ve mahkemeye, davacının davası hakkında makul bir bildirimden ibarettir. Yani Türk hukukundan farklı olarak Amerikan hukukunda dava dilekçeleri sadece hazırlayıcı nitelikte olup²⁵⁶, dava dilekçelerinin vakıaları dermeyan etme, delilleri belirtme gibi bir işlevi bulunmamaktadır²⁵⁷. Bu yeni dilekçe sistemi ile uyuşmazlığa ilişkin vakıaların veya delillerin ayrıntılı şekilde belirtilmesi ve açıklanması da gerekmemektedir. Federal Medeni Usul Kuralları'nın 8. maddesine göre, dilekçenin kısa ve yalın bir şekilde (a) mahkemenin yetkisini gösteren temellendirme, (b) davacının dava açmaya hakkı olduğunu gösteren iddia, (c) netice-i talebi belirtmesi yeterli görülmektedir. Bu durum uyuşmazlığa ilişkin vakıaların taraflarca yeterince açık şekilde belirlenmemesine ve vakıaların belirlenmesi işinin dilekçeler aşamasından sonraki aşamaya; yani discovery usulünün gerçekleştirildiği aşamaya kaymasına neden olmaktadır²⁵⁸. Dolayısıyla dilekçeler aşamasında da dava şartı niteliğinde bir unsur belirtilmediğinden hâkim de pasif bir role sahip olmaktadır. Discovery usulü de mahkeme dışında gelişen, ağırlıklı olarak hâkimin dahil olmadığı bir usul olduğundan, neredeyse duruşma aşamasına kadar hâkim davadan habersiz olmaktadır. Dilekçe aşamasının etkin olarak kullanılmaması, aynı zamanda tarafların yargılamanın başında dilekçeler aşamasında anlaşmaya varma olasılıklarını da azaltmaktadır. Dilekçeleri adeta bir bildirim olarak kullanan taraflar, uyuşmazlığa ilişkin tüm vakıa ve delillerin ortaya çıktığı discovery usulünün gerçekleştirildiği aşamanın sonuna kadar uyuşmazlığa genel çerçeveden bakma ve kendi durumlarını görebilme imkanına da sahip olamadıklarından, anlaşma yolunu da ancak bu aşamadan sonra dikkate alabileceklerdir. Davayı bu kadar geç bir aşamada tüm vakıa ve deliller çerçevesinde görebilmeleri de ancak discovery aşamasının tamamlanmasından sonra mümkün olmaktadır. Bu da discovery aşamasında yapılan tüm masraflar ve harcanılan zaman düşünüldüğünde taraflar açısından büyük bir kayıp anlamına gelmektedir.

²⁵⁶ **İnci Ataman-Figanmeşe**, Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2005, s. 174.

²⁵⁷ **Arthur R. Miller**, The Adversary System: Dinosaur or Phoenix, Minnesota Law Review, vol. 69/1, 1984-1985, s. 8-9. Amerikan hukukunda dilekçe yapısı ve discovery usulü aslında davacılara büyük kolaylık sağlamakta, davacıların ihtilafa ilişkin yeterli bilgi sahibi olmadan da dava açmalarına olanak vermektedir, **Ataman-Figanmeşe**, s. 175.

²⁵⁸ **Maurice Rosenberg**, Federal Rules of Civil Procedure in Action: Assessing Their Impact, University of Pennsylvania Law Review, vol. 137/6, 1988-1989, s. 2205-2207.

Ayrıca yeni dilekçe anlayışında müşterek hukuk usulünden farklı olarak artık vakıaların tek bir vakıaya indirgenme gerekliliği de kalmamıştır. Dolayısıyla yeni dilekçe sisteminde uyuşmazlık içinde bulunan birden fazla vakıaya ilişkin meselenin yer alması mümkün olmaktadır. Bu da otomatikman yargılamada dilekçeler aşamasından sonraki aşamayı etkilemektedir. Davayla alakası olan birçok vakıa dilekçede yer aldığından, sonraki aşama olan discovery aşaması da bu oranda geniş kapsamlı olmaktadır. Çünkü Amerikan hukukunda discovery usulü “şüphe varsa discovery vardır²⁵⁹”, “daha çok araştırma ve dava malzemesi her zaman daha iyidir²⁶⁰” anlayışına dayandığından, sadece davanın karşı tarafını korkutmak amacıyla bile uyuşmazlıkla alakalı olabilecek her türlü dava malzemesi yargılamaya taşınacaktır. Bu da gereksiz yere yargılamanın uzamasına sebep olabilmektedir. Discovery usulünün gerçekleştirildiği aşamanın kapsamlı olması sonucu dışında, ayrıca dilekçeler aşaması geçilmesi gereken usuli bir engel niteliğinde olmayacağı için daha fazla dava, yargılamanın bir sonraki aşamasına geçmeye hak kazanacaktır.

Federal Medeni Usul Kuralları’nda dilekçenin standardına yapılan değişiklik, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin 1957 yılında vermiş olduğu bir kararla “*Conley v. Gibson*²⁶¹” da pekiştirilmiştir. Yüksek Mahkeme kararında Federal Medeni Usul Kuralları’nın 8. maddesinin davacının iddiasını dayandırdığı vakıaları dilekçesinde detaylı olarak göstermesine gerek olmadığına hükmetmiştir. Kararda ayrıca dilekçenin sadece bir ihbardan ibaret olan ve davacının davanın esasına ilişkin iddiasının bulunmasının yeterli olduğu belirtilmiştir²⁶². Sonrasında 1995 yılından itibaren Amerikan Meclisi dava dilekçesinin standartlarında değişikliğe gidilmesine ilişkin olarak iki izole alanda düzenleme yapma yoluna gitmiştir²⁶³. Bu istisnai düzenlemelerle Meclis adeta dilekçe standartlarında gerçekleştireceği değişiklikleri deneyimlemiştir.

²⁵⁹ **Miller**, s. 17. Yani bu anlayışla, en küçük tereddüt ve şüphe halinde bile uyuşmazlıkla ilgili olmayan veya ikincil nitelikte iddia veya savunmayı desteklemeyen dava malzemeleri davaya taşınabilmektedir.

²⁶⁰ **Maurice Rosenberg / Warren R. King**, *Curbing Discovery Abuse in Civil Litigation: Enough is Enough*, Brigham Young University Law Review, 1981/3, 1981, s. 582.

²⁶¹ *Conley v. Gibson*, 355 US 47.

²⁶² *Conley v. Gibson*, 355 US 47-48.

²⁶³ The Private Securities Litigation Reform Act of 1995, Pub. L. No. 104-67, 109 Stat. 737 ve Y2K Act (Year 2000), 15 USC §6601-6617, 2006.

2007 yılında ise Yüksek Mahkeme, *Bell Atlantic Corp. V. Twombly*²⁶⁴ kararıyla, *Conley v. Gibson* kararından neredeyse tamamen bambaşka bir karara imza atmıştır. Bu kararla birlikte artık dilekçenin sadece iddianın ihbarından ibaret olmadığı, iddianın makul ve akla yatkın (*plausible*) olduğunu gösterecek nitelikte olması gerektiğine dikkat çekilmiştir²⁶⁵. Böylece davacıların davanın esasına ilişkin iddialarını makul gösterecek vakıalarını detaylandırmaları bir gereklilik haline dönüşmüştür.

Sonrasında 2009-2010 döneminde Yüksek Mahkeme dilekçe standardı olarak yeni bir unsur daha belirlemiştir. *Ashcroft v. Iqbal*²⁶⁶ kararında, davacının tutukluyken anayasal ayrımcılığa tabi tutulduğuna ilişkin iddiaların, *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* kararında belirlenen makul olma standardını karşılamadığına hükmetmiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* kararına bir ekleme daha yaparak, davacının dilekçesindeki vakılara yönelik bazı iddiaları “dayanaksız” (*conclusory*) olduğu gerekçesiyle değerlendirmeyi reddetmiştir²⁶⁷. Bu karardan sonra artık mahkemelerin, dilekçelerde yer alan vakıaların dayanaktan yoksun ve dayanağı olan vakıa olarak dikkate alınması zorunluluğu oluşmuştur²⁶⁸. Bu doğrultuda, eğer bir iddia dayanaksız ise, mahkeme bunu gerçek bir iddia olarak kabul etmek zorunda değildir. İddia dayanağı ile beraber dilekçede sunulmuşsa bu durumda mahkeme bu iddiayı geçerli kabul edecektir²⁶⁹. Böylelikle hâkim dilekçede dayanağı olan tüm iddiaları belirledikten sonra bu iddiaların makul olup olmadıklarını değerlendirecektir.

Bu iki karardan yola çıkarak, her ne kadar Amerikan hukukunda Federal Medeni Usul Kuralları çerçevesinde dilekçe sadece ihbar niteliği taşısa da, bu son iki önemli karardan sonra artık Amerikan hukukunda dilekçe standartlarında çok büyük bir değişim yaşanmakta olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Böylelikle Amerikan hukuku da, hukukların yakınlaştırılması hareketinin etkisiyle, diğer ülke hukuklarına

²⁶⁴ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 549, 2007.

²⁶⁵ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 556-557.

²⁶⁶ *Ashcroft v. Iqbal*, 129 S. Ct. 1954.

²⁶⁷ *Ashcroft v. Iqbal*, 129 S. Ct. 1951.

²⁶⁸ *Ashcroft v. Iqbal*, 129 S. Ct. 1950, 1953, 1954; **Scott Dodson**, Beyond Twombly, Civil Procedure and Federal Courts Blog, May 18 2009, <http://lawprofessors.typepad.com/civpro/2009/05/beyond-twombly-by-prof-scott-dodson.html> (Çevrimiçi 03.10.2015).

²⁶⁹ *Ashcroft v. Iqbal*, 129 S. Ct. 1950, 1953, 1954.

yakınlaşarak, dilekçelerin davanın esasına ilişkin vakıaları yeterli derecede barındırması standartına sahip olmak üzere önemli bir adım atmıştır²⁷⁰.

b- Türk Hukukunda Dilekçeler

Türk hukukunda, tarafların talep sonucunun dayanağını oluşturan vakıalar yanında, o vakıaları ispat etmeye yarayan delilleri dilekçelerinde belirtmeleri gerekmektedir. Öncelikle vakıaların dava dilekçesinde eksiksiz ve doğru olarak gösterilmesi davacı bakımından önem taşımaktadır; çünkü hâkim davacının dilekçesinde göstermediği vakıaları kendiliğinden inceleyemez. Ayrıca ispat bakımından bir iddia ileri sürenin bu iddiasını Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 194/1. maddesi gereğince somutlaştırma yükü²⁷¹ bulunmaktadır. Bu kapsamda, dava sebebi ve dayanağı vakıalar açık ve somut bir biçimde, ispata ve karşı tarafın savunmasına elverişli bir şekilde ortaya konmalıdır²⁷². Davacının uyuşmazlığa ilişkin vakıaları, genel geçer şekilde değil de, açık ve algılanabilir şekilde ortaya koyması ve ispata elverişli şekilde somutlaştırması önem taşımaktadır²⁷³. Hâkim, davacının dava dilekçesi ve cevaba cevap dilekçesinde ileri sürmediği vakıaları kendiliğinden inceleyememekte, bunları hatırlatacak davranışlarda dahi bulunamamaktadır (HMK madde 25/1)²⁷⁴. Hâkim, sadece belirsiz ve çelişik gördüğü iddia ve vakıalar hakkında

²⁷⁰ **Dodson / Klebba**, s. 7; **Scott Dodson**, Comparative Convergences in Pleading Standards, University of Pennsylvania Law Review, vol. 158, 2010, s. 442 vd.

²⁷¹ Somutlaştırma yükü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Güray Erdönmez**, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, On İki Levha, İstanbul 2014, s. 151-166; **Oğuz Atalay**, Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 17-18; **Fatih Karamercan**, Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları-Somutlaştırma Yükü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016; **Ali Haydar Karahacıoğlu / Aynur Parlar**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 113-127. Türk hukukunda somutlaştırma yüküne uyulmadığı takdirde, tarafın usuli bir işlemin gereğini yerine getirmediği için aleyhinde karar verilmesi şeklindeki usuli bir olumsuzluğa katlanma tehlikesiyle karşı karşıya olduğu belirtilerek (**Atalay**, s. 36), delillerini somutlaştırma yüküne uygun bildirmeyen tarafın o delile dayanarak iddiasını ispat etme imkanından mahrum kalacağına dikkat çekilmektedir, **Güray Erdönmez**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazi, İstanbul Barosu Dergisi Eylül-Ekim 2013, cilt 87, sayı 5, s. 20. Bununla beraber doktrinde taraflar, dilekçelerinde delillerini yeteri kadar somutlaştırmadıkları takdirde hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde ek açıklama istemesi gerektiği görüşü de ileri sürülmektedir, **Bilge Umar**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 354; **Seda Özsumcu**, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delillerin İkamesi Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2013/101, s. 56.

²⁷² **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 506.

²⁷³ **Muhammet Özekes**, HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 16, Özel Sayı 2014, Basım yılı 2015, s. 275; **Karamercan**, s. 158 vd.

²⁷⁴ **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 506. Bununla beraber doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, somutlaştırma yükünün ihlali, tarafın aleyhinde karar verilmesi şeklindeki usuli olumsuzluğa

davacının açıklama yapmasını isteyebilmektedir. Hâkimin bu aydınlatma isteği de esasen dilekçeler aşamasında belirtilmiş olan vakıalara ilişkin olmaktadır²⁷⁵. Bununla beraber, tarafın hiç ileri sürmediği bir vakıa hakkında hâkimin açıklama istemesi ya da davanın aydınlatılması söz konusu olamayacaktır²⁷⁶.

Türk hukukunda davacı ayrıca dava dilekçesinde dayandığı, iddia ettiği her bir vakıanın hangi delillerle²⁷⁷ ispat edileceğini de dava dilekçesinde açıkça belirtmelidir (HMK madde 119/1-f). Davacının genel ifadelerle delillerini belirtmesi yeterli sayılmamakta, hangi delillere dayandığının dilekçeden açıkça anlaşılması gerekmektedir²⁷⁸. Bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanunu’unda kabul edilen somutlaştırma yükünün de bir gereğidir (HMK madde 194)²⁷⁹. İleri sürülecek delilin içeriği ve niteliği hakkında verilecek bilgi, o delile dayanılmasının mümkün olup olmadığının, delil değerinin ve mahkemenin vereceği karara ne ölçüde etki edeceğinin tespiti bakımından önem taşımaktadır²⁸⁰. Yani bu sayede hâkim, delillerin gerekli olup olmadığını inceleyebilir, tanık ve bilirkişilere soru sorarak değerlendirmelerde bulunabilir²⁸¹.

katlanmasına neden olacaksa da, bu yaptırım uygulanmadan önce hâkimin inisiyatif alması ve davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde taraftan dilekçesinde gösterdiği delilleri somutlaştırmasını istemesinin yerinde olacağı belirtilmektedir. Ancak taraf, mahkemece verilen sürede delillerini somutlaştırmadığı takdirde bu usuli yükün olumsuz sonuçlarına katlanacaktır, **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrası, s. 21.

²⁷⁵ **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 506.

²⁷⁶ **Karaaslan**, s. 113; **Umar**, s. 139. Davacının hiçbir vakıaya dayanmadığı dilekçesinin, hukuki dinlenilme hakkı kapsamında öncelikle davalı tarafın kendisine karşı açılan davadan haberdar olması için davalıya tebliğ edilmesi, karşı tarafın cevapları alındıktan sonra, başkaca inceleme yapılmadan davacının davasının reddedilmesi gerekmele beraber, davacı davasının reddinden sonra vakıalarını açık ve somut şekilde belirterek yeni bir dava açabilir ve önceki karar kesin hüküm oluşturmaz, **Özkes**, HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler, s. 288.

²⁷⁷ Tanık deliline dayanılmışsa sadece bunun belirtilmesi yeterli olup, tanık listesi daha sonra, tanıkların dinlenmesi aşaması geldiğinde verilebilmektedir, **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 507.

²⁷⁸ **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 506; **Özkes**, HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler, s. 276.

²⁷⁹ Somutlaştırma yükümlülüğüne aykırılık tarafın davayı esastan kaybetmesine neden olurken, hâkim süre vererek, süresi içinde somutlaştırma yükümlülüğü yerine getirilmediğinden bahisle davanın açılmamış sayılmasına karar verememektedir, **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 506.

²⁸⁰ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrası, s. 19.

²⁸¹ **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 691.

c- Ara Değerlendirme

Amerikan ve Türk hukuklarında, hâkimler ve avukatların rolleri farklılaştığından uygulamada iki farklı dilekçe sistemi görülmektedir. Bunun en önemli sonucu Türk hukukunda vakıalara dayanan bir dilekçe (*fact-pleading*) oluşturulurken Anglo-Amerikan hukukunda ağırlığın taraflara bildirimde bulunmak olduğu bir dilekçe sistemi (*notice-pleading*) uygulamaya hâkimdir²⁸². Amerikan hukukunda dilekçeler aşamasının formaliteden ibaret bir usul olması, hâkimin yargılama içindeki yükünü arttırmakta, uyuşmazlığı daha uzun sürede kavramasına ve bu doğrultuda yargılamaya şekil verip yönetmesinin de gecikmesine neden olmaktadır. Ayrıca Amerikan hukukunda açılan her davanın, kanunda dilekçelerin dava malzemesine ilişkin olarak sahip olması gereken herhangi bir asgari şart öngörülmemesinden ötürü bir sonraki aşamaya geçişini de kolaylaştırmaktadır. Bu da dilekçeler aşamasında herhangi bir eleme sistemi bulunmadığından, ön duruşma aşamasında gerçekleştirilen dava malzemesi elde etme ve ifşa etme usulü olan discovery usulünün hem gereksiz yere yapılmasına veya gereksiz yere kapsamının geniş olmasına neden olabilmektedir. Böyle bir durumda kimi zaman ortada ciddi bir uyuşmazlık bulunmasa bile kapsamlı bir discovery incelemesi yapılabilmektedir. Amerikan hukukundaki dilekçe sistemi, bu sebeple yargılamanın uzamasına, gereksiz yargılama masraflarının yapılmasına neden olmaktadır. En önemlisi de dilekçe sistemindeki bu zayıflık, hâkimin kapsamlı ve gereksiz discovery incelemeleri sonucu, başka davalara ayırabileceği zamanının çalınması anlamına gelmektedir.

Kıta Avrupası hukuk sistemine tabi Türk hukukunda dilekçelerin daha vakıa ağırlıklı olmasının temel sebebi aslında dilekçenin hâkim açısından önem arz etmesidir. Hâkim dava dilekçelerini detaylı bir şekilde okumaktadır. Dolayısıyla tarafların da vakıalara ilişkin olarak açıklayıcı ve detaylı bilgiler sunmaları gerekmektedir. Dava dilekçesi bu kadar önem taşıırken tarafların da stratejik olarak davanın esasına ilişkin olarak hâkimi dava dilekçelerinde belirtecekleri vakıalarla ikna etmeleri gerekmektedir. Amerikan hukukunda ise hâkimin dava dilekçesini okumaması, görevini layıkıyla yerine getirmediği anlamına gelmemektedir. Çünkü gerek jüri davalarda jüri, jürisiz davalarda hâkim dava dilekçesini okumak ve davaya

²⁸² Chase / Herschkoff / Silberman / Taniguchi / Varano, s. 203; American Law Institute and Unidroit, Principles of Transnational Civil Procedure, Cambridge University Press, Cambridge 2006, s. 111.

hazırlıklı gelmek zorunda değildir.

Amerikan hukukunda dava dilekçesinin Türk hukukundaki gibi önemli bir yere sahip olmamasının bir başka nedeni de, dava dilekçesinin içeriği eksik olsa bile hâkimin kendiliğinden buna ilişkin bir yaptırım uygulayamayacak olmasıdır. Dava dilekçesinde vakıaların eksik belirtilmesi veya yeterince detaylı açıklanmaması karşısında davalı ise bundan şikayetçi olmayacaktır²⁸³. Discovery usulünün varlığı da dava dilekçesine verilen önemi azaltmaktadır.

Diğer taraftan, Amerikan Yüksek Mahkemesi 2007 ve 2009 yıllarında dilekçe standardını büyük ölçüde değiştiren iki önemli karara imza atmış ve bu kararlar doğrultusunda dilekçelerde iddiaların dayanaklarıyla beraber belirtilmesi bir zorunluluğa dönüşmüştür. Böylece aslında dilekçelerde uyuşmazlığa ilişkin vakıaların somut bir şekilde belirtilmesi ve bu vakıaların ispatına yarayan dayanakların yani delillerin de belirtilmesi bir dava şartına dönüştürülmüş olmuştur. Bu noktada Amerikan hâkimi dayanaksız olan vakıaları reddedebilecektir. Her ne kadar Federal Medeni Usul Kanunu, dilekçelere yönelik geri kalmış bir düzenlemeye sahip olsa da, Yüksek Mahkemenin ermiş olduğu bu mihenk taşı niteliğindeki kararlar artık uygulamada dikkate alınmak zorunda kalınacaktır. Çünkü çalışmanın en başında da çok kısa bahsettiğimiz üzere, Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu bu karar alt derece mahkemeleri tarafından uyulması zorunlu bir içtihat haline gelmiştir.

Tüm anlatılanlar ışığında Amerikan hukukunda dilekçenin sağladığı işlev Yüksek Mahkemenin 2007 yılında vermiş olduğu karara kadar yetersiz durumdayken, 2007 yılında verilmiş içtihatla bambaşka bir çehre kazanmıştır. İngiliz hukuku²⁸⁴ da Türk hukuku gibi hâkimin uyuşmazlığın tablosunu daha yargılamanın başında görüp bir yol haritası tayin edebilmesi adına yeterli görülmektedir. Özellikle, tarafların uyuşmazlığa ilişkin vakıalarını ve vakıalarının dayanağı olan delillerini kapsamlı bir şekilde dilekçeleri aracılığıyla mahkemeye sunarak hâkimin vakıaları belirlemesini sağlamaları Medeni Usul Kuralları'yla getirilen önemli bir yeniliktir.

²⁸³ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 150.

²⁸⁴ Bölüm 2, §1 I F'de ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

2- Duruşma Öncesi Aşama ve Dava Yönetimi

Dilekçelerin, artık vakıaları tek vakıaya indirgememesi ve gereksiz dava açılmasının önündeki usuli engel oluş özelliğini kaybetmesi sebebiyle Amerikan yargılamasında dilekçeler aşaması ile duruşma aşaması arasında bir “orta” aşama oluşturulmuştur. Müşterek hukuk uygulamasında çok büyük önem taşıyan aşama dilekçeler aşamasıyken, Federal Medeni Usul Kuralları’nda yapılan bu değişiklikten sonra artık dilekçeler aşaması yargılama içinde önemsiz bir aşama haline dönüşmüştür²⁸⁵. Bu doğrultuda kanun koyucu duruşma öncesi aşamanın kapsamını genişletmiştir.

Yargılamaya kazandırılan bu “ara” aşamaya dava malzemesinin toplanması usulleri egemen olmaktadır. Bu yeni oluşturulan aşamada özellikle discovery usulü ve “*summary judgment*” olarak adlandırılan kısaca duruşmasız yargılama olarak Türkçeleştirebileceğimiz usuller önem kazanmıştır. Özellikle discovery usulü modern Amerikan medeni usulünün en önemli parçası haline gelmiştir²⁸⁶. Discovery usulü duruşmada oluşacak sürprizleri önlemenin yanı sıra, uyumsuzluğa ilişkin tüm dava malzemelerinin duruşma öncesi aşamada toplanmasını sağlaması sebebiyle duruşmanın da temelini oluşturmaktadır²⁸⁷. Duruşmasız yargılamaların alanı çok genişlemiştir. Öyle ki, eskiden istisna olarak uygulanırlarken artık neredeyse kural niteliğine sahip olmuştur. Duruşmasız yargılama aracılığıyla gerçekleştirilen başarılı bir savunma sonucunda ise dava çok kısa süre içinde sonlanabilmektedir²⁸⁸.

Duruşma öncesi aşamanın öneminin artmasıyla birlikte hâkimin rolünde de bağlantılı olarak bir artış gerçekleşmiştir. Öncelikle duruşma öncesi aşamaya hâkimin daha çok dahil olmasıyla birlikte, hâkimin tarafları dava yolundan vazgeçirerek

²⁸⁵ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 127. Dilekçeler aşamasının önemsiz bir aşamaya dönüşmesi Federal Medeni Usul Kuralları çerçevesinde yapılmış bir değerlendirme olup, son dönemde (2007 ve 2009) dilekçelere yönelik verilmiş olan Yüksek Mahkeme kararları dikkate alınmamıştır. Çalışmada bu Yüksek Mahkeme kararlarının önemine vurgu yapmakla beraber, çalışmanın devamında verilecek bilgi ve yapılacak açıklamaların doğrudan Federal Medeni Usul Kuralları kapsamında olması uygun görülmüştür.

²⁸⁶ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 129.

²⁸⁷ **S. C. Yeazell**, Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial, Journal of Empirical Legal Studies, vol. 1/3, 2004, s. 949.

²⁸⁸ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 130.

anlaşma yolunu tercih etmeleri yönündeki teşvikiyle uyuşmazlıkların kısa sürede Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarıyla veya sulhle sonlanması çok büyük oranda artmıştır²⁸⁹. Tarafların discovery usulünün öngördüğü kurallara uymayan tarafa yönelik olarak hâkimden discovery usulüne uyulmasını sağlamaya yönelik talepler; discovery usulünün sınırlarını aşarak gereğinden fazla veya aşırı discovery taleplerine karşı tarafların korunma talepleri, davanın diğer tarafına yaptırım uygulanmasına yönelik talepler veya duruşmasız yargılama talepleri hâkimi oldukça meşgul eden ve vaktini alan işlemlerdir²⁹⁰. Dolayısıyla hâkimler duruşma yerine duruşmadan önceki aşamaya daha fazla yoğunlaşmak zorunda kalmaktadırlar²⁹¹.

Böylece yargılamaya yeni dahil olan bu aşamayla hâkimlerin yargılama içindeki rolleri daha çok dava yönetimine kaymakta ve adeta dava yöneticisi sıfatları ağır basmaktadır.

3- Ön Duruşma Toplantıları (*Pre-trial Conferences*) ve Dava Yönetimi

Federal Medeni Usul Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenen ön duruşma toplantıları olarak adlandırılan aşamada hâkim, tarafların duruşma aşamasına tam anlamıyla hazır olmaları için bir veya daha fazla ön duruşma yaparak tarafların gerçekleştirmeleri gereken usullerin denetim ve yönlendirmesini yapmaktadır. Hâkimin bütün emirleri yerine getirildiğinde (örneğin discovery kuralları gereği belgelerin değiş tokuşu) duruşma aşamasına hazır olunmakta ve böylece duruşma aşamasına geçilmektedir.

Aslında ilk bakışta Anglo-Amerikan hukukundaki ön duruşma toplantıları, Türk hukukunda ön inceleme aşamasına ve ön inceleme aşamasında gerçekleştirilen ön inceleme duruşmasına benzemektedir. Ön duruşma toplantısını düzenleyen Federal Medeni Usul Kanunu'nun 16. maddesini incelediğimizde de, iki hukuk sistemi arasındaki benzerlikler belirgin şekilde gözlemlenebilmektedir. Federal Medeni Usul Kuralları'nın 16. maddesi genel olarak üç başlık çerçevesinde oluşturulmuştur. Maddenin

²⁸⁹ Rendell, s. 1121.

²⁹⁰ Yeazell, Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, And Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial, s. 639.

²⁹¹ Yeazell, Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, And Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial, s. 637.

(a) bent başlığı ön duruşma toplantısının amacını belirtirken, (b) bendi davanın zamanlama çizelgesinin oluşturulması hakkında bilgi vermekte, (c) bendi ise ön duruşmaya katılım ve ön duruşma toplantısında belirlenecek meseleler hakkında açıklama yapmaktadır. 16. maddenin (a) bendinde ön duruşma toplantılarının amacı beş madde halinde sıralanmakta, hâkim her bir davada taraf avukatlarına veya avukatla temsil edilmeyen taraflara bu amaçlar doğrultusunda ön duruşma toplantısında (birden çok da olabilir) hazır bulunulmasını emredebilmektedir. Bu amaçlar şunlardır: 1- Davanın yürütülmesini-idaresini hızlandırmak, 2- Davanın, yargılamanın erken bir evresinde, süreklilik arz eden denetiminin sağlanmasıyla, davanın yönetim eksikliğinden ötürü sürüncemede kalmaması, 3- Gereksiz duruşma faaliyetlerinin önlenmesi, 4- Duruşma aşamasına daha kapsamlı hazırlanılarak yargılamanın kalitesini yükseltmek, 5- Tarafların anlaşmasını kolaylaştırmak.

16. maddede düzenlenen bir diğer önemli husus ise (c) bendinde öngörülen ön duruşma toplantısında ele alınacak konulardır. Buna göre: (A) Uyuşmazlığa ilişkin vakıaların açıkça belirlenerek ve yalın bir şekilde ortaya konularak önemsiz iddia ve savunmaların elenmesi, (B) Gerekliyse veya arzu edilmekteyse, dilekçelerde değişiklik yapılması²⁹², (C) Artık uyuşmazlık konusu teşkil etmeyen taraflarca varlığı kabul edilmiş vakıaların ve belgelerin gereksiz ispat aracı olmaktan çıkarılması ve ayrıca delillerin kabul edilebilirliğine karar vermek, (D) Gereksiz ispattan ve birbirini tekrar eden (kümülatif) delillerin önlenmesi, (E) Federal Medeni Usul Kuralları'nın 56. maddesinde öngörülen duruşmasız yargılamanın yerindeliği ve zamanlamasının belirlenmesi, (F) Discovery usulünün denetiminin ve zaman planlamasının yapılması, (G) Tanıkların ve belgelerin belirlenmesi, çeşitli ön duruşma belgelerinin değiş tokuşu, sonraki ön duruşma toplantılarının belirlenmesi ve esas duruşma tarihinin belirlenmesi, (H) Bazı meselelerin sulh hâkimlerine (*magistrate judge*) veya uzmanlara (*master*) yönlendirilmesi, (I) Tarafların anlaşmasına yönelik alternatif usullerin kullanılması, (J) Ön duruşma tutanağının içeriğinin oluşturulması, (K) Derdest talepleri ele almak, (L) Potansiyel olarak zor ve davayı sürüncemede bırakan, karmaşık, çok taraflı, hukuki sorunları veya alışılmadık ispat problemlerini içeren

²⁹² Burada dilekçelerde değişiklik yapılmak olarak belirtilen husus Türk hukukunda davanın genişletilmesi ve değiştirilmesine ilişkin usuldür. Amerikan hukukunda davanın genişletilmesi ve değiştirilmesine ilişkin Türk hukukundakine benzer nitelikte bir yasak bulunmamaktadır.

meselelerin çözümü için özel usullerin benimsenmesi, (M) Davaların ayrılmasına karar vermek (FRCP Rule 42(b)), (N) Bazı delillerin yargılamada duruşma aşamasından önce ileri sürülmesine ilişkin talepleri değerlendirmek (Hukuki meseleye ilişkin hüküm başlığı altında²⁹³ ele aldığımız hususlar bakımından- FRCP Rule 50), (O) Delillerin sunulması konusunda makul bir süre sınırı belirlenmesi, (P) Davanın yürütülmesinin adil, hızlı ve ucuz şekilde gerçekleşmesinin sağlanması.

Kısaca 16. maddeye göre, hâkim ön duruşma toplantı(lar)ı aracılığıyla vakıaları sadeleştirerek uyuşmazlığa ilişkin vakıanın açık ve kesin bir hal almasını sağlayacak ve gereksiz ispat faaliyetlerinden kaçınarak, dava için gerekli vakıa ve belgelerin davaya kabul edilmesini sağlayacaktır²⁹⁴.

Aslında, Anglo-Amerikan hukukunda ön duruşma toplantısının amacı temel olarak dava yönetimine ilişkin süreci başlatmaktır. Bu toplantı(lar) sayesinde hâkim daha yargılamanın çok erken bir evresinde davanın avukatları ile biraraya gelerek uyuşmazlığın adil, hızlı ve masrafsız bir şekilde çözümlenmesi için bir program oluşturmaktadır²⁹⁵.

Türk hukukunda ise, daha önce düzenlenmemiş olan ön inceleme, yargılamanın önemli bir aşaması olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ilk kez düzenlenmiştir²⁹⁶. Aslında Türk hukukunda gerçekleştirilen bu önemli ve köklü

²⁹³ Bölüm 2, §2 I E 3 a.

²⁹⁴ Çakır tarafından, Amerikan hukukunda ön duruşma toplantısının ağırlıklı olarak davanın ve özellikle duruşmaların nasıl yürüyeceğine dair birtakım ayarlama ve düzenlemelerin yapıldığı; yani duruşma öncesi incelemeden ziyade usuli duruşma salonu ayarlamalarının yapılmasını sağladığını belirten görüşüne (**Aytuğ Ceyhan Çakır**, Amerikan ve İngiliz Hukuklarında Yer Alan Benzer Düzenlemeler Çerçevesinde Türk Medeni Usul Hukukunda “Ön İnceleme”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 655, 665.) katılamamaktayız. Kısaca, Federal Medeni Usul Kuralları'nın 16(c)(2). maddesinde ön duruşma toplantısında belirlenecek meseleler ve 16(a).’da ön duruşmanın amacı başlıkları dikkate alındığında ön duruşmanın kapsamının sadece usuli duruşma salonu ayarlamalarıyla sınırlı olmadığı, esasa ilişkin birçok önemli tespitin de gerçekleştirildiğini söylemek yerinde olacaktır.

²⁹⁵ **Schwarzer / Hirsch**, s. 3.

²⁹⁶ **İlhan E. Postacıoğlu / Sümer Altay**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 491; **Muhammet Özkes**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Yargılama Usulleri Bakımından Getirilen Yeniliklere Genel Bir Bakış, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 785-786; ön inceleme aşamasının mukayeseli hukuk çerçevesinde değerlendirilmesi için bkz. **Cengiz Topel Çelikoğlu**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargılama Modelinde Öninceleme Safhası, www.e-akademi.org, (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), sayı 125, Temmuz 2012 <http://www.e-akademi.org/makaleler/ctcelikoglu-1.pdf> (Çevrimiçi 03.02.2016), s. 2 vd.

düzenleme, Kıta Avrupası hukuk sistemine tabi Türk hukukunu Anglo-Amerikan hukukuna yakınlaştırmıştır. Çünkü daha önce, ön inceleme aşamasının bulunmamasından ötürü, Kanun'da düzenlenmiş olan dört aşama (Davanın açılması ve karşılıklı dilekçelerin verilmesi, tahkikat, sözlü yargılama, hüküm) iç içe geçmekte, biri tamamlanmadan diğerine geçilmekteydi²⁹⁷. Çoğu kez, taraflar delillerini tam olarak göstermeden ve dilekçelerine eklemeyen, mahkeme de delilleri tam olarak toplamadan tahkikate başlanmaktaydı²⁹⁸. Bu doğrultuda delillerin ve hukuki uyuşmazlığın tartışılması için yeterli hazırlık yapılmadan tahkikate başlandığında, istenen sonuç elde edilememekte, tahkikat delillerin toplanması için gereksiz yere uzamaktaydı. İşte yargılamanın gecikmesine sebep olan bu şikayetlere çare bulmak amacıyla, ön inceleme aşaması oluşturulmuştur. Böylece tahkikat amacına uygun bir şekilde, sadece uyuşmazlığın ve uyuşmazlığa ilişkin delillerin incelendiği ve tartışıldığı bir aşama haline getirilmiştir²⁹⁹. Ön inceleme aşamasıyla uyuşmazlık konuları tam ve açık olarak tespit edilmiş olacağından, tarafların sulh olması kolaylaşmakta; sulh olmadıklarında ise tahkikat için tüm hazırlıklar yapılmış olduğundan, tahkikatte sadece tanık dinlenmesi, bilirkişiye başvurulması ve keşif gibi usuli işlemler gerçekleştirilerek, tahkikatin arka arkaya yapılacak birkaç oturumda tamamlanması sağlanmaktadır³⁰⁰. Gereksiz duruşmalara ilişkin uygulamadaki eski alışkanlıkların önüne geçilmesi amacıyla³⁰¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ön inceleme aşaması tamamlanmadan ve bu aşamada alınması gereken kararlar alınmadan tahkikat aşamasına geçilmesi ve tahkikat için duruşma günü belirlenmesi açıkça yasaklanmaktadır (HMK madde137/2). Böylelikle Türk hukukunda da, Anglo-Amerikan hukukundaki gibi tek, kesintisiz veya arka arkaya birkaç oturum şeklinde bir duruşma aşamasının gerçekleştirilmek istendiği, duruşma aşamasının delillerin

²⁹⁷ **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 563.

²⁹⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Genel Gerekçe, **Hakan Pekcanitez / Hülya Taş Korkmaz / Nedim Meriç**, Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 46-47.

²⁹⁹ **Hakan Pekcanitez**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Tanıtımı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 22-29 Mart 2008, s. 27-28; **Postacıoğlu /Altay**, s. 493; **Hakan Pekcanitez**, Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Hukuki Perspektifler Dergisi, Eylül 2006, s. 75. **Mehmet Üçer / Nedim Meriç**, Roma Hukukunda ve Medenî Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme (Litis Contestatio'dan Ön İnceleme Duruşması Tutanağına Dava Konusu), MİHDER 2012/2, Sayı 22, s. 25; **Muhammet Özekes**, Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama; HMK Tasarısı'nda Ön İnceleme, Hukuki Perspektifler Dergisi, Eylül 2006, s. 106.

³⁰⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Genel Gerekçe, s. 47-48.

³⁰¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümet Gerekçesi madde 142.

incelenip tartışıldığı yargılama kesitlerine dönüştürülmeye çalışıldığını söylemek yerinde olacaktır. Bu durum sadece Anglo-Amerikan hukukunda, Kıta Avrupası hukuklarına doğru bir yakınlaşma hareketi olmadığını; aynı zamanda Kıta Avrupası hukuklarında da Anglo-Amerikan hukukuna doğru bir yakınlaşma bulunduğunu göstermektedir. Kısaca iki büyük hukuk sistemi arasındaki keskin ayrımlar azalarak, özellikle küreselleşme ve hukukların birbirlerine yakınlaştırılması hareketi kapsamında benzerlikleri arttırmaktadır.

Bu doğrultuda, Türk hukukunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesi ile ön inceleme aşamasının kapsamı çizilmektedir. Buna göre, hâkim ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir³⁰². Ayrıca Kanun'un 140. maddesinde ön inceleme duruşmasının kapsamı belirtilmektedir. Hâkim, ön inceleme duruşmasında, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verebilmek için gerekli görürse tarafları dinler ve sonrasında tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder (HMK madde 140/1)³⁰³.

Belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukunda hâkime bir veya daha fazla ön duruşma yapılmasını talep etme yetkisi herhangi bir şarta tabi olmadan tanınmışken (FRCP Rule 16), Türk hukukunda hâkimin, öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar

³⁰² Ön inceleme aşamasında tanık dinleme, belge inceleme, bilirkişiye başvurma, keşif yapma, yemin teklif etme gibi tahkikat işlemleri yapılamamakta; ancak ön inceleme konuları için zorunlu olduğu takdirde anılan işlemler icra edilebilmektedir, **Çelik Ahmet Çelik**, 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasası'na Göre Ön İnceleme, Legal Hukuk Dergisi, Mart 2012, Sayı 111, s. 72. Bu çerçevede, ön inceleme safhasında karara bağlanacak olan ilk itirazlar ve dava şartları hakkında ilk itiraz süresinin geçtiğine veya dava şartlarının eksik olduğuna ilişkin itirazları destekleyebilecek deliller incelenebilecektir, **İbrahim Ermenek**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1-143. Maddelerinin Değerlendirilmesi ve Ön İnceleme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, Ankara 24-25 Mart 2011, s. 89-90; **İbrahim Ermenek**, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak-Haziran 2011, Cilt 2, Sayı 1, s. 159s. **Baki Kuru**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal, Kasım 2015, s. 201-204.

³⁰³ Ön inceleme aşaması sayesinde hakim dava konusunu belirleyerek sınırlamakta ve yargılamayı aydınlatmaktadır, **Eberhard Schilken** (Çeviren Nevhis Deren-Yıldırım), Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü, İlkeler Işığında Yargılama Hukuku, Derleyen: M. Kamil Yıldırım, 3. Bası, İstanbul 2001, s. 46; **Hilmi Şeker**, İlkeler Işığında Ön İnceleme Kurumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 34-35.

hakkında dosya üzerinden karar vermesi gerektiği; ancak gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebileceği belirtilmektedir (HMK madde 138). Bunun sebebi usule ilişkin hususların, şekli nitelik taşımalarından ötürü yargılamanın başında dosya üzerinden de incelenerek karara bağlanabilmesidir³⁰⁴. Bununla beraber, hâkim gerekli görüyorsa incelemeyi dosya üzerinden yapmak yerine duruşmalı olarak da gerçekleştirebilir (HMK madde 138). Diğer taraftan, usuli bir eksiklik söz konusu değilse ve yargılamanın esasına girilecekse, bu durumda esas bakımından incelenecek noktaları (iddia ve savunmaları, uyuşmazlık noktalarını) tespit etmek, bunlara yönelik hazırlık yapmak, eksikleri tamamlamak için duruşma açılması zorunludur³⁰⁵.

Ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh veya arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşılmadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir (HMK madde 140/3). Ön inceleme duruşması sonunda tutulan bu tutanak özel bir önem taşımaktadır. Şöyle ki, uyuşmazlık çözümlenmişse bu tutanak bir sulh belgesi niteliğinde iken, uyuşmazlık devam etmekteyse bu belge adeta yargılamanın gidişatını gösteren bir yol haritasıdır³⁰⁶. Böylelikle tutanakta yer almayan hususlar, tahkikatın konusu olmayacaktır³⁰⁷.

a- Zamanlama ve Usuli Meseleler

Ön duruşma toplantı(lar)ını düzenleyen Kanun'un 16. maddesi yargılamanın erken bir evresinde davanın takviminin yapılmasını sağlamaktadır³⁰⁸. Ön duruşma toplantısının, avukatların dava malzemesi arayış ve toplamalarını kapsayan discovery usulü ve mahkemeden talep edecekleri diğer usullerden önce, yargılamanın erken bir evresinde yapılmasında fayda vardır. Böylece davanın avukatları daha ayrıntılara dalmadan önce temel bir takvim belirlenebilmektedir. Toplantı hem davacı hem de

³⁰⁴ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümet Gerekçesi, madde 143.

³⁰⁵ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 573.

³⁰⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümet Gerekçesi, madde 145.

³⁰⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümet Gerekçesi, madde 145.

³⁰⁸ Dilekçenin (*complaint*) davalıya tebliğ edilmesinden itibaren 120 gün içinde, hâkimin dava takviminin belirlenmesi için "*scheduling order*"; yani tensip kararı vermesi gerekmektedir (FRCP Rule 16(B)(1)). Tensip, mahkemenin yargılamayı sevk ve idare edebilmek için oluşturduğu kararlar bütünü veya ara kararlarına ilham ve vücut veren mahkeme usul işlemi olarak tanımlanabilir, Hilmi Şeker, İlkeler Işığında Ön İnceleme Kurumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 63.

davalı açısından adeta bir kader anı olarak görülmeli ve formalite icabı gerçekleştirilen bir usul olarak farzedilmemelidir. Bu toplantıda, özellikle kıdemli avukatların yetkilendirdikleri genç avukatlardan ziyade, davadan sorumlu avukatların hazır bulunması beklenmekte (FRCP Rule 16(c)), bu toplantıda tarafların iddia ve savunmaları ele alınarak gelecek yargılama süreci hakkında görüş alışverişi yapılmaktadır. Bu toplantılarda yük sadece taraf avukatlarına yüklenmemekte, hâkimin de bu toplantıya avukatların hazırlamış olduğu dosyaları okuyup inceleyip fikir sahibi olarak katılması beklenmektedir. Böylece yapılan değerlendirmeler sonucunda, esas bulunmayan iddia ve savunmalar daha yargılamanın başında elenmiş olmaktadır. Bu toplantı aracılığıyla özellikle avukatların davayı daha iyi düşünüp anlayarak, tarafların bir anlaşmaya varmaları hedeflenmektedir.

Her ne kadar Federal Medeni Usul Kuralları'nın 16 (c) maddesinde toplantı gündemine ilişkin süreç hakkında bilgi yer alsa da, hâkimler somut davaya uygun olarak, ek gündem maddelerinin görüşülmesine de karar verebilmektedir. Uygulama hâkimden hâkime değişkenlik gösterebilirse de, genellikle hâkimler, taraf avukatlarından bir toplantı raporu (*conference statement*) talep ederek, bu raporlarda uyuşmazlığa ilişkin temel hususların özetlenmesini ve bu doğrultuda da ortak bir gidişat planı önerilmesini beklemektedirler³⁰⁹.

Bazı hâkimler uygulamada davanın tarafları bulunmadan sadece avukatlarla bu toplantıyı gerçekleştirdiği gibi, bazı hâkimler ise tarafların da yargılama hakkında ilk ağızdan bilgi sahibi olarak yargılama süreci ve masrafları hakkında fikir edinmeleri ve bu sayede anlaşma yolunu tercih etmeleri bakımından toplantılara katılımına izin vermektedir. Kimi zaman da bu toplantılar mahkeme katibinin bulunduğu, açık oturum halinde gerçekleştirilerek resmi bir ortam yaratılmaktadır. Ancak uygulamada daha çok resmi bir ortam yaratılmadan, iddia ve savunmaların görüşülüp tartışıldığı, sadece avukatlarla hâkimin, hâkim ofisinde toplandığı; kısaca yaratıcı tartışmaların oluşumuna ortam hazırlayan toplantılar şeklinde cereyan etmektedir³¹⁰.

Bununla beraber bazı toplantıların zaman ve masraf kaybı yaşanmaması için telefon aracılığıyla gerçekleştirilmesi de mümkündür. Usul ekonomisine katkıda

³⁰⁹ Schwarzer / Hirsch, s. 4.

³¹⁰ Schwarzer / Hirsch, s. 4.

bulunsa da yine de hâkimlerle avukatların yüz yüze gelerek görüştüğü toplantılar uygulamada tercih edilmektedir. Belirtilmesi gereken bir küçük ayrıntı ise, bu toplantılardaki başlıca amaç mutlaka taraf avukatlarının hâkime davayı kendi taraflarından anlatması ve özetlemesi değildir. Ön duruşma toplantıları, daha önce biraraya gelme fırsatı olmayan hasım avukatlarının da görüşüp müzakere ederek, davada hangi konumda bulunduklarını görebilmeleri ve özellikle anlaşma kapılarını aralayabilmesi açısından önem taşımaktadır³¹¹.

b- Esaslı Noktaların Belirlenmesi

Federal Medeni Usul Kuralları'nın 16. maddesinde öngörülen ön duruşma toplantısının esas amacı hâkim ve taraf avukatlarınca davaya ilişkin esaslı noktaların kapsamının kavranmasıdır. Çoğu zaman dilekçeler uyuşmazlığa ilişkin meseleleri belirlemekten ziyade, onların karartılarak adeta bir perde arkasında saklanmasına neden olduğundan duruşma öncesi toplantısı özellikle hâkim açısından dava konusunun belirlenerek, ilgili mahkemenin yargılama yetkisinin bulunup bulunmadığının ortaya konularak kimi zaman yargılamanın sonunda farkedilecek usuli bir hatanın da önlenmesini sağlamaktadır. Mahkemenin yetkisi doğrulandıktan sonra ise ilk olarak uyuşmazlığa ilişkin esas meselelerin ayrıştırılması söz konusu olmaktadır. Bu doğrultuda, esas meselelerin ortaya çıkarılması sürecinde hâkim bazen dilekçelerin ötesine giderek taraf avukatlarına uyuşmazlık konusu ile ilgili etkili sorular da sorabilmektedir. Bunun temel sebebi kimi zaman dilekçelerde uyuşmazlık konusuna ilişkin dava sebepleri ve savunmalar sanki karmaşık ve zor bir dava bulunuyor gibi gözükse de, aslında çok temel ve anlaşılır bir vakıaya veya hukuki uyuşmazlığa dayanmakta ve hatta kimi zaman dava konusu yapılabilecek bir mesele dahi bulunmuyor olabilmesidir³¹².

16. maddenin öngördüğü ön duruşma toplantısı aynı zamanda hâkim için Federal Medeni Usul Kuralları'nın 702. maddesi çerçevesinde bilirkişi delilinin kullanımının gerekliliğini ve kabul edilebilirliğini inceleme fırsatı bulduğu bir zaman dilimi olarak da görülmektedir³¹³. Bilirkişi deliline ilişkin yapmış olduğumuz ayrıntılı

³¹¹ Schwarzer / Hirsch, s. 4.

³¹² Schwarzer / Hirsch, s. 5.

³¹³ Schwarzer / Hirsch, s. 5.

açıklamalarda da belirttiğimiz üzere Amerikan Yüksek Mahkemesinin iki önemli kararı, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*³¹⁴ ve *Kumho Tire Co. v. Carmichael*³¹⁵ ışığında hâkime İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 702. maddesinde öngörülen taraflarca sunulan delillerin yeterliliğini ve güvenilirliğini test etmek üzere mahkemenin bekçisi sıfatı verilmiştir. Yani hâkim yargılamaya girecek delillerin yeterliliğini inceleyecek ve eğer yeterli bulmazsa yargılamaya girmesine izin vermeyecektir. İşte bu ön duruşma toplantısında hâkim hangi meselelerin ispatının bilirkişi deliline ihtiyaç duyduğunu etraflıca inceleyecektir.

Ön duruşma toplantısında uyuşmazlığın esaslı meseleleri belirlenerek, bu doğrultuda davacı ve davalının ispatlaması gereken hususların çerçevesi çizilmekte ve davacı ve davalının discovery usulüyle sunması gereken belgeler netleşmektedir. Böylelikle gereksiz, aşırı discovery yükü de oluşmamış olmaktadır. Araştırılması ve elde edilmesi gereken belgeler ışığında hâkim yargılama sürecini hızlandırmak adına taraf avukatlarına telefon ederek gereken belgelerin hazır edilmesini emredebilmektedir. Örneğin ticari bir uyuşmazlıkta davanın diğer tarafına gösterilmemiş bir kaydın yargılamanın daha başında gösterilmesiyle, davanın ileri aşamalarında gerçekleşecek bir discovery usulü eksilmiş olacaktır. Ya da davacının iddialarına karşı basmakalıp savunmalarda bulunan davalı, sırf savunmasını genel çerçevede ve geniş tutmasından ötürü davacı gereksiz şekilde ve aşırı masrafa neden olabilecek discovery yükümlülüğü altına girebilecektir. Ön duruşma toplantısı sayesinde hâkim gerçekten uyuşmazlık konusunu oluşturan meseleleri belirleyerek usul ekonomisine katkıda bulunmuş olacaktır.

Kanun'un 16. maddesi aynı zamanda temelden yoksun iddiaların veya davaların belirlenmesi amacıyla da kullanılmalıdır. Bunun en temel sebebi Amerikan hukukunda geçerli olan “*notice pleading*” olarak adlandırılan sadece taraflara bildirim yapılmasını amaçlayan ve fakat vakıa ve delillerin sunulmasını gerektirmeyen dilekçe anlayışından ileri gelmektedir. Yukarıda “dilekçelere ilişkin değişiklikler” başlığı altında bahsettiğimiz gibi, Amerikan hukukunda tarafların dilekçelerinde dava konusu uyuşmazlığı ispata yönelik herhangi bir delil veya vakıa sunması gerekliliği öngörülmemiştir. Dilekçelerin adeta birer boş kutu niteliği discovery usulünü de

³¹⁴ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* 509 U.S 579 (1993).

³¹⁵ *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 S. Ct. 137 (1999).

olumsuz etkileyerek, tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmalara ilişkin vakıaları bilemeden, bu bilinmez vakıalara yönelik delil araştırması, teknik adıyla discovery usulü elbetteki doğru şekilde gerçekleştirilemeyecektir. Tarafların discovery usulü çerçevesinde delil araştırmasına girebilmesi için uyuşmazlığın temeli olan vakıalara ihtiyaç vardır. İşte düzgün yürütülen bir ön duruşma toplantısında yargılamanın daha en başında vakıalar belirlenecek, bu doğrultuda uyuşmazlık için gerekli olan delillere discovery usulüyle ulaşılması yeterli olabilecek ve duruşma gerçekleştirilmeden “*summary judgment*” adı verilen duruşmasız yargılama usulüyle uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması da sağlanabilecektir³¹⁶.

Hâkimin dava yönetimi rolünün faydadan çok yargılamanın seyri için zararı dokunacağını savunan görüşe göre ise, hâkimin discovery usulünü bazı vakıalarla sınırlandırması veya yargılamanın makul sürede³¹⁷ yürütülmesi için erken bir duruşma tarihi belirlemesi halinde³¹⁸, ya bazı gerekli vakıalar yargılamadan hariç tutulmuş olacak ya da erken duruşma tarihi sebebiyle vakıaların yeterince olgunlaştırılmadan; yani gerekli dayanakları toplanmadan duruşma yapılacağından etkin bir yargılama yapılmamış olunacağı düşünülmekteydi³¹⁹. Özellikle de hâkimin dava yönetimine ilişkin gerçekleştirmiş olduğu söz konusu takdiri kararların büyük oranda üst derece mahkemesi denetiminden muaf olmasından ötürü de sakınca doğurabileceği doktrinde vurgulanmıştır³²⁰. Hâkimin dava yönetimine ilişkin verdiği takdiri kararların potansiyel olarak keyfî nitelikte olduğu ve kötüye kullanılmaya çok müsait olduğu da Amerikan doktrininde dile getirilmiştir³²¹. Bununla beraber bu risklerine rağmen dava

³¹⁶ **Schwarzer / Hirsch**, s. 6.

³¹⁷ Makul süre dava konusunun niteliği, yargılama sırasında tarafın veya tarafların tutumu, yargılamayı yapan yargılama organlarının tutumu, toplanacak olan deliller bakımından değişkenlik göstermektedir. Bu sebeple makul sürenin bu farklı unsurlara göre değerlendirilmesi gerekmektedir, **Hakan Pekcanitez**, Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 1997, Sayı 2, s. 41-42; **M. Onur Başar**, Makul Sürede Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kudla v. Polonya Kararının Medeni Yargılama Sistemlerine Etkisi, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, s. 934. Yargılamanın makul sürede bitirilmesinin iki anlamı vardır: Yargılamanın aşırı uzun olmaması ve yargılamanın aşırı kısa olmaması, **Sezin Aktepe Artık**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 249.

³¹⁸ **Peckham**, A Judicial Response to the Cost of Litigation, s. 268.

³¹⁹ **Elliott**, s. 315.

³²⁰ **Elliott**, s. 314.

³²¹ **Peckham**, A Judicial Response to the Cost of Litigation, s. 261-263.

yönetimi sayesinde yargılama süresinin kısılacağı³²² ve bu doğrultuda yargılama masraflarının da azalacağı kabul edilmekle beraber, yargılamanın kalitesi hakkında endişeler bulunmaktaydı³²³.

1938 yılında yürürlüğe giren Amerikan Federal Medeni Usul Kuralları kapsamında düzenlenen dava yönetiminin uygulanmaya başlamasının üzerinden 75 yılı aşkın bir süre geçtikten sonra, söz konusu endişelerin çok da gerekli olmadığı, son dönem Amerikan hukukunda dava yönetimi kurallarının medeni usul hukukuna büyük fayda sağlamış olduğuna ve sağlamaya devam ettiğini söylememiz yanlış olmayacaktır.

C- Discovery Usulü

Amerikan yargılama hukukunda yargılamada en çok masrafa ve gecikmeye sebep olarak gösterilen discovery usulünün kontrolü konusunda hâkimlere Federal Medeni Usul Kuralları'nın 26(b)(2)(C) maddesi ile geniş takdir hak ve yetkisi tanınmaktadır. Bu madde aracılığıyla avukatların gerekli dava malzemesine erişim için en masrafsız yöntemleri tercih etmesi konusunda sınırlar konulmuştur.

Discovery usulü çerçevesinde hâkimin rolüne ilişkin açıklamalarımıza discovery usulünü anlattığımız başlık altında ayrıntılı olarak yer verdik³²⁴. Her ne kadar Federal Medeni Usul Kuralları, yeminli ifade (*deposition*) ve sorguların (*interrogatories*) sayısını ve uzunluğunu sınırlandırsa da, Kanun'un 26. maddesi de ayrıca hâkime somut olaya göre bu sınırları değiştirme yetkisi vermiştir. Bu doğrultuda hâkim dava yönetimi ilkeleri çerçevesinde yargılamanın seyri için en uygun gördüğü şekilde hareket edilmesini sağlayabilecektir. Yani hâkim yargılamanın mimarıdır ve mühendislerin temele oturttuğu Federal Medeni Usul Kanunu'na mimari dokunuşlar yaparak yargılamayı adil bir karar verilmesi için daha elverişli, daha esnek ve daha az masrafa neden olacak bir hale dönüştürebilmektedir.

Bir başka önemli husus da dava malzemesinin toplanmasını sağlayan discovery

³²² Elliott, s. 315-316.

³²³ David M. Trubek / Austin Sarat / William L. F. Felstiner / Herbert M. Kritzer / Joel B. Grossman, The Costs of Ordinary Litigation, UCLA Law Review, vol. 31/1, 1983-1984, s. 109-123; Elliott, s. 316.

³²⁴ Bölüm 2, §3 II.

usulüne tarafların riayet etmesi hususudur. Amerikan uygulamasında birçok hâkim bu süreci denetim altında tutabilmek için telefon aracılığıyla uyuşmazlıkların çözülmesini sağlamakta ve bu yöntem uygulamada çok etkili olmaktadır. Örneğin avukatların discovery usulüne ilişkin ifadelerin alınması üzerine bir toplantı içinde olduklarını düşünelim. Davacı, sigorta başvurusundan umduğunu alamayan A kişisi, davalı taraf ise sigorta şirketi olsun (Örnek ünlü “*Rainmaker*³²⁵” filminden alınmıştır). Toplantı sırasında, A’nın avukatı, B şirketinde çalışan birinin ifadesine başvurmak ister ve fakat B şirketinin birden çok avukatının bulunması, tecrübeli ve işinin ehli avukatlarla temsil edilmesi sebebiyle, mesleğe yeni başlamış A’nın avukatını küçümseyerek ve tecrübesizliğinden yararlanarak talep ettiği kişinin dinlenmesine gerek olmadığına ilişkin bahaneler sayılır. Tek başına ve tecrübesiz oluşuna rağmen mahkeme dışında gerçekleşen bir toplantıda diğer avukatlarca yoğun baskıya maruz tutulan A’nın avukatı ne yapmalıdır? Bu örnekte ve Amerikan uygulamasında bu tarz uyuşmazlıklar yaşandığında derhal hâkim telefonla aranmaktadır. Filmden örnek gösterdiğimiz olayda da, aslında tecrübesiz olan A’nın avukatının çıkmaz durumdan kurtulmak için hâkime telefon etme teklifinde bulunması bile uyuşmazlığın çözümlenmesine yetmektedir. Bu yöntem uygulamada da tıpkı filmde olduğu üzere etkili bir yöntem olarak kullanılmaktadır³²⁶. Görünürde discovery usulü gereğince gerçekleşen görüşmeler, tamamen mahkeme dışında gerçekleşen özel bir toplantı niteliğine sahip olsa bile, hâkim aslında bu süreçte de önemli bir rol oynamakta ve iktidarını gösterebilmektedir. Bu yönde işleyen bir uygulamada artık hâkime pasif demek yanlış olacaktır. Hâkim aktif katılımını az, öz ve gerektiğinde yapmaktadır. Elbetteki bu sistemin de eksikleri bulunmakta ve bu süreçte tıpkı İngiliz hukukundaki gibi hâkimin aktif şekilde bulunması ve sürecin hâkimin de bulunduğu bir mahkeme ortamında veya hâkim odasında gerçekleşmesi daha uygun bir uygulama olacaktır. Tüm eksikliklerine rağmen, yine de Amerikan hâkiminin dava yönetimi kuralları ile aktifleşen ve bu eksikleri kapatmaya çalışan büyük değişimi kendini göstermektedir.

³²⁵ 1997 tarihli Amerikan filmi, <http://www.imdb.com/title/tt0119978/> (Çevrimiçi 30.09.2015).

³²⁶ **Schwarzer / Hirsch**, s. 10-11.

D- Son Ön Duruşma Toplantısı (*The Final Pretrial Conference*)

Federal Medeni Usul Kuralları'nın 16 (e). maddesi gereğince hâkim, yargılama planı oluşturabilmek için son bir ön duruşma toplantısı düzenleyebilmektedir. Bu yargılama planı, delillerin kabul edilebilirliklerinin³²⁷ incelenmesini kolaylaştırmayı da kapsamaktadır. Bu son duruşma toplantısı makul olduğu ölçüde esas duruşmanın başlamasına yakın bir zamanda gerçekleştirilmelidir. Bu toplantıya da tıpkı ön duruşma toplantılarındaki gibi her bir tarafı temsilen birer avukat veya (avukatlarca temsil söz konusu değilse) taraflarca katılım sağlanmaktadır. Yani Türk hukukundaki ön duruşma toplantılarında olduğu üzere, taraf ve avukatlarının birlikte bulunması beklenmemektedir. Her bir tarafı temsilen bir avukatın bulunması yeterli görülmektedir.

Son ön duruşma toplantısı iki açıdan önem arz etmektedir. İlki, tarafların anlaşması için son çare oluşturması; ikincisi ise, duruşma aşamasına ilişkin olarak adeta bir “son elbise provası” olarak görülmesidir³²⁸. Yargılamadaki gecikmeler ve lüzumsuz masraflar sadece gereksiz duruşmalar yüzünden oluşmamakta; aynı zamanda da çok fazla tanık ve belge içeren ve gereğinden uzun süren duruşmalar sebebiyle ortaya çıkabilmektedir. Son ön duruşma toplantısında hâkim ve avukatlar yargılamaya derinlemesine girilmeden önce ele alınması gereken vakıaları ve gerekli delilleri belirlemektedirler. Bu toplantı gündeminde özellikle şu hususlar ele alınmaktadır: Vakıaların belirlenerek daraltılması, delillerin ön izlemesinin gerçekleştirilmesi, duruşmanın uzunluğuna ilişkin olarak sınırlarının çizilmesi, duruşma için temel hazırlıkların gerçekleştirilmesi, özel usullerin belirlenmesi ve son defa anlaşma yoluna gidilip gidilemeyeceğine ilişkin değerlendirmeyi kapsamaktadır. Aşağıda son ön duruşma toplantısında gerçekleştirilen önemli hususlar temel başlıklar halinde özetlenecektir.

1- Vakıaların Belirlenmesi ve Daraltılması

Aslında uyuşmazlığa ilişkin vakıaların belirlenerek daraltılması daha önce gerçekleştirilen ilk ön duruşma toplantısında söz konusu olmakla birlikte,

³²⁷ Delillerin kabul edilebilirliği, özellikle bilirkişi delilinin kabul edilebilirliği çerçevesinde, bölüm 3, §3 I B 2’de ayrıntılı olarak incelenmektedir.

³²⁸ **Schwarzer / Hirsch**, s. 13.

yargılamanın bu aşamasına gelindiğinde artık dava herkes tarafından daha net algılanabildiğinden bu toplantı, temeli bulunmayan veya uyuşmazlık konusu olmayan hususların davadan çıkarılarak duruşma aşamasının değerli zamanının çalınmasına engel olmak için son ve en iyi fırsat olarak görülmektedir. Bu aşamada uyuşmazlık konusu vakılara odaklanabilmenin en iyi yolu, vakıaların ve vakılara yönelik hukuki sebeplere ilişkin açıklamaların mahkemeye ibraz edilmesi olduğu düşünülmektedir³²⁹. Bu yönüyle aslında arzu edilenin, kısaca Türk hukukundaki dilekçe kapsamında bulunması gereken unsurların mahkemeye sunulması olduğunu söyleyebiliriz.

2- Delillerin Ön İncelenmesi

Hâkim delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin olarak duruşma aşamasına geçilmeden önce son defa bir inceleme yaparak, *Daubert* testi³³⁰ olarak adlandırdığımız bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğine ilişkin denetimi ve aynı zamanda İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 104, 403 ve 611. maddelerinde öngörülen denetimleri gerçekleştirebilecektir. Bu maddelerin ortak özelliği delillerin yargılamaya dahil olması konusunda hâkime tanınmış yetki çerçevesinde ön sorunların incelenerek, kabul edilebilirliklerinin; yani yargılamaya dahil olmalarının caiz olup olmadığı incelemesinin gerçekleştirilmesidir. Bu aşamada tüm vakılar belirlendikten sonra, uyuşmazlıkla ilgili olmayanlar yahut da taraflar arasında ilgili vakıanın vuku bulduğuna ilişkin uyuşmazlık bulunmayan vakılar davadan çıkarılmaktadır. Sonrasında ise, uyuşmazlığın geriye kalan esas vakıalarının ispatına yönelik deliller belirlenerek, bu delillerin kabul edilebilirlik incelemeleri yapılmaktadır. Genel olarak hâkim her bir tarafın aynı vakıa hakkında ileri sürdüğü birden fazla aynı yöndeki birbirini tekrarlayan tanık delilini veya bilirkişi delilini sınırlandırabilmektedir. Ya da hâkim taraflar arasında uyuşmazlık olmayan bir vakıaya yönelik ileri sürülmüş bir delili yargılamadan çıkarabilmektedir. Örneğin, somut vakıda yazarın kim olduğuna ilişkin taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmadığı takdirde, el yazısı incelemesi yapacak bir bilirkişiye de ihtiyaç olmayacaktır.

Yargılamanın bu aşamasında vakıaların netleştirilerek, ayıklanması ve bu doğrultuda delillerin belirlenerek, kabul edilebilirliklerinin incelenmesi duruşma

³²⁹ Schwarzer / Hirsch, s. 13.

³³⁰ Bölüm 3, §3 I B 2'de ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

aşamasına hazırlık ve duruşma aşamasını kesintisiz, doğrudan uyuşmazlığı en makul kısa sürede çözmeye yönelik olmakla birlikte, bu aşamanın bir başka husus bakımından da önemi vardır. Amerikan hukuk yargılamasında hala etkin şekilde yer alan jüri üyeleri, uygulamada genellikle avukatların çok fazla delil sunmalarından ve benzer nitelikte çok sayıdaki delilin yargılama hakkında karar verme süreçlerini zorlaştırdıklarından yakınmaktadır³³¹. Bu noktada hâkim gereksiz şekilde ibraz edilmiş kapsamlı delillerin azaltılarak öz bir hale getirilmesini taraflardan isteyebilmektedir. Bu doğrultuda İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 1006. maddesi gereğince çok sayıdaki belge, özet bir belge haline dönüştürülebilmektedir ve bu sayede duruşmada hâkim ve(ya) jürinin incelemesine rahatlıkla sunulabilmektedir. Maddenin gerekçesinde de böyle bir özet ile ilgili belgelerin kısa ve öz bir hale getirilerek incelenmelerinin hâkim ve jüri açısından uygun bir hale getirilmesinin sağlandığı vurgulanmaktadır³³².

Hâkimin öngörülen belgeleri yargılamanın bu aşamasında ön incelemeye tabi tutması, kesintisiz ve en makul kısa sürede gerçekleşmesi gereken duruşma aşamasının kıymetli vaktinin de gereksiz yere harcanmasını önlemektedir. Şöyle ki, hâkimin bu aşamada belgelere yönelik yapacağı bir ön inceleme sayesinde, delillere ilişkin itirazlar değerlendirilecek ve bu incelemenin sonucunda bir eleme yapılarak, itiraz edilemez belgeler yargılamaya kabul edilmiş olunacaktır³³³.

E- Duruşma Aşamasının Sürelerine İlişkin Belirlemeler

Duruşma aşamasının uzun sürmesi hem yargılamanın masraflı bir hale dönüşmesine hem jürinin gereğinden fazla yorulmasına hem de hâkim ve jürinin yargılamaya ilişkin meseleleri kavrayışını zorlaştırmaktadır. Bu doğrultuda uygulamada bazı hâkimler duruşmanın gereğinden uzun sürmesi tehdidi karşısında tanıkların sayısının ya da her bir tarafın sunduğu belgelerin sayısının azaltılmasını faydalı bulurken; bazı hâkimler ise, her bir tarafa düşen sorgulama ve çapraz

³³¹ Schwarzer / Hirsch, s. 13.

³³² İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 1006. maddesine ilişkin olarak danışma komitesi notları, Notes of Advisory Committee on Proposed Rules, https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_1006 (Çevrimiçi 27.03.2015).

³³³ Schwarzer / Hirsch, s. 14.

sorgulama sürelerini sınırlandırmanın uygun olacağını düşünmektedirler³³⁴.

F- Temel Hazırlıkların Gerçekleştirilmesi

Son ön duruşma toplantısı, aynı zamanda duruşma aşamasında gerçekleştirilecek usullerin düzenlenmesini sağlamaktadır. Bu doğrultuda örneğin, jüri seçimine ilişkin yöntemin belirlenmesi, tanıkların sırası ve günlük duruşma takvimleri belirlenmektedir. Aynı zamanda hâkim, avukatlarla görüşerek özel usullerin gerçekleştirilmesini de belirleyebilmektedir. Özel usullere örnek olarak *bifurcation* usulü gösterilebilir. İngilizce *bifurcation* sözcüğünün kelime anlamı, bir şeyi iki parçaya, yola, kola bölmek olarak tanımlanmaktadır³³⁵. Medeni usul hukuku çerçevesinde *bifurcate* sözcüğü ise, davaya ilişkin meselelerin birbirinden ayrı ve bağımsız şekilde değerlendirilmek üzere bölünmesi anlamına gelmektedir³³⁶. Bu müessese Amerikan medeni yargılama hukukunda davanın kazanılmasına ilişkin çok önemli bir strateji olarak görülmektedir³³⁷. Özellikle tazminat davalarında görülen bu usulün uygulanıp uygulanmamasına hâkim karar verecektir³³⁸. İşte yargılamanın bu safhasında, hâkim yargılamanın seyri açısından uygun gördüğü özel usullerin gerçekleştirilmesini sağlayabilecektir.

Türk hukukunda görülen ön inceleme duruşmasıyla, Amerikan hukukunda görülen ön duruşma toplantısı arasındaki en temel farklılık, Türk hukukunda davanın taraflarının bu hazırlık duruşmasında bulunması genel kural olarak kabul edilirken (HMK madde 139 ve 140), Amerikan hukukunda bu duruşmalar genellikle hâkimlerin makamlarında taraf avukatları ve hâkim arasında gerçekleştirilmektedir³³⁹. Taraflara davanın esas kahramanları olarak hâkim makamının kapısında sadece ön duruşmanın bitmesini beklemek rolü verilmiştir.

³³⁴ **Schwarzer / Hirsch**, s. 14.

³³⁵ Cambridge's British English Dictionary, Cambridge University Press; Oxford English Dictionary, Oxford University Press.

³³⁶ **Laurens Walker**, A Model Plan to Resolve Federal Class Action Cases by Jury Trial, Virginia Law Review, vol. 88, 2002, s. 412; **Edith Greene / Brian Bornstein**, Precious Little Guidance: Jury Instruction on Damage Awards, Psychology, Public Policy, and Law, vol. 6, 2000, s. 756.

³³⁷ **William T. Hudgins**, The Fragile Right to a Civil Jury Trial in Colorado, The Colorado Lawyer, vol. 27/1, January 1998, s. 49-50 ("A bifurcated trial can have a dramatic impact on trial strategy.").

³³⁸ "*Bifurcation*", aşağıda bölüm 2, §2 II G'de açıklanmaktadır.

³³⁹ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 202.

Discovery müessesesinin geniş uygulama alanı, taraflarca getirilme ilkesinin etkisi ve hâkim başına düşen dava sayısının her geçen gün daha da artmasının, Amerikan hâkimlerinin ön duruşma toplantılarını vakıalara ilişkin meseleleri belirginleştirmek ve vakıaları sınırlandırmak amacıyla gerçekleştirmeleri önünde bir engel oluşturduğu düşünülmektedir³⁴⁰.

İki hukuk sisteminde belirttiğimiz ön duruşma toplantısına ilişkin farklılıklar, bu duruşmalara verilen önem ve duruşmaların süresi gibi unsurları da etkilemektedir. Bu doğrultuda, Amerikan hukukunda görülen ön duruşma toplantıları daha kısa sürmekte ve usulü süreç içinde daha az önem arz etmektedir. Her ne kadar Amerikan hukukunda eyaletler ve mahkemeler arası uygulamalarda farklılıklar bulunsa da, genel olarak bu duruşmalara 30 dakika kadar bir süre ayrılmaktadır³⁴¹. Yani kanunda öngörülen hâkime aktif bir rol biçen bu hükümler uygulamada gereğince kullanılamamaktadır. Türk hukukunda ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hayat bulan ön inceleme aşaması ve ön inceleme duruşması, yargılamanın belirsiz şekilde yürütülmesi ve gereksiz işlemler yapılmasını önleyerek, tahkikatın yani duruşma aşamasının amacına uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlayacaktır. Bu sebeple ön inceleme aşamasının öneminin yeterince kavranarak, uygulamada da bu hükümlere riayet edilerek benimsenmesi ve teoride bırakılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

G- Delillerin Sunulmasında Hâkimin Rolü ve Davanın Bölünmesi (*Bifurcation*)

1- İspatın Sırası

Normal olarak deliller duruşma aşamasında öncelikle davacı tarafından mahkeme huzurunda sunulmakta, davacının bütün delilleri sunulduktan sonra, davalının bütün delilleri hâkim huzurunda incelenmekte, ardından davacı, davalının delillerine cevaben, davalının delillerinin aksini ispat faaliyeti için tekrar delil sunabilmektedir³⁴². Bütün delillerin sunulmasını takiben önce davalı özet niteliğindeki kapanış konuşmasını (*closing summation*) gerçekleştirecek, ardından da davacı

³⁴⁰ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 203.

³⁴¹ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 203.

³⁴² Linda Silberman / Allan R. Stein / Tobias Barrington Wolff, Civil Procedure: Theory and Practice, Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 3. Edition, 2009, s. 692.

kapanış konuşmasını yaparak, yargılama hâkimin bir hükme varmasıyla sonlanacaktır.

2- Davanın Bölünmesi

Olağan usul yukarıda açıklandığı şekilde ilerlemekle beraber, delillerin sunulma sırası hâkimin takdirindedir ve hâkim Federal Medeni Usul Kuralları'nın 42 (b). maddesine binaen davayı bölerek (*bifurcation*) bazı vakıalara ilişkin hususların daha önce veya daha sonra incelenmesine karar verebilmektedir. Davanın bölünerek incelendiği bu tip davalarda taraflar hâkimin takdiri çerçevesinde bazı vakıalara ilişkin meselelerin ispat faaliyetini gerçekleştirmekte ve hemen bu ispat faaliyetinin ardından, hâkim bu vakıalarla sınırlı olarak bir hükme varmakta; bu noktadan sonra eğer hala gerekiyorsa taraflar daha sonraki vakıaların ispatına ilişkin delillerini mahkemeye sunmaktadırlar³⁴³.

Davanın bölünmesi usulünün iki önemli işlevi vardır³⁴⁴: Öncelikle incelemeye tabi tutulan kısım sonucunda hâkim davanın sonlanmasına ilişkin bir hüküm kurduğu takdirde bu durum usul ekonomisine hizmet etmiş olacak ve uyuşmazlığa ilişkin tüm vakıaların incelenerek gereksiz zaman ve yargılama masrafı yapılması önlenmiş olacaktır³⁴⁵. Örneğin hâkim uyuşmazlığa ilişkin vakıaların sorumluluk ve zararların incelemesi şeklinde ikili bir incelemeye tabi tutulması yönünde takdir hakkını kullanmışsa ve öncelikle sorumluluğa ilişkin inceleme gerçekleştirilmiş ve sorumluluğun bulunmadığına karar verilmişse bu durumda gereksiz yere tazminat hesabı yapılmasına ilişkin inceleme yapılmamış olunacaktır. Bununla beraber belirtmek gerekir ki, ikiye ayrılan davada her iki bölümün vakıalarına yönelik olarak da aynı tanıklar dinlenecekse, böyle bir durumda *bifurcation* uygulamasının usul ekonomisine katkısından ziyade zararı olacaktır³⁴⁶. İkinci olarak ise, davaya ilişkin vakıalar ayrılarak, sadece ilgili vakıalara yönelik deliller davadan soyutlanarak ele alınmaktadır. Bu durum daha sonra incelenmesi planlanan vakıaların saptırılmasına neden olabilmektedir. Örneğin, bir uçak kazasında sorumluluğun öncelikli olarak belirlendiği bir davada, kazada ölenlerin ne kadar acı çektiklerine ilişkin bir delil

³⁴³ Silberman / Stein / Wolff, s. 692.

³⁴⁴ Silberman / Stein / Wolff, s. 693.

³⁴⁵ Bu yönde bkz. *Equal Employment Opportunity Commission v. Lucky Stores, Inc. et al.* (ED CA 1982) 1982 WL 452, 30 Empl. Proc. Dec., P. 33, 232, 37 Fed. R. Serv. 2d. 333.

³⁴⁶ Silberman / Stein / Wolff, s. 693.

jürinin sorumluluğa ilişkin vereceği kararda belirleyici olabilecek ve jüri bu delilden gereğinden fazla etkilenebilecek ve sonrasında tazminatın belirlenmesi aşamasında etki altında kalmış bir karar verebilecektir.

Uygulamada *reverse bifurcation* adıyla davanın bölünmesi usulünün tersi şekilde bir uygulama da söz konusu olmakta ve davaların bu tip ayrılmasında öncelikli olarak sorumluluğun incelenmesi yerine, davacının zararlarının belirlenmesi yoluna gidilmektedir³⁴⁷.

H- Duruşma Aşaması ve Dava Yönetimi

Duruşma aşamasına gelindiğinde hâkimin dava yönetimine ilişkin yetkileri kendini daha etkin şekilde göstermeye başlamaktadır. Hâkim dava yönetimi kapsamında, yargılamanın en makul sürede ve ekonomik şekilde, adil bir kararla sonuçlandırılması için gerekli olan herşeyi gerçekleştirebilmektedir. Hâkim her ne kadar vakıaları belirleyerek, süreler bakımından sınırlar çizse de, davanın sunulması konusunda avukatlara tanınan yetki alanına da taşmamak konusunda dikkatli olmalıdır³⁴⁸.

1- Duruşmaya Başlama

Amerikan hukuk yargılamasında hala önemli bir yeri bulunan jürinin seçimi meselesi, hâkimin titiz şekilde inceleyerek karar vermesi gereken bir husustur. Jürinin seçimi usulü, mahkemeden mahkemeye değişiklik göstermekte, tahmin edilen duruşma süresine göre de jüri sayısı altı ila on iki arasında değişmektedir³⁴⁹.

Federal Medeni Usul Kuralları'nın 47. maddesi, jüri üyelerinin incelenmesi ve bu doğrultuda seçimi³⁵⁰ usulünün yürütülmesinin bizzat hâkim tarafından

³⁴⁷ Silberman / Stein / Wolff, s. 693.

³⁴⁸ Schwarzer / Hirsch, s. 16.

³⁴⁹ Schwarzer / Hirsch, s. 16.

³⁵⁰ Amerikan uygulamasında jüri üyelerinin geçmişlerinin, davayla ilgili taraflı veya önyargılı bir durumlarının var olup olmadığının incelenmesi usulüne “*voir dire*” denilmektedir, https://www.law.cornell.edu/wex/voir_dire (Çevrimiçi 07.07.2015); http://www.nysd.uscourts.gov/jury_handbook.php?id=6 (Çevrimiçi 07.7.2015). Bu usulün ayrıntılı olarak video görüntüsünün yer aldığı internet sayfası için bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=TLFoKNv70E0> (Çevrimiçi 07.07.2015).

gerçekleştirebileceği gibi, bu görevin hâkim tarafından taraf ve avukatlarına da bırakılabileceğini belirtmektedir. Uygulamada çoğu hâkim süreci hızlandırmak için jüri üyelerinin incelenmesi ve seçimi usulünü kendisi yönetmektedir³⁵¹. Belirtmek gerekir ki, 47. maddeye göre jüri üyelerinin seçimi usulünü hâkim yönettiği takdirde, taraf ve avukatlarının da jürinin incelenmesi ve seçimi sürecinde ek sorgulama (*further inquiry*) veya soru sorma hakkı da bulunmaktadır. Taraflar veya avukatları bu doğrultuda jüriye doğrudan soru yöneltebileceği gibi, hâkim aracılığıyla da sorularını sorabilmektedirler. Yapılan sorgulama ve kapsamlı inceleme sonucunda taraf avukatları jüri üyelerini belirleyebilmektedir.

Duruşma başlamadan önce jüriye bilgi verilmesinin öneminin farkına varılması gün geçtikçe hâkimler arasında daha yaygın bir hal almıştır³⁵². Duruşmada nasıl bir usul izleneceğine, jürinin duruşmadaki rolüne, sunulan delilleri nasıl ele almaları gerektiğine ve diğer temel nitelikteki yargılama kurallarına ilişkin duruşma aşamasından önce jüri bilgilendirilmektedir. Jüriye aynı zamanda görecekları davaya ilişkin iddia ve savunmaların unsurları ve karar vermekle yükümlü oldukları sorunlar hakkında da bir bilgilendirme yapılmaktadır.

2- Jüriye Yardım

Hukuk eğitimi almamış, halktan insanların yargılamanın önemli bir parçası olduğu Amerikan yargılama sisteminde, hâkimin, bu önemli görevi yerine getirirken jüriye yardımcı olması gerekmektedir. Dolayısıyla hâkimlerin bu süreçte pasif durarak jüriyi fazla serbest şekilde bırakması mümkün olamamaktadır.

Duruşma pürüzsüz ve kesintisiz bir şekilde devam etmelidir. Hâkimin, tek bir duruşma ile karara bağlanamayacak nitelikte kapsamlı davalarda, her bir duruşma gününün sonunda bir sonraki duruşma gününde dinlenecek tanıklar ve ele alınacak belgelere, avukatlarla birlikte kısa bir göz atarak durum değerlendirmesi yapması, delillere ilişkin veya başka konulardaki sorunları önceden öngörerek çözüm bulması gerekmektedir. Eğer tanıklar çeşitli belgeler çerçevesinde tanıklık yapacaklarsa,

³⁵¹ Schwarzer / Hirsch, s. 16.

³⁵² Schwarzer / Hirsch, s. 17.

avukatların, jürinin duruşmada bu belgeleri takip edebilmesi için görsel araçların kullanılmasını sağlayarak jüriye yardımcı olması gerekmektedir. Hâkim ise, jüriye karmaşık gelen usulleri açıklamalı ve davaya ilişkin gelişmeleri tekrar özetlemelidir³⁵³.

Uygulamada hâkimler, jürinin yargılamayı daha rahat ve doğru anlamaları için çeşitli yöntemlere başvurmaktadır. Örneğin, bazı hâkimler jürinin duruşma sırasında not almasına izin verirken, bazı hâkimler ise jüri üyelerine, içinde tanıkların ad ve kimlik bilgilerinin ve diğer bazı faydalı bilgilerin yer aldığı not defterleri dağıtmaktadır³⁵⁴.

3- Bilgi Verme, Özetleme ve Müzakere Süreci

Jüriye yargılamayla ilgili olarak avukatlarca da bilgi verilerek açıklamalar yapılacaktır. Eğer avukatlar bu bilgi ve açıklamalarını ön duruşma toplantısında mahkemeye sunmuşlarsa, bu durumda hâkimin bu bilgileri jüriye yönelik olarak düzenleme ve sadeleştirmesi de mümkün olacaktır. Jüriye yönelik bilgiler sade ve basit bir dille yazılmış olmalı, hukuki ifadelerden kaçınılmalıdır. Hâkimlerin, avukatların jüriye yönelik olarak yazmış olduğu bilgileri, sadeleştirmesi ve düzene sokması her zaman mümkündür. Bu bilgilerin özellikle davanın mantığını yansıtacak şekilde ifade edilmesi, jürinin zihnini karıştıracak karmaşa ve gereksiz bilgilerden kaçınılması büyük önem taşımaktadır. Hâkim ise, jüri tarafından talep edilse bile, lüzumlu olmadığı sürece, bilgi karmaşasına neden olmamak için jüriye bilgi vermeyecek ve açıklama yapmayacaktır³⁵⁵.

Federal Medeni Usul Kuralları'nın 51. maddesi, kapanış konuşmalarından önce veya sonra, hâkime jüriye açıklama yapma izni vermektedir. Uygulamada birçok hâkim, kapanış konuşmalarından önce jüriye açıklamada bulunmanın yargılamada zaman kazandırdığını düşünmektedir. Çünkü bu sayede avukatlar konuşmalarına yönelik olarak jüriye tekrar açıklama yapmak zorunda kalmayacağı gibi, aynı zamanda avukatların yapacağı açıklamalar sonucunda oluşacak olası itirazlar da azaltılmış

³⁵³ Schwarzer / Hirsch, s. 17.

³⁵⁴ Schwarzer / Hirsch, s. 18.

³⁵⁵ Schwarzer / Hirsch, s. 18.

olmaktadır³⁵⁶.

Hâkim, jüri karar vermek üzere jüri odasına çekildiğinde, jüri odasına gönderilecek, taraflarca ibraz edilen belgelerin mahkeme katibi ve taraf avukatlarınca çok dikkatli şekilde kontrol edilmelerini sağlamalı, uyuşmazlıkla alakalı olmayan, yargılamadan hariç tutulan belgeler gibi belgelerin jüri tarafından görülmesi ve jürinin etki altında bırakılmasını önlemelidir³⁵⁷.

Jüri üyelerinin, kendi aralarındaki müzakereler sırasında, belirli hususlarda hâkimden daha fazla bilgi almak üzere, hâkime yazılı soru yöneltmeleri mümkündür. Hâkim, bu sorulara cevap vermeden önce mutlaka taraf avukatlarına da danışmalı ve jüriyi sadece mahkeme kaydı aracılığıyla yanıtlamalıdır. Yani kayıt dışı herhangi bir şekilde jüriye açıklama yapmamalıdır. Ayrıca hâkim jürinin her talep ettiği bilgiyi harfiyen sağlamak zorunda değildir. Verilecek bilginin yerindeliğine ve sınırına hâkim karar verecektir. Örneğin jüri hâkimden tanık ifadelerini isteyebilmekte ancak bunu talep ederken bütün tanık ifadeleri değil belirli bir tanık ifadesini sınırlandırarak talepte bulunabilecektir³⁵⁸. Bu çerçevede bazı hâkimler, jüriye bütün tanık ifadelerinin tekrar okunamayacağını davanın başında vurgulayarak, jürinin bunları dikkatli bir şekilde dinlemesi gerektiğine dikkat çekmektedir³⁵⁹.

Jüri karar verme sürecinde bir çıkmaza girmişse, bu durumda hâkim zor bir seçim yapmak zorundadır. Jürinin karar sürecinde çıkmaza girmesi ancak ümitsizse bu durumda hâkim *mistrial*'e; yani hükümsüz yargılama sonucuna varacaktır. Hükümsüz yargılama sonucuna varmak, yeni bir jüri oluşturarak yeni bir duruşma yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Hâkimin, jüriye karar vermesi için daha fazla süre tanıyarak ısrarcı bir tavır sergilemesi de jüri üzerinde aşırı bir baskı yaratmasına neden olabileceğinden, hâkimin bu şekilde davranmaması gerektiğine hâkimlere yönelik el kitabında dikkat çekilmiştir³⁶⁰.

³⁵⁶ Schwarzer / Hirsch, s. 18.

³⁵⁷ Schwarzer / Hirsch, s. 19.

³⁵⁸ Schwarzer / Hirsch, s. 19.

³⁵⁹ Schwarzer / Hirsch, s. 19.

³⁶⁰ Schwarzer / Hirsch, s. 19.

4- Jürisiz Yargılamalarda Dava Yönetimi

Her ne kadar jürisiz yargılamalar daha az formaliteye sahip olsa da, Amerikan hukukunda jürisiz yargılamalarda da programlı ve özenli bir şekilde usulün yürütülmesi gerektiğine dikkat çekilmektedir³⁶¹. Jürisiz yargılamalarda davanın tek karar veren otoritesi hâkim olmakta, hâkim tanıkların ve belgelerin sayısının sınırlandırılarak başlıcalarının dikkate alınması; delillerin düzgün ve anlaşılır bir şekilde sunulmasını sağlamaktadır. Bu tip yargılamalarda hâkimin duruşma aşamasında delillerin sunulması ve avukatların kapanış konuşmalarından sonra bir karara varması ve kapanış konuşmalarının hemen ardından mahkeme katibine kararını yazdırması gerekmektedir.

5- Mahkeme Kaynaklarının Kullanımı

Hâkimin dava yönetimi kuralları çerçevesinde hareket ettiği yargılamanın her aşamasında, aynı zamanda insan kaynakları ve maddi araçların da etkili şekilde kullanılması gerekmektedir³⁶². Bu doğrultuda hâkimin adli asistanlarının (*judicial assistants*), kâtiplerin (*deputy clerks*), hukuk danışmanlarının (*law clerks*), sulh

³⁶¹ **Schwarzer / Hirsch**, s. 19.

³⁶² Benzer şekilde mahkeme kaynaklarının kullanımını usul ekonomisi ile ilişkilendiren görüş için bkz. **İbrahim Ermenek**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yürürlüğe girmesinden Sonra Makul Giderle Yargılama Hakkına İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Bazı Güncel Sorunlar ve Usul Ekonomisi İlkesi, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 779.

hâkimlerinin (*magistrate judges*), danışmanların³⁶³ (*assessors*), özel uzmanların³⁶⁴

³⁶³ Bu kurumun kaynağı İngiliz hukukudur ve meşruluğunu Supreme Court Act 1981'den almaktadır. Bu danışmanlar, mahkemenin bir üyesi sıfatına sahip olmadan, uzman olarak bir hâkimin yanında yer almakta ve hâkime tavsiyelerde bulunmaktadır. Aslında danışmanlık kurumu olarak belirtebileceğimiz bu usulü kullanma hakkı uzun zamandır mahkemelere tanınmakta; fakat çok nadiren kullanılmaktadır, **Louis Blom-Cooper**, *Experts in the Civil Courts*, Expert Witness Institute, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 185. Bu usul yalnızca “*admiralty court*”; yani deniz hukukuna yönelik yargılamalarda ve ileri ölçüde ve üstün teknolojiye sahip konuları içeren patent davalarında uygulanmaktadır. Hâkimler, özel uzmanlığa sahip bu danışmanları sadece belirli konulardaki davalarda kendileri ile birlikte duruşmalara katılmaları için tayin etmektedirler. Bu davalar genellikle teknik ve bilimsel delillerin önemli rol oynadığı davalardır, **Fulya Teomete Yalabık**, *Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 16, Özel Sayı 2014, İzmir 2015, s. 2137. Bu danışmanların temel görevi, delilleri dinlemek ve kararın oluşturulmasında (*forming a judgement*) ve yorumlanmasında gerekebilecek yardımı hâkime sunmaktır. Bununla birlikte, son kararı hâkim yine kendi öz iradesine göre verecektir; yani danışman kararları hâkim bakımından bağlayıcı değildir. *MacFadden v. Murdock* (1867) 11r CLR 211 davası, uzman kişinin niteliği kadar tecrübesinin de önemli olduğunu belirterek danışmanlık müessesesinin önemine vurgu yapmıştır. Birçok davada, hukuki kararların verilmesi aşamasında avukatlar tarafından teknik danışmanlık hizmeti verilmektedir. Hâkimler, yanlarında çalışan hukuki anlamda nitelikli elemanlara danışmakta ve sonunda hukuku ve vakıaları özetleyerek jüriye sunmaktadırlar, **Elliot / Quinn**, s. 202, 203. Belirtmek gerekir ki, danışmanlar doğrudan hâkime bağlıdırlar ve tarafların bu danışmanlara soru sormaları veya hâkim tarafından danışmana sorulan sorulara danışmanın verdiği açıklamalar hakkında bilgi sahibi olmaları mümkün değildir. Bu sebeple, bunların delil niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir, **Demirkapı**, s. 56.

³⁶⁴ Amerikan hukukunda, özellikle uyuşmazlık konusunun karmaşık olduğu hukuk davalarında (*complex civil cases*) çözüm yolu olarak öngörülen “özel uzman” lar, tayin edildikleri dava konusunda uzman olan yerel avukatlar (*local practicing attorney*), hukuk öğretim üyeleri veya emekli hâkimlerdir, **Linda J. Silberman**, *Judicial Adjuncts Revisited: The Proliferation of Ad Hoc Procedure*, The University of Pennsylvania Law Review, vol. 137/6, June 1989, s. 2134. 17. yüzyılın başlarında, Amerika'nın İngiltere'nin sömürgesi olduğu dönemlerde, temyiz mahkemesinin İngiliz içtihadının bütünüyle bir parçası halini almasıyla, temyiz mahkemesinin çarklarının iyi bir şekilde işleyebilmesi için kendilerinden yararlanan özel uzmanlar yargılamanın önemli bir parçası haline gelmişlerdir, **James R. Bryant**, *The Office of Master in Chancery: Colonial Development*, American Bar Association Journal, vol. 40, July 1954, s. 595. Özel uzmanın mahkeme tarafından atanması Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesinde açıkça belirtilmiştir: “*Jürinin olduğu davalarda, davaya ilişkin meseleler karmaşıksa; jürinin olmadığı davalarda da zararların hesaplanmasının zor olduğu durumlarda istisnai bir durumun var olduğunu göstermek şartıyla özel uzman tayin edilebilir.*” Burada Amerikan Yüksek Mahkemesinin ve federal mahkemelerin aradığı ve dikkat ettiği iki unsur önem taşımaktadır. “Karmaşık (*complicated*)” olma ve “istisnai koşul (*exceptional condition*)”, **Teomete Yalabık**, *Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış*, s. 2134. Belirtmek gerekir ki, sonucu belirleyecek olan tasarrufi konularda (*dispositive matters*) özel uzmana danışmak hatalı ve yersiz kabul edilmektedir. Özel uzmanlar delilin güvenilirliğine ilişkin tanıklık yapamaz veya görüş bildiremez, *Bituminous Coal Operators' Association, Inc.*, 949 F. 2d 1165, (D.C Circuit 1991). Federal mahkemeler, özel uzman atanması için Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesini dayanak olarak gösterebilecektir, ayrıntılı bilgi için bkz. **I. David Levine**, *The Authority for the Appointment of Remedial Special Masters in Federal Institutional Reform Litigation: The History Reconsidered*, University of California Law Review, vol. 17/3, Spring 1984, s. 753-805; **James S. DeGraw**, *Rule 53, Inherent Powers and, Institutional Reform: The Lack of Limits on Special Masters*, New York University Law Review, vol. 66/3, 1991, s. 800 vd. Hâkim, ana görevi olan, davanın vakıalarının belirlenmesi (*findings of fact*) ve hukuki sonuca varılmasını (*conclusions of law*) da kapsayan, hüküm verme işini (*dispositive rulings*) bizzat kendi yapmalı ve bu işin yapılmasında özel uzmana yetki vermemelidir, *Bituminous Coal Operators' Association, Inc.*, 949 F. 2d 1166, (D.C Circuit 1991). Bu kısıtlamaların en önemli sebebi, yargılama sürecinin Senato tarafından onay almamış bir bireye devredilmesinin engellenmek istenmesidir. Böyle bir yetki devrinden çekinen Amerikan Yüksek Mahkemesi *La Buy v. Howes Leather Co.*, 352 U.S. 249 (1957) davasında bu endişesini gösteren bir karar vermiştir. Bu tip kısıtlamalar, özel uzmanların görev alanlarını kısıtlayarak, sadece kendine özgü

(*special masters*) yargılama içinde yer alırları da hâkimden hâkime değişmektedir. Bu saydığımız adli personelin kullanımı ile hâkimin adaletin kalitesinden ödün vermeden davaları yürütmesi mümkün olmaktadır³⁶⁵.

Mahkeme kâtiplerinin rolleri oldukça kapsamlıdır. Sadece evrakların dosyaya girişleri ve ilgililere gönderilmesi gibi sınırlı bir görev üstlenmekle kalmazlar; aynı zamanda hâkimin idari asistanı görevleri de vardır. Hâkimin çalışma ve dava takvimini düzenlerler ve hâkimin avukatlarla olan iletişimini sağlamak gibi önemli bir görevi yerine getirirler. Bazı hâkimler bu önemli görevi adli asistanlarına da devredebilmekle birlikte, bu görevi üstlenenlerin, avukatlardan gelecek her türlü güncel bilgiyi hâkime bildirmesi gerekmektedir.

Hukuk danışmanları ise hâkimin kendilerinden talep ettiği hukuki bilgileri araştırmakla görevlidirler. Danışmanların araştırma konusunu doğru anlayarak etkin bir araştırma gerçekleştirebilmeleri için, hâkimin mutlaka danışmanlarından bilgi talep ederken bu talep ettiği bilgiyi net bir şekilde belirlemesi gerekmektedir. Hâkim, hukuk danışmanlarıyla görüşerek araştırmaları hakkında bilgi almalı ve gereksiz araştırma ve bilgilerden kaçınmaları konusunda onları ikaz etmelidir.

Teknolojinin hızla gelişmesi, mahkemelerin de bu teknolojiye faydalanmasını gerektirmektedir. Teknoloji sayesinde hâkimler, hukuk danışmanlarının çalışmalarını kolaylıkla takip ederek dava dosyalarındaki gidişatı kolaylıkla takip edebilecek, mahkeme kararlarının özetlerini temin edebilecek ve dava takvimleri düzenli bir şekilde kayıt altında tutulabilecektir. Özellikle elektronik dava dosyası sistemi

karmaşık ya da hâkim veya jüri için ayrıştırması kâfi olan hukuki meselelerle ilgilenmeleri sonucunu doğurmaktadır, **Silberman**, s. 116; **Robert H. Freilich**, Editor's Comment: The Use of a Special Master in Complex Environmental Litigation, *The Urban Lawyer*, vol. 29/1, Winter 1997, s. 1. Özel uzmanlar, bölge mahkemesi hâkim ve jürilerine karmaşık muhasebe işlerinde yardımcı olmanın yanı sıra, yargılama sonrası hâkim tarafından yazılan kararı (*post-trial order*) da denetlemektedirler, *Williams v. Lane*, 851 F.2d. 867 (7. Circuit 1988); *Gary W. v. Louisiana*, 601 F. 2d 240 (5. Circuit 1979). Her ne kadar son yıllarda, özel uzmanların geleneksel görevlerinin kapsamı genişlese de, kanuni yeterlilikleri büyük ölçüde örgütsel (*organizational*) boyutta kalmıştır, **Silberman**, s. 116. Yargılamada zamanın kısıtlı olması ve bazı anlaşılması zor ve teknik konuların varlığı özel uzmanlara başvurulmasının temel sebepleri arasında gösterilmektedir. Özellikle zararın hesaplanması ve muhasebe konularında özel uzmanın tayin edilmesi sorun yaratmamaktadır; çünkü özel uzmanlar bu tip konularda hukuki analiz yapmamakta, hâkimin yargılama ve takdir alanına karışmamaktadır, **Wayne D. Brazil**, *Special Masters in Complex Cases: Extending the Judiciary or Reshaping Adjudication?*, *The University of Chicago Law Review*, vol. 53/2, Spring 1986, s. 396.

³⁶⁵ **Rendell**, s. 1122.

(CM/ECF) ve hâkimlerin mahkemelerdeki şahsi bilgisayarları dava iş yükü yönetimi açısından çok önemli araçlar olarak görülmektedir³⁶⁶. Ayrıca delil sunma araçları ve diğer mahkeme teknolojileri avukatlara, davalarını sunmak ve jüriye de delilleri anlamak konusunda büyük destek sağlamaktadır. Bu sebeplerden ötürü hâkimlerin mahkeme teknolojileri hakkında bilgi sahibi olarak, bunları etkin şekilde kullanması büyük önem arz etmektedir.

İ- Duruşma Aşamasına Ulaşan Dava Sayısında Gerileme

1- Genel Olarak

Amerikan hukukunda, hukuk davalarında jüri yargılaması anayasal bir hak olarak devam etse de, son dönemde yargılama, duruşma aşamasına çeşitli sebeplerle ulaşamadığından davada jürili yargılama tercih edilse bile gerçek anlamda bir jürili yargılama yapılamamakta ve dolayısıyla jüri de gerçek işlevini gösterememektedir. Amerikan yargılama usulünün en dikkat çeken ve filmlere konu olan teatrel nitelikteki duruşmalarının sayısı hem federal hem de eyalet mahkemelerinde büyük oranda azalmış ve hatta neredeyse yok olma aşamasına yaklaşmıştır³⁶⁷. Duruşmaların sayısı sadece Amerikan hukukunda değil, diğer Anglo-Amerikan hukukuna tabi hukuklarda da büyük oranda düşüşe geçmiştir³⁶⁸. Örneğin İngiliz hukukunda davaların çoğunluğu çeşitli sebeplerden ötürü duruşma aşamasına ulaşmadan son bulmaktadır³⁶⁹.

³⁶⁶ **Schwarzer / Hirsch**, s. 21.

³⁶⁷ **Gillian K. Hadfield**, Where Have All the Trials Gone? Settlements, Nontrial Adjudications, and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, issue 3, 2004, s. 706 vd; **Marc Galanter**, The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1/3, 2004, s. 459 vd. Amerikan hukukunda, duruşma aşamasına ulaşan dava sayısının azaldığını kabul etmekle beraber, bunun yok olma aşamasına geldiğini belirtmenin yanlış bir değerlendirme olduğunu ve bir maddenin ibaret olduğunu iddia eden, özellikle Galanter'in görüşlerine karşı çıkan görüş için bkz. **John M. Lande**, Shifting the Focus From "The Vanishing Trial" to Complex Conflict Management Systems, or I Learned Almost Everything I Need to Know About Conflict Resolution from Marc Galanter, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 6, 2004-2005, s. 191-212.

³⁶⁸ İngiliz hukukunda da duruşma aşamasına ulaşan dava sayısı büyük oranda azalma göstermiştir, **H. M. Kritzer**, Disappearing Trials? A Comparative Perspective, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1/3, 2004, s. 738-747.

³⁶⁹ **Andrews**, *Andrews On Civil Processes*, s. 382.

2- Duruşma Aşamasına Ulaşan Dava Sayısının Azalmasının Sebepleri

Amerikan hukukunda yargılamalarda duruşma aşamasına ulaşan dava sayısının azalmasının birçok sebebi bulunmaktadır³⁷⁰. Bu başlık altında bu sebeplerin neler olduğunu açıklamaya çalışacağız.

İlk olarak, Amerikan hukukunda duruşma sayısının son dönemde çok azalmasının hatta neredeyse yok oluşunun en önemli sebeplerinden biri Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının, hem taraflar hem de hâkimlerce tercih edilmesidir. Özellikle, yargılamaların sürüncemede kalması ve yargılama masraflarının pahalı oluşu Amerikan hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına olan talebi arttırarak³⁷¹, uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri yerine alternatif yollarla çözümü sağlanmakta ve bu durum duruşma sayısını da etkilemektedir. Devlet yargılamasından ziyade Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının tercih edilmesi ve bu doğrultuda davaların devlet mahkemesinde ya hiç açılmaması yahut açılrsa bile duruşma aşamasına gelinmeden alternatif hukuki yollarla uyuşmazlığın çözüldüğü gözlemlenmektedir³⁷². Anglo-Amerikan hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının davalara göre daha kısa sürmesi ve daha az maliyetli oluşu gibi temel sebeplerden ötürü taraflarca tercih edilmektedir. Bunun yanı sıra bu alternatif yollar davaları önlemeleri ve dava sayısının azalması sebepleriyle hâkimlerce de desteklenmektedir³⁷³. Bu konuda hâkimler tarafların anlaşmalarına yönelik öneriler ve duruşma öncesi toplantılar düzenlemektedirler.

Dünyadaki sosyo-ekonomik ve teknolojik gelişmeler doğal olarak davaların da karmaşık bir niteliğe sahip olmasına neden olmuştur. Özellikle bilim ve teknolojiadaki değişim ve gelişmeler doğrultusunda uyuşmazlık konusu olan meseleler de çoğu

³⁷⁰ **Robert P. Burns**, What Will We Lose If the Trial Vanishes? Northwestern University School of Law, Faculty Working Papers, s. 11-16, <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=facultyworkingpapers> (Çevrimiçi 08.07.2015); **Hadfield**, s. 706 vd.

³⁷¹ **Irving R. Kaufman**, Reform for a System in Crisis: Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts, Fordham Law Review, vol. 59, 1990, s. 9 vd; **Kim Dayton**, The Myth of Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts, Iowa Law Review, vol. 76, 1991, s. 914; **Peckham**, A Judicial Response to the Cost of Litigation, s. 253.

³⁷² **Thomas J. Stipanowich**, ADR and the Vanishing Trial: The Growth and Impact of Alternative Dispute Resolution, Journal of Empirical Legal Studies, vol. 1/3, 2004, s. 844 vd.

³⁷³ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 135.

zaman hâkimin bilgi ve tecrübesinin üzerinde bilgi ve uzmanlık gerektirmektedir. Bu doğrultuda taraflar çoğunlukla bilirkişilerden faydalanarak bu eksikliği gidermektedirler. Böylelikle dava duruşma aşamasına ulaşmadan, bilirkişi raporları ile şekillenmekte ve taraflar da uyuşmazlıktaki haklılık durumlarını daha net görebilmekte ve bu doğrultuda anlaşma yolunu tercih edebilmektedir.

Mülga müşterek hukuk kurallarına göre dilekçelerde vakıalar sadeleştirilerek tek bir vakıaya indirgenmekteydi. Dilekçelerin zamanla “liberalleşmesi” ile artık dilekçelerde tek bir vakıa ileri sürülmemekte, bu da discovery kapsamında gerçekleştirilen usullerin sayısını arttırmaktadır. Sonuç olarak discovery usulünün de kapsamlı bir usul olmasıyla duruşma aşamasına varan uyuşmazlık sayısı da bağlantılı olarak artmaktadır. Vakıaları sadeleştiren sistemin terkedilmesi ve kapsamlı dava malzemesi araştırma ve toplama usulleri duruşmaların da daha kapsamlı ve karmaşık bir hal almasına neden olmaktadır. Son dönemde, özellikle hâkimlerin de duruşma öncesi aşamaya yoğunlaşarak duruşma aşamasında daha pasif bir tavır takınmaları gözlemlenmektedir. İşte bu olumsuz tablo, tarafların ve hâkimlerin duruşma aşamasından önce uyuşmazlığın halledilmesi yönünde bir eğilime sahip olmasını tetiklemektedir.

1962 yılında federal bölge hâkimleri yılda ortalama otuz dokuz duruşma³⁷⁴ (*trial*) yürütürken, bu sayı 2002’de on üç olmuştur³⁷⁵. Duruşma sayısının azalmasının sebeplerinden biri hâkimlerin eski dönemlere nazaran daha az sayıda duruşmayı yürütebilmesindendir. Çünkü günümüzde duruşmalar eski dönemlere göre daha uzun sürmektedir. Ayrıca, açılan dava sayısı her geçen gün artmaktadır. Örneğin 1962 ile 2002 yılları arasında hâkim başına düşen hukuk davası sayısı iki kattan daha fazla artmıştır³⁷⁶. Hâkim başına düşen dava sayısı her geçen gün arttığından, duruşma aşamasına ulaşabilen dava sayısı bu doğrultuda azalmaktadır. Hâkimlerin eskisi kadar

³⁷⁴ Anglo-Amerikan hukukunda duruşma denildiği zaman “*trial*” kelimesinin karşılığı olarak hâkimin tahkikatı gerçekleştirdiği ve Kıta Avrupası hukukundaki duruşma anlayışından farklı olarak, kesintisiz ve tek bir duruşma anlaşılmalıdır. Her ne kadar günümüzde duruşmaların kapsamlı oluşu sebebiyle tek bir duruşmadan daha fazla duruşma gerekse de, Anglo-Amerikan hukukundaki duruşmaları mümkün olduğu kadar duruşmalar arasında çok fazla zaman bulunmayan, mümkün olduğunca kesintisiz ve hâkimin (ve jürinin) karar verdiği teatrel yargılamalar olarak tezahür etmek doğru olacaktır.

³⁷⁵ **Galanter**, s. 521, şema 33 (belirlenen duruşma sayısı hem ceza hem de hukuk davalarını kapsamaktadır).

³⁷⁶ **Galanter**, s. 501, şema 29, 1962 yılında hâkim başına düşen dava sayısı 196 hukuk davası iken; 2002 yılında bu sayı 443 olmuştur..

duruşma yürütememesinin bir diğer sebebi de yargılamaya eklenen duruşma öncesi aşama olarak gösterilmektedir. Hâkimler duruşma öncesi bu aşamaya önemli oranda bir süre ayırmalarından dolayı duruşma aşamasına ulaşmaları daha geç olmaktadır. Yargılama usulündeki değişiklikler neticesinde artık hâkimler duruşma öncesi aşamada discovery uyuşmazlıklarına, duruşma öncesi toplantılarına ve dava yönetimine daha fazla zaman ayırmak durumunda kalmakta ve duruşma aşamasına verilen önem ve bu doğrultuda ayrılan süre de azalmaktadır. Sonuç olarak her ne kadar Amerikan hukukunda hâkimlerin adli yardımcıları bulunsa bile 1937³⁷⁷ yılına göre daha az sayıda duruşma yürütebilmektedirler.

Amerikan hukukunda duruşma sayısını azaltan bir diğer husus da tarafların dava yoluna gitmeden anlaşma yolunu tercih etmesidir³⁷⁸. Özellikle duruşma öncesi aşamanın oluşturulmasıyla birlikte tarafların anlaşma yolunu tercih etmesi daha da artmıştır. Çünkü yargılamaya yeni eklenen bu aşamayla discovery usulünün pahalılığı ve zaman alan bir süreç³⁷⁹ oluşu tarafları dava açmak veya davayı sürdürmek konusunda bir kez daha düşünmeye sevk ederek tarafların anlaşma yolunu tercih etmelerine sebep olmaktadır³⁸⁰. Özellikle de davaların karmaşık, kapsamlı davalar olduğu durumlarda hâkimler, avukatlar ve taraflar üzerinde uyuşmazlığı sonlandırarak bir anlaşmaya varmaları konusunda adeta baskı uygulamaktadırlar³⁸¹.

Duruşmaları azaltan bir unsur olarak duruşmasız yargılama³⁸² “summary

³⁷⁷ FRCP 1938 yılında yürürlüğe girerek Amerikan yargılama usulüne köklü değişiklikler getirmiş ve bu doğrudan hâkimlerin duruşmaları yürütme sürelerini etkilemiştir.

³⁷⁸ Bu doğrultuda Amerikan sulh hâkimliklerinden birinde (*US Magistrate's office*) “Dava açmak insani, anlaşmak ilahidir” cümlesiyle anlaşmanın önemi vurgulanmıştır, **Carrie Menkel-Meadow**, Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem-Solving, *UCLA Law Review*, vol. 31/4, 1983-1984, s. 754.

³⁷⁹ 1963 ile 2002 yılları arasında gerçekleştirilen istatistiğe göre, davaların ortalama görülme süresi 16 aydan 20 aya çıkmıştır.

³⁸⁰ **Judith Resnik**, Mediating Preferences: Litigant Preferences for Process and Judicial Preferences for Settlement, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2002/1, 2002, s. 155 vd.

³⁸¹ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 135. 1985 tarihli bir Amerikan mahkemesi kararında “Taraflar arasında gerçekleşecek kötü bir anlaşma bile, iyi bir duruşma aşamasından daha iyidir” denilerek, duruşma aşamasına gelinmeden taraflarca yapılacak her türlü anlaşmanın daha uygun olduğu vurgulanmıştır, *Warner Communications Sec. Litig.*, 618 F. Supp. 735 (S. D. N. Y 1985), (naklen **Hadfield**, s. 706.)

³⁸² Duruşmasız yargılama gerçekleştirerek jüri yargılama yapılmasından vazgeçilmesi doktrinde bir görüşe göre eleştirilmekte ve Anayasaya aykırı bulunmaktadır. Bu görüşe göre, Amerikan hukukunda duruşmasız yargılamanın Anayasa’ya aykırılığı üç temel prensibin ihlaline neden olmaktadır. İlk olarak, Anglo-Amerikan hukukunda vakıaları taraflar veya jüri belirlemektedir. Hâkim, taraflar veya jüri tarafından gerçekleştirilmesi gereken vakıa belirlenmesi olmadan kendisi bir hükme varamamaktadır.

judgment” uygulamalarının hâkimlerce yoğun şekilde uygulanmasını gösterebiliriz³⁸³. Duruşmasız yargılama, hâkimin duruşma yapmadan dava hakkında bir hükme varmasını sağlayan bir usuldür³⁸⁴. Bu sayede hâkimler dava iş yüklerini azaltmaktadırlar. İngiliz hukukundaki usulden farklı olarak Amerikan hukukunda hâkim duruşmasız yargılamaya re’sen karar verememektedir. Federal Medeni Usul Kuralları’nın 56. maddesi uyarınca taraflardan birinin talebi üzerine hâkim duruşmasız yargılamaya hükmedebilecektir. Buna göre 56. maddenin (c)(1). bendinde taraflardan birinin gerçek anlamda bir uyuşmazlığın bulunmadığını ileri sürmesi ve bu iddiasını temellendirmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu doğrultuda dava dosyası (bu kapsamda yeminli ifadeler, belgeler, elektronik bilgiler, bildirimler, taahhütler ve sorgulara verilen cevaplar) dikkate alındığında gerçek bir uyuşmazlık bulunmadığı ortaya çıkıyorsa yahut da diğer taraf iddia ettiği vakıaları ispatlayabilecek delil ileri süremiyorsa duruşmasız yargılama usulüne başvurulabilecektir (FRCP Rule 56 (c)(A) ve (B)). Böylece aksi yerel kanunlarca belirtilmedikçe veya hâkim emretmedikçe, discovery aşamasının sona ermesinden itibaren 30 gün içinde taraflardan her biri duruşmasız yargılama talebinde bulunabilecektir (FRCP Rule 56(b)).

3- Ara Değerlendirme

Amerikan yargılama usulünde gerçekleştirilen değişiklikler sonucunda yargılama içinde büyük bir öneme sahip olan duruşma aşaması eski önemini yitirmiştir. Artık duruşma öncesi aşama hâkimin daha yoğun şekilde vaktini ayırdığı ve uyuşmazlığın hallinde önemi olan aşama haline gelmiştir. Bu aşamada discovery usulü dava malzemesinin toplanması konusunda esas metod haline gelmiştir. Böylece

İkinci olarak, hâkim ancak jüri duruşmasından sonra delillerin yeterli olup olmadığını belirleyebilecektir. Eğer hâkim delillerin yetersiz olduğu görüşündeyse bu durumda sadece yeni bir duruşma yapılmasına hükmedebilecektir. Hâkim hiçbir zaman başvuran tarafın talebiyle delillerin yeterliliğinin incelenmesine karar veremeyecektir. Üçüncü olarak ise, bir davanın ispatı için yeterli delil bulunmadığına ancak jüri karar verebilecektir. Dolayısıyla bu görüşe göre duruşmasız yargılama yukarıda kısaca açıklanan ilkelere aykırı görülerek Anayasa’ya aykırı bir usul olarak iddia edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Suja A. Thomas**, Why Summary Judgment is Unconstitutional, Virginia Law Review, vol. 93/1, 2007, s. 139-80.

³⁸³ **Stephen B. Burbank**, Vanishing Trials and Summary Judgment in Federal Civil Cases: Drifting Toward Bethlehem or Gomorrah?, Journal of Empirical Legal Studies, vol. 1, issue 3, 2004, s. 592 vd.; **Milton I. Shadur**, Trials or Tribulations (Rule 56 Style)?, Litigation, vol. 29, issue 2, 2003, s. 5.

³⁸⁴ **Gerald Paul McAlinn / Dan Rosen / John P. Stern**, An Introduction to American Law, Carolina Academic Press, Second Edition, Durham, North Carolina 2010, s. 162.

dava malzemesinin toplanmasına ilişkin usuller duruşma aşaması yerine discovery aşamasına taşınırken; dava malzemesinin toplanmasına ilişkin usuller mahkeme yerine avukatların ofislerindeki yerini almıştır. Eskiden tanıklar ilk olarak mahkemede dinlenirken, artık tanıklar avukat ofislerinde yeminli ifadelerini vererek tanıklık yapmaktadırlar ve çoğunlukla da bu ifadeler mahkemede tekrar bir incelemeye tabi tutulmamaktadır³⁸⁵.

Amerikan hukukundaki bu köklü değişiklikler neticesinde dava malzemesinin toplanması usulü kapsamlı bir araştırmaya ve fakat minimum mahkeme müdahalesini bünyesinde barındıran yeni bir sisteme dönüşmüştür³⁸⁶.

Sonuç olarak çok az sayıda dava duruşma aşamasına gelebilmekte ve dolayısıyla çoğu zaman da bir üst mahkemeye başvuru söz konusu olmamaktadır. Üst mahkeme incelemesinden kurtulan bu ön duruşma aşamasında hâkimlerin önemli ölçüde takdir haklarını kullandıkları ara kararları da söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla dava malzemesinin toplanmasına ilişkin uygulamaların büyük çoğunluğu üst mahkeme denetiminden mahrum kalmış olmaktadır. Böylelikle dava malzemesinin toplanması süreci denetimden uzak bir şekilde avukatların ellerine bırakılmakta ve ancak hâkimin dava malzemesi toplanmasına ilişkin usullere müdahil olduğu hallerde kamusal bir nitelik kazanmaktadır. Bu sebeplerden ötürü dava malzemesinin toplanması sürecinin adeta “özelleştirildiği” ileri sürülmektedir³⁸⁷.

§3 ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA DISCOVERY/DISCLOSURE

MÜESSESESİ ÇERÇEVESİNDE BİLGİYE ERİŞİM, DELİLLER VE

HÂKİMİN ROLÜ

Anglo-Amerikan hukukunda uyuşmazlığa ilişkin vakıaların getirilmesi ve delillerin toplanması discovery/disclosure müessesesi çatısı altında duruşma öncesi aşamada gerçekleşmektedir³⁸⁸. Hem Amerikan hem de İngiliz hukuklarında mevcut

³⁸⁵ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 136.

³⁸⁶ Yeazell, The Misunderstood Consequences of Modern Civil Process, s. 667.

³⁸⁷ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 136.

³⁸⁸ Pejovic, s. 831.

hukuka göre disclosure terimi kullanılmaktadır. Discovery kavramı ise, bu kurumun değişikliğe uğramadan önce kullanılan adıdır. Aslında hem discovery hem de disclosure dava malzemelerinin araştırılması, ortaya çıkarılması, ifşası anlamına gelmektedir. Yani bu kavramlar, kelime anlamları arasında temel bir farklılık bulunmayan eş anlamlı sözcüklerdir. Anglo-Amerikan hukukunda böyle bir terim değişikliği yoluna gidilmesinin arkasında yatan temel sebep, bu kurumun değişikliğe uğradığını göstermekten ibarettir.

Aşağıda öncelikle İngiliz hukukunda, sonrasında Amerikan hukukunda discovery'den disclosure'a geçiş aşaması ve farklılıkları belirtilmekle birlikte, disclosure kurumunun her yönüyle ayrıntılı bir incelemesi yapılmayacaktır. Çalışma konumuz çerçevesinde disclosure kurumu hâkimin rolü bakımından incelenecektir.

I- İngiliz Hukukunda Disclosure³⁸⁹ Müessesesi

İngiliz Hukukunda kısaca tarafların uyuşmazlığa ilişkin belgelerini³⁹⁰ birbirlerine iletmeleri, ifşa olarak Türkçeleştirebileceğimiz disclosure müessesesi aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Disclosure, 1999 yılında yürürlüğe giren Medeni Usul Kuralları'nın 31. maddesinde ve bu maddenin eki olan 31A ve 31B no'lu Uygulama Yönergesinde (*Practice Direction-PD*) ayrıntılı olarak düzenlenmektedir.

Medeni Usul Kuralları'nın 31.1.2 maddesine göre disclosure usulü sadece seri yargılama (*fast track*) ve çok yönlü (*multi-track*) yargılama usullerinde uygulanabilmekte, küçük taleplere ilişkin yargılama usullerinde³⁹¹ (*small claim*) uygulanmamaktadır.

Disclosure usulü aslında 1999 tarihli Medeni Usul Kuralları'nın kabul

³⁸⁹ Çalışma boyunca kelimenin öz anlamını kaybetmemesi amacıyla İngilizce kelime anlamı olan disclosure (ve gereken yerlerde discovery) kullanılacaktır. Türk doktrininde de bu kavramın Türkçe karşılığı tam anlamıyla bulunamadığından Türkçe eserlerde de bu kavram discovery ve disclosure olarak kullanılmaktadır. Bu sebeplerden ötürü bu kelimeleri yabancı sözcükleri belirtirken kullandığımız yatay (*italic*) yazı şekli ile yazmamayı çalışma boyunca uygun görmekteyiz.

³⁹⁰ İngiliz hukukunda belge, CPR Rule 31.4'te bilginin herhangi bir şekilde kayıtlı hali olarak tanımlanmaktadır.

³⁹¹ Çalışma konumuz kapsamında sınırlı olarak belirtirsek, disclosure usulünün yanı sıra, ihtiyati tedbirler (CPR Part 25), ispata ilişkin hükümler (Hâkimin delilleri denetleme yetkisi haricindeki hükümler uygulanmamaktadır, bilirkişi delili uygulanmamaktadır) ve hâkimin davayı aydınlatmak üzere ek bilgi talebi küçük taleplere ilişkin yargılama usulünde uygulanmamaktadır, **Andrews**, *Fundamentals of the New Civil Justice System*, s. 529.

edilmesinden önce de uygulanmaktaydı. Fakat bu uygulamanın temeli *Compagnie Financiere v. Peruvian Guano*³⁹² davasıyla oluşmuş içtihattan kaynağını almakta ve uygulama adı olarak da discovery kullanılmakta idi³⁹³. Böylece Medeni Usul Kuralları ile gerçekleşen ilk esaslı değişiklik bu usulün adının discovery'den disclosure'a değişimi olmuştur. Aslında bu isim değişikliği köklü bir değişikliğin temsilcisi niteliğinde olsa da, bu iki kelime belgeye dayanan dava malzemelerinin ifşası (*documentary disclosure*) anlamına gelen eş anlamlı sözcüklerdir. Bu kelimeler arasındaki ince bir fark olarak disclosure kavramının usuli çerçevede daha genel bir anlam ifade etmesi gösterilebilir³⁹⁴. Disclosure usulü, kapsamında bir sıra yöntem barındırmaktadır. Bu yöntemler sayesinde de taraflar veya muhtemel taraflar belge, bilgi veya diğer şeylere erişme hakkı sağlamış olurlar³⁹⁵. Bu belge, bilgi ve şeylere, davanın diğer tarafından, muhtemel diğer taraftan ve hatta taraf olmayan üçüncü kişiler aracılığıyla erişim sağlanmakta veya bu kişilere erişim imkanı sağlanmaktadır.

Medeni Usul Kuralları'nın hazırlık aşamasında kanunun en çok eleştiri alan sorunu discovery usulüne çok fazla zaman ve para harcanmasıydı. Bu doğrultuda Medeni Usul Kuralları ile öncelikle disclosure'a tabi olacak belgelerin sayısı azaltıldı ve böylece çok sayıda gereksiz belgenin yargılamaya dahil olması engellenmiş oldu³⁹⁶. Disclosure usulüne tabi olabilecek belgeler şunlardır: 1- Ön duruşma protokolü (*pre-trial protocols*) (PD 1.4); 2- Dava dilekçesi³⁹⁷ (*statement of case*); 3-Tanık ifadeleri (*witness statements*) (CPR Rule 32.4), 4- Bilirkişi raporları (CPR Rule35.13); 5- İddiada bulunan kimsenin fiziksel muayenesi³⁹⁸ veya akli durumunun incelenmesi³⁹⁹

³⁹² *Compagnie Financiere v. Peruvian Guano* [1882] 11 QBD 55 at 63.

³⁹³ **Charles Hollander**, *Documentary Evidence*, Sweet and Maxwell, Eleventh edition, London 2012, s. 131.

³⁹⁴ **Andrews**, *Fundamentals of the New Civil Justice System*, s. 595.

³⁹⁵ **Andrews**, *Fundamentals of the New Civil Justice System*, s. 595.

³⁹⁶ **Hollander**, s. 131.

³⁹⁷ Dava dilekçesinin amacı uyuşmazlık konusu vakıaların belirlenerek davanın diğer tarafına adil bir bildirim yapmaktır. Dava dilekçesinin delil olarak disclosure usulünde incelenmesine ilişkin örnek bir karar: *Barclays Bank plc v. Boulter* [1999] 4 All ER 513, 517, HL, Lord Hoffman, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991021/barc.htm> (Çevrimiçi 02.03.2015).

³⁹⁸ *Edmeades v. Thames Board Mills* [1969] 2 QB 67, CA.

³⁹⁹ *Biguzzi v. Rank Leisure plc* [1999] 1 WLR 1926, CA.

veya kan örneği⁴⁰⁰ alınmasına ilişkin belgeler; 5-Sorgu tutanakları (*interrogatories*⁴⁰¹), (CPR Part 18); 6- Yabancı mahkemeden gönderilmiş istinabe talepnameşi⁴⁰² (*letter of request*); 7- Dondurma tedbirleri (*freezing injunctions*)⁴⁰³ kapsamında disclosure emri; 8- Arama kararları (*search orders*)⁴⁰⁴; 9- Mülkün incelenmesi, denetlenmesi (CPR Rule 25.5); 10- Duruşmada sunulacak hukuki argümanların özeti, “iskelet argümanlar”⁴⁰⁵; 11- Görülmekte olan İngiliz davasında yabancı discovery/disclosure usulleriyle elde edilmiş belge ve bilgiler⁴⁰⁶.

Discovery’den farklı olarak disclosure kurumu otomatik işleyen bir usule sahip değildir. Bu noktada discovery usulünden disclosure usulüne geçişte gerçekleştirilen en önemli yeniliklerden birinin bu olduğunu söylemek gerekecektir. Disclosure usulü için hâkim emri gerekmektedir. Böylece yeni hükümlerle hâkim adeta bir terzi gibi

⁴⁰⁰ **Andrews**, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 596.

⁴⁰¹ Yeni kanunla birlikte önceden *interrogatories* olarak anılan usul, *further information*; yani ek bilgi olarak adlandırılmaktadır. Buna göre hâkim yargılamanın herhangi bir aşamasında taraflardan davada uyumsuzluk içinde olan meseleleri aydınlatmasını veya bu sorunlu meseleye ilişkin ek bilgi vermesini isteyebilmektedir (CPR Rule 18.1).

⁴⁰² *First American Corp v. Zayed* [1999] 1 WLR 1154, CA.

⁴⁰³ 1998 tarihli Medeni Usul Kuralları ile yasalaştırılmadan önce Mareva kararları olarak anılan, usul kanunundaki düzenlemesiyle “dondurma tedbirleri” adını alan (CPR Rule 25.1(1)(f)), Türk hukukundaki ihtiyati hacze benzetilen bu usulün temeli 1975 tarihli iki önemli içtihadı dayanmaktadır: *Mareva Compania Naviera SA v. International Bulkcarriers SA* [1975] 2 Lloyd’s Rep. 509 (CA) ve *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis* [1975] 1 WLR 1093 (CA). Yeni adıyla dondurma tedbirleri, davalının malvarlığı üzerindeki tasarruf haklarını nihai karar verilinceye kadar kaldırır ve çoğunlukla bu tedbir kararıyla birlikte davalının malvarlığına ilişkin bilgi ve belgeleri açıklamasına karar verilmektedir, **William Wang**, International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief, Brooklyn Journal of International Law, vol. 28, 2002-2003, s. 1088. Dondurma tedbirleri için ayrıntılı bilgi için bkz. **Steven Gee**, Gee on Commercial Injunctions, Sweet & Maxwell, Fifth Edition, 2006; **R. Ough / W. Flenley**, The Mareva Injunction and the Anton Piller Order, Butterworths Law, Second Edition, London 1993.

⁴⁰⁴ 1998 yılında Medeni Usul Kanunu’nun kabulünden önce Anthon Piller kararları olarak anılmaktadır. Kanunda “*search order*”; yani arama kararı-emri olarak adlandırılmıştır (CPR Rule 25.1(1)(h)). Bu kararlar ilgiliye bildirilmeden uygulanmakta ve davalının malvarlığının soruşturulması ve kanuna aykırı gerçekleştirildiği iddia edilen iş veya işleme ilişkin delillerin bulunduğu yerden alınması veya korunması sağlanmaktadır, **Andrews**, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 453. Ayrıca belirtmek gerekir ki, tıpkı Mareva tedbirlerinde olduğu gibi Anton Piller emri de adını içtihattan almıştır, *Anton Piller K. G. v. Manufacturing Processes Ltd.* [1976] Ch. 55 (C.A.). Kısaca bu emir taraflara ve taraf bilirkişilerine yargılamadan önce veya yargılama sırasında delil elde edilmesini sağlamaktadır, **C. N. Ngwasiri**, Pre-trial Civil Proceedings in England and France: A Comparative Study, Civil Justice Quarterly, issue 10 (Oct), 1991, s. 303. Ayrıntılı bilgi için bkz. **David Fletcher Rogers**, Pre-Action Discovery, Sweet and Maxwell, London 1991, s. 50-66.

⁴⁰⁵ Chancery Guide, 7.20 vd.; Queen’s Bench Guide, 7.11.11 vd.; Commercial Court Guide, 23.4.5. ve 23.4.6.

⁴⁰⁶ *South Carolina Insurance Co v. Assurantie Maatschappij NV* [1987] AC 24, HL; karşılaştı *Bankers Trust International plc v. PT Dharmala Sakti Sejahtera* [1996] CLC 518 (QB).

somut davaya uygun olarak disclosure usulünü emretmektedir. Kalıplaşmış genel geçer hükümler her davada otomatikman uygulanmadığından bu doğrultuda hâkimin rolü de önemli ölçüde artmıştır. Kısaca disclosure usulünün gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğine ve nasıl bir gidişat izleneceğine dava yönetimi toplantısında (*case management conference*) hâkim karar verecektir (PD 31.5).

Disclosure kurumuna ilişkin Medeni Usul Kuralları çerçevesinde yapılan değişiklik ve gerçekleştirilen bu değişimin önemine *Nichia v. Argos*⁴⁰⁷ davasında vurgu yapılmıştır. Bu kararda makul ölçüde bir vakıa ve delil araştırmasının gerekliliğine dikkat çekilerek, belge ifşa edecek tarafın ilgili belgenin kendi davasını veya hasmının iddia veya savunmalarını etkileyebilecek nitelikte olması gerektiğinin altı çizilmiştir. Yargılamanın seyrini etkilemeyecek gereksiz belgelerin disclosure usulüyle yargılamayı olumsuz etkilediği belirtilmiştir. Böylelikle yeni usul kurallarıyla yeniden şekillenen eski discovery, yeni disclosure hükümleriyle elde edilebilecek her türlü bilgiye ulaşma mantığından, dava için gerekli ve yargılamanın seyrini etkileyecek belgelere doğru bir geçişin sağlanmaya çalışıldığını görmekteyiz. Bu doğrultuda yeni kanunla birlikte hâkimin disclosure usulüyle edinilecek belgeler konusundaki takdirinin yargılamanın seyri açısından ne kadar önemli olduğu da ortaya çıkmaktadır.

Disclosure müessesesinin üç temel amacı bulunmaktadır⁴⁰⁸: 1- Davaya ilişkin her türlü bilgiye eşit şekilde erişimin sağlanması⁴⁰⁹, 2- Uyuşmazlıkların çözümlenmesini kolaylaştırma ve 3-Tarafların esas duruşmada bir sürpriz delille karşılaşmalarının önlenerek duruşma tuzağı olarak adlandırılan (*trial by ambush*) usulden olumsuz etkilenmemelerini sağlamak olarak gösterilmektedir. Böylelikle son dönem disclosure usulünün İngiliz yargılama usulünün temel felsefesini yansıttığı gözlemlenebilmektedir. Buna göre tarafların yargılamada Andrews'un belirttiği üzere tüm kartlarını açtığı "*cards on the table*", taktiksel gizlilikten uzak, birbirlerinin zayıf ve güçlü noktalarını gördüğü, uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak yargılamanın

⁴⁰⁷ *Nichia Corp v. Argos* [2007] EWCA Civ. 741; aynı doğrultuda bir başka karar örneği olarak *Hospira Inc v. Amgen Inc* [2010] EWHC 176.

⁴⁰⁸ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1347.

⁴⁰⁹ Burada silahların eşitliği ilkesine dikkat çekilmektedir. Başlıca hedeflerde de tarafların usuli açıdan eşitliği korunmaktadır (CPR Rule 1.1(2)(a))

erken bir evresinde ortak noktada buluşabilmek için gerçekçi tartışmaların yapıldığı bir usul öngörülmektedir⁴¹⁰.

Medeni Usul Kanunu’nun 31.2 maddesinde disclosure, tarafın bir belgenin halihazırda veya daha önce var olduğunu kabul etmesi olarak tanımlanmaktadır. Disclosure kararı mahkeme tarafından verilmekte, mahkeme duruma göre ifşayı daraltabilmekte veya hiç gerek görmeyebilmektedir. Taraflar da yazılı anlaşma ile daraltma veya kaldırma yoluna gidebilirler. Kanun, iki tür disclosure türü öngörmektedir: 1-Standart ve 2- Özel Disclosure.

İngiliz Usul Kanunu’nun 31.5 maddesine göre, hâkim aksini belirtmedikçe standart disclosure türü uygulanacaktır. Standart disclosure usulünde taraflar sadece kendi dayandıkları belgeleri, kendi veya karşı taraf aleyhine olan ya da karşı tarafın iddiasını destekleyen belgeleri ve uygulama yönergelerinde belirtilebilecek diğer belgeleri sunmak zorundadırlar.

Özel (*specific*) disclosure türünde ise disclosure usulüne başvuran taraf standart disclosure usulündeki sınırlandırmalara tabi olmadan⁴¹¹, standart disclosure usulünün yeterliliğinin ele alınmasını ileri sürmektedir (CPR Rule 31.12). Buna göre eğer taraflardan biri yargılamada bir belgeye dayanmış ve fakat hala davanın diğer tarafına ilgili belge açıklanmamışsa, bu durumda kendisine ilgili belge ifşa edilmeyen taraf mahkemeye başvurarak özel disclosure usulünün uygulanmasını talep edebilmektedir⁴¹² (CPR Rule 31.12).

Dilekçelerin teatisinden sonra, tarafların disclosure kapsamında mahkemeye sunacakları bilgi ve belgelere ilişkin “disclosure raporu⁴¹³”nu (*disclosure report*) teslimlerinden sonra ilk dava yönetimi toplantısı gerçekleştirilecektir. Disclosure raporunun mahkemeye sunulmasından sonra, ilk dava yönetimi toplantısından en az

⁴¹⁰ **Andrews**, *Fundamentals of the New Civil Justice System*, s. 599. Tarafların birbirlerine karşı adil bir şekilde açık oluşuna ilişkin prensip *Naylor v. Preston Area Health Authority* [1987] 1 WLR 958, 967-968, CA kararında açıkça vurgulanmıştır.

⁴¹¹ *Favor Easy Management Ltd v. Wu*, [2010] EWCA Civ. 1630, [2011] 1 WLR 1803, at [20]. Bu içtihat *Thorpe v. Chief Constable of Greater Manchester* [1989] 1 WLR 665 at 668’de tekrar edilmiştir.

⁴¹² [2010] EWCA Civ. 1630, [2011] 1 WLR 1803, at [26].

⁴¹³ Davanın tarafları Medeni Usul Kuralları’nın 31.5(3). maddesi uyarınca ilk dava yönetimi toplantısından en az on dört gün öncesine kadar disclosure raporunu mahkemeye sunmak zorundadır. Disclosure raporu yukarıda bölüm 2, §1 II B 3 (aaa)’da açıklanmıştır.

yedi gün öncesinde, taraflar buluşarak veya telefonda görüşerek, başlıca hedefler doğrultusunda oluşturacakları disclosure önerisi (*proposal for disclosure*) hakkında müzakere ederek anlaşmaya varırlar. Tarafların üzerinde anlaştıkları, mahkemeye ve diğer tarafa sunacakları bilgi ve belgeler hakkındaki öneri mahkemede kayda geçirilmelidir. Medeni Usul Kuralları'nın 31.5(6). maddesine göre, hâkim eğer tarafların kendi aralarında anlaştıkları disclosure teklifini uygun görürse, bunun için herhangi bir duruşma yapılmasına gerek olmadan, disclosure usulüne tabi olacak bilgi ve belgeleri onaylar ve tarafların yerine getirecekleri bu disclosure yükümlülüğü hakkında talimatlarda, yönlendirmelerde bulunur.

Sonrasında, eğer taraflar Medeni Usul Kuralları'nın 31.5(6). maddesine uygun olarak hâkim tarafından onaylanan (duruşma yapılmaksızın) disclosure önerileri doğrultusundaki talimat ve yönlendirmeleri, gereğince yerine getirmezlerse, bu durumda hâkim ilk veya takip eden dava yönetimi toplantısında disclosure yükümlülüğüne ilişkin uygun talimatlara hükmeder. Hâkim bu talimatlara, başlıca hedefleri, uygun bütçe masraflarını ve yargılamanın adil bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli olan sınırları dikkate alarak karar verir (CPR Rule 31.5(7)).

Bu doğrultuda hâkim taraflarla doğrudan bağlantılı olmasa bile, uyuşmazlığa ilişkin bağlantılı belgelerin elde edilmesini sağlayacak bilgiler ihtiva eden belgelerin ifşa edilmesini de talep edebilmektedir (CPR Rule 31.5(7)(f))⁴¹⁴. İngiliz doktrininde hâkimin geniş takdir hakkının söz konusu olduğu bu usule “deponun anahtarı emri” (*key of the warehouse order*) de denilmektedir⁴¹⁵. Bu şekilde bir adlandırma yapılmasının sebebi, aslında esas olarak anahtarın (deponun) uyuşmazlıkla doğrudan veya dolaylı olarak bir bağlantısı bulunmasa da, davayla ve taraflarla alakalı dava malzemelerini ihtiva edebilmesidir. Hâkimin bu tarz talepleri nadir olarak söz konusu olmakla beraber, hiç bilinmeyen veya uygulanmayan bir usul de değildir⁴¹⁶. Hâkim tarafından bu taleplerin hükmedilmesinin nadir olmasının sebebi, masrafları arttırması ve böyle bir talebin yapılmasının orantılılık bakımından temellendirilmesinin zor olmasıdır⁴¹⁷. Sonuç olarak, Medeni Usul Kuralları'nın 31.5(7)(f) maddesine göre

⁴¹⁴ *Compagnie Financière et Commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano Co.* (1882) 11 QBD 55.

⁴¹⁵ *Sime*, s. 342.

⁴¹⁶ *Commissioners of Inland Revenue v. Exeter City AFC Ltd.* (2004) LTL 12/5/04.

⁴¹⁷ *Sime*, s. 342.

hâkim uygun bulduğu her türlü dava malzemesinin ifşa edilmesine hükmedebilecektir. Hâkimin bu talebiyle taraflar, imtiyaza sahip belgeleri hariç olmak üzere, talep edilen tüm dava malzemelerini mahkemeye teslim etmekle ve diğer tarafa da bu dava malzemelerinden yararlanma imkanı sağlamakla yükümlü olmaktadırlar⁴¹⁸.

Medeni Usul Kuralları'nın 31.5(8). maddesi gereğince hâkim, disclosure usulünün nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin yönlendirmelerde bulunabilecektir. Buna göre (a) Yapılacak araştırmaların neler olduğu, hangi bilgiye ulaşmak için olduğu, hangi zaman aralıklarına ilişkin bir araştırma olacağı, kimin tarafından gerçekleştirileceği ve elektronik olarak kaydedilmiş belgelerin araştırılmasının kapsamı; (b) İfşa edilecek belgelerin tamamına ilişkin bir liste oluşturulmasının gerekip gerekmediği; (c) Disclosure beyanının nasıl ve ne zaman verileceği; (d) Daha önce var olup da, bir sebeple artık var olmayan belgelere yönelik olarak ne yapılması gerektiği; (f) Disclosure usulünün aşamalar halinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği konusunda hâkim yönlendirmelerde bulunabilecektir.

Disclosure usulünde her ne kadar hâkime aktif bir rol verilmiş olsa da hâkime tanınan bu yetkinin sınırları önem arz etmektedir. Örneğin, *Punjab National Bank v. Jain*⁴¹⁹ davasında yargılama için önem taşıyan belgelerin ifşa edilmediği görülmüş ve bu sebeple de duruşma ertelenmek zorunda kalmıştır. Davalılar, davacıların kaybettiği veya imha ettiği her bir belgeyi numaralandırarak, bu belgelere ne olduğuna ilişkin açıklama yapmalarını mahkemeden talep etmişlerdir. İstinaf mahkemesi hâkimin bu tarz bir emir verebileceğini belirtmekle birlikte, bu tarz bir emrin sınırlarının bu ölçüde geniş olmasını orantısız bulmuştur.

Taraflardan biri yargılamada kullanmak üzere ifşası istenen belgeyi ifşa etmemiş veya ilgili belgenin incelenmesine izin vermemişse bu belgeyi artık yargılamada kullanamayacaktır. Bunun tek istisnası bu belgenin kullanılabileceğine ilişkin hâkimin onay vermesi halidir (CPR Rule 31.21). Türk hukukunda ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 140/5. maddesine göre taraflar dilekçelerinde gösterdikleri delillerini, dilekçeleriyle birlikte mahkemeye sunmamışlarsa ya da başka yerden getirtilecek delillerle ilgili olarak gereken açıklamalarda bulunmamışlarsa, bu hususun mutlaka ön

⁴¹⁸ **Sime**, s. 342.

⁴¹⁹ *Punjab National Bank v. Jain* [2004] EWCA Civ. 589.

inceleme aşamasında tespit edilmesi ve taraflara bu eksikliği tamamlayabilmeleri için iki haftalık kesin bir süre verilmesi gerekir. Bu mühlete rağmen delil gösterilmesindeki eksiklikler tamamlanmamışsa, söz konusu tarafın o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılmasına mahkemece karar verilir.

Medeni Usul Kuralları'nın 31.11. maddesine göre disclosure yükümlülüğü yargılama sona erene kadar devam etmektedir. Bu kural kabul edilmeden önce de istinaf mahkemesi tarafından uygulamada bu yönde kararlar verilmekle beraber, disclosure yükümlülüğünün ancak duruşma aşamasında delillerin kabulünün sona erdiği ana kadar devam edebileceğini ileri süren görüşler de mevcuttu⁴²⁰. Medeni Usul Kuralları bu konuda net bir hüküm getirerek tartışmalara son vermiştir. Böylelikle Medeni Usul Kuralları disclosure usulünü yargılamanın her aşamasında mümkün kılarak, uygulama alanını genişletmiştir⁴²¹.

A- Dava Öncesi Disclosure Usulü (*Pre-Action Disclosure*)

1- Dava Öncesi Disclosure Usulü

İngiliz Medeni Usul Kuralları'nın 31.16 (3) maddesine göre, daha henüz dava açılmadan önce, muhtemel davacı muhtemel davalıya karşı elinde bulunan belgeleri ortaya çıkarması için mahkemeye başvurarak disclosure usulünün uygulanması talebinde bulunabilmektedir. İngiliz Medeni Usul Kuralları'nın 31.16. maddesi, hukukumuzdaki delil tespitine benzer bir uygulama getirmektedir. Buna göre, tarafların yakın gelecekteki bir davanın muhtemel tarafları olmaları, bir tarafın mahkemeye talepte bulunması ve talep ettiği belge veya belge gruplarına neden ihtiyacı olduğu yönünde delil sunması halinde mahkeme, yargılama öncesi ifşaya hükmedebilmektedir. Dava öncesi disclosure usulüyle muhtemel davacıların dava açıp açmamaya karar vermelerini ve dava açacaklarsa hangi dava tipiyle nasıl bir yol çizeceklerini görmeleri sağlanmaktadır⁴²². Böylece muhtemel davacı kazanamayacağı bir davayı açarak gereksiz dava masrafı ve avukat ücreti vermemiş olmaktadır. Dava öncesi disclosure uygulamasına genellikle fiziksel yaralanmalara ilişkin kaza raporları

⁴²⁰ *Vernon v. Bosley* (no. 2) [1999] QB 18, CA.

⁴²¹ **Andrews**, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 602.

⁴²² **Andrews**, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 614.

veya hastane kayıtlarına ulaşmak amacıyla başvurulmaktadır⁴²³.

Böylece 1998 tarihli Medeni Usul Kuralları ile hâkime dava açılmadan önce muhtemel davalıya karşı disclosure emri verme (*pre-action orders*) yetkisi tanınmış olmaktadır. Bu hükme rağmen *Black v. Sumitomo Corporation*⁴²⁴ davasında istinaf mahkemesi dava öncesi disclosure uygulamasını kastederek, “düzensiz bir uygulamaya” izin verilerek açık deniz balıkçılığı için keşfi (*deep sea fishing expeditions*) reddettiğini belirtmiştir⁴²⁵. Kararda hâkimin dava öncesi disclosure emrini verirken dikkate alması gereken unsurlar sıralanmıştır. Buna göre: 1- Dava öncesi disclosure usulünün ilk masraflarının karşılanması ve bu usulün uygulanması konusunda hâkimi ikna yükünün başvurucuya ait olduğu gözönünde bulundurulmalıdır⁴²⁶; 2- Talep konusu yaralanmanın veya kaybın niteliği; 3- Şikayetçi tarafından ileri sürülen meselenin açıklığı ve ayırt edilmesi; 4- Talep edilen belgelerin niteliği; 5- Dava öncesi soruşturması veya protokolüyle uygunluğu; 6-Başvuranın dava açıp açmayacağı⁴²⁷; 7- Başvuranın yargılamayı başlatmak üzere kararlılığı; 8- Başvuranın dava öncesi disclosure haricinde bir yolla uyuşmazlığa ilişkin belgeye dayanan kaynaklara erişiminin var olup olmadığı; 9- Muhatabı baskıcı taleplere karşı koruma gerekliliği⁴²⁸; 10- Henüz başlamamış davalar için adeta pahalı uydu dava niteliğinde (*satellite litigation*)⁴²⁹ bir usul yaratan dava öncesi disclosure riskinin azaltılması⁴³⁰ gibi hususların hâkim tarafından dikkate alınması gerekmektedir. Kısaca hâkim Anglo-Amerikan hukukunda “*fishing rule*” olarak adlandırılan tarafların ve muhtemel tarafların birbirlerine ait olan her türlü bilgi ve belgeye ulaşarak çoğu zaman gizli, ticari bilgilerine erişilmesinden, yargılamanın çerçevesini genişletmelerine neden olan gevşek ve düzensiz uygulamalardan kaçınılması gerektiğine dikkat çekmektedir. Bu konuda hâkime önemli bir rol verilerek dava önce disclosure

⁴²³ **Andrews**, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 614; **Rogers**, s. 3.

⁴²⁴ *Black v. Sumitomo Corporation* [2002] 1 WLR 1562, CA.

⁴²⁵ *Black v. Sumitomo Corporation* [2002] 1 WLR 1562, CA.

⁴²⁶ *Black v. Sumitomo Corporation* [2002] 1 WLR 1562, CA, at [96].

⁴²⁷ [2002] 1 WLR 1562, CA, at [96], 2., 3., 4., 5., 6. unsurların hepsi için aynı atıf yapılmaktadır.

⁴²⁸ [2002] 1 WLR 1562, CA, at [97], 7., 8., 9. unsurların hepsi için aynı atıf yapılmaktadır.

⁴²⁹ Kavram mecazi anlama sahiptir. Buna göre *satellite litigation*, bir veya daha fazla davanın bir başka mahkemede görülen ayrı fakat başlıca unsurunun ortak olduğu davaları ifade etmektedir, <http://definitions.uslegal.com/s/satellite-litigation/> (Çevrimiçi 17.02.2015).

⁴³⁰ [2002] 1 WLR 1562, CA, at [98].

usulünün idare ve denetimi kendisinden beklenmektedir⁴³¹. Hâkim tarafların yahut muhtemel tarafların dava konusu olabilecek dava malzemesi toplama yarışına girmelerine engel olarak, dava öncesi disclosure usulünün gereğine uygun şekilde ölçülü olarak kullanılmasını sağlamakla yükümlüdür.

2- Dava Öncesi Disclosure Usulü ile Türk Hukukundaki Delil Tespiti İlişkisinin Değerlendirilmesi

Türk hukukunda, dava ve cevap dilekçelerinde gösterilmiş olan delillerin toplanması, belgeler bakımından ön inceleme aşamasında son bulurken, diğer deliller bakımından tahkikat aşamasında sona ermektedir. Ön inceleme ve tahkikat aşamalarına kadar bazı delillerin ortadan kaldırılma veya elde edilmesinin zorlaşması tehlikesine karşı delil tespiti⁴³² kurumu öngörülmektedir. Böylece, ileride açılacak veya açılmış bir davaya yönelik olarak bazı delillerin, belirli şartlar çerçevesinde zamanından önce toplanarak güvence altına alınmaları sağlanmaktadır (HMK madde 400/2)⁴³³. Diğer taraftan, İngiliz hukukunda dava öncesi disclosure usulü, adından da anlaşıldığı üzere sadece dava öncesinde gerçekleştirilen bir usuldür. Delil tespiti ise, hem dava öncesinde hem de dava açıldıktan sonra uygulanabilecek bir usuldür. Dava öncesi disclosure usulü ile davanın akıbetinin nasıl olabileceğine ilişkin öngörünün taraflarca edinilmesi temel hedef iken, delil tespitinde hedef sadece delillerin güvence altına alınmasıdır⁴³⁴. Yani hukukumuzda delil tespitinin sadece delilleri güvence altına alma fonksiyonu esas alınmış; buna karşılık bu kurumun davaları önleme fonksiyonu

⁴³¹ **Andrews**, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 615.

⁴³² “İleride açılacak bir davada kullanılacak olan veya derdest olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş olan delillerin, kaybolması veya ispat gücünün azalması gibi tehlikeleri bertaraf etmek amacıyla, normal zamanından evvel incelenmesini veya mevcut bir durumun muhafaza edilmesini sağlamak için başvurulmuş usuli bir kurumdur, **Murat Yavaş**, Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1999, s. 3. Türk hukukunda delil tespitine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Leyla Akyol Aslan**, Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti (Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre), Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

⁴³³ **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 1051; **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 568; **H. Yavuz Alangoya / M. Kamil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım**, Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta, 7. baskı, İstanbul 2009, s. 376; **Cenk Akil**, Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 58, sayı 1, 2009, s. 3-4.

⁴³⁴ **Sungurtekin Özkan**, s. 301; **Ömer Ulukapı**, Medeni Usul Hukuku, Mimoza Yayınları, 3. Baskı, Konya 2015, s. 522; **Mustafa Göksu**, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 68.

göz ardı edilmiştir⁴³⁵.

Dava öncesi disclosure usulünde delillerin güvence altına alınması delil tespitinden farklı olarak amaç olmadığı için kendisine disclosure usulünü gerçekleştirmesi emredilen taraf veya üçüncü kişinin bilgisi olmadan söz konusu usule başvurulmamaktadır. Türk hukukunda delil tespitinde ise, her ne kadar delil tespitine ilişkin karar karşı tarafa tebliğ edilecekse de (HMK madde 402/3), istisnai olarak talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunlu bulunan hallerde, hâkim gerekçesini göstererek karşı tarafa tebligat yapılmaksızın delil tespitinin yapılmasına karar verebilir (HMK madde 403). Bu durumda, tespitin yapılmasından sonra tespit dilekçesi, tespit kararı, tespit tutanağı ve varsa bilirkişi raporunun bir örneği mahkemece karşı tarafa tebliğ edilerek (HMK madde 403), karşı tarafın kendisini savunabilme imkanı tanınmış olmaktadır⁴³⁶.

Hem delil tespitine hem de dava öncesi disclosure usulüne mahkemece re'sen başvurulamamakta; her iki usul de ancak taraflarca mahkemeden talep edilebilmektedir. Delil tespitinde Türk hâkimi talebin hukuki yararının bulunup bulunmadığını göz önünde bulundurarak bir karar verecektir (HMK madde 400/2). Dava öncesi disclosure usulünde ise İngiliz hâkimi her talebi doğrudan kabul etmemekte, talebin ölçülü olmasına büyük özen göstermekte ve bu doğrultuda takdir hakkını kullanmaktadır.

Delil tespiti işleminin mutlaka bilirkişi yardımıyla gerçekleştirilmesi zorunlu değildir⁴³⁷. Özel bilgi ve uzmanlık gerektirmeyen işlerde hâkim, delilleri bizzat toplayabilmekte ve buna ilişkin gözlemlerini tespit tutanağıyla belgeleyebilmektedir.

Delil tespiti sırasında hâkimin zor kullanarak, delillerin toplanmasını gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bir çeşit ihtiyati tedbir olan delil tespitinde de hâkimin, tıpkı ihtiyati tedbirin icrası için

⁴³⁵ Aynı yönde bkz. **Akil**, Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti, s. 54.

⁴³⁶ “*Delil tespitinin karşı tarafın yokluğunda yapılmış olması halinde, mahkemece delil tespit tutanağının ve varsa bilirkişi raporunun, davalının huzurunda yapılmış olsa dahi alınan bilirkişi raporunun bir suretinin derhal karşı tarafa tebliğ edilmesi zorunludur*”, **Hasan Özkan**, Açıklamalı-İçtihatlı Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Delil Tespiti, İhtiyati Tedbir, Adli Yardım, Legal, İstanbul 2015, s. 35.

⁴³⁷ **Bolayır**, s. 513.

görevlendirilen memurun zor kullanma yetkisi gibi, zor kullanma yetkisine sahip olduğu yorum yoluyla kabul edilmektedir⁴³⁸. Diğer görüşe göre ise, ihtiyati tedbir kararının uygulanması bakımından hâkime açıkça zor kullanma yetkisi veren Hukuk Muhakemeleri Kanunu (madde 393/3), aynı şekilde delil tespitine ilişkin açık bir hüküm öngörmediğine göre, hâkimin delil tespiti çerçevesinde zor kullanma yetkisi bulunmamaktadır⁴³⁹.

İhtiyati tedbire ilişkin öngörölmüş hükümden yola çıkarak, delil tespitine ilişkin hâkimin zor kullanma yetkisinin bulunduğunu yorumlamak kanımızca yanlış olacaktır. Kanunun açıkça zor kullanmaya ilişkin hâkime tanımış olduğu bir görevi bir maddede açıkça belirtirken diğer maddede kullanmayışının kasdi bir sebebi olduğu açıktır. Dolayısıyla delil tespitine ilişkin kanunda açık bir düzenleme bulunmayışından ötürü hâkimin zor kullanma yetkisinin bulunmadığı kanaatindeyiz.

Bununla beraber, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, keşfe katlanma zorunluluğu başlıklı 291. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince ve soybağının tespiti için inceleme başlıklı 292. maddesi gereğince hâkime açıkça zor kullanma yetkisi tanınmaktadır. Böylelikle hâkim delil tespiti esnasında da bu belirtilen delillerin toplanması hususunda zor kullanma yetkisine sahip olacaktır. Diğer deliller çerçevesinde hâkime Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nunca açıkça bir zor kullanma yetkisi tanınmadığından, hâkim delil tespiti aracılığıyla o delillerin toplanması esnasında zor kullanma hakkına sahip olmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, hâkim delil tespiti sırasında elde edilmiş delillerle ispatı istenilen husus hakkında kesin bir kanaat sahibi olamamışsa ve asıl davanın görülmesi esnasında delil tespiti yoluyla elde edilmiş olan deliller kaybolmamışlarsa veya ileri sürölmelerinde güçlük çıkmamaktaysa, bu durumda bu delillerin yeniden incelenmelerine karar verebilecektir⁴⁴⁰.

Tespit edilen delilin değerlendirilmesi ise o delilin niteliğine göre yapılmakta; tıpkı dava sırasında elde edilmiş deliller gibi kesin delil veya takdiri delil olmalarına

⁴³⁸ Kuru, Usul, cilt 4, s. 4457.

⁴³⁹ Erkuyumcu, s. 135.

⁴⁴⁰ Bolayır, s. 516.

göre hâkim tarafından farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır⁴⁴¹. Bu değerlendirme kapsamında hâkim kesin delillerle bağlı olup herhangi bir takdir yetkisine sahip değilken, takdiri delilleri serbestçe takdir edebilmektedir. Dava öncesi disclosure usulünde ise İngiliz hâkimi delilleri herhangi bir sınıflandırmaya tabi olmadan (kanuni-takdiri delil ayrımı) serbestçe değerlendirebildiği için disclosure usulüyle elde edilmiş delilleri delil tespiti usulüne göre daha serbest şekilde değerlendirebilmektedir.

B- Üçüncü Kişilere Yönelik Disclosure Usulü

Yargılama başladıktan sonra, dava türü ayırt etmeksizin hâkimlere üçüncü kişilere yönelik olarak disclosure usulü emredebilme kanuni yetkisi verilmiştir (CPR Rule 31.17)⁴⁴². Hükme göre, üçüncü kişiye yönelik olarak disclosure usulünün uygulanmasını talep eden başvuranın edinmek istediği belgenin yargılama için destekleyici nitelikte olduğunun muhtemel olduğu konusunda mahkemeyi ikna etmesi gerekmektedir. Uygulamada başvuranın mahkemeyi ikna etmesi gereken kıstasın sadece gerçek dışı bir ihtimalden (*fanciful chance*) daha ağır nitelikte bulunmasının yeterli olduğu belirtilmektedir.

Davanın tarafı olmayan üçüncü kişilere yönelik disclosure usulünün uygulanması geleneksel İngiliz felsefesini geride bırakarak yeni bir sürece girildiğini göstermektedir. 1998 tarihli Medeni Usul Kuralları ile getirilen bu madde İngiliz hukukunda “*mere witness rule*” olarak tanımlanan davayla resmi bir bağı bulunmayan üçüncü kişilere yönelik disclosure usulünü engelleyen kuralı zedelemektedir⁴⁴³. *Mere witness rule* ile ancak yargılama ilerleyerek duruşma aşamasına geldiği vakit üçüncü bir kişi mahkemeye (gerektiğinde zorla) çağrılarak (eski adı *subpoena*⁴⁴⁴ olup *yeni adı witness summons*’dır) sözlü ifadesi alınmakta veya belge ileri sürmesi istenebilmektedir⁴⁴⁵. Bu doğrultuda, *mere witness*; yani üçüncü kişinin sadece tanık

⁴⁴¹ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 1055.

⁴⁴² Ayrıca Supreme Court Act 1981 section 34, 53; County Courts Act 1984; Civil Procedure Order 1998 (S.I. 1998/2940) da hâkimin üçüncü kişilere yönelik disclosure usulünün uygulanmasını sağlamaktadır.

⁴⁴³ *Norwich Pharmacal Co. v. Commissioners for Customs and Excise* [1974] AC 133, 203, HL.

⁴⁴⁴ Amerikan hukukunda ise, hala *subpoena* olarak anılmaktadır, FRCP Rule 45.

⁴⁴⁵ Andrews, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 624.

olarak mahkemeye çağrılabilmesi kuralının, üçüncü kişileri rahatsız ederek gizliliklerinin ihlal edilmesini önlemek amacını taşıdığı ifade edilmiştir⁴⁴⁶. Her ne kadar 1998 tarihli Medeni Usul Kuralları ile birlikte hâkimlere üçüncü kişilere uyuşmazlıkla ilgili sahip oldukları belgelerini ifşa edilmesine emretme yetkisi verilmesiyle, “*mere witness*” kuralı büyük ölçüde zedelenmiş olsa da varlığını hala korumaktadır⁴⁴⁷.

Üçüncü kişilere yönelik disclosure usulünün kapsamı ilk olarak *Re Howglen Ltd.*⁴⁴⁸ davasında belirlenmiştir. Bu davaya ilişkin kararda hâkimin takdirinin çok dikkatli şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanarak, “*fish for documents*”; yani geniş bir çerçevede disclosure usulü talep ederek araştırmadan ne çıkarsa umuduyla adeta olta atmak şeklinde bir ifşa usulünün gerçekleştirilmemesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Bu doğrultuda disclosure usulünün gerçekleştirilmesi talebinde bulunan taraf detaylı şekilde edinmek istediği belgeleri tanımlamalıdır ve bu sayede hâkim disclosure talep edenin ileri sürdüğü belgelerin gerçekten var olduğu konusunda tatmin olmalıdır. Eğer bu şekilde ifşa edilmek istenen belge detaylı bir şekilde tanımlanırsa, disclosure talep edenin yukarıda bahsettiğimiz, kaçınılan durum “olta atma” eğilim ve davranışına girişmediği sonucu oluşabilecektir.

Bu hüküm hâkimin sadece belgeler konusunda üçüncü kişilere disclosure usulü emredebilme yetkisini kapsamaktadır (CPR Rule 31.17(3)(4)). Bununla birlikte hâkime belirli şartların varlığı halinde belge haricinde delillerin de disclosure usulüyle elde edilmesi için üçüncü kişilere emretme yetkisinin sağlandığı uygulamada görülmektedir⁴⁴⁹. Böylece hâkime hem belgeye dayalı (*documentary*) hem de belge niteliğinde olmayan (*non documentary*) delillerin ortaya çıkarılması hususunda üçüncü kişilere emretmek konusunda geniş bir yetki tanınmaktadır. İçtihatla işlerlik kazanan bu uygulama İngiliz doktrininde “*Norwich Pharmacal orders*”; yani Norwich Pharmacal emri olarak anılmaktadır⁴⁵⁰. Hâkimin bu yetkisi öyle bir adli yetkidir ki,

⁴⁴⁶ **Andrews**, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 625.

⁴⁴⁷ **Andrews**, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 626.

⁴⁴⁸ *Re Howglen Ltd.* [2000] 1 All ER 376. Bu doğrultuda ayrıca bkz. *Three Rivers DC v. Bank of England* (No 4) [2003] 1 WLR 210, CA.

⁴⁴⁹ *Norwich Pharmacal Co v. Commissioners for Customs and Excise* [1974] AC 133, 175, H; *Ashworth Hospital Authority v. MGN Ltd* [2002] UKHL 29, [2002] 1 WLR 2033, HL.

⁴⁵⁰ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1348.

bununla üçüncü bir kişiye (davanın muhtemel davalısı olması zorunluluğu bulunmadan) belge veya belge niteliğinde bulunmayan delillerini mahkemeye sunması emredilebilmektedir. Hâkimin üçüncü kişiye bu emri verebilmesi için: Bu kişinin uyuşmazlığa ilişkin olaya aktif veya pasif şekilde dahil olmuş olması gerekmektedir⁴⁵¹.

C- Disclosure Usulü ile Bilgilerini İfşa Edenin Karşı Tarafın Muhtemel Suistimallerinden Korunması

Disclosure usulü ile ifşa edilen belgeler sadece, disclosure usulünün gerçekleştiği yargılamada kullanılabilecektir⁴⁵² (CPR Rule 31.22(1)). Burada disclosure usulü ile elde edilen belgelerin yargılama dışına çıkarılamayacağına ilişkin zımni bir taahhüdün (*implied undertaking*) bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁵³. Bunun haricinde disclosure usulüyle elde edilmiş bilgilerin davanın tarafı olmayan üçüncü kişilere de ifşa edilmemesi gerekmektedir⁴⁵⁴. Aynı şekilde kendisine belge ifşa edilen kimsenin avukatı da disclosure usulü aracılığıyla edindiği bilgileri davanın tarafı olmayan üçüncü kişilerle paylaşamayacaktır⁴⁵⁵. Buradaki elde edilen belgelerin yargılama dışına çıkarılmaması sorumluluğu, bilgilerini ifşa eden tarafa yönelik değil, mahkemeye karşı sahip olunan bir sorumluluk olmakla birlikte bu sorumluluğun oluşabilmesi için disclosure usulünün gönüllü yapılan (*voluntary*) bir usul olmaması gerekmektedir⁴⁵⁶. Yani ilgili belge gizli veya gizlilik imtiyazına sahip bir bilgi olmasa

⁴⁵¹ Bununla birlikte, üçüncü kişinin uyuşmazlığa ilişkin olaya sadece seyirci kalması hâkimin bu kimseye disclosure usulünü emretmesi için yeterli değildir. Üçüncü kimsenin ileri sürülen haksız eylem bakımından suçlu ya da suçsuz olmasının da bir önemi yoktur, *Norwich Pharmacal Co v. Commissioners for Customs and Excise* [1974] AC 133, 175, H; *Ashworth Hospital Authority v. MGN Ltd* [2002] UKHL 29, [2002] 1 WLR 2033, HL.

⁴⁵² *Taylor v. Serious Fraud Office* [1999] 2 AC 177, 207, HL.

⁴⁵³ **Andrews**, *Fundamentals of the New Civil Justice System*, s. 609.

⁴⁵⁴ *Omar v. Omar* [1995] 1 WLR 1428; *Watkins v. AJ Wright (Electrical) Ltd* [1996] 3 All ER 31; *Miller v. Scorey* [1996] 1 WLR 1122; *Shlaimoun v. Mining Technologies International Inc* [2011] EWHC 3278 (QB), [2012] 1 WLR 1276; SMC Gibbons, *Subsequent Use of Documents Obtained Through Disclosure in Civil Proceedings*, *Civil Justice Quarterly*, vol. 20, 2001, s. 303. Hükümde bunun üç istisnası sayılmaktadır: a- Belge mahkemede okunur veya halka açık bir duruşmada bahsedilirse, b- Mahkeme izin verirse, c- Belgeyi ifşa eden ve belgeye sahip olan kişinin izni ile belge ifşa edildiği yargılama haricinde de kullanılabilecektir, CPR Rule 31.22 (a)(b)(c).

⁴⁵⁵ *Bowman v. Fels* [2005] EWCA Civ. 226, [2005] 1 WLR 3083, at [88];

⁴⁵⁶ *Att-Gen for Gibraltar v. May* [1999] 1 WLR 998, CA (dondurma tedbirinin söz konusu olduğu bu davada davalının zorunlu yeminli ifadesi karşısında ifşa edilmiş bilgilerin yargılama dışına çıkarılmayacağına ilişkin zımni bir taahhüt oluşmuştur); *Bourns Inc. v. Raychem Corpn* [1999] 3 All ER 154, 170, CA.

bile karşı tarafça ihtiyari olarak paylaşılmadığı sürece⁴⁵⁷ bu sorumluluk oluşacaktır⁴⁵⁸.

Bununla beraber, hâkime bu belgelerin gizliliğinin korunmasına yönelik zımni taahhüt sorumluluğunun kapsamını değiştirme veya ortadan kaldırma yetkisi verilmiştir. Medeni Usul Kuralları'nın 31.22.(1)(a) maddesinde öncelikle ifşa edilen belgelerin kamuya açık bir duruşmada okunması veya bahsedilmesi halinde⁴⁵⁹ ve ayrıca (b) bendinde hâkimin izni ile, yargılama dışında kullanılabileceği açıkça belirtilmektedir.

31.22(2). maddesine göre ise, hâkim disclosure usulü ile ifşa edilen belgenin kullanılmasının sınırlandırılmasını veya yasaklanmasını, bu belge mahkemede okunmuş veya kamuya açık bir duruşmada bahsedilmiş⁴⁶⁰ olsa bile emredebilecektir. Bu hüküm hâkime bir belgenin kullanımının sınırlandırılmasına veya yasaklanmasına yönelik özel olarak talimat vermesi konusunda yetki vermektedir⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Örneğin yeminli ifade (*affidavit*) ve tanık ifadelerinin gönüllü olarak ve ihtiyari olarak ifşa edildikleri kabul edildiğinden bunların gizliliğinin korunması kapsamında ilgililere bir yükümlülük vermediği belirtilmektedir, *Cassidy v. Hawcroft* [2000] CPLR 624.

⁴⁵⁸ *Prudential Assurance Co. Ltd. v. Fountain Page Ltd.* [1991] 1 WLR 756, 765.

⁴⁵⁹ *Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd* (No 2) [2002] 1 All ER 842, CA.

⁴⁶⁰ Hâkimin kararında ilgili belgeye atıf yapması dahi madde kapsamında kabul edilmek için yeterli görülmektedir, *SmithKline Beecham Biologicals SA v. Connaught Laboratories Inc.* [1999] 4 All ER 498, CA. Ayrıca, Medeni Usul Kuralları'nın 31.22.(2). maddesi uyarınca ilgili belgenin mahkemede okunmuş veya bahsedilmiş olması şeklindeki ifade 1987 tarihli Banka Kanunu'ndaki "*restricted information*"; yani sınırlandırılmış bilgi başlıklı, chapter 2, section 82.2. maddesini de doğrudan etkilemektedir. Buna göre disclosure usulü gerçekleştirilirken veya disclosure usulünden önce ilgili ticari belgeler kamu alanına girmişse, bu durumda bu belgeler ifşa edilebilecek ve disclosure usulünden muaf olmayacaktır. Bu bilgi ve belgenin hâkim tarafından okunsa da okunmasa da, mahkemeye sunulmasıyla artık kamu alanına girdiği kabul edilmektedir, **Andrews**, *Fundamentals of the New Civil Justice System*, s. 612. Burada mahkemede okunması hali, mutlaka mahkemede sesli okunması anlamına gelmemekte, hâkimin duruşma dışında kendisinin okuması halinin de bu kapsama girdiği kabul edilmektedir. İlgili ticari belgelerin ifşa edilmesi konusunda ısrarcı olan tarafın aynı zamanda bu belgelerin disclosure usulünden muaf tutulamayacağını gösterebilmek için bu belgelerin önceden kamu alanına girdiğini; somut olayda hâkim tarafından okunduğunu gösterme yükümlülüğünü taşıdığı da istinaf mahkemesi kararlarında yer almıştır, *Barrings plc v. Coopers & Lybrand* [2000] 3 All ER 910, 922, CA, *SmithKline Beecham Biologicals SA v. Connaught Laboratories Inc.* [1999] 4 All ER 498, 512, CA. Bu doğrultuda ilgili bilgi ve belgelerin mahkemeye okunduğu nasıl anlaşılacaktır. Hâkimin ilgili materyali okuyup okumadığı konusunda elbetteki hâkimi çapraz sorgulamaya tutmak mümkün değildir, *Barrings plc v. Coopers & Lybrand* [2000], 922. Doktrinde bu konuda açıklık olmadığı belirtilmekte, ticari belgelerin ifşasını talep eden tarafın mahkemeye okunan materyalleri gösterme yükümlülüğünü nasıl yerine getireceği sorun teşkil etmektedir.

⁴⁶¹ *Crest Homes plc. v. Marks* [1987] AC 829, HL (Aynı taraflar arasındaki ve fakat müteakip ve çok yakından bağlantısı bulunmayan aynı meseleye ilişkin bir dava); *Bank of Crete v. Koskatas* (No 2) [1992] 1 WLR 919; *Omar v. Omar* [1995] 1 WLR 1428, 1436; *Cobra Inc. Rata* [1998] Ch 109; *Bourns Inc. v. Racychem Corp* [1999] 3 All ER 154, CA; *cBride v. The Body Shop International plc* [2007] EWHC 1658 (QB) ve bu kararda *Lilly Icos Ltd v. Pfizer Ltd* [2002] 1 WLR 2253, CA kararına atıf

*Lilly Icos Ltd v. Pfizer*⁴⁶² davası yukarıda bahsettiğimiz Medeni Usul Kuralları'nın 31.22(2). maddesini özetlemek ve hâkimin rolüne dikkat çekmek adına önemli bir karardır. Çok önemli ticari bilgiyi bünyesinde barındıran belgelerin ifşa edildiği bu davada Viagra'nın patent sahibinin ilgili bilgi ve belgelerin saklanması girişimi ve bu doğrultuda hâkimin somut olaya göre takınacağı takdiri rol ele alınmaktadır. Bu davada istinaf mahkemesi, her ne kadar kamuya açık duruşmada şirketin uyuşmazlıkla ilgili belgelerinin hâkim tarafından okunması veya referans gösterilmesi sebebiyle gizliliğinin prima facie olarak kaybedilmiş olduğunu kabul etse de, ilgili belgelerin özel olarak korunmasını emretmiştir⁴⁶³.

İstinaf mahkemesi son derece hassas ticari bilgiler içeren bu davada alışılmadık şekilde 31.22(2). madde çerçevesinde ilgili belgelerin gizliliğinin kaybolduğuna ilişkin zımni olarak varsayılan kabulünden vazgeçerek, bilginin korunmasını sağlamak amacıyla ilgili belgelerin özel olarak korunmasına hükmetmiştir. Kararda bilginin ticari hassasiyetine vurgu yapılarak, bu belgenin duruşmada ne kadar az kullanıldığına dikkat çekilmektedir. İstinaf mahkemesi rehber niteliğindeki şu unsurları formüle etmiştir: 1- Hâkimin, aleniyet ilkesinden ayrılması için çok geçerli sebeplerin bulunması gerekmektedir, 2- Hâkim, ilgili belgenin oynadığı veya duruşmada oynayacağı rolü dikkate almalıdır, 3- Hâkim, üçüncü kişilerin menfaatleri üzerinde söz konusu olacak emrin soğutma etkisini (*chilling effect*)⁴⁶⁴ göz önünde bulundurmalıdır, 4- Hâkim, ilgili belgenin yayımlanması halinde bir tarafın bundan neden zarar göreceğine ilişkin özel sebepler talep edecektir, 5- Duruşmaların tamamen veya kısmen gizli oturum halinde gerçekleştirilmesinden kaçınılmalıdır. (Bu çerçevede somut olayda hâkim her ne kadar belirli belgelerin gizliliğinin korunmasını gerekli görse de, bütün duruşma kamuya açık halde gerçekleştirilmiştir), 6- Patent davaları diğer dava türleri ile aynı muameleye tabi tutulsa da, somut olaydaki gibi bazı özel değerlendirmelere tabi tutulmaktadırlar.

yapılmıştır. Ayrıca *AF Noonan (Architectural Practice) Ltd v. Bournemouth and Boscombe AFC Ltd* [2007] EWCA Civ 848, [2007] 1 WLR 2615, at [10], [15], [18], [19].

⁴⁶² *Lilly Icos Ltd v. Pfizer Ltd* (No 2) [2002] 1 All ER 842, CA.

⁴⁶³ *Lilly Icos Ltd v. Pfizer Ltd* (No 2) [2002] 1 All ER 842, CA, in [2000] 59 BMLR 123.

⁴⁶⁴ Özellikle Anglo-Amerikan hukukunda kullanılan "*chilling effect*"; yani soğutma etkisi kavramı, hukuki yaptırım tehditiyle, bir kişi veya grup menfaati için, doğal ve hukuki hakların uygulanmasının engellenmesi anlamına gelmektedir.

Disclosure usulüne ilişkin gizliliğin korunması sorumluluğunu yerine getirmeyen kişilere yönelik olarak hâkim, men kararı⁴⁶⁵ (*injunction*) verebileceği gibi, mahkemeye itaatsizliğe⁴⁶⁶ ilişkin hükmün uygulanmasına veya ilgili belgelerin yargılamadan çıkarılması⁴⁶⁷ gibi yaptırımlara başvurabilecektir.

D- Disclosure Usulü Çerçevesinde Gizlilik İlkesi ve Muafiyet

Her gizli belge dokunulmaz değildir. Bu çerçevede mesleki ilişkiden kaynaklanan bilgi ve belgelerin gizliliğinin korunması gerekmektedir. Örneğin, bir kimse ile bir rahip arasındaki görüşme veya doktor ile hasta arasındaki ve bunlar gibi birçok mesleki ilişki hukuken korunmaktadır. Bununla birlikte, bu tip bilgilerin gizliliğinin korunması, eğer hâkim bu bilgilerle ilgili delil gösterilmesini veya belge gösterilmesini emrederse, söz konusu olamayacak ve bu durumda bu bilgilere yönelik bir dokunulmazlığın bulunduğu ileri sürülemeyecektir⁴⁶⁸. Yani dava malzemesinin toplanması kapsamında hâkime aktif bir rol biçilerek aslında gizlilik ilkesi perdesi altına saklanılmak istenen yargılama için önem arz edebilecek vakıa veya delillerin, davada kullanılmasına karar verebilecektir. Yani gizlilik ilkesi ve bu doğrultuda bazı bilgilerin ifşa edilmekten muaf tutulup tutulmaması hâkimin takdirindedir.

*West London Pipeline and Storage Ltd v. Total Oil UK Ltd*⁴⁶⁹ davasında gizliliğe ilişkin muafiyetin korunup korunmamasına ilişkin hâkimin yönelebileceği beş hal sayılmıştır. Buna göre: 1- Hâkim muafiyet talebini geçerli kabul edebilir; 2- Hâkim muafiyet talebini reddeder; 3- Hâkim muafiyet talep eden tarafa talebini açıklığa kavuşturmak için tekrar yeminli ifade vermesini emredebilir; 4- Hâkim uyuşmazlık konusu belgeleri inceleyebilir veya 5- İngiliz Medeni Usul Kuralları'nın 32.7(1). maddesi çerçevesinde hâkim ilk dört duruma ek olarak istisnai olarak muafiyet talep eden tanığın duruşma öncesi çapraz sorgulamaya alınmasına izin verebilir. Hâkim muafiyet talebini red veya kabul konusunda kararsızsa bu durumda doğrudan üçüncü

⁴⁶⁵ *Bhimji v. Chatwani* (No 2) [1992] 1 WLR 1158.

⁴⁶⁶ *Watkins v. AJ Wright (Electrical) Ltd.* [1996] 3 All ER 31, 43 (Bu davada hem avukat hem de müvekkil mahkemeye itaatsizlikten hüküm giymiştir).

⁴⁶⁷ *Riddick v. Thames Board Mills Ltd.* [1977] QB 881; *Miller v. Scorey* [1996] 3 All ER 18.

⁴⁶⁸ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1351.

⁴⁶⁹ [2008] EWHC 1729 (Comm.), [2008] 2 CLC 258.

başlıkta belirttiğimiz gibi ek yeminli ifade yoluna gitmektedir⁴⁷⁰. Dördüncü durumda belirttiğimiz hâkimin belgeleri incelemesi durumuna çok nadir rastlanırken, aynı şekilde çapraz sorgu olasılığı da uygulamada seyrek şekilde görülmektedir⁴⁷¹. Kısaca hâkim aktif şekilde bir dava malzemesinin yargılamaya dahil olması veya olmaması konusunda karar vermektedir.

Disclosure usulü çerçevesinde gizlilik ilkesini incelemek için aslında konuyu ikiye ayırmak gereklidir. Konunun ilk olarak davanın tarafları arasında disclosure usulü ve gizliliğe ilişkin hâkimin rolü ve ikinci olarak da davaya taraf olmayan üçüncü kişilerden davayla ilgili bazı belgeleri ifşa etmelerini talep ve hâkimin rolü olarak iki ayrı pencereden ele alınması gereklidir. Bu başlık altında genel olarak disclosure usulünde gizliliğin korunmasında hâkimin rolü ele alınmıştır. Bir sonraki başlık altında ise, üçüncü kişilerin gizliliğinin korunması kapsamında hâkimin rolü ele alınacaktır.

E- Üçüncü Kişilerin Gizliliğinin Korunması ve Hâkimin Rolü

Üçüncü kişilerin gizliliğinin korunmasına ilişkin iki hal söz konusu olmaktadır. İlki hâkimin davaya taraf olmayan üçüncü kişiden bazı belgeleri ifşa etmesini talep etmesi iken⁴⁷², ikinci bir durum olarak mahkemenin taraflardan birinin bir belgenin ifşasını istediği bir durumda, söz konusu belgenin ifşasıyla üçüncü kişinin gizliliğinin etkilenmesi durumudur. Her iki durumda da hâkim yargılamanın menfaati ile üçüncü kişinin gizliliğinin korunmasına ilişkin menfaati dengelemelidir. Fakat bu iki durum arasında hâkimin oluşturacağı denge farklılık arz etmektedir⁴⁷³. İkinci durumda artık kendisinden ilgili belgenin ifşası talep edilen üçüncü kişi kendi gizliliğinin korunmasını talep etmemekte; mahkeme üçüncü kişinin gizliliğinin korunmasını re'sen dikkate almaktadır⁴⁷⁴.

*Science Research Council v. Nasse*⁴⁷⁵ davasında davacılar iş mahkemesinde

⁴⁷⁰ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1352.

⁴⁷¹ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1352.

⁴⁷² İlk duruma ilişkin açıklamalarımızı “Üçüncü Kişilere Yönelik Disclosure” başlığı altında gerçekleştirdiğimiz için bu bölümde ikinci durumu açıklama gereği duymaktayız.

⁴⁷³ **Hollander**, s. 188.

⁴⁷⁴ **Hollander**, s. 188.

⁴⁷⁵ *Science Research Council v. Nasse* [1980] A.C. 1028 at 1065.

görülen yargılamada ayrımcılık iddialarının anlaşılabilmesi amacıyla, davayla ilişkileri bulunmayan, işe başvuran diğer kişilerin (üçüncü kişiler) gizli dosyalarına ulaşmak istemişlerdir. Bu davanın hâkimi İngiliz hukukunda gizlilik arz eden belgeleri, discovery uygulamasına karşı koruyacak herhangi bir kuralın bulunmadığını belirterek, üçüncü kişi sıfatıyla davayla ilgisi bulunmayan, diğer çalışan ve işverenlerin kişisel bilgilerinin gizliliğinin korunmasında menfaate sahip olduklarını vurgulamıştır. Yani menfaatler arasındaki bu dengeyi kuracak olan hâkimin kendisidir, bunun dışında hâkimin takdiri haricinde bu durumu düzenleyen bir kural mevcut değildir. Burada hâkimin üçüncü kişilere ait gizli bilgileri elde etmeden başka şekilde böyle bir ayrımcılığın yapılıp yapılmadığını değerlendirme imkanının var olup olmaması önem taşımaktadır⁴⁷⁶. Üçüncü kişilere ait bu bilgiler yargılamanın seyri için büyük zaruret taşımaktaysalar, bu durumda hâkim davanın tarafının menfaatini, üçüncü kişinin menfaatine üstün tutarak bu belgelerin ifşasına hükmedecektir⁴⁷⁷.

F- Davanın Taraflarının Disclosure Usulüne İlişkin Yükümlülüğe Riayet Etmesinin Sağlanması ve Yaptırımlar

1- Disclosure Usulüne İlişkin Yükümlülüğe Riayet

Hâkimin emrine rağmen belgelerini ifşa etmeyen hakkında uygulanacak hükümler açıktır. Bununla birlikte hâkimin emrine görünürde uygunluk sağlanmaktaysa ve taraflardan biri ifşa edilen belgenin eksik veya kusurlu olduğunu iddia etmekteyse bu durumda hâkimin gerçekleştirilen ifşanın iyiniyetli şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini takdir etmesi gerekmektedir⁴⁷⁸.

1998 tarihli Medeni Usul Kuralları'nın kabulünden önce, *Lonrho v. Fayed* (no.3)⁴⁷⁹ davasında davalıların gerçekleştirdiği ifşanın eksik olduğu, davacı tarafından

⁴⁷⁶ **Hollander**, s. 189.

⁴⁷⁷ *Cadogan Petroleum Plc v. Tolley* [2009] 3291 (Ch). Kamu ihalesini kazanamayan tarafların ihale usulüne ilişkin açtıkları davalardan örnek kararlar: *Croft House Care Ltd v. Durham County Council* [2010] EWHC 909 (TCC); *Mers Ltd v. City Council* [2011] EWHC 40 (QB); *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Beck* [2009] EWCA Civ. 619.

⁴⁷⁸ *Realkredit Danmark A/S v. York Montague Ltd* [1999] C.P.L.R. 271, bu kararda hâkim her ne kadar görünürde 186 sayfa uzunluğunda 2500'ün üzerinde belge listelenmiş olsa da ifşa usulünün kusurlu olduğunu belirterek kötü niyetli şekilde ifşa edilen belgeleri yargılamadan çıkarmıştır.

⁴⁷⁹ *Lonrho v. Fayed and others* (No.3), <http://www.independent.co.uk/news/uk/law-report-oath-on-discovery-is-conclusive-lonrho-plc-v-fayed-and-others-court-of-appeal-lord-justice-stuartsmith-lord->

iddia edilmiştir. Davalılar eksik olduğu iddia edilen belgenin ellerinde bulunmadığını ileri sürmekte, davacı ise bu belgenin bilinçli olarak eksik bırakılmasından ötürü yargılamadan çıkarılarak davada bu belgeye dayanılmamasını talep etmektedir. Hâkim bu davada davalı Fayed kardeşleri ifşa ettikleri belgelerin doğruluğuna yönelik olarak çapraz sorgulamaya tabi tutmuştur.

İstinaf mahkemesi ise, hâkimin vermiş olduğu bu emri reddederek, gizlenmeye çalışılan bir belge varsa söz konusu belgelerin uyumsuzlukla bağlantılı ve önem arz eden belgeler olabileceği ve bunların duruşmada belirtilecek meselelerle bağlantılı olabileceğini, bu durumun ancak bütün deliller hâkim tarafından dinlendikten sonra düzgün bir şekilde değerlendirilebileceğini belirtmiş ve bu hususa bir ara aşamada karar vermenin davanın her iki tarafı açısından da adaletsiz sonuçlar doğurabileceğine hükmetmiştir. Çapraz sorgulama her iki taraf için de olumsuz sonuçlar doğurabilmenin yanı sıra, duruşma öncesi aşamada gerçekleştirilcek bir ara usul olarak da yargılamanın uzamasına ve sürüncemede bırakılmasına da neden olabilecektir⁴⁸⁰. Bu çerçevede ifşa edilen belgeler hakkında yemin verilmesinin şüpheleri ortadan kaldıran kesin niteliğe (*conclusive*) sahip olduğuna karar vermiştir⁴⁸¹. Ayrıca bu meselenin bir ara duruşmada halledilmesinin her iki taraf açısından da adaletsizliğe neden olabileceğini belirterek şu örneği kararında vermiştir: “...Örneğin davalının eksik belge ifşa ettiği bir durumda, davalıyı çapraz sorgulamaya tabi tutarsak henüz delillerini tamamen sunmamış olan davacı bu durumdan olumsuz etkilenecektir. Eğer hâkim çapraz sorgulama sonucunda davalıya inanmazsa, bu durumda da davalı olumsuz etkilenecektir; çünkü doğru söylediği konusunda hâkimi ikna edebilecek başka delilleri bulursa da gösteremeyecektir. Yahut da en azından

justice-mccowan-and-lord-justice-kennedy-14-june-1993-1493294.html (Çevrimiçi 26.02.2015), söz konusu davayı kısaca açıklamak gerekirse, ünlü İngiliz firması Harrods’ın sahip olduğu House of Fraser hisselerinin satın alınmasına ilişkin büyük şirketler arasında adeta bir savaş yaşanmıştır. Lornho, Fayed kardeşlerin Adil Ticaret Ofisine (*Office of Fair Trading*) yanıltıcı bilgiler vererek, Tekel ve Birleşme Komisyonu’nda (*Monopolies and Mergers Commission*) gerekli başvuruları yapmasına gerek kalmadan izin aldıklarını ve Lornho’nun söz konusu şirketi satın almasını engellediklerini iddia etmiştir. Lornho iddia ettiği bu haksız gizli anlaşma hakkında dava açmamakla birlikte, kanunsuz girişim (*unlawful interference*) hakkında dava açmıştır. Yukarıda ana metinde açıkladığımız dava buna ilişkindir.

⁴⁸⁰ **Andrews**, *Fundamentals of the New Civil Justice System*, s. 607.

⁴⁸¹ *Jones v. Monte Video Gas* [1880] 5 QBD 556 at 558, 559; *British Association of Glass Bottle Manufacturers v. Nettlefold* [1912] AC 709 at 714; [1911-13] All ER Rep 622 at 624. Bu davalarda ifşa listesi, eksiklik açık olmadığı müddetçe kesindir hükmüne varılmıştır. Yani tıpkı Lornho davasında olduğu üzere yeminli ifadelerden ifşa listesinin eksik olduğu, yani listede belirtildiği halde sunulmamış belge bulunduğuna belirlenemeyerek liste kesin kabul edilmiştir.

davalıların bu durumu şüpheli kalsa davacı ispat yükünü yerine getirememiş olacak, ilk olarak davacının davası dinlenmeden ve davalıların kendi tanıkları dinlenmeden, davalılar sorgulamaya tabi tutulacaktır...”. Bu durumda, her iki taraf da bu uygulamadan olumsuz etkilenecek ve adil bir yargılama gerçekleşmeyecektir.

Sonuç olarak 1998 tarihli Medeni Usul Kuralları öncesinde bu konuda açık bir hüküm öngörülmemiş bu durum içtihatlar⁴⁸² doğrultusunda çözüme kavuşturulma yoluna terk edilmiştir. Örnek verdiğimiz *Lonrho v. Fayed* kararında ise, *Jones v. The Monte Video Gas Co.*⁴⁸³ içtihadı esas alınmıştır. Bu içtihatla belgelere ilişkin yeminli ifadelerin çapraz sorguya tabi tutulması yasaklanmıştır. Bu içtihadı göre, taraflardan birinin gerçekleştirdiği discovery usulünün eksik olduğu iddia edildiğinde buna cevaben ifşanın eksik olmadığına ilişkin yemin verilmesi discovery usulüne ilişkin şüpheleri çözüme bağlayan kesin bir etki sağlamakta ve duruşmada verilen bu yemin hakkında çapraz sorgulama yapılmamaktaydı. 1880 tarihli bu eski içtihadı değiştiren veya ortadan kaldıran bir kural yüzyıllarca söz konusu olmamış, 1998 tarihli Medeni Usul Kuralları ile bu uygulama yerini bir hükme bırakmıştır.

1998 tarihli Medeni Usul Kuralları ile birlikte eski sistemin zayıf noktalarından biri olarak görülen yukarıda bahsettiğimiz duruma ilişkin olarak yeni bir usul öngörülmektedir. Buna göre, taraflardan biri disclosure usulünü gerçekleştiren tarafa, ifşa listesinin doğruluğu hakkında yemin vermesini talep etmemektedir. Bununla beraber, elinde bulunan bilgi ve belgeleri ifşa eden taraf, disclosure usulünü uygun şekilde gerçekleştirdiğini doğrulama yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğünü de, disclosure beyanı ile yerine getirecektir (CPR Rule 31.10(6)(a)(b)(c)). Kanun, hâkime bunun haricinde duruşma öncesi aşamada belgelerini ifşa eden tarafın disclosure usulünü gereğince yerine getirip getirmediğine ilişkin çapraz sorgulama yapmasına da izin vermemektedir⁴⁸⁴.

Eğer taraflardan biri mahkemenin emrine rağmen yargılamada kullanacağı belgelerinin listesini mahkemeye sunmamaktaysa veya bu belgelerin incelenmesini

⁴⁸² *Lonrho v. Fayed* (No 3); *Cephens Shipping Corp v. Guardian Royal Exchange Assurance plc*, “*The Capricorn*” [1995] 1 Lloyd’s Rep 622.

⁴⁸³ *Lonrho v. Fayed* (No.3) (1880) 5 QBD 556.

⁴⁸⁴ **Andrews**, *Fundamentals of the New Civil Justice System*, s. 607.

sağlamamaktaysa, ilgili tarafın icra etmediği bu görevini zorla yerine getirmesini sağlamak amacıyla mahkemeye talepte bulunulabilmektedir. Fakat mahkemeye bu yönde bir talepte bulunmadan önce, disclosure usulünün yerine getirilmesini bekleyen tarafın, görevini yerine getirmeyen diğer tarafa makul bir süre içinde bunun yerine getirilmesi için bir davet yazısı gerekmektedir⁴⁸⁵. Disclosure usulüne ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmede mahkeme ilgili tarafa belirtilen süre içinde bu yükümlülüğünü yerine getirmesini aksi takdirde bazı yaptırımlara tabi olacağını bildiren bir mahkeme emri “*unless order*” gönderecektir⁴⁸⁶. İlgili mahkeme emrinde yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafa yönelik yaptırımlar da açıkça belirtilecektir.

Duruşma aşamasından önce disclosure usulüne ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmeyen taraf, ancak hâkimin izni ile ifşa etmediği belgelere dayanabilmektedir (CPR Rule 31.21). Yani kural olarak disclosure yükümlülüğüne aykırı davranan taraf, mahkemeye sunmadığı belgelerine dayanamamakla birlikte, eğer hâkim izin verirse bu belgelere dayanabilmektedir. Hâkim aynı zamanda disclosure yükümlülüğünü yerine getirmeyen taraf aleyhine olumsuz çıkarımda bulunarak, ifşa etmediği bu belgeleri onun aleyhine delil niteliğinde olduğuna da karar verebilmektedir⁴⁸⁷.

2- Yaptırımlar

a- İddia veya Savunmaların Terkini (*Striking Out Claims or Defences*)

CPR Rule 3.4 (2) b, “İddia veya Savunmaların Terkini” başlığı altında, hâkime daha duruşma yapılmadan yargılamanın çok erken bir evresinde davanın taraflarınca ileri sürülen bazı “kusurlu” iddia veya savunmaları yargılamadan çıkartma yetkisi tanımaktadır⁴⁸⁸. Belirli bir iddia veya savunma yargılamadan çıkarıldığı takdirde (*strike out*) bu iddia veya savunmaya dayanılması tekrar mümkün olmamaktadır⁴⁸⁹. Yargılamadan çıkartılan iddia veya savunmanın kusurlu olarak kabul edilebilmesi için ya iddia veya savunmanın makul bir temelini bulunmaması (CPR Rule 3.4(2)(a)), yahut da ilgili iddia veya savunma yargılama sürecini kötüye kullanma amacıyla ileri

⁴⁸⁵ **Sime**, s. 354.

⁴⁸⁶ **Sime**, s. 354.

⁴⁸⁷ *Infabrics Ltd. v. Jaytex Ltd.*(No 2) [1985] FSR 75.

⁴⁸⁸ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1342.

⁴⁸⁹ <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/glossary> (Çevrimiçi 16.02.2015).

sürülmesi veya yargılamanın adil işleyişine engel olma amacını taşıması (CPR Rule 3.4(2)(b)) ya da kanuna, uygulama yönetmeliği veya mahkeme emrine aykırılık (CPR Rule 3.4(2)(c)) teşkil etmesi gerekmektedir. Örneğin, disclosure yükümlülüğüne yönelik kasti bir aykırılık ile adil bir yargılama yapılması imkansız kılınıyorsa bu durumda ilgili iddia ve savunma yargılamadan çıkarılacaktır⁴⁹⁰.

Vurgulamak gerekir ki, İngiliz hukukunda hâkimin yargılamadan belirli bir iddia veya savunmayı çıkarması (*strike out*) ile iddia veya savunmanın reddedilmesi (*dismiss*) birbirinden çok farklı iki usuldür. Hâkimin iddia veya savunmayı reddetmesi demek davayı tamamen reddetmesi anlamına gelirken, iddia veya savunmanın çıkartılmasında sadece kusurlu görülen belirli iddia veya savunmalar yargılamadan çıkarılmaktadır. Yargılamadan çıkarılan bu iddia ve savunmaların tekrar ileri sürülmesi mümkün olmazken, reddedilen iddia ve savunmalar tekrar yargılama konusu yapılabilmektedir.

Belirli iddia veya savunmaların dava dilekçesinden (*statement of case*) çıkartılması tarafların başvurusu söz konusu olmasa da re'sen hâkim tarafından da gerçekleştirilebilmektedir⁴⁹¹. Hâkim şu sebeplere dayanarak belirli iddia veya savunmaların dava dilekçesinden çıkarılmasını emredebilir (CPR Rule 3.4(2)): a- İleri sürülen iddia veya savunmaya yönelik makul dayanağın bulunmaması, veya b- Dava dilekçesinde ileri sürülen iddia veya savunmanın yargılama usulünü kötüye kullanma amacı taşıması veya yargılamanın adil yönetiminin engellenmesi, veya c- Bir mahkeme emrine, bir kurala veya uygulama yönetmeliğine aykırılık halinde ilgili iddia veya savunmalar dava dilekçesinden çıkarılabilecektir. Maddenin b bendine ilişkin olarak Yüksek Mahkeme *Summers v Fairclough Homes Ltd* davasında, eğer dava dilekçesinden çıkartılması söz konusu olan iddia hileli olarak abartılmışsa, hâkimin iddianın tamamını yargılamadan çıkarmaya yetkisinin olduğunu belirtmiştir⁴⁹². Maddenin a bendi ise hâkimin duruşmasız yargılama usulüne başvurusuyla örtüşmektedir⁴⁹³. Çünkü hem duruşmasız yargılamaya başvuru hem de ileri sürülen iddia ve savunmaya yönelik dayanağın bulunmaması halinde ilgili iddia veya

⁴⁹⁰ *Landauer Ltd. v. Comins & Co*, The Times, 7 August 1991, CA.

⁴⁹¹ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1342.

⁴⁹² [2012] UKSC 26; [2012] 1 WLR 2004.

⁴⁹³ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1342.

savunmanın yargılamadan çıkarılması, kötü veya temeli sağlıksız iddia veya savunmaların yargılamadan elimine edilmesini sağlamaktadır⁴⁹⁴.

*Arrow Nominees Inc v. Blackledge*⁴⁹⁵ davasında ise istinaf mahkemesi, disclosure yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden ötürü, ileri sürülen belgelerin yargılamadan çıkarılmasının kapsamının belirlenmesine yönelik bir karar vermiştir. Bu davada, davacı yargılama sürecinde ileri sürdüğü belgelerde tafriyatta bulunmuş ve hem duruşma öncesi aşamada hem de duruşma aşamasında, davacının tafriyata uğramış iddialarının yargılamadan çıkarılıp çıkarılmayacağı tartışma konusu olmuştur. İstinaf mahkemesi kararında, “adil bir yargılama yapılmasını önlemeye eğilimli, sürekli şekilde hilekarlık ve belgelerin tahribatı halinde, hâkimin sadece ilgili iddiaların yargılamadan çıkarılmasına hükmetmeye hak kazanmayacağı, aslında yargılamadan çıkarmak zorunda” olacağına hükmetmiştir. Yerel mahkeme hâkimi ise, davacının gerçekleştirdiği hileli hareketlere rağmen, hala adil bir yargılama yapılabileceğine karar vermiştir⁴⁹⁶. Ama istinaf mahkemesi yerel mahkemenin ölçütü yanlış uyguladığını belirterek, Medeni Usul Kurallarında yer alan başlıca hedeflere işaret ederek (CPR Rule 1.1), başka kriterlerin de bulunduğunu vurgulamış ve bu şartlarda davacının iddia veya savunmasının yargılamadan çıkarılması gerektiğine karar vermiştir. İstinaf mahkemesi, davacının davranışının güvenilirliğine zarar verdiğini, bu sebeple ileri sürdüğü bu delillere ve belgelerin geçerliliğine artık dayanılamayacağına hükmetmiştir⁴⁹⁷.

1998 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İngiliz mahkemelerini hukuki temeli bulunmayan iddiaları yargılamadan çıkarmaya yarayan bu usulü kullanmasından ötürü cezalandırmıştır. Bununla birlikte 2001 yılında duruşma öncesi hukuki filtre görevi gören bu usulü adil yargılanma hakkıyla uyumlu bularak geçerliliğini onaylamıştır⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1342.

⁴⁹⁵ *Arrow Nominees Inc v. Blackledge* [2001] BCC 591, CA ([2000] 1 BCLC709, kararını iptal ederek).

⁴⁹⁶ [2000] 1 BCLC 709, yerel mahkeme kararını şu kararları göz önünde bulundurarak vermiştir: *Logicrose Ltd. v. Southend UFC Ltd* [1988] 1 WLR 1256, *Landauer Ltd. v. Comins & Co.*, The Times 7 August 1991, CA, *Re Swaptronics Ltd.*, The Times 17 August 1999.

⁴⁹⁷ *Arrow Nominees Inc. v. Blackledge* [2001] BCC 591, CA, para. 54.

⁴⁹⁸ *Z v. UK* (2002) 34 EHRR 97; (2001) BHRC 384, ECtHR, *Osman v. UK* (1999) 29 EHRR 245; (1998) BHRC 293; *ACL Davies* (2001) 117 LQR 521.

b- Mahkemeye İtaatsizlik (*Contempt of Court*)

Bir kimsenin sahte, gerçek olmayan bir belgeyi dürüst olmayan bir inançla ifşa etmesi veya ifşa edilmesine sebep olması durumunda, o kişinin hakkında mahkemeye itaatsizliğe ilişkin hükümler uygulanacaktır (CPR Rule 31.23). Aslında esas olan uyuşmazlığa ilişkin bilgi ve belgenin ifşasına ilişkin olarak emredilen disclosure yükümlülüğünün yerine getirilmemesidir⁴⁹⁹.

Ayrıca, kendisine uyuşmazlıkla ilgili belge ifşa edilen tarafın bu bilgileri ek ve gizli amaçlarla kullanması halinde de mahkemeye itaatsizlik gerçekleşmiş olacaktır⁵⁰⁰.

c- İncelemenin veya İfşanın Alıkonulması Talebi (*Claim to Withhold Inspection or Disclosure of a Document*)

Medeni Usul Kuralları'nın 31.19. maddesine göre bir kimse (davanın tarafı olmak zorunda değil) kamu yararını gerekçe göstererek ifşanın veya incelemenin alıkonulmasını (*withhold*) mahkemeden talep edebilmektedir. Bu talep karşısında hâkim somut olaya göre incelemenin ya da ifşanın gerçekleştirilmemesine hükmedebilecektir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, bir belgenin (tamamen veya kısmen) incelenmesinin veya ifşasının alıkonulmasına ilişkin bir hak veya yetkisi bulunan kişinin bu durumu davanın karşı tarafına/taflarına sunulacak ilgili belgelerin listesinin sunulduğu aşamada gerekçesiyle birlikte belirtmesi gereklidir. Hâkim bu durumda ilgili belge veya belgelerin kısmen veya tamamen incelenmesinin veya ifşasının engellenmesine karar verecektir.

Medeni Usul Kuralları'nın 31.19(6)(a) maddesine göre, taraflardan biri yargılamaya ilişkin bir belgenin incelenmesi veya ifşa edilmesinin kısıtlanmasını, bu belgenin incelenmesi veya ifşasının kamu yararına zarar vereceği gerekçesiyle hâkimden talep edebilmektedir. Yargılama için önem arz edebilecek bu belgelerin ifşasının iyi niyetli veya kötü niyetli olup olmadığına karar verecek olan hâkimdir. Bu madde yoğun şekilde eleştiri almaktadır; çünkü talep edilen belgenin incelenip incelenmemesine veya diğer tarafa ifşasına karar verecek olan hâkim ilgili belgeyi

⁴⁹⁹ Doğrudan bir örnek olmasa da mahkemenin emrine itaatsizliğin tartışıldığı önemli bir karar olarak: *Re Swapronics Ltd*, The Times, 17 August 1998.

⁵⁰⁰ *Miller v. Scorey* [1996] 3 All ER 18; *Watkins v. A. J. Wright (Electrical) Ltd* [1996] 3 All ER 31.

görebilecektir. Örneğin hâkim gizli bir video görüntüsünün incelenmesine veya davanın karşı tarafına ifşa edilmesine yönelik muafiyetin söz konusu olup olmadığını belirleyebilmek için ilgili videoyu inceleyecek ve bundan etkilenmemesi mümkün olamayacaktır. *KPMG v. White & Case*⁵⁰¹ davasında delillerin eşit şekilde davanın her iki tarafına da açık olması gerektiği, hâkimin taraflardan biri tarafından sadece kendisine sunulan gizli bilgiyi dikkate alamayacağı ve hâkimin adli kararlarını her iki tarafça bilinen meseleler üzerinden verebileceği belirtilmektedir. Aksi takdirde bu durum tarafların adalete eşit şekilde erişimini olumsuz etkileyecektir⁵⁰².

*Nucleus Information Systems v. Palmer*⁵⁰³ davasında davacının kişisel bilgisayarının içeriğiyle ilgili bilgileri düzgün ifşa etmediği iddiasıyla davalı mahkemeye başvurarak bu bilgilere erişimin sağlanmasını talep etmiştir. Her ne kadar hâkimin, davalının bu bilgilere erişimini sağlama yetkisi bulunsa da bunu reddetmiştir. Çünkü taraflardan birinin keyfi şekilde sağlam ve makul gerekçe göstermeden davanın diğer tarafının sahip olduğu belgelere ulaşma isteği disclosure usulünde yetersiz görülmektedir. Bunu takdir yetkisi hâkimdedir.

II- Amerikan Hukukunda Discovery/Disclosure Müessesesi

A- Discovery⁵⁰⁴ Müessesesinin Son Dönem Tarihi Gelişimi

1- Genel Olarak

Discovery müessesesinin en temel amacı, davanın taraflarına davayla bağlantılı bilgi sağlayan bir mekanizma yaratmasıdır⁵⁰⁵. Bu mekanizma kapsamında taraflar birbirlerinden veya üçüncü kişilerden sahip oldukları veya denetimlerinde

⁵⁰¹ 18 Kasım 1996 tarihli karar yayınlanmamıştır, (naklen **Hollander**, s. 166).

⁵⁰² Bu durum AİHS'nin 6. maddesine aykırılık oluşturacağı gibi, Medeni Usul Kuralları'nın "Başlıca Hedefler" başlıklı 1.1(2)(a). maddesinde yer verilen eşit koşullarda yargılanma hakkına da zarar verecektir.

⁵⁰³ *Nucleus Information Systems v. Palmer* [2003] EWHC 2013 (Ch).

⁵⁰⁴ Çalışma boyunca bu müesseseğe İngiliz hukuku bahsinde yaptığımız gibi, Türkçe karşılık olarak "keşif", "buluş", "ifşa" gibi kavramlar kullanmak yerine çoğunlukla doğrudan İngilizce adını kullanmayı uygun görmekteyiz. Tüm dünyada discovery olarak bilinen bu kurumu Türkçeleştirip başka kavramlarla anlam karmaşasına sokmamak için böyle bir kullanımı daha uygun bulmaktayız.

⁵⁰⁵ 1983 FRCP değişikliği danışma komitesi notları, Notes of Advisory Committee on Rules- 1983 Amendment, http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 28.01.2015).

bulunan davayla bağlantılı bilgileri ortaya çıkarması için zorlamada bulunabilmektedir⁵⁰⁶. Amerikan hukukunda, düzgün işleyen bir yargılama için, uyuşmazlığa ilişkin vakıalarla bağlantılı her türlü bilginin karşılıklı taraflarca bilinmesinin temel bir gereklilik olduğu kabul edilmektedir⁵⁰⁷. Bununla birlikte avukatlar discovery kurallarını, genellikle davaya ilişkin vakıaların ortaya çıkarılması ve aydınlatılması yerine, taktiksel bir silah olarak görerek aşırı ve gereksiz kullanmaları durumunda, discovery müessesesinin ruhuna aykırı gelmiş olmakta⁵⁰⁸ ve bu kurumun işleyişini kötüye kullanmaktadırlar.

Amerikan hukukunda discovery usulünün sahip olduğu rol, İngiliz hukukuna göre daha etkili ve bu usulün uygulama alanı daha geniş olmuştur⁵⁰⁹. Bu sonucun oluşmasının önemli bir sebebi Amerikan hukukundaki dilekçe sistemindeki değişikliklerle, dilekçelerin öneminin azalması olarak görülmektedir⁵¹⁰. Dilekçelerin önemini kaybederek davaya ilişkin unsurları (vakıalar, deliller) yeterince kapsamaması⁵¹¹ sebebiyle oluşan olumsuz tablo, discovery usulü ile giderilmeye çalışılmıştır⁵¹². Bununla beraber, Amerikan hukukunda discovery usulünün popüler bir uygulamaya dönüşmesinin tek sebebi dilekçe sisteminde yaşanan değişiklikler değildir. Aynı zamanda, tarafların duruşma aşamasına, hasımlarının sunacağı delilleri bilerek girmesi; discovery usulünün kullanımıyla gerçek olmayan vakıaların yargılamadan elimine edilmesi; tarafların davadaki durumlarını net bir şekilde görerek anlaşma yollarına teşvik edilmesini kolaylaştırması; duruşmada oluşacak her türlü sürprizin ortadan kaldırılması; tarafların yargılamaya eşit şekilde hazırlanmasına imkan sağlayarak adil bir yargılamanın gerçekleştirilmesi de Amerikan hukukunda discovery usulünün benimsenerek yaygın bir şekilde uygulanmasına neden

⁵⁰⁶ **Jolowicz**, On Civil Procedure, s. 41.

⁵⁰⁷“*Mutual knowledge of all the relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation.*” *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 507 (1947).

⁵⁰⁸Notes of Advisory Committee on Rules- 1983 Amendment, http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 28.01.2015).

⁵⁰⁹ **Jolowicz**, On Civil Procedure, s. 41.

⁵¹⁰ **Edmund Morris Morgan**, Some Problems of Proof Under the Anglo-American System of Litigation, Columbia University Press, Cumberlege 1956, s. 29.

⁵¹¹ Dilekçe sistemindeki değişikliklere ilişkin açıklamalarımızı daha önce yaptığımız için (bölüm 2, §2 II B 1) burada tekrar açıklamak yerine kısaca değinmeyi yerinde görüyoruz.

⁵¹² **Jolowicz**, On Civil Procedure, s. 41.

olmuştur⁵¹³. Amerikan hukukunda discovery usulü o kadar çok benimsenmiştir ki, tahkim yolunda da discovery usulü geniş kapsamda uygulanmaktadır⁵¹⁴.

Discovery müessesesi zamanla Amerikan yargılamasının en önemli aşaması haline gelmiştir. 1970 yılından itibaren de discovery müessesesinin kötüye kullanıldığına ve bu aşamada hâkimin bulunmamasının yarattığı eksikliğe ilişkin eleştiriler yoğunluk kazanmıştır⁵¹⁵. 1980'li yıllarda gerçekleştirilen bir araştırmaya göre hâkimlerin çoğunluğu yargılamadaki yüksek masrafların temel sebebi olarak discovery müessesini göstermişlerdir⁵¹⁶. Yine başka bir araştırmaya göre discovery müessesesi yargılamayı yavaşlatmak, hasma gereksiz yüke sebep olarak hem ekonomik hem de psikolojik olarak hasmı davadan caydırmak amaçlı taktiksel bir silah olarak kullanılmaktaydı⁵¹⁷.

Discovery müessesesinin yoğun eleştirilere maruz kaldığı bu ilk dönemlerde, discovery müessesesi dava açıldığında otomatikman işlemekteydi. Tarafların talepleri doğrultusunda bir taraf, diğer taraftan sahip olduğu davayla ilgili her türlü bilgiye ulaşabilmekteydi. Bu dönemde, discovery müessesesinin kötüye kullanıldığı bir nokta, tarafların kendilerinden discovery talebiyle istenilen bilgileri vermekten kaçınmaları haliydi⁵¹⁸. Tarafların istenilen bilgiyi vermemeleri veya bilhassa eksik vermeleri halinde discovery usulünün gerçekleştirildiği aşamada hâkim aktif olarak

⁵¹³ **Jolowicz**, On Civil Procedure, s. 41.

⁵¹⁴ **Rosenberg**, Federal Rules of Civil Procedure in Action: Assessing Their Impact, s. 2204; **Thomas J. Stipanowich**, Rethinking American Arbitration, Indiana Law Journal, vol. 63, no. 3, 1987-1988, s. 464.

⁵¹⁵ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 116. Bu doğrultuda, discovery usulünün kötüye kullanılmasına ilişkin olarak bkz. **Weyman I. Lundquist** / **Frank F. Flegal**, Discovery Abuse-Some New Views About an Old Problem, The Review of Litigation, vol. 2/1, 1981-1982, s. 1-8.

⁵¹⁶ Judges Polled, Alternatives to the High Cost of Litigation, vol. 6, 1988, s. 149, (naklen **Rosenberg**, Federal Rules of Civil Procedure in Action: Assessing Their Impact, s. 2205, dipnot 26). Yapılan bir başka araştırmaya göre, küçük ve karmaşık büyük davalar arasında discovery kurallarının yarattığı etki bakımından fark olduğu belirtilmektedir. Buna göre, discovery müessesesinin olumsuz etkisi büyük ve karmaşık davalarda kendini gösterirken, küçük davalarda bu olumsuz etki söz konusu olmamaktadır, **Brazil**, Civil Discovery, s. 802.

⁵¹⁷ **Brazil**, Civil Discovery, s. 846 vd.

⁵¹⁸ Discovery yükümlülüğünü yerine getirmek sadece tarafların yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olmamakta; aynı zamanda taraf avukatlarının da discovery usul ve yükümlülüklerine riayet etmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, 1984 yılında verilen bir Amerikan federal mahkemesi kararında, discovery usulünün kötüye kullanılmasına ilişkin olarak, davalının avukatı şahsen 10.000 Amerikan dolarını ödemekle cezalandırılmıştır. Bu davada davalı avukatı discovery usulünü hem geciktirmiş hem de davaya ilişkin belgeleri yok ederek discovery usulünün gereğince yerine getirilmesini engellemiştir, (*Carlucci v. Piper Aircraft*, 102 F.R.D. 472, (S.D. Fla 1984)), **Marvel Frankel**, Partisan Justice, Hill and Wang, New York 1978, s. 488.

yer almadığı için büyük sorunlar yaşanmakta ve avukatlar böyle bir durumda ne yapacaklarını bilememektedir.

Bir diğer önemli husus ise, discovery usulü ile mahkemeye sunulmak istenen bilgilerin kapsamının çok geniş olmasıydı. Taraflar davayla alakalı her türlü bilgiyi talep edebilmektedir. Bu durum hem yargılamanın gereksiz yere uzamasına hem gereksiz masrafların oluşmasına hem de yargılamaya uyumsuzluk konusu esas vakıalar haricinde birçok vakıanın dahil edilerek karar verme sürecinin olumsuz etkilenmesine neden olmaktadır.

2- Discovery Müessesesini İyileştirme Çabaları

Bu başlık altında discovery usulünü değiştiren bütün değişiklikler ele alınmayacak olup, yalnızca discovery müessesesine büyük katkı sağlayan ve köklü değişikliklere neden olan reformlar hâkimin rolü çerçevesinde ele alınacaktır. Bu çerçevede çalışmamızda özellikle 1980, 1983, 1993 ve 2000 yılında gerçekleştirilen bazı değişikliklere aşağıda yer verilecektir. Fakat öncelikle 1938 yılında yürürlüğe giren Federal Medeni Usul Kuralları öncesinde uygulanan discovery usulü hakkında kısa açıklamalar yapılacaktır.

Discovery usulünün kullanılmaya başlaması, Amerikan *common law* mahkemelerinin temellerini oluşturan İngiliz hukuku döneminde değil de sonrasında; yani ilk olarak Amerikan mahkemelerinde uygulanmaya başlamıştır⁵¹⁹. Bu da discovery müessesesinin atasının Amerikan hukuku olduğunu göstermektedir. Amerikan hukukunda discovery müessesesi ilk olarak 16 Şubat 1828 tarihli kanunla Mississippi *common law* usulünde uygulanmaya başlamıştır⁵²⁰. Discovery usulünün uygulandığı bu ilk dönemlerde discovery sadece dava dilekçesinin bir parçası niteliğinde bulunan soruların davalı tarafından yazılı olarak yanıtlanması şeklinde gerçekleştirilmekteydi.

Bu dönemde İngiliz hukukunda ise, discovery usulü yine sadece yazılı soruların yanıtlanması ile sınırlı olsa da; ancak hâkimin izni ile kullanılabilen bir usul

⁵¹⁹ Robert Wyness **Millar**, The Mechanism of Fact-Discovery: A Study in Comparative Civil Procedure, Illinois Law Review, vol. 32/4, 1937-1938, s. 446.

⁵²⁰ **Millar**, The Mechanism of Fact-Discovery, s. 446.

olmasıyla kendisini Amerikan uygulamasından farklılaştırmaktaydı (*Common Law Procedure Act 1854*). 1873 ve 1875 tarihli Yargı Kanunları ile ise, hâkimin izni şartı ortadan kaldırılmaktaydı. Fakat hâkimin iznine tabi olmayan bir discovery usulünün masraflı ve yargılamayı uzatan bir hal alması⁵²¹, 1893 yılında bu usulun kullanımının yine hâkimin onayına bırakılmasına neden olmuştur⁵²².

1938 yılında yürürlüğe giren Federal Medeni Usul Kuralları ile beraber Amerikan hukukunda discovery usulü bakımından devrim niteliğinde yeni kurallar benimsenmiştir. Yeni kanunun en dikkat çekici hükümlerine göre, discovery usulü hâkim müdahalesi bulunmadan tamamen tarafların tekelinde gerçekleşen bir usul haline dönüşmüştü. Federal Medeni Usul Kuralları'nın 26. maddesine göre, taraflardan her biri imtiyazsız her konuda diğer tarafın iddia veya savunmasıyla bağlantılı herhangi bir bilginin ifşa edilmesini, hâkimin izni bulunmadan talep edebilmektedir.

Discovery müessesesindeki eksiklikler ve usulün kötüye kullanımının yarattığı olumsuz tablonun aktif dava yönetimiyle daha iyiye gideceği düşünülmekte, hâkimlerin bu süreçte etkin rol alarak bu süreci idare etmeleri tasarlanmaktaydı. 1980 yılında gerçekleştirilen kanun değişikliği ile, hâkimlerin duruşma öncesi aşamada oluşturulacak toplantılara (*pre-trial conferences*) katılarak, discovery usulünün kapsamını oluşturması ve takvimsel planlamasını yapması öngörülmekteydi. Bu sayede yargılamada discovery müessesesinin kötüye kullanımı sebebiyle oluşan gecikme ve masraflar önlenmiş olacaktı. Bu doğrultuda ilk adım 1980 yılında discovery sürecinin yönetimi amacıyla oluşturulacak duruşma öncesi discovery toplantılarının (*discovery conferences*) düzenlenmesiyle atılmış oldu. Fakat discovery toplantılarının sürekli bir rutin olarak uygulanması tasarlanmamıştı⁵²³ ve bu sebeple de nadiren uygulanabilmiştir.

⁵²¹ **Jolowicz**, On Civil Procedure, s. 42-43.

⁵²² **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 204; **J. I. H. Jacop**, The Reform of Civil Procedural Law and Other Essays in Civil Procedure, Sweet and Maxwell, London 1982, s. 76.

⁵²³ 1980 FRCP değişikliği danışma komitesi notları, Notes of Advisory Committee on Rules- 1980 Amendment, http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 27.01.2015). Ayrıca belirtmek gerekir ki, discovery toplantıları ile duruşma öncesi hazırlık toplantıları birbirlerinden ayrı olarak yapılsa da, eğer discovery usulüne ilişkin herhangi bir kötüye kullanma hareketini önlemek hala mümkünse bu toplantılar FRCP Rule 16 kapsamında birleştirilebilmekte ve tek bir toplantı olarak görülebilmektedir. Bunu takdir hakkı da hâkime bırakılmıştır.

Federal Medeni Usul Kuralları'nın discovery müessesesine ilişkin 1983 yılında gerçekleştirilen discovery usulünün kapsamı ve sınırları başlıklı (FRCP Rule 26(b)(1)) değişikliğiyle, discovery hükümlerinin ve araçlarının gereksiz şekilde uygulanmaması ve bu doğrultuda sınırlandırılması amacıyla hâkimlere, takdir hakkı verilmiştir. Discovery uygulamasının sınırlandırılması taraflarca ileri sürülen bir korunma talebi (*protective order*) ile gerçekleşebileceği gibi, hâkim de re'sen buna karar verebilmektedir. Bir davada somut olaya göre discovery usulünün gereklerine karar verecek olan hâkim, bunu Federal Medeni Usul Kuralları'nın 26(b)(1). maddesinde belirtilen unsurlara göre gerçekleştirecektir. Kanun değişikliğinde görev alan danışma komisyonunun raporunda, maddeye böyle bir değişikliğin yapılmasındaki amacın hâkime gereksiz ve orantısız şekilde kullanılan discovery uygulamalarının sayısını azaltmak konusunda yetki sağlanması olduğu belirtilmiştir⁵²⁴. Böylece maddeye eklenen bu yeni cümleyle hâkimlere discovery usulünün aşırı ve gereksiz kullanımını önlemek üzere yapacakları inceleme ve belirlemelerde daha sert bir tavır takınmaları ve büyük oranda gereksiz discovery uygulamalarını sınırlandırabilmeleri teşvik edilmiştir⁵²⁵. Bununla beraber uygulamadaki örnekler genel olarak ele alındığında, hâkimlerin discovery araçlarının uygulamasını sınırlandırmak konusunda, çok da istekli olmadıkları sonucu çıkmaktadır⁵²⁶.

Discovery müessesesini daha etkili ve kötüye kullanılmaya karşı daha dayanıklı bir hale getirmek için, "orantılı" olma gerekliliği discovery müessesesi kapsamına eklenmiştir. Böylece hâkimin arttırılmış dava yönetimiyle sürece daha aktif olarak dahil edilmesi sağlanmıştır. Bu şekilde hâkimin re'sen ön duruşma toplantısı sırasında discovery usulünün kullanımının orantılılığına karar vermesi de mümkün kılınmıştır⁵²⁷. Böylelikle hâkimlere gereksiz, aşırıya kaçmış discovery taleplerine

⁵²⁴ http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 28.01.2015).

⁵²⁵ Uygulamada madde değişikliğine gerekçe olarak gösterilen sınırlandırmalara özellikle FRCP Rule 26(c)'de düzenlenen tarafların korunma talebiyle başvurulduğu gözlemlenmiştir, *Carlson Cos. v. Sperry & Hutchinson Co.*, 374 F. Supp. 1080 (D. Minn. 1974); *Dolgow v. Anderson*, 53 F.R.D. 661 (E.D.N.Y. 1971); *Mitchell v. American Tobacco Co.*, 33 F.R.D. 262 (M. D. Pa. 1963); *Welty v. Clute*, 1 F.R.D. 446 (W.D.N.Y. 1941).

⁵²⁶ *Apco Oil Co. v. Certified Transp., Inc.*, 46 F.R.D. 428 (W.D.Mo. 1969); **Charles Alan Wright / Arthur Raphael Miller / Edward Hayes Cooper**, Federal Practice and Procedure, West Publishing Company, 1970, vol. 8, Civil § 2036, 2037, 2039, 2040.

⁵²⁷ Notes of Advisory Committee on Rules- 1993 Amendment of Rule 26 (b), http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 28.01.2015).

engel olma yetkisi verilmekteydi.

1993 yılında discovery müessesesine yönelik kötüye kullanımların önüne geçmek amacıyla gerçekleştirilen değişiklikle birlikte ön duruşma toplantıları teşvik edilmekte ve bünyesinde discovery usulüne ilişkin yönetim ve planlama işlerinin gerçekleştirilmesi öngörülmekteydi⁵²⁸. Böylece hâkim discovery usulünü yönetebilmekte ve yargılamada oluşabilecek gecikme ve masrafların önlenmesine katkıda bulunabilmekteydi. 1993 yılında gerçekleştirilen değişikle tarafların ön duruşma toplantısından önce bir discovery toplantısı yapması rutine bağlanarak tarafların işbirliği içinde bilgi değiş tokuşu yapması sağlanmaktaydı. Discovery toplantısının hemen ardından hâkimin yönetiminde yürütülen ön duruşma toplantısında ise tarafların önceden görüşmüş oldukları discovery'e ilişkin bilgilerin kapsamı ve sınırları çizilmekte ve discovery usulünün gerçekleştirilmesine ilişkin takvimsel planlamalar yapılmaktaydı⁵²⁹.

Federal Medeni Usul Kanun'a yapılan bu değişiklikle, discovery usulünün kullanımı olası kötüye kullanımlara karşı sınırlandırılmaktaydı. Buna göre, yeminli ifade sırasında sorulacak soru sayısı on adeti geçmeyecek ve yazılı soru sorma şeklinde yapılan sorgulamalarda soru sayısı en fazla yirmi beş olabilecektir. Eğer ek soru sorulmak isteniyorsa bu ancak hâkimin izniyle veya karşı tarafın izniyle mümkün olabilecektir (FRCP Rules 30 (a)(2)(A), 31, 33(a)). Discovery uygulamasının kapsamının sınırlandırılması veya genişletilmesi konusunda hâkime bu kanun değişikliğiyle daha fazla yetki verilerek davanın gereklerine uygun olarak soru sayısının hâkim tarafından arttırılabilmesi mümkün hale getirilmişti⁵³⁰. Aynı şekilde hâkim discovery usulünün kapsamının daraltılması konusunda da yetkilendirilmişti⁵³¹. Bu doğrultuda, hâkim yeminli ifadelerin uzunluğunu ve ikrara davet usulünün (*request for admission*) sayısını sınırlandırabilmekteydi. Bir tanığın bir kereden fazla yeminli

⁵²⁸Notes of Advisory Committee on Rules- 1993 Amendment of Rule 16 (b), http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 27.01.2015).

⁵²⁹ Notes of Advisory Committee on Rules- 1993 Amendment of Rule 16-26 (f), http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_16; http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 28.01.2015).

⁵³⁰ Notes of Advisory Committee on Rules- 1993 Amendment of Rule 30 (a), http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 28.01.2015).

⁵³¹ Notes of Advisory Committee on Rules- 2000 Amendment of Rule 26 (a), http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 28.01.2015).

ifadesinin alınması ancak hâkimin izni ile mümkün olabilmekteydi (FRCP Rule 30 (a) (2) (B)).

Bir diğer önemli reform, “*disclosure*” kurumunun kabul edilmesidir. Doktrinde discovery müessesesinden, disclosure müessesesine geçişin duruşma öncesi aşamada bilgilerin değiş tokuşu sisteminin geliştirilmesi bakımından yararlı bir adım olduğu belirtilmektedir⁵³². Discovery hükümlerine göre taraflar ancak resmi bir discovery talebi neticesinde birbirlerinden bilgi talep edebilmektedirler⁵³³. Disclosure usulüyle taraflar bilgi değiş tokuşunu resmi bir talebe gerek olmaksızın kendiliğinden gerçekleştirmektedirler⁵³⁴. Böyle bir değişikliğin en temel amacı davayla ilgili bilgi alışverişine hız kazandırılması ve tarafların birbirlerinden bilgi istemek üzere oluşturdukları talepler neticesinde oluşan kağıt işlerinin azaltılmasıdır.

Aslında Amerikan hukukunda discovery usulünden disclosure usulüne geçiş yeni olsa da, Kanada ve İngiliz hukuklarında davanın karşı tarafının talebi olmaksızın uyuşmazlığa ilişkin iddia, savunma ve delillere ilişkin bilgilerin ifşası usulü yıllardır varlık göstermektedir⁵³⁵. Buna göre İngiliz hukukunda, tarafların davayla ilgili olarak sahip oldukları veya hâkim oldukları tüm belgelerin bir listesini hazırlayarak, davanın karşı tarafından herhangi bir talep bulunmaksızın sunmaları discovery müessesesi çatısı altında varlık göstermektedir⁵³⁶. Amerikan hukukunda ise, davanın karşı tarafının talebiyle işleyen discovery müessesesinden, talebe bağlı olmayan disclosure usulüne geçiş İngiliz hukukundan sonra gerçekleşmiştir.

1993 yılında gerçekleştirilen değişiklikle, Federal Medeni Usul Kanunu’nun

⁵³² **W. W. Schwarzer**, Slaying the Monsters of Cost and Delay: Would Disclosure Be More Effective Than Discovery, *Judicature*, vol. 74/4, 1990-1991, s. 178 vd. ; **Lawrence M. Frankel**, Disclosure in the Federal Courts: A Cure For Discovery Ills, *Arizona State Law Journal*, vol. 25/1, 1993, s. 249 vd.

⁵³³ **Schwarzer**, The Federal Rules, The Adversary Process and Discovery Reform, s. 721 vd.

⁵³⁴ Notes of Advisory Committee on Rules- 1993 Amendment of Rule 26 (a), http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 28.01.2015).

⁵³⁵ Notes of Advisory Committee on Rules- 1993 Amendment of Rule 26 (a), http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 28.01.2015).

⁵³⁶ Belirtmek gerekir ki, İngiliz hukukunda Medeni Usul Kuralları discovery usulünden disclosure usulüne geçişle otomatik işleyen bu süreci hakim izni ile işleyen bir sisteme dönüştürmüştür. Yani Amerikan hukukunda discovery usulünden disclosure usulüne geçişle bu usul otomatik işleyen bir sisteme dönüşürken İngiliz hukukunda tersi şekilde otomatik işlemeyen, hakim izniyle şekil alan bir modele dönüşmüştür. Bu mukayese sonucunda İngiliz hukukundaki değişimin daha yerinde bir değişim olduğunun altını çizmek gerekir. Bu değişimle hakim aktif olarak disclosure usulünü denetlemektedir. Bu sayede aşırıya kaçmış, denetimsiz ve orantısız dava malzemesi toplanması önlenmiş olmaktadır.

26 (a) maddesine göre, tarafların davanın başlangıcında potansiyel tanıklarına, belgeye dayalı delillerine, zararlarına ve sigortalarına (*insurance*) ilişkin bilgiyi birbirleriyle paylaşması gerekmektedir. FRCP Rule 26 (a)(2)'de ise, disclosure usulünün gerçekleştirildiği aşamada uygun bir zamanda tarafların bilirkişileri belirlemeleri ve duruşmada dinlenecek tanıkların detaylı yazılı ifadelerinin sağlanması; (a)(3)'de ise duruşma günü yaklaşırken duruşmada sunulacak belirli delillere ilişkin bilgiyi paylaşması gerektiği belirtilmektedir. Maddede sayılan bu kalemlerin sınırlı olmadığı ve hâkim tarafından talep edildiği takdirde, taraflarca discovery usulünün gerçekleştirilmesine yönelik bir talep olmadan da, ek bilgilerin paylaşılmasının taraflardan istenebileceği madde değişikliğini hazırlayan komisyon tarafından belirtilmektedir⁵³⁷.

2000 yılında ise, disclosure müessesesi uyuşmazlık konusuyla bağlantılı meseleler yerine, iddia veya savunmayla bağlantılı mevzularla sınırlandırılmıştır⁵³⁸. Bu değişiklik hâkime, disclosure incelemesini tarafların dilekçelerinde ileri sürdüğü iddia ve savunmalarla sınırlandırma yetkisi tanımaktadır. Bu değişiklik aynı doğrultuda tarafların da dilekçelerinde yer almayan yeni iddia ve savunmaları ileri sürme yetkilerinin de bulunmadığını belirtmiş olmaktadır. Hâkim somut olayın şartlarına, iddia ve savunmaların niteliğine ve aynı zamanda talep edilen disclosure incelemesinin kapsamını göz önünde bulundurarak daha kapsamlı bir disclosure incelemesi yapılmasına dahi karar verebilmektedir⁵³⁹. Yani hâkim dava konusuyla bağlantılı her konuda disclosure incelemesi talep etme yetkisini saklı tutmaktadır.

Sonuç olarak bu süreçte hâkimin rolü arttırılarak disclosure usulünü yönetmesi ve bu sayede yargılamanın gecikmeksizin ve aşırı masrafa yol açmadan yürütülmesi amaçlanmıştır. Hâkimin disclosure usulünün yönetimi sürecine dahil edilmesinin, kötü niyetli, aşırı ve gereksiz disclosure uygulamalarını kontrol altına almak üzere devreye sokulan çok önemli bir yöntem olduğunun altı 2000 yılı değişikliklerinde tekrar

⁵³⁷ Notes of Advisory Committee on Rules- 1993 Amendment of Rule 26 (a), http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 28.01.2015).

⁵³⁸Notes of Advisory Committee on Rules- 2000 Amendment of Rule 26 (b), http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 28.01.2015).

⁵³⁹ Notes of Advisory Committee on Rules- 2000 Amendment of Rule 26, http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 28.01.2015).

çizilmiştir⁵⁴⁰. Hâkimlerin disclosure usulüne ilişkin uyuşmazlıkların çözümü ve aynı zamanda disclosure usulünün yönetimi sürecine dahil olmaları avukatlar tarafından da uygun görülerek benimsenmiştir⁵⁴¹.

Her ne kadar yukarıda saydığımız değişikliklerde hep discovery-disclosure usulünün kötüye kullanımına karşı sınırlandırılmasını vurgulasak da, disclosure uygulamasıyla kapsamlı araştırma ve dava malzemesi toplama felsefesi de varlığını korumuştur. Şöyle ki, 2006 yılında elektronik ortamda depolanmış bilgi ile belgeleri de dava malzemesi toplanması usulüne tabi tutan, e-discovery⁵⁴² usulünün benimsenmesi de bunu doğrular niteliktedir (FRCP Rule 34 (a)).

B- Federal Medeni Usul Kuralları Çerçevesinde Discovery Müessesesi

1- Genel Olarak

1938 tarihli Federal Medeni Usul Kuralları'nı hazırlayan kanun koyucular, davaya ilişkin bilginin alıkonulmaması ve duruşmada sürpriz yaşanmaması için discovery müessesesine ilişkin kuralların kapsamlı ve liberal olmalarına özen göstermişlerdir⁵⁴³. Discovery müessesesine ilişkin Federal Medeni Usul Kuralları'nın 26. maddesinde tarafların iddia veya savunmalarıyla bağlantılı ayrıcalıklı olmayan tüm meselelerin (*non-privileged matter*) taraflarca keşfinin (*discovery*) mümkün olduğu belirtilmektedir. Geleneksel dava malzemesinin toplanması yöntemlerinden keskin şekilde ayrılan Federal Medeni Usul Kuralları bu açıdan devrimci bir kanun olarak nitelendirilmiştir⁵⁴⁴. Özellikle önemli ölçüde bir mahkeme müdahalesi olmadan işleyen liberal şekilde düzenlenen discovery müessesesi bu kanunun en çarpıcı yeniliklerinden birini oluşturmaktadır. Federal Medeni Usul Kuralları da birçok eyalet yargılamasını etkileyerek dava malzemesinin toplanması usulünde bir örnek teşkil

⁵⁴⁰ Notes of Advisory Committee on Rules- 2000 Amendment of Rule 26, http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 28.01.2015).

⁵⁴¹ Notes of Advisory Committee on Rules- 2000 Amendment of Rule 26, http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 (Çevrimiçi 28.01.2015).

⁵⁴² E-Discovery usulünün Amerikan hukukunda uygulanışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bradley Schaufenbuel**, E-Discovery and the Federal Rules of Civil Procedure: A Pocket Guide, IT Governance Publishing, Ely 2007.

⁵⁴³ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 207.

⁵⁴⁴ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 207.

etmiştir⁵⁴⁵.

Amerikan hukukunda discovery usulüne ilişkin kuralların kabul edilmesiyle beraber tarafların sorgulanmasına ilişkin imkanlar artmıştır. Discovery müessesesi bünyesinde üç tür taraf sorgulama yöntemi barındırmaktadır. Bunlar: 1- Sorgu (*Interrogatories*), 2- İkrara davet (*Request for admission*), 3- Yeminli ifade (*Deposition*)’dır. Bu usullerin hepsi taraflarca yürütülen sorgu yöntemleridir. Bu yöntemler mahkeme dışında (*extra judicial*) hâkim bulunmadan gerçekleşmektedir. Ancak taraflar arasında bir anlaşmazlık olursa veya kurallara aykırılık söz konusu olursa hâkim bu sürece dahil edilecektir⁵⁴⁶. Bu çerçevede, taraflardan biri mahkemeden discovery usulünün, davanın diğer tarafına zorla uygulanması amacıyla korunma (*protective order*) veya bazı yaptırımların uygulanmasını talep edebilir (FRCP Rules 26, 35, 37). Federal Medeni Usul Kuralları’nın yürürlüğe girmesinden itibaren discovery müessesesinin önemi gitgide artmıştır. Özellikle tarafların sorgulanması ve yeminli ifadelerinin alınması discovery müessesesi çerçevesinde en önemli usuller olmuşlardır⁵⁴⁷.

Aşağıda discovery-disclosure müessesesi bünyesinde bulunan usuller hâkimin rolü çerçevesinde ele alınacaktır, tarafların rolü ise çalışmanın konusuna dahil olmadığı için sadece hâkimin rolü ile kesiştiği yerlerde ele alınacaktır.

2- Discovery/Disclosure Müessesesi Kapsamında Tarafların Sorgulanması (*Party Interrogation*)

a- 19. Yüzyılın Başlarında Tarafların Sorgulanması

Bu dönemde tarafların sorgulanması konusunda imkanlar sınırlıydı⁵⁴⁸. Taraflar tanıklar gibi yemin ederek tanıklık yapamamaktaydı. Hâkimler de yetkileri bulunduğu ölçüde tarafları sorgulayabilmekte; fakat bu yetkilerini de Anglo-Amerikan hukukuna hâkim olan taraflarca getirilme ilkesinin etkisiyle kullanmaktan tereddüt

⁵⁴⁵ Örneğin Federal Medeni Usul Kuralları’nın kabulünün ardından 1939 yılında Arizona, 1941 yılında Colorado, 1942 yılında New Mexico, 1947 yılında Delaware, 1948 yılında New Jersey ve 1949 yılında Utah eyaletlerinde de discovery müessesesi eyalet kanunlarına eklenmiştir, **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 207.

⁵⁴⁶ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 203.

⁵⁴⁷ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 203.

⁵⁴⁸ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 192.

duymaktaydılar⁵⁴⁹.

İngiltere’de müşterek hukuk mahkemeleri tarafların sorgulanması konusunda hiçbir olanak sağlamamaktaydı. Bu dönem İngiltere’inde iki temel eksikliğe dikkat çekilmekteydi. Bunlar: 1-Hasmı sorgulayacak imkanların eksikliği ve 2- Hasımın tasarrufunda bulunan belgeleri incelemeye açmaya (ifşa etmeye) mecbur edecek imkanın yokluğu idi⁵⁵⁰. Doktrindeki görüşe göre, taraf hâkimiyeti sistemi temelinde her bir tarafın kendi adına hareket etmesi üzerine kuruluydu⁵⁵¹. Dolayısıyla uyuşmazlığın çözümü için taraflardan birinin diğer tarafın davasına hazırlık sürecine yardım etmesi bu sisteme göre mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple, bu dönemde discovery usulü Anglo-Amerikan müşterek hukuk mahkemelerinde çok sınırlı şekilde kendini göstermekteydi⁵⁵². Bu dönemde aynı zamanda, taraf hâkimiyeti sisteminin etkisiyle hâkimlerin tarafları aktif olarak sorgulamaları engellenmekteydi⁵⁵³.

Aynı şekilde incelediğimiz Kıta Avrupası hukuklarında da, tarafın hasmını sorgulaması çok sınırlı şekilde mümkün olabilmekteydi. Bilgi sağlamak üzere hasmı zorlamak düşüncesi bu dönemde sıklıkla reddedilmekteydi (*Nemo tenetur edere contra se principle*)⁵⁵⁴. Hâkimler de tarafları sorgulama yetkileri bulunmasına rağmen dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine göre davranarak bu takdiri yetkilerini çok nadiren kullanmaktaydılar⁵⁵⁵.

b- Tarafların Sorgulanması Yöntemlerinde Genişleme

Hem Anglo-Amerikan hukukunda hem de aktardığımız Kıta Avrupası hukuklarında 19. yüzyıldan itibaren gitgide uyuşmazlığa ait vakıaların doğru şekilde toplanması ve mahkemeye sunulması meselesi önem arz etmeye başlamıştır⁵⁵⁶. Bu

⁵⁴⁹ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 192.

⁵⁵⁰ Blackstone, s. 382; Robert Wyness Millar, Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective, The Law Book Exchange, New Jersey 1952, s. 219.

⁵⁵¹ S. N. Subrin, Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules, Boston College Law Review, vol. 39/3, 1997-1998, s. 695.

⁵⁵² Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 192.

⁵⁵³ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 192.

⁵⁵⁴ Örneğin Avusturya ve Hollanda’da delil elde etmek veya bilgi sağlamak üzere hasmın zorlanması mümkün değildi.

⁵⁵⁵ S. Van der 1857 (naklen Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 192, dipnot 49).

⁵⁵⁶ Bu görüşün öncüleri Franz Klein ve Jeremy Bentham olarak gösterilmektedir, Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 193.

doğrultuda vakıaların doğru bir şekilde elde edilebilmesi için tarafları davayla bağlantılı tüm bilgileri sağlamaya mecbur bırakma gerekliliği ortaya çıkmaktaydı. Böylece Anglo-Amerikan ve incelediğimiz Kıta Avrupası hukuklarında, 19. yüzyıldan itibaren, tarafları sahip oldukları bilgileri paylaşmaya zorlayacak farklı araçlar kullanılmaya başlanmıştır.

Amerikan hukukundaki disclosure müessesesi ile taraflar hasımlarına zorunlu bilirkişi raporlarını, davada delil olarak ileri sürecekleri tanıkların isimlerini iletmektedirler. Benzer kurallar değerlendirmiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında da mevcut olmakla birlikte, delillerin Anglo-Amerikan hukukundan farklı bir zaman diliminde ve farklı bir şekilde ileri sürülmeleri gerekmektedir. Türk hukukunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119/1(f) maddesi çerçevesinde, davacının dava dilekçesinde iddia ettiği her bir vakıanın, hangi delillerle ispat edileceğini yine dava dilekçesinde açıkça belirtmesi gerekmektedir. Delillerin belirtilmesi somutlaştırma yükünün bir gereği olarak kabul edilmektedir. Davacı, dilekçesinde gösterdiği ve kendi elinde bulunan belgelerin asıllarını ve davalı sayısından bir fazla sayıda örneğini dava dilekçesine ekleyerek mahkemeye sunmalıdır. Bununla beraber, tanık deliline dayanılmışsa sadece bunun belirtilmesi yeterli olup, tanık listesi daha sonra tanıkların dinlenmesi aşamasına gelindiğinde verilebilir.

Tarafların sorgulanmalarına ilişkin tarafların tanık olarak dinlenmesi de önemli bir usul olarak ortaya çıkmaktadır. Davanın taraflarının yemin altında tanıklık yapabilmeleri, Anglo-Amerikan ve incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında farklılık arz etmektedir. Aslında Anglo-Amerikan hukukunda geçmişte, bazı Kıta Avrupası hukuklarında olduğu üzere tarafların kendi davalarında tanık olabilmesine izin verilmezken⁵⁵⁷, 1851 yılında ilk defa İngiliz hukukunda tarafların kendi davalarında tanık olmasına izin verilmeye başlanmıştır. Amerikan hukukunda ise, İngiliz hukukunu takiben 1900'li yıllarda tarafların kendi davalarında tanıklık yapabilmeleri mümkün hale gelmiştir⁵⁵⁸. Kısaca, günümüzde hem İngiliz hem de

⁵⁵⁷ İtalyan, Belçika ve Fransız hukuklarında tarafların kendi davalarında tanıklık yapması kabul edilmemektedir, **O. G. Chase / H. Herschkoff / L. Silberman / Y. Taniguchi / V. Varano**, *Civil Litigation in Comparative Context*, Thomson West, 2007, s. 262; **Van Rhee**, *European Traditions in Civil Procedure*, Part 2B.

⁵⁵⁸ **Joel N. Bodansky**, *The Abolition of the Party-Witness Disqualification: An Historical Survey*, *Kentucky Law Journal*, vol. 70, 1981-1982, s. 93.

Amerikan hukukunda tarafların kendi davalarında tanık olmalarına ilişkin herhangi bir engel bulunmamaktadır. Diğer taraftan Türk hukukunda ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 240/1. maddesine göre, ancak davada taraf olmayan kişiler tanık olarak gösterilebilmektedir. Bununla beraber, taraf olarak davada dinlenmiş olan kişi, tanık olamaz; ancak taraf olarak dinlenmemişse tanık olabilir⁵⁵⁹.

Önemle belirtmek gerekir ki, Amerikan hukukunda tarafların çeşitli adlar altında verdikleri ifadeler ve bunların etkisi arasında ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Buna göre, tarafların duruşma sırasında tanık olarak sorgulanmaları sonucunda verdikleri ifadeler delil “*evidence*” olarak kabul edilirken; tarafların discovery aşamasında yazılı olarak sorgulanması “*interrogatory*” veya yeminli ifadelerinin alınması usulü “*deposition*” ile elde edilen ifadeler yalnızca taraf iddialarından (*party allocation*) öteye geçmemektedir. Her ne kadar, tarafların duruşma öncesindeki ifadeleri, duruşma aşamasında da kullanılabilirse de, tarafların verdiği bu ifadeler arasında açık bir fark bulunmakta ve bu fark duruşma öncesi aşama ve duruşma aşaması ayrımıyla örtüşmektedir⁵⁶⁰.

Türk hukukunda ise, taraf ifadelerine yönelik bu şekilde açık bir ayrım bulunmamaktadır. Kıta Avrupası hukuku çatısı altında yer alan Türk hâkimi delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında tarafların ve avukatlarının ifadelerini, yargılama aşaması farketmeksizin delil olarak kabul etmektedir.

Bu temel farklılığın kaynağı Amerikan hukukunda jürili yargılamanın gerçekleştirilmesidir. Amerikan jürisi, sadece duruşmada sunulan delilleri dikkate alabilmektedir. Duruşma öncesi verilen taraf ifadeleri, duruşma aşamasında yinelenmediği takdirde, jürinin bu ifadelere yönelik bir bilgisi olmayacak ve dolayısıyla jüri bu ifadeleri delil olarak değerlendirmeye tabi tutamayacaktır.

Aşağıdaki bölümlerde genel olarak hâkimin tarafların sorgulanmasında giderek artan rolü ele alınacaktır. Türk hukukunda hâkimin taraflara soru sormasına dayalı yöntemler öne çıkarken, Anglo-Amerikan hukukunda ise, tarafların hasımlarından

⁵⁵⁹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 765, örneğin kanuni temsilci taraf değildir; fakat isticvap edilmişse artık tanık olarak dinlenemez.

⁵⁶⁰ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 240.

davayla ilgili bilgileri getirmelerini sağlayan giderek artan rolleri dikkat çekmektedir.

(aa)- Yazılı Soru Sorma Şeklinde Sorgulama (*Interrogatories*)

Federal Medeni Usul Kurallarında düzenlenmiş olan yazılı sorgulama usulü aslında Federal Hakkaniyet Kuralları'ndan (*Federal Equity Rules*) esinlenilerek oluşturulmuştu⁵⁶¹. Taraflar ilk önce tarafları sorgulamak üzere hâkimin iznini almaktaydı. İzin alındıktan sonra ise, yazılı sorular doğrudan davanın diğer tarafına gönderilmekteydi. Yani soruların içeriği hakkında hâkimden tekrar izin almak gerekmemekteydi. Böylece sorgulama hızlı ve kullanışlı bir discovery usulü olarak tarafların yürüttüğü bir yöntem olmaktadır⁵⁶².

Mahkemeyi, tarafların giderek artan sorgulama taleplerinden korumak üzere, 1970 yılında sorgulama usullerinde değişiklikler kabul edilmiştir⁵⁶³. Örneğin bu yeni düzenlemeyle birlikte artık hâkimin iznine gerek kalmadan taraflar sorgulamalarına başlayabilmekteydiler. Böyle bu usulün kabûlüyle beraber, sorgulama tamamen mahkemenin müdahalesi bulunmaksızın işleyen bir yöntem haline gelmiştir (FRCP Rule 33). Tarafların soruları⁵⁶⁴ birbirlerine posta aracılığıyla ulaştırılmakta, cevaplar da yine posta aracılığıyla sorgulayan tarafa ulaştırılmaktaydı. Mahkeme ancak bu usul işlerken taraflar arasında bir uyuşmazlık yaşanırsa sürece dahil edilmekteydi. Yani hâkim sadece usuli sürecin düzgün bir şekilde işlemesi için tarafların talebi ile sürece müdahil olmaktadır. Örneğin sorgulanan taraf sorulardan birinin uygun olmadığını düşünerek soruyu cevaplamamasının gerekçelerini belirterek cevaplamayı reddettiğinde, sorgulayan taraf bu halde mahkemeden karşı tarafın soruyu cevaplamasını talep etmekte ve hâkim de bu durumu takdir ederek söz konusu tarafın soruları cevaplamasına lüzum olup olmadığına karar vermektedir⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ **E. R. Sunderland**, The New Federal Rules, West Virginia Law Quarterly, vol. 45/1, 1938-1939, s. 24.

⁵⁶² Note, Developments in the Law-Discovery, Harvard Law Review, vol. 74, 1961, s. 960.

⁵⁶³ Note, Developments in the Law-Discovery, s. 963.

⁵⁶⁴ 1993 yılından beri kural olarak taraflar 25 soru ile sınırlandırılmışlardır, FRCP Rule 33 (a).

⁵⁶⁵ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 207.

(bb)- İkrara Davet (*Requests for Admission*)

Aslında kaynağını 1883 tarihli İngiliz Yüksek Mahkeme Kuralları'ndan alan (Order 32, Rule 4)⁵⁶⁶, Federal Medeni Usul Kuralları'nın 36. maddesinde yer alan ikrara davet, liste halinde sorulardan oluşan bir usulü öngörmektedir. Her ne kadar ilk bakışta, yazılı soru sorma şeklinde sorgulama usulüne benzese de, şeklen ve amaç olarak farklı bir usuldür⁵⁶⁷. Bu discovery türünde esas amaç, uyuşmazlık içinde olmayan vakıaların belirlenerek, uyuşmazlık konusu vakıaları belirginleştirmek ve uyuşmazlık konusu olmayan vakıaların yargılamadan hariç tutulmasını sağlamaktır⁵⁶⁸. Madde kapsamında hem vakıaların doğrulanması hem de tanımlanan bazı belgelerin gerçekliğinin doğrulanması talep edilebilecektir (FRCP Rule 36 (a)(1)(A)(B)). Her bir soru açıklayıcı bir beyan niteliğindedir ve soruları cevaplayan taraf bu beyanı ya kabul etmekte ya reddetmekte ya da kabul veya reddetmeksizin beyanla ilgili detaylı açıklama yapmaktadır. Dolayısıyla bu soru listesi adeta bir doğru-yanlış soru formu niteliğine bürünmektedir.

Aslında vakıaların kabulü usulü bir açıdan Türk hukukundaki isticvap kurumuna benzemektedir. İsticvap ikrar elde etmek amacıyla tarafların kendi aleyhlerine olan hususlarda mahkeme tarafından sorguya çekilmeleridir⁵⁶⁹. İsticvap, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre deliller arasında sayılmayarak, tahkikat aşamasında hâkimin ikrar elde etmek veya isticvap konusu vakıa hakkında bilgi sahip olmak ve kanaat oluşturmak için talep üzerine veya re'sen başvurulabilecek bir hukuki yol olarak öngörülmüştür⁵⁷⁰.

İspat amacına hizmet etmesi sebebiyle doktrinde delil olup olmadığı tartışmalı

⁵⁶⁶ *Banca Nazionale Di Credito v. Equitable Trust Co.*, 221 App. Div. 555, 557, 224 N. Y. Supp. 617, 620, 1. Dep't 1927, <https://casetext.com/case/banca-nazionale-di-credito-v-equitable-trust-co> (Çevrimiçi 13.07.2015).

⁵⁶⁷ Örneğin, bu usulde yazılı soru sorma usulünden farklı olarak soru listesi 25 soru ile sınırlandırılmamıştır, FRCP Rule 36.

⁵⁶⁸ Notes of Advisory Committee on Rules (1970), Rule 36, http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_36 (Çevrimiçi 20.01.2015).

⁵⁶⁹ Pekcanitez/ Atalay / Özekes, s. 596; Kuru /Arslan /Yılmaz, s. 347.

⁵⁷⁰ Tercan Erdal, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 72. İsticvabı delil olarak kabul eden görüşler de vardır, Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 759; Yaşar Şahin Anıl, Hukuk Davalarında Hâkimin Kendiliğinden Yapacağı İncelemeler, Adalet Dergisi, Mart-Nisan 1982, s. 341.

olan isticvabın, davanın aydınlatılmasına katkıda bulunan, bilgi ve kanaat oluşturma aracı niteliğine sahip bir usuli işlem olarak kabul eden görüşler⁵⁷¹ mevcut olduğu gibi, delil olarak değerlendiren görüşler⁵⁷² de bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, isticvap ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 144. ve 31. maddesi uyarınca hâkimin davayı aydınlatma ödevi birbirinden ayrı iki usuldür. Hâkim, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflar ve taraf avukatlarını davanın her aşamasında dinleyebilmektedir. Ayrıca hâkim, taraf ve avukatlarından belirsiz ve çelişkili hususlar hakkında açıklamada bulunmalarını isteyebilmektedir. İsticvapla uyumsuzluk konusu olan belli bir vakıanın ispatı söz konusu olurken; davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde çelişkili olan vakıanın net bir şekilde açıklığa kavuşturulması amaçlanmaktadır⁵⁷³.

İspat yükü kendisine düşen taraf iddiasını ispat edebilmek için çeşitli deliller göstermesine rağmen, hâkimde hüküm vermeye yetecek bir kanaat oluşmazsa, ilgili taraf isticvap edilebilecektir. Yani birtakım delilleri tamamlar nitelikte olduğu için isticvap tamamlayıcı işleve sahip olacaktır⁵⁷⁴. Gösterilen delillerle ispat tam olarak gerçekleştirilemezse, gösterilecek başka delil kalmazsa veya gösterilecek hiçbir delil bulunmazsa bu durumda isticvaba başvurulduğunda tali nitelikte bir isticvap gerçekleşmiş olacaktır⁵⁷⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tamamlayıcı yemin kurumunun kaldırılmasıyla, hâkim artık ispat yükü taşıyan tarafa re'sen yemin teklif edemeyeceği için, bütün takdiri delillerin incelenmesi sonucunda uyumsuzluk konusu vakıa hakkında tam bir kanaate ulaşamazsa, bu ispat yükü kendisine düşen tarafı isticvap edebilecektir. Böylece uygulamada isticvap işlev bakımından tamamlayıcı yeminin

⁵⁷¹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 597; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 348; Necip Bilge / Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 484; Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, s. 249.

⁵⁷² Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, Tasarı, s. 103; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 759; Tercan, İsticvap, s. 127.

⁵⁷³ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 375 ve 596; Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, s. 160.

⁵⁷⁴ Tercan, İsticvap, s. 314 vd.

⁵⁷⁵ Tercan, İsticvap, s. 314 vd.

yerini tutacaktır⁵⁷⁶.

Hâkimde hüküm vermesini sağlayacak nitelikte bir kanaatin oluşmaması halinde isticvaba başvurulması durumunda, isticvap delillerin toplanması bakımından değil; delillerin toplanmasından sonraki aşama olan delillerin değerlendirilmesi çerçevesinde önem taşıyacaktır⁵⁷⁷. İspat yükünü taşımayan karşı tarafın isticvap edilmesi halinde, ilgili taraf uyuşmazlık konusu vakıalar hakkında ikrarda bulunduğu takdirde hâkim ikrarla bağlı olacak ve söz konusu vakıalar ispat edilmiş sayılacaklardır. Karşı taraf ikrarda bulunmadığı takdirde ise, hâkim yapmış olduğu açıklamaları mevcut diğer delillerle birlikte o tarafın lehine veya aleyhine değerlendirecektir⁵⁷⁸.

Hâkimin isticvap edilen tarafın ikrarıyla bağlı olabilmesi için isticvap tutanağının tarafların huzurunda okunması ve tutanağın isticvap olunan tarafça imzalanması gerekmektedir (HMK madde 174). İsticvap tutanağı isticvap olunan tarafa okunmamışsa veya imzalatılmamışsa, bu tutanak Kanun'da öngörülen şartları taşıdığı takdirde delil başlangıcı olarak değerlendirilebilecektir⁵⁷⁹.

İsticvap sırasında ortaya konulan iddia ve savunmalara temel teşkil eden vakıalar hakkında isticvap edilen tarafça yapılan açıklamalar, bunlara ilişkin yeni delillerin gösterilmesini de gerekli kılabilir⁵⁸⁰. Söz konusu deliller taraflarca yargılamaya getirilebilecekleri gibi (HMK madde 145), hâkim de davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde taraflardan delil göstermelerini isteyebilecektir.

Kısaca, isticvap usulünde özellikle ikrar elde etmek için, taraflar kendi aleyhlerine olan hususlarda mahkemece sorguya çekilmektedirler⁵⁸¹. Hâkimin tarafları duruşmada dinleyerek, açıklamalarının alınmasından farklı bir usul olan isticvapta tarafların aleyhine olan hususlarda, özellikle ikrar elde etme amacı vardır. Oysa ki, tarafların dinlenmesinde hâkim aydınlatma görevini yerine getirmek için tarafları her zaman dinleyebilmekte (HMK madde 144/1); açık olmayan ve çelişkili konularda açıklama isteyebilmektedir (HMK madde 31). İsticvap sonunda, tarafın beyanları

⁵⁷⁶ Bolayır, s. 483.

⁵⁷⁷ Bolayır, s. 483.

⁵⁷⁸ Bolayır, s. 483.

⁵⁷⁹ Haluk Konuralp, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Yetkin, Ankara 2009, s. 106.

⁵⁸⁰ Bolayır, s. 484.

⁵⁸¹ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 596.

çerçevesinde, taraf eğer bir vakıayı ikrar ederse artık o vakıa çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez. Türk hukukunda kısaca anlattığımız tüm bu özellikler isticvapı, Amerikan hukukundaki “ikrara davet” usulüne amaç olarak ilk bakışta benzetmemizi destekler niteliktedir. Aslında Türk hukukundaki isticvapla da vakıalar hakkında çelişkiler giderilerek olayın aydınlanması sağlanmaktadır. Böylece uyuşmazlık taşımayan vakıalar da yargılamadan çıkarılabilmektedir. İsticvapla, vakıaların kabul edilmesi usulü arasında yine de birçok fark bulunmakla beraber en temel farklılığın bu usulün Türk hukukunda hâkim tarafından gerçekleştirilirken, Amerikan hukukunda mahkeme dışında bir usul olarak taraf ve avukatlarınca gerçekleştirilmesi olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Tekrar vurgulamak isteriz bu iki usulü birbirine benzetmemiz, temel ve kapsamlı bir kıyaslama olmamakla beraber, ilk görünüşte var olan amaç benzerliğidir. Dolayısıyla bu iki usulün tamamen birbirine benzeyen usuller olduğunu söylemek çok yanlış bir değerlendirme olacaktır.

Tıpkı yukarıda sorgu yönteminde belirttiğimiz üzere, vakıanın kabulü usulü de mahkeme dışında yürütülmektedir. Ancak taraflar arasında bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda (kendisine başvuru taraf yeterli, tatminkar cevap vermezse) mahkeme söz konusu tarafa sorgulamadan tatminkar cevap alamayan tarafın talebi üzerine, ikrara davet usulü kapsamında sorulan soruyu yanıtlamasını emredebilmekte veya söz konusu tarafı vakıayı kabule zorlamayarak bu vakıa çerçevesinde ikrara davet talebini reddedebilmektedir (FRCP Rule 36(a)(6)). Ayrıca hâkim, kendisine ikrara davet kapsamında soru yöneltilen taraf 36. maddeye uygun davranmaz ise, söz konusu tarafın vakıayı kabul ettiğine karar verebilmektedir. (FRCP Rule 36 (a)(6)).

Bu usul genellikle discovery sürecinin sonuna yaklaşıldığında taraflarca kabul edilmiş vakıaları belirlemek ve duruşma aşamasını kolaylaştırmak amacıyla kullanılmaktadır⁵⁸². Duruşma öncesi aşamanın bir parçası olarak öngörülen bu usul ile vakıaların ustaca ve ekonomik bir şekilde belirlenmesi amaçlanmıştır⁵⁸³. Taraflar arasında uyuşmazlık bulunmayan vakıaların bu usulle etkin ve basit bir şekilde

⁵⁸² https://www.law.cornell.edu/wex/requests_for_admission (Çevrimiçi 13.07.2015). Vakıaların kabulüne ilişkin uygulamadan bir örnek için bkz. <http://www.kentlaw.edu/perritt/courses/civpro/request-for-admissions.pdf> (Çevrimiçi 13.07.2015).

⁵⁸³ **Maurice J. Dix**, Request for Admissions Under Rule 36 of the Federal Rules of Civil Procedure, Fordham Law Review, vol. 10, issue 1, 1941, s. 74.

belirlenerek daha adil, hızlı ve ekonomik bir yargılama yapılması sağlanmaktadır⁵⁸⁴.

(cc)- Yeminli İfade (*Deposition*)

Amerikan hukukunda hâkim, yeminli ifadenin gerçekleştirildiği usulde de aktif şekilde yer almamaktadır. İfade alınması usulü, görevi ifade vereceklere yemin ettirmek olan bir memur veya tarafların üzerinde anlaştığı bir kişi önünde gerçekleşmektedir (FRCP Rules 28 (a) ve Rule 29). Yemin verdirme görevini yapan memur genellikle ifadeyi kayda alan mahkeme kâtibi olmaktadır⁵⁸⁵. Bu usul, tanıktan yemin alınarak sorgulanmasını gerektirir⁵⁸⁶. Vurgulamak gerekir ki, Türk hukukundan farklı olarak Amerikan hukukunda, taraflar da tanık sıfatıyla sorgulanırlar. (FRCP Rule 30(a) ve 31(a)).

İngiliz hukukunda ise, hâkim ancak adaletin gerçekleştirilmesi adına zorunluluğun söz konusu olduğu durumlarda, ilgili tanığı veya tanıkların yeminli yazılı ifadelerinin alınmasına karar verebilmektedir (CPR Rule 34.8). Hâkim bu yetkisini genellikle tanıkların yetmiş yaşından fazla olmaları halinde ya da tanıklık yapmak üzere mahkemeye gelmeleri mümkün olmayacak kadar hasta olmaları halinde veya duruşmadan önce ülkeyi terk edecek olmaları halinde kullanmaktadır⁵⁸⁷. Tanıkların ifadesi hâkim, sorgu hâkimi (*examiner of the court*) veya mahkeme memuru tarafından alınabilmekle birlikte bu usulün herhangi bir yerde gerçekleşmesi yeterlidir⁵⁸⁸. Bu doğrultuda ifade hastanın yatağı başında dahi alınabilmektedir. Tanık ifadesini verdikten sonra tıpkı duruşma aşamasının olağan usulü gibi sorgulamaya ve çapraz sorgulamaya da tabi tutulmaktadır⁵⁸⁹.

c- Tarafların Yazılı Olarak Sorgulanmasının (*Party Interrogation*) Kapsamının Değerlendirilmesi

Türk hukuku ile Amerikan hukuku arasındaki önemli bir farklılık olarak tarafların sorgulanması usul ve yöntemlerini gösterebiliriz. Amerikan hukukunda

⁵⁸⁴ *Gordon v. American Tankers Corp.*, 286 Mass. 349, 191 N. E. 51 (1934).

⁵⁸⁵ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 209.

⁵⁸⁶ **Yaşar Karayalçın**, Affidavit ve Türk Hukuku, BATİDER (1986), Cilt 13, Sayı 3-4, s. 48.

⁵⁸⁷ **Sime**, s. 421.

⁵⁸⁸ **Sime**, s. 421.

⁵⁸⁹ **Sime**, s. 421.

taraflar hem duruşma öncesi aşamada discovery usulü çerçevesinde sorgulanmakta hem de duruşma aşamasında ikinci defa sorgulanmaktadır. Her ne kadar bu iki sorgulama şekli, zamanı ve etkisi yukarıda bahsettiğimiz üzere farklı olsa da, tarafların sorgulanması çerçevesinde kabul edilmektedir. Duruşma öncesi aşamada tarafların sorgulanması mahkeme dışında gerçekleşmekte ve bu esnada hâkim bulunmamaktadır. Hâkimin aktif olarak yer almadığı bir sorgulama usulünün birçok olumsuz sonucu olmaktadır. Örneğin, Amerikan hukukunda, yeminli ifadesi alınırken taraf, çoğu zaman avukatı tarafından buna itiraz edilse de, bir dizi davayla bağlantısız sorulara maruz kalabilmektedir⁵⁹⁰. Dolayısıyla Amerikan hukukunda ister istemez sorgulama Türk hukukundaki gibi çerçevelenememekte ve kapsamı genişlemektedir. Türk hukukunda ise taraflar, tanık olarak kendi davalarında dinlenememektedir. Hâkim, aydınlatma ödevini yerine getirmek için tarafları her zaman dinleyebilmektedir (HMK madde 144/1) ve açık olmayan ve çelişkili konularda açıklama isteyebilmektedir. Bunun haricinde Türk hukukunda tarafların isticvabı da mümkündür. Tarafların dinlenilmesi ve isticvap usulleri haricinde taraflar Amerikan hukukundaki gibi sorgulama türlerine tabi olmazlar. Hâkim istediği zaman tarafları dinleyebileceğinden, Amerikan hukukundaki gibi duruşma öncesi ve sonrası usul farklılığı da Türk hukukunda bulunmamaktadır. Tarafların dinlenmesi ve isticvabı konusunda aktif rol alan Türk hâkimi, uyuşmazlığa ilişkin meselelere yönelik sorular sorduğundan ve süreci bizzat kendisi yönettiğinden, Amerikan hukukundaki gibi uyuşmazlığın kapsamının genişlemesine, davayla alakasız vakıaların yargılamaya dahil olmasına izin vermemektedir.

İkinci olarak, Türk hâkimleri tarafların yargılamaya sorgulama aşamasıyla adeta ne bulurlarsa dahil etme teşebbüslerine karşı tedbirli davranmakta ve Amerikan hukukundaki gibi geniş kapsamda bir dava malzemesi arayışına izin vermemektedirler⁵⁹¹. Hatta bu durum Amerikan hukukunda “*fishing for information*”; yani bilgi için olta atmak şeklinde bir deyimle ifade edilmektedir. Amerikan hukukunda taraflar sorgulama aşamasında davayla doğrudan bağlantılı olmayan

⁵⁹⁰ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 246.

⁵⁹¹ Kıta Avrupası hukuku çatısı altındaki İspanyol hukukunda da bu tip bir dava malzemesi arayışına izin verilmemektedir, <http://www.chambersandpartners.com/guide/practice-guides/location/241/6627/1401-200> (Çevrimiçi 08.02.2016). Fransız hukukunda da, Amerikan hukukundakine benzer şekilde geniş kapsamlı dava malzemesi arayışına, discovery, izin verilmemektedir, Jonathan Wise Polier, French-American Commercial Litigation, <http://paris-law.com/assisting-i-paris/litigation-in-france/> (Çevrimiçi 08.02.2016).

sorularla adeta olta atmakta ve sorgulamanın çerçevesini genişletmektedirler. Bu süreçte aktif rol oynamayan hâkimlerse bu durumu önleyememektedirler. Diğer taraftan Türk hukukunda hâkimler bu süreçte daha aktif bir rol oynayarak, bu tip olta atma teşebbüslerine izin vermemektedirler.

Üçüncü olarak, Amerikan hukukunda ispat yükü, kendisine bilgi paylaşma talebinde bulunulan tarafa düşmektedir. Yani Amerikan hukukunda discovery müessesesi çerçevesinde bilgi paylaşımı esas kuralken, Türk hukukunda ve incelemiş olduğumuz bazı Kıta Avrupası hukuklarında⁵⁹² discovery usulü söz konusu olmamakla beraber, taraflardan birini bilgi paylaşımına zorlama, talebe bağlı bir usuldür (HMK madde 220 ve 221). Amerikan hukukunda taraflar discovery usulü kapsamında, mahkemeden talepte bulunulmasına ve hâkim onayına gerek olmaksızın sorgulama usullerine riayet etmek zorundadır.

d- Mahkeme Tarafından (*Court-directed*) ve Taraflarca Yönetilen (*Party-directed*) Sorgulama Türleri ve Doğrudanlık İlkesi

(aa)- Mahkeme Tarafından ve Taraflarca Yönetilen Sorgulama Türleri

İncelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında taraflar mahkeme tarafından soruşturulmak üzere oluşturulmuş usulü araçlarla donatılmışken⁵⁹³, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde tarafların kendi hasımları tarafından soruşturulduğu bir usuli sistem tasarlanmıştır.

Yukarıda “Tarafların sorgulanması” başlığı altında belirttiğimiz üzere, Amerikan hukukunda dava malzemesinin toplanması usulünün temelini oluşturan discovery müessesesi mahkeme dışında işleyen bir sistemdir. Bu sürece mahkeme dahil olmamaktadır. Hâkimler genellikle bu süreçte davaya ilişkin olarak ne olup bittiği konusunda fikir sahibi değildirler. Bununla birlikte, bu süreçte taraflar hâkimden bir talepte bulunurlarsa ancak o zaman hâkim discovery aşaması ile ilgili

⁵⁹² İspanyol hukukunda da taraflar mahkemeden ilgili belgelerin ibraz edilmesine yönelik talepte bulunarak bu belgelerin zorla ibrazını sağlayabilmektedirler, <http://www.chambersandpartners.com/guide/practice-guides/location/241/6627/1401-200> (Çevrimiçi 08.02.2016).

⁵⁹³ Örneğin günümüzde Hollanda, Almanya ve Avusturya hukuklarında duruşmaya hazırlık evresinde hâkim tarafları sorgulamak amacıyla sorular sormaktadır. Bununla birlikte taraflar da birbirlerine hâkimin sorularına ek sorular yöneltebilmektedirler, **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 247.

bilgiye sahip olmaktadır.

Taraflar soruşturmaya tabi tutulduklarında hem Türk hukukunda hem de Anglo-Amerikan hukukunda mahkeme taraflara soru sorabilirken, aynı zamanda taraflar da birbirlerine soru sorabilmektedirler. Bununla birlikte uygulamada Türk hukuku ile Anglo-Amerikan hukuku birbirlerinden farklılaşmaktadırlar. Türk hukukunda soruşturma büyük oranda mahkeme yönetiminde gerçekleşmekte ve esas olarak taraflara hâkim soru sormaktadır. Amerikan uygulamasında ise soruşturma tarafların yönetiminde ilerlemekte; avukatlar tarafları çapraz sorguya tabi tutmaktadırlar. Amerikan hâkimleri ise, yukarıda örneklendirdiğimiz Kıta Avrupası hâkimlerinden farklı olarak tanıkları ve tarafları sorgulama yetkilerini sıklıkla kullanmamaktadırlar.

Amerikan ve Türk hukukları arasında tarafların dinlenmesine (sorgulanmasına) ilişkin bu temel farklılık, iki hukuk sistemini şekillendiren “taraf hâkimiyeti sistemi” ve “araştırma ilkesine dayalı sistem” ayrımının en güzel örneğini teşkil etmektedir.

(bb)- Doğrudanlık İlkesi

Mahkeme tarafından yönetilen sorgulama ile taraflarca yürütülen sorgulama türü doğrudanlık ilkesi bakımından da temel farklılığa dikkat çekmektedir. Buna göre, hâkim sözlü duruşmalarda yer alarak ve aktif faaliyet göstererek karar verebileceği gibi, kendisi tarafından gerçekleştirilmeyen yokluğunda hazırlanan bir sorgu tutanağı çerçevesinde karar verebilmektedir.

Kıta Avrupası hukuklarında eski dönemlerde yargılama usullerine ilişkin olarak doğrudanlık ilkesi büyük önem taşımamakta ve hâkimler Roma-Kanonik usul kuralları çerçevesinde tarafların ve tanıkların dinlenmesini özel yargıçlara (*special commissioner*) devretmekteydiler⁵⁹⁴. Birçok Kıta Avrupası hukukunda tarafların dinlenmesi, örneğin Fransız hukukunda kararı verecek hâkim eşliğinde gerçekleşmemekteydi.

Günümüzde ise, incelediğimiz Kıta Avrupası hukuklarında tarafların dinlenmesi genellikle davada esas kararı verecek hâkim eşliğinde gerçekleştirilmektedir. Amerikan hukukunda ise, hâkim sadece tarafların tanık olarak dinlendiği duruşmada

⁵⁹⁴ **Robert Wyness Millar**, The Formative Principles of Civil Procedure, Illinois Law Review, vol. 18/3, 1923-1924, s. 153.

bulunmaktadır. Bununla birlikte bütün davalar duruşma aşamasına kadar gelememekte, birçok dava duruşma aşamasına ulaşmadan çeşitli sebeplerle sonlanmaktadır. Dolayısıyla duruşma aşamasına gelmeden sonlanan davalarda hâkim çoğunlukla taraflarla hiçbir şekilde konuşmamış; tarafları görmemiş; dinlememiş olmaktadır. Bu tip davalarda hâkimler kararlarını mahkeme dışında gerçekleştirilmiş toplantılarda elde edilmiş tarafların yeminli ifadelerinin bir bölümünü içeren belgelere dayandırmaktadırlar⁵⁹⁵.

C- Soruşturmanın Kayda Alınması

Hâkimler için tarafların soruşturmalarına ilişkin olarak tutulan mahkeme kayıtları büyük önem taşımaktadır. Tarafların yeminli ifadeleri ve tarafların tanık olarak ifadeleri, hâkimin kararını oluştururmasında büyük oranda belirleyici olmaktadır.

İncelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında duruşma kayıtları genellikle kısa ve öz nitelikte olmakta ve bu kayıtlarda ağırlıklı olarak en önemli hukuki, usuli ve vakıalara ilişkin meseleleri içeren tartışmaların kısa bir özeti yapılmaktadır. Genellikle hâkimler duruşmayı özetlemekte ve taraflara da yapmak istedikleri yorumları ekleme olanağı vermektedir⁵⁹⁶.

Amerikan hukukunda yeminli ifadenin şekli nasıl olursa olsun, mutlaka kelime kelime yeminli ifadeyi kapsayan bir tutanak (*verbatim transcript*) oluşturulmaktadır ve bu tutanaklar temel bilgi kaynağı olarak davalar açısından büyük önem taşımaktadırlar. Mahkeme kâtiplerinin genellikle sayfa başına ücretlendirilmesi ve avukatların da saat başına ücret almaları da bu şekilde herşeyi kayıt altına alan tutanakların çok masraflı bir yöntem olmasına neden olmaktadır⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 248.

⁵⁹⁶ Avusturya Medeni Usul Kanunu'nun 209. bölümünde, sözlü duruşmaların tutanaklarının, vakıalara ilişkin tartışılan meselelerin kısa bir özeti niteliğinde olması gerektiği belirtilmektedir.

⁵⁹⁷ Verkerk, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 249.

İKİNCİ BÖLÜMÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Çalışmada temel aldığımız Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası hukuk sistemleri arasındaki en büyük farklılıklar dava malzemesinin toplanması (*fact-gathering*) aşamasında söz konusu olmaktadır⁵⁹⁸.

Anglo-Amerikan ve çalışmada aktarmış olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki dava malzemesinin toplanması usulleri arasındaki birçok farklılık aslında bu iki büyük hukuk sistemi arasındaki temel iki felsefe arasındaki farklılıktan doğmaktadır: Taraf hâkimiyeti sistemi ve hukuk davalarında jürili yargılamanın mevcut olması bu farklılığa neden olan iki ana sebep olarak gösterilmektedir.

Amerikan hukukunda hukuk davalarında jürili yargılama bölünmeyen, tek ve aralıksız duruşma yapılmasını gerektirmektedir. Bu durum da, doğrudan tarafların dinlenmesi usulünü etkilemektedir. Duruşma öncesi aşamadaki taraf ifadeleri, jüri bu aşamaya dahil olmadığından, jüri tarafından bilinmemektedir ve duruşma sırasında jüri taraf ifadelerini dikkate alamadan kararını vermektedir. Bununla birlikte taraf ifadeleri eğer duruşma sırasında, mahkemede de sunulursa ancak bu halde jürinin bunlardan haberdar olması sağlanmaktadır. Amerikan hukukunda hukuk davalarında jürili yargılama tarafların duruşma öncesi aşamada sorgulanması ile tarafların duruşma sırasında ifadelerinin delil olarak sunulmasını keskin şekilde birbirinden ayırmaktadır. Bu şekilde bir ayrım yukarıda aktardığımız Kıta Avrupası hukuklarında mevcut değildir. Bu Kıta Avrupası hukuklarında hâkimler, dilekçeleri okurlar; davaya hâkim olurlar ve son karar verilmeden önceki sözlü duruşmalara katılırlar. Hatta bu duruşmalara Anglo-Amerikan hukukundaki hâkimlerden farklı olarak aktif rol oynayarak dahil olurlar. Bu şekilde yargılamanın ilerlemesini sağlayan ve karar aşamasına gelen davaya da yine aynı hâkim hükmetmektedir. Yani yargılamanın başından sonuna kadar aktif şekilde yargılamayı yöneten ve yürüten yukarıda belirttiğimiz Kıta Avrupası hâkimleri, davayı en iyi bilen kişi olarak da kararlarını

⁵⁹⁸ Örneğin, Amerikan uygulamasında duruşma öncesinde dava malzemesinin toplanması amacıyla taraflar en çok yazılı olarak sorgulanmakta veya yeminli ifadelerine başvurulmaktadır. Hollanda, Avusturya ve birçok Kıta Avrupası hukukunda ise, taraflar duruşmaya hazırlık evresinde mahkeme huzurunda dinlenmektedir, **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 249.

vermektedir. Delillerin serbestçe değerlendirildiği bir hukuk sistemine tabi bu örneklendirdiğimiz Kıta Avrupası hâkimleri, delilleri değerlendirirken *inter alia* hazırlık duruşmalarında tartışılan her bir bilgiyi de dikkate alabilmektedir.

Amerikan hukukunda duruşma öncesi hazırlık aşamasındaki tarafların sorgulanması usulü ile tarafların duruşma sırasında dinlenmeleri arasında farklılığın mevcut olması, uygulanan dolaylı yaptırımların düzgün işlemesine de engel olmaktadır. Şöyle ki, duruşma öncesi aşamada taraflar dava malzemesinin getirilmesi konusunda işbirlikçi bir tavır sergilemezlerse, hâkim *discovery* usulüne ilişkin hükümlerin uygulanmasını emredecektir. Fakat taraflar duruşma aşamasında işbirlikçi bir tavır içinde bulunmazlar ve sorulara gereğince cevap vermezlerse delilleri takdir ederek karara varacak jüriden bu doğrultuda olumsuz bir çıkarım yapması beklenemeyecektir.

Amerikan hukukunda hâkimin tarafların yeminli ifadelerinin alındığı sorgu aşamasına dahil olmaması, *discovery* usulünün kapsamını genişletmektedir. Şöyle ki, tarafa davayla bağlantılı olmayan bir soru sorulmuş olsa bile ifadesi alınan taraf bu soruyu cevaplamak zorundadır. Tarafın avukatı bu ilgisiz soruya itiraz etse bile, itirazların incelenmesi daha sonra ele alındığından *discovery* usulünün kapsamı genişletilmiş olmaktadır. Tarafların yeminli ifadelerinin alınması usulünde taraflar hasımlarının sahip olduğu her türlü bilgi ve vakıayı özgürce araştırabilmektedir. Her ne kadar mali kısıtlamalar bu özgür ve geniş çerçeveli araştırmayı sınırlandırsa da, avukatlar dava malzemesinin araştırılması ve toplanması sürecine oldukça önem vererek geniş zaman ayırmaktadırlar.

Ayrıca yukarıda değerlendirmiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında duruşma aşamasına hazırlık aşamasında hâkimin tarafların dinlenmesi sürecine aktif olarak dahil olması, davanın esas vakıalarını özetleyerek adeta bir yol haritası oluşturması ve davanın kısa bir raporunu tutmasını mümkün hale getirmektedir. Hâkim genellikle tarafların sorgulanmasına ilişkin hususların bir özetini kâtiibe yazdırmaktadır. Taraflar ise, bu özet yazdırma sürecine kimi zaman tavsiyeleriyle müdahil olmaktadır. Bu örneklendirilen Kıta Avrupası hukuklarında davanın esas karar vericisi olarak hâkimin yer alması sebebiyle hâkim tarafından oluşturulan

raporun içeriğine yönelik olarak taraflar şiddetli tartışmalara girmemektedirler⁵⁹⁹. Eğer raporun içeriğine ilişkin bir tartışma söz konusu olursa bunu yargılamanın esas hükmedeni olarak hâkim çabuk bir şekilde çözüme kavuşturacaktır. Amerikan hukukunda ise, yeminli ifadelerin alınmasına ilişkin uygulama avukatların ofislerinde hâkim bulunmaksızın gerçekleştirildiği için, büyük zorluk yaratmaktadır. Bu doğrultuda, çelişen menfaatlere sahip avukatların doğru bir özet rapor oluşturması zorluk yaratarak bir engel oluştursa da, taraflar beyan edilen her bir ifadenin kaydının alınması yolunu tercih etmektedirler⁶⁰⁰.

Bir başka önemli husus ise hâkimin, tanıkların⁶⁰¹ dinlenmesi usulüne dahil olma şekli ve oranının, tanıkların dinlenmesi şeklini de doğrudan etkilemesidir. Dolayısıyla iki hukuk sistemi arasındaki bu farklılıktan ötürü tanıkların dinlenmesi usulleri de farklılık göstermektedir. Bu doğrultuda, Amerikan hukukunda tanıkların çapraz sorgulanması esas kuralken, tanıkların hâkim tarafından sorgulanması istisnadır. Avusturya ve Hollanda hukuklarında tarafları hâkim sorgularken, çapraz sorgu istisna teşkil etmektedir. Aynı zamanda, sorgulama şekilleri de sorulan sorular üzerinde etki yapmakta ve iki hukuk sistemi arasında taraflara sorulan soruların da farklı doğrultuda olmasına neden olmaktadır. Hâkimler sorgulama yaparken çoğunlukla genel sorular sormakta ve tarafların konuşmalarını nadiren bölmektedirler. Bu da tarafların vakıaları kendi bakış açıları ve kendi deyimleriyle ifade etmelerine neden olmaktadır. Aynı zamanda tarafların ifadesi Anglo-Amerikan hukukundaki çapraz sorgulamalar gibi sıklıkla bölünmediği için de, tarafların ifadeleri kısa bir cevap yeterliyken, adeta

⁵⁹⁹ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 251.

⁶⁰⁰ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 251.

⁶⁰¹ Anglo-Amerikan hukukunda, taraflar da tanık olarak dinlenebildikleri için genel olarak tanık kelimesini kullanmaktayız. İncelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında ise, taraflar ancak belirli şartlar dahilinde tanık olarak dinlenebilmektedirler. Bu doğrultuda günümüzde Amerikan hukukunda taraf beyanları iki farklı tür olarak birbirinden ayrılmaktadır. Buna göre, duruşmada tanık olarak sorgulanan taraf ifadesi delil niteliğinde kabul edilmektedir. Tarafların yazılı olarak sorgulanmaları veya yeminli ifadelerine başvurulması durumunda ise, bu usul taraf iddiasından (*party allegation*) öteye geçmemektedir. Verkerk'e göre, her ne kadar tarafların duruşma öncesi aşamadaki ifadeleri duruşma evresinde kullanılmaktaysa da, bu durum delil ve iddia olarak yapılan ayrımı ortadan kaldırmamakta ve aynı zamanda duruşma – duruşma öncesi aşama ayrımlarıyla da örtüşmektedir. İncelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hâkimleri ise hem tarafların hem de avukatlarının ifadelerini yargılamanın tüm safhaları boyunca dikkate almak ve bu doğrultuda bütün delilleri serbestçe değerlendirmek durumundadır (Hollanda Medeni Usul Kanunu'nun 149. maddesi ve Avusturya Medeni Usul Kanunu'nun 272. bölümü de bu yöndedir). Amerikan jürisi ise, sadece duruşmada sunulan delilleri dikkate almaktadır. Duruşma öncesinde sarfedilen beyanlar duruşma aşamasında tekrarlanmadıkça, jürinin bu duruşma aşamasından önceki beyanlar hakkında bilgisi olmamaktadır, **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 240.

konuşma verir gibi uzun olmaktadır. Anglo-Amerikan hukukunda ise, taraflar sorulara net ve kısa cevaplar vermektedirler. Anglo-Amerikan hukukunda hâkimlerin taraflara aktif bir şekilde soru sormayışlarının, tarafları sorgulamamalarının temel sebebi taraflarca getirilme ilkesine dayanmaktadır. Bu doğrultuda, eğer hâkim aktif şekilde tarafları sorgulayacak olursa, adil yargılama ilkesi zedelenmiş olacaktır. Çünkü taraf hâkimiyeti sisteminde hâkim tarafsızlığını korumak üzere yargılamada pasif durmalı ve tarafların mücadelesi sonucunda gerçek ortaya çıkmalıdır.

İngiliz hukuk sisteminde hâkimlere tanınan yetkilerin sınırları, İngiliz medeni usul hukuk sisteminin temel meselelerinden birini teşkil etmektedir⁶⁰². Hukuk yargılamalarının idaresi hâkimler, taraflar ve kimi zaman da jüri arasında paylaşılmaktadır. 13. yüzyılın ortalarından itibaren İngiliz medeni usul hukukunun temel özelliklerinden biri taraf egemen karaktere sahip olmasıdır⁶⁰³. Taraf egemen niteliğe sahip bir sistemde, hâkim yargılamaya müdahalede bulunmayan (*non-interventionist*) pasif bir role sahiptir⁶⁰⁴. Her ne kadar hâkim vakıaların çerçevelenmesi gibi önemli bir rolü yerine getirse de, davanın duruşma aşamasına hazırlanması, vakılara ilişkin meselelerin ve hatta hukuki iddiaların sunulması, istisnalar haricinde tarafların görev alanına girmekte, hâkim bu alana kendiliğinden bir müdahalede bulunamamaktadır⁶⁰⁵. Bu sistemde taraflar hâkimin aksine yargılama içinde ana rolü üstlenmiş olmaktadır. Hâkim tarafsız olabilmek için davalara, dava hakkında bilgisi olmaksızın, hazırlıksız girmelidir. Hâkimin yargılama içindeki en önemli rolü ise, pasif durarak ve yargılamada görev almayarak duruşma aşamasının sonunda sanki yargılama bir yarışmadan ibaretçesine kazananı açıklamaktır.

Günümüzde ise, İngiliz medeni usul hukukunda yaşanan reformlar doğrultusunda yargılama içindeki rollerin paylaşımı değişime uğrayarak, taraf hâkimiyeti sisteminin esnek olmayan keskin yanları törpülenmiştir. Çünkü sıkı bir şekilde taraflarca getirilme ilkesine sadık kalmak, yargılamada istenilmeyen

⁶⁰² **R. Verkerk**, Party Interrogation as Evidence, England and Wales, in *C. H. van Rhee (ed), European Traditions in Civil Procedure*, Intersenti, Oxford 2005, s. 307.

⁶⁰³ **F. Pollock / F. W. Maitland**, The History of English Law, vol. 2, Cambridge University Press, Cambridge 1895, s. 671 (naklen **J. I. H. Jacob**, The Fabric of English Civil Justice, Stevens & Sons, London 1987, s. 5).

⁶⁰⁴ **Jacob**, The Fabric of English Civil Justice, s. 7.

⁶⁰⁵ **Verkerk**, Party Interrogation as Evidence, England and Wales, s. 307.

masraflara, gecikmelere ve hukuki ayrıntılarla davanın karmaşık bir hale sokulmasına neden olmaktadır⁶⁰⁶.

İngiliz hukukunda yakınılan bu görev dengesizliğinden sıyrılmak üzere 1873-1875 yıllarında ilk adım olarak Yargı Kanunu (*Judicature Act*) ile hâkime yargılamanın esas yöneticisi rolü verilmiş olsa da, uygulamada taraflar yargılama içinde etkin rollerini sürdürmüşlerdir⁶⁰⁷.

Sonrasında en önemli ve köklü bir değişikliğe atılacak ilk adım olarak, 1996 yılında Lord Woolf tarafından hazırlanan Medeni Yargı Sistemine İlişkin nihai raporda (*Final Report on the Civil Justice System*) İngiliz hukuk sistemindeki en büyük soruna dikkat çekilerek, İngiliz hukuk sisteminin aşırı derecede taraf egemen niteliğe sahip olduğu eleştirisi yapılmıştır⁶⁰⁸. Bu doğrultuda Lord Woolf'un beş yıl süren çalışmaları sonucunda oluşan nihai rapor 1998 yılında Medeni Usul Kuralları'nın kabulünü sağlamıştır.

Medeni Usul Kuralları ile kabul edilen dava yönetimine ilişkin düzenleme, İngiliz Medeni Usul Kuralları'nı ayakta tutan ana kolonlardan birini teşkil etmektedir⁶⁰⁹. Dava yönetimi İngiliz hukuk sisteminin sahip olduğu aşırı taraf egemenliğini zayıflatmış ve adeta "içi boşaltılmış" (*evisceration*) bir taraf hâkimiyeti sistemine dönüşmesine neden olmuştur⁶¹⁰. Medeni Usul Kuralları yargılamanın kontrolünü taraflardan ve avukatlarından alarak hâkimlere devretmiştir. Hâkimler, Medeni Usul Kuralları ile artan rolleri kapsamında, orta ölçekli ve karmaşık davalarda inisiyatifi ele alarak yargılamadaki gereksiz gecikme ve masrafları önleyerek daha adil karar verebilmek için davayı yönetmektedirler.

İngiliz hukukunda, hâkimin yargılamadaki pasif duruşu aşamalı bir şekilde azalmış ve İngiliz hukukunun taraf egemen karakteri zayıflamaya başlamıştır. Dava yönetimi ilkeleri, hâkimin dava malzemesinin toplanması hususunda rolünün

⁶⁰⁶ **Jacob**, The Reform of Civil Procedural Role and Other Essays in Civil Procedure, s. 63; **Jolowicz**, Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure, s. 285.

⁶⁰⁷ **Jacob**, The Reform of Civil Procedural Law, s. 314.

⁶⁰⁸ **Woolf**, s. 2.

⁶⁰⁹ **Verkerk**, Party Interrogation as Evidence, England and Wales, s. 308.

⁶¹⁰ **Jolowicz**, Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure, s. 286.

artmasına neden olmuştur. Bu köklü değişikliklerin çeşitli sebepleri olmakla birlikte yargılamadaki gecikme ve aşırı masrafların önlenmek istenmesi en dikkat çeken sebeplerdir. Ayrıca duruşma öncesi aşamada hâkimin rolünün aktifleştirilmesi ile de yargılamanın daha başında tarafların kartlarını açık oynayarak duruşma aşamasında herhangi bir sürprizle karşılaşmaması da sağlanmış olmaktadır⁶¹¹. İngiliz hukukunda jüri yargılamalarının neredeyse tamamen kaldırılması da, İngiliz yargılama usulünün, Amerikan yargılama usulünden büyük ölçüde farklılaşmasına neden olmuştur. Jürinin sahip olduğu rol artık hâkimin rolüne dönüşmüş, sadece bu yenilik bile İngiliz hâkiminin aktifleşmesini sağlamıştır.

Taraflarca getirilme ilkesine uygun olarak tarafların temel görevi uyuşmazlığa ilişkin dava konusunun belirlenmesidir. Taraflar bu doğrultuda dilekçelerini oluşturmaktaydı ve 1999 yılında yürürlüğe giren İngiliz Medeni Usul Kuralları'na kadar da hâkim bu dilekçelere hiçbir şekilde karışmamaktaydı. Aslında bu durum hastaneye giden bir hastanın doktora “ben öksürüyorum, ateşim var, kaşınıyorum, cildim de kızardı, acaba kızamık mı oluyorum” demesine benzemektedir. Bu durumda doktor da öyleyse kızamıksın veya değilsin diyecek ve hastaya başka herhangi bir soru sormayacak, açıklama istemeyecek, muayene etmeyecektir. Bu durumda İngiliz hukukunda hâkim tarafların ileri sürdüğü vakıaların uyuşmazlıkla alakalı olup olmadığına, davayı ilerletmek üzere yeterli olup olmadıklarına yahut da taraflar arasında tartışmasız olup olmadığına bakmamaktaydı. Yani “hasta” olan taraflar teşhislerini de kendileri koymaktaydılar. Yargılamanın “doktoru” hâkim de yanlış teşhis çerçevesinde hiç inceleme yapmadan pasif bir şekilde tarafların belirlediği teşhise “ilaç” yazmaktaydı. Bu durum davanın sadece dilekçeler aşaması olan temel başlangıcını etkilememekte, aynı zamanda yargılamanın ilerleyen aşamalarını da olumsuz etkilemekteydi. Başta yapılan eksik, kimi zaman yanıltıcı ve hatalı bir adım, yargılamanın gecikmesine, gereksiz masraflara ve kimi zaman da adil olmayan kararlara neden olmaktaydı.

Medeni Usul Kuralları ile beraber hâkime daha aktif bir rol verilerek tarafların hazırladığı dilekçelere müdahale yetkisi ve aynı zamanda ödevi yüklense de, bu müdahalenin ne oranda olması konusunda herhangi bir çerçeve çizilmediğinden

⁶¹¹ Woolf, s. 129.

hâkimin tarafların dilekçelerine yönelik değişiklikleri hangi kapsamda ileri süreceği net değildir⁶¹².

Taraflar dilekçelerinde ileri sürdükleri vakıaları değiştirmek istediklerinde hâkimden izin almak zorundadırlar ve hâkim yapılmak istenilen bu değişiklikleri reddedebilmektedir (CPR Part 17). Uygulamada davanın karşı tarafına herhangi bir haksız durum yaratmadığı sürece tarafların dilekçe değişiklikleri hâkim tarafından kabul edilmektedir⁶¹³.

Medeni Usul Kuralları'nın kabulünden önce geçmişte hâkimin elbetteki tarafların dilekçelerindeki bazı eksiklikleri çözüme kavuşturma imkanı da bulunmaktaydı. Örneğin, tarafların dilekçelerinde ileri sürdükleri vakıalar dava konusu teşkil etmemekteyse (*no cause of action*), bu durumda hâkim dilekçede ileri sürülen vakıayı yargılamadan çıkarabilmekteydi (*strike out*)⁶¹⁴. Medeni Usul Kuralları'nın kabulüyle beraber hâkimin taraf dilekçelerini reddetme imkanı artırılmıştır (CPR Rule 3.4(1))⁶¹⁵. Hâkim aynı zamanda dava konusu üzerinde de daha etkili olmaya başlamıştır⁶¹⁶. Yine Medeni Usul Kuralları ile birlikte hâkim yönetsel yetkilerle donatılmıştır. Bu yönetsel yetkiler kapsamında, vakıaların belirlenmesinde aktif dava yönetimi (CPR Rule 1.4(2)(b))⁶¹⁷, bu vakıaların aydınlatılmasına yönelik taleplere karar vermek (CPR Rule 18.1 ve PD 18), hangi meselelerin duruşma ile halledilip hangilerinin duruşmasız yargılamaya tabi olacağına ve meselelerin hangi sıra ile görüleceğine karar vermek hâkimin yargılama içindeki rolünü arttırması bakımından önem taşımaktadır. Hâkim yargılama içinde artan rolü ile beraber artık bazı meselelerin yargılamadan hariç tutulmasına da karar verebilmektedir (CPR Rules 1.4(2)(c), (2d) ve 3.1(2)(k)). Bununla beraber, her ne kadar hâkimin rolü arttırılmış olsa da, uyuşmazlığın çerçevesinin belirlenmesi yine temel olarak tarafların sorumluluğunda kalmaya devam etmektedir⁶¹⁸.

⁶¹² **Andrews**, Principles of Civil Procedure, s. 39.

⁶¹³ **Andrews**, Principles of Civil Procedure, s. 39.

⁶¹⁴ **Verkerk**, Party Interrogation as Evidence, England and Wales, s. 309.

⁶¹⁵ Ayrıca bkz. **Woolf**, s. 3.

⁶¹⁶ **Andrews**, Principles of Civil Procedure, s. 41 ve 339.

⁶¹⁷ Ayrıca *multi track* olarak adlandırılan çoklu yargılamalarda: PD 29, 4.3.

⁶¹⁸ **Andrews**, Principles of Civil Procedure, s. 40.

Amerikan hukukunda ise, uyuşmazlığa ilişkin vakıaların veya delillerin ayrıntılı şekilde dilekçede belirtilmesi ve açıklanması gerekmemektedir. Federal Medeni Usul Kuralları'nın 8. maddesine göre, dilekçenin kısa ve yalın bir şekilde (a) mahkemenin yetkisini gösteren temellendirme, (b) davacının dava açmaya hakkı olduğunu gösteren iddia, (c) netice-i talebi belirtmesi yeterli görülmektedir. Bu durum uyuşmazlığa ilişkin vakıaların taraflarca yeterince açık şekilde belirlenmemesine ve vakıaların belirlenmesi işinin dilekçeler aşamasından sonraki aşamaya, discovery aşamasına, kaymasına neden olmaktadır.

Amerikan hukukunda dilekçenin sağladığı işlevi yetersiz bulmaktayız. Buna karşın İngiliz hukuku da Türk hukuku gibi hâkimin uyuşmazlığın tablosunu daha yargılamanın başında görüp bir yol haritası tayin edebilmesi adına yeterli görülmektedir. Özellikle, tarafların uyuşmazlığa ilişkin vakıalarını ve vakıalarının dayanağı olan delillerini kapsamlı bir şekilde dilekçeleri aracılığıyla mahkemeye sunarak hâkimin vakıaları belirlemesini sağlamaları Medeni Usul Kuralları'yla getirilen önemli bir yeniliktir.

İngiliz hukukunda Medeni Usul Kuralları'yla disclosure olarak adı dahi değiştirilerek uğradığı değişime dikkat çekilmek istenen discovery müessesesi de hâkimin rolünde önemli değişikliklere neden olmuştur. Discovery müessesesinin kapsamı zamanla değişmiş ve önceden tarafların talebi bile bulunmadan belirli belgelerin davanın diğer tarafına otomatikman teslimi usulüne son verilmiştir. Bu çerçevede İngiliz hukukunda hâkim zamanla, adil bir yargılamanın yürütülmesi adına discovery usulünün gerçekleştirilmesi için karar vermeye yönelik geniş bir takdir hakkına sahip olmuş, disclosure usulünün gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğine ve nasıl bir gisişat izleneceği hakim kararına bırakılmıştır. Bununla beraber discovery usulünün yargılamaya aşırı derecede fazla ve kimi zaman gereksiz belgeyi getirmesi eleştirilere neden olmuş ve bu doğrultuda da çeşitli sınırlandırmalar yapılmıştır. Örneğin, discovery usulüne tabi olacak belgelerin sayısı, türü, kapsamı daraltılmış ve bu konuda hâkime discovery usulünü ve tabi olacak belgelerin sınırlandırılması konusunda önemli bir takdir hakkı verilmiştir (CPR Rule 31.5). Hatta bu konuda hâkimin yetkileri çok daha genişletilerek hâkime dava öncesi aşamada herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan çeşitli belgelerin talep edilebilmesi de mümkün kılınmıştır (Pre-action Protocol 14).

Belgelerin disclosure usulü ile elde edilmesine ek olarak, bazı hususların aydınlatılması için taraflar birbirlerine bazı soruların yanıtlanmasını talep edebilmekte; sorusuna yanıt alamayan taraf hâkim aracılığıyla, hâkim söz konusu soruları uygun gördüğü takdirde, yanıtlanmasının zorla yerine getirilmesini sağlayabilmektedir. Hâkim duruşma öncesi aşamada gerçekleşen bu yazılı soru sorma usulünde, Medeni Usul Kuralları ile berabere daha fazla yetki sahibi olarak, bu soruları sınırlandırabilmektedir.

Geleneksel dava malzemesinin toplanması yöntemlerinden keskin şekilde ayrılan Federal Medeni Usul Kuralları bu açıdan devrimci bir kanun olarak nitelendirilmiştir. Özellikle önemli ölçüde bir mahkeme müdahalesi olmadan işleyen liberal şekilde düzenlenen discovery müessesesi bu kanunun en çarpıcı yeniliklerinden birini oluşturmakta ve İngiliz disclosure uygulamasından önemli ölçüde ayrılmaktadır.

Türk hukukunda ve çalışmada aktardığımız Kıta Avrupası hukuklarında ise, Anglo-Amerikan hukukundakine benzer şekilde bir discovery-disclosure usulü mevcut değildir. Çünkü bu sistemde delillerin toplanması sorumluluğu taraflardan çok mahkemeye yükletilmiş bir sorumluluktur. Yani delillerin toplanması hâkimin yetkisi dahilindedir. Taraflardan biri, karşı tarafın elinde bulunan bir delile ulaşmak isterse, bu delili doğrudan kendisi talep edemez. Söz konusu delillin açıklanması ve mahkemeye sunulması ancak mahkemeden talepte bulunularak hâkim kararıyla mümkün olabilir.

Sonuç olarak İngiliz hukuku hala taraflarca getirilme ilkesi çerçevesinde işleyen ve taraf egemen karaktere sahip bir usul hukukuna sahiptir. Fakat İngiliz usul hukukunun sert taraf egemen karakteri yumuşatılarak usul hukukunun ihtiyaçlarını karşılamak ve kusurlarını telafi etmek amacıyla Medeni Usul Kuralları ile birlikte usul hukukuna yeni bir çehre kazandırılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda yargının temel çarklısı olan hâkimlerin büyük oranda aktifleştirilmesi yoluna gidilmiş ve fakat elbette ki taraf egemen karakter tamamen terkedilmeyerek katı bir şekilde taraf ve taraf avukatlarının boyunduruğuyla yürüyen sisteme, artık hâkim de dahil edilmiştir. Böylece hukuk mekanizmasının daha denetimli bir şekilde işlemesi sağlanmaya çalışılmıştır. İngiliz usul hukuku, sosyo-ekonomik, siyasi ve hukuk yapısına uygun bir şekilde, öz yapısını da tamamen kaybetmeden ve fakat büyük bir reformdan geçerek birçok Kıta Avrupası hukukuyla etkileşime girerek ve küreselleşmeden payını alarak

değişime ayak uydurmuştur. Büyük ama bir o kadar da ölçülü bir şekilde gerçekleştirilen değişimle beraber İngiliz usul hukuku keskin Anglo-Amerikan hukuku temsilcisi olma sıfatından sıyrılarak çalışmada örneklendirilen Kıta Avrupası hukuklarına yakınlaşmış ve onlara da örnek olabilecek ve hatta onlarca benimsenebilecek reformlar gerçekleştirmiştir. Artık İngiliz hukuku, sürekli eşleştirildiği ve bir görüldüğü Amerikan hukukundan büyük oranda ayrılmış; keskin taraf hâkimiyetine dayalı kabuğundan sıyrılarak adeta “Anglo-Amerikan” hukuk aile kavramından bağımsız bir İngiliz usul hukuku yaratmıştır. Gerçekleştirilen reformlar neticesinde Anglo-Amerikan hukuk ailesi tanımlamasının yapılmasının dahi artık yerinde olmayacağını düşünmenin çok da iddialı bir önerme olmayacağı kanaatindeyiz.

Artık köklü reformlardan geçmiş yepyeni bir İngiliz usul hukuku kendini göstermektedir. Açıklamalarımız çerçevesinde hâkimin rolünün ne oranda İngiliz hukuk sisteminin kendi yapısına uygun ölçüde arttırıldığına ve bu değişimin önemine yeterince dikkat çekmeye çalıştık. Katı taraf egemenliğine sahip İngiliz hukuku dahi kendi bünyesinde hâkimin aktifleştirilmesine yönelik olarak köklü değişimler gerçekleştirmiştir. Özellikle, İngiliz hukukunda görülen disclosure usulü hala Türk hukuku tarafından korkularak endişeyle gözlenecek ve katı eleştirilere maruz kalacak bir usul değildir. Bu süreçte hâkim aktif olarak görev almakta ve taraflar hâkimin izni ile kontrollü ve ölçülü bir şekilde dava malzemesi toplanması usulünü yürütmektedir. Hatta İngiliz disclosure usulü bünyesinde örnek alınacak birçok usul ve metod barındırmaktadır. Bu noktada Kıta Avrupası hukuk geleneğinden gelen Türk hukukunun da, kendi hukuk geleneğine ve yapısına uygun olduğu ölçüde hâkimin yargılama içindeki rolünü arttırarak davaların daha adil bir şekilde, makul süre ve masraflarla sonuçlandırılmasını sağlaması gerektiği kanaatindeyiz. Türk hukuku da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile diğer ülke hukuklarına yaklaşmak adına adımlar atmış ve köklü bir reform yaşamıştır. Ancak hâkimlerin aktifleştirilmesine yönelik atılması gereken daha fazla adım olduğu inancındayız.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

VAKIALARIN GETİRİLMESİ VE DELİLLERİN TOPLANMASINDA HÂKİMİN ROLÜ

§ 1 VAKIALAR, TECRÜBE KURALLARI VE HUKUK KURALLARI

Vakıalar, hâkimin karar oluşturma sürecinin temel yapıtaşıdır¹. Bu çerçevede vakıaların yargılamaya getirilmesi ile delillerin toplanması ise, hâkimlerin sahip olduğu adli rolün asli görünümüdür. Aşağıda öncelikli olarak vakıalar ve hâkimin rolü ele alınacak olup; sonrasında deliller ve hâkimin rolü ayrıntılı olarak incelenecektir.

I- Vakıalar ve Vakıaların Getirilmesinde Hâkimin Rolü

A- Genel Olarak

İspatın konusunu oluşturan vakıalar, tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli olaylardır. Bu vakıaların ispatı için delil gösterilir (HMK m.187/1). Bir davada uygulanacak olan hukuk kuralının koşul vakıasını karşılayan somut vakıalar², yer ve zaman bakımından belirli, geçmiş veya hala mevcut, dış dünya ya da insanın iç dünyası ile ilgili durumlar veya süreçler olabilmektedir³.

Bir uyuşmazlığın çözümü için ispatı gereken vakıalar⁴, hâkimin vereceği kararı

¹ J. Kaufman, The Anatomy of Decision-Making, Fordham Law Review, vol. 53, 1984, s. 1.

² İspat faaliyeti ancak, koşul (soyut) vakıalara uygun şekilde ortaya konulan somut vakıaların doğruluğu ve gerçekliği konusunda hâkimde kanaat uyandırılabilirse gerçekleşmiş olacaktır. İspat faaliyetinin gerçekleşmesini sağlayan unsurlar olmalarından ötürü koşul vakıa, somut vakıa ayrımı, dava ve cevap dilekçesinin hazırlanmasında, tahkikat ve yargılama sırasında ve hüküm kurulurken önem taşımaktadır, Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 645.

³ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 644.

⁴ İspatı gereken vakıalar olumlu vakıalar olabileceği gibi, olumsuz vakıalar da olabilmektedir. Olumlu vakıalar genel hükümler çerçevesinde ispat edilirken, olumsuz vakıaların ispatı eskiden beri tartışmalıdır. Bir normun koşul vakıasında, menfi kavram kullanıldığı her durumda koşul vakıa, olumsuz vakıa olarak nitelendirilmemelidir. Önemli olan o normdaki hukuki sonucun, bir vakıanın mevcut olmamasına, gerçekleşmemesine veya bir süreç ya da kişi hakkındaki değer yargısının somut duruma uygun olmamasına bağlanmasıdır. İşte böyle bir durumun varlığı halinde koşul vakıa, olumsuz vakıa olarak değerlendirilmelidir. Dar anlamda olumsuz vakıaların; yani bir vakıanın gerçekleşmediği

etkileyen, hâkimin karar verirken dikkate alması gereken; yani hukuki sonuç bakımından önemli olaylardır⁵.

B- Anglo-Amerikan Hukukunda Vakıalar ve Hâkimin Rolü

1- Anglo-Amerikan Hukukunda Vakıalar

Anglo-Amerikan hukukunda, ispatın konusunu vakıalar oluşturmakla birlikte vakıalar ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır⁶: 1- Mesele teşkil eden-çekişmeli vakıalar (*facts in issue, principal fact, factum probandum*), 2- İkinci derece vakıalar (*facts as evidence of other facts veya circumstantial evidence*). Mesele teşkil eden vakıalar olarak Türkçeleştirmeyi uygun bulduğumuz vakıalar, davacının davasında, davalının da savunmasında başarılı olabilmesi için ispatlaması gereken vakılardır⁷. Mesele teşkil eden vakıaların da iki temel türü bulunmaktadır: Maddi hukuk bakımından mesele olan vakıalar ve ispat hukuku bakımından mesele olan vakıalar⁸. İspat hukuku bakımından mesele teşkil eden vakıaları tanıkların yetkisi veya güvenilirliği ve bazı delillerin kabul edilebilirliği veya ispat gücü hakkındaki vakıalar oluşturur⁹.

Mesele teşkil eden vakıalar hukuk yargılamalarında genellikle tarafların dilekçeleri doğrultusunda şekillenmektedir. Böylelikle hâkim dilekçeler sayesinde tarafların uyuşmazlık içinde olan veya olmayan vakıaları hakkında bilgi sahibi olabilmekte, bu doğrultuda da ispatı gereken veya gerekmeyen vakıalar belirlemektedir¹⁰.

şeklindeki vakıaların ispatı mümkündür. Bunların ispatı, kural olarak dolaylı ispat yoluyla gerçekleştirilebilir. Belli bir değer yargısının somut olaya uygun olmadığı şeklindeki, geniş anlamda olumsuz vakıaların ispatı da doğrudan veya dolaylı ispat yoluyla gerçekleştirilebilir. Buna göre, olumsuz vakıalar: 1-Sebepten hareketle; yani sebebin gerçekleşmediğinin ispatı yoluyla veya 2-Sonuçtan hareketle; yani muhtemel sonuçların mevcut olmadığının ispatlanması yoluyla ya da 3- İddia edilen olumsuz vakıanın aksi durumun imkansız olduğunun gösterilmesi yoluyla ispatlanabilmektedir, **Pekcanıtez / Atalay / Özekes**, s. 645, 647.

⁵ **Pekcanıtez / Atalay / Özekes**, s. 645.

⁶ **Tapper**, s. 29.

⁷ **Tapper**, s. 29; **Roderick Bagshaw**, *Outline of the Law of Evidence*, Butterworths, Seventh edition, London, Dublin, Edinburgh 1996, s. 13; **Keane / Griffiths / McKeown**, s. 1; **Andrew L-T Choo**, *Evidence*, Fourth Edition, Oxford University Press, Oxford 2015, s. 2.

⁸ *R v. Golder* [1987] Q.B 920, [1987] 3 All ER 231; 927, 236.

⁹ **Tapper**, s. 29.

¹⁰ **Keane / Griffiths / McKeown**, s. 1; *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Southport Corpn.* [1956] AC 218 at

Medeni Usul Kuralları'nın 16.4(1)(a). maddesine göre, her bir iddianın dayandırıldığı vakıaların kısaca açıklanması (*concise statement*) gerekmektedir. Ayrıca Kanun'un 16.5(1). maddesi çerçevesinde davalının savunmasında, davacının ileri sürdüğü iddialardan hangisini reddettiğini (CPR Rule 16.5(1)(a)), hangi iddiaları kabul ve reddetmesinin mümkün olmadığını ve bu sebeple de davacının ispatlamasının gerekli olduğunu (CPR Rule 16.5(1)(b))¹¹, ve hangi iddiaları kabul ettiğini (CPR Rule 16.5(1)(c)) belirtmesi gerekmektedir.

Bununla beraber Amerikan hukukunda ise, Federal Medeni Usul Kanunu'nun 8. maddesinde öngörülen, “*Notice pleading*” olarak adlandırılan dilekçelerin tek amacı davalıya ve mahkemeye, davacının davası hakkında makul bir bildirimden ibarettir. Bu dilekçe sistemi ile uyuşmazlığa ilişkin vakıaların veya delillerin ayrıntılı şekilde belirtilmesi ve açıklanması da gerekmemektedir. Federal Medeni Usul Kuralları'nın 8. maddesine göre, dilekçenin kısa ve yalın bir şekilde (a) mahkemenin yetkisini gösteren temellendirme, (b) davacının dava açmaya hakkı olduğunu gösteren iddia, (c) netice-i talebi belirtmesi yeterli görülmektedir. Bu durum uyuşmazlığa ilişkin vakıaların taraflarca yeterince açık şekilde belirlenmemesine, somutlaştırılmamasına ve vakıaların belirlenmesi işinin dilekçeler aşamasından sonraki aşamaya, discovery aşamasına, kaymasına neden olmaktadır¹². Dolayısıyla dilekçeler aşamasında da dava şartı niteliğinde bir unsur belirtilmediğinden hâkim de pasif bir role sahip olmaktadır. Discovery usulü de mahkeme dışında gelişen, ağırlıklı olarak hâkimin dahil olmadığı bir usul olduğundan, neredeyse duruşma aşamasına kadar hâkim davadan habersiz olmaktadır.

Türk hukukunda ise, sadece taraflarca ileri sürülen ve dayanılan vakıalar, hâkimin gerçekleştireceği ispatın konusunu oluşturmaktadır. Hâkim, kural olarak taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları araştıramaz ve bunların taraflarca delil gösterilerek ispatını isteyemez (HMK madde 25). Tarafların taleplerini haklı gösteren hukuk kuralının uygulanabilmesi için gerekli vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda hâkimi ikna etmek ispat faaliyeti çerçevesinde taraflara ait olmaktadır.

241; *Farrell v. Secretary of State for Defence* [1980] 1 WLR 172, HL.

¹¹ “*which allegations he is unable to admit or deny, but which he requires the claimant to prove*”

¹² **Rosenberg**, Federal Rules of Civil Procedure in Action: Assessing Their Impact, s. 2205-2207.

Taraflar vakıalarını somutlaştıma yükümlülüklerine uygun olarak dilekçeleri aracılığıyla ileri sürmek zorundadır. Ancak kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim, tarafların dayandığı vakıalarla bağlı değildir¹³.

Diğer vakıaların delili olan vakıalar veya ikinci derece deliller olarak Türkçeleştirebileceğimiz tür vakıalar ise, mesele teşkil eden vakılara nazaran daha zor belirlenebilmektedir. Bu bahis aynı zamanda deliller konusuna da girdiği için, bu konu hakkındaki açıklamalarımızı Anglo-Amerikan hukukunda deliller başlığı altında yapmayı uygun bulduk.

2- Anglo-Amerikan Hukukunda Vakıalar Çerçevesinde Hâkimin Rolü

Anglo-Amerikan hukukunda, hâkimlerin vakıaların uyuşmazlıkla bağlantılı olmasına çok sıkı şekilde dikkat etmesi gerekmektedir; çünkü yargılama içinde taraflar özellikle Anglo-Amerikan hukukunda discovery / disclosure usulünün varlığı sebebiyle davayı uygun düşen her türlü vakıayı yargılamaya sokma eğilimindedirler¹⁴. Bu noktada hâkimin uyuşmazlık içinde olan esas vakıaları belirlemesi büyük önem taşımaktadır¹⁵. Dikkatli ve titiz bir hâkimin bu hususta uyuşmazlıkla bağlantısı çok zayıf olan vakıaları çözümlemeye çalışmaması ve onları yargılamadan ayırması gerekir¹⁶.

Diğer taraftan elbette ki uyuşmazlıkla her bağlantılı, esas vakıanın da yargılamaya dahil edilmesi beklenemez. Bu sebeple bağlantılı vakıalar belirlendikten sonra, bir sonraki adım taraflar arasında uyuşmazlık içinde olan, çekişmeli vakıayı bulmaktır. Yani taraflar söz konusu vakıanın vuku bulunduğunu kabul etmekteyseler artık bu vakıa için delil ileri sürülüp ispat faaliyetine girilmemesi gerekmektedir. Hâkim bu noktada taraflara soru sorarak söz konusu bağlantılı vakıanın taraflar arasında çekişmeli olup olmadığını belirlemelidir; çünkü bu sayede, örneğin, gereksiz

¹³ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 645.

¹⁴ *The Bell Group Ltd. v. Westpac Banking Corporation*, No. 9, [2008] WASC 239.

¹⁵ **Evan Bell**, An Introduction to Judicial Fact-finding, *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 39, no. 3, 2013, s. 522; **Andrew Cannon**, Finding the Facts: The Judge Should Lead the Search Party, *Monash Law Review*, vol. 37, no. 1, 2011, s. 130.

¹⁶ **J. P. O. Barry**, The Methodology of Judging, *James Cook University Law Review*, vol. 1, 1994, s. 135.

yere tanık dinlenilmesinden kaçınılarak gereksiz yargı masrafları önlenmiş olur¹⁷. Anglo-Amerikan hâkiminin temel usuli ilkelere dikkat ederek, aktif şekilde hareket etmesi, Anglo-Amerikan hâkimlerinin eskiye göre pasif bir hakemden ibaret olmadıklarının önemli bir göstergesidir.

Önemle belirtmek gerekir ki, her ne kadar bir vakıaya ilişkin olarak taraflar arasında bir çekişme olmasa da; yani söz konusu vakıanın varlığı her iki tarafça da aynı şekilde kabul edilmekteyse de, hâkimin yine de söz konusu vakıanın yargılamaya dahil edilip edilmemesi noktasında ihtiyatlı hareket etmesi gerekmektedir. Hâkimin vakıalar hakkında ihtiyatlı olması gerekliliğinin birden fazla sebebi vardır¹⁸: İlk olarak, avukatla temsil edilmeyen bir tarafın yargılama için önem arz eden bir vakıayı belirleyememesi söz konusu olabilir. Avukatla temsil edilmeyen taraf örneğin, davada her hangi bir vakıanın kendi iddiası üzerinde olumlu etkisi olabileceğini belirleyemeyebileceği gibi, hasmıyla aslında üzerinde anlaşmadığı bir vakıayı, yanlış yorumlayarak söz konusu vakıa üzerinde uzlaşmış olduğunu düşünerek yargılamaya dahil etmeyebilir. İkinci olarak, vakıalar duruşmadan önce çok acele bir şekilde toplanmışsa, bu durumda üzerinde anlaşılan vakıaların aslında olduğundan farklı gösterildiği için üzerinde anlaşılmış olma riski de mevcuttur. Yani, taraflardan biri aleyhine sonuç doğurabilecek bir vakıanın farklı gösterilerek, saptırılarak, davada incelenecek vakıaların arasına girmesi engellenmiş olabilir. Dolayısıyla uyuşmazlığa ilişkin vakıaların tarafların rahatlıkla belirleyebileceği, uygun müddetler içinde incelenmesine ve belirlenmesine fırsat verilmelidir¹⁹. Üçüncü olarak, tarafların üzerinde anlaştığı ve uyuşmazlık bulunmayan vakıalar mahkemeye sunulduğu sırada, bu vakıalar arasında olmaması gereken aslında çekişmeli vakıalar taraflardan birince yargılamadan gizlenmek amacıyla ileri sürülmüşse, bu durumda öncelikle avukatın bu noktaya dikkat çekerek, uyuşmazlık içinde olan vakıalara açıklık getirmesi gereklidir. Eğer avukat bunu yapmazsa bu durumda hâkimin, tarafların sunduğu vakıalar (üzerinde anlaşılan) arasında bir fark ve çelişki gördüğü zaman bu durumu taraflarla paylaşarak açıklığa kavuşturması gerekmektedir²⁰. Bir diğer husus da, tarafların kendi

¹⁷ **C. J. Underwood**, The Trial Process- Does One Size Fit All? Journal of Judicial Administration, vol 15, 2005, s. 165.

¹⁸ **Bell**, An Introduction to Judicial Fact-finding, s. 523.

¹⁹ **Bell**, An Introduction to Judicial Fact-finding, s. 523.

²⁰ **Bell**, An Introduction to Judicial Fact-finding, s. 523.

aralarında üzerinde anlaştıkları vakıalara yönelik olarak bir beyanname (*agreed statement of facts*) imzalasalar bile bunun etkisiz hale gelebilmesidir. Bu doğrultuda, *R. v. Amegainek*²¹ davasında, taraflardan biri, avukatın kendisine yönelttiği beyannameyi anlamadan imzalamış ve hatta zayıf okuma bilgisi sebebiyle küçük düşmemek adına anlamadığı kelimeleri dahi sormamıştır.

Hâkimin vakıaları kabul ederken ihtiyatlı olması gerekliliğinin bir diğer sebebi de, hâkimin uyuşmazlığı çözümleyebilmesi için uyuşmazlığın genel kapsamı hakkında fikir sahibi olması gerekliliğidir. Dolayısıyla hâkim, ancak taraflarca üzerinde anlaşılan vakıaları da dikkatle inceleyerek uyuşmazlığın tamamına hâkim olacak yeterli bilgiye sahip olacaktır. Son olarak, mahkemeye sunulan bir delile itiraz edilmemiş olunması mutlaka mahkemenin o delili kabul etmesi gerektiği anlamına gelmemektedir²². Aynı şekilde, hâkim üzerinde anlaşılan vakıalara yönelik beyannameyi de tamamen kabul etmek zorunda değildir²³. Çünkü vakıa ve delillerin kabul edilmesi hâkimin takdirindedir.

III- Hukuk Kuralları

A- İç Hukuktaki Hukuk Kuralları

Türk hukukunda, hâkim hukuku re'sen uygulamakla yükümlü olduğu için hukuk kurallarının ispatı söz konusu olmamaktadır (HMK madde 33). Bu doğrultuda, taraflar davada hiçbir hukuki sebep ileri sürmemiş olsalar veya yanlış hukuki sebep ileri sürmüş olsalar bile, bu durum onların aleyhine sonuç doğurmayacak; hâkim mevcut yanlışlıkları düzeltecek ve eksiklikleri tamamlayacaktır²⁴. Yani hâkim tarafların ileri sürdüğü hukuki sebeplerle bağlı olmadığı için, tarafların ileri sürdüğü vakıalara uygun hukuki sebebi re'sen bularak somut olaya uygulayacaktır²⁵. Bu çerçevede hâkim,

²¹ *R. v. Amegainek* [2006] NUCJ 2 (Can LII).

²² *Ellis v. Wallsend District Hospital* (1989) 17 NSWLR 553.

²³ *Kowalski v. Domestic Violence Crisis Service Inc.*, No. 1 [2003] FMCA 99.

²⁴ **Saim Üstündağ**, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul 1967, s. 75, dipnot 146a.

²⁵ **Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım**, s. 227; **Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara 2013, s. 352; **Umar**, Şerh, s. 355; **Bilge**, Medeni Yargılama, s. 261; **Cenk Akil**, Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, cilt 57, sayı 3, s. 4. Hukukî sebep dava ve cevap dilekçesinin zorunlu bir unsuru olmamakla birlikte, davacının ve davalının vakıalarıyla bağlantılı olarak hukukî sebepleri dava ve cevap dilekçelerinde göstermeleri uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırarak hâkime yardımcı

tarafılarcı ileri sürölmüş olan vakıalara uygulanacak hukuk kuralını araştırdıktan sonra bu vakıaların söz konusu hukuk kuralının aradığı niteliğı taşıyıp taşımadığını inceleyerek, uyuşmazlık konusu hakkında bir karara varacaktır²⁶.

Anglo-Amerikan hukukunda da uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi sadece hâkime bırakılmaktadır. İngiliz hukukunda tarafların dilekçelerinde sadece iddia ve savunmalarını dayandırdıkları vakıaları ileri sürmeleri gerekmektedir. Tarafların hukuki sebeplerini bildirmeleri bir şart olarak aranmamakla birlikte, İngiliz doktrininde bu husus tartışma konusu olmamış ve hâkim hukuk kurallarının tek belirleyicisi olarak kalmıştır. Amerikan hukukunda ise, Federal Medeni Usul Kuralları'nın 8. maddesine göre, dilekçenin kısa ve yalın bir şekilde (a) mahkemenin yetkisini gösteren temellendirme, (b) davacının dava açmaya hakkı olduğunu gösteren iddia, (c) netice-i talebi belirtmesi yeterli görölmektedir. Dolayısıyla çoğu zaman tarafların hukuki sebebin dışında uyuşmazlığa ilişkin iddia ve savunmalarını destekleyen vakıaları bile dilekçelerinde yer almamaktadır. Bu sebeplerden ötürü Amerikan doktrininde de hukukun re'sen hâkim tarafından uygulanıp uygulanmasına ilişkin kendini gösteren tartışmalar yaşanmamıştır.

B- Yabancı Hukuk Kuralları

Yabancı hukukun uygulanması konusunda Anglo-Amerikan hukuku ile birçok Kıta Avrupası hukuku arasında birlik yoktur²⁷. İngiliz ve Amerikan hukukunda, yabancı hukuk, ispat edilecek bir vakıa olarak kabul edilmekte; "hukuk" olarak ele alınmamaktadır²⁸. Bunun sebebi, hâkimin ancak o ülkede yürürlükte olan hukuku

olmaktadır. Kanun'un 194. maddesinde somutlaştırma yükünün düzenlenmiş olması, tarafların iddialarını somut bir şekilde ortaya koymalarını gerekli kılmakta; iddiaların ve savunmaların somut olarak ortaya konulabilmesi için de somut vakıaların altlanacağı hukuk kuralının ya da kurallarının belirtilmesi gerekmektedir. Hukukî sebebin dava dilekçesinin zorunlu unsuru olduğunu ileri süren aksi görüşler de mevcuttur. Bkz. **Postacıoğlu**, Usul, s. 392; **Muhammet Özekes**, Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 756 vd.

²⁶ **Burhan Gürdoğan**, Özel Hukuk Alanında Maddi Hukuk ve Yargılama Usulü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi, Ankara 1967, s. 18.

²⁷ **Aysel Çelikel / Bahadır Erdem**, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta, 11. Bası, İstanbul 2012, s. 172.

²⁸ **Cheshire / North**, s. 99 vd. İngiliz hukukunda yabancı hukukun bir vakıa olarak kabul edilmesinin, hakimn yabancı hukuku lex fori'yi bildiğı şekilde itimatla bilememesinden kaynaklandığı belirtilmektedir, **Ronald H. Graveson**, The Conflict of Laws, Sixth Edition, London 1969, s. 146; **Nomer**, Davada Yabancı Kanun, s. 17.

uygulayabileceği, o ülkede yürürlükte olmayan bir yabancı hukukun ise hukuki bir etkisinin olamayacağıdır²⁹.

Yabancı hukukun vakıa olarak ispatının doğal sonucu olarak, bir davada ispat edilen yabancı kanun başka davalarda emsal teşkil edememekte; mahkeme daha sonraki bir kararda aynı yabancı kanun için farklı sonuca varabilmekte ve mahkemenin bulguları üst mahkemelerde incelemeye tabi tutulamamaktadır³⁰.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2. maddesi çerçevesinde kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen yabancı hukukun re'sen uygulanacağı belirtilerek, Türk hukukunda yabancı hukukun "hukuk" olarak uygulanması esas kabul edilmiş olmaktadır³¹.

Türk hukukunda hâkim, kendi milli hukukunda olduğu gibi uygulanması gereken yabancı kanunu uluslararası özel hukuk kaideleri çerçevesinde re'sen belirleyecektir (MÖHUK madde 2). Dolayısıyla tarafların hangi yabancı hukukun uygulanması gerektiğini ileri sürmeleri ve buna ilişkin delil ileri sürmeleri gerekmemektedir. Bu hâkimin jura novit curia çerçevesinde resmi görevidir³². Bununla beraber Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 1. maddesinde yetkili yabancı hukukun içeriğinin tespitinde tarafların yardımının istenebileceği belirtilmektedir. Çünkü hâkim re'sen uyguladığı kanunlar ihtilafı kuralı gereğince yabancı bir hukukun uygulanmasına karar verdiğinde, yabancı hukuk kuralı bir hukuk normu olarak kabul edilmesine rağmen jura novit curia prensibine tabi olmadığından, bu yabancı hukuku da re'sen bilmek mecburiyetinde değildir³³. Elbette ki hâkim, gerekli yabancı hukukun ilgili kurallarını biliyorsa, ya da örneğin yabancı kanun metinlerinden faydalanarak veya yabancı mahkeme kararları ve literatürü inceleyerek veya herhangi bir şekilde yabancı hukuku bizzat tespit etmişse, artık "yardım" söz konusu olamayacak³⁴; hâkim bunları kendiliğinden uygulayacak, bilmediği durumda tarafların yardımına başvuracaktır. Bununla beraber yabancı

²⁹ Çelikel / Erdem, s. 172.

³⁰ Versan, s. 243-244 (naklen Çelikel / Erdem, s. 173).

³¹ Çelikel / Erdem, s. 174.

³² Osman Fazıl Berki, Türk Hukukunda Kanunlar İhtilafları, Ankara 1971, s. 44.

³³ Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, Beta, 19. Bası, İstanbul 2011, s. 189.

³⁴ Nomer, s. 191.

hukukun tesbiti için taraflara yüklenen yardım mükellefiyeti, hâkimin yabancı hukukun içeriğini re'sen araştırmasına engel teşkil etmez³⁵.

Türk hukukunda maddi vakıaların taraflarca ortaya konması mecburiyeti ve “istisnalar dışında” hâkimin taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları re'sen dikkate alamayacağı ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamayacağı (HMK madde 25/1) esas olduğuna göre, yabancı hukukun uygulanmasını sağlayacak bağlanma noktalarının; yani ilgili vakıaların da taraflarca iddia edilip, bunlara ilişkin deliller gösterilmesi gerekir³⁶.

Yabancı hukukun tespiti usulünü tayinde Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2. maddesi çerçevesinde, hâkime geniş bir hareket serbestisi tanınmakta, bu serbesti içerisinde yabancı hukukun araştırılması için takip edilecek usul, hâkimin görev anlayışına bırakılmaktadır³⁷. Bunun sebebi hâkimin, ne tarafların iddia ve ispat taleplerine ne vakıa ispatının şekil ve sınırlarına ne de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan ispat vasıtalarına bağlı olmasıdır³⁸.

IV- Tecrübe Kuralları ile Maruf ve Meşhur Vakıalar (*Judicial Notice*) Kapsamında Hâkimin Rolü

Tecrübe kuralları, hayat tecrübeleri ve eğitim yolu ile oluşabilecekleri gibi sanat, bilim, meslek, zanaat, ticaret alanlarındaki bilgi ve uzmanlıklardan da kaynaklanabilen kurallardır³⁹.

Tecrübe kuralları vakıa değildir, onu oluşturan vakılardan bağımsız hale gelmiş

³⁵ **Nomer**, s. 189.

³⁶ **Nomer**, s. 188. Türk hukukunda maddi vakıaların hâkim tarafından re'sen araştırılmayacağı prensibi ihtilaflı kazada da bazı hallerde, mesela boşanma, ayrılık ve evliliğin iptali gibi davalarda, istisnaen uygulanmamakta, bu tür davalarda, taraflar yanında, hâkime de vakıaların araştırılması ve incelenmesinde görev düşmektedir, **Baki Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1974, s. 345, dipnot 25. Bu bakımdan istisnaen vakıaların hâkim tarafından da araştırılmasının mümkün olduğu ihtilaflarda, yabancı bir hukukun uygulamasını sağlayacak bir vakıanın hâkim tarafından araştırılması hatalı olmayacaktır, **Nomer**, s. 189, Yargıtay 2. HD., 24.12.1963, İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi 39/1963, 2814/2815.

³⁷ **Nomer**, s. 191-192.

³⁸ **Nomer**, s. 192.

³⁹ **Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım**, s. 306; **Yıldırım**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, s. 115-116; **Ahmet Başözen**, Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınları, Ankara 2010, s. 13.

olan kurallardır⁴⁰. Özellikle hukuk normunun olaya uygulanmasında hâkimin bir değer hükmü vermesi gereken durumlarda tecrübe kuralları önemli rol oynamaktadır⁴¹.

Hâkimin vakıf olmadığı tecrübe kurallarının ispatı bilirkişi aracılığıyla gerçekleşmekte, böyle bir durumda tarafın bir tecrübe kuralına dayanmasına gerek olmadan, hâkim re'sen bilirkişiye başvurabilmektedir⁴². Ancak bu husus hâkimin kendisinin gerçekleştireceği tetkik, inceleme vs. sonucunda tecrübe kurallarını tespit etmesine engel teşkil etmemektedir⁴³.

Türk hukukunda “Maruf ve Meşhur vakıalar” olarak anılan herkesçe bilinen vakıaların ispatına gerek yoktur (HMK madde 187/2)⁴⁴. Herkesçe bilinen vakıalar,

⁴⁰ Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 307.

⁴¹ Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 307. Arwed Bloomeyer, Çeviren Turgut Akıntürk, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Takdiri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1968,cilt 25, sayı 3-4, s. 171-172.

⁴² Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 308.

⁴³ Rosenberg / Schwab / Gottwald, § 110 II 2 (naklen Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 308).

⁴⁴ “...Her ne kadar MK’nın 6. maddesi hükmüne göre davacı iddiasını ispat etmekle yükümlü ise de; bu kural mutlak değildir. İstisnaların başında karine gelir. Varolan bir durumdan bilinmeyen bir durumun çıkarılması halinde karine vardır. Buna karşılık yaşanan hayatın gerçekleri ve olaylarından çıkan eylemli bir karinenin varlığı tartışmasızdır. Davacının eline geçecek parayı işinde değerlendirmesi veya en azından vadeli banka hesabına veya benzer gelir getiren kurumlara yatırarak en iyi şekilde yararlanması beklenebilecek bir davranış olup, bu davranış toplumumuzun içinde bulunduğu ekonomik-sosyal yaşantısına da uygun düşer. Bu tür getiri oranlarının temerrüt faizinden fazla olduğu hususu da bilinen bir vakıadır. HUMK’un 238. maddesi gereğince maruf ve meşhur olan hususlar münazaalı sayılmaz. Bu nedenle davacının temerrüt faizinden fazla bir zararı olduğu ortadadır. Davalı bu karinenin aksini isbat etmek zorundadır”, Yargıtay 13. HD, E. 2002/3966, K. 2002/6178, T. 27.5.2002; aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD, E.2001/7994, K.2002/5671, T. 16.5.2002. “Kural olarak munzam zarar alacaklısı, özellikle temerrüde uğrayan asıl alacağının varlığını, bu alacağın geç veya hiç ifa edilmemesinden dolayı temerrüt faizi ile karşılanamayan zararını, zarar ile borçlu temerrüdü arasındaki uygun illiyet bağıını isbat etmekle yükümlüdür. Munzam zarar davalarında alacaklı davacının isbat yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalı, genel isbat yöntemlerinde olduğu gibi her olayın kendi yapısı ve özelliği içinde değerlendirmeye tabi tutulmalıdır...Ülkemizde yıllardır yüksek oranda seyreden enflasyon nedeniyle paramızın değerinin çok düştüğü bir gerçektir. Böyle bir ortamda alacağının zamanında elde eden alacaklının bunu bir an önce banka mevduat faizine veya dövize dönüştürmesi, yaşanan hayat gerçeklerine uygun bir davranış olur. Buna karşılık alacağının geç alan alacaklının da zarar göreceği enflasyonun altında kalan faizin de bu zararı karşılamayacağı açıktır. Bu hal, zararın varlığı için fiili bir karine oluşturur. Hal böyle olunca, enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçlar kamuca az veya çok herkesin bildiği vakıalar olarak kabulü gerekir. Yasal deyimi ile bunlar “maruf ve meşhur” vakıalardır ve bunların isbatına gerek yoktur (HUMK m.238/2). Bu durumda mahkemece yapılacak iş; davalının temerrüde düştüğü (29.12.1993) tarihinden, davacının alacağını aldığı (2.12.1997) tarihe kadar geçen zaman zarfında her yıl itibarı ile gerçekleşen yıllık enflasyon artış oranını, mevcut ve devlet tahviline verilen faiz oranlarını, TL karşısında döviz kurlarını ve altın fiyatlarını gösteren listeyi ilgili resmi kurumlardan araştırmak; konusunda uzman bilirkişi düşüncesinden de yararlanmak suretiyle tesbit etmek, davacı alacaklının maruz kaldığı asgari zarar miktarını yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde BK’nun 43/21. maddesi de dikkate alınmak suretiyle belirlemek ve sonucuna uygun bir karar vermektir”, Yargıtay 13. HD., E. 2001/10695, K. 2002/5690, T. 16.5.2002. Aynı yönde bkz. Yargıtay 13. HD., E. 2002/1310, K.2002/6636, T.2.6.2002; Yargıtay 13. HD., E.2002/12732, K.2003/1776, T.24.2.2003.

doğruluğundan şüphe edilmeyen ve herkesin bilebileceği, özel bir uzmanlık gerektirmeyen, radyo, televizyon, kitap ve gazete aracılığıyla kolaylıkla herkesin öğrenebileceği kabul edilen vakıalardır⁴⁵. Bu vakıaların ispatı gerekmemekte ve bir davada maruf ve meşhur sayılan vakıaların ispatının gerekmediğine ilişkin kararı vermek konusunda hâkime önemli bir rol düşmektedir⁴⁶.

Türk doktrinde tecrübe kuralları ile maruf ve meşhur vakıaların aynı kapsamda değerlendirildikleri görülmektedir⁴⁷. Buna örnek Stein tarafından verilmiştir⁴⁸: "İmparator Guillaume o tarihte Berlin'de bulunmadığı için 1870-1871 yıllarında hükümet tasarrufu yapılmamıştır" önermesinde herkesçe bilinen olgu, bu tarihte imparatorun Paris'te bulunduğudır. Sonuç olarak hükümet tasarrufunda bulunulmaması ise, bir kimsenin aynı anda iki yerde bulunamayacağı tecrübesinden çıkartılmaktadır⁴⁹. Aslında burada tecrübe kuralları kapsamında, fizik kurallarından ortaya çıkan, aynı zamanda herkes tarafından bilindiğinden de kuşku duyulmayan bir durum söz konusu olmaktadır⁵⁰. Dolayısıyla bu iki kavram her ne kadar aynı gibi gözükse de, farklı içeriklere sahip iki kavramdır.

İngiliz hukukunda da herkesçe bilinen vakıaların ispatına gerek olmadığına, bu vakıaların hâkim tarafından dikkatli şekilde belirlenmesi gerektiğine dikkat çekilmektedir⁵¹. Bu hususa ilişkin düzenlemeler, İngiliz hukukunda kanunlarla belirlenmek yerine içtihatlarla oluşturulmuştur. İngiliz doktrinde *judicial notice* olarak adlandırılan herkesçe bilinen vakıalara ilişkin uygulama yüzyıllardır

⁴⁵ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 658.

⁴⁶ Dennis, s. 527. Türk medeni usul hukuku sistemi, hâkimin, bağımsız ve tarafsız bir kişi olarak, taraflarca hazırlama ilkesi çerçevesinde ve özellikle hukuki dinlenilme hakkı ve silahların eşitliği prensipleri doğrultusunda, taraflarca getirilen dava malzemelerinden bir sonuca ulaşması esası üzerine kurulmuştur. Bu sebeple hakimin kendisini tanık yapabilecek düzeyde ve nitelikte bilgi sahibi olması, onun tarafsızlığını zedeleyecektir, **Murat Atalı**, Medeni Usul Hukukunda Hakimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (şahsi) bilgisini Kullanması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, cilt 1, Ankara 2009, s. 160.

⁴⁷ **İ. Hakkı Karafakif**, Vasıtalı Deliller, Sabri Şakir Ansay Armağanı, Ankara 1964, s. 173; **M. Reşit Belgesay**, İsbat Külfeti, Tarihsiz İstanbul, s. 7-8.

⁴⁸ **Sema Taşpınar**, Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 45, sayı 14, 1996 (1998), s. 540.

⁴⁹ **Ömer Sivrihisarlı**, Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978, s. 97, dipnot 124.

⁵⁰ Taşpınar, s. 540.

⁵¹ Munday, s. 23-27; Tapper, s. 76; Dennis, s. 527-528; Bagshaw, s. 41.

kullanılmaktadır⁵². Bu uygulamanın temel sebebi hakkında İngiliz doktrininde iki amaç ön plana çıkmaktadır⁵³: Bunlar etkililik ve tutarlılığın sağlanması amaçlarıdır. Herkesçe bilinen ciddi bir uyuşmazlığın söz konusu olmadığı vakılarda gereksiz yere yapılacak bir ispat faaliyeti karşısında bir set görevi gören bu uygulama sayesinde yargılamada gereksiz zaman ve masraf kaybı yapılmayarak usul ekonomisi en etkin şekilde sağlanmış olmaktadır⁵⁴.

Amerikan Hukukunda da maruf ve meşhur vakıaların ispatının gerekmediği çok uzun yıllardır kabul edilmektedir. Hatta o kadar eski bir uygulamadır ki hâkimlik mesleği kadar eski bir uygulama olduğu belirtilmektedir⁵⁵. “*Common law*” olarak anılan müşterek hukukta, başlangıçta herkesçe bilinen maruf ve meşhur vakıaların ispat faaliyeti dışında tutulması uygulaması, dava malzemesinin toplanması usulünün daha etkili ve hatasız olması için ortaya çıkmıştır⁵⁶. Vurgulamak gerekir ki, müşterek hukuk zamanında maruf ve meşhur vakılara yönelik uygulama meşruiyetini, bilginin kaynağından almak yerine hâkimin yetkisinden almaktaydı. Yani örneğin bir nehrin varlığına ilişkin bir vakıa söz konusu ise, bu nehir harita bu nehri gösterdiği için değil de, hâkimin bu nehrin var olduğu yeri bilmesinden ötürü maruf ve meşhur bir vakıa olarak kabul edilmekteydi ve doğrultuda hâkim halkın genel bilgisinin vekili olarak önemli bir rol oynamaktaydı⁵⁷. Müşterek hukukta, makul ve meşhur vakılara karar verilmesinin baskın şekilde hâkimin karar yetkisiyle şekillenmesi Amerikan doktrininde eleştirilmiş ve üst mahkeme incelemesine de gidemeyecek hâkim tarafından gerçekleştirilen bu belirlemenin doğruluğu ve kötüye kullanımına ilişkin tehlikenin varlığına dikkat çekilmiştir⁵⁸. Müşterek hukuktaki maruf ve meşhur vakılara yönelik eleştiriler bir nebze İspata İlişkin Federal Kurallar’ın maruf ve meşhur vakılara yönelik öngördüğü hükümlerle düzene kavuşmuştur. İspata İlişkin

⁵² Bu uygulamanın geçmişi 1302 yılına kadar gitmektedir, **Thayer**, s. 277.

⁵³ **Dennis**, s. 528.

⁵⁴ **Dennis**, s. 528; **John Henry Wigmore**, *A Pocket Code of the Rules of Evidence in Trials at Law*, Little, Brown and Company, Boston 1910, §2120, s. 476.

⁵⁵ **Thayer**, s. 277.

⁵⁶ Mahkemelerin maruf ve meşhur vakılara yönelik bu uygulaması 14. yüzyıldan başlamaktadır, **Thayer**, s. 282.

⁵⁷ **Jeffrey Bellin / Andrew Guthrie Ferguson**, *Trial by Google: Judicial Notice in the Information Age*, *Northwestern University Law Review*, vol. 108, 2014, s. 1152.

⁵⁸ **Morgan**, *Judicial Notice*, s. 292

Federal Kurallar ile maruf ve meşhur vakıa olarak belirlenecek vakıaların türleri sınırlanmış, taraflara bazı usuli tedbirler sağlanmış (FRE Rule 201(e))⁵⁹; fakat maruf ve meşhur vakıalara ilişkin uygulamanın genişletilmesi ve sınırlandırılması konusundaki tartışmalar sonlanmamıştır⁶⁰. Bununla beraber müşterek hukukta maruf ve meşhur vakıalara yönelik uygulama meşruiyetini, bilginin kaynağından almak yerine hâkimin yetkisinden alırken, Federal İspat Kanunu ile birlikte artık bilginin kaynağı odak noktası haline gelmiştir (FRE Rule 201(b)(2)). Bu da, maruf ve meşhur vakıalara ilişkin uygulamanın yetki alanını hâkimden, doğruluğu sorgulanmayan kaynaklara doğru yön değiştirmiş olmaktadır. Amerikan hukukunda maruf ve meşhur vakıaların uygulanmasına yönelik bu değişim beraberinde bilginin kaynağının sorgulanmasına ve genişlemesine neden olmaktadır. Bu doğrultuda özellikle çevrimiçi (*online*) şekilde edilmiş bilgilerin hâkim tarafından maruf ve meşhur vakıaların belirlenmesinde kullanılması yaygınlaşmış ve çevrimiçi bilgi kullanımının sınırlarının dikkate alınması zorunluluğu doğmuştur. Bu çerçevede, örneğin hâkimin *google*, *google maps* gibi internet araçlarını kullanarak maruf ve meşhur vakıalara ulaşmasının önemi ve faydalarının altı çizilmiş ve Amerikan uygulamasında hâkimler bu kapsamda interneti kullanmaya başlamışlardır⁶¹.

Böylelikle, Amerikan hukukunda başlangıçta sadece içtihatlarla ve bu

⁵⁹ Maddeye göre, taraflar ilgili vakıanın maruf ve meşhur bir vakıa olarak kabul edilmesine yönelik olarak itirazda bulunabileceklerdir. Böylelikle ilgili vakıa üst mahkeme denetimine tabi olabilecektir. Doktrinde bu madde tartışmalara neden olmuş, Wigmore ve sonrasında Thayer, maruf ve meşhur vakıalara yönelik vakıaların ispatına lüzum olmadığına karar verilmesinin temel olarak yargılamanın kısa sürede halledilmesine yönelik olduğunu belirtirken, bu sebepten ötürü Wigmore bu usulün yapısında itirazın yer almaması gerektiğine dikkat çekmiştir, **John T. McNaughton**, *Judicial Notice-Experts Relating to the Morgan-Wigmore Controversy*, *Vanderbilt Law Review*, vol. 14, 1961, s. 56, **Morgan**, s. 283-287. Thayer ise, bu usulün itiraz yoluna bir engel oluşturmadığını ve tarafların itiraz edebileceğini belirtmiştir, **James B. Thayer**, *Judicial Notice and the Law of Evidence*, *Harvard Law Review*, vol. 3, 1890, s. 309.

⁶⁰ **McNaughton**, s. 787.

⁶¹ Bu konu hakkında daha kapsamlı bilgi için bkz. **Bellin / Ferguson**, s. 1137 vd. Amerikan hukukunda bu yönde verilmiş bazı kararlar şunlardır: *Kemp v. Zavaras*, No.09-cv-00295-WYD-MJW, 2010 WL 1268094, no. 3 (D. Colo. Mar. 29, 2010 (Bu kararda google maps kullanılarak iki mesafe arasındaki araç mesafesine ilişkin vakıa belirlenmiştir.); *Rindfleisch v. Gentiva Health Sys.*, 752 F. Supp 2d 246, 259 n.13 (Hâkimlerin coğrafi bilgilere ve uzaklıklara ilişkin olarak internet harita sistemlerini kullanabildiklerine ilişkin); *Grimes v. Navigant Consulting, Inc.*, 185 F. Supp. 2d 906, 913 (N.D. III.2002) (Finans bilgilerine ilişkin olarak). Aksi yönde olmak üzere, doğruluğu hakkında emin olunmadığından, burada yer alan bilgilerin doğruluğu tartışılır nitelikte bulunduğundan, *Wikipedia*'nın vakıaların belirlenmesinde kullanılması uygun görülmemiştir, *Fire Ins. Exch. v. Oltmanns*, 285 P.3d 802, 807 (Utah Ct. App. 2012). Teknolojinin gelişmesiyle paralel olarak hâkimlerin internet kullanımı kaçınılmaz olmaktadır. Amerikan uygulamasındaki bu örnekleri arttırmak mümkündür.

doğrultuda gerçekleştirilen bilimsel çalışmalarla şekillenen bu uygulama, daha sonra İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 201. maddesinde yerini almıştır⁶². Kanun'da mahkemenin yetki alanında olan ve genel olarak bilinen (*generally known*) vakıaların maruf ve meşhur vakıa olarak kabul edileceği, bu doğrultuda bu vakıaların ispatına lüzum olmayacağı belirtilmektedir (FRE Rule 201(b)(2)). Kanuna göre hâkimlerin isbatına gerek olmayacak maruf ve meşhur vakıanın belirlenmesi konusundaki yetkileri devam etmektedir⁶³. Kanun'da aynı zamanda açıkça, hâkimlerin doğruluğu hakkında şüphe uyandırmayacak kaynaklardan kolaylıkla ve doğru bir şekilde elde edilmiş maruf ve meşhur vakıaları belirleyebileceği belirtilmektedir (FRE Rule 201(b)(2)). Bu madde özellikle hâkimlerin kişisel olarak bilmemekle beraber doğru kaynaklara dayanarak ulaşabildiği örf ve adet hukuku uygulamasını yansıtmaktadır⁶⁴. Bu madde aynı zamanda maruf ve meşhur bir vakıa olarak belirlenecek vakıaların kategorilerini de genişletmiştir. Böylece, bilginin tartışılmaz olduğu (*indisputable*) ve kaynağının şüphesiz olarak doğru olduğu (*unquestionably accurate*) durumlarda maruf ve meşhur vakıa söz konusu olacaktır⁶⁵. Yani, Federal İspat Kanunu'nun 201.(b)(2). maddesi ile vakıa doğru şekilde elde edildikten sonra, genel olarak bilinmesi bir zorunluluk teşkil etmemektedir. Ayrıca maddenin (f) bendine göre, jüri yargılamanın yapıldığı hukuk davalarında hâkim jüriyi ispatına gerek olmayan maruf ve meşhur vakıayı kesin bir vakıa olarak (*conclusive*) kabul etmesi konusunda bilgilendirme yükümlülüğü altındadır (FRE Rule 201(f)).

İngiliz doktrinde bu uygulama iki başlık altında ele alınmaktadır⁶⁶: Bunlar herkesçe bilinen vakıalar (*notorious facts*) ve belirli bir araştırma sonrasında maruf ve meşhur bir vakıa olduğu kabul edilen vakılardır (*facts judicially noticed after inquiry*). Herkesçe bilinen vakılara örnek olarak, Noel (*Christmas*) tarihi ve Kraliçe Victoria'nın ölüm tarihi gibi İngiliz toplumunda önemli görülen ve bu sebeple de herkesçe bilindiği farz edilen vakıaları gösterebiliriz⁶⁷. Dolayısıyla Noel günü bir

⁶² **Bellin / Ferguson**, s. 1146.

⁶³ *Daubert v. Merrel Dow Pharm., Inc.*, 509 U.S 579, 592 no. 11(1993).

⁶⁴ **Bellin / Ferguson**, s. 1154.

⁶⁵ **Elisabeth G. Thornburg**, *The Curious Appellate Judge: Ethical Limits on Independent Research*, *Review of Litigation*, vol. 28, 2008, s. 159.

⁶⁶ **Dennis**, s. 529-530; **Tapper**, s. 76-77.

⁶⁷ **Dennis**, s. 529.

vakıa olarak hâkimin önüne geldiğinde, vakıayı ileri süren tarafın, Noel gününün 25 Aralık olduğuna ilişkin bir delil sunarak ispat faaliyetine girişmesine lüzum olmayacaktır. Doktrinde benzer sınıflandırmayı (genel olarak bilinme-*general knowledge*) yapan Amerikan hukuku da genel olarak bilinen vakıaların maruf ve meşhur vakıa olarak ispatına lüzum olmadığını belirtmekte ve genel olarak bilinen vakıaların aşağıda belirteceğimiz genel olarak bilinen tarihi, bilimsel, coğrafi vakıalara göre düzensiz⁶⁸ ve bu sebeple de belirlenmesi daha zor bir sınıflandırma olduğunu dile getirmektedir. Genel olarak bilinen vakıalara Amerikan uygulamasında örnek oluşturan, erkek çocuklarının bazen bisikletten düştüğü⁶⁹; bira, şarap, viski, brendi ve cinin sarhoş edici niteliğe sahip olduğuna⁷⁰ ilişkin kararlar verilmiştir.

Maruf ve meşhur vakıalara ilişkin uygulamaları şekillendiren içtihatları arttırmak mümkündür. Örneğin, iki haftalık bir sürenin insan gebeliği için çok kısa bir süre olduğu⁷¹, kedilerin evcil niteliğe sahip olduğu ve bu amaçla bakıldığı⁷², Londra’da trafiğin çok fazla oluşu ve bu sebeple bu trafik içinde bisiklet kullanan bir çocuğun yaralanma riski taşıdığı⁷³, televizyon seyretmenin İngiliz toplumu için özellikle evde dinlenme amaçlı ortak bir aktivite olarak görülmesi⁷⁴, zarfsız gönderilen posta kartının herkes tarafından okunabileceği⁷⁵ ve fakat kocaların eşlerinin mektuplarını okumayacağı⁷⁶ herkesçe bilinen vakıalar olarak kabul edilmektedir. Bununla beraber

⁶⁸ **John Jay McKelvey**, Handbook of the Law of Evidence, First Edition, 1897, s. 31; **Bellin / Ferguson**, s. 1151.

⁶⁹ *Widefield Homes Inc. v. Griego*, 416 P. 2d 365, 366 (Colo. 1966).

⁷⁰ Biranın sarhoş edici niteliğe sahip oluşunun maruf ve meşhur bir vakıa olduğunu kabul eden Amerikan kararlarına örnekler: *People v. Anderson*, 159 Mich. 185, 123 N.W. 605, 25 L.R.A. (N.S.) 446 (1909); *Briffit v. State*, 58 Wis. 39, 16 N.W. 39, 46 Am. Rep. 621 (1883), **E. H. M. Jr**, Recent Case, Intoxicating Quality of Beer, Texas Law Review, vol. 12/3, 1934, s. 361. Viskinin sarhoş edici niteliğe sahip oluşunun maruf ve meşhur bir vakıa olduğunu kabul eden karar örneği için bkz. Recent Case, *Flanders v. Commonwealth*, 130 S.W., 809 Yale Law Journal, vol. 20, 1911, s. 326. Alkolün sarhoş ediciliğine ilişkin: *Snider v. State*, 7 S. E. 631, 631 (Ga. 1888). Şarabın sarhoş ediciliğine ilişkin: *State v. Packer*, 80 N.C. 439, 441-442 (1879). Brendi’nin sarhoş ediciliğine ilişkin: *State v. Watsworth*, 30 Conn. 55, 59 (1861). Cin’in sarhoş ediciliğine ilişkin: *Commonwealt v. Peckham*, 68 Mass. 514, 514-515 (1854). Kimi zaman hâkimlerin maruf ve meşhur vakıalara ilişkin yanlış kararlar verdiği de görülmüştür, örneğin Indiana Yüksek Mahkemesi’nin bira tüketiminin, limonata ve dondurmadan daha zararlı değildir şeklinde verdiği kararı dikkat çekmektedir, *Beebe v. State*, 6 Ind. 501, 519-20 (1855).

⁷¹ *R v. Luffe* (1807) 8 East 193.

⁷² *Nye v. Niblett* [1918] 1 K.B 23.

⁷³ *Dennis v. Aj White and Co* [1916] 2 KB 6.

⁷⁴ *Bridlington Relay Ltd v. Yorkshire Electricity Board* [1965] Ch. 436.

⁷⁵ *Huth v. Huth* [1915] 3 KB 32.

⁷⁶ *Theaker v. Richardson* [1962] 1 All ER 229, [1962] 1 WLR 151.

bu saydığımız örneklerden daha zor şekilde maruf ve meşhur vakıa olduğu belirlenebilecek vakıalar da söz konusu olabilmektedir. *Burns v. Edman*⁷⁷ davasında sabıkalı (*criminal*) birinin mutsuz bir hayat geçirmesinin maruf ve meşhur bir vakıa olduğuna karar verilmiş ve davanın hâkimi sabıkalı eşin vefatından sonra sözleşmeden doğan (hayat sigortası) ortalama ömre ilişkin tazminatı (*award of damages for loss of expectation of life*) bu sebeple yarıya indirmiştir.

Belirli bir araştırma sonrasında hâkim tarafından maruf ve meşhur olduğuna karar verilen vakıalar ise, özellikle tarihi⁷⁸, siyasi, bilimsel⁷⁹, geleneklere veya profesyonel uygulamalara ilişkin meselelerde söz konusu olmaktadır⁸⁰. Örneğin hayvanat bahçesi ziyaretçisinin bir deve tarafından ısırılması sonucu yaralanması üzerine, hayvanat bahçesi müdürüne karşı açılmış olan davada, *McQuaker v. Goddard*⁸¹, hâkim, bir devenin vahşi bir hayvan mı, yoksa evcilleştirilmiş bir hayvan mı olduğuna ilişkin sınıflandırmaya karar vermek zorunda kalmıştır. İstinaf mahkemesi, yerel mahkeme hâkiminin çeşitli bilimsel kitapları araştırdıktan ve develerin huyları konusunda bilirkişi dinledikten sonra, develerin evcilleştirilmiş hayvanlar olduğuna ilişkin vermiş olduğu kararı onamıştır. İstinaf mahkemesi kararında, hâkimin develere ilişkin vakıayı maruf ve meşhur vakıa olarak kabul etmeye ve bu amaçla bilgi sahibi olmak üzere uygun kaynaklardan yararlanmaya yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir. İstinaf mahkemesi kararında ayrıca, maruf ve meşhur

⁷⁷ *Burns v. Edman* [1970] 2 QB 541 QBD, [1970] 1 All ER 886.

⁷⁸ **McKelvey**, s. 36; **Bellin / Ferguson**, s. 1148. Bazen bir devirde genel olarak herkesçe bilinen tarihi bir vakıa, bir başka devirde yok olabilir. Bu tarihi vakıaya ilişkin bilgi her ne kadar doğru bir bilgi olsa da, artık herkesçe bilinmediğinden artık yeni bir kararda maruf ve meşhur bir vakıa olarak kabul edilemeyecektir, **Bellin / Ferguson**, s. 1149; **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 658. Örneğin, 1897 yılında bir Texas mahkemesi, Texas ve Meksika arasındaki savaş sırasında, Sam Houston'ın Texas ordusun başında önemli bir askeri görev üstlenmesini o dönem herkesçe bilinen tarihi bir vakıa olarak kabul etmiştir, *Sargent v. Lawrence*, 40 S.W. 1075, 1076 (Tex. Civ. App. 1897). Bu tarihi vakıanın 21. yüzyıl Amerika'sında herkesçe bilinen bir tarihi vakıa olarak kabul edilmesi yanlış olacaktır.

⁷⁹ **McKelvey**, s. 30; **Francis Wharton**, A Commentary on the Law of Evidence in Civil Issues, Kay and Brother, Third Edition, Philadelphia 1888, §335. Amerikan hukukunda hâkimler herkesçe bilinen bilimsel vakıalara ilişkin ispat faaliyetine gerek olmadığına ilişkin kararlar vermekle birlikte, bilimsel olarak doğru kabul edilmiş olsa bile, geniş (bilim) çevrelerce genel olarak kabul edilmemiş bilimsel vakıaların maruf ve meşhur vakıa olarak ispat faaliyetinden hariç tutulmasını reddetmişlerdir, **Charles T. McCormick**, Judicial Notice, Vanderbilt Law Review, vol. 5, 1952, s. 301-303. Ayrıca Amerikan hukukunda her ne kadar bilim çevrelerince genel olarak kabul görmüş bilimsel ve medikal vakıalar, maruf ve meşhur vakıa kapsamında olsa da, bilimsel kavramının içeriğine ilişkin net bir belirleme yapılmamıştır, **Bellin / Ferguson**, s. 1148.

⁸⁰ **Tapper**, s. 77.

⁸¹ *McQuaker v. Goddard* [1940] 1 K.B 687 CA.

vakıalara ilişkin sürecin, uyuşmazlık içinde bulunan vakıalara yönelik olağan delil elde edilmesi süreci ile aynı olmadığını, somut olaydaki bilirkişilerin hâkime bilgisini tamamlaması ve görüşünü oluşturması amacıyla yardım ettiklerini vurgulamıştır⁸². Dolayısıyla maruf ve meşhur vakıaların araştırılmasına ilişkin faaliyetin bir ispat şekli olmak yerine, ispatın yerine geçen (*substitute for proof*) bir faaliyet olduğu teyid edilmiştir⁸³.

İngiliz uygulamasından, hâkimin belirli bir araştırma sonucunda ulaştığı herkesçe bilinen vakıaya bir başka örnek örnek olarak *DPP v. Hynde*⁸⁴ davasını gösterebiliriz. Bu davada, davalı Heathrow Havaalanı'nda üzerinde kelebek bıçak bulundurması sebebiyle Havacılık Güvenliği Kanunu'na (*Aviation Security Act 1982*) göre, bir kimsenin yaralanmasına sebep olabilecek eşya bulundurarak, Kanun'u ihlal etmekle suçlanmaktadır. Davada yerel mahkeme hâkimi, söz konusu bıçağın bir kimseyi yaralayıp yaralayamayacağını gösteren bir delil ileri sürülmediğini sebep göstererek davayı reddetmiştir. Bunun üzerine istinaf mahkemesi, yerel mahkeme hâkiminin bu bıçağın bir kimseyi yaralayıp yaralayamayacağına ilişkin vakıayı maruf ve meşhur bir vakıa olarak kabul etmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu kararın gerekçesinde kelebek bıçağın, sustalı bıçakla aynı unsurları taşıdığını; yani birini şaşırtacak kadar hızlı olması ve Parlamentonun açıkça kelebek bıçakları Ceza Yargılaması Kanunu'nun (*Criminal Justice Act 1988*) 141. bölümü kapsamında saldırı amaçlı silahlar bünyesinde kabul etmesi sebebiyle herkesçe bilinen vakıa olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. İngiliz doktrininde bu dava özellikle yasamaya ilişkin herkesçe bilinen vakıalar (*legislative facts judicially noticed after enquiry*) kapsamında incelenmektedir⁸⁵. Her ne kadar hâkimlerin "*judicial notice*" kararı vermeleri; yani bir vakıanın herkesçe bilinen bir "vakıa" olarak kabul edilmesine ilişkin kararları, bir "vakıa"ya yönelik olsa da; kelebek bıçak, yaralama amaçlı sustalı bıçak gibi değerlendirilerek adeta bir "hukuki sınıflandırma meselesine" dönüştürülmektedir⁸⁶. Kararın bu şekilde değerlendirilmesine gerekçe olarak da bu

⁸² *McQuaker v. Goddard* [1940] 1 K.B 687 at 700.

⁸³ **Dennis**, s. 532.

⁸⁴ *DPP v. Hynde* [1998] 1 All ER 649 DC.

⁸⁵ **Dennis**, s. 530-531.

⁸⁶ **Dennis**, s. 531.

yöndeki kararların istikrarının sağlanması olarak gösterilmektedir⁸⁷. Bu yönde olmak üzere istinaf mahkemesi eğer kelebek bıçak bir mahkemede saldırı amaçlı silah kabul edilse ve diğer bir mahkemede kabul edilmezse yargı hakarete maruz kalmış demektir⁸⁸ diyerek istikrarlı karar verilmesinin önemini vurgulamıştır. Böylece herkesçe bilinen vakıa konusu, istikrarlı karar oluşturulması amacıyla ilişkilendirilmiştir.

Herkesçe bilinen vakıalar, zaman ve yere göre değişkenlik gösterebilmekte, örneğin bir şehirde herkesçe bilinen bir vakıa, diğer bir şehir için yabancı olabilmekte, uzun yıllar önce herkesçe bilinen bir vakıa, günümüzde farklı bir niteliğe sahip olabilmektedir⁸⁹. Örneğin, 1848 yılında İngiltere’de Ezop Masallarına ilişkin olarak bir hâkimin değerlendirme yapması ile günümüzde yapacağı değerlendirme farklı olacak, bugün Ezop Masallarına ilişkin bir vakıa hâkim tarafından maruf ve meşhur vakıa sayılamayacaktır⁹⁰. Buna ilişkin olarak 1848 yılında Ezop Masallarından “*frozen snake*⁹¹”; yani donmuş yılan masalı *Hoare v. Silverlock*⁹² hakaret davasına konu edilmiş ve hâkim bu davada donmuş yılan tanımlamasını herkesçe iyi bilinen bir vakıa olarak kabul etmiştir. Kahramanları hayvanlar olan masallarıyla ün kazanmış Ezop masallarında tilkinin kurnazlığı, aslanın gururu, keçinin inatçılığı ve somut davadaki gibi yılanın nankörlüğü örneklerinde olduğu gibi hayvanların ilkelliği ile insanlara özgü duygu ve davranışları dile getirilmekteydi. Somut davada da nankör yılan benzetmesi eski dönemlerde halk arasında Ezop masallarının da çok yaygın şekilde okunmakta olmasından dolayı herkesçe bilinen bir vakıa olarak sayılmış olsa da, günümüz İngiliz toplumunda hala herkesçe bilindiğini varsaymak yanlış olacaktır⁹³.

Herkesçe bilinen vakıaların mutlaka bir toplumu oluşturan bütün nüfus tarafından da bilinmesi gerekmemekte, kimi zaman belirli bir kasabanın

⁸⁷ Dennis, s. 531.

⁸⁸ DPP v. Hynde [1998] 1 All ER 649 at 656.

⁸⁹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 658; Dennis, s. 529.

⁹⁰ Dennis, s. 529.

⁹¹ Kısaca, masala göre donmuş yılanın haline acıyan bir adam yılanı mantosunun içine alır ve ısıtır. Isınan yılan kendine gelir ve onu ölümden kurtaran adamı sokar ve ölümüne neden olur. Bu tabirle yılanın nankörlüğüne dikkat çekilmektedir ve adeta Türkçe’de kullandığımız besle kargayı oysun gözünü atasözü ile benzer anlamı taşımaktadır.

⁹² Hoare v. Silverlock (1848) 12 QB 624.

⁹³ Dennis, s. 529; Munday, s. 24; Tapper, s. 77.

yaşayanlarınca ilgili vakıanın biliniyor olması veya belirli bir işin uygulayıcıları tarafından bilinen bir vakıa olması yeterli görülmektedir⁹⁴. Örneğin 1919 yılında bir Kalifornia hâkimi tarafından verilen karar göre, herkesçe kabul edilen bir vakıa olarak, Mission sokağı, San Francisco'nun iş sahası olarak kabul edilmiştir⁹⁵. Bununla birlikte, bu karara ilişkin genel kabul edilme olgusu, başka bir yerde, bölgede herkesçe bilinmediğinden maruf ve meşhur bir vakıa olarak kabul görmeyecektir⁹⁶.

Bir vakıanın herkesçe bilinmesi ile ilgili vakıanın hâkim tarafından özel olarak bilinmesi arasındaki fark da önemli bir sorun teşkil etmektedir⁹⁷. Türk hukukunda, hâkimin hâkimlik mesleği sebebiyle bildiği vakıaların da ispatı gerekmemekle birlikte hâkimin özel yaşamı sırasında öğrendiği hususlar maruf ve meşhur vakılardan sayılmadığından hâkimin de bu bilgiyi aynı davada hem hâkim hem de tanık olması ret sebebi oluşturduğundan, davada kullanması mümkün değildir. Böyle bir durumda, hâkimin tarafça tanık olarak gösterilmişse, kendisini reddedip sahip olduğu bilgiyi tanık olarak ifade etmesi gerekir⁹⁸.

Benzer problem İngiliz hukukunda da ele alınmış ve prensip olarak İngiliz hukukunda da hâkimler ve jüri özel bilgilerini vakıaların belirlenmesinde kullanamamaları da⁹⁹, uygulamada bu tartışmalı hususa ilişkin olarak, Türk hukukundan farklı çözüm yolları öngörülmüştür.

Wetherall v. Harrison [1976] QB 773 davasında profesyonel olmayan; yani hukuk eğitimi almayan bir hâkim¹⁰⁰ kendi asıl mesleği olan doktorluk bilgisinden faydalanmıştır. Alkollü araç kullanımına ilişkin davada, davalı, iğne fobisi bulunması sebebiyle kan numunesin alınmasına karşı çıkmıştır. Doktorluk bilgisini kullanan

⁹⁴ **Dennis**, s. 529-530; **Bellin / Ferguson**, s. 1149; **Simon Greenleaf**, A Treatise on the Law of Evidence, First Edition 1897, s. 11.

⁹⁵ *Varcoe v. Lee*, 181 P. 223, 225 (Cal. 1919).

⁹⁶ **Edmund M. Morgan**, Judicial Notice, Harvard Law Review, vol. 57/3, 1943-1944, s. 276-277.

⁹⁷ **Dennis**, s. 530. Hakimin kamuya açık bir kaynaktan elde ettiği, herkes tarafından paylaşılan bilgiler, özel bilgi olmaktan çıkıp maruf ve meşhur vakıa haline gelecektir, **Atalı**, s. 158.

⁹⁸ **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 658.

⁹⁹ *Palmer v. Crone* [1927] 1 KB 804. Aynı şekilde, Amerikan hukukunda da hâkimler özel bilgilerini vakıaların belirlenmesinde kullanamamaktadırlar, **Wigmore**, §2126, s. 477.

¹⁰⁰ Anglo-Amerikan hukukunda genellikle “*lay adjudication*”, “*lay participation*”, olarak adlandırılan kuruma dahil profesyonel hukukçu olmayan bu kişiler yargılamada hâkim olarak görev alabileceği gibi, kimi zaman da jüri olarak kendilerini göstermektedir.

hâkim ise, iğne fobisi hakkında kürsüdeki diğer hâkimlere bilgi vermiş ve davalının ileri sürdüğü hastalığa ilişkin vakıanın gerçek olduğuna karar vermiştir. Kararda profesyonel olmayan hâkimin davaya ilişkin delillerin değerlendirilmesinde kendi özel bilgisinden faydalanmasının bu tip bazı durumlarda mümkün olduğu ve eğer kendisine sorulursa diğer hâkimlere somut davadaki delili kendi özel bilgisi sebebiyle nasıl değerlendirdiğini açıklaması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

*Reynolds v. Llanelly Associated Tinsplate Co Ltd.*¹⁰¹ davasında ise istinaf mahkemesi, iş tazminatına ilişkin davada¹⁰² hakem olarak görev alan yerel mahkeme hâkiminin, genel olarak ilgili bölgede bilinen yerel ücret oranlarına ilişkin bilgisini dikkate alabileceğine karar vermiştir. Burada, elbette ki hâkim, kişisel olarak belirli meseleler hakkında edindiği belirli bilgiye dayanamamakta, hâkim sadece yerel çevrede herkesçe bilinen hususlarda kendisinin de bildiği bilgiye dayanabilmektedir¹⁰³.

Her ne kadar hâkimlerin özel bilgilerini veya sahip oldukları yerel bilgilerini eğer bu vakıa ilgili yörede genel olarak bilinmiyor ise ispat şekli olarak kullanmaları mümkün değilse de, bu prensiple çelişen kararlar da İngiliz doktrininde dikkat çekmektedir¹⁰⁴. Buna örnek olarak *Ingram v. Percival*¹⁰⁵ davasını gösterebiliriz. *Ingram v. Percival* davasında, davalı gelgitli sulara yasadışı balıkçılık¹⁰⁶ yapmaktan yargılanmaktadır. Balıkçılık yapılan suların gelgitli sular olduğuna ilişkin davada hiçbir delil ileri sürülmemiştir. Davada hâkimler bahsi geçen suların gelgitli sular olduğunu bildiklerini belirterek davalı aleyhine hüküm kurmuşlardır. İstinaf mahkemesi, bu davada hâkimlerin yerel bilgilerini kullanmaya tamamen yetkili olduklarını belirterek kararı onamıştır. Bu karar İngiliz doktrini açısından çok istikrarlı bir sonuç oluşturmamıştır; çünkü vakıanın herkesçe bilindiğine ilişkin bir açıklık

¹⁰¹ *Reynolds v. Llanelly Associated Tinsplate Co. Ltd.* [1948] 1 All ER 140.

¹⁰² İş tazminatına ilişkin davalarda hâkimin maruf ve meşhur vakıalara karar vermesine ilişkin olarak bkz. **C. Allen**, *Judicial Notice Extended: Mullen v. Hackney London Borough Council*, *International Journal of Evidence and Proof*, vol. 2, 1998, s. 42.

¹⁰³ **Dennis**, s. 533.

¹⁰⁴ **Dennis**, s. 534.

¹⁰⁵ *Ingram v. Percival* [1969] 1 QB 548 DC. Ayrıca benzer bir örnek için bkz. *Mullen v. Hackney LBC* [1997] 1 WLR 1103 CA.

¹⁰⁶ Gelgitli sulara (*tidal waters*) balıkçılık, sular çekildiğinde karada yaşam mücadelesi veren balıkları hedef alan balıkçılık türüdür ve çoğu ülkede bu tür balıkçılık yasaklanmaktadır.

mevcut değildir. Hâkim tarafından bir vakıanın herkesçe bilinen vakıa olarak kabul edilmiş olması halinde ilgili vakıaya yönelik çapraz sorgulama veya aksini ispat edebilecek bir delil de ileri sürülmesi mümkün olamayacaktır¹⁰⁷. Bu dava eğer günümüzde tekrar açılmış olsaydı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkını ihlal etmesi muhtemel görülmektedir¹⁰⁸.

Bu noktada hâkime önemli bir rol düşmekte, ilgili vakıanın maruf ve meşhur bir vakıa olup olmadığına hâkim karar verecek, eğer gerekiyorsa herkesçe bilinen vakıaya ilişkin olarak hâkime taraflar ve avukatlarınca hatırlatma yapılacaktır.

Judicial notice olarak adlandırılan bu uygulama sayesinde hâkim aslında uyuşmazlık içinde olmayan ve herkesçe bilinen bir vakıayı, maruf ve meşhur bir vakıa olarak belirterek, ispat yükünü taşıyan tarafça ilgili vakıanın gereksiz yere ispatlanmasını önlemiş olmakta ve bu sayede yargılamanın gereksiz yere uzamasını ve lüzumsuz masraf yapılmasını da önlemiş olmakta ve böylece usul ekonomisinin sağlanması konusunda önemli bir rol oynamaktadır.

Bununla beraber maruf ve meşhur vakıaların belirlenmesi konusunda hâkime yetki veren bu uygulamanın çerçevesinin çok dikkatli şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde hâkim bu yetkiyi çok geniş şekilde ele alacak olursa, hâkim yetki alanını aşmış ve taraflarca getirilme ilkesine aykırı düşmüş olacaktır. Diğer taraftan eğer hâkim, maruf ve meşhur vakıalara ilişkin belirlemeyi gereğinden dar yorumlayarak ispat yükü kendisine düşen kişi tarafından ispatlanması gereken uyuşmazlık teşkil eden bir vakıa olduğuna karar verirse, bu durumda ise taraflara gereksiz yere ispat faaliyetine girişmelerine ve bu doğrultuda yargılamanın uzamasına ve gereksiz masrafların oluşmasına neden olacaktır. Ayrıca bu son durumda ispat yükü kendisine düşen tarafın ilgili vakıayı ispatlayamaması durumunda ise belki de herkesçe bilinen bir vakıa, ispatlanamadığı için o kişi aleyhine sonuç doğurabilecektir. Dolayısıyla, hâkim tarafından maruf ve meşhur vakıalara ilişkin belirlemelerin çok hassas şekilde yapılması gerekmektedir.

¹⁰⁷ Dennis, s. 534.

¹⁰⁸ Dennis, s. 534.

§2 ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA DELİLLER

Delil, uyuşmazlığı oluşturan veya oluşturduğu iddia edilen vakıanın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda hâkimde bir kanı oluşturmaya yarayan ispat aracıdır¹⁰⁹. Aşağıda genel olarak Anglo-Amerikan hukukunda deliller hakkında Türk hukukuyla mukayeseli olarak bilgi verilecek olup amaç delillerin toplanmasında hâkimin rolünün daha kolay anlaşılır olmasını sağlamaktır. Bu sebeple delilleri, çalışma konusunu çok genişletmeden genel açıklayıcı bilgilerle ele alma yolu benimsenmiştir.

I- Anglo-Amerikan Hukukunda Deliller ve Hâkimin Rolü

Türk hukukunda taraflar, iddia ve savunmalarını ispat etmek için ihtilaflı vakıalar hakkında delil göstermektedirler. Kanun açıkça böyle bir ayırım yapmasa da, deliller doktrinde kesin ve takdiri olarak iki kategoriye ayrılmakta¹¹⁰; delillerin değerlendirilmesinde hâkimin bağlılığı ve Kanun'da her delile bağlanan sonuçlar, böyle bir ayırım yapılmasını da gerekli kılmaktadır¹¹¹. Hâkim kesin delillerle bağlı olup, bunların aksine karar verme yetkisi bulunmamaktadır.

Türk hukukundan farklı olarak, Anglo-Amerikan hukukunda delillerin ispat gücüne ilişkin herhangi bir ölçüt belirlenmeyerek¹¹², delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Delillerin somut davada ispat gücünü değerlendirecek olan hâkimler sağduyuları ve tecrübeleri

¹⁰⁹ İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Bası 6, İstanbul 1975, s. 528; Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Bası 7, Ankara 1960, s. 251-252; Mehmet Akif Tutumlu, Hukuk Yargılama Delil İkametinin Kapsamı, Şekli ve Zamanı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1989/6, s. 924; Nevzat Erol, Hukukta Deliller ve İkamet, Ankara 1969, s. 13.

¹¹⁰ Postacıoğlu, s. 568; Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 712 vd.; Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 379; Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 386-387.

¹¹¹ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 713.

¹¹² Dennis, s. 117.

ışığında delilleri değerlendirmektedirler¹¹³. Delillerin kesin¹¹⁴ ve takdiri¹¹⁵ şeklindeki ayırımına Anglo-Amerikan hukukunda rastlanmamaktadır. Türk hukuk sisteminde ise, kanuni delil sistemi gereği hâkim delilleri, kanunda delillerin değerlendirilmesi ile ilgili olarak getirilen sınırlamalara bağlı olarak değerlendirip karar verecektir¹¹⁶. Bu doğrultuda hâkim, kural olarak, kanunda belirtilen istisnalar dışında, delilleri serbestçe takdir etmektedir (HMK madde 198). Kanunda belirtilen istisnalar ise senet (HMK madde 200 vd.), yemin (HMK madde 225 vd.), kesin hükümdür (HMK madde 303 vd.). Hâkim bu istisna olarak belirtilen kesin delillerin gerçeği temsil edip etmediğini serbestçe takdir edememekte; bu deliller geçerli olduğu sürece, doğruyu temsil ettiğini, ancak öngörülen şartlar gerçekleşmişse kabul edebilmektedir¹¹⁷. Ayrıca Türk

¹¹³ **Dennis**, s. 117. Örneğin, takdiri bir delil olan tanık ifadelerini hakim serbestçe takdir eder; fakat serbestçe takdir ederken sadece hakimin vicdani kanaati yeterli olmayıp hükümde bir tanığın ifadesinin neden kabul edildiğinin veya edilmediğinin de belirtilmesi gerekir, HGK 20.2.2013, 9/843-253, **Kuru**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, s. 307.

¹¹⁴ Kesin deliller, şartlarını, hükümlerini ve sonuçlarını kanunun belirlediği ve bu şartların mevcut olması halinde hâkimin bağlı olduğu ve takdir yetkisine sahip olmadığı delillerdir. Bir vakianın ispatı için kanunda kesin delil öngörülmüşse, hâkim başka delil inceleyemez. Aynı şekilde, bir vakianın ispatı için kesin delil gösterilir ve o delil o vakıayı ispat ederse, hâkim bu vakianın doğruluğunu kabul etmek ve buna uygun karar vermek zorundadır, **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 714. Türk hukukunda görülen kesin delil sistemi, yalan tanıklığı önlemesi, davanın daha kısa sürede sonuçlanabilmesi ve hâkimin işini kolaylaştırması açısından yararlı görülmekle birlikte, diğer delillerin kullanılmasını sınırladığından, bazı hallerde mahkemenin gerçeğe aykırı karar vermesi sonucunu da doğurabilmektedir. Hâlbuki medeni usulün amacı, gerçeğe uygun karar verilmesidir. Hak sahiplerinin önceden kesin delil sağlayamamaları durumunda mahkeme önünde iddialarını ispat etmeleri mümkün olamamakta ve bu durum da tarafların aleyhine ve gerçeği yansıtmayan kararlar verilmesine neden olabilmektedir, **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 714. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda kesin deliller, hâkimi bağlamakta, hâkimin bu delilleri takdir yetkisi bulunmamaktadır ve hâkim kesin delillerle bağlı olup, kesin delilin sonucunu sorgulayamamaktadır. Bununla beraber, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda yemin ve senet, hâkim için bağlayıcı değildir. Biz bu çalışmanın kapsamını yalnızca taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalar bakımından sınırlayarak, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davaları çalışma konumuz dışında tutacağız.

¹¹⁵ Koşulları ve hükümlerini kanunun tayin etmediği takdiri deliller, hâkimi bağlamamakta, hâkim bu delilleri serbestçe takdir etmektedir. Tanık (HMK madde 240-265), bilirkişi (HMK madde 266-287) ve keşif (HMK madde 288-292) takdiri delil olarak kabul edilmektedir. Bunların yanı sıra hâkim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 192. maddesi uyarınca, takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu olaylarda, ispat aracı niteliğindeki herşeyi delil olarak kabul edebilmektedir. Türk hukukunda takdiri delillerle ispat, hukuki işlemler bakımından kabul edilmemekle beraber, belirli bir değer altındaki işlemler için veya senetle ispat kuralının istisnaları (HMK madde 203) söz konusu ise, bu durumda bu hukuki işlemler de takdiri delillerle ispatlanabilecektir. Ayrıca tarafların delil sözleşmesi ile hukuki işlemlerin de takdiri delillerle ispatlanabileceğini kararlaştırmaları mümkündür (HMK madde 193). Hukuki işlemler dışında hukuki fiiller ise, takdiri delillerle ispatlanabilmektedir, **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 715. Takdiri deliler elastiki nitelikte olduğu veya kesinlik arz etmediği için hakimi bunlar üzerinde ister istemez şüphe ve tereddütle harekete sevk etmekte, bunun sonucu da gerçeğe yaklaşmak için onu başka incelemelere zorlamaktadır, **Necmeddin M. Berkin**, Hukuk Yargılama Usulünde Delillerin Takdirine İlişkin Sorunlar, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, 1975/2, s. 155.

¹¹⁶ **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 712.

¹¹⁷ **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 712.

hukukunda belirli bir miktarı geçen hukuki işlemlere yönelik olarak kesin delille ispat zorunluluğu söz konusu olmaktadır (HMK madde 200).

Anglo-Amerikan hukukunda, sosyal ve teknolojik gelişmeler sonucunda sözlü delillere verilen önem eskiye göre azalma göstermiştir. Günümüzün çağdaş yapısına uygun birçok çeşit türde belge, deliller arasında sıyrılarak büyük öneme sahip olmuştur. Yargılamalarda sözlü delile dayanılmasının eskiye göre azalması, belge deliline olan güvenin artmasıyla bağlantılıdır. Bunun yanı sıra modern toplumların kucak açtığı, elektronik ortamda gerçekleştirilen finansal işlemler, telefon, elektronik posta, bilgisayar ve kameraların sosyal hayatımızdaki yeri de sözlü delillerin (tanık) kullanım alanını daraltmaktadır¹¹⁸.

Anglo-Amerikan doktrininde deliller, doğrudan (*direct evidence*) ve ikinci derece delil olarak ayrılmaktadır. Doğrudan deliller, uyumsuzluk konusu bir meseleyi doğrudan çözmeye yarayan delillerdir. Örneğin, davalının bir sözleşmeyi imzalayıp imzalamadığı mesele teşkil ediyorsa ve bir tanık ifadesine göre de davalı sözleşmeyi imzalamışsa, bu durumda söz konusu doğrudan delil, herhangi bir çıkarıma gerek olmadan, maddi vakıayı ispat etmektedir¹¹⁹. İkinci derece deliller ise, Anglo-Amerikan hukukunda mesele teşkil eden vakıalar içinden çıkarım yoluyla elde edilen delillere karşılık gelmektedir.

Anglo-Amerikan hukukunda, sadece doğrudan delillerin veya mesele teşkil eden vakıaların kabul edilebilir olacağının kabulü halinde birçok iddianın başarısızlığa uğrayacağı; bu yüzden de ikinci derece delillerin uyumsuzluğa ilişkin iddia ve savunmaların ispatında önem taşıdığı kabul edilmektedir¹²⁰. Hâkim veya jürinin çıkarım yoluyla edindiği vakıaların da kabulü gerekmektedir¹²¹. İkinci derece delile örnek olarak, bir kimsenin belirli bir zamanda otomobiliyle ne kadar hızda gittiği

¹¹⁸ **Bell**, An Introduction to Judicial Fact-finding, s. 542

¹¹⁹ **David M. Paciocco / Lee Stuesser**, The Law of Evidence, Irwin Law Inc., Fifth Edition, 1998 Toronto, s. 30-31.

¹²⁰ **Richard Glover / Peter Murphy**, Murphy on Evidence, Oxford Univesity Press, Thirteenth Edition, Oxford 2013, s.18-19; **John Henry Wigmore**, The Principles of Judicial Proof, or, the Process of Proof: As Given by Logic, Psychology, and General Experience, and Illustrated in Judicial Trials, Littleton, Colorado 1913, s. 30; daha ayrıntılı bilgi için bkz. **John Henry Wigmore**, revised by Peter Tillers, Evidence in Trials at Common Law, Little, Brown and Company, Boston 1983, s. 950-965.

¹²¹ **Tapper**, s. 30.

mesele teşkil eden vakıa ise, o kimsenin belirlenmek istenilen zamandan hemen önceki hız oranına ilişkin delilin kabul edilebilir sayılmasını gösterebiliriz¹²². Bir başka örnek olarak, *Woolf v. Woolf* davasında istinaf mahkemesi, evli bir adamın aynı otel odasını eşi haricinde bir başka kadınla paylaşmasını, zinaya ilişkin iddiaları desteklemesi amacıyla kullanmıştır¹²³. Yani aynı odayı paylaşması çıkarım yoluyla ikinci derece delil olarak kabul edilmiştir.

Her ne kadar doğrudan delillerde bir karmaşaya neden olmasa da, ikinci derece delillerde bir çıkarım faaliyeti gerçekleştirildiğinden söz konusu delillerin uyumsuzlukla bağlantılılığına titizlikle dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu konuya önem veren Amerikan hukuku, “bağlantılılık” hususunda kanuni düzenleme yolunu tercih etmiştir. Kısaca belirtmek gerekirse, bir delil istisnalar haricinde¹²⁴ sadece mesele teşkil eden bir vakıa ile bağlantılı ise kabul edilebilir sayılacaktır¹²⁵. Aşağıda Amerikan hukukunda “Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Hâkimin Rolü” başlığı altında söz konusu hususa daha ayrıntılı yer verdik¹²⁶.

Delillerin güvenilirliğinin incelenmesi de hâkim için önemli ve zor bir görevdir. Güvenilirliği denetleyecek mutlak kurallar bulunmadığından hâkim öznel bir şekilde birçok unsuru gözönünde bulundurarak bir karara varır¹²⁷. Örneğin hâkim bir tanık delilini incelerken tanığın doğruyu söyleyen biri olup olmadığını dikkate alacaktır. Fakat kimi zaman da tanık doğruyu söyleyen, dürüst biri olsa bile tanıklık ettiği vakıadan etkilenerek olayı farklı şekilde yorumlayabilir ve sonra buna kendini inandırabilir. Dolayısıyla güvenilirliğin değerlendirilmesinde hâkimin rolü oldukça zordur. Bu noktada hâkime deneyimleri yardım edecek ve hâkim kimi zaman gözlerini hâkimin gözlerinden kaçırarak konuşan, titreyen, sanki yalan söylemiş gibi çekinen bir tanığı; gözlerini hâkimin gözlerine emin bir şekilde diken, kendinden emin ve rahat bir şekilde tanıklık yapan ve fakat aslında dürüst olmayan, güvenilir olmayan tanıklığı birbirinden ayırabilecektir.

¹²² *Beresford v. St. Albans Justices* (1905) 22 TLR 1.

¹²³ *Woolf v. Woolf* [1931] P 134. Benzer şekilde bkz. 2. HD 19.01.2012 tarih 2010/22120 E. 2012/670K.

¹²⁴ FRE Rule 403.

¹²⁵ **Monaghan**, s. 29.

¹²⁶ Bölüm 3, §3 I B 2.

¹²⁷ **H. C. Nicholas**, Credibility of Witnesses, South African Law Journal, 1985, s. 32.

Anglo-Amerikan doktrinde deliller, esas delil (*primary evidence*) ve ikincil delil (*secondary evidence*) olarak da ikiye ayrılmaktadır. Esas delil uyuşmazlığın çözümünü sağlayan, öncelik verilmesi gereken delil olarak belirtilirken, ikincil delil ise, uyuşmazlığın çözümüne yarayan daha iyi bir delilin yokluğu halinde (esas delilin mevcut olmayışının makul açıklaması yapılırsa) kullanılan delildir¹²⁸. Bununla beraber her ne kadar esas delillerin uygulanmasına öncelik verilse de bazı davalarda ikincil delilin öncelikli olarak uyuşmazlığın çözümü için kullanılması gerekmektedir. Örneğin esas delil niteliğindeki bir belgenin hukuken makul bir sebepten ötürü elde edilemeyecek olması halinde hâkim, bunun yerine geçmek üzere ikincil nitelikte bir delile öncelik tanınmasına izin verebilir¹²⁹. İkincil deliller de ikili bir ayrıma tabi tutulmakta ve daha önce ayrıntılı olarak açıkladığımız dolaylı deliller¹³⁰ ikincil delil kapsamına girmektedir. Dolaylı deliller ise İngiliz hukukunda kabul edilebilir delil sayılırken, Amerikan hukukunda kabul edilemez sayılmaktadırlar. Diğer tür ikincil deliller ise, orijinal belgenin aslı yerine, onun ispatına yarayan kopyası niteliğindeki belgelerdir¹³¹.

Bir diğer tür deliller de gerçek delillerdir (*real evidence*). Gerçek deliller, belgeler haricindeki maddi nesnelerdir ve mahkemede incelenmek üzere ibraz edilirler¹³².

A- İngiliz Hukukunda Deliller ve Hâkimin Rolü

1- Deliller ve Hâkimin Rolü

İngiliz hukukunda delilleri, 1- Tanıklık (*testimony*), 2- Dolaylı deliller (*hearsay*), 3- Belgeler (*documents*)¹³³, 4- Şeyler ve gerçek delil (*things and real evidence*)¹³⁴

¹²⁸ **Malek**, s. 6; *Lucas v. Williams* [1892] 2 QB 113 at 116.

¹²⁹ **Malek**, s. 1420.

¹³⁰ Bölüm 2, §2 I F.

¹³¹ **Malek**, s. 1420-1434.

¹³² **Malek**, s. 5.

¹³³ İngiliz hukukunda belgeler discovery/disclosure usulü kapsamında ele alınmaktadır, bölüm 2, §3.

¹³⁴ “*Things*” olarak adlandırılan “şeyler” olarak çok genel şekilde Türkçeleştirebileceğimiz bu kavram ile aslında bağımsız türdeki deliller kastedilmektedir. Doğrudan veya dolaylı olarak tanıklar tarafından bildirilmekle beraber, “şeylere” ilişkin olarak mahkeme bulgular elde etmekte ve bu bulgular tanıklara ilişkin değil mahkemece tamamen “şeyin” kendine özgü bulgular elde edilmesini sağlamaktadır. Bu delil türü kapsamına keşif kurumu da dahil olmaktadır. “*Real evidence*” ise, hâkim veya jüri tarafından

oluşturmaktadır¹³⁵. İngiliz hukukunda tanık delili duruşma aşamasının en temel delili olarak görülmektedir. Bir sonraki en önemli delili ise, belgeye dayalı deliller oluşturmaktadır. Bu deliller kağıt üzerindeki belgeler olabileceği gibi elektronik bilgileri de kapsamaktadır.

Medeni Usul Kuralları'nın "Mahkemenin Delilleri Kontrol Etme Yetkisi" başlıklı 32.1. maddesinde hâkimin talimatlarıyla delilleri kontrol edebileceği belirtilmektedir. Buna göre hâkim a) Delil ileri sürülmesi gereken, yani ispatı gereken meselelere işaret edebilecek (CPR Rule 32.1(a)); b) Söz konusu meseleleri ispata yarayacak delilin türü (CPR Rule 32.1(b)) ve c) Delillerin mahkemeye sunulma şekli (CPR Rule 32.1(c)) konusunda taraflara emredebilecektir. Bu hüküm İngiliz usul hukukunda yapılan reformun ne kadar köklü nitelikte olduğunun bir göstergesidir. Bu hükümle aslında İngiliz hâkimine, Türk hukukunda "hâkimin davayı aydınlatma ödevi" kapsamında verilen role denk gelen bir rol verilmektedir. Bu hükümle hâkim delillerin toplanmasında aktif bir role sahip olmakta ve çalışmada aktarılan Kıta Avrupası hukuk sistemlerine yaklaşmaktadır. Türk hukukunda da, hâkimin deliller konusunda davayı aydınlatma yükümlülüğü öncelikle tarafların dayanacağı delillerin hangileri olabileceği konusunda belirleme yapmakla başlamakta, bu da hâkime iddia edilen hususların ispatı için gerekli olan delillerin getirilmesini taraflardan isteme yükümlülüğünü doğurmaktadır¹³⁶. Bu durumda hâkim, taraflardan iddialarının ispatı için gerekli olan delilleri göstermelerini talep edebileceği gibi, gösterilmesi gereken delil türüne de işaret edebilecektir¹³⁷.

Medeni Usul Kuralları ile hâkimlere duruşma aşamasını yürütmelerine ilişkin olarak esnek bir uygulama alanı yaratılmıştır¹³⁸. Delillerin incelendiği bu önemli aşamada hâkim, bu aşamada gerçekleştirilecek usullerin, sorgulama, çapraz sorgulama

incelenmek üzere mahkemede fiziksel nesnelerin ibraz edilmesini ifade etmektedir, **Tapper**, s. 56. Keşfe ilişkin başlık çerçevesinde açıklanacaktır, bölüm 3, §3 III A.

¹³⁵ Türk hukukunda serbest delil sistemi kabul edilmiş; ancak deliller Kanun'da belirtilmiş olsa da deliller konusunda bir sınırlama öngörülmemiş ispat aracı olabilecek herşey delil olarak kabul edilmiştir. Bunun sebebi, kanunda düzenlenmemiş diğer delillerin (HMK madde 192) de gösterilmesi ve incelenmesinin mümkün olmasıdır.

¹³⁶ **Meriç**, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 401.

¹³⁷ Hâkimin davayı aydınlatma ödevi aşağıda "Vakıaların İleri Sürülmesi ve Delillerin Toplanması Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Çerçevesinde Ele Alınması" başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır, bölüm 3, §2 IV B 1.

¹³⁸ **Sime**, s. 418.

gibi, zaman cetvelini oluşturmakta, bazı usullere sınırlı zaman ayırırken bazılarını ayrılan süreyi önemine göre uzun tutmaktadır. Aynı zamanda hâkim uyuşmazlığa ilişkin bazı vakıaların taşıdıkları öneme binaen öncelikli olarak (*preliminary issues*) incelenmesini emredebilmektedir¹³⁹.

Duruşma aşamasına yönelik olarak uyuşmazlığa ilişkin toplanan tüm belgeler numaralandırılarak bir dosya haline getirilmekte ve buna “*trial bundle*”; yani duruşma demeti denilmektedir¹⁴⁰. Bu duruşma demetleri aynı şekilde hazırlanarak taraflara ve hâkime verilmektedir. Böylelikle davaya ilişkin tüm belgeler aynı düzen ve biçimde tek bir dosyada toplanmakta ve duruşma esnasında herhangi bir şekilde bu belgelerden birine atıf yapıldığı zaman vakit kaybetmeden ilgili belge incelenebilmektedir¹⁴¹. Hâkim çoğunlukla duruşma başlamadan önce bu dava demetini okumuş olmakta, bu sebeple de taraf avukatlarının uyuşmazlığı kısaca açıkladıkları açılış konuşmasını yapmalarına gerek olmamaktadır (seri yargılamalarda PD 28.8(2); çok yönlü yargılamalarda PD 29 (10).2).

Duruşma sırasında hâkime delillere dayanan bir veto (*evidential veto*) yetkisi tanınmıştır¹⁴². Buna göre şu durumlarda hâkimin yargılamaya müdahale etme hakkı bulunmaktadır: Delile ihtiyaç duyan mesnetsiz vakıalar; delillerin mahkemeye sunulma şekli (CPR Rule 32.1(1))¹⁴³; çapraz sorgulamanın sınırlandırılması (CPR Rule 32.1 (2)(3))¹⁴⁴; tanık sayısının sınırlandırılması¹⁴⁵; tanıkların sorgulanmasına ayrılacak sürenin sınırlandırılması örnek gösterilebilir.

¹³⁹ **Sime**, s. 418.

¹⁴⁰ **Sime**, s. 422, Bu duruşma demetleri sadece çok yönlü ve seri yargılama usullerinde uygulanan bir usuldür.

¹⁴¹ **Sime**, s. 422. Dava demeti davacı tarafından duruşma gününden en az üç gün ile en fazla yedi gün önce hazırlanmalıdır (CPR Rule 39.5(2)).

¹⁴² **Katherine Grevling**, CPR Rule 32.1(2): Case Management Tool or Broad Exclusionary Power, in *D. Dwyer (ed.), The Civil Procedure Rules: Ten Years On*, Oxford University Press 2009, s. 249.

¹⁴³ *GKR Karate (UK) Ltd. v. Yorkshire Post Newspapers Ltd* [2000] 2 All ER 931, CA. Hâkimler, tarafların yurt dışından video bağlantısı ile delil ileri sürmesine de izin verebilmektedir, *Polanski v. Condé Nast Publications Ltd* [2005] UKHL 10, [2005] 1 WLR 637; *McGlinn v. Waltham Contractors Ltd* [2006] EWCH 2322 (TCC).

¹⁴⁴ *Three Rivers DC v. Bank of England* [2005] EWCA Civ. 889, [2005] CP Rep 46 (Bu kararda ticaret mahkemesi hâkiminin uzun süren bir davada çapraz sorgulamaya ilişkin sınırlandırma emri üst mahkemeye onaylanmaktadır). Hâkimin bu yetkisini çok adil bir şekilde kullanması gerekmektedir, bu doğrultuda bkz. *Hayes v. Transco Plc* [2003] EWCA Civ. 1261; (2003) 147 S.J.L.B 1089.

¹⁴⁵ Seri yargılamalarda: CPR Rule 28.3(1) ve PD (28) 8.4; her türlü yargılamada: CPR Rule 32.1.

Hâkimin yargılamaya müdahale yetkisini çok dikkatli bir şekilde kullanması gerekmektedir¹⁴⁶. Hâkim, hukuka ve vakıalara ilişkin öncelikli sorunları (*preliminary questions*) usul ekonomisini sağlamak üzere diğer meselelerden ayrı olarak ele almalıdır (CPR Rule 3.1(2)(j)(l))¹⁴⁷.

Hâkimin dava yönetimi kuralları çerçevesinde ve başlıca hedefler doğrultusunda yargılama içinde vakıaların sınırlandırılması ve sıralandırılması gibi gerçekleştirdiği işlemlerin kanun yolu incelemesi için üst mahkemeye kabulü pek mümkün olmamaktadır¹⁴⁸. Çünkü hâkimin dava yönetimine ilişkin yargılamanın en adil, süratli ve ekonomik şekilde sonlandırılması adına gerçekleştirdiği işlemlerin yargılama usulüne kattığı faydanın tarafların bireysel menfaatlerinden daha üstün olduğu kabul edilmektedir. İstinaf mahkemesi bu doğrultuda *Three Rivers DC v. Bank of England*¹⁴⁹ davasında, davacının avukatlarının yargılama için büyük önem taşıyan esas tanığın çapraz sorgulanması için yirmi sekiz haftalık bir süreye ihtiyaç duyacaklarını belirtmelerine rağmen yerel mahkeme hâkiminin bu davada vermiş olduğu yedi haftanın uygun olacağına ilişkin kararını onamıştır. Bununla beraber, *Hayes v. Transco* davasında üst mahkeme, avukatı beş dakika ile sınırlayan ve taraflar arasında eşitliği bozan bir usulsüzlük yaratan hâkim kararını bozmuştur¹⁵⁰.

2- Hâkimin Delilleri Yargılamadan Hariç Tutma Konusundaki Takdir Hakkı

İngiliz hukukunda, Medeni Usul Kuralları'nın kabulünden önce, hukuk davalarında hâkimlerin kabul edilebilir nitelikteki delilleri yargılamadan hariç tutma takdir hakları bulunmamaktaydı¹⁵¹. Hatta söz konusu delil uygun olmayan bir şekilde veya hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsa bile hâkimin o delili yargılamadan hariç

¹⁴⁶ **Anthony Colman / Victor Lyon / Philippa Hopkins**, *The Practice and Procedure of the Commercial Court*, Informa law, Taylor and Francis Ltd, Sixth Edition, London 2008, s. 218-219.

¹⁴⁷ Medeni Usul Kuralları'nın yürürlüğünden önce dava yönetiminin gerçekleştirildiği durumlara örnek olarak: *Ashmore v. Corporation of Lloyd's* [1992] 1 WLR 446, HL; *Thermawear Ltd. v. Linton*, <http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdrLawReports/KINSTREETvBALMARGO.pdf> (Çevrimiçi 24.02.2015).

¹⁴⁸ *Ward v. Guinness Mahon plc* [1996] 1 WLR 894, CA, *Grupo Torras Sa v. Al Sabah* (No 2), The Times 17 April 1997, CA.

¹⁴⁹ *Three Rivers DC v. Bank of England* [2005] EWCA Civ 889, [2005] CP Rep. 46.

¹⁵⁰ *Hayes v. Transco* [2003] EWCA Civ 1261, [13], [54], [58], [59].

¹⁵¹ **Kay / Sime / French**, s. 765.

tutma takdir hakkı mevcut değildi¹⁵². Hâkimin böyle bir takdir hakkı bulunmasa da bir görüşe göre, bu katı durumun bir istisnası bulunmaktaydı: Hâkim, davaya taraf olsun ya da olmasın bir tanığın bilgi ifşa etmeyi reddetmesi durumunda, eğer bu bilgi gizli tutulmak kaydıyla elde edilmişse ve bu bilginin ifşası etik ve sosyal değerlere aykırılık teşkil edecekse ve bu bilginin ifşa edilmemesi ciddi adaletsizliğe neden olmayacaksa, söz konusu bilginin ifşa edilmemesine izin verebilmekteydi¹⁵³. Yani Medeni Usul Kuralları'nın kabul edilmesinden önce de hâkimin sınırlı şekilde bir takdir hakkının bulunduğu ileri sürülmektedir.

Medeni Usul Kuralları'nın kabulüyle, Kanun'un 32.1.(2). maddesinde hukuk davalarında hâkimlere delillerin yargılamadan hariç tutulmasına ilişkin önemli bir takdiri bir yetki (*exclusionary discretion*) tanınmıştır¹⁵⁴.

3- Delillerin Kabul Edilebilirliği ve Hâkimin Rolü

İngiliz hukukunda delillerin kabul edilebilirliği¹⁵⁵ (*admissibility*) meselesine büyük önem verilmekte ve bu husus hâkimin rolü kapsamında ayrıntılı şekilde ele alınmaktadır. Mesele teşkil eden vakıayı ispatlamak veya çürütmek üzere uyuşmazlıkla yeterince bağlantılı (*relevant*) ve aynı zamanda hâkim tarafından yargılamadan hariç tutulmayan bütün delillerin kabul edilebilir delil olabilmesi, İngiliz ispat hukukunun en önemli özelliği olarak görülmektedir¹⁵⁶. Kısaca, İngiliz hukukunda delillerin yargılamada kullanılabilmesi için uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekmektedir birlikte, ayrıca söz konusu delillerin dışlayıcı kurallar kapsamına da girmemesi

¹⁵² Bu yönde bkz. *Helliwell v. Piggott-Sims* [1080] FSR 582.

¹⁵³ 16. Report of the Law Reform Committee, Privilege in Civil Proceedings (1967), Command 3472, para. 1. Bununla birlikte *D v. Society for the Prevention of Cruelty to Children* [1978] AC 171 kararında hâkimin takdir yetkisini ele alan hâkimler, hâkimin bu şekilde geniş bir takdiri yetkisinin varlığının bulunup bulunmadığı konusunda tereddütte kalmışlardır.

¹⁵⁴ Hâkimin bu takdiri yetkisinin, küçük talepler usulünde de geçerli olduğu Medeni Usul Kuralları'nın 27.2.(1). maddesinde ayrıca belirtilmektedir.

¹⁵⁵ Türk hukukunda delillerin caiz olup olmadığı şeklinde adlandırılmaktadır, **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 713. Hâkimin kendisine sunulan delilin, geçerli kabul edilip incelemeye ve ispata esas alınmasının mümkün olup olmadığını dikkate alması gerekmektedir. Buna caiz (geçerli) delil denilmektedir. Hâkim, tahkikat aşamasında ikame edilmek istenilen delillerden hangisinin ispat için kabul edilebileceğini ve hangisinin kabul edilemeyeceğini gerekçeli olarak takdir etmektedir (HMK madde 189/4). Biz çalışma boyunca hakimnin delillerin geçerliliğini incelediği bu kavramı Anglo-Amerikan hukukundaki ifade edilişi ile uyumlu olması açısından “kabul edilebilirlik” (*admissibility*) olarak adlandırmayı uygun gördük.

¹⁵⁶ **Keane / Griffiths / McKeown**, s. 19.

gerekmektedir¹⁵⁷. Buna ek olarak, bir delil bu şartları taşıdığı için kabul edilebilir bir delil sayılsa da, hâkime bu konuda önemli bir takdiri rol verilerek hâkim söz konusu kabul edilebilir delili yargılamadan hariç tutabilmektedir (CPR Rule 32.1(2))¹⁵⁸. Yani davayla bağlantılı olduğu halde yargılamadan hariç tutulan bir delil sadece dışlayıcı kuralların uygulanması sebebiyle yargılamadan hariç tutulmamakta; hâkimin takdiri ile de yargılamadan hariç tutulabilmektedir. İşte bu noktada *admissible*; yani kabul edilebilir sayılan delil hâkim tarafından (jüri yargılamalarda jüri tarafından) ispat gücü (*weight*) değerlendirilerek karara varılacaktır¹⁵⁹.

4- Gizli Yargılama

Gizli yargılama usulü İngiliz hukukunda ilk olarak 1997 yılında kanunen uygulanmıştır. Başlangıçta terör sanıklarıyla ilgili göçmenlik davalarıyla sınırlı olan bu uygulama, sonrasında Yüksek Mahkemenin *Al Rawi*¹⁶⁰ kararında belirttiği uyarılara rağmen, 2013 yılında yürürlüğe giren Adalet ve Güvenlik Kanunu (*The Justice and Security Act 2013 (JSA)*) ile tüm hukuk yargılamalarında geçerli hale gelmiştir. Şu an ise en az yirmi farklı kanuni ve usuli düzenlemede yerini almıştır¹⁶¹.

İngiliz istinaf mahkemesi *Al Rawi* kararında kesin ve açık bir şekilde, taraflar arasında bu yönde bir anlaşma bulunmadıkça olağan bir hukuk davasında gizli yargılama usulünün kullanılamayacağını belirtmiştir. Mahkeme gerekçesinde Medeni Usul Kuralları'nda delillere erişime ilişkin genel hakkın istisnalarının¹⁶² hiçbirinin

¹⁵⁷ Choo, s. 2.

¹⁵⁸ Choo, s. 2; Grevling, s. 249-269. Hâkimin özellikle hukuk davalarında Medeni Usul Kuralları'nın 32.1(2). maddesi gereğince takdiri doğrultusunda aslında kabul edilebilir niteliğe sahip olan delilleri yargılamadan hariç tutabileceğine dikkat çeken kararlar için bkz. *Jones v. University of Warwick* [2003] EWCA Civ 151, [2003] 1 WLR 954; *Grobelaar v. Sun Newspapers Ltd*, The Times, 12 August 1999; *O'Brien v. Chief Constable of South Wales Police* [2005] UKHL 26, [2005] 2 AC 534.

¹⁵⁹ Choo, s. 2.

¹⁶⁰ *Al Rawi v. The Security Service* [2010] 3 WLR 1069, [11]. Kararın daha ayrıntılı yorumu için bkz. **Adrian Zuckerman**, Closed Material Procedure - Denial of Natural Justice: *Al Rawi v. The Security Service* [2011] UKSC 34, Civil Justice Quarterly, vol. 30/4, 2011, s. 345-359.

¹⁶¹ Söz konusu düzenlemelere ilişkin ayrıntılı liste için bkz. HM Government Response to the House of Lords Select Committee on the Constitution 3. Report of Session 2012-13: The Justice and Security Bill, Annex A https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/236034/8404.pdf (Çevrimiçi 18.09.2015).

¹⁶² CPR Rule 39.2 uyarınca, genel kural olarak, duruşma halka açık yapılmalıdır; CPR Rule 32.2 uyarınca, genel kural olarak deliller duruşmada sözlü olarak sunulmalıdır veya böyle olmayacaksa, duruşmada yazılı olarak sunulmalıdır; CPR Rules 32.4 ve 32.5 uyarınca, tanık ifadeleri diğer taraflara

“dava dilekçeleri, disclosure usulü, tanık ifadelerinin incelenmesi, mahkemede ileri sürülen deliller ve verilen ifadeler” ile ilgisinin bulunmadığı, bu sayılanlarda tarafların bulunması gerektiğine dikkat çekmiştir. İstinaf mahkemesi gizli yargılama usulünün sadece usuli kurallara aykırılık teşkil etmediğini, aynı zamanda İngiliz Medeni Usul Kuralları’nın esas yapısı ile bağdaşmadığına da vurgu yapmıştır.

İstinaf mahkemesinin kararını takiben, Yüksek Mahkeme bu usul üzerine incelemelerde bulunmuş ve gizli yargılama usulünün sadece parlamentonun yasalaştırdığı olağan hukuk yargılamalarında uygulanabileceğine karar vermiştir¹⁶³.

Mahkemenin bu kararı, İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Martine v. France* kararıyla pekiştirilmiştir. İngiliz iç hukukuna aynı şekilde etki eden bu İnsan Hakları Mahkemesi kararında, her bir tarafın (ve avukatının) yargılamada ileri sürülen tüm iddia ve delilleri bilme hakkı olduğu vurgulanmıştır¹⁶⁴.

Sonuç olarak, Adalet ve Güvenlik Kanunu ile İngiliz hukukunda tüm eleştirilere rağmen hukuk davalarında “gizli delil”in kullanılmasına izin veren bir adli usul yaratılmış olmaktadır. Özellikle İngiliz doktrininde adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkına zarar vereceği yönünde yoğun eleştirilere maruz kalan bu uygulamayla hükümetin, bir dava sırasında bu yola başvurulmasına karar vermesiyle, hâkime, davalının ilgili bilgiye ulaşmasına izin verilmeyerek, mahkemeye gizli delil sunulmasına karar verme yetkisi tanınmaktadır. Bu uygulama İngiliz Usul Kuralları’nın 82. maddesinde kendini göstermekte ve Gizli Zaruri Usul (*Closed Material Procedure*) olarak adlandırılmaktadır. İlgili kanunla, hükümet “Milli

da iletilmelidir. CPR Rule 39.2(3) ise, istisnaları saymaktadır: Milli güvenlikle ilgili meseleler ve gizli bilgi...ve kamuya açık olmasının gizliliğe zarar vermesi” halleri.

¹⁶³ *Al Rawi v. The Security Service* [2011] UKSC 34, [2012] 1 AC 531, [2011] 3 WLR 388, [69].

¹⁶⁴ Bununla beraber, Türk hukukunda Anayasa’nın 141. maddesinde ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 28. maddesinde alenîyet ilkesine bazı istisnalar tanınmış ve ilgili hükümlerde genel ahlâkın ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı olarak yapılabileceği belirtilmiştir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 2. fıkrasında ise, demokratik bir toplum içinde ahlâk, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde ya da alenîyetin adil yargılanmaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda, mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, yargılamanın tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu konuda bir iç hukuk kuralı haline gelen ve medeni yargı alanında da geçerli olan İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde gösterilen ve duruşmaların gizli yapılması nedeni sayılan hallerde duruşmalar gizli yapılabilir. Bu doğrultuda, özellikle çocukların korunması, tarafların korunması ve adaletin selameti için de hakim duruşmaların gizli yapılmasına karar verebilir, **Hakan Pekcanitez**, Medeni Usul Hukukunda Alenîyet İlkesi, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 660.

güvenlik” gerekçesiyle bu usulün uygulanmasına karar verebilecektir. İlgili hükümler incelendiğinde bu gizli yargılamalarda tarafları temsilen, hükümet tarafından özel bir avukat (*special advocate*) atanmaktadır (CPR Rule 82.9). Gizli delil, kapalı duruşmada sunulduktan sonra artık özel avukat hiçbir tarafla iletişim kuramamaktadır. Özel avukatın esas amacı yargılamadan hariç tutulan tarafın menfaatlerini mahkemede temsil etmektir. Bu doğrultuda, özel avukat delil ileri sürebileceği gibi, tanıkları çapraz sorgulamaya dahi tabi tutabilmektedir (CPR Rule 82.10). Bu usulde hâkimin rolü, delilleri serbestçe değerlendirmesi açısından zarar görmemektedir. Hâkim yargılamada bulunmakta ve delillerin takdiri ve karar hâkime ait olmaktadır.

Her ne kadar Türk hukukunda getirilmesi önerilen gizli yargılama uygulamasına¹⁶⁵ doğrudan örnek oluşturacak bir usul olmasa ve kapsam bakımından “milli güvenlik” ile sınırlı olsa da, İngiliz “gizli zaruri yargılama”sı İngiliz medeni usul kanununa birçok eleştiriye rağmen dahil olması bakımından dikkat çekmektedir¹⁶⁶. En azından bu usulün yürütülmesi hakkında fikir edinmek ve tarafların bu süreçten en az şekilde zarar görmesi açısından İngiliz sisteminin incelenmesinde fayda vardır¹⁶⁷. Buradan hareketle Türk hukukunda ihtiyaç duyulan gizli yargılama usulünün temeline destek olunabileceği kanaatindeyiz.

B- Amerikan Hukukunda Deliller ve Hâkimin Rolü

1- Deliller ve Hâkimin Rolü

Amerikan hukukunda İspata İlişkin Federal Kurallar’ın 104. maddesi hâkime

¹⁶⁵ Türk doktrinde bu doğrultuda hem ibraz talebinde bulunan tarafın etkin hukuki himaye talebi hem de belge sahibinin sır hakkının korunmasındaki menfaati dengeleyebilecek bir uygulama olarak “gizli yargılama müessesesi” çözüm yolu olarak ileri sürülmektedir, **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, s. 27.

¹⁶⁶ Alman hukukunda verilmiş bazı mahkeme kararları çerçevesinde, gizli yargılama yapılmasının doğurduğu en önemli sonucun, karşı tarafın ve hatta kimi durumlarda davaya bakan hakimın sır içerdiği ileri sürülen deliller üzerinde inceleme yapma ve bu belgenin içeriği hakkında somut bilgiye sahip olma imkanının bulunmadığı ileri sürülmekte ve ayrıca gizli yargılama yapılabileceği düşüncesinde olan yazarlara göre, mahkemenin sır teşkil eden delilleri her şekilde bizzat incelemesi gerektiğinden, sır içerdiği iddia edilen belgelerin sadece bilirkişinin incelemesine sunulmasının, mahkemenin yargı yetkisinin bilirkişiye devri anlamına geleceği için kabul edilemeyeceği belirtilmektedir, **Güray Erdönmez**, Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 239.

¹⁶⁷ İngiliz hukukunda gizli yargılama usulüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Zuckerman**, Zuckerman On Civil Procedure, s. 933-946.

delillere ilişkin öncelikli sorunları (*preliminary questions*) saptayarak bunlar hakkında karar verme sorumluluğu vermektedir¹⁶⁸. Örneğin tanıkların ilgili konuda tanıklık yapmaya uygun yeterli niteliğe (if *qualified*) sahip olup olmadığına; ileri sürülen delile ilişkin bir muafiyetin (*privilege*) söz konusu olup olmadığına veya delilin kabul edilebilir olup olmadığına hâkim karar verecektir (FRE Rule 104(a)). Hâkim bu öncelikli sorunlar hakkında karar verirken, istisnalar haricinde, delillere ilişkin kurallarla bağlı değildir, hâkim takdiri doğrultusunda karar verecektir (FRE Rule 104(a)). Ayrıca aynı maddenin (b) bendine göre, eğer bir delilin davayla bağlantılılığı bir vakıanın var olup olmadığına bağlı ise, bu durumda söz konusu vakıanın var olduğuna ilişkin bulguların yeterli şekilde ispatı gerekmektedir. Hâkim böyle bir durumda, ispatın daha sonra gerçekleştirilmesi şartıyla söz konusu önerilen delili kabul edebilecektir.

2- Delillerin Kabul Edilebilirliği ve Hâkimin Rolü

Amerikan hukukunda, mesele teşkil eden çekişmeli vakıaların uyumsuzlukla bağlantılı olmasına (*relevancy*) büyük önem verilmektedir (FRE Rule 401). Bir vakıa eğer uyumsuzlukla bağlantılı değilse bu durumda kabul edilemez sayılmaktadır.

Bir delilin uyumsuzlukla bağlantılı bir delil sayılabilmesi için Federal İspat Kuralları'nın 401. maddesine göre iki unsuru karşılaması gerekmektedir. Buna göre, delil (a) Bir vakıanın gerçekleştiğini veya gerçekleşmediğini muhtemel kılmaya eğilimli olmalı (bu delil ileri sürülmeksizin söz konusu vakıanın ispatı mümkün olmamalı), (b) Söz konusu vakıa davanın belirlenmesinde önem taşımalıdır. Davayla bağlantılı her delilin kabul edilebilir delil sayılabiliş sayılmayacağına ilişkin soruyu ise İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 402. maddesi yanıtlamaktadır. Bu çerçevede, İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 402. maddesinde düzenlenen davayla bağlantılı delillerin genel olarak kabul edilebilirliği başlığı altında dört istisna haricinde davayla bağlantılı delillerin kabul edilebilir nitelikte olduğu; davayla bağlantısız olan delillerin ise kabul edilemez olduğu belirtilmektedir. Davayla bağlantılı olup da kabul edilebilir niteliğe sahip olamayan istisnalar 402. maddede sayılmaktadır. Bunlar: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, Federal Kanun, İspata İlişkin Federal Kurallar ve

¹⁶⁸ Edmund Morgan, Basic Problems of Evidence, Philadelphia 1962, s. 45-50.

Yüksek Mahkeme’ce belirlenen diğer kurallar’da aksi öngörüldüğü takdirde davayla bağlantılı bile olsa söz konusu delil kabul edilebilir olmayacaktır.

Amerikan hukukunda ayrıca hâkim İspata İlişkin Federal Kurallar’ın 105. maddesinde “*limited admissibility*”; yani sınırlı kabul edilebilirlik kavramı altında bir delili taraflardan birine yönelik olarak veya bir amaç için kabul edilebilir kabul ederken, diğer taraf veya taraflar için veya bir başka amaç için kabul edilebilir saymayabilir. Hâkim, süresinde yapılan bir talep üzerine söz konusu delilin kapsamını belirli bir taraf veya amaç için sınırlandırarak, bu konuda jüriyi bilgilendirmelidir (FRE Rule 105). Bir delilin belirli bir amaç için sınırlı olarak kabul edilebilir sayılarak kullanılmasına örnek olarak, mahkeme dışında verilmiş bir ifade (*out-of-court statement*), böyle bir ifadenin yapıldığına ilişkin kabul edilebilir bir delil olarak varsayılmasını gerektirmekle beraber; bu ifadenin içeriğinin doğruluğuna ilişkin bir kabul edilebilir delil olarak kabul edilemeyecektir. Taraflara yönelik olarak sınırlı kabul edilebilirliğe örnek olarak, birden fazla davacının veya davalının bulunduğu bir davada, kabul edilebilirlik taraflardan biri için söz konusu olabilirken, aynı tarafta bulunan dava arkadaşı için söz konusu olmayabilir¹⁶⁹. Bu çerçevede söz konusu delil taraflardan birinin sorumluluğuna (*liability*) ilişkin olarak kabul edilebilir sayılırken dava arkadaşı için sayılmayabilir¹⁷⁰.

Vurgulamak gerekir ki, İspata İlişkin Federal Kurallar’ın şerhinde, danışma komitesi İspata İlişkin Federal Kurallar’ın 105. maddesi kapsamındaki sınırlı kabul edilebilirlik hükmü ile, yine İspata İlişkin Federal Kurallar’ın 403. maddesinde düzenlenen kısaca davayla bağlantılı delillerin yargılamadan hariç tutulmasına (*Excluding Relevant Evidence for Prejudice, Confusion, Waste of Time, or Other Reasons*) ilişkin kural arasında yakın bir ilişki olduğuna dikkat çekmiştir¹⁷¹. 403. maddeye göre, bir delil davayla bağlantılı olsa bile eğer o delilin ispat değeri büyük ölçüde haksız önyargı, vakıa karmaşası veya jüriyi yanıltma tehlikesi ağır basıyorsa, o delilin inceleme kapsamından hariç tutulması gerekmektedir.

Kısaca, 105. madde sınırlı amaçlarla delil kabul edilmesini ve bu doğrultuda

¹⁶⁹ Neil C. Blond, Evidence, Aspen Publishers, New York 2009, s. 3.

¹⁷⁰ Blond, s. 3.

¹⁷¹ Notes of Advisory Committee on Proposed Rules, https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_105 (Çevrimiçi 08.05.2015).

jürinin bilgilendirilerek bu kapsamda bir karar vermesi konusunda yönlendirilmesini düzenlemektedir. Kanun'un şerhinde, hâkimin 105. maddenin uygulanırlılığı ve etkinliği için, 403. madde kapsamında taraflardan biri aleyhine oluşacak haksız önyargının yargılamadan hariç tutulup tutulmadığını da dikkate alarak karar vermesi gerektiğinin altı çizilmektedir¹⁷².

II- Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Deliller

İngiliz medeni usul hukukunda deliller kanuna ve usule aykırı şekilde elde edilmiş bile olsalar mahkeme tarafından kabul edilebilir delil olarak yargılamaya dahil edilebilmektedirler¹⁷³. Bu konuda belirgin bir kural bulunmasa da *Jones v. University of Warwick*¹⁷⁴ davasıyla bu durum açıkça örneklendirilmektedir. Bu davada, davacı elinde kendisini vazifeden alıkoyan ciddi bir sakatlıktan (*disabling injury*) mağdur olduğunu ileri sürmektedir. Davalı ise bu iddiayı kabul etmemektedir. Davalının tutmuş olduğu dedektif davacının evine pazar araştırmacısı sıfatıyla girerek evinde sakat olduğunu iddia ettiği elini kullandığı gizli video görüntüleri çekmiştir. İstinaf mahkemesi hâkimi bu davada hukuka aykırı yoldan elde edilmiş bu delilin kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bununla birlikte, istinaf mahkemesinin *Imerman v. Tchenguiz* davasında hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delilin yargılamaya dahil edilmemesi yönünde bir eğilim de görülmektedir¹⁷⁵.

İngiliz hukukunda hukuka aykırı şekilde (*unlawfully*), uygunsuz bir şekilde (*improperly*) veya adil olmayan bir şekilde (*unfairly*) delil elde edilmesinin özellikle üç istisna haricinde kabul edilebilirliğe engel teşkil etmediği görülmektedir¹⁷⁶. Bu istisnalar işkence ile delil elde edilmesi¹⁷⁷, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3.

¹⁷² Notes of Advisory Committee on Proposed Rules, https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_105 (Çevrimiçi 08.05.2015).

¹⁷³ *R v. Khan* [1995] Q.B 27, CA.

¹⁷⁴ *Jones v. University of Warwick* [2003] EWCA Civ. 151, [2003] 1 WLR 954, CA. Benzer davalara örnek olarak: *Serious Organised Crime Agency v. Olden* [2010] EWHC Civ 143; *O'Leary v. Tunnelcraft Ltd.* [2009] EWHC 3438 (QB); *Amwell View School Governors v. Dogherty* [2007] ICR 135.

¹⁷⁵ *Imerman v. Tchenguiz* [2010] EWCA Civ 908, [2011] Fam 116, [2011] 2 WLR 592.

¹⁷⁶ **Kay / Sime / French**, s. 765. Bu yönde kararlar için bkz. *Helliwell v. Piggott-Sims* [1980] FSR 582; *Calcraft v. Guest* [1898] 1 QB 759; *Goddard v. Nationwide Building Society* [1987] Q.B 670.

¹⁷⁷ *A v. Secretary of State for the Home Department* (No. 2) [2005] UKHL 71, [2006] 2 AC 221.

maddesine aykırı şekilde insanlık dışı ve aşalayıcı muamele ile delil elde edilmesi¹⁷⁸ ve son olarak kişiye özel bilgiler içermesinden ötürü imtiyazlı belgelerdir¹⁷⁹ (*privileged documents*).

Sonuç olarak İngiliz hukukunda bu konuda açık bir hüküm bulunmamakta ve uygulamada ağırlıklı olarak hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin kabul edilebilir olduğuna hükmedilse de aksi yönde kararlara ulaşmak da sınırlı olarak mümkündür.

Amerikan hukukunda ise, İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 402. maddesinde düzenlenen davayla bağlantılı delillerin genel olarak kabul edilebilirliği başlığı altında dört istisna haricinde davayla bağlantılı delillerin kabul edilebilir nitelikte olduğu; davayla bağlantısız olan delillerin ise kabul edilemez olduğu belirtilmektedir. Davayla bağlantılı olup da kabul edilebilir niteliğe sahip olamayan istisnalar 402. maddede sayılmaktadır. Bunlar: Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, Federal Kanun, İspata İlişkin Federal Kurallar ve Yüksek Mahkeme'ce belirlenen diğer Kurallar'da aksi öngörüldüğü takdirde davayla bağlantılı bile olsa delil kabul edilebilir olmayacaktır.

Dolayısıyla Amerikan medeni usul hukukunda hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin yasak olup olmadığına ilişkin açık bir düzenleme olmasa da¹⁸⁰, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kabul edilebilir olduğu sonucu uygulama örneklerinden ve doktrinden görülmektedir¹⁸¹.

Türk hukukunda ise, Anglo-Amerikan hukukundan farklı olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İspat hakkı başlığı altında 189/2. maddesinde, hukuka

¹⁷⁸ *Jalloh v. Germany* (application 54810/00) (2006) 44 EHRR 32.

¹⁷⁹ Hukuk yargılamalarında mesleki ilişkiden kaynaklanan bilgi ve belgelerin gizliliği ilkesine (*legal professional privilege*) tabi olan veya bu ilkeye tabi olan bir delilden dolayı (*secondary evidence*) olmasından ötürü korunan bir belgenin (örneğin korunan bir belgenin fotokopisi), davanın diğer tarafı tarafından hukuka aykırı şekilde elde edilmesi durumunda, gizliliği ihlal edilen taraf, mahkemeden tedbir talep ederek bu bilgi ve belgenin kullanılmasının engellenmesini talep edebilmektedir, **Kay / Sime / French**, s. 765. Belgelerin gizliliğine ilişkin Anglo-Amerikan uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi "Disclosure Çerçevesinde Gizlilik İlkesi ve Muafiyet" başlığı altında açıklanmaktadır.

¹⁸⁰ Federal Ceza Usul Kanunu'nun 41/e. maddesine göre ise, hukuka aykırı yoldan aranmış ve zorla elde edilmiş deliller kabul edilemez delil olarak kabul edilmektedir.

¹⁸¹ **Richel Rivers / Patrick McAndrew / Susannah Sanders**, Dealing with Illegally Obtained Evidence, s. 1, http://www.texasbarcle.com/Materials/Events/1623/74433_01.pdf (Çevrimiçi 24.04.2015).

aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı açıkça belirtilmektedir. Kanuna aykırı olarak elde edilen delilin her somut olayda değerlendirilerek, ihlal edilen kanun hükmü ile ispat edilmek istenen menfaat arasındaki amaca uygunluğu dikkate alınmalıdır¹⁸². Yani, hukuka aykırı bir delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda, Anayasa ile teminat altına alınmış temel hakların ihlâli suretiyle delil elde edilmesi halleri dışında, hukuka aykırı yolla delil elde etmiş bulunan ve bunun değerlendirilmesini isteyen tarafın yapmış olduğu hukuk ihlâli ile onun korunmaya değer menfaatleri arasında bir denge olup olmadığı araştırılmalıdır¹⁸³.

Belirtmek gerekir ki, hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller meselesi, Anayasa'nın 38/6. maddesi gereği dikkate alınmalı, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin mahkemede delil olarak değerlendirilemeyeceğini düzenleyen bu hüküm sadece ceza usul hukuku bakımından değil, medeni usul hukuku bakımından da aynen geçerli olmalıdır¹⁸⁴. Dolayısıyla hâkim hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin bir vakıanın ispatında delil olarak dikkate alınamayacağını; yani bu delillerin kullanılmasının yasak oluşunu hem Anayasa hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde dikkate almalıdır¹⁸⁵.

¹⁸² Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 695.

¹⁸³ **Cenk Akil**, Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, cilt 6, sayı 4, s. 1223. Hukuka aykırı bir biçimde elde edilen delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin insan hakları kapsamında ayrıntılı bilgi için bkz. **Sibel İnecoğlu**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Beta, Dördüncü Bası, İstanbul 2013, s. 287-305.

¹⁸⁴ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 695.

¹⁸⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılamayacaklarına ilişkin düzenleme getirilmeden önce söz konusu delillerin durumu doktrinde tartışma konusu olmuş ve bu doğrultuda çeşitli farklı görüşler ileri sürülmüştü. Bu görüşler için bkz. **Yıldırım**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, s. 246 (hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamada kullanılamamaları veya değerlendirilememeleri şeklinde katı ve kesin bir kural konulmaması gerektiğini ve somut olayın şartları ve hakkaniyete göre hâkime katı ve hususta serbesti tanınmasını ileri sürmektedir); **Mehmet Kamil Yıldırım**, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilmiş Deliller, Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2007, s. 871 (hukuka aykırı yollardan temin edilen delillerin elde edilmeleri sırasında ihlâl edilen maddî hukuk kuralı eğer kişinin Anayasa ile teminat altına alınmış olan şeref ve haysiyetine ilişkinse bu durumda değerlendirme yasağının söz konusu olması gerektiğini ileri sürmektedir); **Evren Kılıçoğlu**, Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 241 (hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılamayacaklarına ilişkin mutlak bir yasağın kabulü yerine, somut olayın şartlarına elverişli bir kanuni düzenleme öngörülmesi gerektiğini ileri sürmektedir); **Süha Tanrıver**, Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin

Ayrıca, hâkim delilin hukuka aykırı yollardan elde edildiğini kendiliğinden dikkate alarak¹⁸⁶, bu nitelikteki delilleri değerlendirmeye tabi tutmazsa, kararın gerekçesinde söz konusu delillerin neden değerlendirilmediğini açıkça belirtmeli ve böylelikle söz konusu delillerin hukuka aykırı olup olmadığı hususunun üst mahkeme tarafından değerlendirilebilmesini mümkün kılmalıdır¹⁸⁷.

III- Yeni Delil İleri Sürülmesi ve Hâkimin Rolü

İngiliz hukukunda hem hukuk hem de ceza yargılamalarında taraflar genel kural olarak bütün delillerini kapanış konuşmasına kadar mahkemeye sunmalıdırlar¹⁸⁸. Hukuk yargılamalarında, kapanıştan sonra öngörülmemiş yeni bir delil ortaya çıkarsa bu durumda dava yeniden yargılama yapılmak üzere farklı bir hâkime gönderilmektedir.

Aslında genel olarak taraflar bütün delillerini mahkemeye sunduktan sonra yeni delil getirememekle beraber, İngiliz hukukunda bu konuda tam bir yasak öngörülmemiştir. Bu doğrultuda taraflar hâkim karar vermeden önce yeni bir duruşma yapılmasını talep ederek, bu duruşmada yeni delillerini ileri sürebilecekler; hâkim ise yeni duruşma yapılmasına yargılamanın en adil şekilde ve makul masraflarla sonuçlandırılması için başlıca hedefler doğrultusunda karar verecektir¹⁸⁹. Eğer hâkim çoktan karar vermiş ve fakat karar daha hazırlanmamış ve taraflara gönderilmemişse

Durumunun İrdelenmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2006, Sayı 65, s. 122 vd. (Anayasa'nın 138. maddesinin 1. fıkrasında hâkimlerin, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vereceklerinin açıkça hükmüne bağlandığını, bu yüzden de Anayasa'ya ve hukuka uygun karar verilebilmesi için vakıaların ispatında kullanılacak delillerin hukuka uygun yollardan elde edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır); **Hakan Pekcanitez**, Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I, Ankara 2009, s. 826-827 (Anayasa hükmü gereği hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin tüm yargılama hukuklarında dikkate alınmaması gerektiğini belirtmektedir); **Öztekin Tosun**, Ceza ve Medenî Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, Yenilik Basımevi, İstanbul 1976, s. 67 (hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kullanılmaması gerektiğini ileri sürmektedir).

¹⁸⁶ Aynı yönde **Kübra Cengiz**, Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller, Eskişehir Barosu Dergisi, 2010, sayı 15, s. 71.

¹⁸⁷ **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 710.

¹⁸⁸ Buna rağmen hukuk davalarında hâkimin adalet yararına olmak üzere karardan önce, aslında daha önce mahkemeye sunulması gereken delillerin ileri sürülmesine izin vermek konusunda genel bir takdir hakkı bulunmaktadır, *Stocznia Gdanska SA v. Latvian Shipping Co* [2001] 1 LIR 537. Fakat taraflara bir karar taslağı gönderildikten sonra hâkimin kanun yararına delil sunulmasına izin vermesi mümkün değildir, *Gravgaard v. Aldridge and Brownlee* [2004] EWCA Civ. 1529, [2005] PNLR 19, [28].

¹⁸⁹ **Sime**, s. 430.

(*before the judgment is drawn up*), bu durumda da içtihatlar çerçevesinde hâkim bazı şartların varlığı halinde yeni delil kabul edebilecektir¹⁹⁰. Uygulamanın geçerliliği hakkında bilgi vermek için mutlaka *Ladd v. Marshall* kararından bahsedilmesi gerekmektedir. 1954 yılında İngiliz istinaf mahkemesi tarafından verilmiş bu karar, karar hükmedildiği halde yeni delilin yargılamaya getirilmesini sağlayan çok önemli bir karardır. Bu davada hâkim yeni delilin kabul edilmesi veya yeni bir duruşma yapılmasına ilişkin şu üç şartın aranması gerektiğine hükmetmiştir¹⁹¹: 1-İlgili delil makul bir çaba sonucunda duruşmada ileri sürülmek üzere temin edilememişse, 2-İlgili delil eğer gösterilebilseydi davanın sonucu üzerinde önemli bir etkisi olacaksa, 3-Her ne kadar tartışmasız kesin nitelikte (*inconvertible*) bir delil olması gerekmesi de görünüşte güvenilir niteliğe sahip olmalıdır.

Belirtmek gerekir ki, İngiliz Medeni Usul Kuralları'nın 52.11(2)(b). maddesine göre, aksine karar verilmedikçe, istinaf mahkemesi alt derece mahkemesi önünde yer almamış yeni bir delili ele alamayacaktır. Bununla beraber uygulamada hâkimler *Ladd v. Marshall* içtihadını esas alarak yeni delil kabul etmektedirler¹⁹².

Jürili yargılamanın söz konusu olduğu durumlarda ise, jüri karar vermek üzere odasına çekildiği zamandan sonra ilave delil ileri sürülmesi mümkün değildir¹⁹³. Eğer ilave delil (ihmal edildiği için ortaya çıkmamış bir delil olmadıkça) jürinin karar vermek üzere çekilmesinden sonra ortaya çıkarsa, bu durumda jüri görevden alınacaktır¹⁹⁴. Bu doğrultuda yeni bir duruşma gerçekleştirileceğinden, yeni bir jüri tayin

¹⁹⁰ *Ladd v. Marshall* [1954] 1 WLR 1489.

¹⁹¹ *Ladd v. Marshall* [1954] EWCA Civ 1.

¹⁹² Örneğin *Muscat v. Health Professions Council* [2009] EWCA Civ. 1090 davasında hâkim *Ladd v. Marshall* kararına atıfta bulunarak yargılamaya yeni delil kabul edilmesine ilişkin takdirde bulunmuştur. Aynı doğrultuda karar örnekleri için bkz. *Lifely v. Lifely* [2008] EWCA Civ. 904, [2008] All ER (D) 396 (Jul); *Marchmont Investments Limited v. BFO SA* (önceden "Banque de L'Orient") [2007] EWCA Civ. 677, [2007] All ER (D) 104 (Jun).

¹⁹³ *R v. Davis* (1975) 62 Cr. App. Rep. 194. Avustralya hukukunda ise, durum İngiliz hukukundaki kadar sert değildir. Jüri karar vermek üzere odasına çekildikten sonra keşif incelemesi gerçekleştirilebilmektedir, *R. v. Delon* (1992) 29 NSWLR 29.

¹⁹⁴ *R. v. Kaul and Collin* [1998] Crim. LR 135. İrlanda'da ise, Yüksek Mahkeme hâkimin jüri karar verinceye kadar mahkemeye tanık çağrılmasına izin verme konusunda takdir hakkının bulunduğu karar vermiştir, *The People (A-G) v. O'Brien* [1963] IR 65. İrlanda hukukundaki bu yöndeki uygulamaya ilişkin kuralın İngiliz hukukunda da uygulanması konusunda tavsiye kararı verilmiştir, Criminal Law Revision Committee, 11. Report Evidence (General) (Cmnd 4991, 1972), 216 (naklen **Tapper**, s. 293, dipnot 257). Bununla beraber İngiliz hukuku, sonradan gelen tanığın ayrıca çapraz sorgulamaya da tabi tutulması gerekeceğinden ve bu doğrultuda da başka tanıkların da dinlenmesi önerilebileceğinden, yargılama içindeki düzenin korunmasını amaçlayarak ilave delile izin

edilmesi gerekecektir.

Bununla beraber, jüri karar verme aşamasına geldiğinde artık hâkim mahkemeye tanık çağıramayacaksa da, hâkimin makul bir sebep bulunduğu takdirde, bunu yapmaya takdir hakkı bulunmaktadır¹⁹⁵. Uygulamada istinaf mahkemesi de hâkimin bu takdir hakkına müdahalede bulunma eğiliminde bulunmamaktadır¹⁹⁶. Sonuç olarak hâkim her ne kadar delillerin sunulmasına ilişkin mühletler dolmuş olsa da, takdir hakkı çerçevesinde yargılamanın seyri için ilave delil sunulmasına bazı sınırlı durumlarda izin verebilmektedir. Bu da hâkimin yargılamanın hakemi konumunda olmadığı ve tam tersine adaletin en doğru şekilde gerçekleşmesi adına akif bir rol aldığı çok önemli bir göstergesidir.

Amerikan hukukunda ise, Federal Medeni Usul Kuralları'nın 59. maddesine göre hâkim tarafların talebi üzerine veya re'sen uyuşmazlığa ilişkin meselelerin bir kısmı veya tamamına yönelik olarak yeniden duruşma yapılmasına karar verebilmektedir. Hâkim yeni duruşma yapılmasına hem jüri hem de jürisiz yargılamalarda karar verebilmekle birlikte (FRCP Rule 59 (1)(A), (B)) jürisiz gerçekleşmiş bir duruşmadan sonra yapılmasına karar verilen yeni bir duruşmada ek tanık ifadelerine başvurabileceği gibi, vakıalara ilişkin bulgulara ve vakıaların hukuki nitelendirilmesi; yani altlama faaliyetinde (*conclusons of law*) değişiklikler yapabilmekte ve sonuç olarak yeni bir karara varabilmektedir. Yeni duruşma yapılması talebi kararın verilmesinden itibaren en geç yirmi sekiz gün içinde yapılmalıdır (FRCP Rule 59(b)).

Böylelikle, Amerikan Hukukunda hüküm açıklandıktan sonra, ister jüri yargılama olsun ister jürisiz bir yargılama olsun, yeni bir duruşma düzenlenerek yeni bir karar verilebilmektedir. Hükümde açıkça yeni duruşma yapılma sebepleri belirtilmeden sadece “yeni duruşma yapılmasını gerektiren herhangi bir sebebin varlığı”nın yeterli olduğu şeklinde genel bir ifade kullanılmaktadır. Uygulamadan örneklerle hangi durumlarda yeni bir duruşma yapılmasına karar verildiğini

vermemektedir, **Tapper**, s. 293.

¹⁹⁵ *R v. Cleghorn* [1967] 2 QB 584, [1967] 1 All ER 996; *R v. Tregear* [1967] 2 QB 574, [1967] 1 All ER 989.

¹⁹⁶ **Tapper**, s. 293.

belirtmekte fayda bulunmaktadır. Örneğin jürili bir yargılamada, jüri tarafından çok aşırı bir tazminat miktarı belirlenmişse; duruşma başvuran tarafa yönelik haksız yürütülmüşse; delillerin kabul edilmesi veya yargılamadan hariç tutulmasına ilişkin olarak maddi hukuki hatalar söz konusuysa veya jürinin bilgilendirilmesinin içeriğine yönelik hatalar söz konusu olmuşsa yeni bir duruşma yapılmaktadır¹⁹⁷. Yahut da uyuşmazlığa ilişkin yeni bir delilin ortaya çıkması halinde yeni bir duruşma yapılacaktır¹⁹⁸.

Türk hukukunda iddiayı genişletme veya değiştirme yasağının kapsamına sadece vakıalar ve talep sonucu girmekte; deliller bu yasağın kapsamına dahil olmamaktadır. Bununla beraber, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kapsamında vakıaların ileri sürülüp sürülememeleri çerçevesinde, ilgili vakılara ilişkin deliller gösterilebilecek veya gösterilemeyecektir¹⁹⁹. Örneğin, davacının mevcut vakıanın kapsamına dahil olan bir hususu bildirmesi veya o vakıaya ilişkin açıklamada bulunması yeni vakıa ileri sürüldüğü anlamına gelmeyeceğinden²⁰⁰ söz konusu vakıa hakkında delil gösterilmesi de mümkün olacaktır.

Ayrıca Türk hukukunda kural olarak ön inceleme aşamasından sonra, delil gösterilemese de; bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir. (HMK madde 145). Hâkim böyle bir durumda, geç bildirmenin kötüniyetli olup olmasına ve bir kusura dayanıp dayanmamasına göre bir değerlendirme yaparak aktif bir rol oynamaktadır.

Hâkimin aydınlatma ödevi kapsamında, yeni delil ileri sürülmesi hususuna ise aşağıda yer verilecektir²⁰¹.

¹⁹⁷ **Spencer**, s. 884. Bu yönde bkz. *Montgomery Ward & Co. v. Duncan*, 311 U.S. 243, 251 (1940); *Dadurian v. Underwriters at Lloyd's of London*, 787 F.2d 756 (1st Circuit 1986).

¹⁹⁸ *Henley v. FMC Corp.*, 189 F.R.D. 340, 349-50 (S.D. W. Va. 1999).

¹⁹⁹ **Bolayır**, s. 314.

²⁰⁰ **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 555.

²⁰¹ Bölüm 3, §2 IV B 2.

IV-Vakıaların İleri Sürülmesi ve Delillerin Toplanması Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Çerçevesinde Ele Alınması

Çalışma boyunca, dava malzemesinin toplanması bakımından hâkimin rolü incelenirken medeni usul hukukuna hâkim ilkelerden “hâkimin davayı aydınlatma ödevi” özellikle dikkate alınmıştır. Türk hukukunda hâkimin davayı aydınlatma ödevi Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun kabulünden önce Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 75. maddesinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun kabulüyle 31. maddede öngörülmektedir. Anglo-Amerikan hukukunda ise hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin uygulamalar ve benzer hükümler söz konusu olmakla beraber, konu tek bir hüküm çerçevesinde ele alınmamakta çeşitli hükümler çerçevesinde hâkime dava malzemesinin toplanmasında aktif bir rol verilmeye çalışılmaktadır. Özellikle çalışmanın ikinci bölümünde, birinci ve ikinci paragraflarda yeni usul kanunları çerçevesinde dava yönetimi ilkeleri ile Anglo-Amerikan hâkimine tanınan somut davanın içeriğini düzenleme ve yargılamayı geliştirme yetkisinden ayrıntılı olarak bahsettik. Özellikle Medeni Usul Kuralları’nda “Mahkemenin Genel Dava Yönetimi Yetkisi” başlıklı 3.1(2)’de ve “Mahkemenin Davaları Yönetme Görevi” başlıklı 1.4. maddesi, hâkime davayı yönetmek ve başlıca hedefleri yerine getirmek amacıyla gerekli olan “adımı atmak²⁰²” üzere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu kapsamda olmak üzere Anglo-Amerikan hâkimine aslında Türk hukukundakine benzer ve hatta bazı noktalar açısından daha geniş şekilde davayı aydınlatma ödevi verilmiş olunmaktadır. Yani hâkime, başlıca hedefler ve dava yönetimine ilişkin kurallar çerçevesinde disclosure, tanık delili, bilirkişi delili, doğrudan ve çapraz sorgulama üzerinde bir denetim gücü sağlama yetkisi verilmektedir.

İngiliz ve Amerikan usul kanunları genel olarak incelendiğinde ise, İngiliz hâkiminin Amerikan hâkimine göre davayı aydınlatma rolünün daha aktif ve belirgin olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Amerikan hâkimi hala yeterince taraf egemen kimliğinden vazgeçmemekte ve bu doğrultuda dava malzemesinin toplanması sürecinde takındığı pasif duruşunu devam ettirmektedir.

Çalışmada Anglo-Amerikan hukukunda hâkimin davayı aydınlatma ödevine

²⁰² CPR Rule 3.1(2)(m).

ilişkin hususların, ilgili konular anlatılırken altını çizmekle beraber, bu başlık altında genel olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevine Anglo-Amerikan ve Türk hukukları mukayese edilerek dikkat çekilecektir. Ayrıca benzer bir uygulama örneği olarak İngiliz hukukunda “ek bilgi talebi” usulü de açıklanacaktır. Amerikan hukukundan ise dava yönetimi kapsamında hâkimin delil gösterilmesini talep etme şeklindeki aydınlatma ödevi kısaca ele alınacaktır.

A- Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Amaçları

Nitelikleri farklı olsa da hem Anglo-Amerikan hukuku hem de Türk medeni usul hukuku taraf egemenliğini esas almaktadır. Bu doğrultuda dava konusu taraflarca belirlenmekte, dava malzemeleri de taraflarca getirilmektedir. Böyle bir tablo karşısında hâkim taraflarca ileri sürülmeyen iddialarla, yargılamaya getirilmeyen dava malzemelerini hem dikkate alamayacak hem de bu konuda taraflara herhangi bir hatırlatmada bulunamayacaktır. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi kapsamında hâkim taraf dilekçelerinden bağımsız olarak öğrendiği vakıaları yargılamaya dahil etmeye ve karara esas almaya yetkili değildir²⁰³. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin istisnasız uygulanması halinde, taraflar vakıa malzemesi hakkında tasarruf yetkilerini hangi yönde kullanmak istemişlerse, artık mahkeme yanlış vakıa malzemesi olsa bile buna göre karar vermek zorunda kalacaktır²⁰⁴. Yani hâkimin davayı aydınlatma ödevi, taraf egemenliğini esas alan taraflarca getirilme ilkesini sınırlandırmaktadır²⁰⁵. İşte keskin taraf egemenliği ilkesini yumuşatmak ve maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla hâkimin davayı aydınlatma ödevi önemli bir rol oynamaktadır.

Hâkimin yargılama içindeki rolü sadece tarafların mahkemeye sundukları dava malzemesini ele alarak hüküm vermekten ibaret olmayıp, tarafların ileri sürdükleri iddia ve taleplerin maddi ve hukuki bakımdan açık ve tam olmasını ve aynı zamanda

²⁰³ **Ekkehard Becker-Eberhard**, Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, Çeviren M. Kamil Yıldırım, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, Alkım Yayınevi, İkinci Bası, İstanbul 2001, s. 18.

²⁰⁴ **Becker-Eberhard**, s. 25.

²⁰⁵ **Alangoya**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, s. 163; **Becker-Eberhard**, s. 30.

bu şekilde mümkün olduğu kadar adil bir hüküm verilmesini sağlamaktır²⁰⁶. Hukuki dinlenilme hakkına hizmet eden bu ilke ile, hâkim eksik, belirsiz ve çelişkiler konusunda taraflara somut uyarılar yaparak tarafların açıklama yapmasına imkan tanımış olacaktır²⁰⁷. Hâkimin, maddi gerçeğe ulaşabilmek için taraflarla işbirliği içerisinde olması da büyük önem taşımakla birlikte²⁰⁸, hâkimin taraflarla işbirliği, tarafların eksiksiz ve doğru vakıaları yargılamaya getirmeleri ile sınırlandırılmalıdır²⁰⁹.

Davayı aydınlatma ödevi usul ekonomisi ilkesine de hizmet etmektedir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi sayesinde yargılamada uyuşmazlık bakımından önem taşıyan vakıalar ile bu vakıaların isbatına ilişkin deliller üzerinde yoğunlaşarak, yargılamanın kısa sürede ve daha az masrafla sonuçlandırılması mümkün olabilecektir²¹⁰. Aynı şekilde, hâkimin belirsiz veya çelişkili gördüğü vakıalar konusunda taraflardan açıklama yapılmasını istemesi, bu vakıaların aydınlatılması için gereksiz vaktin harcanmamasını ve gerçeğin bir an önce ortaya çıkmasını sağlayacağından, yargılamanın makul bir sürede bitirilmesine yardımcı olacaktır²¹¹.

Davayı aydınlatma ödevi kapsamında hâkim uyuşmazlık hakkında önem taşıyan her türlü vakıa ve delilin mahkemeye sunulması için taraflara imkan vererek, tarafların mahkeme önünde eşit konumda olmalarını sağlamakta ve böylece davanın tarafları arasında silahların eşitliği ilkesine uyulmuş olunmaktadır²¹². Hâkim davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde sadece daha iyi bir savunma hazırlayan yahut iddialarını daha iyi sunan taraf lehine değil, her iki tarafa da usuli fırsat eşitliği sağlayarak maddi hukuk

²⁰⁶ **Karaaslan**, s. 62. Hakimin davayı aydınlatma yükümlülüğü ile davada hakimin doğru hüküm verebilmesi ve maddi gerçeğin bulunabilmesi amaçlanmıştır, **Ulukapı**, Medeni Usul Hukuku, s. 133.

²⁰⁷ **Özekes**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 79.

²⁰⁸ **Deren-Yıldırım**, s. 817 vd.

²⁰⁹ **Schilken**, s. 62-63.

²¹⁰ **Karaaslan**, s. 62.

²¹¹ Graf, Hans: Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Erkenntnisverfahren des deutschen Zivilprozesses in Vergangenheit und Gegenwart (Diss.) München 1950, s. 4 (naklen **Rüzgaresen**, s. 125).

²¹² **Karaaslan**, s. 63. Silahların eşitliği ilkesinin anlamı, bir davanın tarafı olan herkesin davasını takip ederken karşı tarafın sahip olduğu şartlara nazaran daha dezavantajlı duruma sokulmadan iddialarını mahkemeye sunabilmesidir, **Aktepe Artık**, s. 342; **Bilgehan Yeşilova**, Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010, sayı 86, s. 56 vd.

bakımından haklı olan taraf lehine karar verecektir²¹³. Hâkim bunu iddia ya da savunmanın doğru ve tam olarak anlaşılmasını sağlayarak, belirsiz veya çelişkili bir husus sebebiyle davanın reddini önleyerek gerçeğe uygun bir karar verilmesi ile gerçekleştirmiş olacaktır²¹⁴. Böylece hâkim, bir savaş gibi görülen davanın hiçbir şeye karışmayan, sadece savaş kurallarına uyulmasını gözleyen gözlemcisi olmaktan çıkarak “fiili eşitliği tesis etmeye gayret eden²¹⁵” aktif bir hukuk uygulayıcısı niteliğine sahip olmaktadır²¹⁶.

Sonuç olarak hâkimin davayı aydınlatma ödevi, özellikle hukuki dinlenilme hakkı ve usul ekonomisine katkı sağlayarak hem somut davada daha adil bir karar verilmesini sağlayacak hem de yargılama içinde aktif rol alan hâkimin adalet yararına çalışan bir elçi mertebesinde görev yapmasını sağlayarak maddi gerçeğe ulaşabilmesine hizmet edecektir.

B- Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Hâkimin aydınlatacağı belirsizlik yahut çelişkili durum, vakıalara ilişkin olabileceği gibi, talep sonucu²¹⁷, hukuki sebep veya delillerle ilgili de olabilmektedir²¹⁸. Biz çalışma konumuz olan vakıa ve delillerle sınırlı olmak üzere

²¹³ Karaaslan, s. 63.

²¹⁴ Nedim Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 11, 2009, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, İzmir 2010, s. 396; Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, s. 139-140; Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 373.

²¹⁵ Juchli, s. 16 (naklen Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, s. 169).

²¹⁶ Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, s. 169.

²¹⁷ “...Davacı vekilinin temyizi yönünden; dava dilekçesinin sonuç bölümünde sadece hor kullanmadan bahsedilerek, oluşan zarar ve eksilen malzeme bedeliyle ilgili olarak istekte bulunulmuş ise de, dava dilekçesinin "taleplerimiz" başlığı altında yer alan bölümünde hor kullanma yanında tamirat süresi ve geç teslimden kaynaklanan sezon kaybından sözedilerek bir yıllık kira tutarının tazminat olarak ödenmesi istenmiştir. Hâkim kanunda öngörülen istisnalar dışında iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ise de, 6100 Sayılı H.M.K.nun 31. maddesi uyarınca uyumsuzluğun aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda maddi ve hukuki açıdan belirsiz veya çelişkili görüldüğü hususlar hakkında taraflara açıklama yaptırabilir. Bu bakımdan davacının sezon kaybına dair talebi H.M.K.nun 31. maddesi kapsamında açıklamaya muhtaç olup, mahkemece davacıya bu konu açıklattırılarak sonucu doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken olumlu olumsuz bir karar verilmemiş olması doğru değildir...”, Yargıtay 6. HD, E. 2013/10083, K. 2013/12910, T. 24.9.2013.

²¹⁸ Hakimin aydınlatma ödevinin iki yönlü olduğunu belirten görüşe göre, ilk olarak vakıalar bakımından yeterli açıklık bulunmayan hallerde hakim tarafları dinleyebilir ve soru sorabilir. Bu görüşe göre, aydınlatma ödevinin ikinci yönü ise delillere ilişkindir. Hakim belirsiz veya çelişkili gördüğü hususlarda taraflardan delil gösterilmesini isteyebilir, Arslan / Yılmaz / Taşpınar- Ayvaz, s. 159.

hâkimin davayı aydınlatma ödevinden söz edeceğiz.

1- Vakıaların İleri Sürülmeleri Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Hâkim, taraflarca ileri sürülmüş olan vakıaların belirsiz ve çelişkili olması halinde, taraflara soru sorarak açık olmayan vakıaları açıklattırarak²¹⁹; taraflar iddialarını dayandırdıkları vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırmadıkları takdirde ise davayı aydınlatma ödevi gereği taraflardan somutlaştırma faaliyetini yerine getirmelerini talep edebilecektir (HMK madde 194/1; CPR 18.1).

Türk hukukunda, vakıalar konusunda dikkat edilmesi gereken nokta hâkimin, tarafların vakıalarına ilişkin belirsizlikleri yahut çelişkileri gidermek, eksiklikleri tamamlamak amacıyla beyanda bulunmaları esnasında, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağını ihlal etmemesi gerektiğidir²²⁰. Bu doğrultuda hâkim sadece tarafların ileri sürdükleri vakıalara zımnen dahil olan vakıaların getirilmesini isteyebilecektir²²¹. Ancak, tarafların daha önce bildirmediikleri ve dava dosyasından anlaşılmayan, vakıalara zımnen dahil olmayan veya onların delili niteliğine sahip olmayan bir vakıanın tarafların davanın aydınlatılması çerçevesinde dinlenilmeleri yoluyla ileri sürülmeleri mümkün değildir²²². Çünkü bu, hem iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına aykırılık teşkil edecek hem de

²¹⁹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 373; Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, s. 146. Örneğin bkz. "...mahkemece; davalı (karşı davacı)'nın maddi tazminat talebinin HUMK.'nın 75/2, 179/3 ve 6100 sayılı Yasanın 31.maddeleri gereğince hangi nedenlerden kaynaklandığı açıklattırılmak suretiyle, toplanan tüm delilleri değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken...", Yargıtay 3. HD, E. 2012/22223, K. 2013/599, T. 17.1.2013; "...6100 sayılı Yasanın 31.madde ve HUMK.'nın 75/2.maddelerine göre davayı aydınlatma görevi hâkimindir. Davacı vekili dilekçesinde; tarihi çeşmenin davalıya ait 401 parsel üzerindeki çeşmenin açılması sebebiyle kurduğunu iddia etmektedir. Bu tarihi çeşmeden istifade ile su aldığı, davalıların yeni açtığı çeşme sebebiyle suyun kurduğunu belirterek kullanma ve yararlanma hakkı istemektedir. Bu talebin içinde HUMK.'nın 179/3.maddesi hükmü gereğince müdahalenin önlenmesi talebi de bulunmaktadır. O halde mahkemece; 1. ve 2. bilirkişi raporları arasındaki çelişki giderilerek, davalılara ait 401 parseldeki çeşmenin açılmasının tarihi çeşmenin kurmasına sebep olup olmadığı kesin olarak belirlenmeli, bu husus açıklığa kavuştuktan sonra davalılara ait 401 parselde açılan çeşmenin kapatılması sonucunda tarihi çeşmeden su alınıp alınamayacağı aydınlatılarak sonucuna göre karar verilmelidir...", Yargıtay 3. HD, E. 2012/11776, K. 2012/16986, T. 5.7.2012.

²²⁰ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 375; Bolayır, s. 141-142.

²²¹ Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, s. 142; Yavuz Alangoya, Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanması ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, s. 89; Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 375

²²² Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 375; Bolayır, s. 142, Simil, s. 1360-1363.

hâkimin taraflardan birisine yol göstermesi, yardımcı olması anlamına gelerek hâkimin reddi sebebini oluşturacaktır (HMK madde 36/1-a)²²³.

2- Deliller Bakımından Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Hâkimin deliller konusunda davayı aydınlatma yükümlülüğü öncelikle tarafların dayanacağı delillerin hangileri olabileceği konusunda belirleme yapmakla başlamakta, bu da hâkime iddia edilen hususların ispatı için gerekli olan delillerin getirilmesini taraflardan isteme yükümlülüğünü doğurmaktadır²²⁴. Bu durumda hâkim, taraflardan iddialarının ispatı için gerekli olan delilleri göstermelerini talep edebileceği gibi, gösterilmesi gereken delil türüne de işaret edebilecektir²²⁵. Bu durum somutlaştırma

²²³ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 375; Bolayır, s. 142; Karaaslan, s. 32-33; Tercan, s. 29.

²²⁴ Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 401.

²²⁵ Meriç, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 401; Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, s. 154. Örneğin bkz. "...6100 sayılı HMK.nun 31. (HUMK.nun 75/2) maddesine göre, hâkim uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili görüldüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir. Aynı Kanunun 147, 169. (HUMK 213/1, 230). maddelerine göre de tahkikat hâkimi iki tarafı veya vekillerini çağırarak davanın maddi olguları hakkında beyanlarını dinleyebilir. Davanın doğru biçimde sonuçlandırılması için davanın ne olduğunun anlaşılması gerekir. İddianın ileri sürülüş şekline göre; davacı vekili, dava konusu taşınmazın davacıya annesinden intikal ettiğini bildirmekle birlikte ne şekilde intikal ettiğini açıklamamıştır. Bu kapsamda, mahkemece, davacı yana taşınmazın annesinden devir şeklinin (bağış, satış vs.) açıklattırılması, bu hususta delillerini bildirmesi için yöntemine uygun şekilde süre ve imkan verilmesi, bildirilen deliller toplanıp değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulması doğru olmamıştır.", Yargıtay 8. HD, E.2012/5449, K.2012/6688, T.3.7.2012; "...Mahkemece; davaya konu taşınmazların davacı tarafından satın alındığı kabul edilerek karar verilmiş ise de yapılan araştırma, inceleme ve uygulama karar vermeye yeterli bulunmamaktadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davaya konu taşınmazların önceki maliklerinden tespit tutanağında kabul edildiği gibi taraflarca birlikte mi, yoksa davacı tarafından tek başına mı satın alındığı hususundadır. Mahkemece bu hususun aydınlatılması için yapılan keşifte dinlenen yerel bilirkişiyle tanık sıfatıyla dinlenen davacının oğlunun beyanları olayı aydınlatmaya yeterli bulunmamaktadır. Yine, mahkemece hükme esas alınan 1971 tarihli belge de, satın almaya dair olmayıp, tarla bedelinin ödenmesi taahhüdünü ve yapılan ödemeleri gösteren bir belge niteliğinde olması sebebiyle olayın aydınlatılmasına yeterli bulunmamaktadır. Yetersiz araştırma, inceleme ve uygulamayla karar verilemez. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca; "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kaldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili görüldüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir." Bu amaçla; taraflardan bu uyuşmazlığın çözümünü için yeniden tanık ve delil bildirmeleri istenmeli, bildirilecek yeni deliller dosya içine getirtildikten ve tanıklar hazır olduğu halde mahallinde yeniden keşif yapılmalıdır. Yapılacak keşifte, öncesinde üçüncü kişilere ait olan çekişmeli taşınmazların kim veya kimler tarafından satın alındığı, bu noktada taraflar arasındaki ilişkinin ne olduğu, satın alma bedelinin kim veya kimler tarafından ödendiği; satın alma tarihinden sonra bu taşınmazların kim veya kimler tarafından ve hangi sıfatla kullanıldığı, tespitin üzerinden dava tarihine kadar geçen sürede tespate ve tescile itiraz edilmemesinin nedeninin ne olduğu, sonraki hangi olaylar sebebiyle bu davanın açıldığı gibi hususları tek tek ve olaylara dayalı olarak sorulup saptanmalı, taraflarca bildirilmesi halinde dayanacakları kayıt ve belgeler mahalline yöntemince uygulanmalıdır. Dinlenecek yerel bilirkişi ve tanıkların sözleri arasında doğabilecek çelişkiler, gerektiğinde yüzleştirme yapılarak yöntemince giderilmeye çalışılmalıdır. Keşfe katılacak fen bilirkişisinden, yapılacak keşif ve uygulamaları izleyip denetlemeye olanak verir ayrıntılı rapor alınmalı; bundan sonra, toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek özellikle, davacı

yükü kapsamında tarafların dilekçelerinde hangi delillerin kullanılacağı ve hangi vakıanın bu delillerden hangisi ile ilişkilendirileceği ile ilgilidir. Tarafların dilekçelerinde somutlaştırma yükümlerine ilişkin gerekli açıklık yok ise hâkim bu hususlar dava dilekçesinin zorunlu unsurları olmadığından süre veremese de, aydınlatma ödevi çerevesinde taraflara açıklama yaptırabilir²²⁶. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, Türk hâkimi sadece dava dosyasından anlaşılabilen, iki tarafın iddiaları ile savunmalarının sınırları içinde kalan ve uyumsuzluğun çözümü bakımından gerekli olan delillerin gösterilmesini talep edebilecektir²²⁷. Bu çerçevede hâkimin taraflardan delil gösterilmesini isteme sınırı doktrinde tartışılmış, bir görüşe göre hâkim taraflardan delil göstermelerini istemekle birlikte belirli bir delili göstermelerini isteyemeyecek²²⁸; aksi görüşe göre ise hâkimin davayı aydınlatma ödevinin hâkime açıkça taraflardan o zamana kadar gösterilmemiş delillerin gösterilmesini isteme yetkisi verdiği, bu sebeple de hâkimin hangi delillerin gösterilmesi gerektiğini açıkça belirtebileceği ve taraflardan bu delillerini yargılamaya getirmelerini talep edebileceği ileri sürülmektedir²²⁹.

Kanaatimizce hâkimin davayı aydınlatma ödevinin kapsamı geniş yorumlanarak maddi gerçeğe ulaşılmasına hizmet eden bu ilkenin gereğince işlev göstermesi mümkün olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda hâkimin bir delili re'sen talep edebilmesi için, yargılamaya usulüne uygun olarak aksetmiş olan hususlarda, re'sen talep edilecek delillere işaret eden dayanak noktalarının bulunması gerekmektedir²³⁰.

tarafından kesinleşmiş kadastro tespiti ne karşı dava açılmış olması nedeniyle, kadastro tespiti aksi ispat görevinin davacı tarafa ait olacağı göz önüne alınarak ulaşılabilecek sonuca göre bir karar verilmelidir”, Yargıtay 16. HD, E.2013/3151, K. 2013/6206, T. 4.6.2013.

²²⁶ **Simil**, s. 1364.

²²⁷ **Alangoya**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, s. 175; **Alangoya**, Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanması İlişkin İlkeler ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, s. 89; **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrası, s. 50; **Bolayır**, s. 146; **Yılmaz**, Şerh, s. 352-53; **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 337.

²²⁸ **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 241-242.

²²⁹ **Alangoya**, Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanması İlişkin İlkeler ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, s. 88-89; **Bolayır**, s. 147.

²³⁰ **Alangoya**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, s. 175. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1969 yılında verdiği bir kararda hâkim, faturayı veren satıcıyı re'sen şahit olarak dinlemiştir, HGK, 9.7.1969, E. 1967/ İc.404, K. 664 (Ankara Barosu Dergisi 1969, s. 1132). Aksi yönde bir karar karar örneği için bkz. “...Dava konusu 4 parsel numaralı taşınmaz 27.1.1992 tarihinde yapılan tapulama tespitinde zilyetlik nedeni ile 1/2'si Ali oğlu Mehmet, 1/2'side

Türk hâkimi, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek amacıyla, tarafların yanı sıra, dava dosyasından anlaşılan uyuşmazlık konusu vakıalarla ilgili kişileri tanık olarak dinleyebileceği gibi²³¹; taraflardan ve üçüncü

*davalı Ahmet oğlu Mecit adına tespit ve tescil edilmiştir. Davacı delil olarak taşınmazda 1/2 hisse maliki Mehmet'i tanık olarak göstermiş, davalı taraf herhangi bir şekilde delil ibraz etmemiştir. Mahkeme, tutanak bilirkişilerini kendiliğinden tanık olarak dinlemiş ve bu tanıkların beyanına dayanılarak davanın reddine karar verilmiştir. HUMK.nun 217/2. maddesi hükmüne göre; davanın ispatı için taraflara delillerini göstermeleri ve bunların karşılıklı tebliğ için uygun bir süre mehil veya kesin mehil verilmelidir. Bu husus taraflara ait yükümlülüklerdir. Türk Yargı sistemine ve HUMK.nun 75. madde hükümlerine göre hâkim kendiliğinden bir davayı inceleyip uyuşmazlığı çözemez. Taraflar iddia ve savunmalarının dayanağı olan olayları ve bunların delillerini hazırlamak ve bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük hukuk sistemimizce kabul edilen "taraflarca hazırlama ilkesinin" sonucudur. Taraflarca hazırlama ilkesi delilleri de kapsar. Kural olarak deliller taraflarca gösterilir. Hâkim kendiliğinden delillere başvuramaz ve kendiliğinden topladığı delillere dayanarak hüküm veremez. Ancak, hâkim HUMK.nun 75/3. maddesi hükmüne göre iki tarafın iddia ve savunmaları sınırları içinde gerekli delillerinin gösterilmesini ve verilmesini emredebilir. Tarafların dayanmadığı ve ileri sürmediği bir delilin mahkemece kendiliğinden incelenmesine imkan olmadığı halde kendiliğinden tutanak bilirkişilerinin tanık olarak dinlenilmesi ve bu tanık beyanlarına göre karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır", Yargıtay 8. HD, E. 2000/2373, K. 2000/3112, T. 13.4.2000. Türk hukukunda hakimin davayı aydınlatma ödevinin etkin biçimde işlemediği ve yargılamada toplanacak deliller belirlenirken hakimin düşüncesini genellikle tarafların bildirdiği delillerle sınırlaması eleştirilmektedir, **Cengiz Topel Çelikoğlu**, Medeni Usul Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012/100, s. 290.*

²³¹ **Alangoya**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, s. 176; **Alangoya**, Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanması ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, s. 89; **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, s. 50; **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 364; **Bilge Umar**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 137. Örneğin bkz. "...Yargılama ve iddiayı kanıtlama sorunu ile ilgili olarak ise; genel kural tanık konusundaki kanıtın taraflarca gösterilmesidir. Ancak, dava dosyasına usulüne uygun biçimde girmiş olan belgelerde adı geçenler, mahkemece, somut olayın özelliği itibarıyla, gideri uygun görülecek yanların birinden alınmak suretiyle kendiliğinden tanık olarak dinlenilebilir. (HUMK. m. 75/3). Dava konusu olay ile ilgili olarak kolluk görevlilerince tutulan tutanaklar dosyaya sunulmuştur. Yukarıda anılan usul hükmü gereğince adı geçenlerin dinlenilmesi yönünün düşünülmemesi ve soyut olarak yapacakları açıklamanın doğru olamayacağına ilişkin gerekçe doğru değildir...", Yargıtay 4.HD., E. 2002/7810, K. 2002/12411, T. 6.11.2002; "...6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31/1. maddesinde ifadesini bulduğu üzere hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği, davalı vekili tarafından sunulan ve feshe dayanak yapılan tutanaklardaki imzacılar tanık olarak çağrılarak usulüne uygun şekilde dinlenilmen, tutanaklar kendilerine gösterilerek doğrulanmalı ve olay aydınlatılmalıdır. Mahkemece tutanak imzacıları dinlenilmeksizin eksik incelemeyle hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir", Yargıtay 22. HD, E. 2013/25225, K. 2013/20270, T. 30.9.2013; "...Feshe dayanak teşkil eden olayla ilgili bizzat olaydan ötürü davacıdan şikayetçi olup işveren temsilcisine şikayette bulunan K.E.O.'ın ifadesi alınmış ve bu şahıs kendi tuttuğu tutanakla uyumlu ifadelerde bulunmuştur. Dinlenen davacı tanıklarının ikisinin görgüye dayalı bilgileri bulunmamaktadır. Bir davacı tanığı ise olayın yalnızca bir kısmına dair gördüklerini aktarmakla yetinmiştir. Olaylara şahitlik ettiği anlaşılan servis müdürü M.A.'ın ifadesine başvurulmadığı anlaşılmaktadır. Adı geçen olay günü tuttuğu tutanakta da açıklık bulunmamaktadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde "Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir." şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir. Yukarıda yapılan tespitlere göre olayla ilgili müşteki konumunda olan çalışanın ifadesi dışında net bir bilgi taşıyan delil bulunmamaktadır ki bu haliyle feshe sebep gösterilen olay tam olarak aydınlatılmamıştır. Bu sebeple mahkemece 6100 sayılı Kanun'un 31. madde hükmü dikkate alınarak servis müdürü M.A.'ın tanık olarak ifadesine başvurulmalı gerekirse daha önce dinlenen ve görgüye dayalı ifadeleri bulunan taraf tanıklarının yüzleştirilmesi sağlanarak feshe sebep teşkil eden olay kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortaya konmalı ve sonuca göre sözleşmenin işverence haklı sebeple feshedilip feshedilmediği belirlenmeli iken eksik inceleme ve yazılı

kişilerden ya da kurumlardan uyuşmazlığın çözümünde önem arzeden belgelerin ibrazını²³² talep edebilecektir. Ayrıca hâkim mevcut vakıya zımnen dahil olan

gereke ile kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulüne karar verilmesi hatalıdır", Yargıtay 22. HD, E.2012/7584, K.2012/27072, T.3.12.2012; "...Dosya içeriğine göre, davacının iş sözleşmesi, çalışmaktayken gerçekleştirdiği olumsuz davranışlar sebep gösterilerek feshedilmiştir. Davalı vekili tarafından feshe dayanak yapılan tutanak ve görevlendirme yazıları sunulmuştur. Mahkemece ilgili tutanak imzacıları tanık olarak usulüne uygun şekilde dinlenmemiştir. Öte taraftan bir kısım davacı tanıklarının davacının da katıldığı iş bırakma eyleminin ücretlerin ödenmemesi kaynaklı olduğu ifade edilmiştir. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31/1. maddesinde ifadesini bulduğu üzere hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği fesih gerekçesi yapılan tutanakları imzalamış olan kişiler tanık olarak çağırılmalı, işveren tarafından sunulan tutanak içerikleri tüm tanıkları tutanaklar kendilerine gösterilerek ve dinlenerek doğrulatilmalı, ayrıca somut olayda 4857 Sayılı İş Kanunu m. 34 anlamında işçinin işin ifasından kaçınma hakkı bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve olay aydınlatılmalıdır. Bundan sonra mahkemece tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek karar verilmelidir. Bu esaslara uygun olmayan şekilde eksik araştırma ve incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir", Yargıtay 22. HD, E. 2012/306, K. 2012/13529, T. 14.6.2012; Yargıtay 9. HD., E. 2009/29770, K. 2011/48974, T. 21.12.2011.

²³² **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazi, s. 187. Örneğin bkz. "...Somut uyuşmazlıkta, şoför olan davacının kusuru ile sebep olduğu yaralamalı trafik kazalarına karıştığı ve şirketi zarara uğrattığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiğini savunulmuştur. Davalı şirket tarafından ileri sürülen fesih sebebi ile ilgili savunma nazara alındığında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31/1. maddesinde ifadesini bulduğu üzere hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği davacının karıştığı trafik kazaları ile ilgili evraklar temin edilerek gerektiğinde de kusur ve zarar miktarı yönünden uzman bilirkişi tespit ve görüşüne ihtiyaç vardır. O sebeple davacının kusurlu olup olmadığı, şirketin zarar görüp görmediği ve bu davranışlarının 4857 sayılı Kanun'un 25/II. maddesinde belirtilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan sebeplerden biri olup olmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır", Yargıtay 22. HD., E. 2011/12564, K. 2012/12530, T. 5.6.2012, "...Bu durumda, somut olayda sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi ve uyuşmazlığın çözümü, gerçekten davalı A.'in hangi dairede ikamet ettiğinin, bu dairenin üstündeki dairenin hangisi olduğunun ve bunun da kimin tasarrufu altında bulunduğunun duraksanmayacak biçimde saptanmasına bağlıdır. Oysa; somut olayda birbiriyle çelişen tanık beyanlarıyla yetinilmiş olup başkaca bir inceleme yapılmamıştır.... Hal böyle olunca; davalı A.U. ile oğlu M.U.'ın yerleşim yerlerinin saptanmasına ilişkin olarak; muhtarlıktan ikametgah senetleri elde edilmeli, ilgili nüfus müdürlüğünden sağlanan nüfus kayıt örnekleri ile yerleşim yeri ve diğer adres belgelerinden yararlanılmalı, adres değişiklik ve nakillerine ilişkin bilgilere ulaşılmalı, özellikle ilgili nüfus müdürlüğü'nden adres hareketleri, tarihleriyle birlikte istenilmeli, ilgililerin su, elektrik, telefon, internet, doğalgaz gibi aboneliklerinin hangi adreste kimin adına tesis edildiği saptanmalı, seçmen bilgi kayıtları ile vergi kayıtları getirilmeli, varsa çalışmaları nedeniyle resmi/özel kurum ve kuruluşlara verilen belgelerde yer alan adresler dikkate alınmalı, ilgililerin ikamet ettikleri yer itibariyle geniş kapsamlı Jandarma Komutanlığı/Emniyet Müdürlüğü araştırması yapılmalı, gerektiğinde mahalli bilirkişiler temin edilip keşif yapılmak suretiyle yerinde çekişmeli bölümün dava dışı A.A. ile davalı A.U. arasında düzenlenen sözleşme tarihleri de gözetilerek fiilen kimin tasarrufu altında olduğu belirlenmeli, dosyada mevcut bilirkişi rapor içerikleri ile mahkemece dinlenen tanıkların anlatımları dikkate alınmalı, böylelikle toplanan kanıtlar ışığı altında değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre hüküm kurulmalıdır. Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu davanın reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir", Yargıtay 1. HD., E. 2012/12201, K. 2013/216, T. 16.1.2013; "...Davacı, davalı kuruma ait elektrik direklerinden kaynaklanan yangın sonucunda ekili ürününün yandığını ileri sürmüştür. Bu sav, haksız eylem niteliğinde olup, her türlü delil ile kanıtlanabilir. Hukuk yargılamasının, taraflarca hazırlama ilkesine uygun olarak yürütülmesi asıldır. (HUMK. m.75/1) Fakat bu ilke, soruşturmanın taraflarca yapılacağı anlamına gelmez. Aksine iddia ve savunma çerçevesinde soruşturmayı yürütmek hâkimin görevidir. (HUMK. m.213 vd.) Diğer yandan, kural olarak, zararı ve kapsamını kanıtlamak davacıya düşer. (BK. m.42/1) Ancak, zararı ve gerçek miktarını kanıtlamak mümkün olmadığı takdirde, hâkim olayın özelliğini ve oluş biçimi ile zarar görenin aldığı önlemler ve diğer olguları da gözeterek, giderim sorumluluğunu ve kapsamını belirler. (BK. m.42/2, MK. m.4) Burada, hâkim bakımından bir yetkinin kullanılmasının ötesinde, bir ödevin söz konusu olduğu da unutulmamalıdır. Mahkemece,

vakıaların açıklığa kavuşması için de delil gösterebilecektir²³³.

Ayrıca altını çizmek gerekir ki, hâkim kanunda delillerin gösterilmesi için öngörülmüş olan süreyle bağlı değildir. Davayı aydınlatma ödevi kapsamında, taraflardan dava dosyasından anlaşıldığı ölçüde delillerini göstermelerini tahkikatın sonuna kadar isteyebilecektir.

3- Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Değerlendirilmesi

Anglo-Amerikan hukukunda, iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesine ilişkin yasak ve engeller Türk hukukundaki kadar keskin niteliğe sahip değildir²³⁴. Bu kapsamda, İngiliz hukukunda yargılamaya sokulacak yeni vakıa ve deliller konusunda daha esnek bir yaklaşım hâkim olmakta, dilekçe değişikliklerinde davanın adil bir şekilde görülmesi daha büyük önem taşımaktadır. Dilekçesinde değişiklik yapmak isteyen taraf öncelikle, dilekçe diğer tarafa tebliğ edilmeden önce her zaman dilekçesini değiştirebilmekle beraber, eğer dilekçe diğer tarafa tebliğ edilmişse bu durumda davanın diğer tarafının onayıyla veya hâkimin onayıyla dilekçesini değiştirebilmektedir (CPR Rule 17.1). Taraflara tanınmış bu dilekçe değiştirilmesi hakkı, tarafların dilekçelerini yeni baştan oluşturmaları için verilmemiş olup²³⁵, tarafların dilekçelerini uyuşmazlığa ilişkin vakıaları daraltmak veya aydınlatmak amacıyla değiştirmeleri amacını taşımaktadır²³⁶. Hâkim, var olan iddiaya ek olarak, yeni iddia ekleyen veya mevcut iddiayı değiştirerek yeni iddia ileri sürülmesine neden

tazminat hukukuna egemen bu ilkenin hiç göz önünde bulundurulmaması, doğru değildir. Somut olayda, dava konusu ile ilgili olarak jandarma, belediye ve davalı idare tarafından tutanaklar düzenlendiği, anlaşılmaktadır. Bu tutanakların getirilmesi için ilgisinin istemi koşul değildir. Yukarıda açıklandığı üzere, iddia veya savunma çerçevesinde kanıt olarak dayanıldığı açık olan bu belgeler, hâkim tarafından getirilmelidir. Diğer yandan, genel kural, tanıkların taraflarca gösterilmesidir. Ancak, dava dosyasına usulüne uygun biçimde girmiş olan belgelerde adı geçenler, mahkemece, olay koşulları göz önünde tutularak ve gideri de uygun görülecek yanlardan birinden alınmak suretiyle kendiliğinden tanık olarak dinlenilebilir. (HUMK. m.75/3) Mahkemece, bu yönün göz ardı edilmesi de doğru görülmemiştir” Yargıtay 4. HD., E. 2003/2424, K. 2003/6935.

²³³ **Simil**, s. 1366.

²³⁴ Anglo-Amerikan hukukunda iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalarımızı çalışmada bölüm 2, §1 II B 2’de “Dilekçelerdeki Değişiklik Talepleri: Yeni Vakıa Eklenerek İddia ve Savunmaların Değiştirilmesi” başlığı altında yer verdik. Dolayısıyla mevcut başlık altında sadece hakimın davayı aydınlatma ödevi konusunu daha iyi açıklamak üzere kısa bilgiler vermekteyiz.

²³⁵ *Osea Road Campsites Ltd* [2005] 1 W.L.R. 760 Ch D at 17.

²³⁶ **Malek**, s. 59-60.

değişikliklere de izin verebilmektedir. Buna göre hâkim, yeni ileri sürülen iddia, daha önce ileri sürülmüş vakıalardan doğuyorsa veya aslında dava dilekçesini değiştirmek isteyen taraf tarafından yargılama içinde önceden ileri sürülmüş iddialar kapsamında yer alan vakıaları içermekteyse, dilekçe değiştirilmesine izin vermektedir (Limitation Act 1980, Section 35; CPR Rule 17.4(2)).

Bununla beraber kimi zaman geniş kapsamlı, mahkemeye ilk sunulan dilekçe ile bağdaşmayacak farklılıktaki değiştirme dilekçeleri de hâkim tarafından kabul edilebilmekte ve bu çerçevede davanın karşı tarafına mal olacak zararların dilekçe değiştirme talep eden tarafça karşılanabilir olması gerekmektedir²³⁷. Eğer karşı tarafa önemli ölçüde zarara sokacak bir değişiklik²³⁸ talep edilmekteyse ve masraflar değişiklik talep eden tarafça karşılanabilir nitelikte değilse, bu durumda değişiklik talebi hâkim tarafından reddedilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, karşı tarafın zararı yeterli ölçüde tazmin edilemeyecek olsa bile, bazı hallerde hâkim adalet yararına olmak üzere değişikliğe izin verebilmektedir²³⁹.

Amerikan hukukunda ise, Federal Medeni Usul Kuralları'nın 15. maddesine göre taraflar dilekçelerini kendiliğinden dilekçenin ibrazından itibaren 21 gün içinde; eğer dilekçeye cevap dilekçesi gerekmiyorsa bu durumda cevap dilekçesinin ibrazından itibaren 21 gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere değiştirebilirler. Bunun dışında ise taraflar ancak karşı tarafın yazılı muvafakati veya hâkimin izni ile dilekçelerinde değişiklik yapabilirler. Bunun haricinde, adalet yararına olmak üzere hâkim özgürce dilekçe değişikliğine izin verebilmektedir.

Anglo-Amerikan ve Türk hukukları kıyaslandığında, iddia ve savunmanın değiştirilmesi usulünün Anglo-Amerikan hukukunda sadece karşı tarafın muvafakatine bırakılmadığı, karşı tarafın muvafakati bulunmasa bile hâkimin izni ile de bunun mümkün olabileceği ortaya çıkmaktadır. İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi gibi yargılamanın seyrini değiştirebilecek önemli bir kararın sadece karşı tarafın muvafakatine bırakmanın medeni usul hukukunun amacına aykırı olacağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla bu konuda hâkime aktif bir rol veren Anglo-Amerikan

²³⁷ **Malek**, s. 59. Bu yönde bkz. *Cobbold v. London Borough of Greenwich*, August 9, 1999, CA; *Morris v. Bank of America & NTSA* [2002] EWCA Civ. 425.

²³⁸ *P and O Nedlloyd BV v. Arab Metals* [2006] EWCA Civ 1300; [2007] 1 W.L.R. 2483 CA at 22-23.

²³⁹ *Gabriel v. Hayward* [2004] EWHC 2363 TCC.

hukuku uygulamasının daha yerinde olduğu görüşündeyiz.

Bu anlattıklarımız ışığında Anglo-Amerikan hukukunda, Türk hukukundaki anlamda bir iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı söz konusu olmadığından ve aynı zamanda bu kapsamda hâkime daha aktif bir rol verildiğinden hâkimin davanın aydınlatılması kapsamında yetkisi de sınırlı değildir. Hâkime iddia ve savunmaların değiştirilmesi konusunda çok geniş bir takdir hakkı verilmiştir. Dolayısıyla hâkim davayı aydınlatmak isterken, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi engeliyle karşılaştığında, somut olaya göre takdir hakkını kullanarak karar verebilecektir. Aktifleşen hâkim daha adil bir karara varabilmek için dava yönetimi ilkeleri ve başlıca hedefler çerçevesinde takdir hakkını kullanacaktır. Hâkimin davanın aydınlatılması adına taraflardan talep edeceği ek vakıa veya delilin kapsamı bu sebeple keskin şekilde sınırlandırılmayacak ve adalete erişim aktif hâkimle mümkün hale gelecek veya hızlanacaktır. Türk hukukunda da, öncelikle iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi konusunda hâkimin iznine başvurabilme imkanının yaratılması gerektiği kanaatindeyiz. Adil bir yargılama yapılmasının sağlanması için bu yasağın aşılması sadece karşı tarafın muvafakatine bırakılmamalıdır. Ancak bu sayede hâkimin davayı aydınlatması daha elverişli hale gelebilir.

C- İngiliz Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Medeni Usul Kuralları'nın 18. maddesinde “Ek Bilgi” (*Further Information*²⁴⁰) başlığı altında hâkimin davaya ilişkin daha fazla bilgiye ulaşabilmesi ve davaya ilişkin meseleleri aydınlatabilmesi için kendisine verilmiş rol düzenlenmektedir. Aslında hâkime tanınan bu aktif rol, Medeni Usul Kuralları ile hayat bulan dava yönetimi ilkelerinin bir yansıması niteliğindedir²⁴¹. İngiliz hukukunda söz konusu 18. maddenin haricinde Medeni Usul Kuralları'nın içine yayılmış şekilde hâkimin davayı aydınlatma ödevine ilişkin hükümler de mevcuttur. Bu maddelere aşağıda delillere ilişkin §3'te ayrıntılı olarak yer vereceğiz. Bu başlık altında ise, Türk hukukundaki gibi “aydınlatma ödevi” başlığı olmasa da, benzer şekilde açıkça hâkimin aydınlatma

²⁴⁰ Medeni Usul Kuralları'nın kabulünden önce “*Further Information*” kavramı yerine “*Asking Interrogatories*”; yani soru sorulması olarak anılmaktaydı, **Andrews**, *Fundamentals of the New Civil Justice System*, s. 380.

²⁴¹ **Andrews**, *Fundamentals of the New Civil Justice System*, s. 258.

ödevine dikkat çeken “ek bilgi” usulü ele alınacaktır.

Bu usulde, hâkim yargılamanın herhangi bir aşamasında taraflardan birine uyuşmazlık içinde olan bir meseleyi aydınlatmasını (CPR Rule 18.1(1)(a)) veya uyuşmazlık yaratan mesele hakkında ek bilgi vermesini (CPR Rule 18.1(1)(b)), bu mesele dava dilekçesi kapsamında bulunsun bulunmasın veyahut dilekçede bu meseleye gönderme yapılsın veya yapılmasın emredebilecektir. İngiliz Usul Kanunundaki bu hükümde ilk bakışta bir karmaşa söz konusu olmaktadır. Kanun metni okunduğunda hâkimin davayı aydınlatmak üzere ek bilgi talep etmesi kanun metnindeki eksik ifadeden ötürü hâkimin re’sen gerçekleştirebileceği bir rolmüş gibi tezahür edilse de, hükmün Uygulama Yönergesi de okunduktan sonra (PD 18) hâkimin ancak tarafların yazılı talebinden sonra böyle bir karar verebileceği ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla burada her ne kadar hâkimin rolü aktifleştirilmiş olsa da, çalışma boyunca örneklendirdiğimiz bir Kıta Avrupası hukuku hâkimi mertebesine eriştiğini söylemek yanlış olacaktır. Hâkim ancak tarafların işaret etmesi üzerine harekete geçebilecektir. Bununla beraber İngiliz doktrininde Zuckerman, aslında hâkimin taraflardan Medeni Usul Kuralları’nın 18. maddesi çerçevesinde ek bilgi talep etmesinin bir nevi dava yönetimi aracı olduğunu ileri sürmektedir²⁴². Bu doğrultuda, örneğin davalının savunma dilekçesini vermesinin üzerine, mahkeme genellikle dava dilekçelerini inceleyerek söz konusu davayı uygun yargılama usulünde görülmek üzere ayırmaktadır. Zuckerman’ın görüşüne göre, eğer hâkim, dava dilekçelerinden birinin yeterince açık olmadığını düşünmekteyse bu durumda re’sen de taraflardan ek bilgi almak üzere Kanun’un 18. maddesine dayanabilecektir. Biz de Zuckerman’ın bu görüşüne katılmaktayız. İngiliz Medeni Usul Kuralları, dava yönetimi kuralları ve başlıca hedefler ışığında yorumlanarak özellikle adil, makul sürede ve orantılı bir yargılama yapılmasını hedeflemektedir. Dolayısıyla her ne kadar ek bilgi talebinin madde kapsamında (Uygulama Yönergesi) taraflarca başlatılan bir usul olduğu öngörülmüş olsa da, hâkimin tüm Medeni Usul Kuralları çerçevesinde dava yönetimi kuralları ve başlıca hedeflerle arttırılmış aktif bir rol oynaması gerekmektedir. Aksi takdirde, medeni usul kuralları ile yargılama içindeki rolü aktifleştirilen hâkim modeli, hedeflenen yargılama ilkelerinin layıkıyla yerine getirilmesini sağlayamayacaktır. Diğer taraftan kanun metninde açıkça ek bilgi talebine hâkim tarafından re’sen

²⁴² **Zuckerman**, Zuckerman On Civil Procedure, s. 303.

başvurulabileceğinin öngörülmesi daha yerinde olurdu. Ek bilgi talebi usulü için, kanunda açıkça hâkime kendiliğinden başvurmasını sağlayacak bir yetki verilmediği için de hâkimin dava yönetimi ve başlıca hedefler kapsamını aşmadan, somut olayın ihtiyacıyla orantılı şekilde ek bilgi talebinde bulunması gerekecektir. Aksi takdirde hâkim, kanuna aykırı davranarak, yetkisini aşmış olacaktır.

Uygulama Yönergesinin 18. maddesinde ek bilgi talep etme usulü açıklanmaktadır. Buna göre ek bilgi talebinde bulunacak taraf bu talebini mahkemeye yönlendirmeden önce, diğer tarafa yazılı talepte bulunarak ve aynı zamanda makul bir süre tanıyarak, söz konusu meseleyi aydınlatmasını veya mesele hakkında ek bilgi vermesini belirtmelidir (PD 18(1.1.)). Bu talep, talepte bulunan tarafın kendi davasını hazırlamasında veya davayı anlamasına yönelik olarak makul şekilde gerekli, orantılı ve uyuşmazlık konusu meselelerle sınırlı olmalıdır (PD 18(1.2.)). Bu doğrultuda kendisinden ek bilgi talep edilen taraf da, bilgi talep edene yazılı olarak cevap verecek; süresi içinde ek bilgiyi sağlayacak veya sağlamayacaksa gerekçesini de bildirecektir (PD 18(4.1.)). Ancak talep ettiği ek bilgiye ulaşamayan taraf mahkemeye başvurarak diğer tarafa yönelik olarak ek bilgi vermesine yönelik talepte bulunabilecektir. Yani hâkimin rolü ancak bu noktada aktif hale gelmektedir. Dolayısıyla İngiliz hukukunda hâkime tanınmış bu rolün çok da yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

Aslında Medeni Usul Kuralları çerçevesinde dava dilekçesi oluşturma (CPR Part 16) gerekliliğinin temel amaçlarından biri tarafların uyuşmazlıklarını net bir şekilde göstermek, bu kapsamda uyuşmazlığa ilişkin vakıaların belirlenerek çerçevelenmesini sağlamaktır. Bu doğrultuda olmak üzere, Medeni Usul Kuralları'nın 18. maddesinde hayat bulan ek bilgi talebinin de esas olarak bu amaca hizmet ettiği söylenebilir. Ek bilgi talebine ilişkin uygulamayı, 2014 tarihli bir yargı kararıyla örneklendirmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. *Beacons Business Interiors Ltd and Another v. Carey and Another*²⁴³ davasında davacı, davalılardan savunmalarını açıklığa kavuşturmalarına yönelik olarak dört kez talepte bulunmuş ve fakat dört kez başarısız olarak kaçamak, hileli konuyu aydınlatma yanlı olmayan cevaplar edinmiştir. Davacı, davalıdan savunmasını aydınlığa kavuşturacak net cevaplar alamayınca mahkemeye

²⁴³ *Beacons Business Interiors Ltd and Another v. Carey and Another*, 22.05.2014, Legal Watch, Personal Injury Year Book 2014, http://issuu.com/parabis/docs/pi_year_book_2014?e=4283871/11032159 (Çevrimiçi 15.06.2015).

başvurarak davalıların ek bilgi talebini karşılamalarını; karşılamadıkları takdirde savunmalarının reddedilmesini talep etmiştir. Davayı yürüten hâkim davacının bu talebini kabul ederek, belirlenen tarihe kadar talep yerine getirilmezse savunmanın reddedileceğine hükmetmiştir.

Belirtmek gerekir ki, İngiliz hukukunda hâkim ancak tarafların öncelikli olarak kanunda öngörülen usulleri gerçekleştirdikten sonra kendisine başvurması halinde davanın aydınlatılması adına taraflara ek bilgi konusunda emredebilmektedir. Bu kapsamda Türk hâkiminin davanın aydınlatılması kapsamında İngiliz hâkimine nazaran daha aktif konumda olduğu açıktır. Bununla beraber, Türk hukukunda hâkim sadece dava dosyasından anlaşılabilen, iki tarafın iddiaları ile savunmalarının sınırları içinde kalan ve uyuşmazlığın çözümü bakımından gerekli olan vakıaların açıklanmasını ve delillerin gösterilmesini talep edebilirken, İngiliz hukukunda hâkim dava dosyasından anlaşılсын ya da anlaşılmasın her halükarda davanın aydınlatılması için uyuşmazlık yaratan meselenin aydınlatılmasını veya söz konusu mesele hakkında ek bilgi teminini taraflardan talep edilebilecektir.

Türk hukukunda ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 31. maddesine göre hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında sadece davanın aydınlatılmasına yönelik olarak taraflara açıklama yaptırabileceği; soru sorabileceği; delil gösterilmesini isteyebileceği belirtilmektedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında da 75. maddede hâkimin davayı aydınlatma ödevi öngörülmekteydi. Maddede: “*Kanunun tayin eylediği istisnalardan başka hallerde hâkim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini re’sen nazarı dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz. Ancak müphem ve mütenakız gördüğü iddia veya sebepler hakkında izahat istiyebilir. Hâkim davanın her safhasında iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere kendilerini istima ve lazım olan delillerin ibraz ve ikamesini emredebilir*” denilmekteydi.

Aynı yönde unsurları içinde barındıran bu iki kanun hükmünde ele alınması gereken iki önemli unsur vardır. Bunlar hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesine dahil olmak üzere maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili hususların varlığı

ve bu doğrultuda hâkime yüklenen, taraflara açıklama yaptırma, soru sorma ve delil gösterilmesini isteme ödevidir²⁴⁴. Hâkim için bir yükümlülük olan bu ödev hâkimin; eksik, belirsiz veya çelişkili hususların giderilmesini talep etmeden, yargılamayı sonuçlandırmamasını gerektirmektedir. Hâkim bu yükümlülüğüne aykırı düştüğünde ise, bu durum hükmün bozulmasına yol açacaktır²⁴⁵.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, taraflarca getirilme ilkesi kapsamında, hâkimin kanunda öngörülen istisnalar dışında, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamayacağı ve onları hatırlatabilecek davranışlarda bulunamayacağına ilişkin kuralı yumuşatmak üzere öngörülmüştür. Böylelikle pasif hâkim, aktifleşerek tarafların getirmiş oldukları dava malzemelerindeki eksiklik, belirsizlik veya çelişkileri gidermekte ve doğru bir hükme ulaşılmasındaki engeli ortadan kaldırmaktadır²⁴⁶. Böylelikle eksiklik, belirsizlik veya çelişki nedeniyle söz konusu olabilecek davanın reddinin önlenmesi ve maddi gerçeğe uygun doğru bir hükme varmak amaçlanmaktadır²⁴⁷.

İngiliz hukukunda, Uygulama Yönergesinde ek bilgi talebinin makul şekilde gerekli ve orantılı şekilde uyuşmazlık konusu meselelerle sınırlı olması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Bu çerçevede, bilgi talebi özellikle uyuşmazlıkla ilgili olmadığında ve çalışmada daha önce bahsedilen²⁴⁸ “*fishing*” olarak tabir edilen karşı taraftan her türlü bilgi edinimine yönelik “olta atma” halinde reddedilecektir.

Kısaca, ek bilgi talebi usulünün amacı, tarafların ve hâkimin uyuşmazlık içindeki meselenin adil ve etkin şekilde çözümlenebilmesi için gereken her türlü bilgiyi edinmesini sağlamaktır²⁴⁹. Bu çerçevede hâkimin ek bilgi usulüne başvururken başlıca

²⁴⁴ Bu durumda hâkimin açık olmayan dava malzemesini açıklığa kavuşturabilmek için bir faaliyette bulunması bir gerekliliktir, **Murat Yavaş**, *Mehaz Kanun İle Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler ve Hâkimin Rolü*, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 307.

²⁴⁵ **Umar**, Şerh, s. 144.

²⁴⁶ **Cemil Simil**, *Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları*, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı 2015), s. 1351-52.

²⁴⁷ **Alangoya**, *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, s. 139-40; **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 373.

²⁴⁸ Bölüm 2, §3 I A’da kısaca ele alınmaktadır.

²⁴⁹ **Zuckerman**, *Zuckerman On Civil Procedure*, s. 303.

hedefler ve özellikle de orantılılık ilkesine dikkat etmesi gerekecektir. Yani, hâkim söz konusu ek bilginin, vakıaların doğru bir şekilde belirlenmesine hizmet edip etmediğine; bu bilginin elde edilmesindeki masrafa; ek bilgi talep edilecek tarafın makul olmayan bir ispat yükü altına sokulup sokulmayacağına ve kendisinden ek bilgi talep edilen tarafın tutumuna göre bir karar verecektir²⁵⁰. Taraflardan biri ek bilgi talebiyle hâkime başvurduğunda hâkim taraflarca ek bilgi talebinin yol açacağı masrafların orantısız olmadığı; yani böyle bir talebin orantılı ve gerekli olduğuna ikna edilmeyi bekleyecektir²⁵¹.

Uygulamada, ek bilgi talebi usulüyle tarafların yargılama içindeki durumlarını değerlendirerek, kimi zaman davalı tarafından ödenemeyecek bir paraya yönelik dava külfetinden vazgeçmeleri mümkün olabilmektedir²⁵². Bununla beraber elbette ki davacı, davalıdan malvarlığını açıklamaya zorlayamamakta veyahut davalının sahip olduğu sigortalara ilişkin bilgi edinmek üzere davalıyı zorlayamamaktadır. Diğer taraftan mahkemenin sigorta kapsamına ilişkin bilgilerin paylaşılmasını emredip emredememesi uygulamada netlik kazanmamış; bu konuda birbiriyle çelişik kararlar uygulamada tereddüt yaratmaktadır²⁵³. Bu doğrultuda, *West London Pipeline & Storage Ltd. v. Total UK Ltd.* kararında bu durum açıklığa kavuşturularak Medeni Usul Kuralları'nın 18. maddesinin asıl amacına vurgu yapılmıştır²⁵⁴. Bu davada, Total UK, yakıt tesisatındaki bir patlamadan ötürü, West London Pipeline (davalı şirket) şirketine multi milyon poundluk bir dava açmıştır. Davalı şirket, üçüncü kişi TAV'a davaya müdahil olması için ihbarda²⁵⁵ bulunmuştur (TAV ile davalı şirket birlikte ticaret yapmışlar ve aralarında bir sorumluluk sigortası olduğu göz önünde bulunduruluyor). Total UK, davalı şirket ile TAV arasındaki sigorta kapsamı hakkında ek bilgi talebi

²⁵⁰ *Rowland v. Al Fayed* [2000] C. P. Rep. 35, Ch.

²⁵¹ *King v. Telegraph Group Ltd.* [2004] EWCA Civ. 613, [2005] 1 WLR 2282; *Lexi Holdings (In Administration) v. Pannone & Partners* [2010] EWHC 1416 (Ch.)

²⁵² **Zuckerman**, Zuckerman On Civil Procedure, s. 304-305.

²⁵³ *West London Pipeline & Storage Ltd. v. Total UK Ltd.* [2008] EWHC 1296 (Comm.); aksi yönde *Harcourt v. FEF Griffin* [2007] EWHC 1500 (QB).

²⁵⁴ *West London Pipeline & Storage Ltd. v. Total UK Ltd.* [2008] EWHC 1296 (Comm.).

²⁵⁵ Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir (HMK madde 61). Davayı üçüncü kişiye ihbar eden taraf, üçüncü kişinin kendi yanında fer'i müdahil olarak katılmasını veya kendisini temsil etmesini amaçlar ve böylelikle üçüncü kişi davaya müdahale ederek hem katıldığı tarafı, hem de kendi hakkını korumuş olur, **Hakan Pekcanitez**, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, no.30, Ankara 1992, s. 108.

için başvuruyor ve bu bilginin davanın akıbetine hizmet edecek, Total ve mahkemenin bakış açısından önem arzedecek bir bilgi olduğunu ileri sürüyor. Davaya bakan mahkeme, uyuşmazlık içindeki meseleyi aydınlatmaya yarayacak bilgi haricinde bir bilginin Medeni Usul Kurallarının 18. maddesi kapsamında kendisine bir yetki vermediğini belirtmiştir. Yani, TAV'ın sigorta kapsamı uyuşmazlığa temel mesele sayılmayarak, bu bilginin ibraz edilmesi talebi reddedilmiştir.

Zuckerman, West London Pipeline & Storage Ltd. v. Total UK Ltd. kararını yerinde bulmayarak, Medeni Usul Kurallarının ek bilgi talebine yönelik 18. maddesinin hâkime geniş bir yetki verdiğinin altını çizmektedir. Zuckerman, kanun metninde “söz konusu meseleye dava dilekçesinde değinilmiş veya değinilmemiş, kapsamında yer almış veya almamış olsa da” uyuşmazlık içindeki meselelerin aydınlatılması ve bu meselelerle bağlantılı ek bilginin sağlanmasının amaçlandığını belirtmektedir. Yani kanun koyucu ek bilgi talebine konu olacak meseleyi dilekçede ileri sürülmüş meselelerle sınırlamadığından, hâkimin maddeyi yorumlarken başlıca hedefler (CPR Rule 1.2) doğrultusunda hareket etmesi gerekmektedir²⁵⁶. Başlıca hedefler yargılamanın, uyuşmazlık konusu meblağ ile tarafların ekonomik pozisyonlarıyla orantılı şekilde yürütülmesini öngörmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu meblağ sadece teorik bir talepten ibaret değildir. Gerçekçi olarak elde edilebilir bir değer olmalıdır ve bu sebeple de bu davada sigorta kapsamı uyuşmazlıkla bağlantılı sayılarak ek bilgi talebi sağlanmalıdır. Aslında Zuckerman Medeni Usul Kuralları ve özellikle başlıca hedefler ile İngiliz hâkiminin aktifleşen rolüne dikkat çekmektedir. Artık İngiliz hâkimine başlıca hedefler çerçevesinde geniş bir takdir hakkı verilmektedir ve hâkimlerin bu hakkı kullanmamaları Medeni Usul Kuralları'na gereğince riayet etmedikleri sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla Zuckerman'ın yukarıda belirttiği görüşe biz de katılmaktayız.

Sonuç olarak, ek bilgi talebi hâkimin davayı aydınlatmasını sağlayan hükümlerden en belirginidir. Medeni Usul Kurallarının tamamı incelendiğinde, Kanun'un hâkime davayı aydınlatmak üzere “ek bilgi talebi” usulü haricinde, çeşitli yetkiler tanıdığı da gözlemlenmektedir. Hâkimin davanın aydınlatılmasına yönelik bu diğer yetkilerine deliller açıklanırken yeri geldikçe dikkat çekilecektir. Bununla beraber Medeni Usul Kuralları'nın “Mahkemenin Delilleri Kontrol Etme Yetkisi”

²⁵⁶ **Zuckerman**, Zuckerman On Civil Procedure, s. 305.

başlıklı 32.1. maddesinden de kısaca tekrar bahsetmek yerinde olacaktır. Bu hükümde, hâkimin talimatlarıyla delilleri kontrol edebileceği belirtilmektedir. Buna göre hâkim a) Delil ileri sürülmesi gereken, yani ispatı gereken meselelere işaret edebilecek (CPR Rule 32.1(a)); b) Söz konusu meseleleri ispata yarayacak delilin türü (CPR Rule 32.1(b)) ve c) Delillerin mahkemeye sunulma şekli (CPR Rule 32.1(c)) konusunda taraflara emredebilecektir.

D- Amerikan Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Amerikan hâkimi dava yönetiminin sağlanmasına yönelik hüküm kapsamında re'sen duruşma öncesi bir aşamada uyuşmazlığa ilişkin belirli bir vakıa hakkında delil ileri sürülmesini talep edebilmektedir (FRCP Rule 16(c)(N)). Hâkimin re'sen delil ileri sürülmesini talep edebilmesi için kanunda iki durum öngörülmüştür.

Bunlardan ilkinde göre, daha önce açıklamış olduğumuz²⁵⁷, “Hukuki meseleye ilişkin hüküm” olarak Türkçeleştirebileceğimiz usule göre, taraflardan biri uyuşmazlığa ilişkin bir mesele hakkında jüri bir duruşmada dinlenmişse ve hâkim eğer orta derecede davayı kavrayacak makul bir jürinin söz konusu taraf lehine karar oluşturabilecek yeterlilikte, söz konusu vakıaları ispatlayacak delilinin bulunmadığına karar vereceği kanaatindeyse, meseleyi doğrudan taraf aleyhine çözüme kavuşturabilecektir (FRCP Rule 50(a)). Böylece söz konusu iddia veya savunmayı yapan taraf hakkında hüküm kurulmuş olunacaktır. Burada dikkat çeken iki husus olarak, duruşma sırasında söz konusu tarafın davasını makul ölçüde destekleyecek yeterli delilinin bulunmaması ve söz konusu tarafın dinlenerek uyuşmazlığa ilişkin vakıasının tamamen ele alınmış olması gerekliliğidir. Böylece hâkim jüri kararını beklemeden dava hakkında karar verebilmektedir. İşte böyle bir durumda hâkim kararını vermeden önce söz konusu vakıa hakkında delil ileri sürülmesini ilgili taraftan talep edebilecektir.

Kanunun öngördüğü diğer durum ise, Federal Medeni Usul Kuralları'nın “Kısmi Bulgular Hakkında Karar” başlıklı 52(c). maddesine ilişkindir. Buna göre, eğer taraflardan biri uyuşmazlığa ilişkin bir vakıa hakkında jürisiz bir yargılamada dinlenmişse ve mahkeme söz konusu vakıa hakkında taraf aleyhine hüküm kuracaksa,

²⁵⁷ Çalışmada bölüm 2, §2 I E 3'te ele alınmaktadır.

mahkeme re'sen söz konusu taraftan vakıasını ispata elverişli delil getirmesini talep edebilir. Böylelikle hâkim, tarafın aleyhine oluşturacağı karardan vazgeçebilir veya söz konusu vakıa ispatlanamadığı takdirde taraf aleyhine hüküm kurabilir. Bununla beraber, hâkim söz konusu vakıaya ilişkin hemen karar vermek yerine, delillerin ileri sürülebileceği son ana kadar karar vermeyi de reddedebilir.

Sonuç olarak, Amerikan hâkimi de davanın aydınlatılması için tamamen pasif durmamakta, yapılan reform hareketleri neticesinde, özellikle dava yönetimi kapsamında, eskisine göre daha aktif bir role sahip olmaktadır. Bununla beraber, Amerikan hâkiminin reform hareketleri neticesinde sahip olduğu aktif rol, İngiliz hukuku ile kıyaslandığında çok sınırlı seviyede kalmaktadır. Yine de Amerikan hukukunun katı taraf egemen usulünü zayıflatması bakımından önemli hükümlerden birini oluşturmaktadır (FRCP Rule 16(c)(N)).

§ 3 HÂKİMİN ROLÜNÜN DELİLLERİN TOPLANMASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu bölüm altında da çalışmanın genelinde olduğu üzere delillerin tüm unsurları ayrıntılı olarak açıklanmak yerine, sadece delillerin toplanması çerçevesinde hâkimin rolü ele alınacaktır. Bununla beraber elbette ki konunun anlaşılır kılınmasına yönelik deliller hakkında kısa bilgilendirmeler de yapılacaktır.

I- Bilirkişi Delili (*Expert Evidence*)

Yargılama içinde hâkimin rolü sadece hukuki vasıflandırma yaparak hukuki bilgisini kullanarak bir karar vermek değildir. Hayat ilişkilerinin ve uyuşmazlıkların çeşitliliği hâkimin hukuki bilgisi dışında kalan teknik ve özel bilgiye ihtiyaç duymasına neden olmaktadır²⁵⁸. Böyle bir durumda hâkimin uzman bir kişiden görüş alması gerekmektedir. Bilirkişi adı verilen bu uzman kişiler tecrübe kuralları hakkında hâkimde eksik olan bilgiyi sağlamakta ve bu tecrübe kurallarına dayanarak sabit olan

²⁵⁸ Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 778.

bir olaydan sonuçlar çıkarmakta veya kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olayları tespit etmektedir²⁵⁹.

Birçok Kıta Avrupası hukukunda²⁶⁰ ve Kıta Avrupası hukukunun temsilcilerinden Türk hukukunda bu tip uzmanlık bilgisi gereken durumlarda geleneksel olarak mahkeme kendisi bilirkişi tayin etmektedir. Anglo-Amerikan hukukunda ise, bilirkişinin tayin edilmesi farklılık göstermektedir. Örneğin Amerikan hukukunda, davanın tarafları jüriyi ve mahkemeyi bilgilendirmek üzere taraf bilirkişisi tayin edebilmektedirler. İngiliz hukukunda ise, karma bir düzenleme mevcuttur.

Anglo-Amerikan hukukunda kanun koyucular, hâkimin yargılamanın daha erken evrelerinde aktif olarak yargılamaya katılması konusunda uzlaşmaya varmışlardır. İngiliz usul kurallarına göre, taraflar kendi bilirkişilerini tayin etseler dahi hâkimin yargılamaya aktif olarak katılımı gerekli kılınmıştır. Benzer şekilde, Amerikan hukukunda da dava yönetimine ilişkin hükümler son yargı reformunun temelini oluşturmuştur. 1990 yılında gerçekleştirilen Yargı Reformu Kanunu (*Civil Justice Reform Act*) gereğince duruşma öncesi aşamada davanın denetimi konusunda hâkimlerin yargılama sürecine dahil olması benimsenmiştir²⁶¹. 1993 tarihli Federal Usul Kuralları ile hâkim ön duruşma aşamasında (*pre-trial conference*) gereksiz nitelikteki yargılamayı uzatan ve masraflı bir hale getiren delilleri sınırlandırmakla görevlendirilmiştir (FRE Rule 403).

Aynı doğrultuda çalışmada örneklendirilen birçok Kıta Avrupası hukukunda ise, tarafların bilirkişi delilinin toplanması ve mahkemeye sunulmasındaki rolü adil yargılanma hakkı²⁶² gereği giderek artmaktadır. Her ne kadar birçok Kıta Avrupası

²⁵⁹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 778.

²⁶⁰ Fransız hukukunda da, Türk hukukunda olduğu üzere davanın tarafları, iddia ve savunmalarını ispat etmek üzere mahkemeden bilirkişi incelemesi yapılmasını talep edebileceği gibi; tarafların talebine bağlı olmaksızın hakim de kendiliğinden bilirkişiye başvurma kararı verebilmektedir, CPC article 143. Esas olarak bilirkişiler mahkeme tarafından tayin edilmekte ve bilirkişi bir nevi mahkemenin memuru kabul edilmektedir. Bilirkişilerin mahkeme tarafından atanması usulü le Roi Soleil 14. Louis zamanına dayanan çok eski bir uygulamadır. Bu sebeple Fransa’da son derece gelişmiş bir “mahkeme tarafından atanan bilirkişi” sistemi mevcuttur, **William J. Travis**, Impartial Expert Testimony Under The Federal Rules of Evidence: A French Perspective, International Lawyer, vol. 8/3, 1974, s. 493.

²⁶¹ 28 U.S.C § 473, <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/473> (Çevrimiçi 13.01.2015).

²⁶² Adil yargılama, hukuk veya ceza davalarında ve hatta belli ölçülerde idare hukuku alanındaki davalarda yargılamaya ilişkin ilkeleri belirleyerek hukuk devletinin temel unsurunu oluşturmaktadır, **Sibel İnceoğlu**, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, Ankara 2007, s. 9.

ülkesinde taraf bilirkişisi uygulaması mevcut değilse de, bazı Kıta Avrupası ülkeleri kanunlarında açıkça “taraf bilirkişisi” müessesesi olarak belirtilmese de, bu müessese kullanılmaya başlanmıştır. Örneğin 1942 tarihli İsveç Usul Kanunu (*Swedish Code of Judicial Procedure*) Chapter 40, Section 19’da açıkça taraf bilirkişilerine izin verilmektedir. Maddeye göre, bilirkişiler eğer mahkeme tarafından tayin edilmemiş ve fakat taraflardan biri tarafından davet edilmişse mahkeme tarafından atanan bilirkişilere ilişkin hükümler (Section 7-8) onlar hakkında da uygulanacaktır denilmektedir²⁶³. Aynı şekilde 2001 yılından itibaren İspanyol Usul Kanunu’nda da taraf bilirkişisi uygulaması tanınmaktadır²⁶⁴. Bir diğer örnek olarak Hollanda hukukundaki bilirkişi uygulamasını gösterebiliriz. Mahkeme tarafından atanmış bilirkişinin bulgularına ilişkin olarak görüş bildirmek üzere taraflarca taraf bilirkişisine başvurulabilmektedir²⁶⁵. Taraflar ayrıca kendi bilirkişilerinin elde etmiş olduğu bulguları da mahkemeye delil olarak üç şekilde sunabilmektedirler. İlk olarak taraf bilirkişisinin hazırlamış olduğu yazılı rapor, yazılı delil olarak kabul edilebilmektedir²⁶⁶. İkinci olarak 20. yüzyılın başlarından itibaren Hollanda içtihad hukukuna göre taraf bilirkişileri mahkemeye davet edilerek tanık olarak dinlenebilmektedir²⁶⁷. Son olarak yeni Hollanda Usul Kanunu’nun 200. maddesinde tarafların talebi üzerine mahkemenin, mahkeme tarafından atanmamış bilirkişileri dinleyebileceği belirtilmektedir²⁶⁸. Belirtmek gerekir ki, hâkimin bu durumda bu bilirkişi delilini kabul edip etmemekte ve bilirkişiyi dinleyip dinlememek konusunda takdir hakkı bulunmaktadır²⁶⁹.

Buna göre, her iki büyük hukuk sisteminde taraflar ve hâkimin yargılama içindeki rolleri arasında saf taraf egemen yahut saf araştırma ilkesine dayalı sistemler yerine karma nitelikte bir çeşit işbirliği oluşmaya başlamıştır. Bununla birlikte açık bir

²⁶³ http://www.government.se/contentassets/a1be9e99a5c64d1bb93a96ce5d517e9c/the-swedish-code-of-judicial-procedure-ds-1998_65.pdf (Çevrimiçi 19.06.2015).

²⁶⁴ İspanyol Usul Kanunu 336-228. maddeler, De Groot 2008, s. 104 (naklen **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 178, dipnot 159).

²⁶⁵ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 178.

²⁶⁶ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 178, dipnot 161.

²⁶⁷ B. Van den Berg, Deskundigheid in het Geding, Den Haag: Boom 1999, Section 3.5.2. (naklen **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 178)

²⁶⁸ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 178.

²⁶⁹ <http://www.kennedyslaw.com/article/dutchexpertevidence/> (Çevrimiçi 14.01.2015).

gerçekti ki Anglo-Amerikan hukukunda dava malzemesinin taraflar ve avukatlarınca hazırlanması ve mahkemeye sunulması sebebiyle, her bir tarafın ileri sürdüğü dava malzemesinin o tarafa ait olduğı düşüncesi söz konusu olmaktadır²⁷⁰. Bu yüzden de tarafsız bir mahkeme tarafından atanan bilirkişiliğın etkin olarak kullanılabilmesi zor bir uygulama olarak görölmektedir. Diğer taraftan taraf hâkimiyetinin etkisi altında olan İngiliz hukukunda uygulanmaya başlanan karma sistem başarı göstermektedir ve Amerikan hukukuna da örnek teşkil etmektedir.

Bu bölümde bilirkişi delilinin mahkemeye delil olarak sunulması ve hâkimin bu delili değerlendirmesi, hâkime düşen rol çerçevesinde mukayeseli olarak ele alınacaktır. Bilirkişi delilinin tüm özelliklerine yer verilmeyecektir.

A- İngiliz Hukukunda Bilirkişilik ve Hâkimin Rolü

1- İngiliz Hukukunda İlk Dönemlerde Bilirkişilik

İngiliz ispat hukukunun gelişiminin başlangıcında, bilirkişi tanıklılığının kullanımına ilişkin çok az kural mevcuttu ve bunun sonucu olarak da İngiliz hukukunda bilirkişilik, uygulamayla gelişen bir müessese olmuştur. Aslında bilirkişi tanıklılığının İngiltere'deki görünümü, Kıta Avrupa'sında kullanılan yöntemlerle benzerlik göstermektedir²⁷¹. İngiliz hâkimleri başlangıçta, uzmanlık gerektiren konularda jüriden mahkemeyi bilgilendirmelerini talep ederdi; ancak daha sonra bilirkişiler doğrudan mahkemeye tanıklık etmeye başladı ve jüri üyeleri de bizzat delillerin değerini ölçmek üzere görevlendirildi. İşte jüri sisteminin gelişme gösterdiği bu erken dönemde mahkemeler, uzman bilgisini iki şekilde kullanmaktaydı: Başlangıçta mahkeme, mahkeme dışından, deneyimlerine dayanarak teknik sorunları belirleyebilen jüri üyesi seçmekteydi. Bunlara “*expert juries*”; yani uzman jüriler denilmekte idi. İkinci olarak da, mahkeme, teknik sorunları çözmeye yardımcı olmak üzere nitelikli kişileri mahkemeye davet etmekteydi. Bunlara da “*expert witness*”; yani uzman tanık denilmekte idi. Zamanla, uzman tanıkların kullanımı, uzman jürilerin kullanımını gölgede bırakmıştır.

²⁷⁰ **Damaska**, Evidence Law Adrift, s. 77-78.

²⁷¹ **Taylor**, s. 186.

2- Medeni Usul Kuralları ile Birlikte Yeniden Şekillenen Bilirkişilik

1998 tarihli İngiliz Usul Kuralları usuli otoritenin taraf ve taraf avukatlarından hâkime geçmesini sağlamıştır. İngiliz hukukunda kabul edilen bu usul kurallarının “*overriding objectives*” adı verilen yargılamada ağır basan, başlıca hedefler olarak Türkçeleştirdiğimiz kurallar ışığı altında yorumlanması gerekmektedir. Medeni Usul Kuralları’nın 1. maddesi, başlıca hedefler başlıklı bu kuralların davanın adil bir şekilde ve orantılı masraflarla çözümlenmesini sağladığını belirtmektedir.

Yeni İngiliz usul rejiminin genel özellikleri aynı zamanda bilirkişi delilinin uygulama alanında da bazı yeniliklere sebep olmuştur. Yeni usul kanunu’nun öncesinde, Lord Woolf bilirkişilik müessesesinin aşırı masrafa yol açtığı konusunda eleştirilerde bulunmuş ve aşırı masrafa bilirkişilerin uzmanlıkları doğrultusunda görüş bildiren tarafsız üçüncü kişiler olmak yerine, tarafların avukatları rolünü üstlenmelerinin neden olduğunu gerekçe göstermiştir²⁷². Ayrıca, çok teknik unsurlar içeren konularda, hâkimlerin birbiriyle çelişen iki bilirkişi raporu arasından birini seçerek doğru bir karar vermesinin çok da mümkün görünmediği²⁷³, bu sebeple de hâkimlerin adil bir karara varmalarının bu durumdan olumsuz etkilendiği vurgulanmıştır.

Bu çerçevede, yeni usul kanunu ile getirilen önemli bir yenilik bilirkişi delilinin nesnelliğine ilişkindir. Medeni Usul Kuralları’nın 35.3. maddesinde bilirkişilerin yerine getirdikleri görevin taraflar tarafından bilgilendirilseler ve taraflar tarafından ücretleri ödense bile esas olarak mahkeme için olduğu belirtilmektedir. Hatta bu sebepten ötürü yeni usul kanunu ile birlikte artık “*expert witness*”; yani uzman tanık denilmek yerine “*expert*” terimi kullanılmaya başlamıştır²⁷⁴. Amaç bilirkişilerin taraflar için görev almak yerine, onların tanığı gibi davranmak yerine; sorumluluklarının mahkemeye karşı olduğunu altını çizmektir. Böylelikle İngiliz

²⁷² **H. Woolf**, Access to Justice, Final Report, The Stationary Office, London 1996, Chapter 13, sections 1 ve 5, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/final/contents.htm> (Çevrimiçi 13.01.2015).

²⁷³ Gross, çok teknik konuda sunulan bilirkişi raporları arasında seçim yapan bir hâkimin kararını (*Wells v. Ortho Pharmaceutical Corporation* 615 F. Supp. 262, ND Ga. 1985) örnek göstererek bu durumu eleştirmektedir, **Samuel R. Gross**, Expert Evidence, Wisconsin Law Review, vol. 1991/6, 1991, s. 113-1232.

²⁷⁴ **Jolowicz**, On Civil Procedure, s. 241.

hukukunda bilirkişiler artık tarafların danışmanı niteliğinden, hâkimin uzmanlık gerektiren ve teknik konularda yardımcısı niteliğine kavuşmuşlardır²⁷⁵.

Medeni Usul Kuralları'nın 35.4. maddesinde “Bilirkişi Delilinin Mahkemece Sınırlandırılması” (*Court's Power to Restrict Expert Evidence*) başlığı altında, tarafların, ifadesine başvurmak üzere mahkemeye bilirkişi davet etmesinin veya bilirkişi raporunu delil olarak göstermesinin ancak hâkimin izni ile olabileceği belirtilmektedir (CPR Rule 35.4 (1)). Mahkeme taraflarca gerçekleştirilen böyle bir talep doğrultusunda inceleme yapmadan doğrudan izin vermemekte; tarafların taleplerine ekledikleri bilirkişiye başvurma sebepleri, bilirkişinin inceleme yapacağı hususlar, bilirkişinin kimliği ve tahmini bilirkişi masraflarını²⁷⁶ dikkate almaktadır (CPR Rule 35.4 (2)). Hâkim taraflardan birinin bilirkişi talebini kabul ettiği takdirde bilirkişinin inceleme yapacağı meseleleri kararında özellikle belirtebilmektedir (CPR Rule 35.4 (3)). Medeni Usul Kuralları'na göre, hâkim aksine açıkça karar vermediği sürece bilirkişi delilinin yazılı rapor olarak mahkemeye sunulması gerektirmektedir (CPR Rule 35.5).

Yukarıda detaylandırdığımız Medeni Usul Kurallarının 35. maddesinin mutlaka Kanun'un “Mahkemenin Delilleri Kontrol Etme Yetkisi” başlıklı 32.1. maddesi ve ayrıca Kanun'un 1.1. maddesinde düzenlenen başlıca hedeflerle²⁷⁷ beraber ele alınması gerekmektedir²⁷⁸. Kanun'un 32.1. maddesinde hâkimin talimatlarıyla delilleri kontrol edebileceği belirtilmektedir. Buna göre hâkim a) Delil ileri sürülmesi gereken, yani ispatı gereken meselelere işaret edebilecek (CPR Rule 32.1(a)); b) Söz konusu meseleleri ispata yarayacak delilin türü (CPR Rule 32.1(b)) ve c) Delillerin

²⁷⁵ **Andreea Ciurea**, The Initiative of the Judge in Matters of Evidence. Aspects of Comparative Law, Bulletin of the Transilvania University of Braşov, vol. 5/54, no. 1, 2012, s. 93. Aksi şekilde, bilirkişilerin hakim yardımcısı olarak tanımlanmasının yanlış olduğunu ileri süren görüş için bkz. **Gökhan Çayan**, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi, Legal, İstanbul 2013, s. 9. Kıta Avrupası hukuk sistemi çatısı altında yer alan Fransız hukukunda bilirkişi, adalet yardımcısı (*auxiliaire de justice*) olarak kabul edilmektedir; çünkü bilirkişi ne tarafların vekili, ne de görevlisidir. Aksine kamunun geçici olarak görevlendirdiği bir elemandır. Bilirkişi, yargılama süreci içinde hakim yardımcısı (*l'assistant du juge*) olarak kabul edilmektedir, **Teomete Yalabık**, Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış, s. 2119. Hem İngiliz hukuku hem de Fransız hukukundaki görüşler neticesinde bilirkişilerin hakim yardımcısı olarak nitelendirilmesinin yerinde olmadığını ileri süren görüşe katılamamaktayız.

²⁷⁶ Taraflarca tahmini bilirkişi masraflarının da bilirkişi talebiyle birlikte sunulması gerekliliği Medeni Usul Kurallarının kabulünden çok sonra, 1 Nisan 2013'ye yapılan bir değişiklikle kabul edilmiştir.

²⁷⁷ Bu hususta, başlıca hedeflerden özellikle masrafların denetimi (CPR Rule 1.1.(b)) ve orantılılığın sağlanması (CPR Rule 1.1.(c)) ele alınması gereken hususlardır.

²⁷⁸ **Martin Iller**, Civil Evidence, The Essential Guide, Sweet and Maxwell, London 2006, s. 401.

mahkemeye sunulma şekli (CPR Rule 32.1(c)) konusunda taraflara emredebilecektir. Başlıca hedeflere ilişkin olarak ise Kanun'un birinci maddesinin ilk bendinde Medeni Usul Kurallarının yeni bir usul kanunu olduğu ve bu kanunda düzenlenen başlıca hedeflerle davaların adil bir şekilde görülmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Maddenin ikinci bendinde ise, yargılamanın adil şekilde görülmesinin uygulanabilir olduğu ölçüde (a) tarafların eşit koşullarda olmasının sağlanması, (b) fazla masraf yapılmaması, (c) davanın, (i) uyuşmazlığa konu para ile, (ii) uyuşmazlığın önemi ile, (iii) uyuşmazlık konusu vakıaların karmaşıklığı ile ve (iv) tarafların ekonomik durumları ile, orantılılığını bünyesinde barındırdığı belirtilmektedir. Bu doğrultuda hâkim somut olayda hem başlıca hedefler hem mahkemenin delilleri kontrol etme yetkisi hem de mahkemenin bilirkişi delilini sınırlandırma yetkisi çerçevesinde üçlü bir yorum ile bilirkişi deliline ilişkin bir karar vermelidir. Böylelikle hâkim bilirkişi delilini reddedebileceği²⁷⁹ gibi, belirli bir mesele hakkında talep edilen bilirkişi sayısını da sınırlayabilmektedir²⁸⁰. Hâkim aynı zamanda yargılamanın geç bir aşamasında ileri sürülen bilirkişi taleplerini de reddedebilmektedir²⁸¹. Sonuç olarak İngiliz hâkimine delillerin toplanması konusunda, özellikle bilirkişi delili hakkında, önemli bir takdir hakkı verildiği görülmekte, bu da İngiliz hukukunda Medeni Usul Kuralları ile birlikte hâkimlere daha aktif bir rol verildiğinin önemli bir göstergesi niteliğindedir.

İngiliz hukukunda iki çeşit bilirkişi mevcuttur. Taraf bilirkişisi yeni bir usul olmasa da müşterek bilirkişi müessesesi İngiliz hukukuna yeni usul kanunu ile kazandırılmıştır. Aşağıda İngiliz hukukunda görülen bilirkişi türleri açıklanacaktır.

a- Müşterek Bilirkişiler (*Single Joint Expert*)

“*Single joint expert*”; yani müşterek bilirkişilik olarak Türkçeleştirebileceğimiz kurumun İngiliz hukukuna dahil olması bilirkişilik kurumunun nesnelliğini ve sınırlandırılmasını sağlayan en büyük gelişme olarak görülmektedir. Medeni Usul Kuralları'nın 35.7.(1). maddesinde, davanın her iki tarafının da aynı mesele hakkında

²⁷⁹ *Clarke (Executor of the Will of Francis Bacon) v. Marlborough Fine Art (London) Ltd.* [2002] EWHC 11; *Gumpo v. Church of Scientology Religious Education College Inc.*, [2000] C. P. Rep. 38.

²⁸⁰ *Heyward v. Plymouth Hospital NHS Trust* [2005] EWCA Civ. 39.

²⁸¹ *Thomas Johnson Coker v. Barkland Cleaning Co.* [1999] T.L.R. December 6 CA.

bilirkişi delili sunmak istemesi halinde, hâkim tarafların müşterek bilirkişi aracılığıyla bunu gerçekleştirmelerini emredebilmektedir. Böylece hâkime takdir yetkisi tanınarak, taraflara kendi bilirkişilerini atamasına izin vermek yerine, müşterek bir bilirkişinin atanmasına karar verme yetkisi verilmiştir²⁸². Medeni Usul Kuralları'nın 35.7(2). maddesi tarafların ortak bilirkişi seçiminde anlaşılamadığı takdirde söz konusu olabilecek seçeneklere yer vermektedir. Tarafların ortak bir bilirkişi üzerinde anlaşılamadıkları durumlarda (a) bilirkişi ya bilirkişi listesinden seçilecek; yahut (b) mahkeme bilirkişiyi kendisi tayin edecektir. Taraflar kendileri de davanın her aşamasında tavsiye almak amacıyla bilirkişi görevlendirebilmektedir. Yani taraf bilirkişisinin kullanımına bir engel yoktur; fakat hâkimin izni olmadan taraf bilirkişisine başvurulamaz (CPR Rule 35.4). Taraflar mahkemeye bilirkişiye başvurmak üzere izin almak için talepte bulunduklarında, mahkeme bilirkişinin inceleyeceği delilin davanın çözümü için gerekli olmadığına karar verirse, hâkimin izni olmadan bilirkişiyi görevlendiren taraf bu delile dayanamayacaktır. Bunun sonucu olarak da bilirkişi masraflarını davayı kazansa dahi geri alamayacaktır²⁸³.

*Peet v. Mid-Kent Healthcare Trust*²⁸⁴ davasında, hâkimin müşterek bilirkişi raporunu güçlendirmesi amacıyla müşterek bilirkişi raporundan sonra, taraf bilirkişisi atanmasına karar verebileceğinin, bunun hâkimin takdirinde olduğunun altı çizilmiştir. Aynı zamanda kararda, normalde müşterek bilirkişinin söz konusu olduğu davalarda, bilirkişi raporu taraflarca ortak hazırlandığından raporun çapraz sorgulama aracılığıyla denetlenmesi ve etkinliğinin kuvvetlendirilmesine gerek olmasa da, hâkimin bilirkişinin duruşmaya çağrılarak çapraz sorgulamaya tabi olmasını takdir edebileceği belirtilmiştir. Ayrıca kararda hâkimin bu şekilde takdir hakkı kullandığı durumların Medeni Usul Kuralları'nda yer alan başlıca hedefler çerçevesinde söz konusu olduğu da vurgulanmıştır²⁸⁵.

Müşterek bilirkişi eğer taraflarca belirlenememişse, bu durumda hâkim müşterek bilirkişiyi, bilirkişi listesinden ya da tarafların belirlemiş olduğu kişilerden belirleyebilir (CPR Rule 35.7 (2)). Hâkim öngördüğü takdirde, bu yollar haricinde

²⁸² *Daniels v. Walker* [2000] 1 WLR 1382 CA.

²⁸³ CPR Rule 35.4; **Blom-Cooper**, s. 31.

²⁸⁴ *Peet v. Mid-Kent Healthcare Trust* [2002] 1 WLR 210, CA., para. 28.

²⁸⁵ *Peet v. Mid-Kent Healthcare Trust* [2002] 1 WLR 210, CA., para. 14.

başka şekilde de müşterek bilirkişiyi belirleyebilmektedir (CPR Rule 35.7 (2) b). Medeni Usul Kuralları'nın 35.8. maddesinde müşterek bilirkişiyi talimatlar (*Instructions to a single joint expert*) başlığı altında hâkimin bilirkişi ücret ve masraflarına ve bilirkişinin yürütmek istediği inceleme ve araştırmaların yerine getirilmesini emredebileceği belirtilmektedir. Aynı maddenin dördüncü bendinde ise, hâkimin müşterek bilirkişiyi talimatlar daha verilmeden önce bilirkişiyi ödenecek ücret ve masrafları sınırlandırabileceği (CPR Rule 35.8(4)(a)) ve tamamen veya kısmen ilgili tarafların mahkemeye ödeme yapmasını emredebileceği (CPR Rule 35.8(4)(b)) düzenlenmektedir.

Usul ekonomisi ilkesi gereğince hâkimler genellikle bilirkişileri sözlü olarak dinlememeyi tercih ettiğinden bilirkişiler yazılı bir rapor hazırlayarak mahkemeye sunmaktadırlar. Bununla birlikte uygulamada hâkimin müşterek bilirkişinin çapraz sorguya tabi tutulmasına izin verebileceği kabul edilmektedir²⁸⁶.

Birçok davada hâkimler müşterek bilirkişinin görüşünü karara esas almaktadırlar. Bununla birlikte eğer hâkim bilirkişi raporunu uygun görmezse bilirkişi raporu müşterek bilirkişiler tarafından hazırlanmış bile olsa raporun aksi yönünde karar verebilmektedir. *Armstrong v. First York Limited* davasında eğer bilirkişinin raporu taraflardan birinin ileri sürdüğü vakiya ilişkin bir delille (*factual evidence*) çelişiyorsa, ister müstakil bir bilirkişi olsun ister müşterek bilirkişi olsun hâkimin bilirkişi raporuyla bağlı olmadığı açıkça belirtilmiştir²⁸⁷. Burada hâkim her ne kadar teknik uzmanlık gerektiren mesele hakkında bilgili olmasa da, taraflardan birinin ileri sürdüğü delile dayanarak karar vermeyi tercih etmektedir²⁸⁸. Bu da hâkimin delilleri serbestçe takdir etmesinin bir örneğini teşkil etmektedir.

Uygulamada müşterek bilirkişiyi başvurulduktan sonra ek olarak taraflardan birinin “taraf bilirkişisi”ne başvurması hâkimin izni ile mümkün olabilmektedir²⁸⁹. Bu

²⁸⁶ *R v. R* [2002] EWCA Civ. 409, at [14], [18]; *Popel v. National Westminster Bank plc* [2002] EWCA Civ 42, [2002] CPLR 370, at [28], [29]; *Austen v. Oxfordshire County Council* [2002] All D. 97 (CA).

²⁸⁷ *Armstrong v. First York Ltd* [2005] 1 WLR 2751, CA., [2005] EWCA Civ 277, at [28].

²⁸⁸ *Jako Transport v. Derek Hall* [2005] EWCA Civ. 1327; *Montracon v. Whalley* [2005] EWCA Civ. 1383; *Montoya v. Hackney London Borough Council*, yayınlanmamış karar (naklen **Andrews**, Civil Procedure, dipnot 436).

²⁸⁹ *Daniels v. Walker* [2000] 1 WLR 1382 CA.; *Cosgrove v. Pattison* [2001] CP. Rep. 68; *Stallwood v. David* [2006] EWHC 2600 (QB.), [2007] 1 All ER 206, at [32]; *Peet v. Mid-Kent Healthcare Trust*

durumda eğer taraf bilirkişisine başvurmak isteyen taraf bu ek delil için makul sebepler gösterebiliyorsa ve ek bilirkişiye başvurmak orantısız masraflara neden olmamaktaysa hâkim bu talebi kabul etmektedir. Ek bilirkişi deliline başvurmak isteyen tarafın önceden müşterek bilirkişiye yazılı sorular sorduğu ve tatmin etmeyen cevaplar alması üzerine ek bilirkişiye başvurmak istemesi, hâkimin ona bu izni vermesi için makul bir gerekçe oluşturmaktadır²⁹⁰.

b- Taraf Bilirkişisi (*Party-Appointed Experts*)

Genellikle karmaşık ve geniş kapsamlı davalarda taraflar, taraf bilirkişisine başvurmayı tercih etmektedirler²⁹¹. Taraf bilirkişisine başvurmak için de taraflar hâkimden izin almalıdırlar. Hâkimden izin aldıktan sonra ise mahkeme taraflara bilirkişi raporlarını birbirleriyle paylaşmalarını emreder. *Dyson Ltd v. Vax Ltd* davasında istinaf mahkemesi hâkimden alınacak bu izin aşamasının usuli bir denetim ve yönetimi bünyesinde barındırdığını, bu sebeple de önem arz ettiğini belirtmiştir. Buna göre, hâkim bilirkişilerin inceleme yapacakları meselenin çerçevesini belirlemeli ve meselenin ne olduğunu betimlemelidir. Aksi davranış, bilirkişilerin gereksiz incelemelerde bulunup inceleme alanlarını genişletmelerine ve yanlış meseleler hakkında açıklamalarda bulunmalarına neden olabilir²⁹². Dolayısıyla hâkimin vermiş olduğu izinde hem bilirkişinin kimliğine ilişkin bilginin hem de bilirkişinin inceleme yapacağı meselenin bildirilmesi gerekmektedir.

Tarafların ayrı ayrı bilirkişi delili ileri sürdükleri durumlarda, çelişen iki bilirkişi delilinin ortaya çıkması muhtemeldir. Böyle bir durum ortaya çıktığı zaman hâkime, bilirkişilerin uyuşmazlık konusu meselenin temel noktaları hakkındaki değerlendirmelerini inceleyerek uyuşmazlığı çözme görevi düşmektedir²⁹³. Bu noktada *expert witness* olarak anılan ve uzman tanık olarak Türkçeleştirebileceğimiz kişiler İngiliz hukukunda (Amerikan hukukunda olduğu üzere) tanık statüsünde kabul edildiklerinden, bir vakıa hakkında sadece duyu organları vasıtasıyla edindikleri bilgi

[2002] 1 WLR 210, CA, at [28.]

²⁹⁰ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1359.

²⁹¹ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1359.

²⁹² *Dyson Ltd v. Vax Ltd*, [2011] EWCA Civ. 1206, [2012] FSR 4, at [10], [36], [39].

²⁹³ *Sewell v. Electrolux Ltd.* (1997) The Times, 7 November 1997.

hakkında ifade veren ve uzmanlıkları sebebiyle ifade vermeyen salt tanıklarla (*lay witness*) aynı statü altında bulunmaktadır. Dolayısıyla uygulamada uzman tanık olarak mahkemeye delil sunan bilirkişiler ile salt tanıkların mahkemeye sundukları deliller arasında çelişki durumunda da hâkime önemli bir rol düştüğünün altı çizilmektedir. Bu doğrultuda bir bilirkişi ile tanığın sunduğu delil arasında çelişki söz konusu olduğunda, genellikle hâkim bilirkişi delilini tercih etmektedir²⁹⁴. Bununla beraber, eğer hâkimin bilirkişi delilini reddetmek için yeterli dayanak noktaları bulunmaktaysa, hâkim bu durumda bilirkişi delilini kabul etmek zorunda da değildir²⁹⁵. Ayrıca hâkimin uzman olmayan tanıklığın bilirkişi deliline tercih edildiği durumlar da mevcuttur. Örneğin, uygulamada hâkim, itiraz edilmiş bir vasiyetin söz konusu olduğu bir uyuşmazlıkta, vasiyeti düzenleyenin isteğiyle vasiyete imza koyarak onaylayan tanık delilini, el yazısı uzman bilirkişisine tercih etmektedir²⁹⁶.

3- İngiliz Hukukunda Bilirkişilerin Müzakeresi ve Hâkimin Rolü

İngiliz Medeni Usul Kuralları'nın 35.12.'maddesine göre, taraf bilirkişisi müessesesi çerçevesinde, tarafların ayrı ayrı iki rapor sundukları durumlarda hâkim, yargılamanın herhangi bir aşamasında, bilirkişileri birbirleriyle görüşme ve tartışmaya yönelterek, uzmanlık gerektiren meselelerin belirlenmesi ve tartışılmasını; ayrıca mümkünse bu meseleler üzerinde ortak görüşe varılmasını isteyebilmektedir. Maddenin ikinci bendinde ise, bilirkişilerin tartışacağı meseleleri hâkimin belirleyebileceği belirtilmektedir. Aynı maddenin üçüncü bendinde ise, bilirkişilerin anlaşmaları veya anlaşamamalarına ilişkin olarak gerekçeli ortak bir raporun (*joint statement*) mahkemeye sunulması gerektiği belirtilmektedir. Her ne kadar hâkimlerin bu usulü gerçekleştirme zorunluluğu bulunmasa da (PD 35, para. 9.1), hâkimler çoğunlukla bu müzakerelerin gerçekleştirilmesine karar vermektedirler. Bu sayede bu müzakereler uyuşmazlığın çözülmesini sağlayabilmekte; taraf hâkimiyetinin oluşturduğu mücadele ortamının etkisini azaltabilmekte; uyuşmazlığın kapsamı daraltılabilmekte ve uyuşmazlığın çözülmesi adına bir çıkış yolunun oluşturulması için

²⁹⁴ *Re B (A Minor)* [2000] 1 WLR 790.

²⁹⁵ *R v. Lanfear* [1968] 2 QB. 77 (bu kararda bilirkişi delili uyuşmazlık konusu vakıyla bağlantılı şekilde oluşturulmamıştır); *Dover District Council v. Sherred* (1997) The Times, 11 February 1997 (bu kararda hâkim bilirkişi delilinden ikna olamamıştır).

²⁹⁶ *Fuller v. Strum* [2002] 1 WLR 1097.

fikirler üretilebilmektedir²⁹⁷. Bu doğrultuda çoğu zaman bilirkişilerin şaşırtıcı şekilde bir anlaşmaya vardıkları da uygulamada gözlemlenmektedir²⁹⁸. Genellikle taraf bilirkişileri arasındaki bu müzakere görüşmelerine taraflar ve avukatları katılmamaktadırlar (PD 35, para 9.4). Eğer avukatlar bu görüşmelere katılırlarsa, bilirkişilerin hukuki konularda sorabilecekleri sorulara cevap vermek dışında herhangi bir müdahalede bulunamazlar (PD 35, para 9.5). Bu toplantılar aracılığıyla da taraf bilirkişilerinin taraflardan ziyade mahkemenin yetkisi altında görüş bildirdikleri hatırlatılarak, ortak raporun mahkemenin emri ile ve mahkemeye yardımcı olmak amacıyla oluşturulduğu vurgulanmaktadır (PD 35, para. 9.7). Bilirkişiler eğer daha önceki görüşlerinden büyük oranda değişiklik göstererek bir ortak görüşe varılıyorsa bu durumda görüş değişikliğinin gerekçeleri rapora ek olarak sunulmalıdır (PD 35, para 9.8). Sonuç olarak, bu usul hâkimin davayı aydınlatmak üzere sahip olduğu aktif role önemli bir örnek oluşturmaktadır.

4- Hâkimin Bilirkişileri Eş Zamanlı Olarak Dinlemesi (*Expert Conferencing*)

İngiliz hukukunda, duruşma aşamasında hâkim, taraf bilirkişilerini “*Expert conferencing*”, “*witness conferencing*”, “*concurrent evidence*”, “*hot-tubbing*” olarak çeşitli şekillerde adlandırılan bir usulle eş zamanlı olarak dinleyebilmektedir. Bu uygulama sayesinde hâkim, bilirkişilerin vardığı ortak noktaları belirlemekte yahut da muhalif görüşleri net bir şekilde inceleme fırsatı bulmaktadır.

Bu usulde, aynı disiplinden veya bazen birden fazla disiplinden olan bilirkişiler birbiri ardına, duruşmada hâkim tarafından dinlenmektedir. Öncelikle bilirkişilere yemin ettirilmekte ve sonrasında bilirkişilerin hemen hâkimin önüne oturmaları sağlanarak, bilirkişilerden birbiri ardına hâkim tarafından sorulan aynı soruları yanıtlamaları beklenmektedir. Bu yöntem taraf hâkimiyeti sisteminin ihlali olarak da nitelendirilmektedir. Çünkü bu usulde taraf avukatları yerine hâkim, aktif şekilde bilirkişilere soru sormakta ve bilirkişileri sınamaktadır²⁹⁹. Sonrasında aynı şekilde taraf avukatları da bilirkişilere soru yönelterek bilirkişileri incelemeye tabi tutmaktadırlar (PD (35), para’s 11.1-11.4). Bu usulün sonunda hâkim bilirkişilerin

²⁹⁷ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1362.

²⁹⁸ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1362.

²⁹⁹ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1363.

bildirdikleri farklı görüşleri özetlemekte ve bilirkişilerden yapılan bu özeti onaylanması yahut gerekiyorsa düzeltilmesi istenmektedir (PD (35), para 11.4 (3)).

Bu usul, taraf avukatlarının süreçten dışlanarak etkin rolün hâkime bırakılmasıyla çapraz sorgulamanın yerine geçen bir uygulama olarak görülmektedir. Bu da, taraf avukatlarının çapraz sorgulamayla önemli noktalara değinerek zorlayıcı ve gerçeği ortaya çıkaran bir sorgulama gerçekleştirememesi riskini oluşturmaktadır. Bununla beraber, bu usulle hâkim yargılamaya aktif bir şekilde katılarak birbiriyle çelişen, farklılaşan bilirkişi raporlarını aydınlatmakta, belirsizlikleri ortadan kaldırmakta ve özellikle bilirkişinin nesnelliğine ilişkin endişeleri ortadan kaldırmaktadır³⁰⁰. Bu görev, aslında açıkça davanın aydınlatılması rolünün hâkime verildiğinin ve İngiliz hukukunun sert taraf egemen kimliğinden uzaklaştığını göstermektedir.

Kaynağını Avustralya hukukundan alan bu usul, İngiliz hukukunun yanı sıra, Amerikan hukukunda ve Kanada da uygulanmaya başlamıştır³⁰¹. Amerikan hukukunda yeni yeni uygulanmaya başlayan bu usul özellikle antitrust davalarında görülmektedir³⁰². Henüz Amerikan hukukunda bu usul geniş uygulama alanı bulamasa da birçok federal davada, örneğin oy hakkına ilişkin davalarda, sözleşmesel uyuşmazlıklarla bu uyuşmazlıklara ilişkin zarar hesaplarında ve ürün sorumluluğu davalarında başarılı sonuçlar elde edilmiştir. Bu çerçevede, söz konusu usulün daha çok tanınması ve yaygın hale gelmesi gerekmektedir. Bu uygulamanın özellikle bilirkişilik sistemi konusunda sorunlar yaşayan Amerikan hukukuna büyük katkı sağlayacağı düşünülmektedir³⁰³.

Ayrıca, günümüzde milletlerarası tahkimde de bu usul yaygın şekilde

³⁰⁰ **Scott Welch**, From Witness Box to the Hot Tub: How the “Hot Tub” Approach to Expert Witnesses Might Relax an American Finder of Fact, *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 5, issue 3, 2010, s. 156 vd.

³⁰¹ **Frances P. Kao / Justin L. Heather / Ryan A. Horning / Martin V. Sinclair**, Into the Hot Tub... A Practical Guide to Alternative Expert Witness Procedures in International Arbitration, *International Lawyer*, vol. 44, no. 3, 2010, s. 1038-1039.

³⁰² **Lisa C. Wood**, Experts in the Tub, *Antitrust ABA*, vol. 21/3, 2006-2007, s. 97.

³⁰³ Bu doğrultuda bkz. **Elizabeth Reifert**, Getting into the Hot Tub: How the United States Could Benefit from Australia’s Concept of “Hot Tubbing” Expert Witnesses, *University of Detroit Mercy Law Review*, vol. 89/1, 2011, s. 104

görülmektedir³⁰⁴. Hatta kimi zaman *expert conferencing* uygulaması çapraz sorgulama ile birlikte uygulanmaktadır. Popülerliğini özellikle son yıllarda arttıran bu usul, esas olarak mahkemeye birbirine karşıt nitelikte görüş bildiren iki bilirkişinin, aynı anda sorgulanması imkanını vermektedir³⁰⁵. Esasen Avusturalya mahkemelerinde pilot uygulamayla başlayan ve yoğun uygulama sahasına sahip olan bu usulün, özellikle milletlerarası tahkimde uyuşmazlığa ilişkin vakıaların belirlenmesinde usul ekonomisine önemli ölçüde katkı sağladığı düşünülmektedir³⁰⁶. Milletlerarası tahkim çerçevesinde bu usul sıklıkla bilirkişilerin sorgulanmasında kullanılmakla beraber, tanıkların sorgulanması için de kullanılabilmektedir³⁰⁷.

Milletlerarası tahkimde *expert conferencing* usulüne örnek olarak *Libananco Holdings v. Turkey*³⁰⁸ davasını gösterebiliriz. Bu davada mahkeme taraf bilirkişilerinin müzakere ederek anlaşmazlık alanlarını kapsayan ortak bir rapor hazırlamalarına karar vermiştir. *Expert conferencing*, usulünün olağan sorgulama ve çapraz sorgulama usullerinden farklılık arzettiği de ICC mahkemesinin 2011 yılında vermiş olduğu bir kararda açıkça vurgulanmaktadır. Buna göre “bu usul geleneksel sorgulama ve çapraz sorgulama yöntemlerinden biri niteliğinde değildir. Bunun yerine bu usulle bilirkişiler bir grup halinde önce hâkim tarafından sorgulanmakta, sonrasında ise taraf avukatları tarafından sorgulanmaktadır. Somut olayda *expert conferencing* usulünün uygulanmasının nedeni de Venezuela hukuku hakkında bilgi edinmektir³⁰⁹”.

Sonuç olarak bu usul, bilirkişi delilinin daha nesnel ve daha açık bir hale gelmesini sağlamaktadır. Türk hukukunda taraf bilirkişi sistemi bulunmadığından bilirkişilerin Anglo-Amerikan hukukundakine benzer şekilde bir mücadeleye girerek birbirinden farklı şekilde rapor hazırlamaları, ifade vermeleri söz konusu değildir.

³⁰⁴ **Kao / Heather / Horning / Sinclair**, s. 1039 vd. Bu usul sayesinde bilirkişi delilinin, tahkim yargılamasında daha etkin bir şekilde kullanılabileceği belirtilmektedir, **Patricia D. Galloway**, Using Experts Effectively and Efficiently in Arbitration, Dispute Resolution Journal, vol. 67, no. 3, 2012, s. 33-34.

³⁰⁵ **Nathan D. O'Malley**, Rules of Evidence in International Arbitration, Informa Law, New York 2012, s. 257; **Wolfgang Peter**, Witness “Conferencing”, Arbitration International, vol. 18, no. 1, 2002, s. 48.

³⁰⁶ **O'Malley**, s. 257

³⁰⁷ **O'Malley**, s. 258.

³⁰⁸ *Libananco Holdings Co. Ltd v. Republic of Turkey*, Final Award, ICSID Case, No. ARB/06/8, para. 50, 2011, yayınlanmamış karar, (naklen **O'Malley**, s. 258).

³⁰⁹ *Libananco Holdings Co. Ltd v. Republic of Turkey*, Final Award, ICSID Case, No. ARB/06/8, para. 50, 2011, yayınlanmamış karar, (naklen **O'Malley**, s. 258).

Anglo-Amerikan hukukunda bu usulle hâkime aktif bir rol verilmekte ve tarafların bilirkişilerini kendi görüşlerini yansıtmaya aracı olmaktan çıkarmaktadır.

5- İngiliz Hukukunda “Bilirkişi Alışverişi” (*Expert Shopping*) ve Hâkimin Rolü

Uygulamada taraflar, taraf bilirkişisi usulüne başvurdıklarında adeta bilirkişi alışverişine çıkmış gibi, kendi görüşlerini temsil edecek bilirkişilerin tayin edilmesini isterler³¹⁰. Kendi görüşleri doğrultusunda rapor hazırlanmadığında ise, genellikle ek bilirkişi incelemesi için hâkimden izin isterler. İşte bu noktada adil bir yargılamanın gerçekleşmesi için hâkime önemli bir rol düşmektedir. Bu başlık altında iki önemli karar çerçevesinde ek bilirkişi incelemesi talebi ve bu talep karşısında hâkimin aktif şekilde yerine getirdiği rol açıklanacaktır.

1999 yılında Medeni Usul Kuralları'nın yürürlüğüyle birlikte, bilirkişilerin tarafların destekleyicisi konumundan sıyrılarak, mahkemenin yardımcılarına dönüşmeleri beraberinde yeni sorunlar doğurmuştur³¹¹. Aşağıda bahsedeceğimiz bu tarz sorunlar Medeni Usul Kuralları yürürlüğe girmeden önce ise, bilirkişiler etkin şekilde tarafların “hukuki takımında” yer almakta olduklarından ve bu sebeple karşı tarafla hiçbir şekilde işbirliği içine girememelerinden ötürü, cereyan etmemekteydi³¹². Kanun değişikliğinden önce de, bilirkişiler İngiliz usul hukukunda tanık olarak kabul edilmekte ve doğruluk ilkesi çerçevesinde hareket etmek zorunda idiler. Bununla birlikte, bilirkişilerin tarafların destekçisi konumları ile tanık olarak mahkemeye hizmet anlayışı arasında denge kurulamamaktaydı. 1990'lı yıllarda hâkimler zamanla, bilirkişilerin mahkemenin birer görevlisi olduğu ve bilirkişilerin taraflar yerine, mahkemeye destek olduklarına dikkat çekmeye başladılar. Bu değişimin ilk ifadesi *Compagnia Naviera SA v. Prudential Assurance Co Ltd*³¹³ davası olmuştur. Bu kararda bilirkişilerin tarafsız ve bağımsız bir şekilde mahkemenin yardımcısı konumunda

³¹⁰ Gerber, s. 11.

³¹¹ Case Comment, The Position of a Party Whose Expert Has Conceded the Opponent's Case: The Unresolved Tension Between Experts' Role to Further the Party's Cause and Their Obligation to Assist the Court, Civil Justice Quarterly, vol. 26, 2007, s. 159.

³¹² Case Comment, The Position of a Party Whose Expert Has Conceded the Opponent's Case: The Unresolved Tension Between Experts' Role to Further the Party's Cause and Their Obligation to Assist the Court, s. 159.

³¹³ *Compagnia Naviera SA v Prudential Assurance Co. Ltd. (The Ikarian Reefer)* [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 at 81.

bulundukları, tarafların savunuculuğunu üstlenen kişiler olmadıkları vurgulanmaktadır³¹⁴.

İngiliz istinaf mahkemesi *Guntrip v. Cheney Coaches Ltd.* davasında taraflardan birinin mevcut bilirkişiyi değiştirme talebini sadece tarafın geçerli bir neden (*a good reason*) ileri sürmesi durumunda kabul edeceğini; sadece mevcut bilirkişinin görüşünü değiştirmesinin haklı bir neden olmadığını belirtmiştir³¹⁵. Bilirkişi ek bir delilin varlığıyla veya ilk incelemesinde yapmış olduğu bir hata sonucunda görüş değiştirmiş olabilmektedir. Bu durum bilirkişinin görüşünü değiştirmesi açısından haklı bir neden olarak görülmektedir. Dolayısıyla, bilirkişisini değiştirmek isteyen taraf salt bilirkişinin görüş değiştirmesini gerekçe olarak gösteremeyecektir. Böylece bu kararlar hâkimlerin bilirkişi alışverişi olarak tanımlanan adil olmayan taraf davranışlarına karşı bir set çekmiş olunmaktadır.

Bir başka duruma örnek ise, hâkimin her iki taraf bilirkişisine biraraya gelerek müzakere etmelerini emretmesi sonucunda ortak bir raporun oluşması durumunda karar aleyhine değişen tarafın yeni bir bilirkişi delili için mahkemeye başvurusu halidir. Müzakere görüşmeleri sonucunda her iki tarafın bilirkişilerinin hazırlamış olduğu ortak rapor taraflar açısından resmi olarak bağlayıcı bir niteliğe sahip olmasa da, uygulamada tarafların bu raporu inkar ederek çelişmesi pek mümkün olmamaktadır³¹⁶. Bununla beraber, *Stallwood v. David Teare*³¹⁷ davasında hâkim, müzakere görüşmeleri sonrasında yeni bir taraf bilirkişisi tayin edilmesi için başvuruda bulunan tarafa verilecek iznin üç durum haricinde reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Hâkimin kararında belirttiği bu üç istisna şunlardır: 1- Bilirkişinin görevini çok basit şekilde itinasız gerçekleştirmesi veya 2- Yerine getirdiği görev açısından yetersiz oluşu, veya 3- Somut olaya göre mevcut taraf bilirkişisinin hâkim izniyle göreve gelişinin haksız olarak gerçekleşmiş olması. *Stallwood v. David Teare* kararı, yargılama için yararlı bir usul olan bilirkişilerin müzakeresi uygulamasının, ek bilirkişi başvurusuyla uygulanırlığının ortadan kaldırılmasını önleyen önemli bir karar

³¹⁴ *Compagnia Naviera SA v Prudential Assurance Co. Ltd. (The Ikarian Reefer)* [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 at 81.

³¹⁵ *Guntrip v. Cheney Coaches Ltd.*, [2012] EWCA Civ. 392.

³¹⁶ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1362.

³¹⁷ *Stallwood v David* [2006] EWHC 2600 (QB.); [2007] 1 All E.R. 206 (QBD).

olarak görülmektedir³¹⁸. Aynı zamanda, tarafların kendi menfaatleri doğrultusunda görüş bildirmeyen bilirkişi raporlarına dayanmamak üzere, kendi görüşlerini benimseyecek ek bilirkişilere başvurma yolunun da önü tıkanmış olmaktadır. Böylece adeta bilirkişi alışverişine benzetilen durum önlenmiş olmaktadır. Bu kararda aynı zamanda hâkimin bilirkişi değişikliğine ilişkin talepleri, Medeni Usul Kuralları'nda önemle belirtilen "başlıca hedefler" çerçevesinde, yargılamanın hem davacı hem de davalıya yönelik adaletin sağlanması, dava masraflarının gereksiz arttırılmadan, orantılılık ilkesine uygun şekilde ve davanın sürüncemede bırakılmadan gerçekleştirilmesini dikkate alarak takdir edeceği vurgulanmaktadır.

Sonuç olarak İngiliz hukukunda hâkim, taraf egemen sistemin mücadelecisi yarış duygusuyla hareket eden taraflarının önüne bir set çekerek, yargılamanın kazanmak için her yol mübahtır bakış açısıyla hareket eden tarafın lehine sonuçlandığı bir oyun olmasını engellemektedir. İngiliz hâkimi aktif şekilde tarafların haklı gerekçelerinin varlığını gözeterek ve başlıca hedeflerce belirlenmiş usul ilkelerini gözeterek bir karar vermektedir. Tarafların bilirkişiye başvurmak için hâkimden izin alma usulü sadece kanunda yazdığı için uygulanan bir prosedür değildir; yani hâkime tanınan bu rol içi boşaltılmış göstermelik bir rol değildir. Hâkim aktif şekilde yargılamanın selametini gözetmekle görevlendirilmiştir.

6- İngiliz Hukukunda Bilirkişi Delilinin Kabul Edilebilirliğine İlişkin Standartlar

İngiliz hukukunda şu an Medeni Usul Kuralları'na uygun olarak Medeni Hukuk Konseyi (*Civil Justice Council*) tarafından kabul edilmiş Hukuk Davalarında Bilirkişilerin İfade Vermelerine Yönelik Bilgilendirme Protokolü (*The Protocol for the Instruction of Experts to Give Evidence in Civil Claims*) 2005 yılından beri uygulanmaktadır. Bu protokolde, bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğine ilişkin olarak dört prensip belirlenmiştir: 1- Bilirkişi delili uyuşmazlık konusu ile bağlantılı olmalıdır, 2- Bilirkişi görüşü veya raporu, uyuşmazlığı çözmek için makul ölçüde gerekli olmalıdır, 3- Bilirkişi uzmanlığa, deneyime ve bilirkişilik yapacağı alana yönelik uygun eğitime sahip olmalıdır, 4- Bu amaçların müşterek bir bilirkişinin

³¹⁸ Neil Andrews, *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*, Springer, London 2012, s. 99.

(*single joint expert*) tayin edilmesiyle temin edilip edilmeyeceği, dikkate alınması gereken prensiplerdir (*The Protocol for the Instruction of Experts to Give Evidence in Civil Claims* 6.1).

Ayrıca İngiliz İspat Kanunu'nun 3(1). maddesi, asgari düzeyde şartlar öngören bir hükümdür. Bu maddede sadece iki unsur belirlenmektedir. Bunlar: 1- Bilirkişi tanıklığı dava konusu mesele ile bağlantılı olmalıdır ve 2- Bilirkişi söz konusu konuda yeterli niteliğe sahip olmalıdır³¹⁹. Bu asgari unsurlarla belirlenmiş standart, güvenilirliği yeterince sağlayamamaktadır³²⁰. Doktrinde Amerikan *Daubert* standardı³²¹ zayıf kabul edilebilirlik şartlarına sahip olsa da, İngiliz hukukunun en azından bu standardı uygulaması gerektiği yönünde eleştiriler mevcuttur³²². Kabul edilebilirliğe ilişkin standartın asgari düzeyde olması gereksiz ve bazen hukuka aykırı elde edilmiş bilimin “*junk science*” davaya girmesine sebep olmakta ve bu durum usul ekonomisini olumsuz etkilemektedir.

B- Amerikan Hukukunda Bilirkişiler

1- Bilirkişilik ve Taraf Hâkimiyeti Sistemi

Çalışma boyunca aktarılan Kıta Avrupası hukuklarında hâkim, yargılamada bilirkişi tayin edilmesi konusunda önemli bir rol oynamaktadır³²³. Amerikan

³¹⁹ Bu ikinci unsurla ilgili olarak doktrinde, bilirkişinin jüriden biraz daha fazla bilgili olmasının, bu unsurun yeterli olması için uygun görüldüğüne ilişkin olarak eleştiriler söz konusu olmaktadır, **William E. O'Brian**, Court Scrutiny of Expert Evidence: Recent Decisions Highlight the Tensions, *International Journal of Evidence and Proof*, vol. 7/3, 2003, s. 180.

³²⁰ **Andrew W. Jurs**, Balancing Legal Process with Scientific Expertise: A Comparative Assessment of Expert Witness Methodology in Five Nations, and Suggestions for Reform of Post-Daubert U.S Reliability Determinations, http://works.bepress.com/andrew_jurs/4 (çevrimiçi 10.11.2011), s. 53.

³²¹ Bölüm 3, §3 I B 2'de ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

³²² **Jurs**, s. 53.

³²³ Örneğin Fransız hukukunda bilirkişinin atanması hakim tarafından yapılmaktadır (CPC article 232). Söz konusu maddede hakimin üç tür bilirkişilikten birini seçerek, ilgili teknisyen, danışman veya bilirkişinin atanmasını gerçekleştirebileceği belirtilmektedir. Bunun sebebi Fransız hukukunda CPC'nin beşinci bölümünde bilirkişi tarafından yapılan hazırlık soruşturması başlığı altında üç tür bilirkişiliğin öngörülmesidir. Bunlardan ilki, basit teknik sorulara cevaplar bulan, vakıalar hakkında tespitlerde bulunan teknisyenlerdir (*technicien constatant*). Bu teknisyenler buldukları sonuçlara yönelik olarak fikirlerini beyan etmezler (CPC article 249). Bu tür bilirkişiliğin en basit ve yalın hali olduğu için sadece basit teknik sorunlara yönelik cevaplar arandığından dava sürecinin de uzaması engellenmiş olur. İkinci tip bilirkişi incelemesi ise “*consultation*” yani danışma esasına dayanır. Danışma usulü, basit şekilde bilgi-kanıt toplama ile tam anlamıyla gelişmiş bilirkişi anlayışının orta noktasında yer alır (CPC article 256). Üçüncü tür ise tam anlamıyla gelişmiş “*expertise*” yani bilirkişiliktir. Bilirkişilik türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Teomete Yalabık**, Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik

hukukunda ise, durum tamamen farklıdır. Yargılamada bilirkişi deliline başvurulmasında hâkimin aktif bir rolü bulunmamakta, taraflar hâkimin iznine gerek olmadan bilirkişiye başvurabilmektedir. Geleneksel olarak Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişi delilinin elde edilmesi ve mahkemeye sunulmasında esas görev taraflara verilmiştir. Çünkü taraf hâkimiyeti sisteminde karar verici hâkim tarafsız ve pasif bir konumda bulunmakta, yargılama taraflar ve onların avukatlarınca yönetilmektedir.

a- Taraf Bilirkişisi

Amerikan hukukunda yaygın olan usul, davanın her iki tarafının da uyuşmazlık içinde olan vakıalar hakkında bilgi ve uzmanlığından yararlanmak üzere “kendi” bilirkişisini (*party-appointed expert*) mahkemeye davet etmesidir. Her ne kadar her iki tarafın da bilirkişinin incelemesi için talep ettiği vakıalar birbiriyle benzer ve hatta aynı vakıalar olsa da, her iki tarafın bilirkişisi de bu sistemde çoğunlukla mahkemeye birbirinden zıt sonuç ve raporlar sunmaktadırlar.

Amerikan hukukunda bilirkişileri taraflar (veya avukatları) bulup seçmekte, bilirkişi genellikle tarafların avukatları tarafından görevlendirilmekte ve ücret taraf avukatı tarafından ödenmektedir. Genel olarak, Anglo-Amerikan ispat hukukunda bilirkişinin yargılamadaki konumu hâkimden çok, davanın taraflarına yakındır³²⁴. Her ne kadar bilirkişi özel bir bilimsel veya teknik bilgiye sahip olsa ve bu yönü ile mahkemeye yardımcı olma işlevini taşısa da, bu durum Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişiyi “hâkim yardımcısı” konumuna yükseltmemektedir³²⁵. Buna karşılık, İngiliz hukukunda, yeni usul kanunu ile birlikte bilirkişilerin yargılama içindeki rolü hâkim yardımcısı konumuna yükseltilmiştir. Türk hukukunda ise, yargılama usulü içindeki işlevi bakımından bilirkişiler, taraf delili olmaktan çok “hâkim yardımcısı” konumundadır³²⁶. Buna gerekçe olarak, bilirkişi tayininin hâkimin takdirinde olması,

Kurumuna Genel Bakış, s. 2152. Türk hukukunda uygulanan bilirkişilik usulüne eş değer nitelikteki bu türe, hakim ancak tespit ve danışma usulleri ile aydınlatamayacağı uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda başvurabilmektedir (CPC article 263).

³²⁴ **Ali Cem Budak**, Anglo Amerikan Medeni Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Uzman Tanıklar), İstanbul Barosu Dergisi, 1991, sayı 10-12, s. 828.

³²⁵ **Budak**, s. 835.

³²⁶ **Mehmet Kamil Yıldırım**, Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 841.

bilirkişinin de hâkim gibi tarafsız olması gerektiği ve bilirkişi ile mahkeme arasındaki ilişkinin özel hukuka değil de, kamu hukukuna tabi olması gösterilmektedir³²⁷.

Amerikan hukukunda bilirkişiler, incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında görülen sistemden çok farklı olarak mahkeme listelerinden değil, baro dergileri veya online bilirkişi rehberlerinde yapmış oldukları reklamlar aracılığıyla seçilmektedirler³²⁸. Bununla birlikte bazı barolar bilirkişi listesi de oluşturabilmektedir³²⁹. Bilirkişiler özel kuruluşlar tarafından eğitime tabi tutulmakta ve sertifikalandırılmaktadırlar³³⁰.

Taraflar bu sistemde kendi görüşlerini destekleyecek aslında dayatmacı sayılabilecek bilirkişi ifadelerine başvuracaklardır. Eğer bilirkişi kendi görüşleri doğrultusunda bir rapor oluşturmamışsa, taraflar duruşmada bu bilirkişi görüşünü kullanmayacaklardır. Dolayısıyla Amerikan hukukunda, İngiliz hukukundaki gibi “bilirkişi alışverişi”ne engel olmak üzere hâkime aktif bir rol verilmemiştir.

Amerikan hukukunda bilirkişiler tıpkı diğer tanıklar gibi sorgulanmaktadırlar. Duruşma aşaması esas olarak tek ve kesintisiz bir süreç olduğundan, bilirkişilerin duruşma aşamasına önceden hazırlanması gereklidir. Duruşma aşamasında önce taraf avukatları kendi bilirkişilerini tanıklıklarına, tanıklıkları sırasında söyleyeceklerine, sunumlarına hazırlamaktadır. Bu durum Amerikan hukukunda normal bir usul olsa da, İngiliz hukukunda ve ele aldığımız Kıta Avrupası hukuklarında bilirkişilerin önceden duruşmaya hazırlanmaları uygun görülmemektedir. Amerikan hukukunda her ne kadar hâkim bilirkişilerin duruşmada sorgulanmalarının şekil ve usulüne karşın da³³¹, her iki tarafın avukatları, çapraz sorgulama anlamında, bilirkişi delilinin sunumunda en önemli rolü oynamaktadırlar³³². Hâkimler ise, bilirkişi delilini değerlendirme

³²⁷ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 780.

³²⁸ S. R. Gross, Expert Evidence, Wisconsin Law Review, 1991, s. 1131.

³²⁹ Amerikan hukukunda www.jurispro.com; İngiliz hukukunda bilirkişi rehberi www.lawgazette.co.uk/supplements internet adreslerinde yayınlanmaktadır.

³³⁰ Örneğin İngiliz hukukunda “The Academy of Experts” bilirkişi eğitimi veren özel bir kuruluştur.

³³¹ FRE Rule 611.

³³² Çapraz sorgulama gerçeğe ulaşılmasında en önemli araç olarak görülmektedir. Bu konuda Wigmore’un ünlü sözüne Amerikan Yüksek Mahkeme kararlarında bile yer verilmiştir: “Çapraz sorgulama şüphesiz gerçeğin keşfinde icat edilmiş en iyi hukuki araçtır”, *Watkins v. Sowders* 449 US 341 (1981).

sürecinde pasif bir rol oynayarak, bilirkişi tanıklığını veya raporunu ya kararlarına temel almaktadır ya da reddetmektedirler. Bu da birçok hâkimin bilirkişi ifadesini incelemeyen veya bilirkişinin muhakeme sürecini sorgulamadan pasif bir şekilde bilirkişi ifadesini kabullenmesine neden olmaktadır³³³. Yani Amerikan hâkimleri gerçeğe ulaşma ve adil bir karar verilmesi adına davayı aydınlatmak üzere herhangi bir aktif çaba göstermemektedirler.

Taraf bilirkişisi, Amerikan hukukunda ağır bir şekilde eleştirilmektedir³³⁴. Eleştirilerin en önemli sebepleri, bilirkişi görüşlerinin neredeyse taraflarca oluşturulması; yani taraflı olması; bununla bağlantılı olarak bilirkişi ücretlerinin de taraflarca ödenmesidir. Hatta bir nevi “bilirkişilik endüstrisi” nin oluştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Şöyle ki, taraflarca atanan bilirkişiler, taraf vekilleri tarafından adeta kendi iddialarını doğrulamak üzere bir “bilirkişi dükkanı” ndan kiralanmakta, özellikle dava hakkında zayıf bir konuma sahip iken, bu bilirkişiler sayesinde güçlü bir konuma gelinebilmektedir³³⁵. Bilirkişi görüşlerinin tarafsız ve bağımsız olması sorgu ve çapraz sorgu (*cross examination*) yöntemleriyle sağlanmaya çalışılmakta; fakat bu yöntemler de yetersiz kalmaktadır³³⁶. Durum o kadar yokuşa sürülmektedir ki, yargılama adeta bilirkişiler savaşı haline dönüşmekte ve bu doğrultuda çapraz sorgunun psikolojik baskısına dayanabilen ve ikna yeteneği üstün olan tarafın davada başarı sağladığı görülmektedir³³⁷. Hatta sık sık taraflı görüş yansıttığı ileri sürülen avukatlara yönelik olarak kullanılan “*hired-gun*”; yani kiralık tabanca lakabı, avukatlara yardım eden bilirkişilere yönelik olarak da, onların da taraflı davranması

³³³ **L. S. Nunes**, Recent Developments: Brock v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. : What is the Court’s Role in Evaluating Expert Testimony?, Tulane Law Review, vol. 64, 1990, s. 1264.

³³⁴ **Anthony Champagne / Danny Easterling / Daniel W. Shuman / Alan Tomkins / Elizabeth Whitaker**, Are Court-appointed Experts the Solution to the Problems of Expert Testimony, Judicature, vol. 84/4, January-February 2001, s. 178 vd.

³³⁵ **Champagne / Easterling / Shuman / Tomkins / Whitaker**, s. 181.

³³⁶ Amerikan hukukunda, çapraz sorgu yönteminin de kötüye kullanıldığından yakınılmaktadır. Şöyle ki, farazi bir duruşma gerçekleştirilerek çapraz sorgunun bilirkişi delili üzerindeki etkileri araştırılmıştır. Bu testte, çapraz sorgu sırasında bilirkişinin bilimsel çalışması hasım vekili tarafından küstahça eleştirilmiştir. Bu şekilde hileli bir sorgulama sonunda jüri, bilirkişinin oluşturduğu çalışmanın güvenilirliğine ilişkin olarak olumsuz etkilenmiştir. Dolayısıyla bu test sonucunda, hileli çapraz sorgu teknikleriyle, bilirkişi delilinin güvenilirliğini etkilemenin kolay olduğu ortaya çıkmıştır. Hatta çapraz sorgu, güvenilirmezliğinden ötürü “*dirty trick*” yani “*uçkâğıtçılık*” olarak adlandırılmaktadır, **Jurs**, s. 11-13.

³³⁷ **Ertan Demirkapı**, Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, sayı 2, cilt 5, s. 51-52.

endişesiyle, zaman zaman kullanılmaktadır³³⁸.

b- Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi

Yukarıda açıkladığımız taraf bilirkişiliğine yönelik olumsuz eleştiriler, bilirkişilik sisteminin eksiklerini giderebilmek amacıyla çözüm arayışlarına girişilmesine neden olmuş ve bu doğrultuda bazı reformlar gerçekleştirilmiştir. Bunlardan en önemlisi “*court appointed expert*”³³⁹ olarak anılan mahkeme tarafından atanan bilirkişilik sisteminin oluşturulmasıdır. Fakat mahkeme tarafından atanan bilirkişiler, taraf avukatları tarafından pek benimsenmemektedir. Çünkü onlar açısından “gerçek bilirkişi” “onların tarafı lehine çalışan kişidir”³⁴⁰. Bilirkişiler mahkeme tarafından atandığı zaman, avukatlar bilirkişiler üzerinde kurdukları kontrolü kaybetmiş olmaktadır. Örneğin, bilirkişinin mahkeme tarafından atanması halinde, avukatın bilirkişi ile davadan önce iletişim kurma olanağı azalacağından, hatta ortadan kalkacağından, avukat dava sırasında bir sürprizle karşılaşmaktan çekinmektedir. Ayrıca, avukatlar taraf bilirkişiliğinde olduğu gibi, bilirkişiyi çapraz sorgu için de önceden hazırlayamamaktadırlar. Hâkimler ise, mahkeme tarafından atanan bilirkişiliği nesnelliği desteklemesi açısından önemli bir başarı olarak değerlendirmektedir.

Genel olarak, mahkeme tarafından atanan bilirkişi sisteminin ABD’de tercih edilmemesinin sebeplerini şöyle sıralayabiliriz³⁴¹: 1- Hâkimler bu sistemi çok istisnai olarak görmekteler ve çok nadir olarak vakıaların ve delillerin taraflarca getirilmesi

³³⁸ *Virginia Tech Found. Inc. v. Family Group Ltd. V.*, 666 F. Supp. 856, 858 (W.D. Va. 1987); **David Kinley / Alan Rose**, The Quest for the Truth: A Comparative Analysis of the Role of Experts in Litigation, *Australian Journal of Forensic Sciences*, vol. 31/1, 1999, s. 6. Amerikalı akademisyen ve avukat John Langbein şu benzetmeyi örnek vermiştir: “Bilirkişi, Amerikan Barosunun bir üyesi olarak bir saksafona benzemektedir, melodi belki saksafondan çıkmaktadır; fakat onu çalan avukattır”, **John H. Langbein**, The German Advantage in Civil Procedure, *University of Chicago Law Review*, vol. 52/4, Fall 1985, s. 823.

³³⁹ FRE Rule 706. Mahkeme tarafından atanan bilirkişilik kavramı, her ne kadar 1975 yılında İspata İlişkin Federal Kurallar’ın kabulüyle birlikte 706. maddede varlık kazansa da, aslında tarihi çok daha eskilere dayanmaktadır. 20. yüzyılın başında hâkimlerin ve jürinin bilimsel ve teknik delilleri anlamalarını kolaylaştırmak üzere mahkeme tarafından atanan bilirkişiler yargılamada yer almaktaydı. Buna örnek olarak konusu karmaşık kimyasal patentleri içeren *Parke-Davis & Co. v. H.K. Mulford Co.*, davasını gösterebiliriz, **Sophia Cope**, Ripe For Revision: A Critique of Federal Rule of Evidence 706 and the Use of Court-Appointed Experts, *Gonzaga Law Review*, vol. 39, 2003/04, s. 165.

³⁴⁰ **Champagne / Easterling/ Shuman / Tomkins / Whitaker**, s. 181: “*Real experts work for lawyers*”

³⁴¹ **Joe S. Cecil / Thomas E. Willging**, Court-appointed Experts, *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal Judicial Center 1994, s. 530.

ilkesinin başarı gösteremediği bazı davalar için uygun görmektedirler; 2- Taraflar bu sistemi tercih etmemekteler; genellikle de bilirkişinin seçimi konusunda aday göstermemektedirler; 3- Aslında elverişli bir mahkeme tarafından atanmış bilirkişi sistemi için duruşmadan çok önce bu ihtiyacın farkına varılıp harekete geçilmesi gereklidir. İşte bu ihtiyacın hemen duruşma yapılmadan az bir süre zarfında farkına varılması, mahkeme tarafından atanan bilirkişi yoluna başvurma fırsatını da ortadan kaldırmaktadır. Çünkü bilirkişinin onayı, bilirkişiye görev bildirimi, bilirkişinin yapacağı araştırma ve bilirkişinin elde ettiği bulgular hakkında taraflarla iletişimine vakit kalmamaktadır; 4- Taraflardan birinin ekonomik açıdan daha zayıf olması sebebiyle mahkeme tarafından atanacak bilirkişi ücretini ödeyemeyecek olması; 5- Bilirkişilerin seçilmesi aşamasında hâkimler seçim yapmakta zorlanmakta ve genellikle bu seçim sürecinde kendi kişisel ve profesyonel ilişkilerini kullanmaya meyilli olmaktadır; 6- Mahkeme tarafından atanan bilirkişi tarafından yapılan tanıklık veya hazırlanan rapor davanın sonucunda önemli bir etkiye sahip olmakta ve çoğu zaman kararda aynen esas alınmaktadır³⁴².

İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 706. maddesinde hâkim, taraflardan birinin talebiyle veya re'sen, atanması istenmeyen bilirkişilerin neden atanmasını istemediklerine ilişkin tarafların sebep bildirmelerini emredebilir ve bu doğrultuda hâkim taraflara bilirkişi adaylarını sunmalarını isteyebilir (FRE Rule 706(a)). Hâkim tarafların üzerinde anlaştığı herhangi bir bilirkişiyi tayin edebileceği gibi, bilirkişi seçimini tamamen kendisi de gerçekleştirebilmektedir (FRE Rule 706(a)). Bununla beraber hâkimin, sadece davada bilirkişilik yapmayı kabul edecek kişiyi tayin edebileceği açıktır (FRE Rule 706(a)). Yani bilirkişinin, söz konusu davada bilirkişilik yapıp yapmamayı seçme hakkı vardır.

İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 706. maddesinin (b) bendinde ise, bilirkişinin rolü başlığı altında, hâkimin bilirkişiye görevlerini bildirmesi gerektiği belirtilmektedir. Hâkim bu bilgilendirmeyi yazılı yapabileceği gibi, sözlü olarak da gerçekleştirebilmekte, hatta bu bilgilendirme tarafların da katılımının sağlandığı ve görüş bildirebildiği bir toplantıda da yapabilmektedir. Böylelikle, bilirkişinin görüş bildireceği uyuşmazlık konusunun çerçevesi çizilmekte ve sınırları net bir şekilde gösterilerek bilirkişinin rolünü aşarak hâkimin alanına girmesi engellenmekte ve aynı

³⁴² Cecil/ Willging, s. 543.

zamanda bilirkişinin gereksiz incelemeler yaparak yargılamanın uzaması da önlenmiş olmaktadır.

Kısaca, mahkeme tarafından bilirkişi atanması konusunda, öncelikle bilirkişi ihtiyacının belirlenmesi gerekmektedir. Mahkeme tarafından atanan bilirkişinin seçiminde, tarafların rolü sınırlı olup, bu konuda hâkimin büyük etkisi söz konusu olmaktadır. Hâkimin bilirkişi ihtiyacını belirlemesi ve bunun için zamanında harekete geçerek tarafsız bir bilirkişiyi ataması büyük önem taşımaktadır. Bahsedilen bu hususlara dikkat edildiği takdirde, mahkeme tarafından atanan bilirkişi sisteminin etkili bir şekilde kullanılması söz konusu olabilmektedir.

İspata ilişkin Federal Kurallar'ın 706. maddesinde açıkça mahkeme tarafından atanan bilirkişi kurumuna izin verilmiştir. Mahkeme tarafından atanan bu bilirkişilerin asıl görevi, tarafların sunduğu delilleri ayrıntılı bir şekilde inceleyerek davanın esasına karar vermek (*merits decision*) üzere vakıa tespiti yapan (*fact-finder*) jüri veya hâkime yardım etmektir. Mahkeme tarafından atanan bilirkişi usulünün, birçok faydası olmasına rağmen, aynı zamanda çok da eleştiri alan bir sistem haline geldiği saklanamayacak bir gerçektir. Şöyle ki, bu sistemde bilirkişiler, hâkimin yetki alanına taşarak, adeta hâkimmişçesine karar verebilmektedir³⁴³. Halbuki bilirkişiliğin esas amacı, bilirkişi tarafından bazı bilimsel, teknik ve diğer uzmanlaşmış bilginin varlığı olmaksızın vakıaların değerlendirilmesinin zor veya imkansız olduğu durumlarda çözüm yolu oluşturmaktır³⁴⁴. Bu doğrultuda 706. madde ile hâkimin bilirkişinin görev alanına ilişkin yapacağı bilgilendirmeye bu durum engellenmek istenmiştir.

Mahkeme tarafından atanan bilirkişi sistemini düzenleyen İspata ilişkin Federal Kurallar'ın 706. maddesi, atanan bilirkişinin davanın tarafları tarafından sorgulanabilmesine (*adversarial examination*) de izin vermektedir (FRE Rule 706(b)(4)). Ayrıca bilirkişinin taraflarca veya re'sen hâkim tarafından mahkemeye çağrılarak ifade vermesi istenebilmektedir (FRE Rule 706(b)(3)). Bu imkân sayesinde yargılama görülürken var olan boşluklar tamamlanmış olmaktadır. Ancak, hâkimin bilirkişiden sadece teknik bir danışman (*technical advisor*) boyutunda yardım istediği

³⁴³ **Robert L. Hess**, Judges Cooperating with Scientists: A Proposal for More Effective Limits on the Federal Judge's Inherent Power to Appoint Technical Advisors, *Vanderbilt Law Review*, vol. 54/2, 2001, s. 547.

³⁴⁴ **Edward V. Di Lello**, Fighting Fire with Firefighters: A proposal for Expert Judges at the Trial Level, *Columbia Law Review*, vol. 93, 1993, s. 474.

hallerde, sorgu aşaması her ne kadar yargılamanın tamamlayıcı bir unsuru olsa da, hem yargılamayı uzatacak hem hâkimin mesele teşkil eden vakıaların incelenmesi (*fact finding role*) görevini yerine getirmekten kaçınarak bu görevi sorgu aşamasına bırakmasına neden olabilecek hem de tüm bunlar ışığında hâkimin veya jürinin fikirlerinin çapraz sorgudan etkilenecek taraflı olabileceği endişesi oluşacaktır³⁴⁵. Sonuç olarak, tüm bu sebepler, hâkimlerin İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 706. maddesini uygulamaktan çekinmelerine yol açmaktadır³⁴⁶.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bilirkişi tayini hâkime ayrı bir yük getireceği gibi, bunun tarafların masraflarını da arttıracak bir gerçektir. Bununla birlikte, bilirkişi tarafından edinilecek bilgilerin davanın çözümüne yönelik olarak önem arz ettiği durumlarda bu gereksiz görülen yük ve masraflara katlanılabilir olduğu; fakat böyle bir ihtiyacın bulunmadığı durumda tayin edilen bilirkişinin yargılama için bir külfete dönüşeceği de dikkate alınmalıdır³⁴⁷.

Amerikan hukukunda, mahkeme tarafından atanan bilirkişiliğe hukuk ve ceza yargısında çok nadiren rastlanılsa da, Teksas'ta aile hukuku davalarında sıklıkla mahkeme tarafından atanan bilirkişi uygulaması görülmektedir³⁴⁸. Her ne kadar aile hukuku uygulamalarında Teksas'taki mahkeme tarafından atanan bilirkişi sistemi iyi çalışmakta ve genel olarak takdir görse de, diğer dava tiplerinde mahkeme tarafından atanan bilirkişiliğin tercih edilmemesi ve uygulanılmasına izin verilmemesi bir muammadır.

2- Kabul Edilebilirlik İncelemesi ve Hâkimin Rolü

Her ne kadar Amerikan hukukunda bilirkişinin seçimi, duruşmaya hazırlanması ve sorgulanması tarafların egemenliğinde gerçekleşse de, Amerikan hâkimi tamamen bu süreçte pasif değildir. Bu bölümde bilirkişi delili çerçevesinde hâkime düşen rol ele

³⁴⁵ Note, Improving Judicial Gatekeeping: Technical Advisors and Scientific Evidence, Harvard Law Review, vol. 110, issue 4, 1997, s. 953.

³⁴⁶ Ryan M. Seidemann / James G. Wilkins / Mindy Heidel, Closing the Gate on Questionable Expert Witness Testimony: A Proposal to Institute Expert Review Panels, Southern University Law Review, vol. 33/1, 2005-2006, s. 52-53.

³⁴⁷ Teomete Yalabık, Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış, s. 2126.

³⁴⁸ Champagne / Easterling / Shuman / Tomkins / Whitaker, s. 183.

alınacaktır.

a- Kabul Edilebilirlik İncelemesi

Her bilirkişi delili mutlaka mahkeme tarafından kabul edilebilir nitelikte delil olarak sayılmamakta ve reddedilebilmektedir. Bu durum aslında Anglo-Amerikan hukukunda bütün deliller açısından geçerlidir. Delillerin kabul edilebilirliğinin incelenmesi meselesi bir hukuk sorunu teşkil ettiğinden hâkim tarafından belirlenmektedir³⁴⁹. İspata İlişkin Federal Kurallar’a göre Anayasa, Kongre kararları (*Act of Congress*), İspata İlişkin Federal Kurallar veya Yüksek Mahkeme tarafından belirlenmiş diğer kurallarda özellikle altı çizilen hususlar hariç olmak üzere, davayla bağlantılı bütün deliller kabul edilebilir delil niteliğindedir (FRE Rule 402). İspata İlişkin Federal Kurallar’a göre eğer bilirkişi delili davayla bağlantılı (FRE Rule 401, 402) değilse, bilirkişi gerekli vasıflara sahip nitelikte değilse, ya da delil güvenilir bir delil değilse (FRE Rule 702), bu durumda bilirkişi delili kabul edilebilir değildir. Davanın tarafları duruşma aşamasında önce mahkemeden bilirkişi delilinin kabul edilebilir olup olmadığına karar vermesini talep edebilmektedirler (FRE Rule 104(a)). Eğer zamanında itiraz edilirse hâkim kabul edilebilir nitelikte olmayan bilirkişi delilini davadan hariç tutmak üzere adeta “mahkemenin bekçisi” gibi davranmak zorundadır³⁵⁰.

Hâkim bu önemli görevini yerine getirmek üzere bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğini görüşmek üzere bir duruşma günü tayin edebilir³⁵¹. Uygulamada genellikle kabul edilebilirliğe ilişkin meselenin, yapılacak bir ön duruşma (*preliminary hearing*) yerine, esas duruşmada görüşülmesinin uygun olduğu düşünülmektedir³⁵². Bunun sebebi hâkimin ön duruşma aşamasında henüz dava hakkında, daha az bilgisi olması ve uyuşmazlığa vakıf olmamasının yanı sıra, ön duruşmanın gerçekleştirilmesinin gereksiz masraf ve gecikmelere yol açmasıdır³⁵³.

³⁴⁹ Malek, s. 14.

³⁵⁰ D. Patterson, The When, If, and How of Challenging Expert Testimony in Federal Court, American Journal of Trial Advocacy Law Review, vol. 28, 2005-2006, s. 171.

³⁵¹ Dodge v. Cotter Corp., 338 F. 3d 1212, at 36. Hâkim duruşma günü tayin etmek dışında başka şekillerde de davranabilir, Kirstein v. Parks Corp., 159 F. 3d 1065 (1998), at 1067; Jahn v. Equine Services, 233 F.3d 382, (2000) at 393.

³⁵² Kay / Sime / French, s. 764.

³⁵³ Stroude v. Beazer Homes Ltd [2005] EWCA Civ. 265, [2005] NPC 45.

Hâkim esas olarak sadece bilirkişi delili açısından değil, tüm delillere yönelik olarak kabul edilebilirlik incelemesi gerçekleştirecek ve bu inceleme sonucunda kabul edilebilir niteliğe sahip olmayanları yargılamadan hariç tutacaktır. Bu noktada değinilmesi gereken bir husus da, hâkimin bu kabul edilebilir nitelikte olmayan delilleri incelemesi, okuması sonucunda bu bilgilerden etkilenmesi ve her ne kadar yargılamadan hariç tutsa da bu bilgilerden etkilenecek karar vermesi tehlikesidir. Bu tehlikeye rağmen, özellikle jürisiz yargılamalarda hem vakıa hem de hukuka karar veren hâkimin söz konusu kabul edilebilir niteliğe sahip olmayan delilleri incelemesinin bir tehlike teşkil etmediği kabul edilmektedir³⁵⁴. Dolayısıyla hâkimin yargılama için yapacağı hazırlık çerçevesinde söz konusu kabul edilebilir niteliğe sahip olmayan belgeleri incelemiş olmasında bir sakınca görülmemektedir³⁵⁵.

Bilirkişi delilinin kabul edilebilir bir delil olabilmesi için en gerekli unsurun güvenilirlik olması gerektiği kabul edilmektedir³⁵⁶. İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 702. maddesi, bilirkişi ifadesinin yeterli vakıa ve bilgilere dayalı ve davanın vakıalarına eksiksiz bir biçimde uygulanmış güvenilir ilke ve metodların ürünü olması gerektiğini belirtmektedir. Bu madde aynı zamanda, Yüksek Mahkeme kararı olan *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*³⁵⁷ içtihadından etkilenecek değişikliğe uğramıştır³⁵⁸. *Daubert* kararında Yüksek Mahkeme, federal hâkimlere bilirkişi ifadelerinin hem güvenilir (*reliable*) hem de davayla bağlantılı (*relevant*) olup olmadıklarını belirlemek üzere bilimsel bilirkişi delilini değerlendirmelerini buyurmuştur. *Daubert* davası ile birlikte hâkimler bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğine ilişkin olarak dört unsur belirlemişlerdir. Ancak bu dört unsur dikkate alınabilecek denetim şekilleri olmakla birlikte, birer zorunluluk şartı değildir³⁵⁹: 1-

³⁵⁴ *Barings plc v. Coopers and Lybrand* [2001] EWCA Civ 1163, [2001] CPLR 451.

³⁵⁵ **Kay / Sime / French**, s. 764.

³⁵⁶ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 173.

³⁵⁷ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993). Bu karar çalışmada kısaca *Daubert* kararı olarak anılacaktır.

³⁵⁸ 702. madde aynı zamanda *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 119 S. Ct. 1167 (1999) kararından da etkilenecek değişikliğe tabi tutulmuştur, https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_702 (Çevrimiçi 14.07.2015). Yani *Daubert* ve *Kumho* davaları İspata İlişkin Federal Kurallar'ın temelini oluşturmuştur.

³⁵⁹ Alt derece mahkemeler bu dört unsurun kesin bir kontrol listesi olmadığını, sadece Yüksek Mahkemenin tavsiyesi niteliğinde olduğunu vurgulamışlardır, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. at 593. Bununla birlikte birçok alt mahkeme "*Daubert* unsurları" başlıklı bir taklit düzenleme yapmaya çalışmıştır, **D. Michael Risinger**, Goodbye to All That, or a Fool's Errand, by One of the Fools: How I Stopped Worrying About Court Responses to Handwriting Identification

Bilirkişinin tekniği ya da teorisinin test edilebilirliği (*testability*), 2- Bilirkişinin kullandığı tekniğin veya teorinin hakemlerce değerlendirilip değerlendirilmediği ve bu bilimsel veya teknik uygulamaların bilimsel dergilerde yayınlanıp yayınlanmadığı (*peer review and publication*), 3- Bilirkişinin uyguladığı tekniğin veya teorinin hata oranı (*rate of error*), 4- Standartların varlığı ve sürdürülmesi. Tekrar önemle belirtmek gerekir ki, *Daubert* davasıyla mahkemece belirlenen bu unsurlar genelgeçer ve kapsamlı bir kontrol listesi (*check-list*) değildir³⁶⁰. Bununla birlikte, bu unsurlar diğer bağlantılı ve gerekli kriterlerle birlikte uygulanabilecek bir rehber niteliğindedir³⁶¹.

Kumho Tire Co v. Carmichael kararında ise Yüksek Mahkeme, *Daubert* davasında uygulanan testin bilimsel olmayan bilirkişi delilinde de uygulanacağı sonucuna varmıştır³⁶².

Daubert kararından itibaren, içtihatla belirlenen standartlar çerçevesinde, bilirkişi delili büyük ölçüde kabul edilemez görülerek inceleme dışında bırakılmaktadır³⁶³. Hâkim mahkemenin koruyucusu olarak kabul edilemez bilirkişi delilini, oluşturduğu tehdit sonucunda yargılama dışında bırakmaktadır. Fakat bu durum hiçbir zaman hâkimin, tarafların yerine geçtiği anlamına gelmemektedir.

Sonuç olarak, ilk temellerini 18. yüzyılın başlarında atan, mahkemelere bilirkişi deliline ilişkin olarak kabul edilebilir/güvenilir kararlar oluşturmaları için yol gösteren temel prensipler zamanla gelişme göstermiştir. İşkence ile sorgulama (*ordeal*) yapılan dönemlerdeki davalarda, güvenilirliğin belirlenmesi meselesi Tanrı'nın suçlu ya da suçsuzun belirlenmesinde müdahil olacağı inancıyla, tanrısal güçlere (*deity*) havale edilmekteydi³⁶⁴. *Frye* olarak adlandırılan Amerikan kararı ile birlikte, bu sorumluluk bilim adamlarının genel kabulüne bırakılmakta; *Daubert* kararı ile birlikte hâkimin

(and "Forensic Science" in General) and Learned to Love Misinterpretations of *Kumho Tire v. Carmichael*, *Tulsa Law Review*, vol. 43/2, 2007-2008, s. 447.

³⁶⁰ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 594.

³⁶¹ **David M. Godden / Douglas Walton**, Argument From Expert Opinion as Legal Evidence: Critical Questions and Admissibility Criteria of Expert Testimony in the American Legal System, *Ratio Juris*, vol. 19/3, 2006, s. 271.

³⁶² *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

³⁶³ http://www.rand.org/pubs/research_briefs/RB9037/index1.html (Çevrimiçi 12.01.2015).

³⁶⁴ **DeCoux**, s. 146.

omuzlarına yüklenmekte idi³⁶⁵.

Özellikle *Frye v. United States*, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* ve *Kumho Tire Co. v. Carmichael* davaları bilirkişilik kurumunun gelişimine ışık tutan kararlar olmaları nedeniyle incelenmeleri önem taşımaktadır³⁶⁶. Bu kararlar Amerikan mahkemelerinde bilirkişi tanıklığının güvenilirliğine ilişkin kilometre taşları olarak addedilmişlerdir³⁶⁷. Bu önemli kararlara ve oluşturdıkları kabul edilebilirlik standartlarına ilişkin açıklamalarımızı aşağıda ayrıntılı olarak ele almaktayız.

b- Bilirkişi Görüşünün / Tanıklığının³⁶⁸ Delil Olarak Kabul Edilebilirliğine İlişkin Standartlar

(aa)- Genel Olarak

Amerikan hukukunda, federal mahkemeler bilirkişi tanıklığının kabul edilebilirliği meselesiyle yaklaşık yetmiş beş yıl uğraşmışlardır. Bu süreç *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923) kararıyla başlamış ve Yüksek Mahkemenin, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 113 S. Ct. 2786 (1993) kararıyla devam etmiş ve 2000 yılında değişen İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 702. maddesi ile mevcut haline kavuşmuştur. Aslında *Daubert* kararı bazı belirsizlikleri önemli ölçüde ortadan kaldırmış olsa da, aynı zamanda alt derece mahkemeleri açısından başka yeni sorunlar doğurmuştur³⁶⁹. *Daubert* kararına kadar, ya *Frye*

³⁶⁵ Bu kararlar aşağıda “*Frye Standardı*” ve “*Daubert Standardı*” başlıkları altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

³⁶⁶ Amerikan hukukunda bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğini kısaca özetleyen açıklamalar için bkz. **Glenn R. Anderson**, *Expert Evidence*, LexisNexis Canada, Ontario 2005, s. 60-77.

³⁶⁷ **DeCoux**, s. 141.

³⁶⁸ Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, bilirkişi “tanık” delili niteliğinde sayılmaktadır. Hatta bilirkişilik “*expert witness*”; yani uzman tanıklık olarak anılarak bilirkişilik kurumu tanık delili kavramı içinde kabul edilmektedir, **Nevzat Gürelli**, *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1967, s. 9. İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 702. maddesinde, uzman tanıkların, tanık statüsünde olduğu açıkça belirtilmektedir. Buna karşılık Türk hukukunda, yargılama usulü içindeki işlevi bakımından bilirkişiler, tanık delili olarak kabul edilmemekte, bilirkişilik (tanıklıktan) bağımsız bir kurum olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla başlıklandırmanın bu şekilde ikili şekilde “görüş ve tanıklık” olarak belirtilmesini tercih ettik.

³⁶⁹ **Michael C. Polentz**, *Post-Daubert Confusion with Expert Testimony*, *Santa Clara Law Review*, vol. 36/4, 1996, s. 1117; **John M. Conley / David W. Peterson**, *The Science of Gatekeeping: The Federal Judicial Center's New Reference Manual on Scientific Evidence*, *North Carolina Law Review*, vol. 74, 1995-1996, s. 1183-1224.

kararında kabul edilen genel kabul (*general acceptance*)³⁷⁰ kuralı ya da İspata İlişkin Federal Kurallar'ın³⁷¹ 702. maddesi uygulanmakta idi. Fakat tüm bu anlatılan aşamalara gelinceye kadar, bilirkişiliğin ilk geliştiği erken dönemlerde “kabul edilebilirlik standartlarının” (*standard of admissibility*) temellerinin atıldığını görmekteyiz.

(bb)- Piyasadaki Başarı Standardı (*Marketplace Standard*)

Frye ve *Daubert* kararlarında ortaya atılan standartlardan önce, bir kişinin bilirkişi olarak nitelendirilmesi onun piyasadaki (*marketplace*) başarısına bağlıydı³⁷². Fakat bu “*marketplace standardı*” bir anlamda hem çok geniş hem de çok dar bir bakış açısına sahiptir. Çok geniş bir inceleme alanına sahiptir; çünkü piyasa standardına göre, bilirkişiler kendi karakteristik özelliklerine göre de yükselebilmekte, başarı gösterebilmektedir. Dolayısıyla aslında hukuki geçerlilik anlamında bir denetim temel alınmayıp, çok geniş anlamda o bilirkişinin piyasada göstermiş olduğu “her şeyi göze alabilen yapısı, arzulu olması, oluşabilecek kötü sahnelerle karşı önceden tedbirli davranması (*wishful thinking*)” gibi özellikleri de bu standardın belirlenmesinde esas alınmaktadır. Halbuki amaç bilirkişi raporunun mahkemede geçerli (*validity*) bir delil olarak kabul edilmesidir³⁷³. Piyasadaki başarı standardı ile ilgili bir diğer husus da, dar bir bakış açısına sahip oluşudur; çünkü bilirkişiliğe yönelik istenen bazı bilgi alanlarının ya hiçbir piyasa değeri bulunmamaktadır yahut da az bir piyasa değerine sahiptir. Kısaca yukarıda tanımlamaya çalıştığımız “*marketplace testi*”, eksper-uzman (*expertise*) ve bilirkişi (*expert*) kavramlarını bir tutmakta; dolayısıyla da delilin güvenilirliğini sağlamak konusunda tatmin edici bulunmamaktadır³⁷⁴.

İşte “*marketplace test*”inin yetersizliği, başka bir kabul edilebilirlik standardının gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu noktadan hareketle, Amerikan hukuk sisteminde bilirkişilik müessesesi genellikle bir seri içtihadı birleştirme kararı ve aynı

³⁷⁰ Genel kabul kuralı aşağıda “*Frye Standardı*” başlığı altında ayrıntılı olarak anlatılacaktır.

³⁷¹ 1975'te yürürlüğe girmesiyle birlikte.

³⁷² David L. Faigman / Elise Porter / Michael J. Saks, Check Your Crystal Ball at the Door, Please: Exploring the Past, Understanding the Present, and Worrying About the Future of Scientific Evidence, Cardozo Law Review, vol. 15/6, 1993-1994, s. 1804.

³⁷³ Faigman / Porter / Saks, s. 1805.

³⁷⁴ Faigman / Porter / Saks, s. 1805.

zamanda bu kararlarda kabul edilen hususların İspata İlişkin Federal Kurallar içinde kanunlaşmasıyla gelişmiştir. Her bir hüküm ve kural, bilirkişiliğe ilişkin kabul edilebilirlik standartlarını ortaya koymaya veya aydınlatmaya yardımcı olmakta ve hep birlikte kabul edilebilirlik standartlarının tarihi gelişimini yansıtmaktadır³⁷⁵.

(cc)- *Frye* Standardı

*Frye v. United States*³⁷⁶ kararı, “bilimsel delilin” (*scientific evidence*) diğer delillerden ayrı tutulması gerektiğini belirten ilk karar olması bakımından önem taşımaktadır³⁷⁷. Bu davada, cinayet iddiasıyla yargılanan davalı James Alphonzo Frye, -savunmaya ait bir bilirkişinin yönelttiği bir soruya karşı- doğruyu söylediğini ispat edebilmek için yeni bir sistolik kan basıncı testi (*systolic blood pressure test*)’nin uygulanmasını talep etmiştir³⁷⁸. Mahkeme bu delilin kabulü talebini, bu testin “ilgili olduğu alanda yeterince genel kabul görmüş olması gerektiği”ni ileri sürerek reddetmiştir³⁷⁹.

1923-1993 yılları arasındaki dönemde, *Frye v. United States* davasında kabul edilen genel kabul (*general acceptance*) denetimi; yani bilimsel cemaatin çoğunluğu tarafından yeni bilimsel delilin (*novel scientific evidence*) kabul görmesi, kabul edilebilirliğin (*admissibility*) belirlenmesinde en baskın standart olmuştur³⁸⁰.

Frye kararından önce, hâkimler genellikle kabul edilebilirliği bilirkişinin tanıklığından çok, bilirkişinin niteliğini esas alarak değerlendirmişlerdir. Öyle ki, bilirkişinin niteliği sıklıkla bu alandaki başarısı ile değerlendirilmekteydi³⁸¹. İlkel bir yalan makinesinin verdiği sonuçların kabul edilebilirliğinin incelendiği bir davada, mahkeme bu delili reddederek önemli bir karar vermiştir. Bu karar uyarınca “eğer iyi bilinen bir bilimsel prensip veya araştırma sonucu ortaya çıkan bir bilirkişi tanıklığı

³⁷⁵ **Godden / Walton**, s. 267.

³⁷⁶ 293 F. 1013 (D.C circuit 1923).

³⁷⁷ **Dick Thornburgh**, Junk Science-The lawyer’s Ethical Responsibilities, Fordham Urban Law Journal, vol. 25, 1997-1998, s. 453; Note, Improving Judicial Gatekeeping, s. 942.

³⁷⁸ *Frye v. United States*, 293 F. at 1013-1014.

³⁷⁹ *Frye v. United States*, 293 F. at 1014.

³⁸⁰ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S at 585.

³⁸¹ **Michael J. Saks**, Judging Admissibility, Journal of Corporation Law, vol. 35/1, 2009-2010, s. 135-136.

mahkeme tarafından kabul edilecekse, bu delilin ilgili olduğu alanda “genel kabul” görece kadar yeterli seviyede saptanmış olması gerekir”. Bu denetim yöntemi, dava için önemli ve faydalı bir tanıklığın karara esas alınmasının önünü tıkamış olmaktadır³⁸². Kısaca, *Frye* davası bilimsel metodolojinin kabulünde, bir bilirkişinin hazırlamış olduğu araştırmanın “aynı alanda” uzman diğer araştırmacılar tarafından değerlendirilmesinin; yani “*peer review*” önemini vurgulamıştır³⁸³. Bu genel kabul görme durumu ile delil, bilimsel bir birlik tarafından incelenip, doğruluğu garantilenmiş olacaktır. Yani, *Frye* testi ile birlikte, bilirkişinin piyasadaki başarısı (*success of the expert in the marketplace*) kriteri, bilirkişinin bilim piyasasındaki, fikri piyasadaki (*intellectual marketplace*) başarısı ve bu başarının genel olarak kabul görmesi kriterine dönüşmektedir³⁸⁴. Bunun sonucunda, çoğu zaman dikkatli bir inceleme yapılmadığı halde genel olarak kabul edilmiş bilgiler, “genel kabul” alanına dahil edilmekte ve kabul edilebilir sayılmaktadır. Buna karşılık, genel kabul görmeyen bazı bilgiler iyi kurgulanmış bir metodolojiye dayansa ve güvenilir olsa bile, kabul edilebilir sayılmamaktadır³⁸⁵. Ayrıca, birden fazla genel kabul gören teoremin varlığı durumunda da, bunlar arasında çelişkinin söz konusu olması kaçınılmaz olmaktadır.

Frye testinin bir yararı, mahkemeleri bilimsel delilin güvenilirliğini tek başlarına belirleme görevinden kurtarmasıdır³⁸⁶. Bilirkişi delilinin kabul edilebilir olup olmadığının tespiti meselesi de mahkemelerin üzerinde bir yük olmaktan çıkarak, bilimsel cemiyetlere verilen bir görev haline gelmiştir³⁸⁷. Bununla birlikte, doktrinde³⁸⁸ *Frye* testinin aleyhinde görüşler de ileri sürülmüştür. Örneğin, bu testin esnetilmeye müsait olmadığı ileri sürülmüştür; çünkü yeni bir bilimsel bilgi (*new*

³⁸² **Alan R. Goodman / Patricia A. Zak**, The Heat Is On: Thermograms as Evidence Under the Frye Standard, Western New England Law Review, vol. 8/1, 1986, s. 13.

³⁸³ *Frye v. United States*, 293 F. at 1014.

³⁸⁴ **Faigman / Porter / Saks**, s. 1805.

³⁸⁵ **Faigman / Porter / Saks**, s. 1811.

³⁸⁶ **Jeanne Wiggins**, *Kumho Tire Co. v. Carmichael*: Daubert’s Gatekeeping Method Expanded to Apply to All Expert Testimony, Mercer Law Review, vol. 51/4, 1999-2000, s. 1330.

³⁸⁷ **Paul C. Gianelli**, The Admissibility of Novel Scientific Evidence: *Frye v. United States*, A Half-Century Later, Columbia Law Review, vol. 80/6, 1980, s. 1207.

³⁸⁸ **Wright / Gold**, Federal Practice and Procedure, 1997, §6266 (naklen **Wiggins**, s. 1330); **Michael D. Green**, Expert Witnesses and Sufficiency of Evidence in Toxic Substances Litigation: The Legacy of Agent Orange and Bendectin Litigation, Northwestern University Law Review, vol. 86/3, 1991-1992, s. 643; **Roger S. Hanson / James Alphonzo**, *Frye Is Sixty-Five Years Old; Should He Retire?*, Western State University Law Review, vol. 16/2, 1988-1989, s. 357; **Bert Black**, A Unified Theory of Scientific Evidence, Fordham Law Review, vol. 56, 1988, s. 595.

scientific knowledge) ve teknoloji, konu ile ilgili (*relevant*) ve güvenilir (*reliable*) olmasına rağmen, bilimsel cemiyyet bunu geniş çapta kabul etmediği sürece kabul edilemez (*inadmissible*) sayılacaktır. İşte *Frye* testinin hâkim olduğu yıllar boyunca bu konudaki tartışmalar da varlığını korumuştur.

(dd)- *Daubert Standardı*

Frye kararından yıllar sonra, 1975 yılında İspata İlişkin Federal Kurallar, yukarıda bahsedilen eleştiriler dikkate alınarak yürürlüğe girmiştir. Bu kurallardan 702. madde, bilirkişi tanıklığının kabul edilebilirliğini düzenlemekte ve *Frye* kararıyla yerleşen içtihattan keskin bir şekilde ayrılmaktadır.

İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 702. maddesi şu şekildedir³⁸⁹: “Eğer bilimsel, teknik veya diğer uzmanlık bilgisi (*specialized knowledge*), vakıaları belirleyen hâkim veya jüriye delilin anlaşılmasında veya mesele teşkil eden bir vakıanın belirlenmesinde yardımcı oluyorsa; bilgi, yetenek, deneyim, pratik ve eğitim bakımından nitelikli bir uzman (bilirkişi) görüş bildirebilir veya bir başka şekilde tanıklık yapabilir. Bunun için (1) Tanıklığın yeterli vakıa ve verilere dayanıyor olması gerekir, (2) Tanıklık güvenilir prensip ve metodların ürünü olmalıdır ve (3) Bilirkişinin bu prensip ve metodları, davanın vakıalarına güvenilir bir şekilde uygulaması gerekir.”

1975 değişikliğiyle birlikte, yapılacak denetim konusundaki karışıklık az da olsa zayıflamıştır³⁹⁰. 702. madde, Amerikan hukukunda bilirkişilik kurumunun çekirdeğini oluşturmaktadır. Bu maddede, davanın hâkiminin delilleri anlayabilmesi veya davanın vakıalarını belirleyebilmesi için gerekli olan bilimsel, teknik ve diğer özel bilgi gerektiren durumlarda bilgi, beceri, deneyim ve eğitime sahip bir bilirkişinin bilgi (*opinion*) vermek şeklinde veya başka şekillerde tanıklık yapabileceği belirtilmektedir. Federal Kurallarda, her ne kadar *Frye* davasındaki “genel kabul” kuralına yönelik özel bir bahis mevcut olmasa da, delillerin kabul edilebilirliğine

³⁸⁹ Maddenin orijinal hali: “If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case.”

³⁹⁰ **Gianelli**, s. 1228.

ilişkin olarak, genel olarak daha liberal bir yaklaşımın mevcut olmasından ötürü, mahkemeler ve hukukçular *Frye* denetimin hala geçerli olup olmadığını sorgulamaya başlamışlardır³⁹¹. Özellikle Federal Kurallar'ın *Frye* testini ortadan kaldırıp kaldırmadığı, ya da ortadan kaldırmayıp *Frye* testine ek olarak Federal Kuralların 702. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı uzun süre tartışılmıştır³⁹². İşte Federal Kurallarla birlikte bazı mahkemeler her bir bilirkişi tanıklığının güvenilir (*reliable*) olup olmadığını her somut olay için ayrı ayrı incelerken, diğerleri bilirkişi tanıklığının sadece davayla bağlantılı (*relevance*) olup olmadığı ile ilgilenmişlerdir. Bunun dışında kalanlar ise, *Frye* testini uygulamaya devam etmişlerdir³⁹³.

Bu tartışmalar sürerken 1993 yılında Yüksek Mahkeme *Daubert* davasında önemli bir karar vermiştir. Bu davada, davacılar doğuştan özürü bulunan kişilerdir ve bu kişilerin anneleri mide bulantısını giderici (*anti-nausea*) bir ilaç olan “*Bendectin*” adlı ilacı hamilelikleri süresince kullanmışlardır. Davacılar, ilacın özürlü doğuma neden olduğu iddiasında bulunmuşlar ve bu iddialarını desteklemesi amacıyla bilimsel delil kullanmak istemişlerdir. Eyalet mahkemesi ve 9. bölge adliye mahkemesi davacıların bilirkişi talebini *Frye* testine uymadığı gerekçesiyle reddederek, imalatçı firma lehine karar vermiştir³⁹⁴. Yüksek Mahkeme kararı bozarak, *Frye* testinin öngördüğü “genel kabul” kuralının Federal Kuralların kabul ettiği liberal yaklaşımın gerisinde kaldığını belirtmiş ve İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 702. maddesinin *Frye* testinin yerini aldığına karar vermiştir³⁹⁵.

Daubert davasında Yüksek Mahkeme, *Frye* testi olarak bilinen “genel kabul” doktrininin yerini, İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 702. maddesinin aldığını vurgulamıştır³⁹⁶. Ayrıca Mahkeme 702. maddenin, sadece *Frye* davasında belirtilen yeni (*novel*) bilimsel delillere değil, her türlü bilimsel delile uygulandığını da

³⁹¹ **Nancy S. Farrell**, Congressional Action to Amend Federal Rule of Evidence 702: A Mischievous Attempt to Codify *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, vol. 13/2, 1996-1997, s. 529.

³⁹² **Godden / Walton**, s. 269.

³⁹³ Note, Improving Judicial Gatekeeping, s. 944; **Wiggins**, s. 1332.

³⁹⁴ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 727 F. Supp. 570, 576 (S.D. Cal 1989), aff'd, 951 F. 2d 1128 (9.circuit 1991), rev'd, 509 U.S 579 U.S 579 (1993).

³⁹⁵ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S at 588.

³⁹⁶ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S at 589; **Godden / Walton**, s. 270.

belirtmiştir³⁹⁷. Kabul edilebilirliği temel olarak bilimsel kurumların/cemiyetlerin genel kabullerine dayandıran *Frye* davasından farklı olarak, *Daubert* kararı ile, hâkimler tarafından iyi bilim (*good science*) ile kötü bilim (*bad science*) birbirinden ayırt edilmekte ve sadece iyi bilim mahkemece kabul edilmektedir³⁹⁸. Böylelikle bilirkişilerin taraflardan hangisi daha fazla ücret verirse onun lehine tanıklık yapan³⁹⁹ “*hired gun*” olma riski de *Daubert* standartları ile önlenmiş olmaktadır⁴⁰⁰. Kısaca *Daubert* kararı ile birlikte “*junk science*”; yani sözdebilim tartışması gündeme gelmiştir⁴⁰¹. İşte bu sebeple hâkimlere mahkemenin bekçisi (*gatekeeper*) sıfatı yakıştırılmıştır⁴⁰². Ancak hâkimler tarafından adeta bekçi gibi yapılacak yargılamaya sokulmaya çalışılan sözde bilimin engellemesi görevi kabul edilebilirliğe ilişkin kendine özgü yaklaşımlar oluşturacağı için riskli görülmüştür⁴⁰³. Bu riske rağmen, hâkimler ilk aşamada bilirkişi tanıklığının güvenilirliğine ilişkin “*gatekeeper*” denetimini yapacak; sonraki aşamada ise delil eğer kabul edilecek kadar güvenilir ise jürinin görüşüne sunulacaktır. Fakat bu durum, ağırlığın jüride olmasına ve hatta neredeyse son sözün jüri tarafından söylenmesine neden olmaktadır. Şöyle ki, bir bilirkişinin nitelikleri kusursuz olsa ve bilirkişinin teorisi güvenilir bir temele dayalı bilimsel gerçekliğe sahip olsa bile, jüri üyeleri bu bilirkişinin taraflı (*biased*) olduğunu veya inandırıcı olmadığını düşünüyorsa, bu bilirkişinin tanıklığı kabul edilemez sayılabilecektir⁴⁰⁴. Jürinin bilirkişinin tanıklığını hemen kabul ettiği durum, maalesef ki, jürinin bilgisinin çok üstünde olan bir konuda, delil(ler)i değerlendirecek kıstası

³⁹⁷ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. at 592, no. 11.

³⁹⁸ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579, 592-95 (1993).

³⁹⁹ **Timothy Perrin**, Expert Witness Testimony: Back to the Future, University of Richmond Law Review, vol. 29/5, 1994-1995, s. 1389.

⁴⁰⁰ **Mark Patterson**, Conflicts of Interest in Scientific Expert Testimony, William and Mary Law Review, vol. 40/4, 1998-1999, s. 1329.

⁴⁰¹ **Jay P. Kesan**, A Critical Examination of the Post Daubert Scientific Evidence Landscape, Food and Drug Law Journal, vol. 52, 1997, s. 225; **Peter W. Huber**, Galileo’s Revenge: Junk Science in the Courtroom, Basic Books, New York 1991, s. 206-209.

⁴⁰² *Daubert*, 113 S. Ct. at 2795. Ayrıca başka kararlar için bkz. *Rice v. Cinncinnati*, New Orleans & Pacific Rv. Co., 920 F. Supp. 732 (E. D. Ky. 1996); *United States v. Starzecpyzel*, 880 F. Supp. 1027 (S.D.N.Y. 1995).

⁴⁰³ **Linda Sandstrom Simard / William G. Young**, Daubert’s Gatekeeper: The Role of the District Judge in Admitting Expert Testimony, Tulane Law Review, vol. 68/6, 1993-1994, s. 1458.

⁴⁰⁴ *Brown v. Darcy*, 783 F. 2d 1389, 1396, (9. circuit 1986); *United States v. Alexander*, 526 F. 2d 161, 168, (8. Circuit 1975), (Bu kararlarda bilirkişinin delillerin incelenmesi konusunda önemli bir rolü olduğu, kısaca doğru ve yanlış birbirinden ayırdığı dile getirilmektedir).

bile olmadığı durumlardır⁴⁰⁵. Eğer jüri genel deneyimleriyle sorun olan konuyu anlayabiliyorsa (*common knowledge*), bilirkişi görüşü kabul edilebilir değildir; çünkü bu durumda bilirkişi görüşü vakıaların çözülmesine hizmet etmeyecektir⁴⁰⁶.

Bu anlatılanlar ışığında, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*⁴⁰⁷ kararı ile birlikte hâkimler bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğine ilişkin olarak dört unsur belirlemişlerdir. Ancak bu dört unsur dikkate alınabilecek denetim şekilleri olmakla birlikte birer zorunluluk şartı değildir: 1- Test edilebilirlik (*testability*), 2- Bilirkişinin kullandığı tekniğin veya teorinin hakemlerce değerlendirilip değerlendirilmediği ve bu bilimsel veya teknik uygulamaların bilimsel dergilerde yayınlanıp yayınlanmadığı (*peer review and publication*), 3- Hata oranı ve uygulama için standartlar (*rate of error and standards for operation*), 4- *Frye*'da görülen genel kabul (*general acceptance*). Tekrar önemle belirtmek gerekir ki, *Daubert* kararıyla mahkemece belirlenen bu unsurlar genelgeçer ve kapsamlı bir kontrol listesi (*check-list*) değildir⁴⁰⁸. Bununla birlikte, bu unsurlar diğer bağlantılı ve gerekli kriterlerle birlikte uygulanabilecek bir rehber niteliğindedir⁴⁰⁹. Fakat şu da açık bir gerçektir ki, *Daubert* unsurları da birtakım çözülmemiş sorunlar içermektedir.

1993 tarihli *Daubert* kararı, Amerikan hukuku bakımından önem taşımaktadır. Bu davada, mahkeme, davayı gören mahkemenin adeta bir bekçi “*gatekeeper*” gibi, bilirkişi tarafından sunulan görüşün güvenilirliğini belirlemek zorunda olduğuna dair bir karar vermiştir. Bu tarihten sonra da mahkemenin, kendisine sunulan her türlü delili tıpkı bir bekçi gibi inceleyerek uygunsa kabul etmesi durumu sürekliliğini korumuştur. Böylece bu karar federal hâkimler için bir dönüm noktası olmuş ve önlerine gelen her bilimsel bilirkişi tanıklığında iki yönlü bir inceleme yapmaya başlamışlardır: 1-

⁴⁰⁵ **Learned Hand**, Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony, Harvard Law Review, vol. 15/1, 1901-1902, s. 54.

⁴⁰⁶ *Coppola v. Commonwealth* 220 Va. 243, 257 S. E. 2d. 797 (1979); *Peters v. Shortt*, 214 Va. 399, 200 S. E. 2d. 547 (1973); *Grasty v. Tanner*, 206 Va. 723, 146 S. E. 2d. 252 (1966); *Virginia-Carolina Chem. Co. v. Knight*, 106 Va. 674, 56 S. E 725 (1907); *Commonwelth v. Lotz Realty Co.*, 237 Va.1, 376 S. E 2d. 54 (1989); *Richmond Newspapers, Inc. v. Lipscomb*, 234 Va. 227, 362 S. E. 2d. 32 (1987); *Commercial Distribs., Inc. v. Blankenship*, 240 Va. 382, 397 S. E. 2d. 840 (1990); *Kendrick v. Vaz., Inc* 244 Va. 380, 421 S.E. 2d 447 (1992). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Maury R. Olicker**, The Admissibility of Expert Witness Testimony: Time to Take the Final Leap?, University of Miami Law Review, vol. 42/4-5, 1987-1988, s. 839.

⁴⁰⁷ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S 579 (1993).

⁴⁰⁸ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S 594.

⁴⁰⁹ **Godden / Walton**, s. 271.

Bilirkişi tanıklığının güvenilir bir temele dayalı olup olmadığı ve 2- Denetlenen güvenilirliğin bilirkişinin vardığı sonuca yönelik olmayıp, kullandığı prensipler ve metodoloji açısından olduğu dikkate alınmıştır.

Şu an birçok eyalet mahkemesi, hem kısaca *Daubert* testi olarak adlandırılan ikili incelemeye dayalı sistemi uygulamakta hem de *Frye* kararında kabul edilen genel kabul “*general acceptance*” kuralını birlikte uygulamaktadırlar. Aslında, *Frye* testi hiçbir zaman *Daubert* testi kadar prestijli olamamıştır; çünkü *Frye* Amerikan istinaf mahkemesinde görülmüş bir dava olmakla birlikte, *Daubert* testi Amerikan Yüksek Mahkemesinin içtihadı sonucu oluşmuştur. *Frye* içtihadının varlığını kabul eden ilk Amerikan Yüksek Mahkemesi kararı ise ancak *Frye* içtihadını terk eden yeni bir içtihat olabilmıştır⁴¹⁰. *Frye* standardının 1923 yılında doğumundan, 1993 yılında kullanımının sona ermesine kadar ki süreçte Amerikan Yüksek Mahkeme kararlarının çoğunluğunda *Frye* davasına atıf veya “genel kabul” koşulu yer almamıştır⁴¹¹. Ayrıca, *Frye* testinin hâkim olduğu dönemlerde, Amerikan istinaf mahkemelerinin dahi *Frye* içtihadına düzenli bir şekilde sadık kaldığı ve birbiriyle tutarlı kararlar verdiği görülmemiştir⁴¹². *Frye* standardında, kabul edilebilirliğin belirleyicisi (*arbiter*) belirli alanlardaki bilim adamları iken; *Daubert* standardında bilimsel delilin güvenilirliğini belirleyecek tek kişi hâkimdir. İşte mahkemenin bu şekilde delilin güvenilirliğini belirleyen tek yetkili olması, mahkemeye ayrı bir güç kazandırmıştır (*ipse dixit*)⁴¹³. Tüm bunlara rağmen, bugün halen *Frye* standardı, *Daubert*’e göre daha az itibar görmesine rağmen varlığını da korumaktadır.

Kısaca, *Daubert* kararında mahkeme, bilirkişi tanıklığının kullanımına ilişkin iki aşamalı bir yöntem benimsemiştir: Öncelikle, duruşma öncesi aşamada, mahkeme bilirkişi tanıklığının metodolojisinin kendi içinde güvenilir olup olmadığını belirlemekte ve böylece bilirkişi tanıklığının kabul edilebilir olup olmadığına karar

⁴¹⁰ DeCoux, s.144.

⁴¹¹ DeCoux, s. 143-144.

⁴¹² *United States v. Downing*, 754 F. 2d 1224, 1232 (3. Circuit 1985), (bu kararda *Frye* standartı reddedilmektedir); *Ellis v. Int’l Playtex, Inc.*, 745 F. 2d 292, 304 (4. Circuit 1984); *United States v. Williams*, 583 F. 2d 1194, 1198 (2. Circuit 1978), (bu kararda *Frye* standardının bilimsel vakıalara yönelik “herkesçe bilinen vakıalar” hususuna dair şartları kapsadığı ve fakat bilirkişi delilinin kabul edilmesine ilişkin şartlar olmadığı ileri sürülmüştür.

⁴¹³ DeCoux, s.145.

vermektedir. İkinci aşamada ise, eğer tanıklık kabul edilebilir ve güvenilir ise, vakıayı inceleyen hâkim, bilirkişi tanıklığının somut dava bakımından itimat edilip edilemeyeceğini belirlemektedir⁴¹⁴.

Daubert kararının altında yatan amaçlardan biri, bilirkişi tanıklığının kabul edilebilirliğine ilişkin homojen bir temel oluşturarak farklı daireler arasında yeknesak bir uygulama sağlamaktır⁴¹⁵. Maalesef, bu amaçlanan gerçekleşmemiş ve dört farklı *Daubert* yorumu ortaya çıkmıştır⁴¹⁶. Yeni bilimsel delilin kabul edilebilirliği konusunda çaresizce rehber arayan alt derece mahkemeleri, *Daubert* kararı, “genel kabul” kuralı ve 702. madde bakımından karışıklıklara son vermiş gibi gözükse de, yerine kendine özgü çelişkilerle dolu karmaşık bir karar bırakmıştır⁴¹⁷. Mesela, *Daubert* kararı, İspata İlişkin Federal Kurallar ile Federal Medeni Usul Kuralları’nın nasıl bir bağ kuracağıyla ilgili bir yol göstermemektedir. Aksine *Frye* kararı ve İspata İlişkin Federal Kurallar arasındaki çelişkiyi arttırmaktadır. Ayrıca *Daubert* kararını uygulayan daireler arasında da bir birlik sağlanamamıştır. Bazıları *Daubert* testinin uygulanmasını bilimsel bilirkişi tanıklığı ile sınırlandırırken, diğerleri *Daubert* standardını teknik ve diğer tip bilirkişi tanıklıklarına da uygulamıştır⁴¹⁸. Ayrıca belirtmek gerekir ki, *Daubert* kararında hâkime biçilen mahkemenin bekçisi sıfatı nedeniyle doktrinde bu karar eleştirilmekte ve hâkimin hukukçu bilgisiyle bilimsel bilgiye yönelik bir değerlendirmeyi yapmasının doğru olmayacağı ve aynı zamanda buna hâkimin bilgisinin yeterli de olmayacağı belirtilmektedir⁴¹⁹.

Kısaca, *Daubert* ve *Frye* davaları arasındaki tartışma bilirkişi tanıklığının

⁴¹⁴ Note, Admitting Doubt: A New Standard for Scientific Evidence, Harvard Law Review, vol. 123, 2010, s. 2021.

⁴¹⁵ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 113 S. Ct. 2786 (1993).

⁴¹⁶ Örneğin, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (II), 43 F. 3d 1311 (9. circuit 1995); *Hopkins v. Dow Corning Corp.*, 33 F. 3d. 1116 (9.circuit 1994); *United States v. Reed*, 40 F. 3d 1069 (10. circuit 1994); *United States v. Martinez*, 3 F. 3d 1191 (8.circuit 1993).

⁴¹⁷ **Wiggins**, s. 1333; **Margaret A. Berger**, The Admissibility of Expert Testimony, in *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal Judicial Center, National Research Council, Third Edition, Washington 2011, s. 36.

⁴¹⁸ *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 146; *Compton v. Subaru of Am., Inc* 82 F. 3d 1513 (10. circuit 1996).

⁴¹⁹ **Alexander Morgan Capron**, Daubert and the Quest for Value-Free “Scientific Knowledge” in the Courtroom, University of Richmond Law Review, vol. 30, 1996, s. 96-99. Bu yönde bkz. *Taylor v. State*, 889 P. 2d 319, 329, Oklahoma Criminal Reports, (Söz konusu kararda, *United States v. Williams*, 583F. 2d 1194, 1198 (2. Circuit 1978) kararına atıf yapılmıştır).

kabul edilebilirliğine ilişkin beklentilerin farklılaşmasından kaynaklanmaktadır. *Frye* standardı bilirkişiye dayalı bir tablo çizmektedir. Şöyle ki, *Frye* kararı bilimsel metodolojinin kabulünde, bir bilirkişinin hazırlamış olduğu araştırmanın aynı alanda uzman diğer bilimsel camia tarafından değerlendirilerek onaylanmasına dayanmaktadır. Diğer taraftan, *Daubert* standardında, hâkime daha büyük bir yük yükletilerek, bilimsel bir meselenin tek bir bilimsel görüş sonucunda sözde olmayan güvenilir bilime “*good science*” dahil olup olmayacağına hâkimin karar vermesi beklenmektedir⁴²⁰.

(ee)- *Kumho Tire Co. v. Carmichael* Kararı ve Bilirkişi Delilinin Kabul Edilebilirliğine Etkileri

Daubert davasından sonra görülen iki davada, *General Electric Co. v. Joiner*⁴²¹ ve *Kumho Tire Co. v. Carmichael*⁴²², mahkeme *Daubert* kararında belirlenen unsurların etki alanını genişleterek, hâkimlere sadece metodoloji belirlemelerinin dışında bir sonuca varmalarında da takdir hakkı tanımıştır⁴²³. Yani, hâkim bilirkişinin yöntemine (metodolojisine) olduğu gibi, kararına (*results or conclusions*) ilişkin olarak da bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğini denetleyebilecektir. Ayrıca, hâkimin adeta bekçiliğe “*gatekeeper*” benzetilen rolü genişletilerek, bilimsel olmayan deliller de kapsam dahiline sokulmuştur.

Kumho Tire davası aslında sıradan bir trafik kazasına ilişkindir. Lastiklere yapılan basit bir görsel inceleme (*visual examination*) sonucunda, lastiklerin çivi veya vida aracılığıyla delindiği ve deliklerin de düzgünce kapatılmadığı belirlenmiştir⁴²⁴. *Kumho Tire* davasında, Mahkeme *Daubert*’te yapılan analizi genişleterek bilimsel delil kavramına, teknik ve diğer uzmanlık bilgisini “*technical and other specialized knowledge*” de dahil etmiştir. Bu kavrama 702. maddede zaten gönderme

⁴²⁰ M. Neil Browne / Carrie L. Williamson / Linda L. Barkacks, The Perspectival Nature of Expert Testimony in the United States, England, Korea, and France, Connecticut Journal of International Law, vol.18, 2002, s. 62.

⁴²¹ *General Electric Co. v. Joiner*, 118S. Ct. 512 (1997). Konuyu dağıtmamak adına benzer içeriğe sahip *General Electric* ve *Kumho* kararlarından sadece *Kumho* kararına çalışmamızda yer verdik.

⁴²² 526 U.S. 137 (1999). *Kumho* davası hakkında ek bilgi için bkz., Miles J. Vigilante, Screening Expert Testimony After *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, Journal of Law and Policy, vol. 8, 1999-2000, s. 543 vd.

⁴²³ “*conclusions and methodology are not entirely distinct from one another*” *Joiner* at 146.

⁴²⁴ *Carmichael v. Samyang Tires Inc.*, 923 F. Supp. 1516-1517.

yapılmıştır⁴²⁵. Davacılar *Kumho Tire*'a karşı 1993 yılında, patlayan lastiğin ayıptan kaynaklandığını ileri sürerek çeşitli davalar açmışlardır⁴²⁶. Bunun üzerine davacılar lastik kusurlarında analizler yapan Dennis Carlson'ı görüş bildirmek üzere görevlendirmişlerdir. Carlson görsel olarak bir inceleme yaptıktan sonra kazanın ayıptan veya lastiğin kötü kullanılmasından kaynaklanabileceğini belirtmiştir. Sonuçta, mahkeme *Daubert* kararında sözü geçen dört unsuru olaya uygulayarak Carlson metodunu test edilebilir bulmadığını ve sonuçların da öznel ve belirsiz olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, Carlson'un uyguladığı tekniğin onaylanmış veyahut bilimsel çevrelerde tartışılmış olmadığını da kararında dile getirmiştir. Bir diğer unsura göre, mahkeme Carlson'un uyguladığı tekniğin potansiyel hata oranının belirlenemez durumda olduğunu eklemiştir. Son olarak da mahkeme, Carlson metodunun yetersiz kanıtları sebebiyle *Frye* denetimine göre bilimsel cemiyet tarafından genel kabul görmüş olma şartını taşımadığı sonucuna varmıştır. Sonunda da eyalet mahkemesi Carlson'un bilirkişi tanıklığını kabul edilemez bulmuştur. Bunun üzerine davacılar üst mahkemeye başvurmuş ve *Daubert* kabul edilebilirlik testinin Carlson'un tanıklığına uygulanamayacağını; çünkü Carlson'un bilimsel bir bilirkişi (*scientific expert*) olmadığını ileri sürmüşlerdir⁴²⁷. 11. bölge adliye mahkemesi de *Daubert* davasında mahkemenin sadece bilimsel kapsamdaki tanıklıklar için bu testi uyguladığını onaylamıştır. Sonrasında mahkeme bilimsel ve bilimsel olmayan kanıt ayrımını yapmış ve Carlson'un uyguladığı testin de bilimsel bilirkişi tanıklığı olmadığını belirtmiştir. 11. bölge adliye mahkemesi, Carlson'ın uyguladığı teste *Daubert* testinin uygulanmasının hukuka ilişkin bir sorun (*matter of law*) olduğunu belirterek kararı bozmuştur. Bunun üzerine, dava bir üst mahkeme olan Yüksek Mahkemenin önüne gelmiştir ve Yüksek Mahkeme de bölge adliye mahkemesinin kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme kararında hâkimin adeta mahkemenin bekçisi görevini “*gatekeeping function*” üstlenmesi sebebiyle sadece bilimsel bilirkişi tanıklığına (*scientific expert evidence*) değil, *Daubert* testinin tüm bilirkişi tanıklıklarına (*expert testimony*) uygulanacağını belirtmiştir. Bu kararda Yüksek Mahkeme, güvenilirlik testinin esnek olduğunu ve *Daubert* kararında listelenen özel unsurların (dört tane) her davada, her türlü bilirkişi tanıklığına uygulanması gerektiğini

⁴²⁵ *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S 141.

⁴²⁶ *Carmichael v. Samyang Tires Inc.*, 923 F. Supp. 1517.

⁴²⁷ *Carmichael v. Samyang Tires Inc.*, 131 F. 3d 1433, 1435 (11. circuit 1997).

vurgulamıştır. Son olarak, Yüksek Mahkeme, eyalet mahkemesinin lastik analizine ilişkin bilirkişi tanıklığının kabul edilmemesine yönelik kararının mahkemenin takdir sınırları (*discretion*) içinde olduğunu belirtmiştir⁴²⁸.

Kumho Tire davasıyla birlikte, 702. madde kapsamında tüm bilirkişi tanıklıklarında, hâkime geniş takdir hakkı verilmesi ve bu sebeple oluşan esnek uygulamaların varlığı nedeniyle, yeknesaklaştırma zorunluluğu ve eğilimi doğmuştur⁴²⁹. Bu yaklaşım tarzı elbette ki *Frye* testi ve *Daubert* testinde takınılan yaklaşımdan daha tercih edilebilirdir. Çünkü *Frye* ve *Daubert* kararlarında kabul edilen unsurlar bazı mahkemeler tarafından sadece bilimsel bilirkişi tanıklığında uygulanmaktaydı. *Kumho Tire*'la birlikte, kabul edilebilirlik şartlarının her türlü bilirkişi tanıklığı için geçerli olduğu kabul edildi. Böylece diğer standartlar –*Frye* ve *Daubert*- tarafından tarih boyunca oluşan boşluk da doldurulmuş oldu.

(ff)- İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 702. Maddesini'nin Yarattığı Etki

Delillerin kabul edilebilirliklerine ilişkin içtihatları dikkate alan kanun koyucu 2000 yılında, İspata İlişkin Federal Kurallar'da değişiklik yapmıştır. Amaç, kanuni boşlukları doldurmak ve Federal Kurallar'da açık olmayan hususlarda netliği sağlamaktır. Değişiklikle birlikte 702. madde, güvenilirliğe (*reliability*) ilişkin olarak, üç şartın beraber uygulanmasını öngörmüştür. Bunlar: 1- Bilgi ve vakıaların yeterliliği, 2- Metod ve prensiplerin güvenilirliği, 3- Bu prensip ve metotların davanın vakıalarına uygulanmasındaki güvenilirlik⁴³⁰.

Eyalet mahkemeleri, *Frye* denetimi ve *Daubert* denetimi arasında seçim yapmışlardır. Şu an, yirmi beş eyalet *Daubert* analizini yahut da *Daubert* analizine çok benzeyen bir sistemi uygulamaktadır. On beş eyalet mahkemesi ve Kolombiya bölgesinin hala *Frye* denetimini uyguladığı, altı eyaletin ise *Frye* denetimini reddetmemekle birlikte *Daubert* analizi ile birleşen bir sistemi tercih ettiği, dört eyaletin ise kendilerine özgü bir sistemi benimsediği görünmektedir.⁴³¹

⁴²⁸ 526 U.S 141.

⁴²⁹ 526 U.S 153.

⁴³⁰ Godden / Walton, s. 273-274.

⁴³¹ Kendi sistemlerini üretilip benimseyen bu dört eyalet: Georgia, Utah, Virginia ve Wisconsin'dir. Özellikle Wisconsin'de uygulanan sistem zahmetli gözüke de bilirkişilik sisteminin düzgün

c- Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişi Delilinin Kabul Edilebilirliğine İlişkin Değerlendirmeler

Amerikan hukukunda, bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğine ilişkin olarak aşamalı bir ilerleme söz konusudur. İctihatlarla oluşmuş bir sistemin yanı sıra, içtihatların etkisiyle oluşan bir mevzuat hayat bulmuştur. Ancak hala bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğine ilişkin belirlenen unsurların eleştiri aldığı noktalar mevcuttur.

Bilirkişi tanıklığına olan güvensizlik ortamı İngiliz ve Amerikan hukukunda yarışmaktadır. Şöyle ki, İngiliz sisteminde bilirkişiler adli alandan uzak tutulmaya çalışılmaktadır. Amerikan mahkemeleri ise, bilirkişilere karşı değillerdir; fakat aynı zamanda onları çok da güçlü bir pozisyona taşımamaktadırlar. Amerikan hukuku, bilirkişi tanıklığının kabulüne ilişkin daha esnek; fakat daha titizlikle ele alınmış bir politika izlemektedir. Amerikan hukuku tarafından tercih edilen modelde, birçok usuli gerekliliğin yanı sıra, bilirkişinin statüsü ve saygınlığı da büyük önem taşımaktadır. Bu iki ülkenin bilirkişilik sistemine baktığımızda, ABD'nin İngiltere'ye göre bilirkişilik sistemine daha eleştirel yaklaştığını söyleyebiliriz. Amerikan mahkemeleri, bilirkişi talebini titizlikle ele almaktadır. Bu titizlik çerçevesinde, bilirkişilerin tıpkı hâkimmişçesine kullanılmaya çalışılmasını da hatalı bulmaktadırlar. İşte bu sebeple Amerikan mahkemeleri daha şüpheli bir yaklaşım takınmaktadır. İngiltere'de ise, mahkemeler bilirkişi talebini bu titizlikle ele almamaktadır. Bu doğrultuda, kabul edilebilirlik standartları İngiltere'ye göre ABD'de daha sıkıdır. Aslında bu farklılığın temel sebebi, Amerikan hukukunda jüri sisteminin yer alması ve kabul edilebilirlik şartları ile aslında jüri sisteminde delillerin kabul edilip değerlendirilmesinde yaşanan sorunların önlenmek istenmesidir. Bilirkişi delilinin güvenilir ve davayla bağlantılı bir delil niteliğinde olması halinde kabul edilebilir sayan Amerikan hukuk sistemi, bu konuda hâkimlere adeta mahkemenin koruyucuları, bekçileriymişçesine aktif bir rol vermiştir. İngiliz hukukunda ise jürili yargılamanın neredeyse yok oluşu delillerin kabul edilebilirliği konusunun daha esnek şekilde düzenlenmesine neden olmuştur.

ilerleyebilmesi adına yararlı görünmektedir. Şöyle ki, Wisconsin eyaletinde güvenilirliğe ilişkin tespit yöntemi reddedilmekte, bunun yerine üç aşamalı bir uygunluk denetimi yapılmaktadır: Öncelikle, mahkeme delilin uyuşmazlıkla ilgili olup olmadığını belirleyecek, sonra tanığın bilirkişi niteliğini haiz olup olmadığı incelenecek, son olarak da delilin vakıya hizmet edip edemeyeceğine bakacaktır, **Lustre**, s. 544. Bu araştırma 2009 yılı verilerine göre yapılmış olup, ayrıntılı bilgi için bkz. **Alice B. Lustre**, Annotation, Post-Daubert Standards for Admissibility of Scientific and Other Expert Evidence in State Courts, American Law Review, vol. 90, 2001, s. 481.

Türk hukuk sisteminde ise, jürili yargılamanın bulunmayışı, dellillerin kabul edilebilirliğine ilişkin yoğun çalışmalar yapılmasını gerektirmemiştir. Türk hukukunda, hâkimin kendisine sunulan delilin, geçerli kabul edilip incelemeye ve ispata esas alınmasının mümkün olup olmadığını; yani caiz delil olup olmadığını dikkate alması gerekmektedir. Hâkim, tahkikat aşamasında ikame edilmek istenilen delillerden hangisinin ispat için kabul edilebileceğini ve hangisinin kabul edilemeyeceğini gerekçeli olarak takdir etmektedir (HMK madde 189/4). Her ne kadar Türk hukukunda jürili yargılamanın bulunmayışı kabul edilebilirliğe ilişkin standartlar oluşturulmasını gerektirmemişse de, uygulamada Türk hâkiminin toplanan tüm delilleri doğrudan kabul etmesi Türk hâkimine madde 189/4 ile verilen takdir hakkının yeterli olamadığı sonucunu doğurmaktadır. Hâkimden hâkime değişebilecek delillerin kabul edilebilirlik ölçütünün tıpkı Anglo-Amerikan hukukunda olduğu üzere belirli standartlara bağlanması daha yerinde olacaktır. Elbette ki, Türk hukukuna önerilen bu standartların, bünyesinde jürili yargılamayı barındıran Amerikan hukuku kadar sıkı kural ve standartlara bağlanması gerekmeseydi de, hâkimlerin takdirlerine yön ve şekil verecek, benzer olaylarda birbirlerinden çok farklı kararların oluşmasını önleyecek nitelikte olması gerekmektedir. Bu sayede benzer olaylarda hâkimler arasında birbiriyle uyumlu ve tutarlı kararların verilmesi sağlanabilecektir.

Amerikan hukuku özellikle kabul edilebilirliğe ilişkin daha sıkı kurallara sahip olsa da, bilimsel delil olan bilirkişi tanıklığının sorunları hem Amerikan hukukunda hem de İngiliz hukukunda görülmektedir. Ve durum o kadar vahimdir ki, İngiliz hukuk sistemindeki avukatlar, bilirkişiliğe ilişkin sorunlarına Kıta Avrupası hukuklarında çözüm bulmaya çalışırken; incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarındaki avukatlar ise Anglo-Amerikan hukuklarında çare bulma çabası içindedirler⁴³².

3- Tarafların Fiziksel ve Ruhsal Olarak İncelenmesi (*Physical and Mental Examinations*)

Amerikan hukukunda, tarafların fiziksel ve ruhsal incelenmesi durumunda özel hükümler uygulanmaktadır (FRCP Rule 35). Bu tarz bir inceleme sıkı bir şekilde hâkimin yetkisine bırakılmıştır. Hâkim incelemenin nerede ve ne zaman yapılacağına,

⁴³² Browne / Williamson / Barkacks, s. 91.

inceleme yapacak kişiye, inceleme sırasında kimin bulunması gerektiğine, incelemenin kapsamına karar vermektedir (FRCP Rule 35). Taraflardan biri, diğer tarafın kendi bilirkişisi tarafından incelenmesini talep edebilmektedir⁴³³. Yüksek Mahkeme kararlarında tarafların fiziksel ve ruhsal olarak incelenmesini düzenleyen Federal Medeni Usul Kuralları'nın 35. maddesi tarafların fiziksel ve ruhsal olarak incelenmesi çerçevesinde mahremiyetin ihlalinin anayasal itirazdan (*free of constitutional difficulty as an invasion of privacy*) muaf olduğunu belirtmiştir⁴³⁴. Bu sebeple, bu yönde bir talebin çok dikkatli şekilde ele alınması gerekmektedir. 35. maddeye göre, inceleme ancak inceleme konusu yapılacak husus uyuşmazlık halindeyse ve hukuken geçerli bir sebep gösterildiği takdirde talep edilebilecektir⁴³⁵. Bu şartlar göz önüne alındığında Amerikan hukukunda hâkimin mahkemenin koruyucusu, bekçisi gibi hareket ederek bilirkişi delilinin kabul edilebilirliğine karar vermesi gerekmektedir. Örneğin hâkim taraflardan birinin fiziksel veya ruhsal incelemeye tabi tutulmasını, incelemenin tehlike oluşturmaması veya çok acı veren bir uygulamaya sahip olması gibi sebeplerle reddedebilmektedir⁴³⁶. Hâkim, inceleme talep eden tarafın inceleme konusu bilgilere daha kolay ve daha az zorlayıcı yöntemlerle ulaşmaya çalışmaması halinde⁴³⁷ veya dava dosyasında zaten dava konusuna ilişkin tüm tıbbi bilgiler yer almaktaysa⁴³⁸ inceleme talebini reddebilecektir.

Anlatılanlar ışığında, Amerikan federal hâkimlerin tarafların fiziksel ve ruhsal incelenmelerine ilişkin olarak yargılama içinde çok önemli rolleri bulunmaktadır. Fakat diğer taraftan uygulamada birçok incelemenin mahkeme talebi bulunmadan salt tarafların avukatları arasında oluşturulmuş bir anlaşmaya istinaden gerçekleştiği⁴³⁹ gerçeği hâkimin bu konudaki rolüne gölge düşürmektedir.

⁴³³ **Verkerk**, Fact-Finding in Civil Litigation, s. 174.

⁴³⁴ *Sibbach v. Wilson and Co.*, 312 U.S. 1; 61 S. Ct. 422; 85 L. Ed. 479; 1941 U.S. LEXIS 1032, *Schlagenhauf v. Holder*, 379 U.S. 104; 85 S. Ct. 234; 13 L. Ed. 2d. 152; 1964 U.S. LEXIS 152.

⁴³⁵ *Eeoc v. Autozone*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 53324.

⁴³⁶ **Friedenthal / Kane/ Miller**, s. 440.

⁴³⁷ *Marroni v. Matey*, 82 F.R.D 371, 1979 U.S. Dist. LEXIS 13486.

⁴³⁸ *Briesacher v. AMG Res. , Inc. ,* 2005 U.S. Dist LEXIS 37394.

⁴³⁹ **Friedenthal / Kane / Miller**, s. 440, dipnot 15.

C- Bilirkişilik Delili Kapsamında Hâkimin Rolünün Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 266. maddesine göre “*Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz*”. Buna göre maddenin ilk cümlesinden hâkimin sadece çözümü “özel⁴⁴⁰ veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde” bilirkişiye başvurabileceği; hukuki konularda ise bilirkişiye başvuramayacağı anlaşılmaktadır. Aynı doğrultuda maddenin ikinci cümlesinde de hukuki konularda bilirkişilik yapılamayacağı vurgulanmıştır. Böyle bir tekrarın amacı hukuki konularda uygulamada sıkça bilirkişiye başvurulması ve bunun önlenmeye çalışılmasıdır⁴⁴¹.

İlgili madde ışığında ayrıca hâkimin davanın taraflarının talepleri üzerine veya kendiliğinden bilirkişi incelemesi yaptırabileceğini anlamaktayız. Hâkimin bilirkişiye kendiliğinden başvurabilmesi, taraflar bilirkişi talebinde bulunmasa bile hâkimin gerekli gördüğü takdirde bilirkişiye başvurabileceği anlamına gelmektedir. Taraflarca gösterilmemiş bir bilirkişi delilinin hâkim tarafından yargılamaya dahil edilmesinin taraflarca getirilme ilkesine bir istisna tanıdığı kabul edilmektedir⁴⁴². Diğer taraftan eğer bilirkişiye başvurulması bir kanun hükmüne dayanmaktaysa bu durumda hâkimin bir takdir yetkisi bulunmamakta, bilirkişi incelemesi yaptırma zorunluluğu oluşmaktadır⁴⁴³. Bu duruma örnek olarak Türk Medeni Kanunu’nun 165. maddesinde

⁴⁴⁰ Burada bahsedilen “özel bilgi”den maksat, hukuk bilimi dışında, belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya çıkardığı sonuçlara ilişkin bilgidir. Bununla beraber, kimi zaman hukukun belirli alanlarına ilişkin hukuki bilginin de, özel bilgi kavramının kapsamı içerisinde değerlendirilerek bilirkişilik kurumunun kapısının hukuki konulara aralanmaya çalışılması konusunda bir eğilim mevcuttur. Bu sebeple “hukuk bilimi dışında” şeklinde bir ibareyle buna izin verilmediğine vurgu yapılmıştır, Hükümet Gerekçesi, m. 270.

⁴⁴¹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 778. Fransız hukukunda da açık bir düzenlemeyle hukuki bilirkişilik engellenmiştir. CPC article 238/3’e göre, bilirkişilerin hukuki bir konuda görüş bildirmesi yasaktır. Bununla beraber, Fransız hukukunda da, Türk hukukunda yaşandığı üzere, açık kurala rağmen bilirkişilerin, hâkimin yetki alanına girmeleri önemli bir sorun olarak gözlemlenmektedir. Hâkimler karmaşık gördükleri davalarda hemen hukuki bilirkişi tayin etmekte ve daha sonra bu bilirkişinin hazırladığı raporu aynen benimseyerek kararlarının temelini oluşturmaktadırlar, James Beardsley, Proof of Fact in French Civil Procedure, The American Journal of Comparative Law, vol. 34, 1986, s. 484-485.

⁴⁴² Yıldırım, Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, s. 837.

⁴⁴³ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 782.

belirtilen akıl hastalığı sebebiyle açılan boşanma davasında akıl hastalığının derecesini belirlemek için bilirkişiye başvurulma gerekliliğini gösterebiliriz.

Hâkim uyuşmazlık konusu vakıaları kendisi başka delillerle çözüme kavuşturabiliyorsa bilirkişi incelemesi yaptırmamalıdır⁴⁴⁴. Buna örnek olarak keşif yoluyla bir vakıanın aydınlatılması mümkün iken, hâkimin bilirkişi yoluna gitmesi gösterilebilir⁴⁴⁵. Böyle bir durumda hâkimin bilirkişi yoluna başvurmasına gerek olmayacaktır.

İngiliz hukukunda ise, İngiliz Medeni Usul Kuralları'nın 35.4. maddesinde "Mahkemenin bilirkişi delilini sınırlama yetkisi" başlığı altında ilk bentte davanın taraflarının hâkimin izni olmadan bilirkişiye başvuramayacağını ve hâkimin izni olmadan bir bilirkişi raporunu delil olarak sunamayacakları belirtilmektedir.

İngiliz hukukunda bilirkişi deliline başvurabilmek için hâkimin izninin varlığının aranması özellikle yargılamaya gereksiz yere bilirkişi davet edilmemesi amacıyla⁴⁴⁶. Bilirkişi delilinin hâkim iznine bırakılmasıyla hâkime gereksiz bilirkişi delilinin taraflarca yargılamaya dahil edilmesinin önlenmesi konusunda önemli bir kontrol yetkisi verilmiştir. Gereksiz bilirkişi delilinin önlenmesi yargılama masrafları açısından büyük önem taşımaktadır. Bu doğrultuda, örneğin bir bilirkişinin günlük aldığı ücret sıklıkla 1000 Pound'u geçmektedir. Dikkatli şekilde belirlenmemiş bir bilirkişi delili yargılamada gereksiz masraflara da beraberinde neden olacaktır. Taraflar hâkimin izni için başvurduklarında önerilen bilirkişilerin yaklaşık masrafları hakkında da bilgi vermek zorundadırlar. Böylelikle taraflar daha tutarlı ve ihtiyatlı davranarak hâkimin iznini almaya çalışmakta ve yargılamada bu çerçevede usul ekonomisi sağlanmış olmaktadır. Amerikan hukukunda ise, taraflar bilirkişi deliline istedikleri gibi başvurabilmekte, herhangi bir şekilde hâkimin izni gerekmemektedir. Ayrıca hâkime re'sen bu delile başvuru yolu da kapatılarak pasif bir rol verilmiştir.

Hâkimin bilirkişi incelemesine karar vermeden önce mutlaka diğer delillerin

⁴⁴⁴ Bolayır, s. 430.

⁴⁴⁵ Ömer Ulukapı, Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 9-10 Kasım 2001, Samsun Barosu ve İstanbul Barolar Birliği, s. 292, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/bilirkisilik_sempozyumu.pdf (Çevrimiçi 10/10/2015).

⁴⁴⁶ Sime, s. 383.

toplanmış olması gerekmektedir⁴⁴⁷. Çünkü bilirkişi incelemesinin önceden mahkemeye ibraz edilmiş belge ve mahkemeye sunulmuş tanık beyanlarının dikkate alınarak değerlendirilmesinden sonra yapılması gerekmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 267. maddesinde mahkemenin bilirkişi olarak sadece bir kişiyi görevlendirebileceği belirtilmektedir. Fakat maddenin ikinci cümlesine göre, birden farklı alandaki bilirkişinin biraraya gelerek rapor hazırlaması gerekiyorsa, böyle bir durumda hâkimin “tek sayıda” bir bilirkişi heyeti oluşturabileceği belirtilmektedir. Hâkimin birden fazla bilirkişi tayin edebilmek için buna gerekçe göstermesi gerekmektedir. Ayrıca, maddede özellikle “tek sayı”da bilirkişi atanmasının altı çizilmiştir. Tek sayıda bilirkişi seçimi önem arz etmektedir; çünkü birden fazla, çift sayıda bilirkişi seçildiği durumlarda⁴⁴⁸, aynı doğrultuda görüş açıklamak zorunda olmayan bilirkişiler eşit sayıda, iki farklı görüş bildirebilirler⁴⁴⁹. Böyle bir durumda hâkimde kanaat oluşması mümkün olmayacak ve hâkim yeni bir bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyacak ve yargılama süreci gereksiz yere uzayacaktır. 267. maddeyle birlikte bu sorunun önüne geçilerek, hâkimin sonradan karşılaşması muhtemel problem önlenmiş olmaktadır.

Ayrıca, hâkim işin niteliği ve davanın durumuna göre, aynı davada, farklı özel ve teknik konularda, farklı bilirkişilere başvurabilir veya farklı bilirkişi kurulu oluşturabilmektedir⁴⁵⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 273. maddesinde “Bilirkişinin görev alanının belirlenmesi” başlığı altında bilirkişi incelemesine karar veren hâkimin, iki tarafı da dinleyerek onların da görüşünü almak suretiyle bilirkişiye sorulacak soruların belirlenmesi düzenlenmektedir. Buna göre hâkimin, bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında bilirkişi incelemesinin konusuna, bilirkişinin cevaplaması gereken sorulara, raporun verilme süresine yer vermesi gerekmektedir.

Uygulamada yaşanan bir sorun olarak, bilirkişiden hangi konular çerçevesinde rapor hazırlaması gerektiği belirtilmeden, inceleme yapması istenilmesi gösterilebilir.

⁴⁴⁷ Bolayır, s. 430.

⁴⁴⁸ Seçilen bilirkişiler oybirliğiyle aynı yönde görüş bildirmişseler çift sayıda bilirkişinin seçilmiş oluşu mutlak bozma sebebi yaratmaz, Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 784.

⁴⁴⁹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 784.

⁴⁵⁰ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 784.

Genel bir ifadeyle “dosyanın bilirkişiye tevdiine”, “ tarafların iddia ve savunmaları karşısına bilirkişinin görüşünün alınmasına” gibi basmakalıp ifadelerle bilirkişiye başvurulmaktadır. Bu şekilde yapılan görevlendirme sonucunda bilirkişi de görev alanının neleri kapsadığını tam olarak bilemediği için kimi zaman hâkime yardımcı olamamakta, bazen de işlevinin sınırlarını aşp hukuki değerlendirmelere girşerek adeta hâkimmişçesine kararlar verebilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 273. maddesinde, mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 279/1. maddesinden farklı olarak, bilirkişinin görev alanının belirlenmesi bir zorunluluk olarak yer almaktadır. Böylece hâkim dava dosyasına tamamen egemen olduktan sonra maddi sorunlarla hukuki sorunları kesin çizgilerle birbirinden ayırarak, hangi maddi vakıa ya da vakıaların özel ve teknik bilgilere dayalı olarak aydınlatılmasını istiyorsa, bunları somut sorular halinde tereddüte yol açmayacak şekilde bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında belirtmek zorundadır⁴⁵¹. Aynı maddede, tarafların da görüşünün alınması gerekliliği, bilirkişi raporunun eksiksiz olabilmesi ve özellikle taraflarca gerçekleşmesi muhtemel itirazların önlenmesi açısından önem taşımaktadır.

Amerikan hukukunda da aynı doğrultuda, İspata İlişkin Federal Kurallar’ın 706. maddesinde, mahkeme tarafından atanan bilirkişilerin mahkeme tarafından görevlerinin kapsamı hakkında yazılı olarak bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Hükme göre, bu yazılı görev metni mahkeme memurları tarafından oluşturulabileceği gibi, tarafların da yer aldığı ve aynı zamanda katkıda bulunabildiği bir oturumda da oluşturulabilmektedir.

İngiliz hukukunda ise, İngiliz Medeni Usul Kuralları’nın 35.4. maddesinin ikinci bendinde, davanın taraflarının mahkemeye bilirkişi deliline başvurmak üzere talepte bulunduklarında, talep edilen bilirkişi delilinin tahmini ücret ve masraflarının yanı sıra bilirkişinin hangi alanda inceleme yapacağı⁴⁵² ve hangi meseleleri ele alması gerektiği

⁴⁵¹ HMK madde 273 Hükümet gerekçesi, TBMM, sıra sayı 393, s. 78. Aynı şekilde Fransız Usul Kanunu’nun 238. maddesinde üç tür bilirkişiden⁴⁵¹ biri olan “*technicien*” olarak adlandırılan bilirkişinin sadece incelemesi için görevlendirildiği noktalarda görüş bildirebileceği belirtilmektedir. Bilirkişinin tarafların yazılı onayı olmadan kendisinden istenenler dışında başka meseleleri inceleyemeyeceği de maddenin ikinci bendinde açıkça düzenlenmiştir. Maddenin son bendinde ise, bilirkişinin hukuki konularda görüş bildirmesi açıkça yasaklanmıştır. Böylece bilirkişinin hâkimin yetki alanına taşarak hukuki sorunlara el atması önlenmek istenmiştir.

⁴⁵² Uygulamada hâkim, belirli bir uzmanlık alanı için tarafların birden fazla bilirkişi talebinde

bu izin talebinde belirtilmelidir (CPR Rule 35.4 (2) (a)). İngiliz hukukunda hâkime, bilirkişinin görev alanının çerçevelenmesi ve bilirkişinin yönlendirilmesi konularında aktif bir rol verildiği dikkat çekmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 274. maddesine göre bilirkişi görüşünün alınmasına karar veren hâkimin, ara kararında bilirkişiye raporunu hazırlamak üzere üç ayı geçmeyecek uygun süreyi vermesi gerekmektedir. Bununla birlikte bu süre içinde bilirkişi raporunu hazırlayamadığı takdirde, mahkemeden bu sürenin uzatılmasını talep edebilmektedir. Hâkim üç ayı geçmemek şartıyla ve gerekçesini göstererek bu süreyi uzatabilir. Ayrıca hâkim raporun verilmesine ilişkin süreye uyma konusunda gerekli özenin gösterilmesini sağlamak üzere, bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararda disiplinler ve cezai yaptırımları da belirtilmelidir⁴⁵³.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, bilirkişinin öngörülen süre içinde raporunu vermemesi halinde ortaya çıkabilecek durum ve bu durumda söz konusu olan yaptırımlar ele alınmaktadır. Buna göre, belirlenen süre içinde raporunu teslim etmeyen bilirkişiyi mahkeme görevden alarak, yerine bir başka kimseyi bilirkişi olarak görevlendirebilecektir. Bu halde, mahkeme görevden alınan bilirkişiden görevden alındığı ana kadar gerçekleştirmiş olduğu işlemler hakkında açıklama ve bilirkişinin görevi sebebiyle incelenmek üzere kendisine verilmiş olan dosya ve eklerini mahkemeye hemen teslim etmesini talep eder. Buna ek olarak mahkeme, raporunu süresinde teslim etmeyerek yargılamanın sürüncemede kalmasına sebebiyet veren bilirkişi hakkında, hukuki ve cezai sorumluluğuna ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, gerekiyorsa disiplinler bir yaptırım olarak kendisine ücret ve masraf adı altında herhangi bir ödeme yapılmamasına karar verebilir. Ayrıca mahkeme gerekçesini göstererek yine disiplinler anlamda yaptırım olarak bölge adliye mahkemesi adli yargı adalet komisyonundan o kişinin bilirkişilik görevini icra etmekten belirli bir süre için yasaklanmasının veya listeden çıkarılmasının talep edilmesine karar verebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 278. maddesine göre bilirkişi, görevini mahkemenin sevk ve idaresi altında yürütmektedir. Maddenin ikinci bendine göre,

bulunmalarına sıcak bakmamakta, ancak çok makul sebeplerin varlığı halinde izin vermektedir, *JP Morgan Chase Bank v. Springwell Navigation Corp* [2007] 1 All ER (Comm.) 549.

⁴⁵³ HMK madde 274 Hükümet gerekçesi 278.

bilirkişi görev alanı veya sınırları hakkında tereddüde düşerse, bu tereddütlerin giderilmesini mahkemeden talep edebilir. Ayrıca maddenin üçüncü bendine göre bilirkişi raporunu hazırlarken gerekirse mahkemenin izniyle tarafların bilgisine başvurabilmektedir. Bununla birlikte bilirkişinin taraflardan birinin bilgisine başvuracağı durumlarda, hâkim tarafından hukuki dinlenilme hakkının gereği olarak taraflardan biri bulunmaksızın diğerinin dinlenemeyeceği hususu mutlaka belirtilmelidir. Aksi takdirde bu durum bilirkişinin huzurunda bulunmayan tarafça bilirkişinin tarafsız olmadığı iddiasıyla rapora itiraz sebebi olarak ileri sürülebilecektir⁴⁵⁴. Maddenin son bendinde bilirkişinin oy ve görüşünü açıklayabilmesi için bir şey üzerinde inceleme yapması zorunlu⁴⁵⁵ ise, ancak mahkeme kararıyla gerekli incelemeyi yapabileceği belirtilmektedir. Bu madde genel olarak değerlendirildiğinde hâkimin bilirkişinin görev alanını ve sınırlarını belirleyen, bilirkişinin görevini icrası sırasında, onu sürekli bir biçimde yönlendiren ve denetleyen aktif bir role sahip olduğu dikkat çekmektedir.

İngiliz hukukunda ise, Medeni Usul Kuralları'nın 35.8. maddesinde müşterek bilirkişiye bilgi verilmesi (*Instructions to a single joint expert*) başlığı altında, taraflardan her birinin bilirkişiye bilgi verebileceği, açıklama yapabileceği belirtilmektedir. Maddeye göre, eğer taraflardan biri bilirkişiye bilgi verirse aynı zamanda bunun bir kopyasını da diğer taraf(lar)a da göndermesi gerekmektedir (CPR Rule 35.8.(2). İngiliz Usul Kanunu'na ek nitelikteki "bilirkişiler ve hâkim yardımcıları" (*experts and assessors*) başlıklı Uygulama Yönergesinde de aynı uygulama tekrar edilmektedir (PD 35 para.6.1). Yine aynı maddenin üçüncü bendinde, bilirkişinin gerçekleştirmek istediği inceleme, deney, denetim faaliyetlerini ancak hâkimin izin ve talimatlarıyla gerçekleştirebileceği düzenlenmektedir.

Bilirkişi incelemesini tamamladıktan sonra görüşünü mahkemenin takdirine göre sözlü veya yazılı olarak mahkemeye sunar (HMK madde 279/1). Eğer mahkeme, bilirkişinin sözlü görüş bildirmesine karar vermişse, bu durumda bilirkişi mahkeme huzurunda duruşmada dinlenir ve söyledikleri tutanağa geçirildikten sonra kendisine imzalatılır (HMK madde 279/3).

⁴⁵⁴ **Baki Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt 3, Altıncı Baskı, İstanbul 2001, s. 2734.

⁴⁵⁵ Madde gerekçesine göre bilirkişinin keşif yetkisine dikkat çekilmektedir, HMK madde 178, Hükümet gerekçesi madde 282.

İngiliz hukukunda ise, hâkim bilirkişi delilinin mahkemeye sunulma şekline de karar vermektedir. Hâkim bu doğrultuda sadece bilirkişi raporuna dayanılmasına izin verebileceği gibi, bilirkişinin duruşmada sözlü olarak dinlenmesine de karar verebilmektedir⁴⁵⁶. Özellikle seri ve küçük taleplere ilişkin yargılamalarda hâkim, sadece adalet yararına (*interests of justice*) zorunluluk arz etmekteyse bilirkişilerin sözlü olarak dinlenmesine izin verecektir (CPR Rule 35.5(2)). Hatta çok yönlü (*multi-track*) yargılamalarda bile bilirkişilerin sözlü olarak dinlenmesi son çare olarak görülmektedir⁴⁵⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 281. maddesinde “bilirkişi raporuna itiraz” başlığı altında davanın taraflarının ve mahkemenin bilirkişi raporundaki eksiklik ve belirsizlikler sebebiyle itirazlarına ilişkin ek talep imkanlar düzenlenmektedir. Buna göre, mahkeme bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için bilirkişiden yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor talep edebileceği gibi, tayin edeceği duruşmada, sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da kendiliğinden isteyebilir. Hatta maddenin üçüncü bendinde daha ileri gidilerek mahkemeye gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görülürse yeni görevlendireceği bir bilirkişi aracılığıyla tekrar inceleme yaptırılmasına karar verme imkanı da tanınmaktadır (HMK madde 281/3).

Hâkim taraflardan farklı olarak bilirkişi raporuna itiraz edilmesi hususunda herhangi bir süreyle bağlı tutulmamıştır. Hatta hâkim taraflar bilirkişi raporuna itiraz etmemiş olsalar bile herhangi bir süreye tabi olmaksızın bilirkişi raporundaki eksikliklerin veya belirsizliklerin aydınlatılması için yeni sorular çerçevesinde bilirkişiden ek rapor alabilmekte veya gerek görürse yeni bir bilirkişi aracılığıyla incelemeye karar verebilmektedir⁴⁵⁸. Bu durum hâkimin taraflara nazaran daha aktif bir rol üstlendiğini göstermektedir⁴⁵⁹. Taraflarca bilirkişi raporuna itiraz üzerine, hâkimin usul ekonomisi ilkesi gereğince öncelikle aynı bilirkişi veya kuruldan itiraz edilen hususların aydınlatılması için ek rapor alınmasına karar vermesi gerekir.

⁴⁵⁶ Sime, s. 384.

⁴⁵⁷ Daniels v. Walker [2000] 1 WLR 1382.

⁴⁵⁸ Mücahit Tanverdi, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1991, s. 188.

⁴⁵⁹ Bolayır, s. 436.

Bununla beraber, hâkimin, itiraz üzerine aynı bilirkişi ya da bilirkişi kurulu tarafından açıklanması mümkün olmayan, özellikle ilk bilirkişinin uzmanlığı ve bilgisinin sorgulandığı durumlarda, yeni bir bilirkişiye başvurması daha uygun olacaktır⁴⁶⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282. maddesine göre hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirmektedir. Bilirkişi raporu takdiri bir delil olduğu için hâkimi bağlamamaktadır. Dolayısıyla hâkim mutlaka bilirkişi raporuna uygun karar vermek zorunda değildir. Bununla beraber, hâkim bilirkişi raporunu keyfi şekilde de değerlendirmemelidir. Bilirkişi raporunun aksi yönünde karar verecek hâkimin mutlaka bunun gerekçesini de göstermesi gerekmektedir⁴⁶¹. Gerekçe gösteremeyeceği, uzman olmadığı konulardaki bilirkişi raporuyla yetinmek istemiyorsa bu durumda tekrar bilirkişi incelemesi yaptırması gerekmektedir⁴⁶². Eğer hâkim bilirkişi raporundan yeterli bilgiyi edinmişse, raporun aksine de karar verebilir⁴⁶³. Aynı şekilde, hâkimin birden fazla bilirkişi raporundan ulaşacağı sonuca göre, hiçbir bilirkişi raporuna tam olarak uymayan bir karar vermesi de mümkündür⁴⁶⁴. Hâkimin bilirkişi raporu doğrultusunda karar verdiği durumlarda, kararını aynen bilirkişi raporuna dayandırması, sadece bilirkişi raporuna dayanarak bir gerekçe hazırlanması Yargıtayca “görünürde gerekçe” olarak kabul edilmekte ve böyle bir durumda hüküm tesisinin bilirkişi egemenliğine bırakılmış olduğu kabul

⁴⁶⁰ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 782.

⁴⁶¹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 791.

⁴⁶² Örnek olarak 19. HD., 10.03.2005, 13373/2443, (YKD 2005/7, s. 1051).

⁴⁶³ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 791; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt 3, s. 2780; Alangoya/ Yıldırım / Deren-Yıldırım, Tasarı, s. 397. Aksi görüşe göre, sahip olmadığı bir özel bilgi için üçüncü kişilere başvuran hâkimin, elde ettiği bilgileri nasıl takdir edebileceği sorusunun cevaplandırılmasının çok zor bir değerlendirme olduğuna dikkat çekilmektedir. Ayrıca hâkimin, takdiri delil olarak bilirkişi raporunu serbestçe takdir etmesi hakkının mutlak olmadığını; hâkimin kendi bilgisi yeterli olmadığı için bilirkişiye başvurduğunu, bu sebeple bilirkişi raporunu yeterli bulmazsa, sırf kişisel bilgisine dayanarak karar vermemesi ve yeniden bilirkişi incelemesine gitmesi gerektiği vurgulanmaktadır, Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, s. 754-56; Tanverdi, s. 123. Konuya bir başka bakış açısıyla yaklaşan Özbek'e göre ise, bilirkişi incelemesini yapabilmek için gerekli özel bilgiler, normal zekaya ve formasyona sahip bir kişi için güçlükle ulaşılabilir nitelikte ise, hâkimin bilirkişi raporundaki sonuçları tartışma konusu yapabilmesi oldukça zor olacak iken, söz konusu özel bilgiler, özellikle insan davranışları hakkındaki genel bilgilere ve tecrübe kurallarına dayandıkları için normal zeka düzeyine sahip bir insanın öğrenebileceği ve anlayabileceği türden ise, hâkim, bilirkişi raporundaki sonuçları kavrayabilmeli ve gerektiğinde tartışma alanına getirebilmeli ve hatta getirmelidir, Selçuk Özbek, Bilirkişi Raporunun Hâkimi Bağlamaması, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1615-1616.

⁴⁶⁴ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 791.

edilmektedir.⁴⁶⁵

II- Tanık Delili

A- Tanıkların Mahkemeye Çağırılması (*Witness Summons*) ve Sorgulanması

Bu başlık altında tanıkların mahkemeye davet edilmesi (*summons*) ve sorgulanmasına ilişkin hususlar hâkimin rolü çerçevesinde ele alınacaktır. Özellikle tanıkların sorgulanmasına⁴⁶⁶ ilişkin doğrudan sorgulama (*examination in chief*) ve çapraz sorgulama (*cross examination*) bakımından hâkimin rolüne vurgu yapılacaktır.

1- Anglo-Amerikan Hukukunda Sözlülük İlkesi ve Tanık Delili

İngiliz hukukunda, hem hukuk hem ceza yargılamalarının en önemli özelliği kural olarak sözlü olmasıdır⁴⁶⁷. Tanıkların mahkemede hâkim huzurunda yeminli şekilde kendilerine sorulan soruları cevaplamalarına verilen değer, yine aynı tanıklarca daha önceden verdikleri yazılı ifadelerin sahip olduğu değerden daha fazla olmakla beraber bu durum yeni kanuni düzenlemelerle değişime uğramıştır⁴⁶⁸. İngiliz hukukunda, Medeni İspat Kanunu'nun 1. maddesi ile birlikte üçüncü bir kişinin duruşma aşamasında hâkim önünde sorgulanmadan vermiş olduğu her türlü yazılı veya sözlü ifadeler kabul edilebilir delil kapsamına girerek⁴⁶⁹, bu ifadelerin dolaylı bir şekilde mahkemeye delil olarak sunulmaları mümkün olmaktadır. Burada bahsedilen daha önce detaylı bir şekilde ele aldığımız *hearsay* olarak adlandırılan dolaylı delildir. Burada önemli bir husus olarak her ne kadar taraf hâkimiyeti sisteminde etkili olan sert sözlülük ilkesi, dolaylı delilin kabul edilmesiyle sekteye uğramış gibi gözükse de, eğer taraflardan biri, bir kimseyi mahkemeye tanık olarak çağırmış veya tanık olarak

⁴⁶⁵ 15. HD., 31.01.2002, 4351/454, (YKD 2002/10, s. 1533).

⁴⁶⁶ Anglo-Amerikan hukukunda tanığa soru sorulmasını sorgu kavramı karşılamaktadır, **Serhat Sarısözen**, Genel Olarak Doğrudan Soru Yönelme, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 1443.

⁴⁶⁷ **Tapper**, s. 296. Sözlülük ilkesinin en büyük sakıncasının sürpriz sonuçlara açık olması olduğu belirtilmekte, bu sebeple taraf hasmının iddia ve savunmasına karşılık hazırlıksız yakalanabileceğine dikkat çekilmektedir, **Mehmet Kamil Yıldırım**, Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Alkım Yayınları, İstanbul 2003, s. 474.

⁴⁶⁸ **Tapper**, s. 296.

⁴⁶⁹ Bu durum aynı zamanda Medeni Usul Kuralları'nın 32.5. maddesinde de düzenlenmekte ve dolaylı delile açıkça izin verildiği burada da görülmektedir.

çağırarak eğilimindeyse bu durumda ilgili tanığın önceden vermiş olduğu yazılı ifadesi hâkimin izni olmadan delil olarak ileri sürülemeyecektir (Medeni İspat Kanunu madde 6/2(a)). Böylece dolaylı delilin kabulü hâkimin iznine bırakılarak aslında sözlülüğe olan bağlılık gösterilmiş olunmaktadır.

Amerikan hukukunda da sözlülük ilkesi büyük önem taşımaktadır. Özellikle hâkimin rolü çerçevesinde delillerden biri, örneğin tanığın yazılı ifadesi açık değilse, anlaması güç bir konuya yönelikse hâkimin tanığa konuyu aydınlatmak üzere ek sorular sorması, sorgulaması gerekecektir (FRE Rule 614). Dolayısıyla Amerikan hukukunda sözlülük ilkesinin dava malzemesinin mahkemeye sunulması ve hâkim tarafından doğrudan değerlendirilmesi açısından tercih edilmektedir⁴⁷⁰. Amerikan hukukundaki görüşe göre, yargılamada sözlülüğün tercihi ile, hâkim, avukatların uyumsuzluğa ilişkin temel iddiaları sözlü duruşmalarda özetleyerek, sade ve açık bir şekilde sunmalarını sağlayarak usul ekonomisini de sağlamış olacaktır⁴⁷¹.

2- İngiliz Hukukunda Tanık Delili⁴⁷² Bakımından Hâkimin Rolü

Taraf hâkimiyeti sisteminin temsilcilerinden olan İngiliz hukuk sisteminin temel özelliği tanıkların taraflarca veya taraf avukatlarınca sorgulanmasıdır⁴⁷³. Tanıkları esas olarak taraflar mahkemeye davet etmekte ve tanıklar tarafların tercihi doğrultusunda oluşan sıraya göre duruşmaya hâkim önüne çağrılmakta, bu noktada hâkim bir soruşturmacıdan ziyade hakem niteliğinde bir rol oynamaktadır⁴⁷⁴. İngiliz hukukunda

⁴⁷⁰ **Mark Spottswood**, Live Hearings and Paper Trials, Florida State University Law Review, vol. 38/4, 2010-2011, s. 863.

⁴⁷¹ **Jeffrey S. Gutman** (ed.), Federal Practice Manual For Legal Aid Attorneys, Sargent Shriver National Center on Poverty Law, 2004, http://www.lsnr.net/special/Federal_Practice_Manual_2004.pdf (Çevrimiçi 04.10.2015), s. 148; **Steven Lubet**, Modern Trial Advocacy, Analysis and Practice, National Institute for Trial Advocacy (NITA), Third Edition, Indiana 2010, s. 347.

⁴⁷² İngiliz hukukunda tanık delili hakkında kapsamlı bilgi için bkz. **Sara Cockerill**, The Law and Practice of Compelled Evidence in Civil Proceedings, Oxford University Press, Oxford, s. 2011.

⁴⁷³ **Tapper**, s. 291; **Dennis**, s. 536.

⁴⁷⁴ **Tapper**, s. 291; **Dennis**, s. 536; *R v. Grafton* [1993] QB 101, [1992] 4 All ER 609; 104, 610, 611. İrlanda hukukunda da hâkimin tarafların onayı olmadan mahkemeye re'sen tanık çağırması mümkün değildir, *Shea v. Wilson & Co.* (1916) 50 I.L.T.R 73 at 75. Aynı kural Avustralya hukukunda da söz konusudur, *Clark Equipment Credit of Australia Ltd* (1988) 14 N.S.W.L.R. 552. Bununla beraber, mahkemenin vermiş olduğu bir karara, emre uymama halinde (*civil contempt*) veya çocuk bakımına ilişkin yargılamalarda (*child care proceeding*) hâkim re'sen tanık çağırabilmektedir, *Eastern Health Board v. Mooney*, (naklen **Declan McGrath**, Evidence, Thomson Round Hall, Dublin 2005, s.72-73.) Bu istisnaların, bu yargılamaların yarı soruşturmacı doğasından kaynaklandığı dile getirilmektedir, *Eastern Health Board v. MK* [1999] 2 I.R 99.

hâkim ancak tarafların onayı ile mahkemeye tanık çağırabilmektedir⁴⁷⁵. Bununla beraber, hâkim tanıklar sorgulandıktan ve çapraz sorguya tabi tutulduktan sonra, tanıklara yönlendirici sorular (*leading questions*) sormakla yetkilidir ve hatta bazen zorunludur⁴⁷⁶. Ayrıca hâkim re'sen veya taraflardan birinin talebi üzerine dinlenmiş bir tanığı daha fazla bilgiye ulaşmak amacıyla karar verilinceye kadar herhangi bir zamanda yeniden mahkemeye de çağırabilmektedir⁴⁷⁷. Yani tanıkların mahkemeye çağırılması ve dinlenmesi hususunda taraflar esas role sahip olsalar da, hâkim davanın aydınlatılması için aktif şekilde hareket edebilmektedir.

Hâkimin bu yetkilerine ek olarak her ne kadar taraf hâkimiyeti sisteminde delillerin getirilmesinde keskin bir taraf egemenliğinin hala mevcudiyetini koruduğu sanılsa da hâkimin tanık delili çerçevesinde başka önemli yetkileri de bulunmaktadır. Bu yetkiler sayesinde hâkim yargılamayı aktif ve etkin şekilde yönetmekte, özellikle başlıca hedefler doğrultusunda yargılamanın en adil şekilde, en makul sürede ve masraflarla sonuçlandırılmasını sağlamaktadır. Bu doğrultuda hâkim: duruşmada dinlenecek tanıkların sayısını sınırlandırabilmekte (CPR Rule 35.1; CPR Rule 35.4); bazı vakıaların ispatı için gereken delillerin türü konusunda yol gösterebilmekte (CPR Rule 32.(1)(b)), bu delillerin mahkemeye nasıl sunulacağı konusunda da yönlendirme yapabilmektedir (CPR Rule 32(1)(c)).

Hâkim her bir tanığa, ilgili tanığı hangi taraf mahkemeye çağırmış olursa olsun, uyuşmazlığa ilişkin aydınlanmamış noktaları aydınlatmak üzere soru sorabilmektedir⁴⁷⁸. İngiliz hukukunda hâkimin gerçekleştirmiş olduğu bu rol, Türk hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde açıkça düzenlenmiş olan hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir örneğini teşkil etmektedir. Hâkim uyuşmazlığa ilişkin meselenin aydınlatılması için yönlendirici nitelikte sorular dahi

⁴⁷⁵ *Re Enoch and Zaretsky, Bock & Co's Arbitration* [1910] 1 KB 327; *Rowe v. Assistant Magistrate Pretoria, and Another* 1925 TPD 361. İstisnai olarak çocuğun bakımına ilişkin yargılamalarda (*child care proceedings*) hâkim tarafların onayı bulunmadan da tanığın mahkemeye çağırılmasını emredebilmektedir, *Re X (Children)* [2008] EWHC 242 (Family), [2008] 3 All ER 958.

⁴⁷⁶ *Currey v. Currey* [2004] EWCA Civ. 1799, [2005] 1 FLR 952, [20]. Eğer bir çocuğun menfaati zorunlu kılmaktaysa hâkim taraflara yönlendirici sorular sormak zorundadır, **Tapper**, s. 291, dipnot 230.

⁴⁷⁷ **Stephen Peté / David Hulme / Max du Plessis / Robin Palmer / Omphemetse Sibanda**, *Civil Procedure, A Practical Guide*, Oxford University Press, Second Edition, Southern Africa 2011, s. 261.

⁴⁷⁸ **Sime**, s. 429.

sorabilmekle birlikte, hâkimin yönlendirici sorularla taraf avukatlarının rolüne bürünerek savaş arenasına benzetilen bu çekişmeye dahil olmaktan kaçınması gerektiğinin de altı çizilmektedir⁴⁷⁹. Hâkim, özellikle taraf avukatlarının gerçekleştirdiği sorgulama ve çapraz sorgulama usulünün akışını bozmaktan kaçınmaya dikkat etmelidir⁴⁸⁰. Bununla beraber hâkim duruşma aşaması boyunca her türlü delilin ve sorulan sorunun kabul edilebilirliğine ilişkin başvuru ve itirazlara karar verecektir⁴⁸¹.

Belirtmek gerekir ki, tanığın öncelikle discovery aşamasında yazılı ifadesi (*witnesses' statements*) alınarak davanın diğer tarafına gönderilmektedir (CPR Rule 32.10). Yani tanık ilk olarak duruşma salonunda dinlenmemekte, tanığın uyuşmazlıkla ilgili vakıalara yönelik yazılı ifadesi duruşma öncesi aşamada davanın diğer tarafına gönderilmektedir. Çoğu zaman bu tanık ifadelerinin bir faydası da, daha yargılamanın başından, dava için gerekli olmayan delillerin yargılamadan çıkarılması veya sınırlandırılmasına yardımcı olmasında görülmektedir. Bir diğer önemli faydası da usul ekonomisine sağladığı katkıda görülmektedir. Taraflar bu sayede davanın esasını değerlendirerek yargılamanın başında anlaşma yoluna gidebilmektedirler⁴⁸². Böylece taraflar duruşma aşamasında dinlenecek tanıklardan sonra görecekleri tabloyu daha yargılama ilerlemeden görerek çoğu zaman anlaşma yolunu tercih etmektedirler. Bu sayede hem zaman kazanılmakta hem de gereksiz yargılama masrafları önlenmektedir. Diğer taraftan daha vakıaların tamamı toplanmadan ve uyuşmazlığa ilişkin esas meseleler belirlenmeden tanık deliline başvurulmasının gereksiz de olabileceği de dikkate alınmalıdır.

Hâkim, duruşma öncesi aşamada Medeni Usul Kuralları ile artan yetkileri doğrultusunda, ileri sürülen vakıaları belirleyebilmekte ve sınırlayabilmektedir. Böylelikle ispatlanması gerekmeyen, uyuşmazlık konusu olmayan vakıalar için de delil ileri sürülememektedir. Yine aynı şekilde hâkim, mahkemeye çağrılacak tanıkları belirleyebilmektedir. Ayrıca tanık ifadelerinin uzunluğunu ve şeklini sınırlayabilmektedir (CPR Rule 32.2(3)). Çoğunlukla tanık ifadesi usul ekonomisi

⁴⁷⁹ **Peté / Hulme / Plessis / Palmer / Sibanda**, s. 261-262; **Sime**, s. 429.

⁴⁸⁰ *Jones v. National Coal Board* [1957] 2 QB 55.

⁴⁸¹ **Sime**, s. 429.

⁴⁸² **Sime**, s. 358.

gereğince yazılı delil olarak kabul edilmektedir⁴⁸³. Bu durum taraflardan birinin mahkemeye davet ettiği tanığın sözlü tanıklık yapmasını da gereksiz kılmakla birlikte, hâkim tanığın mahkemede sözlü tanıklık yapmasına, daha önceki yazılı ifadesini genişletmesine ve yazılı ifadesini vermesinden sonra oluşan meseleleri sözlü ifadesine eklemesine izin verebilmektedir (CPR Rule 32.5(2), (3), (4)).

3- Amerikan Hukukunda Tanık Delili Bakımından Hâkimin Rolü

Federal Medeni Usul Kuralları'nın 611. maddesinde, "Tanıkların Sorgulanması ve Delillerin Sunulmasında Usul ve Sıra" (*Mode and Order of Examining Witnesses and Presenting Evidence*) başlığı altında Amerikan hâkiminin tanıkların sorgulanması ve delillerin sunumunun usul ve sırası üzerindeki denetim rolü ele alınmaktadır.

Öncelikle maddenin (a) bendine göre, Amerikan hâkimi tanıkların sorgulanması ve delillerin sunulması üzerinde makul bir kontrole sahip olmalıdır. Bu doğrultuda (1) Gerçeğin belirlenmesinde bu usulleri etkin hale getirmek, (2) Gereksiz zaman kaybından kaçınmak, (3) Tanıkları tacizden ve verilecek gereksiz rahatsızlıktan korumak hâkimin temel rolü olarak çerçevelenmiştir.

Böylelikle taraf hâkimiyeti sisteminin etkin şekilde işleyebilmesi için hâkime aktif bir rol verilerek (FRCP Rule 611(a)), hâkimin sağduyu ve adil yargılaması ile yargılama sırasında ortaya çıkacak birçok sorunun çözümlenmesi amaçlanmaktadır (FRCP Rule 611 (a)(1))⁴⁸⁴. Hâkim gereksiz zaman kaybettirecek tanık ve delillere takdir yetkisi doğrultusunda engel olacak ve hâkime özellikle bu noktada Federal Medeni Usul Kuralları'nın, kabul edilebilir nitelikte olup da zaman kaybına neden olacak delillerin yargılamadan hariç tutulmasını sağlayan 403(b) maddesi refakat edecektir⁴⁸⁵. Ayrıca, hâkimin tanıkların sorgulanması esnasında sorgulama taktikleriyle zor durumda bırakılarak utandırılmaları, rahatsız edilerek taciz edilmeleri de önlenmeye çalışılmış ve bu konuda da hâkime önemli bir rol verilmiştir. Bu noktada hâkim çapraz sorgulama esnasında tanıkların güvenilirliklerinin incelenmesi sınırında

⁴⁸³ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1370.

⁴⁸⁴ Notes of Advisory Committee on Proposed Rules, https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_611 (Çevrimiçi 09.05.2015).

⁴⁸⁵ Notes of Advisory Committee on Proposed Rules, https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_611 (Çevrimiçi 09.05.2015).

durarak elbette tanık ifadelerinin doğruyu yansıtıp yansıtmadığının ortaya çıkarılmasını sağlayan sorulara müdahalede bulunmayacak ve fakat tanıkları aşağılama, korkutma ve itibarını karalama seviyesindeki aşırıya kaçmış sorgulama yöntemlerine engel olacaktır. Dolayısıyla hâkim bu ince sınıra dikkat etmeli, ne gereğinden fazla müdahaleci olmalı ne de tanıkları gereğince korumayarak onları zor durumda bırakmalıdır.

Federal İspat Kanunu’nun 614(a). maddesinde “Hâkimlerin Tanıkları Mahkemeye Çağırması ve Sorgulaması” başlığı altında, açıkça hâkimin mahkemeye re’sen ve taraflardan birinin talebi üzerine tanık çağırabileceği belirtilmektedir. Aynı maddenin (b) bendine göre hâkimin, tanığı mahkemeye kim davet etmiş olursa olsun sorgulayabileceği de düzenlenmektedir. Maddenin (c) bendinde ise, tarafların, hâkimin mahkemeye çağırdığı veya sorguladığı tanıklara yönelik olarak hem mahkemeye çağırıldığı ve sorgulandığı hem de daha sonraki bir zamanda ve fakat jürinin yokluğunda itirazda bulunabilecekleri öngörülmektedir. 614. madde ile açıkça hâkime re’sen tanık deliline başvurma yetkisi sağlanarak aktif bir rol verilmektedir. Ayrıca tanığı mahkemeye kim davet etmiş olursa olsun, hâkimin söz konusu tanığı sorgulayabilmesi de hâkimin davanın aydınlatılması adına aktifleştirildiğinin önemli bir göstergesidir. Belirtmek gerekir ki, Amerikan hâkiminin re’sen tanık çağırabilmesi mümkünken İngiliz hâkiminin bu konuda pasif kalması ise dikkat çeken önemli bir farklılıktır.

Ayrıca, tanıklardan birinin sorgulanırken diğer tanıkların onu dinlemesi sakınca yaratmaktaysa bu durumda hâkim re’sen veya taraflardan birinin talebi üzerine söz konusu tanık veya tanıkların duruşma salonuna alınmamasını emredebilmektedir (FRE Rule 615). Hükmün dört istisnası söz konusudur. Bunlar: (a) Davanın gerçek kişi tarafları, (b) Taraf avukatlarınca belirlenen ve tarafın temsilcisi olarak tayin edilmiş gerçek kişi olmayan memur veya çalışan (c) Taraflardan birinin iddia veya savunması için temel önemi olan kişiler (d) Duruşmada bulunması kanunla belirtilen kişilerdir.

Sonuç olarak, Amerikan hukukunda tanıkların mahkemeye çağırılması ve sorgulanmasında hâkime aktif bir rol verilerek, taraf hâkimiyeti sistemine özgü tahkikatın taraf egemenliğinde gerçekleştirilmesi usulü yumuşatılmıştır. Elbetteki Kanun hâkimlere bu aktif rolü vermiş olsa da, hâkimlerin uygulamada kendilerine

tanınan bu yetkiyi benimseyerek kullanmaları için zamana ihtiyaçları olacaktır. Mevcut sistemde hala hâkimlerin tahkikate müdahil olmak konusunda çekimser oldukları bir gerçektir.

4- Tanık Delilinin Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

a- Genel Olarak

Türk hukukunda taraflarca getirilme ilkesinin hâkim olmasının bir sonucu olarak, tanıklar davanın taraflarınca gösterilmektedir. Tanıklar taraflarca gösterilebileceklerinden, hâkim kural olarak tarafların göstermediği bir tanığı dinlemek üzere mahkemeye re'sen davet edemeyecektir. Bununla beraber, hâkim gerçeğe ulaşma amacına hizmet etmek ve fiili eşitliği tesis etmek amacıyla⁴⁸⁶, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, tanık listesinde yer almasa bile, dermeyan edilmemiş olmakla birlikte “belirli delillere işaret eden ve usulüne uygun olarak yargılamaya aksetmiş bulunan dayanak noktalarının bulunması halinde⁴⁸⁷”, ilgili gördüğü kişiyi re'sen tanık olarak çağırıp dinleyebilecektir⁴⁸⁸.

Doktrinde savunulan aksi görüşe göre ise, gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesi, gerekse söz konusu Kanun'un diğer hükümleri göz önüne alındığında, hâkimin re'sen tanık deliline başvurabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, dava dosyasına usulüne uygun bir şekilde girmiş bulunan bilgi ve belgelerden anlaşılrsa bile, bu kişilerin hâkim tarafından re'sen tanık olarak davet edilmeleri mümkün görülmemektedir⁴⁸⁹. Aynı zamanda hâkimin davayı aydınlatma ödevinin, hâkimin esasen hangi durumlarda bir delile re'sen başvurabileceği veya taraflarca gösterilen bir delile hâkim tarafından başvurulmasının gerekli olup

⁴⁸⁶ **Alangoya**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, s. 168-169.

⁴⁸⁷ **Alangoya**, Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasıdaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, s. 89.

⁴⁸⁸ YHGK 1969 tarihli bir kararında, şahit D'nin dava konusu hakların davacıya ait olduğunu, bunların bir süre önce A ismindeki satıcıdan alındığını beyan ettiğini, A'nın verdiği faturanın da dosyaya ibraz edilmiş olduğunu, bunlar yeterli görülmediği takdirde A'nın da şahit olarak dinlenilmesi gerektiğini belirterek, A'nın dinlenilmemiş olması dolayısıyla soruşturmanın eksik kaldığına karar vermiştir, HGK 9.7.1969, 1967/İc. 404 K. 664 Ankara Barosu Dergisi 1969, s. 1132. Verilen şahit listesinde A bulunmamasına rağmen, Yüksek Mahkeme dosyadan anlaşılan şahidin dinlenmesi gerektiği yolunda karar vermiştir.

⁴⁸⁹ **Karaaslan**, s. 151-152.

olmadığını belirleyen bir müessese olmadığını, aydınlatma ödevinin ispatı gereken bir vakıaya ilişkin delil ibraz edilmemiş olması ya da delillere nasıl ulaşılabileceğine ilişkin bilgilerin eksik olması durumunda ve ispat yükünün kime düştüğü noktasında önem arz edeceği belirtilmektedir⁴⁹⁰. Biz doktrindeki bu aksi görüşe katılamamaktayız. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, sadece delillerdeki çelişkilerin ve belirsizliklerin giderilmesine yönelik olmayıp, aynı zamanda delillerin gösterilmesine de ilişkindir. Kanun'un 31. maddesinde hâkimin uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı hallerde, davayı aydınlatma ödevi kapsamında taraflardan delil göstermelerini isteyebileceği açıkça belirtilmekte; böylece hâkim taraflardan iddialarının ispatı için gerekli olan delilleri göstermelerini talep edebileceği gibi, gösterilmesi gereken delil türüne de işaret edebilmelidir⁴⁹¹.

Anglo-Amerikan hukukunda ise, tanık delili bakımından hâkimin daha aktif bir role sahip olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu kapsamda Amerikan hâkimleri re'sen ve taraflardan birinin talebiyle mahkemeye tanık çağırabilmektedir. İngiliz hukukunda ise, Amerikan hukukuna göre tanık delili bakımından daha pasif bir hâkim yer almaktadır; çünkü hâkim ancak tarafların onayı ile mahkemeye tanık çağırabilmektedir. Yine de taraflar dilekçelerinde belirtmemiş olsalar da, hâkim yargılamanın seyri açısından önem arz eden bir kimseyi tanık olarak tarafların onayına sunabilecektir. Bu durum İngiliz hâkiminin Türk hâkiminden daha aktif olabilmesini sağlamaya yetmektedir.

Diğer taraftan Anglo-Amerikan hukukunda hâkime özellikle dava yönetimi ve başlıca hedefler doğrultusunda davanın aydınlatılmasında önemli derecede aktif bir rol de verilmektedir. Bu yönde Türk hukukunda hâkimin aydınlatma yetkisi (HMK madde 31) yer alsa da, hâkime davanın aydınlatılması için verilen rol Anglo-Amerikan hukukuna göre daha sınırlıdır ve aynı zamanda hâkime verilen rol konusunda doktrinde hala görüş ayrılıkları⁴⁹² mevcuttur. Anglo-Amerikan hukukunda tanık deliline ilişkin hâkimin artan rolü dikkate alındığında, Türk hâkiminin yargılama

⁴⁹⁰ Karaaslan, s. 152.

⁴⁹¹ Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, s. 154.

⁴⁹² Yukarıda açıkladığımız, hakim tanık listesinde yer almasa bile, dermeyan edilmemiş olmakla birlikte "belirli delillere işaret eden ve usulüne uygun olarak yargılamaya aksetmiş bulunan dayanak noktalarının bulunması halinde", ilgili gördüğü kişiyi re'sen tanık olarak çağırıp dinleyip dinleyemeyeceğine ilişkin görüş ayrılığından bahsedilmektedir.

içindeki rolünün yetersiz kaldığı ve bu doğrultuda hâkime daha aktif bir rol verilmesi gerektiğini söylemek yerinde olacaktır.

Tanık gösteren tarafın tanık dinletmek istediği vakıayı ve dinlenilmesi istenilen tanıkların adları ve soyadları ile tebliğe elverişli adreslerini içeren tanık listesini mahkemeye ibraz etmesi gerekmektedir (HMK madde 240/2). Tanık listesinde tanığın kimliği belirtilmekle birlikte, adres gösterilmediği veya gösterilen adreste tanık bulunmadığı takdirde hâkimin tarafa adres göstermesi için işin niteliğine uygun kesin bir süre vereceği⁴⁹³; bu süre içinde adres gösterilmemesi veya gösterilen yeni adresin de doğru olmaması halinde, o tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılacağı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 240/3. maddesinde öngörülmektedir.

Tarafların davanın başında tanık listelerini dava ve cevap dilekçesine ekleyerek sunmalarına bir engel bulunmamakla beraber, tanık listelerini dilekçelerin teatisi aşamasında mahkemeye tevdi etmeleri zorunluluk arz etmemektedir⁴⁹⁴. Dava ve cevap dilekçesine sadece yazılı belgelerin eklenmesi gerektiğinden, tanık listesi de bu anlamda dilekçeye eklenecek belgeler arasından sayılmadığından⁴⁹⁵, hâkimin tanık listesini dilekçelerin değişimi aşamasında istemesi kanuna uygun olmayacaktır⁴⁹⁶.

b- İkinci Tanık Listesi Verilmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 240/2. maddesi gereğince taraflarca ikinci bir tanık listesi verilmesinin yasak olması ve Kanun'da tanık listesinin ne zaman ibraz edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaması, doktrinde birtakım belirsizliklere neden olmuştur. Bu doğrultuda, iki önemli sorun akla gelmektedir. 1-Tanık listelerinin istenebilmesi en makul ne zaman mümkündür, ve 2-Taraflar dilekçelerin teatisi aşamasında tanık listelerini vermişlerse bu durumda hâkimin tanık listelerini talep ederek verdiği kesin süre sonunda yeniden tanık listesi verebilecekler midir?

⁴⁹³ Hâkim tarafından belirlenen süreler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Hülya Taş Korkmaz**, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hâkimin Belirlediği Süreler ve Bu Sürelerin Hukukî Dinlenilme Hakkı İle İlişkisi, MİHDER 2008/2, Sayı 10, s. 419 vd.

⁴⁹⁴ **Pekcanıtez / Atalay / Özekes**, s. 507; **Umar**, s. 355.

⁴⁹⁵ **Ejder Yılmaz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 829.

⁴⁹⁶ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, s. 25.

Hâkimin daha davanın başında sadece dava ve cevap dilekçelerini inceleyerek davada tanık dinlenmesinin mümkün olup olmadığını doğru şekilde tespit etmesi mümkün gözükmemektedir. Hem tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde farklı iddia ve savunmaları mahkemeye taşıyabilmeleri (HMK madde 141/1) hem de taraflar arasında hangi vakıaların ihtilaflı olduğu ve bu vakıaların ispatı için tanık dinletilmesinin mümkün olup olmadığı ancak bütün iddia ve savunmalar toplandıktan sonra belirlenebilecektir⁴⁹⁷. Bu sebeple tanık listelerinin istenebilmesi için öncelikle dilekçeler teatisi tamamlanarak, taraflar arasında hangi vakıaların ihtilaflı olduğunun belirlenmesi ve dosyadaki iddia ve savunmalar ile deliller incelenerek ihtilaflı vakıaların ispatı için tanık dinletilip dinletilmeyeceğinin ispatı gerekir⁴⁹⁸. Bütün bu yargılama işlemleri de en erken ön inceleme aşamasında gerçekleştirilebilecektir. Ön inceleme aşamasında, uyuşmazlığın çözümü için hangi delillerden yararlanılması gerektiğine ilişkin tespitlerin isabetli olup olmadığı ancak tahkikat aşamasında anlaşılmaktadır. Çünkü ön inceleme aşamasında tahkikate hazırlık işlemleri yapılmakta, tanık listesi verilmiş olsa bile, ön inceleme aşamasında tanık dinlenilmesi söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla doktrindeki ağırlıklı görüşe⁴⁹⁹ uygun olarak tanık listesinin sunulma zamanı bakımından tahkikat aşamasında kesin süre verilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Yukarıda sorduğumuz ikinci soruya yönelik olarak açıklamalarımız ise şu şekilde olacaktır: Doktrinde taraflar tanık listelerini dilekçeleriyle birlikte ibraz etmiş veya dilekçelerinde tanıkların isimlerini ve adreslerini bildirmiş oldukları takdirde, hâkimin tanık listesinin ibrazı için tahkikat aşamasında süre vermesinin gerekmediği, bu yüzden de tarafların ayrıca tanık listesi sunmalarına gerek olmayacağına ilişkin görüşler bulunsun da⁵⁰⁰, uygulamada tahkikat aşamasında hâkim tarafından verilen kesin süreyle tanık listesinin ibrazı için gerekli süre işlemeye başladığından, henüz süre başlamadan dilekçesiyle birlikte tanık listesini verdiği gerekçesiyle, tarafı tahkikat aşamasında tanık gösterme imkanından mahrum etmeyi ispat hakkı

⁴⁹⁷ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, s. 25.

⁴⁹⁸ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, s. 25.

⁴⁹⁹ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, s. 25; **Bolayır**, s. 408; **Yılmaz**, Şerh, s. 891-892; **Bilal Köseoğlu**, Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme ve Uygulaması, Bilimsel ve Yargısal Görüşler, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 299.

⁵⁰⁰ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, s. 38; **Mesut Ertanhan**, Medeni Usul Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s. 186.

bakımından uygun görmemekteyiz. Tarafı tanık listesini sırf önceden ibraz ettiği gerekçesiyle, tahkikatte hâkim tarafından tanınan kesin süre içinde yeni bir tanık listesi ibraz edip yeni tanıklar göstermekten mahrum etmek, ispat hakkıyla bağdaşmayacağı gibi; hukuki dinlenilme ve adil yargılanma haklarına da zarar verecektir⁵⁰¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 240/2. maddesinde düzenlenen ikinci tanık listesi verme yasağının madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere kamu düzenine ilişkin bir kural olmasından ötürü hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Buna rağmen, hâkim yeni bir tanık listesinin ibraz edilmesine izin vermiş ve tanıkları dinlemiş olsa bile, sonradan dinlenen tanıkların beyanlarına dayanarak hüküm oluşturamayacak ve karşı tarafın ikinci tanık listesinin ibrazına rıza göstermesi mahkemeyi bağlamayacaktır⁵⁰².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 240/1 kapsamındaki ikinci tanık listesi yasağı sadece tanık dinletilecek vakıa bakımından geçerli olmakta, farklı vakıaların varlığı halinde her bir vakıanın ispatı için ayrı ayrı tanık listesi verilebilecektir⁵⁰³.

Hâkimin re'sen tanık dinleyebileceği hallerde ise, hâkimin kendiliğinden dinlediği veya dinleyeceği tanıklar hakkında taraflar tanık listesi vermedikleri için, ikinci tanık listesi verme yasağı da söz konusu olmayacaktır. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ve çekişmesiz yargı işlerinde de, hem taraflar hem de hâkim re'sen delil toplayabildiğinden, ikinci tanık listesi verme yasağı uygulanmamaktadır⁵⁰⁴.

Doktrindeki bir diğer tartışma da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesinde öngörülen aslında doğrudan tanık deliline yönelik olmayan ve fakat bütün delillere yönelik olarak öngörülen düzenlemeye ilişkindir. Bu madde çerçevesinde, bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşımıyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkemenin o delili sonradan gösterilmesine izin verilmesi durumunda ikinci tanık listesi

⁵⁰¹ Bolayır, s. 409.

⁵⁰² Ertanhan, s. 193; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 417; Postacıoğlu, s. 648.

⁵⁰³ Bolayır, s. 421.

⁵⁰⁴ Ertanhan, s. 173; Evrim Erişir, Medeni Usul Hukukunda Tanık Listesi, İzmir Barosu Dergisi, 2007/Ocak, s. 199-200; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 433.

verilmesine de izin verilebilecek midir?

Doktrinde, ikinci tanık listesi verme yasağının Kanun'un 145. maddesindeki şartlar gerçekleştiği takdirde aşılabileceği, 145. maddenin tüm deliller için öngörüldüğü, bu sebeple de yeni tanık da gösterilebileceği belirtilmektedir⁵⁰⁵.

Doktrinde bizimde katıldığımız görüşe göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 240. maddesi gereğince ikinci tanık listesi verilmesi açıkça yasaklandığından ve bu kural kamu düzenine ilişkin olduğundan, tarafların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesi uyarınca tanık dışındaki deliller için başvurabilecekleri, ikinci tanık listesi verme yasağı nedeniyle yeni tanık listesi verilemeyeceği savunulmaktadır⁵⁰⁶. İkinci delil listesi oluşturma yasağına karşın, yeni delil ileri sürülmesine izin veren bir istisna hükmünün tanık listesine ilişkin olarak düzenlenmediği, böyle bir yasağa da istisna tanınmak istenseydi kanun koyucunun ilgili maddeye açık bir hüküm koyabileceği kanısındayız. Bu durumda sonuç olarak Kanun'un 145. maddesi çerçevesinde olmak üzere, hâkimin izniyle dahi yeni tanık listesi verilememesi gerekmektedir.

Anglo-Amerikan hukukunda ise tanık listesi verilmesine yönelik herhangi bir sınırlandırıcı hüküm ve uygulama yer almamaktadır. Bununla birlikte jürili yargılamalarda ise, İngiliz hukukunda jüri karar vermek üzere odasına çekildiği zamandan sonra ilave delil ileri sürülmesi mümkün değildir⁵⁰⁷. Eğer ilave delil (ihmal edildiği için ortaya çıkmamış bir delil olmadıkça) jürinin karar vermek üzere çekilmesinden sonra ortaya çıkarsa, bu durumda jüri görevden alınacaktır⁵⁰⁸. Bu

⁵⁰⁵ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrası, s. 42; **Yılmaz**, Şerh, s. 906.

⁵⁰⁶ **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 369; **Bolayır**, s. 425-426.

⁵⁰⁷ *R v. Davis* (1975) 62 Cr. App. Rep. 194. Avustralya hukukunda ise, durum İngiliz hukukundaki kadar sert değildir. Jüri karar vermek üzere odasına çekildikten sonra keşif incelemesi gerçekleştirilebilmektedir, *R. v. Delon* (1992) 29 NSWLR 29.

⁵⁰⁸ *R. v. Kaul and Collin* [1998] Crim. LR 135. İrlanda'da ise, Yüksek Mahkeme hâkimin jüri karar verinceye kadar mahkemeye tanık çağrılmasına izin verme konusunda takdir hakkının bulunduğu karar vermiştir, *The People (A-G) v. O'Brien* [1963] IR 65. İrlanda hukukundaki bu yöndeki uygulamaya ilişkin kuralın İngiliz hukukunda da uygulanması konusunda tavsiye kararı verilmiştir, Criminal Law Revision Committee, 11. Report Evidence (General) (Cmnd 4991, 1972), 216 (naklen **Tapper**, s. 293, dipnot 257). Bununla beraber İngiliz hukuku, sonradan gelen tanığın ayrıca çapraz sorgulamaya da tabi tutulması gerekeğinden ve bu doğrultuda da başka tanıkların da dinlenmesi önerilebileceğinden, yargılama içindeki düzenin korunmasını amaçlayarak ilave delile izin vermemektedir, **Tapper**, s. 293.

doğrultuda yeni bir duruşma gerçekleştirileceğinden, yeni bir jüri tayin edilmesi gerekecektir.

Bununla beraber, jüri karar verme aşamasına geldiğinde artık hâkim mahkemeye tanık çağıramayacaksa da, hâkimin makul bir sebep bulunduğu takdirde, bunu yapmaya takdir hakkı bulunmaktadır⁵⁰⁹. Uygulamada istinaf mahkemesi de hâkimin bu takdir hakkına müdahalede bulunma eğiliminde bulunmamaktadır⁵¹⁰. Sonuç olarak hâkim her ne kadar delillerin sunulmasına ilişkin mühletler dolmuş olsa da, takdir hakkı çerçevesinde yargılamanın seyri için ilave delil sunulmasına bazı sınırlı durumlarda izin verebilmektedir. Bu da hâkimin yargılamanın hakemi konumunda olmadığı ve tam tersine adaletin en doğru şekilde gerçekleşmesi adına akif bir rol aldığı çok önemli bir göstergesidir.

Amerikan hukukunda ise, Federal Medeni Usul Kuralları'nın 59. maddesine göre hâkim tarafların talebi üzerine veya re'sen uyuşmazlığa ilişkin meselelerin bir kısmı veya tamamına yönelik olarak yeniden duruşma yapılmasına karar verebilmektedir. Hâkim yeni duruşma yapılmasına hem jürili hem de jürisiz yargılamalarda karar verebilmekle birlikte (FRCP Rule 59 (1)(A), (B)) jürisiz gerçekleşmiş bir duruşmadan sonra yapılmasına karar verilen yeni bir duruşmada ek tanık ifadelerine başvurabileceği gibi, vakıalara ilişkin bulgulara ve vakıaların hukuki nitelendirilmesi; yani altlama faaliyetinde değişiklikler yapabilmekte ve sonuç olarak yeni bir karara varabilmektedir. Yeni duruşma yapılması talebi kararın verilmesinden itibaren en geç yirmi sekiz gün içinde yapılmalıdır (FRCP Rule 59(b)).

c- Tanığa Soru Kağıdı Gönderilmesi

Tanık delili çerçevesinde hâkimin rolünün söz konusu olduğu bir diğer husus ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesinde düzenlenen tanığa soru kağıdı gönderilmesidir. Maddeye göre hâkim, gerekli görülen hallerde, sözlü olarak dinlenmesi yerine, belirlenecek süre içinde cevaplarını yazılı olarak bildirmesi için tanığa soru kağıdı gönderilmesine karar verebilmektedir⁵¹¹. Bu şekilde işlem yapılması, tanığın vereceği cevabın hükme yeterli olup olmadığı hususunu hâkimin

⁵⁰⁹ *R v. Cleghorn* [1967] 2 QB 584, [1967] 1 All ER 996; *R v. Tregear* [1967] 2 QB 574, [1967] 1 All ER 989.

⁵¹⁰ **Tapper**, s. 293.

⁵¹¹ **Postacioğlu / Altay**, s. 722.

takdir etmesine engel olmaz. Hâkim, verilen yazılı cevapların yetersiz olması halinde, tanığı dinletmek üzere mahkemeye davet edebilir. Tanığa soru kağıda gönderilerek ifadesinin alınması usulü Türk hukukunda istisnai bir hükümdür; çünkü tanığın mahkeme huzurunda dinlenmesi esastır (HMK madde 259/1). Asıl dinlemenin mahkeme huzurunda olmasının temel sebebi ise tanığı doğruyu söylemeye teşvik etmektir⁵¹².

Tanığa soru kağıdı gönderilmesine ilişkin hükmün gerekçesinde mahkemenin takdirini özel durumlara göre gayet ölçülü kullanması gerektiği vurgulanmış ve hatta kanun koyucu bu sebepleri, hüküm gerekçesinde örnek olarak saymıştır. Bu sebepler: zaman, uzaklık, gider konuları, tanığın dış ülkede bulunması, mahkeme önünde dinlenmesi için zorunluluk bulunmaması, tanığın yazı ile cevap verebilecek bir kimse olması olarak sıralanmıştır. Hâkimin somut olaya göre tanığa soru kağıdı gönderilip gönderilmemesini dikkatli şekilde değerlendirerek, doğrudanlık ilkesinin istisnası olan bu hükmün medeni usul hukuku ilkelerine zarar vermemesini sağlamalıdır. Örneğin, hâkimin somut olaya göre başkaca deliller mevcut değilse sadece zaman ve masraftan tasarruf etme düşüncesi ile tanıkların mahkeme huzurunda dinlenilmesinden vazgeçilmesi, yeterli bir gerekçe olmamalıdır⁵¹³. Doğrudanlık ilkesinin istisnası olarak uygulanan bu hükmün, hâkimin gerekli gördüğü hallerden, yüzyüzelik gerektirmeyen ya da çok önemli olmayan hallerin anlaşılması yerinde olacaktır⁵¹⁴.

Aynı maddeye göre hâkim, verilen yazılı cevapların yetersiz olması halinde, tanığı dinlemek üzere mahkemeye davet de edebilir. Bu yetersizlik hali, tanığın yazılı ifadede verdiği cevapların kısa olması, birkaç anlama gelebilecek ifadeler taşıması veya tanığın soruları kasıtlı şekilde anlamazdan gelerek cevaplaması olarak ifade edilebilir⁵¹⁵.

Ayrıca, tanığa soru kağıdı gönderilmesine karar verildiğinde, muhatap yerine

⁵¹² **Ertanhan**, s. 241.

⁵¹³ **Mine Akkan**, Medeni Usul Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 16, Özel sayı 2014, Basım Yılı 2015, s. 583.

⁵¹⁴ **Mustafa Kılıçoğlu**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 1082.

⁵¹⁵ **Kılıçoğlu**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, s. 1082.

tebligatın, muhatap adına tebligatı alan kişiye, örneğin evindeki hizmetçiye, işyerindeki sekretere, teslim edilmişse, cevap olarak mahkemeye gönderilen yazının gerçekten tanığın gönderdiği bir yazı olup olmadığı açısından güvenilirliğini hâkim takdir edecektir⁵¹⁶. Hâkimin, yazılı tanık ifadesinin güvenilirliğinden kuşku duyması halinde ise, tanığa yazının onun tarafından yazılıp yazılmadığının sorulması için, mahkemeye gönderilen yazılı tanık ifadesi de eklenerek, istinabe olunan mahkemeye gönderilmek suretiyle istinabeye başvurulmasının, hatta duruma göre tanığın ifadesinin istinabe yoluyla alınması yoluna gidilmesinin yerinde olacağı belirtilmektedir⁵¹⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanun'daki bu yeni düzenlemeyle hâkime, tanığa soru kağıdı gönderilmesiyle ilgili olarak geniş bir takdir hakkı verilmiş, böylece hâkim somut olaya göre karmaşık olmayan konularda, tanığın ifadesinin doğruluğuna güvenilebilecek durumlarda yargılamanın daha az masrafla yürütülmesi ve hızlandırılmasını sağlayabilecektir⁵¹⁸. Aslında Türk hâkimine bu hükümle verilen takdir hakkı, özellikle İngiliz hâkimine yargılamanın seyrinin usul ekonomisine uygun şekilde yürütülebilmesi için verilen dava yönetimi rolüne benzemektedir. İngiliz hukukunda tek tek usul hükümlerinde hâkime bu tarz takdir hakkı tanımak yerine, dava yönetimi ve başlıca hedefler çerçevesinde genel bir takdir hakkı verilmiştir. Hâkim yargılamanın başından sonuna kadar başlıca hedeflerin ışığında, somut olaya uygun şekilde bu takdir hakkını kullanmaktadır. Bu şekilde geniş bir takdir hakkı hâkimi daha aktif bir role sahip olmasını sağlarken, diğer taraftan hâkimin bu takdir hakkının her somut olaya göre yorumlanması sorunu ile karşı karşıya kalmasına neden olabilecektir. Bu noktada hâkimin, takdir hakkını yargılamanın adil, süratli ve ekonomik şekilde yürütülmesi için ölçülü ve dengeli bir şekilde kullanması gerekmektedir.

⁵¹⁶ Umar, Şerh, s. 772; Akkan, s. 592.

⁵¹⁷ Umar, s. 772.

⁵¹⁸ Akkan, s. 605.

B- Doğrudan Sorgulama (*Examination in Chief*), Çapraz Sorgulama (*Cross Examination*) ve Hâkimin Rolü

1- Doğrudan Sorgulama ve Yönlendirici Sorular

a- Doğrudan Sorgulama

Bu normal tür sorgulamada çapraz sorgulamadan farklı olarak, sadece tarafların kendilerinin mahkemeye çağırdıkları tanıkları hâkim huzurunda sorguya çekmeleri söz konusu olmaktadır⁵¹⁹. Doğrudan sorgulamada tanıklara uyuşmazlık konusu vakıalar hakkında her türlü sorunun sorulması mümkündür⁵²⁰. Bununla beraber, doğrudan sorgulamanın çapraz sorgulamadan en önemli farkı, doğrudan sorgulamada taraflara yönlendirici sorular (*leading questions*) sorulamamasıdır⁵²¹. Doğrudan sorgulama ile çapraz sorgulama arasındaki diğer temel fark ise, doğrudan sorgulamada tanıklara uyuşmazlık konusu vakıalara ilişkin olarak soru sorulabilmekteyken; çapraz sorgulamada asıl amaç tanığın doğrudan sorgulamada verdiği ifadenin doğruluğu ve gerçeklik değerinin ortaya çıkarılması olduğundan esas olarak tanığın itibar ve güvenine ilişkin sorular sorulmaktadır⁵²². Böylece çapraz sorgulama esnasında, tanığın güvenilirliği, yaşam tarzı, hataları, suçları gibi kişiye özgü inanılabilirliğine ilişkin sorularla, doğrudan sorgulama esnasında verdiği ifadeye ne ölçüde inanılması gerektiği ortaya çıkarılmakta, çoğu zaman kişinin güvenilirmez biri olduğu yönlendirici sorularla vurgulanarak doğrudan sorguda verdiği ifade çürütülmeye çalışılmaktadır.

b- Yönlendirici Sorular

Yönlendirici sorulardan, tanığın tanıklık yaptığı uyuşmazlığa ilişkin vakıanın gerçekten varolduğunu varsayan veya arzu edilen cevabı yönlendiren sorular anlaşılmaktadır⁵²³. Kısaca yönlendirici soruların cevapları evet ya da hayır şeklinde olmaktadır. Örneğin, Bay A'nın, Bayan B'ye tokat attığını gördünüz mü? şeklinde sorulan bir soru yönlendirici soru olarak kabul edilmekte, bu soru ile tanık belirli bir cevabı vermek konusunda yönlendirilmiş olmaktadır. Bunun yerine, doğrudan

⁵¹⁹ **Tapper**, s. 294; **Dennis**, s. 570-571.

⁵²⁰ **Dennis**, s. 573.

⁵²¹ **Dennis**, s. 585.

⁵²² **Dennis**, s. 597; *Hobbs v. Tinling and Co. Ltd.* [1929] 2 K.B 1 at 18-19 CA.

⁵²³ **James Fitzjames Stephen / Harry Lushington Stephen / Lewis Frederick Sturge**, A Digest of the Law of Evidence, Macmillan, Twelfth Edition, London 1946, article 140, s. 165.

sorgulama esnasında tanığa yukarıda verdiğimiz yönlendirici soru şeklinde bir soru yerine, “Olay günü her hangi bir şey gördünüz mü, eğer gördüyseniz ne gördünüz” şeklinde bir soru doğrudan sorgulamanın yapısına uygun kabul edilmektedir. Bir başka örnek olarak “Bayan B ile internette ne zaman konuşmayı bıraktınız?” şeklinde bir soru hileli olarak görülmekte ve itiraz edilebilir bir soru olarak görülmektedir. Özellikle bu şekilde cevabı uyumsuzluk konusu vakıanın var olduğunu farzeden sorular doğrudan sorgulamada tanığa haksızlık olarak görülmekte ve hâkim tarafından kabul edilmemektedir⁵²⁴. Bununla beraber bu tarz sorular diğer tarafın avukatı tarafından itiraz edilerek hâkim tarafından reddedilse dahi, jüri bu tarz soru ve cevaplardan etkilenebilecektir. Zaten bu tarz hileli soruların yöneltilmesinin en temel sebebi de budur.

Doğrudan sorgulama türünde yönlendirici soruların yöneltilmesinin yasak olmasının temel sebebi, tanığın kendisini mahkemeye çağıran taraf lehine hareket etmeye meyilli olması ve taraf avukatının tanığı emrivaki sorularla yönlendirerek yargılamanın gerçeğe ulaşma amacından uzaklaşılmasına neden olması gösterilmektedir⁵²⁵.

Her ne kadar yönlendirici sorulara yönelik olarak adeta cevaplar emrivaki şeklinde zorla söyletiliyor gibi gözükse de, bu şekilde elde edilen tanık ifadeleri çapraz sorgulama esnasında kabul edilebilir delil olarak sayılmaktadır⁵²⁶. Tanıklara sorulan yönlendirici soruların özellikle yargılamada zaman kazanılmasına katkı sağladığı düşünülmektedir⁵²⁷. Hâkimin doğrudan sorgulama sırasında sorulan yönlendirici soruları kabul etmeme konusunda geniş bir takdir hakkı bulunmakla beraber, doğrudan sorgulama esnasında hâkim tarafından kabul edilmeyen birçok soru, çapraz sorgulama usulünün yapısı gereğince kabul edilebilmektedir⁵²⁸.

Doğrudan sorgulama esnasında yönlendirici soru sorulması yasak olsa da bu kuralın esnediği alanlar da mevcuttur. Örneğin tanığın sorgulanmak üzere tanık

⁵²⁴ **Dennis**, s. 586.

⁵²⁵ **W. M. Best**, A Treatise on the Principles of Evidence, London 1849, s. 478-480; **Dennis**, s. 585; *Maves v. Grand Trunk Pacific Rail Co* (1913) 14 D. L. R 70.

⁵²⁶ *Moor v. Moor* [1954] 2 All ER 458, [1954] 1 WLR. 927; *Parkin v. Moon* (1836) 7 C. & P.408.

⁵²⁷ **Tapper**, s. 295.

⁵²⁸ *Bastin v. Carew* (1824) 1 Ry & M 126.

sandalyesine ilk oturduğu zaman tanığın ismi, adresi ve mesleği hakkında avukatların yönlendirici şekilde örneğin “Bayan B psikologsunuz değil mi” şeklinde yönlendirici bir giriş sorusu sormasında sakınca bulunmamaktadır⁵²⁹. Yahut da davanın diğer tarafınca da itiraz edilmeyen bir husus hakkında, örneğin Bay A, Bay B’ye vurmuştur (mesela bir meşru müdafaa davasında) şeklinde avukatın soracağı soru yönlendirici bir soru olsa da sorun teşkil etmeyecektir⁵³⁰. Bu tarz sorular yönlendirici niteliğe sahip olsa da, yasak kapsamında kabul edilmediğinden hâkim tarafından reddedilmeyecektir. Buna ek olarak bazı durumlarda hâkimin, taraf avukatlarına yönlendirici sorular konusunda bir serbesti tanınması da mümkündür⁵³¹. Örneğin vakıaların hatırlanması konusunda zorluk çeken tanıklara yönelik olarak taraf avukatlarının belirli bir oranda yöneltilmiş sorular sorması mümkün görülmektedir. Bu şekilde tanık ifadesinin yönlendirici sorularla oluşturulması tanık delilinin kabul edilemez bir niteliğe sahip olmasına neden olmamakta, sadece bu delilin ilgili vakıanın ispatı konusunda hâkimi ikna gücünü etkilemekte ve bu delil hâkim tarafından değerlendirilirken bu delile bu doğrultuda değer biçilmektedir; yani delilin ispat gücü zayıflamış olmaktadır⁵³².

2- Çapraz Sorgulama

Çapraz sorgulamada tanık(lar), kendisini mahkemeye çağıran tarafın hasmının avukatları tarafından sorulan soruları yanıtlarlar. Bu yoğun şekilde gerçekleşen sorgulamaya çapraz sorgulama (*cross examination*) denilmektedir. Çapraz sorgulamanın birçok amacı bulunmakla beraber⁵³³, temel iki amacı bulunmaktadır⁵³⁴: 1-Taraflardan biri lehine tanıklık yapan kişiden, davanın karşı tarafının uyuşmazlık konusu vakıa hakkında bilgi edinmesi ve 2-Taraflardan birinin lehine tanıklık yapan kişinin ifadesinin doğruluğunun, gerçekliğinin ortaya çıkarılmasıdır. Çapraz sorgulamanın amacı kısaca şu şekilde özetlenmiştir: “Çapraz sorgulama, tanığın doğrudan sorgusu sırasında anlattığı hikayenin düzeltilmesi ve tamamlanması amacına

⁵²⁹ Dennis, s. 585.

⁵³⁰ Dennis, s. 585.

⁵³¹ Dennis, s. 585-586.

⁵³² *Moor v. Moor* [1954] 1 WLR. 927; Dennis, s. 586.

⁵³³ Dennis, s. 596.

⁵³⁴ Tapper, s. 313.

hizmet eder”⁵³⁵.

Çapraz sorgulama usulü duruşma aşaması için son derece önemlidir. Avukatların özellikle çapraz sorgulama usulünün yürütülmesi konusunda kabiliyetli olmaları beklenmektedir. Çapraz sorgulama sayesinde tanıklar adeta köşeye sıkıştırılarak tanıkların gizlemeye çalıştıkları zayıf noktaları veya yalan söyledikleri hususları açığa çıkarılmaktadır⁵³⁶. Amerikan hukukçu Wigmore çapraz sorgulamanın gerçeğin ortaya çıkarılmasında şüphesiz en iyi hukuki araç olduğunu belirterek bu usulün faydalarını övgülerle anlatmıştır⁵³⁷. Bu doğrultuda, çapraz sorgulama günümüzde delillerin güvenilirliğinin değerlendirilmesinde önemli bir araç olarak görülmektedir⁵³⁸.

Bununla beraber, her ne kadar çapraz sorgulama gerçeğe ulaşılmasında en güçlü araç olarak görülse de, çapraz sorgulama usulünün kötüye kullanılarak adeta taciz edici sorular sorulmasıyla gerçeğe ulaşılmasında en büyük engele dönüşebilmesi de mümkündür⁵³⁹. Bu doğrultuda avukatın kinayeli sorularla, hakarete varan onur kırıcı sorularla gerçek gizlenebilmekte; hatta tanığı utandırıcı sorular sorularak da gerçeğin gizlenmesi, karartılması söz konusu olabilmektedir⁵⁴⁰. Bu tarz bir çapraz sorgulamaya günümüz Anglo-Amerikan hukukunda hâkimler izin vermeyerek, bu şekilde gerçeğe ulaşılmasını engelleyici soruları reddetmelidir. Özellikle Amerikan hukukunda hukuk davalarında jüri yargılamanın İngiliz hukukuna nazaran yoğun şekilde devam edişi göz önünde bulundurulacak olursa, bu yönde gerçeği karartacak, etkileyecek, tanıkların gerçeği söylemelerini sınırlandıracak kötü niyetli yaklaşımlarının jüriyi etkilemesi ve bu doğrultuda jüri kararının bu olumsuz tablodan etkilenmesi söz konusu olabilecektir. Bu çerçevede Amerikan hukukunda hâkime Federal İspat Kuralları’nın Tanıkların Dinlenmesinin ve Delillerin Sunulmasının Usul ve Sırası başlıklı (*Mode and Order of Examining Witnesses and Presenting Evidence*) 611. maddesi gereğince, tanıkların dinlenmesi ve delillerin mahkemeye sunulması usul ve sırası hakkında

⁵³⁵ **Christopher Allen**, Practical Guide to Evidence, Cavendish Publishing, Third Edition, London 2004, s. 82; benzer şekilde *Mechanical and General Inventions Co. and Lehwess v. Austin and Austin Motor Co.* [1935] A.C. 346 at 359.

⁵³⁶ **Andrews**, Fundamentals of the New Civil Justice System, s. 780.

⁵³⁷ **Wigmore**, A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law, para. 1367.

⁵³⁸ *Watford Petroleum Ltd v. Inter-Oil Trading SA* [2003] EWCA Civ. 1417, [10].

⁵³⁹ **Rudolph J. Gerber**, Lawyers, Courts, and Professionalism, The Agenda for Reform, Greenwood Press, Connecticut 1989, s. 111.

⁵⁴⁰ *Hawk v. Superior Court*, 42 Cal. App. 3d 108, 125, 116 Cal. Rptr. 713, 724 (1974), **Gerber**, s. 14.

makul bir denetim yapma görevi verilmiştir (FRE Rule 611(a)). Hâkimin bu denetim görevi kapsamında, (1) Gerçeğin belirlenmesinde bu usulleri etkin kılmak, (2) Gereksiz zaman kaybindan kaçınmak, (3) Tanıkların avukatlarca sıkıntıya sokularak taciz edilmeleri (*harassment*) ve gereksiz yere utandırılmalarına karşı korunması rolü verilmiştir. Ayrıca aynı maddenin (b) bendinde, çapraz sorgulamanın kapsamı başlığı altında, çapraz sorgulamanın doğrudan sorgulamanın konusu ve tanıkların güvenilirliği kapsamı dışına çıkmaması gerektiği vurgulanmakta, bu doğrultuda da hâkime doğrudan sorgulama kapsamında bulunan bazı ek meselelere yönelik olarak soru sorulması konusunda izin verme hakkı tanınmaktadır (FRE Rule 611 (b)). Çapraz sorgulamanın kapsamının belirlendiği Federal İspat Kurallarının 611(b) maddesine ilişkin yargı komisyonunun şerhinde, çapraz sorgulamanın kapsamının eski düzenlemede çok geniş şekilde belirlendiği ve hâkimin adalet yararına olmak üzere çapraz sorgulamanın kapsamı sınırlandırmadığı sürece “davayla bağlantılı herhangi bir vakıa hakkında çapraz sorgulama gerçekleştirilebileceğinin” düzenlendiği belirtilmektedir.⁵⁴¹ Böylece hükmün bu mevcut halinin çapraz sorgulamanın kapsamını daraltarak daha düzgün şekilde işleyeceğini, hâkime uygun olduğunu düşündüğünde ek soru sorma takdir hakkının tanınarak sadece gerektiğinde çapraz sorgulamanın kapsamının genişletilmesiyle sürecin etkin şekilde işlemesi adına önemli bir esneklik tanınmış olduğuna dikkat çekilmektedir.⁵⁴²

Burada çapraz sorgulama usulünün, jürili veya jürisiz gerçekleştirilen bir yargılamada sahip olduğu öneme ve aldığı eleştirilere çok kısa dikkat çekmek yerinde olacaktır. Amerikan hukukunda neredeyse bütün hukuk ve ceza yargılamalarında jüri yargılaması söz konusu olurken; İngiliz hukukunda tersi şekilde jüri uygulaması sınırlı istisnalar haricinde uygulanırlığını kaybetmiştir. Amerikan hukukunda, jürinin çapraz sorgulamadan etkilenmesi, avukatların jüriyi etkilemek ve yanıltmak adına çeşitli taktiksel savunma yöntemlerine başvurmaları söz konusu olmakta ve bu durum Amerikan hukukunun en eleştiri alan noktalarından birini teşkil etmektedir. Bu noktada Amerikan hâkimine önemli bir rol düşmektedir. İngiliz hukukunda ise jürili yargılamanın neredeyse hiç bulunmayışı sebebiyle çapraz sorgulamanın kötüye

⁵⁴¹ **Notes of Committee on the Judiciary**, Senate Report No. 93-1277, https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_611 (Çevrimiçi 04.05.2015).

⁵⁴² **Notes of Committee on the Judiciary**, Senate Report No. 93-1277, https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_611 (Çevrimiçi 04.05.2015).

kullanılması söz konusu olmamaktadır; çünkü çapraz sorgulamadan çıkan sonucu kararına esas olacak olan hukuk eğitimi almamış halktan insanlar yerine, hukuk eğitimi almış bir hâkimdir. Benzer şekilde Türk hukukunda da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 152. maddesinde “soru yöneltme” şeklinde ifade edilse de, Anglo-Amerikan hukukunda görülen çapraz sorgulama usulü Türk hukukuna girmiştir⁵⁴³. Böylece taraf vekilleri; tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilmektedirler. Türk hukukunda da jüri sistemi bulunmadığından ve çapraz sorgulama neticesinde elde edilen bilgileri kararına esas almak üzere değerlendirecek olan davayı yürütmekte olan hâkim olduğundan, Amerikan hukukunda yaşanan endişelerin Türk hukukunda yaşanması pek muhtemel görünmemektedir.

Belirtmek gerekir ki, doğrudan sorgulama esnasında çelişkili ifadeler veren bir tanığın, çapraz sorgulamaya tabi tutularak vermiş olduğu ifadenin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Aksi takdirde ilgili ifadenin doğru olduğu kabul edilmeyecektir. Bununla beraber, bu kural esnek olmayan, katı bir kural değildir⁵⁴⁴. Bazı yargılamalarda örneğin hukukçu olmayan bir hâkim tarafından görülen davalarda (*lay justice*) ilgili açıklamanın açıklığa kavuşturulması için çapraz sorgulama uygun görülmemektedir. Benzer şekilde cinsel meselelere ilişkin davaların (*sexual case*) taraflarına yönelik olarak da seyrek uygulanan bir kural niteliğindedir; yani bu tip hallerde doğrudan sorgulama esnasında çelişkili ifadeler veren tanığın mutlaka çapraz sorguya tabi tutulması gerekmemektedir.

Çapraz sorgulama esnasında, doğrudan sorgulamadan farklı olarak yönlendirici sorular sorulabilmekle⁵⁴⁵ birlikte hâkimin sorulan bu soruları uygun bulmayarak

⁵⁴³ Kıta Avrupası sistemi çerçevesinde şekillenen Türk hukuk sisteminde, sorgu işleminin sadece hakim tarafından gerçekleştirilen bir işlem olması ve hakimin muhakemedeki en etkin süje olarak hareket etmesi, çapraz sorgu usulünün Türk hukukuna ithalini ve uygulanmasını oldukça zorlaştırmıştır, **Ahmet Emrah Akyazan**, Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Doğrudan Soru Yönelme (Çapraz Sorgu), Desen Ofset, Ankara 2009, s. 91.

⁵⁴⁴ *AB (Turkey) v. Secretary of State for the Home Department* [2007] EWCA Civ. 1535, [21] (Kararda istinaf mahkemesi, yerel mahkemenin üst mahkemeye başvuranın (tanık) yeniden mahkemeye çağrılarak netlik kazanmayan önemli noktaların açıklanması gerekliliğine dikkat çekiyor. Ayrıca istinaf mahkemesi, bu gerekliliğin ister çapraz sorgulama ister ek bilgi talebi usulleri ile yerine getirilebileceğinin altını çiziyor). Avustralya'da hukuk davalarında aynı esneklik görülmektedir, *Brockway v. Pando* [2000] WASCA 192, (2000) 22 WALR 405, [55].

⁵⁴⁵ *Parkin v. Moon* (1836) 7 Carrington & Marshman's Nisi Prius Reports 408; **Akyazan**, s. 112; **İ. Hamit Hancı**, Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 58.

(yersiz) ya da baskıcı sorular olduklarından ilgili sorunun geri çekilmesini sağlama konusunda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁵⁴⁶. Hâkimin ilgili soruları reddetmesi özellikle birinci elden bilgi sahibi olunmadan spekülâtif nitelikli sorular sorulması halinde söz konusu olmaktadır⁵⁴⁷.

Hâkimin çapraz sorgulama usulü çerçevesinde rolü, aşırıya kaçmış çapraz sorgulamaların dizginlenmesi niteliğinde, avukatların üstlendiği rolden adeta geriye kalan, yargılamanın düzenlenmesiyle sınırlandırılmıştır (CPR Rule 32.3)⁵⁴⁸. Hâkimin bu yetkisi dahilinde yargılama usulüne olan müdahalesinin tedbirli ve tutumlu bir şekilde yerine getirilmesinin gerektiği⁵⁴⁹ ve özellikle bu yetkisini taraf avukatlarının çapraz sorgulama usulünü kötüye kullandıkları durumlarda kullanması gerektiğinin altı önemle çizilmektedir⁵⁵⁰. Bu çerçevede hâkimin de örneğin bir bilirkişinin çapraz sorgusu esnasında vermiş olduğu cevapları sorgulayabileceği veya bilirkişinin vermiş olduğu cevapları aydınlatmaya çalışabileceği kabul edilmektedir⁵⁵¹. Bununla beraber, hâkimin çapraz sorgulamaya aşırı şekilde müdahale ederek, adeta avukatın rolüne bürünmekten kaçınması gerekmektedir⁵⁵². Ayrıca, çapraz sorgunun ruhuna uygun olarak avukatın ani ve şaşırtıcı sorular sorarak gerçeğe ulaşma hedefi, tanığın ayrıntılı düşünmeye imkan verecek şekilde hâkimin soruları ile sekteye uğrayarak etkisini kaybetmemesi gerekmektedir. Bu noktada hâkimin davanın aydınlatılması için yapacağı müdahalenin ölçülü olması önem taşımaktadır. Kısaca, uygulamada hâkimin çapraz sorgulamanın amacına uygun olarak, bu usulün uygulanmasını taraf avukatlarına bırakması gerektiği ve tanıklara sadece davanın aydınlatılması için lüzumlu durumlarda soru sorması vurgulanmaktadır⁵⁵³.

⁵⁴⁶ **Tapper**, s. 314-315.

⁵⁴⁷ **Tapper**, s. 315.

⁵⁴⁸ İlgili kanun hükmünün yorumlandığı bir karar örneği için bkz. *Three Rivers DC v. Bank of England* [2005] EWCA Civ. 889, [2005] CF. Rep. 46.

⁵⁴⁹ *Hayes v. Transco* davasında hâkimin lüzumsuz müdahalesinin usule aykırılık teşkil ettiğinin altı çizilmektedir, *Hayes v. Transco* [2003] EWCA Civ. 1261.

⁵⁵⁰ *Wakeley v. R.* (1990) 64 ALJR 321 (bu kararda Yüksek Mahkeme *R v. Kalia* (1974) 60 Cr. App. Rep. 200 ve *R v. Maynard* (1979) 69 Cr. App. Rep. 309 kararlarını referans göstermiştir).

⁵⁵¹ **Tristram Hodgkinson / Mark James**, *Expert Evidence: Law and Practice*, Sweet and Maxwell, Forth Edition, London 2015, s. 230-231.

⁵⁵² *Jones v. National Coal Board* [1957] 2 Q.B 55.

⁵⁵³ *Manning v. King's College Hospital NHS Trust* [2009] EWCA Civ. 832 at [16].

Hâkim aynı zamanda tanıkların çok hasta olmaları durumunda⁵⁵⁴ veya sıkıntılı, üzüntülü olduklarında⁵⁵⁵ da çapraz sorgulamayı dizginleyebilecektir⁵⁵⁶. Türk hukukunda da, yöneltilen soruya itiraz edildiğinde, sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine hâkim karar verecek, bu sayede kötü niyetli şekilde sorulmuş bir soru hâkimin takdiri çerçevesinde reddedilebilecek veya kabul edilebilecektir (HMK 152/1) .

Yargılamanın bu sözlü aşamasında hâkim sorgulama sürecini yürütmemektedir. Bunun yerine hâkim tarafların delillerini sunmalarını dinlemektedir. Bununla birlikte, hâkim aydınlatılması gereken hususlarda özellikle avukatla temsil edilmeyen taraflara yönelik olarak müdahalelerde bulunabilmektedir⁵⁵⁷. Hâkimin sürekli şekilde çapraz sorgulama usulüne müdahale etmesi usule aykırılık olarak kabul edilmektedir⁵⁵⁸. İngiliz istinaf mahkemesi 2006 yılında vermiş olduğu bir kararda, hâkimin aşırı şekilde sorgulama aşamasına müdahalesinin taraf hâkimiyeti sistemine ait hâkimin, araştırma ilkesine özgü bir rol üstlendiği anlamına geleceğine ve bu durumun taraf hâkimiyeti sistemiyle çeliştiğine vurgu yapmıştır⁵⁵⁹.

İngiliz hukukunda her türlü yargılama türünde; yani hem küçük talepler (CPR Rule 27.8(5)) hem seri ve çoklu yargılama usullerinde (CPR Rule 32.1(3)) hâkimin çapraz sorgulamayı sınırlandırma yetkisi bulunmaktadır. Medeni Usul Kuralları'nın kabulünden önce istinaf mahkemesi, hâkimlerin çapraz sorgulamayı tamamen reddetmesi halinde adil yargıyı (*natural justice*) reddetmiş olacağına ve bunun da aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen adil yargılanma hakkını ihlal edeceğine hükmetmiştir⁵⁶⁰.

Son olarak Anglo-Amerikan hukuku ile incelediğimiz Kıta Avrupası hukuklarını birbirinden ayıran dava malzemesinin toplanma şeklinin sorgulama usulünü etkileyen boyutlarından kısaca bahsetmek yerinde olacaktır. Anglo-Amerikan hukukunda tek

⁵⁵⁴ *R v. M* [2008] EWCA Crim. 2787; *R v. Cameron* (2006) 208 CCC 3d 481.

⁵⁵⁵ *R v. Wyatt* [1990] Crim. LR 343.

⁵⁵⁶ **Tapper**, s. 315-316.

⁵⁵⁷ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1370.

⁵⁵⁸ **Andrews**, Civil Procedure, s. 1370.

⁵⁵⁹ *Southwark London Borough Council v. Kofi-Adu* [2006] EWCA Civ. 281, [2006] HLR 33, at [148].

⁵⁶⁰ *Chilton v. Saga Holidays* [1986] 1 All ER 841, 844, CA.

ve kesintisiz bir (veya birkaç) duruşma esas iken; birçok Kıta-Avrupası hukukunda yargılamanın belirli aşamalara kesin çizgilerle ayrılmamasından ve yazılılık esas olduğundan, çapraz sorgulama her iki hukuk sistemince ortak uygulanan bir usul olamamıştır⁵⁶¹. Dolayısıyla Anglo-Amerikan hukukunda benimsenen sözlülük ilkesi, discovery usulü ve yargılamanın duruşma öncesi ve duruşma aşaması olarak kesin aşamalar halinde ayrılması da çapraz sorgulama usulünün Anglo-Amerikan hukukuna özgü bir uygulama olmasına neden olmuştur.

Bununla beraber bazı Kıta Avrupası hukuklarında da yargılamanın belirli aşamalar halinde görülmeye başlaması ve duruşma aşamasında tanıkların hâkim önünde ifadelerinin alınmaya başlamasıyla, çapraz sorgulama usulü elverişli bir usul haline gelmiştir⁵⁶². Türk hukukunda da Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hukukumuzda ilk derece yargılmasının beş temel aşamadan oluşması öngörülmüştür⁵⁶³. Yargılamanın aşamalarının belirlenmesinin de Türk hukukunda soru yöneltme usulünün uygulanabilirliğini daha elverişli bir hale getirdiği bir gerçektir. Özellikle de ön inceleme aşamasının Türk hukukuna dahil olmasıyla beraber tahkikat aşaması, delillerin toplandığı değil, incelendiği ve tartışıldığı bir aşamaya dönüşebilecek; ön inceleme aşamasından önce gereksiz yere duruşma yapılmayacaktır⁵⁶⁴.

İncelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında özellikle çapraz sorgulama, sözlü yargılama ve duruşma aşamalarına verilen önem artarak Amerikan hukukuna doğru bir yakınlaşma hareketi söz konusu olmuştur⁵⁶⁵. Diğer taraftan, Amerikan

⁵⁶¹ **Sherman**, s. 988. Örneğin Fransız hukukunda çapraz sorgulama usulü mevcut değildir, **Boris Kozolchik**, *Comparative Commercial Contracts, Law, Culture and Economic Development*, West Academic, St. Paul, 2014, s. 322. İtalyan hukukunda da Anglo-Amerikan hukukunda görülen çapraz sorgulama usulüne paralel bir çapraz sorgulama yoktur. Sorgulamayı hakim gerçekleştirir ve hakim soru yönelttiği sorular avukatların hakime yöneltilmiş olduğu yazılı soru taleplerine dayanmaktadır. Ayrıca duruşmada avukatlar ek sorular da sorabilmektedirler, **Mauro Cappelletti / Joseph M. Perillo**, *Civil Procedure in Italy*, Springer-Science+Business Media, First Edition, The Hague 1965, s. 28.

⁵⁶² **Sherman**, s. 988.

⁵⁶³ Bunlar: 1- Davanın açılması (HMK madde 118 vd.) ve karşılıklı dilekçelerin verilmesi (HMK madde 126-136), 2- Ön inceleme (HMK madde 137-142), 3- Tahkikat (şekli tahkikat HMK madde 143-183; maddi tahkikat HMK madde 187-293), 4- Tahkikatin sona ermesi ve sözlü yargılama (HMK madde 184-186), 5- Hüküm (HMK madde 294 vd.)'dür.

⁵⁶⁴ **Pekcanıtez / Atalay / Özekes**, s. 565.

⁵⁶⁵ Örneğin Kıta Avrupası hukuku çatısı altında yer alan İspanyol hukukunda çapraz sorgulama usulü uygulanmaktadır,

<http://www.chambersandpartners.com/guide/practice-guides/location/241/6627/1401-200> (Çevrimiçi

hukukunda da son dönemde discovery usulü aracılığıyla duruşma öncesinde tanıkların yazılı ifadelerinin alınması yöntemi yaygınlaşmaya başlayınca duruşma aşamasında teatrel şekilde çapraz sorgulamaların yapılması azalma göstermiştir. Her ne kadar Federal Medeni Usul Kuralları (taraf olmayan⁵⁶⁶) tanıkların ifadelerinin mutlaka duruşma esnasında alınmasını; ancak tanık duruşmada hazır olamayacaksa ifadesinin duruşma öncesinde yeminli olarak alınmasını öngörmüşse de (FRCP Rule 32(a)(3)), uygulamada sıklıkla çeşitli sebeplerden ötürü tanıkların yeminli yazılı ifadeleri esas olmaktadır⁵⁶⁷. Kısaca yukarıda aktarmış olduğumuz bazı Kıta Avrupası hukukları Amerikan hukukuna yakınlaşarak çapraz sorgulamayı uygulamaya başlarken, Amerikan hukuku ise masraflı oluşu, çok eleştiri alışı, discovery usullerindeki değişiklikler sebebiyle yazılılığın artması ve davanın duruşma aşamasına ulaşmadan taraflarca anlaşma yolunun tercih edilmesi gibi sebeplerle çapraz sorgulama usulünü daha az uygulamak yönünde bir eğilim göstermektedir.

3- Yeniden Sorgulama (*Re-examination*)

Çapraz sorgulama gerçekleştirildikten sonra yeniden bir sorgulama (*re-examination*) yapılması mümkündür. Bu sorgulama sadece çapraz sorgulama esnasında doğan meselelerle sınırlandırılmıştır ve yeni bir meselenin eklenmesi ancak hâkimin izni ile mümkün olabilmektedir⁵⁶⁸. Yani yeniden sorgulama sırasında tarafların yeni vakıa getirmesi yasaklanmakla birlikte, hâkimin izni ile yeni vakıa getirilmesi mümkün kılınabilmektedir. Yeniden sorgulama uygulamasında bu şekilde sınırlandırıcı bir kuralın var oluşu ve ancak hâkimin takdiri doğrultusunda yeni mesele ileri sürülebilmesinin sebebi yeniden sorgulama sırasında kabul edilemez (*inadmissible*) nitelikte delillerin, gerçekleştirilen çapraz sorgulamada ortaya çıkmış meselelerin perdesi altında, yargılamaya dahil edilmesinin önlenmeye çalışılması amacıyladır⁵⁶⁹. Yeniden sorgulamada da tıpkı doğrudan sorgulamada olduğu gibi tanıklara yönlendirici sorular sorulması mümkün değildir. İyi yürütülen bir yeniden

08.02.2015).

⁵⁶⁶ Amerikan hukukunda davanın tarafları da tanık (*witness*) olarak ifade verebilmekte ve tanık statüsünde kabul edilmektedir.

⁵⁶⁷ **Sherman**, s. 989.

⁵⁶⁸ **Tapper**, s. 322; **Dennis**, s. 618.

⁵⁶⁹ *Petty and Maiden v R* (1991) 173 CLR 95

sorgulama ile çapraz sorgulama ile zarar görmüş, güvenilirliği zayıflatılmış tanık ifadelerinin olumsuz etkilerinin kaldırılabileceği ileri sürülmektedir⁵⁷⁰.

4- Soru Yönelme

Türk hukukunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 152. maddesine göre, duruşmaya katılan taraf vekilleri; tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere (müdahil ve uzman gibi), duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Taraflar ise, ancak hâkim aracılığıyla soru sorabilirler. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde ise sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine hâkim karar vermektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, bir tereddüde yer vermemek için toplu mahkemelerde hâkimlerin de doğrudan soru sorabilecekleri ayrıca belirtilmiştir. Aslında Türk hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yeni giren bu usul, Anglo-Amerikan hukukundaki çapraz sorgulama usulünün Türk hukukundaki yansımasıdır. Taraf avukatlarının hâkimin iznine gerek duymadan tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılan diğer kimselere soru sorması mümkün hale gelmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu değişikliğinden önce taraf avukatları, tanık ve bilirkişilere soru sorabilmek için izin almakla beraber, aynı zamanda soracakları soruları da hâkime önceden belirtmek zorundaydılar.

Her ne kadar adı “soru yönelme” olsa da kapsam olarak çapraz sorgulama usulünün daha az gelişmiş bir versiyonu olan bu benzer uygulamayla tanık ve bilirkişi delillerinin doğruluğu ve güvenilirliği irdelenerek, gerçeğe ulaşma amacına hizmet edilmiş olunacaktır⁵⁷¹. Çünkü çapraz sorgulama tarafların adil yargılanma hakkının sağlanması için temel bir garanti niteliğinde görülmektedir⁵⁷².

Bu hükümle beraber, tanık ve bilirkişilerin sorgulanması bakımından hâkimin rolü azaltılarak, bu rol avukatlara kaydırılmaktadır. Böylece Kıta Avrupası hukuk sisteminin temsilcisi olarak anlattığımız Türk hukuku, tarafların rolünü arttırarak

⁵⁷⁰ **Dennis**, s. 618.

⁵⁷¹ **Ralph Oliver Graef**, *Judicial Activism in Civil Proceedings: A Comparison between English and German Civil Procedural Approaches*, Pro Universitate, Verlag 1996, s. 41. Doğrudan soru yönelme hakkı vermek suretiyle, taraf vekillerinin aktif bir şekilde muhakemeye katılmaları, böylece sözlülük ilkesinin hayata geçirilerek delillerin ortaya konulması ve tartışılması amaçlanmaktadır. Bu şekilde taraf vekillerine doğrudan soru yönelme imkanının verilmesi maddi gerçeğin bulunmasına katkı sağlayarak usul hukukunun amacının da gerçekleşmesini sağlayacaktır, **Sarisözen**, s. 1443, 1459.

⁵⁷² *Chilton v Saga Holidays p.l.c.* [1986] 1 All E. R. 841 (C. A.) 849, **Kay / Sime / French**, s. 709.

Anglo-Amerikan hukukuna yakınlaşmaktadır. Bu da hukukların yakınlaşması hareketi çerçevesinde sadece Anglo-Amerikan hukuklarının taraf egemen özelliklerinden vazgeçerek Kıta Avrupası hukuklarına yakınlaşmadığının bir göstergesi olmaktadır. Tüm ülke hukuklarında az veya çok birbirlerine doğru bir yakınlaşma hareketi, özellikle sosyo-ekonomik ilişkilerin de artmasıyla ivme kazanmıştır.

III- Keşif

A- İngiliz Hukukunda Keşif (*view*) ve Hâkimin Rolü

İngiliz hukukunda mahkeme dışında, yargılama sürecinde “şey”lerin ve yerlerin incelenmesinin ve denetlenmesinin yapılabileceği belirtilmektedir⁵⁷³.

Keşif kurumunun hukuki statüsü istinaf mahkemesinin 1956 tarihli *Buckingham v. Daily News Ltd.*⁵⁷⁴ kararı ile oluşturulmuştur. Yani İngiliz hukukunda keşif kurumu kanuni bir temele dayanmak yerine içtihatla oluşmuş bir düzenlemedir. Söz konusu karar, iş yerindeki bir makineyi temizlerken yaralanan bir çalışanın işverenine açtığı bir dava hakkındadır. İşverene karşı açılan, işverenin ihmalinin dava sebebi yapıldığı bu davada hâkim uyuşmazlığa konu kazaya sebep olan makineyi denetlemiş ve çalışanın makineyi nasıl temizlediğine ilişkin bir gösterimi (*demonstration*) seyretnmiştir. İstinaf mahkemesi kararında, hâkim tarafından gerçekleştirilen inceleme ve denetimin ancak makine mahkemeye getirilmiş ve çalışan tıpkı işyerinde icra ettiği gibi makineyi temizlemişse bu incelemeye ilişkin delilin davada kullanılacak bir delil olabileceğini belirtmiştir. Kararda bu şekilde gerçekleşecek bir gösterime⁵⁷⁵ ilişkin incelemenin hâkim⁵⁷⁶ (ve jüri) ve tarafların⁵⁷⁷ eşliğinde gerçekleşmesinin önemine dikkat çekilmiştir. Kararda bu tarz bir incelemenin bizzat uyuşmazlığa konu şeyin bulunduğu veya uyuşmazlığa konu meselenin vuku bulduğu yere giderek yapılmasının mahkemede gerçekleşmesinden daha iyi olacağı da belirtilmiştir. Hâkimin keşfe karar

⁵⁷³ **Allen**, Practical Guide to Evidence, Cavendish Publishing, Forth Edition, Oxon, New York 2008, s. 63; **Tapper**, s. 58.

⁵⁷⁴ *Buckingham v. Daily News Ltd.* [1956] 2 Q.B 534, [1956] 2 All ER 904.

⁵⁷⁵ Sıradan bir canlandırma ile kararda betimlenen kapsamlı gösterim arasındaki farkı vurgulayan bir karara örnek olarak bkz. *R. v. Harbour* [1995] 1 NZLR 440.

⁵⁷⁶ *Tameshwar v. R* [1957] AC 476, [1957] 2 All ER 683; *R v. Hunter* [1985] 2 All ER 173, [1985] 1 WLR 613.

⁵⁷⁷ *Salsbury v. Woodland* [1970] 1 QB 324, [1969] 3 All ER 863; 344; 874.

vermesi halinde ise, buna ilişkin ihtarı taraflara önceden yaparak⁵⁷⁸ tarafların keşif yapılacak şeye veya yere ilişkin eksik kalabilecek bilgileri ortaya koymaları, örneğin dava konusu olaydan sonra gerçekleşen değişiklikler, yahut da keşif sırasında hâkimin sorması muhtemel soruları cevaplamak üzere tarafların keşif yerinde bulunmaları gerektiğine dikkat çekilmiştir⁵⁷⁹.

İngiliz uygulamasında, keşif sırasında, hâkim bulunmadan sadece jürinin bulunması da keşfi sıradan bir gösterime dönüştüreceğinden, ancak hâkimin gerekli soruları sorarak bir sorgulama gerçekleştirmesiyle keşfin tam anlamıyla yerine getirilebileceğinin altı çizilmiştir⁵⁸⁰.

Türk hukukunda da, keşif bizzat hâkim huzurunda gerçekleştirilmedi⁵⁸¹. Hâkimin katılımı olmaksızın bilirkişi veya zabıt katibi vasıtasıyla keşif yaptırılması mümkün değildir⁵⁸². Bunun temel sebebi, hâkimin keşif konusu şeye veya keşif esnasında dinleyeceği tanık ve/veya bilirkişiyle olan izlenimini araya hiçbir aracı girmeksizin doğrudanlık ilkesine uygun olarak edinmesi gerekliliğidir⁵⁸³. Keşfin konusu mahkemeye getirilebiliyorsa inceleme mahkeme huzurunda gerçekleştirilmeli,

⁵⁷⁸ *Salsbury v. Woodland* [1970] 1 QB 324, [1969] 3 All ER 863; 344; 874. Türk hukukunda da, hâkim keşif kararında keşif giderlerinin neleri kapsadığını ve bu giderlerin kimin tarafından ödeneceğini, keşif yapılacak gün ve saati belirterek, tarafları usulüne uygun olarak davet etmelidir. Hâkim taraflardan birinin talebi üzerine keşif yapılmasına karar verdiği takdirde, kararında gerekli giderlerin verilen kesin süre içinde mahkeme veznesine yatırılması gerektiğini belirtmelidir (HMK madde 324).

⁵⁷⁹ *Parry v. Boyle* (1986) 83 Cr. App. Rep. 310.

⁵⁸⁰ *R. v. Hunter* [1985] 2 All ER 173, [1985] 1 WLR 613. Avustralya uygulamasından bir örnek olarak *Grosser v. South Australian Police* (1994) 63 SASR 243. Keşif delili sayesinde hâkim, uyuşmazlık konusunu daha yakından ve dolaysız görüp inceleme imkanına sahip olduğundan, keşif delilinin tam anlamıyla yerine getirilebilmesi için, öncelikle keşif delili haricindeki diğer deliller toplanarak ve değerlendirilerek tekrar tekrar keşif yapılma ihtimali ortadan kaldırılmalıdır, **Suzan Bayraktaroğlu**, Medeni Usul Hukukunda Keşif, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 1997, s. 8; Örneğin: Tapu iptal - tescil, senetsizden tescil, kadastro tespitine itiraz davalarında; tapu kaydı, kroki, kadastro tutanağı, vergi kaydı, harici satış senetleri, orman tahdit haritası, amenejman planı - haritası; trafik kazalarından kaynaklanan maddi tazminat isteklerinde trafik kaza tutanakları, basit krokiler; taraflarca sunulan tanık listeleri ve diğer belgeler dosya içine konularak keşifte uygulanmaya hazır durumda bulundurulmalıdır, **Mehmet Akif Tutumlu**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Üçüncü Bası, Ankara 2005, s. 518.

⁵⁸¹ Türk hukukunda, takdiri bir delil olan keşif, uyuşmazlık konusunu bizzat hâkimin kendisinin inceleyerek bilgi sahibi olmasını sağladığından ve edindiği bilgi ve kanaat doğrultusunda daha isabetli bir karar vermesi daha muhtemel olacağından diğer takdiri delillere göre daha güvenilir bir delil olarak kabul edilmektedir, **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 794.

⁵⁸² **Kuru / Arslan / Yılmaz**, s. 437; **Kuru**, Usul, cilt 3, s. 2854.

⁵⁸³ **Aziz Serkan Arslan**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 40.

mahkemeye getirilemiyorsa veya bulunduğu yerde incelenmesi zorunlu görülüyorsa, keşif orada gerçekleştirilmelidir (HMK madde 289).

Bazı durumlarda, örneğin keşfe ilişkin gösterimin grafiksel ayrıntılı bilgilerle gerçekleştiği durumlarda, adaletin daha iyi uygulanacağı düşüncesiyle keşif sırasında bilirkişiye de başvurulabilmektedir⁵⁸⁴.

Türk hukukunda da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 290. maddesine göre, hâkim keşif sırasında tanık ve bilirkişi dinleyebilmektedir⁵⁸⁵. Hâkim, keşif sırasında tanık dinlenmesine veya bilirkişi incelenmesine karar veriyse bu durumun da karara yazılması gerekmektedir⁵⁸⁶. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 259/2. maddesine göre de, hâkim gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli olduğu takdirde, tanığın olayın gerçekleştiği veya şeyin bulunduğu yerde dinlenilmesine karar verebilmektedir. Hâkime tanınan bu takdir hakkı neticesinde, hâkim tanıkların bir kısmını keşif mahallinde dinleyebilirken, diğerlerini keşiften sonraki duruşmada dinleyebilmektedir. Hâkim, keşif sırasında uyuşmazlık konusu hakkında bilgi ve gözlem sahibi olup tanıklara soracağı soruları önceden belirleyebileceğinden, tanıkların keşif sonrasında dinlenilmelerine ilişkin herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır⁵⁸⁷. Hâkim, keşif sırasında yapılan tüm işlemler ve beyanları içeren bir tutanak düzenlemektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, İngiliz hâkimi her ne kadar taraflarca getirilme ilkesine tabi olsa da, davanın aydınlatılması amacıyla tarafların arzularının aksi şekilde keşif incelemesi yapılmasına karar verebilmektedir⁵⁸⁸. Bu da İngiliz hâkiminin yargılama içindeki rolünün aktifliğini gösteren bir başka önemli örnektir.

Türk hukukunda re'sen keşif deliline dayanabilen hâkimin ayrıca, keşfin icrası

⁵⁸⁴ *R. v. Sutherland* (1996) 112 CCC (3d) 454, bu kararda keşif kapsamında, bilgisayar simülasyonu ile merminin namluyu terkettikten sonraki yol ve evrelerine ilişkin bilirkişi yardımıyla bilgilendirme yapılmıştır.

⁵⁸⁵ Keşif icra edilmeden önce eğer gerekliyse hakim tarafından yargılamaya ve keşif konusuna ilişkin tüm belgeler toplanmalıdır. Bu şekilde usul ekonomisine uygun bir şekilde maddi gerçekliğe daha çabuk ulaşılabilecektir, **Önder Ege**, *Medeni Usul Hukukunda Keşif*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 65-67.

⁵⁸⁶ **Kuru**, *Usul*, cilt 3, s. 2830-2831.

⁵⁸⁷ **Bayraktaroğlu**, s. 37.

⁵⁸⁸ *Tito v. Waddell* [1975] 1 WLR 1303, 1306; *Salsbury v. Woodland* [1970] 1 Q.B. 324.

sonucunda davanın gereği gibi aydınlanmadığı kanaatine ulaşırsa, yeniden keşif yapılmasına karar vermesinde de bir engel yoktur⁵⁸⁹. Bu iki keşif arasında farklı sonuçlara ulaşılarak çelişkili bir sonucun ortaya çıkması halinde ise üçüncü kez keşfe başvurulması, Yargıtay kararlarında bir zorunluluk olarak görülmektedir⁵⁹⁰.

B- Amerikan Hukukunda Keşif

Federal Medeni Usul Kuralları'nın 34(a)(2) maddesinde Amerikan hukukunda gerçekleştirilen keşfin şekli açıklanmaktadır. Buna göre, taraflardan biri diğerinin sahip olduğu veya diğer tarafın denetiminde bulunan belirli arazi veya mülklere giriş izninin (*entering to land*⁵⁹¹) verilmesini Federal Medeni Usul Kuralları'nın 26(b); yani discovery usulünü yerine getirme yükümlülüğü kapsamında talep edebilmekte; böylece keşif talep eden taraf bu izin sayesinde inceleme, araştırma, ölçme, fotoğraf çekme, test etme yoluyla söz konusu mülk, obje veya uygulamayı denetlemiş olmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, aynı madde kapsamında, belgelerin, elektronik olarak saklanan bilgilerin ve maddi şeylerin (*tangible things*) gösterilmesi ve kopyalanması, test edilmesi, örneğinin alınmasına ilişkin olarak da davanın diğer tarafından izin istenebileceği öngörülmektedir (FRCP Rule 34(a)).

Türk hukukunda hâkim, uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla bulunduğu yerde veya mahkemede inceleme yaparak bilgi sahibi olmak amacıyla, re'sen ya da tarafların talepleri üzerine keşif yapılmasına karar verebilmektedir (HMK madde 288). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabulüyle birlikte Türk hukukunda taşınmazlar ile taşınmaz dışındaki şeylerin keşfi arasındaki ayrım ortadan kalkarak, uyuşmazlık konusu olan herşeyin hâkim tarafından keşif yolu aracılığıyla incelenmesi imkanı yaratılmıştır. Böylelikle geniş ve dar anlamda keşif

⁵⁸⁹ **Kuru**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, s. 327

⁵⁹⁰ “Aynı konuda yapılan iki keşif sonunda, verilen raporlar arasında çelişme olduğu takdirde, üçüncü bir keşif yapılmalıdır”. 8. HD, 13.7.1963, 2504/4192, (YKD 1963/8 s. 1678).

⁵⁹¹ Amerikan hukukunda İngiliz hukukundan farklı olarak keşif kavramına yönelik olarak “*viewing*” kelimesi kullanılmamakta; yerine “*entering onto land*”; yani araziye giriş kavramı kullanılmaktadır (FRCP Rule 34(a)(2)).

ayrımı da son bulmuştur⁵⁹².

Hâkim, taraflar dilekçelerinde keşif deliline dayanmamış, o konuda keşif yapılmasını talep etmemiş olsalar bile, gerekli gördüğü takdirde, sözlü yargılamaya kadar, keşif yapılmasına karar verebilecektir. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 288. maddesine göre, hâkim tarafların talepleriyle bağlı olmaksızın keşif yapılmasına re'sen karar verebilmektedir. Taraflarca getirilme ilkesine bir istisna tanıyan bu hükümle, hâkime taraflarca gösterilmemiş bir delili yargılamaya dahil etme yetkisi tanınmaktadır.

Türk ve İngiliz keşif uygulamalarından büyük farklılık taşıyan Amerikan keşif uygulaması hâkim nezaretinde yapılmamakta ve hâkimden talep edilmeden doğrudan keşif yapılmak istenen mülk, obje, uygulama sahibi veya yönetiminde bulunan davanın diğer tarafından izin talep edilmektedir. İzin istenilen taraf söz konusu izin talebine ilişkin olarak yazılı olarak otuz gün içinde diğer tarafa yanıt vermelidir; aksi takdirde mahkemeye başvurularak hâkimden keşfe izin vermesi için emir çıkartılabilecektir (FRCP Rule 34(b)(2)(A))⁵⁹³.

Sonuç olarak, Amerikan hukukunda hâkim re'sen keşif talebinde bulunamamakla beraber; keşfe iştirak da etmemektedir. Keşif delili bakımından hâkimin rolü Türk hukukuna göre ve hatta İngiliz hukukuna göre oldukça pasif kalmaktadır.

⁵⁹² HUMK'un 363. maddesinde yalnızca taşınmazların keşfin konusunu oluşturabileceği belirtilmekteydi. Bu sebeple dar anlamda keşif, dava konusu olan veya davayla ilgili olan bir taşınmazın hâkim tarafından yerinde görülerek incelenmesini ifade etmekteydi, **Kuru**, Usul, cilt 3, s. 2828. Diğer taraftan HUMK'un 367. maddesinde düzenlenmiş olan özel hüküm sebepleriyle taşınmaz dışındaki şeyler üzerinde keşif halleri sayılarak geniş anlamda keşfin çerçevesi belirlenmekteydi, **Kuru**, Usul, cilt 3, s. 2871. Hukuk Muhakemeleri'nin kabulüyle özel hüküm sebepleri de ortadan kaldırılmıştır, Hükümet Gerekçesi madde 196, S. Sayısı 393.

⁵⁹³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291. ve 292. maddeleri gereğince, taraflara ve üçüncü kişilere keşfe katlanma yükümlülüğü verilmiştir. Buna göre keşif yapılmasına taraflardan birinin karşı koyması halinde, o kimse ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilden vazgeçmiş; diğer taraf ise iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılır (HMK madde 291/2). Ancak 291. maddenin üçüncü fıkrasına göre hâkim tarafların keşfe katlanma zorunluluğundan kaçınmaları makul bir sebebe dayanmaktaysa, tarafların yükümlülüklerini ihlal etmediklerine karar verebilecektir. Böylece yukarıda bahsettiğimiz sonuçlar da oluşmamış olacaktır. Takip eden soybağının tespiti için inceleme başlıklı maddeye göre ise, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır (HMK madde 292/1). Haklı bir sebep bulunmadan bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde hâkim zor kullanarak gerekli incelemenin yapılmasına karar verebilecektir.

IV- Belge Bakımından Dava Malzemesinin Toplanması Hâkimin Rolü

Bu başlık altında belge delilinin toplanması bakımından hâkimin rolü Anglo-Amerikan ve Türk hukukları bakımından ele alınacaktır. Bununla beraber, Anglo-Amerikan hukukunda disclosure usulü kapsamında belgelerin ibrazı ve ifşası detaylı bir şekilde ele alındığından, Anglo-Amerikan hukukunda belge ve bu delilin toplanmasına ilişkin açıklamalarımızı burada daha çok mukayese yaparak değerlendirme yapmak üzere sunduk. Anglo-Amerikan hukukunda belge delilinin ibrazını disclosure usulünden ayırmanın yerinde olmayacağı kanaatiyle çalışma bu yönde şekillendirilmiştir.

A- Belge ve Senet Ayrımı

1- Belge Kavramı

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’ndan farklı olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 199. maddesi ile düzenlemeye kavuşan “belge” kavramı, senede göre daha üst bir niteliğine sahiptir⁵⁹⁴. Kavram, uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılar olarak tanımlanmıştır⁵⁹⁵. Maddenin gerekçesinde belge tanımında iki unsurun önem taşıdığına dikkat çekilerek, belgenin bir bilgi taşıyıcısı olduğuna ve fakat her bilgi taşıyıcısının belge sayılmadığı, yalnızca uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli olanların yargılama hukuku anlamında belge sayılacağı belirtilmiştir⁵⁹⁶.

Türk hukukunda belgenin tanımı yapılırken özellikle sadece uyumsuzluk konusu bilgi taşıyıcılarının belge vasfına sahip olacağının belirtilmesi önem taşımaktadır. Bu doğrultuda taraflar gereksiz belgelerin toplanmasına neden olamayacak, bu doğrultuda hâkimin gereksiz bilgilerle dikkati dağılmayacak, yargılama gereksiz yere uzamayacak ve en önemlisi de tarafların uyumsuzlukla ilgisi olmayan sır ve ticari sırlarına ulaşılamamış olunacaktır. Türk hukukundaki bu çok yerinde düzenlemeye

⁵⁹⁴ Postacıoğlu / Altay, s. 625.

⁵⁹⁵ Belgenin HMK’deki bu tanımı yapılırken, hukuk sistemimiz içinde bütünlüğün sağlanması için Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun “Tanımlar” başlığını taşıyan 3. maddesinde yer alan belge tanımından da yararlanılmıştır, Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 723.

⁵⁹⁶ Hükümet Gerekçesi, madde 203.

karşın Anglo-Amerikan hukukunda belge tanımı yapılırken uyuşmazlık konusu ile ilgili herhangi bir sınırlandırma yapılmayarak, tarafların süreci kötüye kullanabilmeleri riskine karşı bir önlem alınmamış olunmaktadır.

İngiliz hukukunda, Medeni Usul Kuralları'nın 31.4. maddesine göre belge, bilginin herhangi bir şekilde kaydedildiği herhangi bir kopyalama şeklidir⁵⁹⁷. Yani İngiliz usul hukuku açısından belge vasfına sahip olunabilmesi için Türk hukukundan farklı olarak tek bir unsurun varlığı yeterlidir. Bu da “bilgi”dir.

Amerikan hukukunda ise, discovery/disclosure usulü kapsamında ibraz edilecek belgelerin ayrıntılı ve açık bir tanımı yapılmak yerine, Federal Usul Kuralları'nın 34.(a)(1)(A) maddesinde, “İnceleme ve Diğer Amaçlar için Belge, Elektronik Olarak Kaydedilmiş Bilgi ve Maddi Şeylerin İbrazı, Bir Yere (arazi, mülk) Giriş” (*Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things, or Entering onto Land, for Inspection and Other Purposes*) başlığı altında belge ve elektronik belgeler sınırlayıcı olmayacak şekilde örneklendirilmiştir. Buna göre, yazı, çizim, grafik, şema, fotoğraf, sesli kayıt, resim ve diğer her türlü bilgi, bilgi derlemesi belge kapsamında kabul edilmiştir.

Bu doğrultuda, Anglo-Amerikan uygulamasında tarafların çoğu zaman uyuşmazlıkla alakasız belgeleri mahkemeye sunmaları durumunda hâkim ek bir role sahip olarak, ilgili dava malzemelerinin uyuşmazlıkla alakalı olup olmadığına ilişkin bir kabul edilebilirlik incelemesi yapma durumunda bırakılmaktadır. Bu da hâkimin iş yükünü arttırmakla birlikte, kimi zaman tarafların sahip olduğu sır ve ticari sırların açığa çıkmasına sebep olabilmektedir.

Anglo-Amerikan hukukunda belgelere ilişkin kapsamlı açıklamalarımız discovery-disclosure müessesesi başlığı altında ele alınmıştır. Bu bölümde ağırlıklı olarak Türk hukuku uygulamasına yer verilecektir.

2- Senet Kavramı

Bir kimsenin kendi aleyhine hazırladığı veya sonuç doğuran yazılı belgeye senet

⁵⁹⁷ Ayrıca Civil Evidence Act 1995, section 13.; *R v. Duffy (Paula)* (No.1) [1999] Q.B 919. Belge hakkında daha ayrıntılı açıklama ve örnekler için bkz. **Malek**, s. 1326-1413.

denilmektedir⁵⁹⁸. Senet, Türk hukukunda en önemli kesin delil olarak kabul edilmektedir. Diğer kesin delillere göre, Türk uygulamasında en çok görülen kesin delil olmasından ötürü, çoğu kez kesin delille ispat yerine, senetle ispat denilmektedir. Senet metninde nelerin bulunması gerektiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu’unda açıkça belirtilmese de doktrinde bazı unsurlar belirlenmiştir⁵⁹⁹. Biz çalışma konumuzu genişletmemek ve esas konumuzdan ayrılmamak için belgelerin dava malzemesi olarak ileri sürülmesi kapsamında sadece hâkimin rolünü ele alacağız.

a- Adi Senetlerde Sahtelik İddiasının İncelenmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 211. maddesinde sahtelik incelemesi başlığı altında hâkimin bir belgenin sahteliğinin iddia edilmesi halinde, gerçekleştireceği inceleme şekli belirtilmektedir. Buna göre hâkim imza ve yazı incelemesi yaparken kanundaki sırayı izlemek zorundadır⁶⁰⁰. Hükümün (a) bendine göre, hâkim öncelikle yazı veya imzayı inkar eden tarafı isticvap etmelidir. İsticvap için mahkemeye davet edilen taraf, belirtilen günde hazır bulunmadığı takdirde, inkar etmiş olduğu belgedeki yazı veya imzayı ikrar etmiş sayılacak ve bu husus kendisine çıkarılacak davetiyede ayrıca ihtar edilecektir. Hâkim, yazı veya imzayı inkar eden tarafı isticvap ettikten sonra bir kanaat edinmemişse, huzurunda bu kişiye yazı yazdırıp imza attırmak suretiyle elde ettiği belge ve diğer delilleri değerlendirecektir. Eğer hâkim, sahtelik konusunda başka bir incelemeye gerek duymadan karar verebilecek durumda ise gerekçesini açıkça belirterek, senedin sahteliği hakkında bir karar verir.

Aynı maddenin (b) bendine göre ise, hâkim yukarıda (a) bendi kapsamında yaptığı incelemeye rağmen sahtelik konusunda bir kanaat oluşturamamışsa, bilirkişi incelemesine karar verecektir.

Eğer senedin sahte olduğuna dair karar kesinleşirse, senedin altına sahte olduğu yazılarak senet iptal olunacaktır. Resmi senetlerde ise, senedin ilgili dairedaki aslı bu yolla iptal edilecektir (HMK madde 212).

⁵⁹⁸ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 724.

⁵⁹⁹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 725.

⁶⁰⁰ 3. HD, 29.05.2000, 4885/5011, (YKD 2000/12, s. 1822).

b- Sahtelik İddiasının Sonuçları

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 209/1. maddesine göre, adi senetteki imza veya yazı, sahibi tarafından inkar edilirse, bu durum mahkemece bir karar verilene kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınamamakta ve delil olarak kullanılamamaktadır.

Sahteliği iddia olunan senede dayanılarak başlatılmış olan bir icra takibi mevcutsa, bu takip de sahtelik davasının açıldığına ya da davada sahtelik iddiasına bulunduğuyla ilişkin bir belgenin icra dosyasına ibraz edilmesiyle olduğu yerde durur ve yeni bir takip işlemi de yapılamaz⁶⁰¹. Burada icra takininin, sahtelik iddiasını inceleyen hâkim tarafından verilecek bir ihtiyati tedbir kararı ile durması söz konusu olmayacak, dava açıldığına veya sahtelik iddiasında bulunduğuyla dair belgenin icra dairesine ibrazı ile icra müdürünün, sahteliği iddia olunan senede dayanılarak başlatılmış takibi durdurması gerekecektir⁶⁰². Yani takibi ihtiyati tedbir kararı ile hâkim durdurmamakta, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 209. maddesindeki hukuki sonucu gerçekleştirecek olan, o takibi yürüten icra müdürü durdurmaktadır.

Uygulamada ise, sahtelik sebebine dayanan menfi tespit davalarını gören mahkemelerin, talep üzerine davacı borçlular lehine sahteliği iddia olunan senede dayanılarak başlatılan icra takiplerini ihtiyati tedbir kararıyla durdurması gerektiği yönünde kararlar verilmektedir⁶⁰³.

Bu uygulamanın yanlış olduğunu belirten Pekcanitez / Atalay / Özekes, konuyu şu şekilde gerekçelendirmektedir⁶⁰⁴: “*Sahtelik davasının nitelik itibarıyla bir menfi tespit davası olmasından hareketle, menfi tespit davasının başlamış bir icra takibine etkisi konusunda İİK m.72 de yer alan düzenlemenin, sahtelik iddiasında da uygulama alanı bulup bulmayacağı konusunda bir tereddüt akla gelebilirse de, HMK m. 209/1 deki düzenlemenin, İİK m. 72 karşısında özel hüküm teşkil etmesi sebebiyle, sahtelik*

⁶⁰¹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 737.

⁶⁰² Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 737.

⁶⁰³ 19. HD, 16.10.2012, 11268/15122 (yayınlanmamıştır), 19. HD, 07.05.2012, 3197/7628 (yayınlanmamıştır), 19. HD, 05.04.2012, 2197/5746 (yayınlanmamıştır), 19. HD, 17.05.2012, 3644/8311 (Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bankası) (tüm kararlar naklen Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 737).

⁶⁰⁴ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 737-738.

iddiasında bulunulması ya da sahtelik davası açılması durumunda İİK m. 72'nin uygulama alanı bulmayacağını belirtmek gerekir. Zira, İİK m. 72'deki menfi tespit davası, icra takibine konu borcun sona erdiği iddiasıyla ve borcu sona erdiren her türlü sükut sebebine dayanılarak açılabilir; oysa bu sebeplerden bir tanesi olan sahtelik iddiasının söz konusu olduğu durum, kanun koyucu tarafından ayrılarak, HMK'nda özel olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla sahtelik iddiası dışındaki diğer tüm sebeplere dayanılarak açılan menfi tespit davaları İİK m. 72'nin kapsamına girerken, sahtelik sebebine dayanan menfi tespit davası HMK m. 209'daki özel düzenlemenin konusunu m. 72'ye göre değil, HMK m. 209'a göre belirlenir”.

Türk hukukunda, bir davada davacı tarafından delil olarak kullanılmak istenen bir senedin sahteliğinin davalı tarafından iddia edilmesi veya sahtelik iddiası ile ayrı bir dava açılması halinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 209. maddesi gereğince ön sorun şeklindeki incelemenin ya da davanın sonuna kadar, sahteliği iddia olunan senede dayanılarak hiçbir işlem yapılmaması gerekmektedir. Bu hükmün kapsamına icra işlemleri de girdiği için İİK m. 72'de olduğu üzere bir ihtiyati tedbir kararına gerek yoktur. Zaten 209. madde emredici bir düzenleme öngördüğünden ve bu sebeple de kanun gereği kendiliğinden sonuç doğuracakken, böyle bir sonucu hâkimin takdirine bağlamak yanlış olacaktır.

B- Belgelerin Mahkemeye İbrazı Zorunluluğu ve Hâkimin Rolü

Anglo-Amerikan hukukunda belgelerin mahkemeye ibrazı zorunluluğu, uyuşmazlığa ilişkin vakıaların getirilmesi ve delillerin toplanması usulünü sağlayan disclosure müessesesi kapsamında gerçekleşmektedir. Anglo-Amerikan hukukunda belgelerin ibraz edilmesi hususu Anglo-Amerikan hukukunda disclosure müessesesi kapsamında ele alınmakla beraber, bu başlık altında sadece kısa değerlendirmeler yapılacaktır.

İngiliz hukukunda, belge ifşa edecek tarafın, ibraz etmesi gereken belgesi, kendi davasını veya hasmının iddia ve savunmalarını etkileyebilecek nitelikte ve makul ölçüde olması gerekmektedir. Yargılamanın seyrini etkilemeyecek gereksiz belgelerin disclosure usulüyle yargılamayı olumsuz etkilediği kabul edilmektedir. Disclosure usulü kapsamında belgelerin ibrazı otomatik işleyen bir usule sahip değildir. Uyuşmazlığa ilişkin tarafların ibraz etmesi gereken belgelere yönelik olarak

dilekçelerin teatisinden sonra her bir taraf tarafından bir disclosure raporu hazırlanması gerekmektedir. Sonrasında ilk dava yönetimi toplantısından önce tarafların görüşerek disclosure usulü kapsamında, ibraz edilecek belgeler konusunda bir disclosure önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları gerekmektedir. Tarafların ibraz edecekleri belgeler üzerinde anlaşmaları tek başına yeterli olmamaktadır. İbraz edilecek belgeler ancak hâkimin uygun görmesi halinde bir yükümlülüğe dönüşecektir (CPR Rule 31.5(6)). Hâkim bu kapsamda tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlantılı olmayan ve fakat uyumsuzlukla bağlantılı olan belgelerin ibraz edilmesine de hükmedebilecektir (CPR Rule 31.5(7)(f)). Kısaca İngiliz hukukunda hâkimin belgelerin mahkemeye ibrazı konusunda çok aktif bir rolü söz konusu olmaktadır. Hâkim yargılamanın etkin şekilde yönetilmesini sağlamaktadır.

Amerikan hukukunda ise disclosure usulü kapsamında belgelerin ibrazı önemli ölçüde bir mahkeme müdahalesi olmadan işleyen bir sistemin parçasıdır. Bu sebeple Türk hukukundan keskin şekilde ayrılan Amerikan uygulaması aynı zamanda İngiliz hukukundaki uygulamadan da çok büyük oranda farklılaşmaktadır. 2000 yılında Federal Medeni Usul Kuralları'nda gerçekleştirilen değişiklikle disclosure usulü kapsamında belgelerin ibrazı da uyumsuzluk konusuyla bağlantılı meseleler yerine, iddia ve savunmayla bağlantılı mevzularla sınırlandırılmıştır. Bu değişiklikle birlikte hâkime daha aktif bir rol tanınarak disclosure kapsamında belgelerin ibrazını tarafların dilekçelerinde ileri sürdüğü iddia ve savunmalarla sınırlandırma yetkisi verilmiştir. Bununla beraber hâkim somut olayın şartlarına, iddia ve savunmaların niteliğine ve aynı zamanda talep edilen disclosure incelemesinin kapsamını dikkate alarak daha kapsamlı bir disclosure incelemesi yapılmasına; yani daha fazla belge ibrazına da karar verebilmektedir. Kısaca hâkim aslında dava konusuyla bağlantılı her konuda belge ibraz edilmesini talep etme hakkını saklı tutmaktadır. Bu köklü değişiklik Amerikan hukukunda belgelerin ibrazı hususunda hâkimin rolünün önemli ölçüde aktifleştirilmiş olduğunun bir göstergesidir⁶⁰⁵.

Türk hukukunda doğruyu söyleme ödevi kapsamında tarafların kendi aleyhlerine ve diğer tarafın lehine olan delilleri mahkemeye ibraz etme zorunluluğu

⁶⁰⁵ Disclosure usulü kapsamında hakimin rolüne ilişkin açıklamalarımızın disclosure müessesesi başlığı altında daha kapsamlı olarak ele alındığını tekrar belirtmek de fayda görmekteyiz, bölüm 2, §2 ve §3.

bulunmadığından, taraflar sadece iddialarını dayandırdıkları vakıaların ispatı için, ellerinde bulunan ve kendi lehlerine olan delilleri mahkemeye sunacaklardır⁶⁰⁶. Bununla birlikte tarafların aydınlatma ödevininin de bir gereği olarak, doğruyu söyleme ödevlerinin kapsamı genişlemektedir. Bu doğrultuda taraflar ellerinde bulunan, hem lehlerine hem de aleyhlerine olan delilleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar⁶⁰⁷.

Belgelerin ibrazı zorunluluğu aynı zamanda üçüncü şahısların ellerinde bulunan belgeler bakımından da söz konusu olmaktadır.

Bir belgenin veya ticari defterin belli parçalarının ibrazını talep eden tarafın, mümkün olduğu kadar bu belgenin içeriğini ve neyi ispat edeceğini açıkça belirtmesi gerekmektedir⁶⁰⁸. Böylelikle, dava ile ilgisi bulunmayan ve ilgili iddiaları destekleme amacı bulunmayan, yargılamanın gereksiz yere uzamasına neden olabilecek ve hatta tarafların ticari sırlarının açığa çıkarılmasına neden olacak uygulamaların önüne geçilmiş olunacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 216. maddesine göre, belgenin sadece örneğinin verildiği durumlarda, mahkeme kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine belgenin aslının verilmesini isteyebilecektir. Maddenin ikinci bendine göre ise, belgenin aslını elinde bulunduran taraf, üçüncü kişi veya resmi makamlar, talep halinde bu belgeyi mahkemeye vermek zorundadır. Aynı maddenin dördüncü bendinde ise, hâkime taraflardan birine sahip olduğu ve daha önce mahkemeye vermiş olduğu bir belgenin aslını yargılama devam ederken mahkemeden geri verilip verilmemesi konusunda bir takdir hakkı tanınmaktadır.

Mahkemeye getirilmesi zor veya sakıncalı olan belgeler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 218. maddesi kapsamında hâkim veya görevlendireceği bilirkişi tarafından yerinde incelenecek ya da bu belgelerin mahkemeye sunulmuş örnekleri asıllarıyla karşılaştırılacaktır. İnceleme sonucunda bir tutanak düzenlenerek, gerekli

⁶⁰⁶ **Mustafa Göksu**, Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi (ABD ve İngiliz Hukuk Sistemlerindeki Discovery ve Disclosure Kurumları ile Karşılaştırmalı Olarak), MİHDER 2009/2, sayı 13, s. 252.

⁶⁰⁷ **Erdönmez**, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, s. 58 vd.

⁶⁰⁸ **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 744.

görüldüğü takdirde uygun teknik araçlarla belgenin aslı kaydedilecektir. Kanunun 218. maddesi, doğrudan “Başka yerden getirtilecek deliller” başlıklı 195. maddesi ile de bağlantılıdır⁶⁰⁹. Mahkemenin, belge asıllarının yerinde incelenmesi yönündeki emrinin yerine getirilmesine haklı bir sebep olmaksızın engel olunması halinde ise hâkim tarafından para cezasına hükmolunacaktır (HMK madde 218/2).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde, tarafın ve üçüncü kişinin elinde bulunan belgelerin ibrazına sadece taraflarca talepte bulunulması gerektiğine ilişkin bir şart yer almamaktadır. Halbuki 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri zamanında 329. madde ile açıkça tarafların belgelerin ibrazına talep edebilecekleri belirtilmekteydi. Yeni kanunla beraber, hâkim tarafların talebi ile ibraz kararı verebileceği gibi, aynı zamanda davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, dava dosyasına usulüne uygun olarak girmiş olan hem tarafların hem üçüncü kişilerin hem de resmi kurumların elinde bulunan bir belgenin ibrazını kendiliğinden talep edebilecektir⁶¹⁰. Yeni kanunla birlikte gerçekleştirilen bu değişikliğin hâkimin daha adil bir karar verebilmesi adına çok önemli bir adım olduğunu belirterek hâkimin aktifleştirilmesinin Anglo-Amerikan hukuklarında bile bu seviyeye ulaşması karşısında Türk hukukundaki değişimlerin daha kolay ve hızlı bir şekilde benimsenmesi gerektiğini vurgulamak isteriz.

Özellikle duruşma öncesinde, ön inceleme aşamasında belgelerin ibrazı konusunda hâkimin rolünün öneminin altını çizmek isteriz. Bu doğrultuda ön inceleme aşamasına yönelik eleştirilere cevaben, bu aşamanın yargılamanın seyri, yönetilmesi ve daha adil bir karara daha makul bir sürede ulaşılması adına layıkıyla sahip çıkılarak değerinin farkedilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu çerçevede Anglo-Amerikan hukuku uygulamasından dersler çıkarmak, onlardaki büyük değişime sadece seyirci kalmamak yerinde olacaktır.

C- Karşı Tarafın Elindeki Belgeye Dayanılması Durumunda Hâkimin Rolü

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 219. maddesi gereğince, taraflar kendilerinin

⁶⁰⁹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 745.

⁶¹⁰ Bolayır, s. 344.

veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan bütün belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. Bu maddeyle tarafların ellerinde bulundurdıkları belgeleri sadece kendi iradeleriyle mahkemeye ibraz etmelerinin yanı sıra, davanın karşı tarafının talebi doğrultusunda da mahkemeye ibraz etme zorunluluklarının olduğu açıkça belirtilmektedir. İspat yükünü taşıyan taraf iddiasını dayandırdığı belge davanın karşı tarafının elinde olduğu durumda doğrudan bu belgenin ibrazını talep edememekte, bu belgeye dayanabilmesi ve mahkemeden bu belgenin ibrazını talep edebilmesi ancak bazı şartların varlığı halinde mümkün olabilmektedir⁶¹¹. Bu şartlar tamam olsa dahi, davanın karşı tarafı haklı bir sebebin varlığını iddia ve ispat ettiği takdirde ibrazdan kaçınabilecektir.

Hâkim, ibrazı istenen bir belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna kanaat getirdiği takdirde ve aynı zamanda karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği ya da belgenin var olduğu resmi bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde bu belgenin ibrazı için kesin süre verecektir (HMK madde 220/1). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220/1. maddesi kapsamında ibrazı istenilen belgenin ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna dair kanaatin oluşabilmesi için, ibraz talebinde bulunan tarafın belgenin ibrazının gerektiğini yaklaşık olarak ispatlaması yeterli olmakla birlikte, ilgili taraf söz konusu belgenin içeriğini ve ispatı ne yönde etkileyeceğine ilişkin iddialarını hâkime bildirip onu ikna etmeye çalışmaktadır. Ortada bir ikna faaliyeti bulunduğundan, kanaatini güçlendirmek isteyen hâkimin gerekli görmesi halinde, ibraz talebinde bulunan taraftan bu doğrultuda delil göstermesini de isteyebilecektir⁶¹². Yani taraflardan birinin talebi üzerine hâkimin tarafın elindeki belgelerin ibrazına karar verebilmesi için o belgenin uyumsuzluğu çözmeye elverişli olması gerekir ve bu belgenin uyumsuzluğun çözümü bakımından elverişliliği hâkim tarafından takdir edilecektir⁶¹³.

Kendisinden belge ibrazı istenen karşı taraf, elindeki belgeyi ibrazdan kaçınmasını haklı gösterecek bir mazeret gösterdiği takdirde ibrazdan kaçınabilecektir.

⁶¹¹ **Erdönmez**, s. 131. Tarafların rol ve yükümlülüklerine ilişkin hususlar konuyu çerçevelemek dışında anlatılmayacak olup, çalışma konusu olan hâkimin rolüne sadık kalınmaya çalışılacaktır.

⁶¹² **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 136-137; **Göksu**, Karşı Tarafın Elindeki Belgeler, s. 259-260.

⁶¹³ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 134-135.

Kanunda karşı tarafın ibrazdan kaçınmasını haklı gösterebilecek sebepler belirtilmeyerek (HMK madde 220/3), bu durum hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkim öncelikle ortada korunmaya değer bir sırrın mevcut olup olmadığını inceleyecektir⁶¹⁴. Bu değerlendirme neticesinde hâkim karşı tarafın ileri sürdüğü gerekçenin kanunun ifadesiyle “kabul edilebilir bir mazeret” teşkil etmediğine kanaat getirirse, hâkim belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilecektir (HMK madde 220/3). Yani hâkim sanki o belge mahkemeye getirilerek ispatlanmış gibi hüküm kurabilecektir⁶¹⁵. Buna karşılık, hâkim karşı tarafın ileri sürdüğü mazeretin ibrazdan kaçınmak için yeterli olduğu kanaatine varırsa, bu durumda delil ikamesi talep eden tarafın bu talebi reddedilecektir. Bu doğrultuda hâkim sadece dava dosyasındaki deliller çerçevesinde kararını tesis edecektir⁶¹⁶. Örneğin belgenin ibrazı, belge sahibinin özel hayatının gizliliğini ihlal edecek, şeref ve haysiyetine zarar verecek nitelikteyse, ibrazdan kaçınmaya çalışan karşı tarafın “kabul edilebilir bir mazereti” olduğu kabul edilebilecekken, ilgili belge tarafın özel yaşam alanını doğrudan ilgilendirmeyen bilgiler içerdiği takdirde ibraz kararı verilebilecektir⁶¹⁷. Benzer şekilde ticari sır, işletme sırrı ve meslek sırrı içeren belgelerin ibrazının söz konusu olması halinde hâkim, bu hususları doğrudan haklı mazeret olarak kabul etmek yerine, yarışan menfaatlerin dengesini koruyarak adil bir karar vermeye çalışmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile aslında sadece “kabul edilebilir bir mazeret” sunarak ibraz yükünden kurtulan karşı tarafın sır hakkı korunmuş olmaktadır. Burada önemli olan nokta hâkimin her iki tarafın yarışan menfaatlerini dikkate alarak bu doğrultuda bir takdir hakkı kullanması olacaktır. Doktrinde bu doğrultuda hem ibraz talebinde bulunan tarafın etkin hukuki himaye talebi hem de belge sahibinin sır hakkının korunmasındaki menfaati dengeleyebilecek bir uygulama olarak “gizli yargılama müessesesi” çözüm yolu olarak ileri sürülmektedir⁶¹⁸. Bu yargılama türü özellikle hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesini zedeleyerek, hâkimin bilirkişinin sır içeren bilgilere dayanarak ulaştığı sonucu kararına esas almasına neden

⁶¹⁴ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazi, s. 27.

⁶¹⁵ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazi, s. 29.

⁶¹⁶ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazi, s. 27.

⁶¹⁷ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 337 vd.

⁶¹⁸ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazi, s. 27.

olmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220/3. maddesinde, karşı taraf belgenin elinde olduğunu inkar ederse, karşı tarafa bu belgenin elinde olmadığı, aradığı halde bulamadığı ve nerde olduğunu bilmediğine dair yemin⁶¹⁹ teklif edileceği belirtilmektedir. Doktrinde, karşı tarafa doğrudan yemin teklif edilmesinin isabetli olmadığına ilişkin görüşe biz de katılmaktayız⁶²⁰. Bu görüş doğrultusunda, hâkimin, karşı tarafı isticvap etmesi ve ikrar elde etmeye çalışması gerektiği; isticvaptan bir sonuç alamadığı taktirde karşı tarafı dinlemesi gerektiği (HMK madde 144) ve belgenin neden elinde olmadığı konusunda ikna edici bir açıklama yapılmasının beklenilmesi gerekmektedir. Karşı tarafın dinlenilmesiyle ikna edici bir açıklama yapılmadığı veya yapılan açıklama hayatın lağan akışına aykırı olduğu taktirde; hâkim yemin teklif etmeksizin dava dosyasındaki diğer delilleri gözönünde bulundurarak bir karara varmalıdır. Ancak hâkim dava dosyasındaki diğer delillerden de bir kanaate ulaşamazsa son çare karşı tarafa yemin teklif edebilecektir⁶²¹. Bu açıklama da hayatın olağan akışına aykırı ise, hâkim karşı tarafa hiç yemin teklif etmeden dava dosyasındaki diğer delilleri dikkate almalıdır.

C- Üçüncü Kişinin Elindeki Belgeye Dayanılması Durumunda Hâkimin Rolü

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 221. maddesinde, belgeyi ibraz etmesine karar verilen herkesin elindeki belgeyi ibraz etmek; belgeyi ibraz edememesi halinde ise bunun sebebini delilleri ile birlikte açıklamak zorunda olduğu belirtilmektedir. Bununla, taraflar gibi üçüncü kişilerin de genel ibraz mecburiyetine tabi olduğu sonucu çıkmaktadır. Ayrıca aynı maddenin birinci bendinde resmi makamların hâkim talep

⁶¹⁹ Buradaki yemin usulünün, ispat aracı olan yeminle herhangi bir bağlantısı yoktur. İspat aracı niteliğindeki yemin, ispat yükü ile ilgili olan ve vakıayı çekişmeli olmaktan çıkaran bir usul iken, yeminin gerçekleştirilmesiyle sonuç kendiliğinden oluşmakta ve yeminin konusu vakıaların kendisine yemin teklif olunan tarafça ikrar edildiği sonucuna varılmaktadır. Buna karşılık burada bahsedilen yemin kendisinden belge talep edilen kişinin doğruluk ve dürüstlük beyanı niteliğinde olup, ispat yükü üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır, **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 288. Kısaca hâkimin belgenin karşı tarafın elinde olup olmadığına ilişkin kanaatini kuvvetlendirmek için teklif ettiği bu yemin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen taraf yemininin dışında kalan, kendine özgü bir yemindir ve inkar yemini olarak adlandırılmaktadır, **Ejder Yılmaz**, Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, İkinci Baskı, Ankara 2012, s. 199.

⁶²⁰ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, s. 30; **Bolayır**, s. 340-341.

⁶²¹ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, s. 30; **Bolayır**, s. 341.

ettiğinde ellerindeki belgeleri ibrazla yükümlü oldukları açıkça belirtilmiştir.

Maddenin üçüncü bendine göre, ibraz yükümlülüğünü taşıyan üçüncü kişiler ve resmi makamlar tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere dayanarak, belgeyi ibrazdan veya bu konudaki tanıklıktan kaçınabileceklerdir.

Kanunda üçüncü kişilerin ellerindeki belgenin zorla alınabileceğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Ancak doktrinde taraf delil tespiti talebinde bulunmuşsa, bu durumda üçüncü kişinin elindeki belgeyi vermeye zorlanabileceği belirtilmektedir⁶²². Buna göre dava açılmadan önce delil tespiti talebi üzerine, belge üçüncü kişinin elinde olduğu için keşif yapılmasına karar verilirse, üçüncü kişi tanıklıktan çekinme sebeplerinden birinin mevcut olduğunu ispatlayamadığı takdirde (HMK madde 291/3) elindeki belgeyi keşif sırasında mahkemeye vermek zorunda kalacak, aksi takdirde hâkim keşif sırasında zor kullanılmasına karar vererek belgenin üçüncü kişinin elinden alınmasını sağlayabilecektir (HMK madde 291/3)⁶²³.

İngiliz hukukunda da tarafların talebi üzerine hâkimin üçüncü kişilere yönelik belgelerin ibrazına hükmedebileceği açıkça düzenlenmektedir (CPR Rule 31.17). Bu doğrultuda hâkim her türlü talebi doğrudan kabul edemeyecek, başvuranın edinmek istediği belgenin yargılama için destekleyici nitelikte olduğunun muhtemel olduğu konusunda hâkimi ikna etmesi gerekecektir. Amerikan hukukunda da üçüncü kişilerden belge ibrazı istenebilmekle beraber, disclosure usulü esas olarak mahkeme dışında gerçekleşen bir usul olmasından ötürü hâkimin rolü İngiliz ve Türk hukuklarına göre oldukça pasif kalmaktadır. Bu doğrultuda üçüncü kişilerin gizliliğinin korunması bakımından da hâkimin rolü daha zayıftır.

D- Elektronik Belgelerin İbrazı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219/1. maddesinde elektronik belgelerin, çıktısı alınarak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde⁶²⁴ elektronik ortama

⁶²² **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, s. 30.

⁶²³ **Erdönmez**, Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, s. 31.

⁶²⁴ Teknolojik gelişmelerin getireceği yeniliklerin önceden öngörülmesi mümkün olmadığından kanunda ayrıntıya yer verilmeyerek elektronik belgelerin "incelemeye elverişli şekilde" elektronik ortama kaydedilmeleri yerinde görülmektedir, **Ayşe Ece Acar**, Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği, İstanbul 2013, s. 178.

kaydedilerek, mahkemeye ibraz edilecekleri belirtilerek, belgelerin ibrazı zorunluluğu kapsamında elektronik belgelerin de bulunduğu dikkat çekilmektedir. Bir bilgisayar programı kullanılarak bilgisayarda veya bir veri taşıyıcısında oluşturulmuş, kaydedilmiş veri anlamına gelen elektronik belge⁶²⁵, elektronik verilerden oluşan hukuken anlamlı bir bütünün taşıyıcısı olarak kabul edilmektedir⁶²⁶.

219. maddeye göre, bilgisayardan çıktı alınmasına ek olarak, dijital belgenin elektronik ortamda kayıt altında bulundurulması mahkemeye ibraz edilmesi gerekmektedir. Fakat eğer elektronik veri belirli bir yerdeki bir bilgisayarda kayıt altında bulunmaktaysa ve uygun vasıtalarla mahkemeye tevdi edilemiyorsa, bu durumda verinin saklanması ilişkin araçlar üzerindeki inceleme bulunduğu yerde yapılacaktır⁶²⁷. Hukuk Muhakameleri Kanunu’nun 218. maddesinde “belgenin yerinde incelenmesi” başlığı altında belirtilen duruma göre, mahkemeye getirilmesi zor veya sakıncalı olan belgelerin, hâkim veya görevlendireceği bilirkişi tarafından yerinde inceleneceği belirtilmektedir.

Elektronik belgeleri ibraz etmekle yükümlü olan karşı taraf, kendisinden talep edilen elektronik verilerin okunması için gerekli araçları ve koşulları sağlamadığı takdirde ise belgenin ibrazından kaçınmış sayılacak; bu durumda hâkim ibraz talebinde bulunan tarafın iddialarını gerçek olarak kabul edebilecektir (HMK madde 220/3).

İbrazı istenilen elektronik belgelerin şahsi bilgiler içermesi halinde, ibraz zorunluluğuna tabi olan uyuşmazlığın karşı tarafı veya üçüncü şahıslar kişisel bilgilerinin korunması amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasına yönelik mahkemeye başvurabileceklerdir⁶²⁸. Söz konusu tedbirlerin nasıl uygulanacağı, tarafların hukuki dinlenilme haklarının hangi ölçüde ve ne şekilde sınırlandırılacağı, uyuşmazlık konusu

⁶²⁵ HMK, senet yerine bir üst kavram olarak belge kavramına yer verdiği için, elektronik belgelerin ibrazı zorunluluğu bakımından Kanun’un uygulama alanını genişleterek HMK madde 219 ve devamındaki maddelerin basit veya güvenli elektronik imzayla imzalanmış ya da imzalanmamış tüm belgeler açısından uygulanmasına imkan sağlamıştır, **Bolayır**, s. 369, dipnot 132.

⁶²⁶ **Mine Erturgut**, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, s. 29-30.

⁶²⁷ **Erdönmez**, Belgelerin İbrazı, s. 248-249; **Erturgut**, s. 298.

⁶²⁸ **Mehmet Ertan Yardım**, Elektronik İmza ve Elektronik İmzanın Medeni Usul Hukukumuzda Etkileri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006, s. 200-201.

vakıaların aydınlatılması ile sırrın korunması arasındaki menfaati dengeleyecek karara varacak olan hâkim tarafından belirlenecektir⁶²⁹.

Amerikan hukukunda ise, elektronik belge tanımı ayrıca yapılmamış olup, elektronik belgelerin ibrazı Federal Medeni Usul Kuralları'nın 34(a) maddesince taraflardan birinin diğerine yapacağı bir izin talebiyle gerçekleşmektedir. Kendisine başvurulmuş taraf otuz gün içinde yazılı olarak belgeyi talep eden tarafa yanıt vermediği takdirde ise, hâkim söz konusu belgelerin talep eden tarafa sunulması, kopyalanması ve incelenmesine ilişkin olarak izin verebilecektir.

İngiliz hukukunda ise, Medeni Usul Kuralları'nın 31. maddesinin eki niteliğinde bulunan Uygulama Yönergesi'nin 31B maddesinde, elektronik belgelerin ibrazına ilişkin düzenlemeler öngörülmektedir. Yönergenin birinci bendinde, Medeni Usul Kuralları'nın 31.4. maddesinde belge tanımının geniş kapsamda ele alındığı ve bu tanıma elektronik belgelerin de dahil olduğu belirtilmektedir. Mahkeme aksini öngörmediği sürece 31 B Yönergesinin sadece çok yönlü yargılama usullerine özgü bir uygulama olduğu vurgulanmaktadır (PD 31B, para 3). Yönergenin 4. bendinde ise, hâkim aksini öngörmediği sürece bu yönergenin (31B) sadece 1 Ekim 2010'dan itibaren uygulanacağı; bu tarihten önceki dönemde ise 31A yönergesinin uygulanacağı dile getirilmektedir. Yani, 1 Ekim 2010'dan önce genel olarak elektronik belge, yazılı belge ayrımı yapmayan tüm belgelere yönelik düzenlenmiş 31A yönergesi uygulanmakta; 1 Ekim 2010 ve sonrasındaki dönem için özellikle elektronik belgelerin ibrazına yönelik oluşturulmuş 31B yönergesi uygulanmaktadır.

Yönergenin 5/3. bendinde, elektronik belge, elektronik, elektronik formdaki her türlü belge olarak ifade edilmektedir. Aynı bentte ayrıca elektronik belgeye yönelik sınırlayıcı olmayan örnekler de verilmiştir. Buna göre, elektronik postalar, diğer elektronik haldeki iletiler (telefon mesajları, sesli mesajlar, veritabanları), taşınabilir aygıtlardaki belgeler (cep telefonu ve taşınabilir bellekteki belgeler) elektronik belgeye örnek olarak gösterilmiştir. Bu şekilde anında ulaşılabilen bilgisayar sistemlerindeki belgelerin yanı sıra, sunuculara (*server*) kaydedilmiş belgeler, yedekleme sistemleri ve silinen belgeler de elektronik belge kapsamında ele

⁶²⁹ Bolayır, s. 369.

alınmaktadır.

Uygulama yönergesinde ayrıca elektronik belge ibraz eden tarafın, söz konusu elektronik belgeleri, ibraz eden tarafın eriştiği şekilde gösterilmesini ve incelenmesini sağlaması gerektiğinin altı çizilmiştir (PD 31B, para.6/4).

İngiliz hukukunda, bazı davalarda taraflar ibraz edilecek elektronik belgelerin kapsamı, uygunluğu, şekli gereğince bir elektronik belge formunu (*electronic documents questionnaire*) karşılıklı olarak değiş tokuş etme yolunu seçebilirler. Bu formlar aracılığıyla taraflar ibraz edilecek elektronik belgeler üzerinde bir anlaşmaya vararak, disclosure usulünü kolaylaştırmayı hedeflerler. Eğer taraflar bir anlaşmaya varamazlarsa veya hâkim tarafların ibraz edeceği elektronik belgelere ilişkin anlaşmalarını uygunsuz veyahut yetersiz görürse (PD 31 B, para.18), bu durumda hâkim ya disclosure usulüne yönelik yazılı olarak talimatlar verecek veyahut bu konu için ayrı bir duruşma düzenleyecektir (PD 31B, para.10-15). Bu yolla hâkim, bir anlaşmaya varılarak, ibraz edilecek elektronik belgelerin belirlenmesi amacıyla tarafların on dört gün içinde elektronik belge formlarını tamamlamalarını sağlamaktadır (PD 31B, para.15).

Sonuç olarak İngiliz hukukunda elektronik belgelerin ibrazı meselesi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve hâkime bu konuda aktif bir rol verilmiştir. Diğer taraftan Amerikan hukukunda elektronik belgeler hakkında yeterli düzenleme bulunmamakla beraber, hâkim de yeterince aktif bir role sahip değildir. Türk hukukunda ise, elektronik belgelere ilişkin İngiliz hukukundaki kadar kapsamlı düzenlemeler bulunmasa da, Türk hâkimine elektronik belgelerin ibrazı konusunda geniş bir takdir hakkı verilmiştir.

E- Ticari Defterlerin İbrazı

Ticari defterlerin⁶³⁰ ibrazına hâkim tarafından re'sen karar verilebileceği gibi, taraflardan birinin talebi üzerine de karar verilebilecektir (HMK madde 222/1). Ayrıca,

⁶³⁰ Ticari defterler, ticari işletmenin muhasebesiyle ilgili işlemlerin ve kanunda belirtilen diğer işlemlerin kaydedildiği defterlerdir, **Önder Topal**, Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 21. Doktrinde Erdönmez, ticari defter kavramının içine bilançodaki kar zarar hesabının doğruluğunu tespiti yarayan belgelerin de dahil olduğunu belirtmektedir, **Erdönmez**, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, s. 264.

aynı doğrultuda olmak üzere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 83/1. maddesinde, mahkemenin ticari uyuşmazlıklarda tarafların Türk veya yabancı gerçek ya da tüzel kişi olmaları hususunda herhangi bir ayırım gözetmeksizin, re'sen veya talep üzerine ticari defterlerin ibrazına ilişkin karar alabileceği öngörülmektedir.

Bu iki hüküm karşısında öncelikle nasıl bir yol izlenecek ve hangi kanun hükmüne tabi olunulacak sorusu akla gelmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 83/2. maddesine göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun senetlerin ibrazına ilişkin hükümlerinin ticari işler hakkında da uygulanacağı belirtilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 447/2. maddesi uyarınca ise, mevzuatta yürürlükten kaldırılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılan atıfların, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerine karşılık yapıldığı sayılacağından, belgelerin ibrazı zorunluluğuna ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219 ve devamındaki maddeleri ticari defterlerin ibrazı bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bu doğrultuda, ticari defterlerin ibrazı hususunda asıl olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 83 ve devamı maddeleri uygulanacak; Ticaret Kanunu'nda düzenlenmeyen hususlara yönelik olarak ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 83/2. maddesinin yaptığı atıf gereği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun belgelerin ibrazına ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219/2. maddesinde ticari defterlerin sadece ilgili kısımlarının onaylı örneklerinin mahkemeye ibraz edilmesi gerektiği belirtilerek, yalnızca defterlerin uyuşmazlık konusuyla alakalı olan kısımlarının ibrazı amaçlanmaktadır. Buna rağmen, ticari defterlerin tamamının ibrazına karar verilmiş olsa bile, tarafların huzurunda ilgili defterlerin sadece uyuşmazlıkla alakalı kısımlarının inceleme konusu yapılabileceği, uyuşmazlıkla ilgili olmayan kısımların incelenemeyeceği, gerekli görüldüğü durumda defterlerin sadece uyuşmazlıkla ilgili yapraklarından suret alınabileceği Türk Ticaret Kanunu'nun 84. maddesinde de açıklıkla ortaya konmaktadır. Bu noktada hâkime önemli bir rol verilmiştir. Şöyle ki, ibraz edilen ticari defterlerin hangi kısımlarının uyuşmazlıkla ilgili olduğunu hâkim takdir edecek ve bu yönde sadece uyuşmazlıkla sınırlı kısmın incelenmesine karar verilebilecektir⁶³¹. Bununla beraber, tarafların somutlaştırma yükünün bir parçası

⁶³¹ Bununla beraber Türk Ticaret Kanunu'nun 85. maddesi ışığında, malvarlığına özellikle mirasa, mal

olarak ticari defterlerin ibrazı talep edildiğinde defter kayıtlarının içeriği ve ait olduğu dönem hakkında bilgi verilmesi zorunludur; çünkü bu evrakları ayıklamak ve içlerinden hangilerinin ibraz edilmesi gerektiğini saptamak hâkimin görevi değildir⁶³².

Doktrinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 222/3. maddesinde ticari defter kayıtlarının sahibi ve halefleri lehine delil olarak kabul edilebilmesi için gereken şartlar arasında “aksinin senet veya kesin delillerle ispatlanamamış olması” ibaresinin yer alması, senede karşı senetle ispat veya kesin delile karşı kesin delille ispat zorunluluğu kuralını hatırlatarak, ticari defterlerin de kesin delil olarak kabul edilip edilmediğine ilişkin açık olmayan bir durum yaratıldığı belirtilmektedir⁶³³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde yalnızca senet, yemin ve kesin hüküm kesin delil olarak kabul edildiğinden, ticari defterlerin kesin delil kapsamında yer almadığı açıktır. Bununla birlikte yukarıda vurgulanan ifadeyle, kanun koyucu gerçekte kesin delil olmayan ticari defterlere kesin delilin ispat gücünü tanıyarak, hâkimin bu kayıtlarla bağlı olacağı sonucunun oluşmasını sağlamaktadır⁶³⁴.

Amerikan usul hukukunda ise, ticari defterleri ayrıca belirtmeden sadece belge kapsamında tüm bilgi içeren belgelerin Federal Medeni Usul Kuralları'nın 26(b) ve 34(a). maddeleri gereğince; yani disclosure yükümlülüğü kapsamında, taraflardan birinin diğerinden talep edeceği bir izinle incelenebileceği ve kopyalanabileceği belirtilmektedir. Eğer kendisinden belge talep edilen taraf bu izne ilişkin olarak yanıtını otuz gün içinde belge talep eden tarafa yazılı olarak bildirmezse, bu durumda hâkim gerekiyorsa izne gerek kalmaksızın söz konusu belgelerin incelenebileceğini emredecektir. Yani söz konusu belgenin ibraz edilip edilmemesini hâkim takdir edecektir. Sonuç olarak Amerikan hukukunda hâkim belgelerin ibrazını re'sen talep edememekte, bu yönde tarafların talebi bulunması gerekmektedir. Böylelikle Amerikan hukukunda hâkime Türk hukukuna göre pasif bir rol verilerek, belgelerin ibrazı konusunda tarafların gerekli adımları atarak yargılamaya yön vermesi beklenmektedir. Belgelerin ibrazına ilişkin usuller discovery-disclosure müessesesi

ortaklığına ve şirket tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklarda ticari defterlerin bir bütün olarak incelenmesine dair karar verilebilecektir.

⁶³² **Erdönmez**, Belgelerin İbrazi, s. 174.

⁶³³ **Bolayır**, s. 377.

⁶³⁴ **Bolayır**, s. 377-378.

başlığı altında daha ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

İngiliz hukukunda da, ticari defterlere ilişkin özel bir düzenleme Medeni Usul Kuralları çerçevesinde öngörülmemiş olup ticari defterler belge kapsamında kabul edilmiştir.

V- Yemin

Yemin, tarafların uyuşmazlığın çözümünü ilgilendiren bir olayın doğru olup olmadığı konusunu, usulüne uygun şekilde, mahkeme önünde, kutsal sayılan değerlerle teyit eden sözlü açıklamalarıdır⁶³⁵. Yeminin konusunu vakıalar oluşturmakta; hukuki sebepler ise yeminin konusunu oluşturmamaktadır⁶³⁶. Yemin delili kesin deliller içerisinde yer almakta ve bu nedenle de hâkimi bağlamaktadır.

Vakıaların ispatına yönelik olan delil niteliğindeki yemini, bilirkişi ve tanıklara yaptırılan yemin ile karıştırmamak gerekir. Bilirkişi ve tanıklara yaptırılan yemin sadece onların doğruyu söylemelerine yönelik bir işlemken, delil niteliğine sahip değildir.

Yemin bir kimsenin esas davasının çözümü konusunda etkili olan bir olayın ispatı için diğerine teklif ettiği bir doğrultma beyanıdır⁶³⁷. Bu doğrultuda, yeminde ispat yükü kendisine düşen taraf iddiasını başka delillerle ispatlayamazsa, diğer tarafa yemin teklif eder. Hukuk Muhakemeleri Kanunu sadece bir tarafın diğerine yemin teklifine izin vermekte, hâkimin kendiliğinden yemin teklifine izin vermemektedir. Yani Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer alan ve takdiri delillerle ispatı gereken bir hususta hâkimin yeminle bağlı olmak zorunda kalmasına neden olan tamamlayıcı yemin usulü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na alınmayarak doktrinde bu usule yönelik olumsuz eleştiriler⁶³⁸ de dindirilmeye çalışılmıştır.

⁶³⁵ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 758.

⁶³⁶ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 759; Haluk Konuralp, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1999, s. 11

⁶³⁷ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 760.

⁶³⁸ Yavuz Alangoya / Kamil Yıldırım / Nevhis-Deren Yıldırım, Hukuk Muhakemeleri Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006, s. 135; Sema Taşpınar Ayvaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 407; Hakan Albayrak, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013, s. 184.

Uygulamada Yargıtay, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde belli bir delili hatırlatma yetkisi bulunmadığını, ancak taraf, deliller arasında yemine başvurmuşsa⁶³⁹, açıkça yemine dayanmasa dahi en azından “sair deliller” demişse, sair deliller içinde yemin de yer aldığından, hâkimin bu tarafa yemin teklif etme hakkı olduğunu hatırlatması gerektiği görüşündedir⁶⁴⁰. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun düzenlemesi çerçevesinde artık hem sair deliller ibaresinin doğuracağı sonuç hem de hâkimin yemin hakkını hatırlatma zorunluluğu geçerli sayılmamakta, tarafın dayandığı delilleri açıkça göstermesi gerekmektedir⁶⁴¹.

Doktrinde bir görüşe göre, hâkimin, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunluluk arz ettiği durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında taraflara açıklama yaptırabileceği, soru sorabileceği, delil gösterilmesini isteyebileceğine dikkat çekilmiş ve hâkimin ispat yükü kendisine düşen taraf iddiasını diğer delillerle ispatlayamazsa, en son çare olarak yemin teklif etme hakkı bulunduğunu, bunun için tarafın dilekçesinde yemin ve sair delil gibi bir ifade kullanmasına gerek olmadan hatırlatmasının yerinde olacağı vurgulanmıştır⁶⁴². Kanaatimizce hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde ve gerçeğe ulaşma amacıyla pasif bir duruş sergilemek yerine aktif şekilde, açıkça yemin sözcüğünün kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın yemin önerme hakkını hatırlatması yerinde olacaktır.

Hâkim, yeminin icrasından önce yemin edecek kimseye, hangi konuda yemin edeceğini açıklar, yeminin anlam ve önemini anlatır ve yalan yere yemin etmesi halinde cezalandırılacağı hususuna dikkat çeker (HMK madde 233/2).

Yemin edecek kimse yemin konusunun yeterli açıklıkta olmadığını ileri sürerse; bu durumda hâkim yemin teklif eden karşı tarafın görüşünü aldıktan sonra derhal bu

⁶³⁹ 13. HD., 1.10.2002, 7949/9957, (YKD 2003/10, s. 1560).

⁶⁴⁰ **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 761, bu hatırlatmanın yapılmaması bozma sebebi sayılmıştır.

⁶⁴¹ **Pekcanitez / Atalay / Özekes**, s. 761; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.407; **Ali Topaloğlu**, 6100 Sayılı HMK’da Yemin ve Mahkeme Tarafından Yemin Teklif Etme Hakkının Hatırlatılması, Terazi Hukuk Dergisi, Temmuz 2013, s. 63.

⁶⁴² **Yılmaz**, Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, s. 141. Aynı doğrultuda bkz. **Osman Kiper**, Hukuk Davalarında Kanıtlar, Adil Yayınevi, Ankara 1995, s. 136; **Cenk Akil**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Yeminin Konusu ve Yemin Delilinin Hatırlatılıp Hatırlatılmayacağı Meselesi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 160-61.

konuda kararını verecektir (HMK madde 233/3).

Yemin teklifini hâkim değerlendirip bir karara varacaktır. Hâkim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 226. maddesi çerçevesinde değerlendirmesini yapacak ve üç noktaya dikkat edecektir: Madde kapsamında hâkim, "1- Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği vakıalar, 2- Bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği haller, 3- Yemin edecek kimsenin namus ve onurunu etkileyecek veya onu ceza soruşturması ya da kovuşturması ile karşı karşıya bırakacak vakıaların varlığının bulunup bulunmadığını dikkate alacaktır. Eğer yemin teklifini yerinde görmezse bu teklifi bir ara kararı ile reddedecektir. Eğer yerinde görürse, tarafın hangi olaylar hakkında ve nasıl yemin edeceğini belirleyecektir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 237. maddesine göre, hâkim, eksik olan noktaları tamamlamak veya açık olmayan hususları aydınlatmak için yeminin konusu ile bağlantılı bulduğu soruları yemin eden kimseye sorabilecektir. Hâkim yemin eden kimsenin beyanını dinleyip tutanağa geçirir ve yazılanları yükses sesle okur; yemin edene, beyanında ısrar edip etmediğini sorar ve verilen cevabı tutanağa kaydeder (HMK madde 238). Yemin eden sözünden dönmediğini bildirerek yemin metnini imzaladığında yemin işlemi tamamlanmış olmaktadır.

Türk hukukunda düzenlenen yemin müessesesine eş değer veya benzer bir müessesese Anglo-Amerikan hukukunda yer almamaktadır.

VI- Kesin Hüküm (*Res Judicata*)

A- Kesin Hüküm

Anglo-Amerikan hukukunda "*res judicata*" olarak anılan kesin hüküm, yetkili bir mahkeme tarafından, uyuşmazlık içinde olup da hükme bağlanmış şeylerin tekrar yargılanamayacağını düzenleyen önemli bir kurumdur⁶⁴³. Bu genel hukuki engel

⁶⁴³ **Zuckerman**, Zuckerman on Civil Procedure, s. 1238; *Ord v. Ord* [1923] 2 KB 432, 439. Kesin hüküm, aynı yargılamanın aynı kişiler arasında tekrar edilmesini engelleyen kamu düzenine ait bir kavramdır, **Ahmet Cahit İyilikli**, Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 31.

doktrini birbirinden farklı iki kuralı bünyesinde barındırmaktadır⁶⁴⁴. İngiliz hukukunda kesin hükmün alt başlıkları olarak, “*issue estoppel*”⁶⁴⁵ ve “*cause of action estoppel*” kavramları kullanılırken; Amerikan hukukunda “*issue preclusion*” (daha çok *collateral estoppel* olarak tanınıyor) ve “*claim preclusion*” kavramları söz konusu olmaktadır⁶⁴⁶. Kısaca Anglo-Amerikan hukukunda bizim anladığımız manadan çok değişik bir anlayış söz konusu olmakta ve kesin hüküm kavramının türlerinin olduğu bir usul öngörülmektedir⁶⁴⁷.

İngiliz hukukundaki kesin hükme ilişkin ayrım, Lordlar Kamarasının *Arnold v. National Westminster Bank* kararında açıklıkla ortaya konmuştur⁶⁴⁸. Bu karara göre, “*cause of action estoppel*”; yani dava sebebi engeline göre, önceden açılmış (*prosecuted*) bir dava ile aynı dava konusu ve tarafların söz konusu olduğu bir davada ilk dava ile aynı dava sebebine dayanılması mümkün olmayacaktır (hile ve muvazaa söz konusu değilse⁶⁴⁹)⁶⁵⁰. Hatta dava konusu olarak yeni bir talep (*new relief*) söz konusu olsa dahi, ilk davada ileri sürülen dava sebebi tekrar ileri sürülemeyecektir⁶⁵¹.

“*Issue estoppel*”e göre ise, aynı taraflara ait iki davada belirli bir mesele (vakıa veya hukuka ilişkin mesele) ilk davada çözüme kavuştuktan sonra artık ikinci davada söz konusu aynı meselenin ileri sürülmesi engelle karşılaşır⁶⁵². Kısaca bu tür kesin hüküm aslında birbiriyle bağlantılı, ayrı kısımlardan oluşmuş (*discrete*) bir dava sebebinin kapsamında bulunan gerek vakıalara gerekse hukuka ilişkin olabilen ilk davada belirlenmiş aynı meselelerin tekrar ele alınmasının engellenmesidir. İkinci

⁶⁴⁴ **Andrews**, Principles of Civil Procedure, s. 503; **Zuckerman**, Zuckerman on Civil Procedure, s. 1238.

⁶⁴⁵ “**Estoppel**” bir dava engeli olmakla beraber, tam tercümesi mümkün olmayan bir hukuki kurumdur ve aslında hukukumuzda kabul edilen pek çok kavrama tekabül etmektedir. Aynı yönde bkz. **Öztekin**, s. 111.

⁶⁴⁶ **Andrews**, Principles of Civil Procedure, s. 503; **Vestal**, Res Judicata / Preclusion, s. 13-15. Kanada hukukunda kesin hüküm ayrımı İngiliz hukuku ile aynıdır, **Lange**, s. 1.

⁶⁴⁷ **Öztekin**, s. 106.

⁶⁴⁸ *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) [104-105].

⁶⁴⁹ Eğer ilk karar hile veya muvazaa sebebiyle iptal edilmişse, bu durumda aynı dava sebebi ileri sürülebilecektir, *Arnold v. National Westminster Bank Plc* [1991] 2 AC 93, [1991] 3 All ER 41, HL.

⁶⁵⁰ *Arnold v. National Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) [104]; *Buehler AG v. Chronos Richardson Ltd.* [1998] 2 All ER 960, CA; *Virgin Atlantic Airways Ltd v. Zodiac Seats UK Ltd.* [2013] UKSC 46, [17].

⁶⁵¹ **Zuckerman**, Zuckerman On Civil Procedure, s. 1247.

⁶⁵² *Arnold v. Nat'l Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) [105].

açılan davada dava sebebi farklı olsa da, ilk davada ileri sürülmüş mesele ile bağlantılı olması halinde ilk davada oluşan kesin delil ikinci davada etkisini gösterecek ve kesin hüküm engeli oluşturacaktır⁶⁵³.

Her iki türde de engel, sadece üzerinde hüküm kurulan hususlara yönelik olmayıp, dava konusuna tabi olan tüm hususlar bu engele takılmaktadır⁶⁵⁴. Yani açılan (*litigated*) ilk davadaki dava sebebinin zorunlu bir unsuru niteliğindeki belirli bir meseleyle bağlantılı bir meseleye dayanan ikinci dava, her ne kadar farklı bir dava sebebine dayansa da kesin hüküm engeliyle karşılaşacaktır⁶⁵⁵.

Kesin hüküm kapsamında yer alan her iki tür hukuki engel de nisbi niteliktedir ve sadece aynı yargılamanın taraflarından birinin diğerine yapacağı itiraz aracılığıyla ileri sürülebilecektir⁶⁵⁶.

Amerikan hukukundaki ayrımın içeriği de İngiliz hukukundaki ayrıma benzer bir niteliğe sahiptir. Amerikan terminolojisinde “*claim preclusion*”e göre, ilk davanın konusunu oluşturan iddianın tamamı veya bir kısmı ikinci davada ileri sürülüyorsa kesin hüküm engeliyle karşılaşacaktır⁶⁵⁷. İkinci karar, ilk karar tarafından tamamen kesin hüküm engeline takılabileceği gibi; sadece bazı iddialar da reddedilebilir.

Amerikan hukukunda da, İngiliz hukukundaki gibi ileri sürülmemiş olsa bile aynı dava sebebine veya aynı iddialara tabi olan hususlar da kesin hüküm engeli kapsamında yer alacaktır⁶⁵⁸.

“*Issue preclusion*”da ise, ilk davada hükme bağlanan bir vakıya ilişkin mesele ikinci davada farklı bir iddia veya talebe dayansa bile kesin hüküm engeliyle

⁶⁵³ *Arnold v. Nat'l Westminster Bank*, [1991] 2 A.C. 93 (H.L.) [105].

⁶⁵⁴ *Sinai*, s. 358; *Henderson v. Henderson* (1843) 3 Hare 100, 115; 67 E.R. 313, 320.

⁶⁵⁵ *Zuckerman*, *Zuckerman On Civil Procedure*, s. 1247-1248; *Arnold v. Natwest Bank* [1991] 2 AC 93, 105.

⁶⁵⁶ *Zuckerman*, *Zuckerman On Civil Procedure*, s. 1239-1240; *Townsend v. Bishop* [1939] 1 All ER 805.

⁶⁵⁷ *Fleming James / Geoffrey C. Hazard / John Leubsdorf*, *Civil Procedure*, Foundation Press, Fifth Edition, New York 2001, s. 675-676.

⁶⁵⁸ *Allen v. Mc Curry*, 449 U.S. 90, 94 (1980). Bu durumun istisnaları için bkz. FRCP Rule 59, 60.

karşılaşacak ve yeniden dava konusu yapılamayacaktır⁶⁵⁹.

Türk hukukunda ise kesin hüküm, geniş ve dar anlamda olmak üzere iki şekilde anlaşılmaktadır (HMK madde 303)⁶⁶⁰. Dar anlamda kesin hüküm, hükmün sadece maddi anlamda kesinleşmesini ifade etmekte iken, geniş anlamda kesin hüküm, hükmün hem şekli hem de maddi bakımdan kesinleşmesi anlamına gelmektedir⁶⁶¹. Bir hükmün maddi anlamda kesinleşmesi için şekli anlamda da kesinleşmesi gerekmektedir.

Şekli anlamda kesin hüküm kısaca, bir hükme karşı başvurulabilecek kanun yolunun kalmaması (veya baştan bulunmaması) demektir. Maddi anlamda kesin hüküm ise, hükmün kararı veren mahkeme tarafından değiştirilememesi, olağan kanun yollarına başvurulamaması, tekrar dava edilememesi ve daha sonra açılan davada bağlayıcı olmasıdır. Bir hüküm, maddi anlamda kesinleştikten ve kimin ne yönde haklı olduğu tespit edildikten sonra, ikinci kez aynı dava açılmaz ve tartışma konusu yapılamaz⁶⁶². Bunun amacı, hem hukuki barışın korunması hem de gereksiz yere hâkimin aynı konuda karar vermesini ve çelişkili kararlar ortaya çıkmasını önlemektir⁶⁶³. Çelişkili kararlar mahkemelere olan güveni zedeleyerek hâkimlere ve yargıya olan güveni azaltmaktadır⁶⁶⁴. Bu doğrultuda bazı Anglo-Amerikan hukukçuları, kesin hükmün mahkemelerin saygınlığını desteklediğini ileri sürmektedir⁶⁶⁵.

Anglo-Amerikan hukukunda kesin hükmün amacı iki teoriye dayandırılmaktadır. İlkine göre, kesin hüküm, uyuşmazlıklara son veren davaların tekrar tartışma konusu yapılmayarak sonlanmasını sağlamakta ve kamu menfaatini

⁶⁵⁹ James / Hazard / Leubsdorf, s. 676.

⁶⁶⁰ İyilikli, s. 40.

⁶⁶¹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 840.

⁶⁶² Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 842.

⁶⁶³ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 842; Tapper, s. 85; Andrews, Principles of Civil Procedure, s. 511; Yuval Sinai, Reconsidering Res Judicata: A Comparative Perspective, Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 21/2, 2010-2011, s. 362.

⁶⁶⁴ *State Hosp. v. Consol. Water Co.* 267 Pa. 29, 38 (1920).

⁶⁶⁵ Allan D. Vestal, Res Judicata / Claim Preclusion: Judgment for the Claimant, Northwestern University Law Review, vol. 62/3, 1967, s. 357 vd.; Allan D. Vestal, Res Judicata / Preclusion, Matthew Bender, New York 1969, s. 12; Eliahu Harnon, Res Judicata and Identity of Actions: Law and Rationale, Israel Law Review, vol. 1, 1966, s. 544.

korumaktadır⁶⁶⁶. Ayrıca, kesin hükmün bir başka amacınınsa bireylerin tekrarlayan davalardan korunma hakkını sağlamak olduğu Anglo-Amerikan içtihadında belirtilmektedir⁶⁶⁷.

Kesin hükmün kesin delil niteliği ile tarafları ve mahkemeyi bağlayıcı, o hükmün tekrar tartışma konusu yapılmasını engelleyici bir etki doğurduğu kastedilerek; diğer deliller aracılığıyla hükmün doğru olmadığının ispat edilmesinin söz konusu olmadığı vurgulanmaktadır⁶⁶⁸.

Hâkim, bir davada verilmiş olan hüküm diğer davayı gerek dava şartı, gerekse delil olma özelliği bakımından etkileyebilecekse, söz konusu mahkeme kararının kesinleşmesini bekletici mesele yapabilecektir⁶⁶⁹. Kararı beklenen mahkeme diğer mahkeme tarafından bekletici sorun yapılan hususu asıl sorun olarak ele alıp karara bağladığı takdirde, bekletici sorun kararı veren mahkeme bu kararla bağlı olacaktır⁶⁷⁰.

Bir davada ispat edilmek istenilen vakıa hakkında aynı taraflar arasında aynı dava sebebine dayanan daha önceden kesinleşmiş bir hüküm varsa, bu hüküm ispat konusu vakıa bakımından dava konusunun farklı olduğu ikinci davada kesin delil oluşturacak ve hâkim o vakıanın gerçek olduğunu dikkate almak zorunluluğunu taşıyacaktır⁶⁷¹.

Kesin delil niteliğiyle hâkimi bağlayan kesin hüküm, davanın her aşamasında hâkim tarafından delillerin toplanması faaliyeti çerçevesinde re'sen dikkate alınabilecektir⁶⁷². Hâkim kesin hükmün varlığını kendiliğinden dikkate alacağından,

⁶⁶⁶ **Sinai**, s. 360; *Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd.* [1967] 1. A.C. (H.L.) 853 (İngiliz kararı); *The Amphill Peerage Case* [1977] A.C. (H.L.) 575-76 (İngiliz kararı). Kanada hukukunda da aynı doğrultuda bkz. *Clark v. Phinney* [1986] S.C.R. 633, 642-44. Bir başka amaç olarak uyumsuzlukların makul sürede ve makul yargılama masraflarıyla sonlandırılması gösterilmektedir, **Donald J. Lange**, *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, LexisNexis Canada, Second Edition, Toronto 2004, s. 7; **Vestal**, *Res Judicata / Preclusion*, s. 10-12; **Vestal**, *Res Judicata / Claim Preclusion: Judgment for the Claimant*, s. 357 vd.

⁶⁶⁷ *Ferrrer v. Arden* (1599) 77 Eng. Rep. 263, 266; 6 Co. Rep. 7a.

⁶⁶⁸ **Mine Akkan**, *Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 11, 2009, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009, Basım Yılı 2010, s. 8.

⁶⁶⁹ **Akkan**, s. 12-13.

⁶⁷⁰ **İbrahim Aşık**, *Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun*, Ankara 2012, s.205.

⁶⁷¹ **Akkan**, s. 17; *DSV Silo-und Verwaltungsgesellschaft mbH v. Owners of The Sennar* [1985] 2 All ER 104, [1985] 1 WLR 490 (Hollanda kararı).

⁶⁷² **Bolayır**, s. 399. Doktrinde Yargıtay tarafından kullanılan "güçlü delil" kavramını, hâkimin güçlü

taraflar daha önceden bir sözleşme ile kesin hüküm itirazında bulunmamayı kararlaştırmış olsalar dahi veya dava sırasında kesin hüküm itirazından vazgeçmeleri, hâkimin herhangi bir şekilde öğrendiği kesin hükmü dikkate almasını engellemeyecektir⁶⁷³.

Kısaca Anglo-Amerikan doktrinininde Türk hukukundakine benzer şekilde maddi/şekli anlamda kesin hüküm ayrımı bulunmamaktadır. Kesin hüküm engeli sadece maddi anlamda ele alınmaktadır. Belirtmek gerekir ki, Anglo-Amerikan hukukunda kesin hüküm sadece nisbi anlamda kabul edilmekte, mutlak manada bir engel yaratmamaktadır. Yani Anglo-Amerikan hukukunda hâkim, kesin hükmü kendiliğinden ele alamamakta; ancak tarafların açıkça itiraz etmesi sonucu kesin hükmü dikkate alabilmektedir⁶⁷⁴. Dolayısıyla Anglo-Amerikan hukukunda aslında kesin hükmün hedeflediği amaçlar gerçekçi olamamakta ve hâkime bu konuda pasif bir rol verilerek sadece uyuşmazlığın sonlanması sağlanmaktadır. Yani bazı yazarların belirttiği gibi Anglo-Amerikan hukuku, kesin hüküm bakımından, gerçeğe ulaşma amacı yerine uyuşmazlığın çözümünü esas almış olmaktadır⁶⁷⁵.

Belirtmek gerekir ki, yabancı mahkeme kararları da kesin hükme neden olabilir. Fakat bunun için öncelikle yabancı mahkeme kararının söz konusu hukukta da tanınması gerekmektedir⁶⁷⁶. İngiliz uygulamasında dava sebebine dayalı kesin hüküm itirazına, meselelere ilişkin kesin hüküm itirazına nazaran daha sıklıkla

delili, kesin delilden ayırma ve farklı muameleye tabi tutması açısından ele almakta fayda görüyoruz. “Güçlü delil” kavramı her ne kadar kanuni bir dayanağı bulunmasa da, hayat tecrübelerine göre hâkim tarafından dikkatle değerlendirilmesi gereken, ispat gücü yüksek, kuvvetli takdiri bir delil olarak kabul edilmektedir, **Ali Cem Budak**, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s. 19-20. Yani güçlü delil kavramı delilin ispat bakımından kuvvetini ifade etmektedir, **Pekcantez /Atalay / Özekes**, s. 715. Güçlü delil kavramının kesin delil niteliği bulunmadığından, hâkim o delille bağlı olmamakla beraber, inandırma gücü yüksek olan takdiri bir delille karşı karşıya kalmaktadır. Bu yüzden hâkimin aksi yönde karar vermesi gerektiği takdirde çok açık ve anlaşılır gerekçeler ortaya koyması gerekmektedir, **Akkan**, s. 38-39. Güçlü delil, sadece takdiri delil niteliğine sahip olduğundan, kesin delil teşkil eden kesin hükmün aksine, tarafları ve hâkimi bağlayıcı bir etkisi yoktur. Bu yüzden hâkim kesin hükümden farklı olarak, güçlü delili delillerin toplanması faaliyeti çerçevesinde re’sen dikkate alamayacak, güçlü delil ancak taraflarca ileri sürülebilecektir.

⁶⁷³ **Mustafa Çenberci**, Hukuk Davalarında Kesin Hüküm (Muhkem Kaziye), Ankara 1965, s. 24.

⁶⁷⁴ Restatement of the Law (first) of Judgments § 1(a) (1942), American Law Institute Publishers, St. Paul.

⁶⁷⁵ **Hazard**, s. 1019; **Landsman**, Readings on Adversarial Justice: The American Approach to Adjudication, s. 3.

⁶⁷⁶ **Peter R. Barnett**, Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments, Oxford University Press, Oxford 2001, 1.51, 2.01.

rastlanmaktadır. Çünkü dava sebebine ilişkin kesin hüküm durumu “*cause of action estoppel*” daha rahat belirlenebilirken, yabancı mahkemede üzerinde hüküm kurulan meselelerin (*issues*) belirlenmesi daha zor olmaktadır⁶⁷⁷. Bu doğrultuda İngiliz hâkimleri *issue estoppel*’e ilişkin yabancı mahkeme kararlarına yönelik titizlikle yaklaşarak, tarafın menfaatinin zedelenmemesine dikkat etme eğilimindedirler⁶⁷⁸.

B- Usulün Kötüye Kullanılması (*Abuse of Process*) ve Hâkimin Rolü

Anglo-Amerikan hukukunda, hâkimin kesin hükme kendiliğinden karşı çıkma yetkisi bulunmasa da, kesin hükme benzer nitelikte, önceki davada belirtilebilecekken belirtilmeyen dava sebebi veya vakıaların ikinci davada usulün kötüye kullanılması (*abuse of process estoppel*) çerçevesinde engellenmesi söz konusu olmakta ve hâkime de bu noktada takdiri bir yetki verilmektedir⁶⁷⁹. Kesin hüküm ile usulün kötüye kullanılması sebebiyle itirazı birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Bu iki usul arasındaki ayrım *Virgin Atlantic Airways Ltd. v. Zodiac Seats UK Ltd.*⁶⁸⁰ kararında açıkça ortaya konmaktadır. Buna göre: “Kesin hüküm, maddi hukuka ilişkin bir kuraldır. Usulün kötüye kullanılması ise hâkimin usulü yetkilerini canlandıran bir kavramdır”.

Hâkimin bu takdiri yetkisi iki duruma hizmet edecektir⁶⁸¹: 1-Taraflardan biri, bir mesele veya dava sebebi ileri sürmek isterse, söz konusu mesele veya dava sebebinin aynı taraflar arasında daha önceki davada ileri sürülüp sürülmediğine karar verecek; 2-Önceki davada karara varılan bulguların, ikinci yargılamaya taraf olan bir kişiye ilişkin (söz konusu bulgu yargılamaya taraf olmayan kişiye dayanan, aleyhine olan) olup olmadığını dikkate alacaktır. Bu durumda hâkim uyuşmazlıkla ilgili tüm etmenleri ele alarak takdiri bir karar verecektir⁶⁸².

Eğer bir mesele önceki davada ileri sürülebilecekken sürülmemişse, bunun

⁶⁷⁷ **Zuckerman**, Zuckerman On Civil Procedure, s. 1269.

⁶⁷⁸ **Zuckerman**, Zuckerman On Civil Procedure, s. 1270.

⁶⁷⁹ **Zuckerman**, Zuckerman On Civil Procedure, s. 1253.

⁶⁸⁰ *Virgin Atlantic Airways Ltd. v. Zodiac Seats UK Ltd.* [2013] UKSC 46, [26].

⁶⁸¹ **Zuckerman**, Zuckerman on Civil Procedure, Principles of Practice, s. 1247.

⁶⁸² *Arthur J. S. Hall & Co. v. Simons* [2002] 1 AC 615 at 702, [2000] 3 All ER 673 at 702-3, HL; *Johnson v. Gore Wood & Co.* [2002] 2 AC 1, [2001] 1 All ER 481, HL.

daha sonraki bir davada ileri sürülmesi kötü niyetli bir davranış olarak kabul edilmekte ve bu yöndeki dava sebepleri veya iddialar reddedilmektedir.

Usulün kötüye kullanılmasının engellenmesinin kökeninde, mahkemenin ve tarafların uyuşmazlıkların çözümlenmesinde elverişli olduğu ölçüde kapsamlı olarak tasarrufta bulunmalarına yönelik teşvik edilmeleri vardır⁶⁸³. Usulün kötüye kullanılmasını engellemek üzere izlenen politika kaynağını Senior Courts Act 1981’ den almaktadır. Söz konusu kanunun ilgili maddesinde, mahkemenin taraflar arasında uyuşmazlık içinde olan bütün meselelerin tamamen ve nihai olarak çözümlenmesi ve aynı meselelere ilişkin gelecekte oluşacak çeşitli davaların önlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır (Senior Courts Act 1981, s. 49(2)).

İngiliz hukukunda kamu düzeni gereğince davacıların davalarını tek bir davada ileri sürmeleri gerektiği genel kural olarak ileri sürülmektedir⁶⁸⁴. Bu durumda hâkime önemli bir rol verilerek kesin hüküm engelinden sıyrılan ve kamu düzenine aykırı şekilde daha önce açılan davalarda ileri sürülebilecekken sürülmemiş meselelerin engellenmesi sağlanmaktadır. Bu kapsamda, hâkime daha önceki yargılamada ileri sürülebilecekken sürülmemiş dava sebebi veya meselelerin engellenmesi konusunda önemli bir takdir yetki verilmektedir⁶⁸⁵. Elbette ki özel durumlar bu kapsam dahilinde tutulmayarak daha sonra ileri sürülmeleri mümkün olabilmektedir. Bu konu kesin hükümden ayrı tutulmakta ve tarafların ve kamu yararını sağlayan, uyuşmazlıkların gelecekte devam edebilmesini önleyen kamu düzenine ilişkin bir usul olarak görülmektedir⁶⁸⁶.

Bu çerçevede, taraflardan biri daha önce hükme bağlanmamış bir dava sebebini veya meseleyi, daha önceki yargılamada bunları ileri sürebilecekken ileri sürmediği için artık sonraki yargılamada da ileri sürememektedir⁶⁸⁷. Yani tarafların genel kamu düzeni kuralı gereğince önceki yargılamalarda ileri sürebilecekken ileri sürmedikleri dava sebepleri veya iddialar hâkimin usulün kötüye kullanılmasına ilişkin sahip

⁶⁸³ **Zuckerman**, Zuckerman On Civil Procedure, s. 1254.

⁶⁸⁴ *De Crittenden v. Bayliss* (Deceased) [2005] EWCA Civ. 1425.

⁶⁸⁵ **Zuckerman**, Zuckerman On Civil Procedure, s. 1240-1241.

⁶⁸⁶ *Barrow v. Bankside Members Agency Ltd.* [1996] 1 All ER 981 at 983, CA.

⁶⁸⁷ **Zuckerman**, Zuckerman On Civil Procedure, s. 1254.

olduğu takdirde yetkisiyle engellenmektedir. Dolayısıyla aynı taraflar aynı dava konusuna ilişkin olarak önceki yargılamada ileri sürülebilecekken sürmedikleri aynı uyuşmazlığın bir parçası niteliğindeki meseleleri ileri süremeyeceklerdir⁶⁸⁸. Örneğin, A, B'nin sebep olduğu trafik kazası sebebiyle yaralanıyor ve B'ye dava açıyor. B ise C'ye davayı ihbarda bulunuyor. Aynı kazada zarara sebebiyet veren C'ye B'nin daha sonra aynı dava sebebine veya meseleye dayanan bir dava açması kabul edilmemektedir. Çünkü B, C'yi davayı ihbar ederken bu talebini de ilk davada yapabilecekken yapmamıştır⁶⁸⁹. Yani, eğer tarafın hukuki çaresini kullanma seçim hakkı varsa, bu çarelerin tamamı veya bir kısmı için dava açabilir. Fakat bir hukuki çareyi ileri sürüp, sonra aynı hukuki çareyi sonraki davalarda tekrar ileri süremez⁶⁹⁰. Ya da söz konusu tarafın hukuki çare arama yolları çeşitliyse ve bunlardan birini seçiyorsa, artık başka bir usulü daha sonra kullanamaz⁶⁹¹.

Lordlar Kamarasının *Johnson v. Gore Wood & Co.*⁶⁹² kararı hâkimin usulün bu şekilde kötüye kullanılması halinde, takdiri yetkisini nasıl uygulaması gerektiğini açıklamaktadır. Bu davada davacı bir emlak geliştirme şirketi sahibidir ve şirket avukatlarının yanlış kararları neticesinde büyük ekonomik kayıplar yaşamıştır. Avukatlar, davacıyı hem davacının kişisel yetkisine dayanarak hem de şirket adına temsil etmektedir. Şirket, avukatlara dava açar ve dava sulhle sonuçlanır. Davacının avukatların gerçekleştirdiği aynı hukuki işlemlerden kaynaklanan kişisel iddiaları da bulunmakla beraber, davacı ekonomik sebeplerden ötürü şahsi taleplerini aynı davada ileri sürmüyor. Şirketin avukatlara açtığı davanın anlaşma kapsamında, davacı tarafından gelecek kişisel taleplerin belirtilen toplam meblağ ile sınırlandırılacağına ilişkin taahhüdü yer almaktadır. Davacı daha sonradan adli yardım (*legal aid*) elde ederek avukatlara karşı dava açıyor. Duruşma tarihinin belirlenmesinin hemen ardından davalılar, usulün kötüye kullanıldığına ilişkin itiraz ediyorlar ve bu sebeple de davanın sonlandırılmasını talep ediyorlar.

Lordlar Kamarası kararında öncelikle aynı taraflar arasında daha önceki

⁶⁸⁸ *Henderson v. Henderson* [1843-1860] All ER Rep. 378, (1843) 3 Hare 100 at 114-5.

⁶⁸⁹ *Talbot v. Berkshire County Council* [1994] 4 All ER 9, CA.

⁶⁹⁰ *De Crittenden v. Bayliss* (Deceased) [2005] EWCA Civ. 1425.

⁶⁹¹ *Koshy v. DEG-Deutsche Investitions-und Entwicklungsgesellschaft mbH* [2006] EWHC 17, Ch.

⁶⁹² *Johnson v. Gore Wood & Co.* [2002] 2 AC 1, [2001] 1 All ER 481, HL.

davada ileri sürülebilecek meselelerin sonradan ileri sürülmesine izin verilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bununla beraber, kararda bu tip meseleleri tekrar ileri sürmek isteyen tarafın da mahkemeyi, kendisine izin verilmemesinin adil olmayacağına ikna etmesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Bu durumda hâkim kamu ve özel menfaatler arasında bir denge kurarak, davacının daha önce ileri sürebilecekken ileri sürmediği meseleleri yeni bir dava ile ileri sürmesinin usulün suistimali olup olmadığını belirlemek durumundadır. Davada her ne kadar ekonomik sebepler söz konusu iddianın talep edilememesi için bir mazeret yaratmayacaksa da, davalının davacının söz konusu ekonomik zaruretiden sorumlu olduğuna da kararda dikkat çekilmektedir. Lordlar Kamarası gerekçesinde somut olaya istinaden yukarıdaki hususlara ek olarak şu hususlara da vurgu yapmıştır: 1-İlk davadaki sulh anlaşmasının şartları gereği davalılar, davacının şahsi iddialarını daha sonra ileri sürebileceğini kabul etmişlerdir, 2-Davalılar usulün kötüye kullanıldığına ilişkin itirazlarını yargılamanın çok geç bir evresinde (duruşmadan hemen önce) yapmışlardır. Dolayısıyla Lordlar Kamarası davacının iddiasını kabul ederek, usulün kötüye kullanılmadığına karar vermiştir⁶⁹³.

İngiliz hukukunda usulün kötüye kullanılmasına ilişkin itiraz usulü, yüzeysel olarak Türk hukukundaki kısmi davada geçerli olan uygulamaya benzese de kısmi dava konumuz kapsamında olmadığından ayrıntılı bir mukayese yapılması yerinde görülmemektedir. Ancak kısaca benzer noktaya değinmek gerekirse Türk hukukunda, davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmi dava denilmektedir⁶⁹⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 109/2. maddesi, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli olması durumunda kısmi davanın açılmayacağını düzenlemiştir. Nasıl ki kısmi dava kurumunun amaç dışı kullanılmasının önüne geçilmek istenmiş ve kısmi dava açılmakta hukuki yarar görülmemişse, İngiliz hukukundaki usulün kötüye kullanılması kapsamında konumuz kapsamında ilk dava ile ileri sürülebilecek “vakıaların” ileri sürülmeyle ikinci bir dava konusu yapılmaları itiraz konusu olmaktadır. Ayrıca nasıl ki davacının alacağını, küçük parçalara bölüp her biri için ayrı ayrı dava açmasında hukuki yararı değil; dava

⁶⁹³ Usulün bu kapsamda kötüye kullanılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Zuckerman**, Zuckerman On Civil Procedure, s. 1253-1271.

⁶⁹⁴ **Pekcanitez / Atalay / Özkes**, s. 478.

hakkının kötüye kullanılması söz konusu ise (TMK madde 2) aynı şekilde uyuşmazlığa ilişkin vakıaları da ayırmak ve farklı davaların konusu yapmak dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.

Son olarak usulün kötüye kullanılmasına ilişkin itiraz usulü, kesin hüküm itirazına göre, yabancılık unsuru taşıyan yargılamalarda, iç hukuktakine nazaran daha sınırlı şekilde uygulanmaktadır⁶⁹⁵. Tarafların makul sebeplerini gösterdikleri takdirde, İngiltere dışında açılan önceki bir davada ileri sürmedikleri meseleleri, İngiliz mahkemeleri önünde ileri sürmelerinde bir engel yoktur.

§ 4 HÂKİMİN ROLÜNÜN DELİL SÖZLEŞMELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk medeni usul hukukunda kanuni delil sisteminin benimsenmesinin sonucu olarak, Kanun'un belli bir delil ile ispatını aradığı vakıaların başka delillerle ispat edilmeleri mümkün değildir (HMK madde 189/3). Bununla beraber istisnai olarak delil sözleşmeleri, senetle ispatı gereken hususların tarafların anlaşmaları suretiyle tanıkla ispat edilmelerini ve taraflara belli vakıaların belli delillerle ispat edilmelerini mümkün kılmaktadır (HMK madde 193/1)⁶⁹⁶.

Yargıtay, taraflar arasında bir delil sözleşmesi akdedilmiş olduğu dava dosyasına usulüne uygun şekilde girmiş belgelerden anlaşılmaktaysa, hâkimin söz konusu sözleşmeyi re'sen nazara alması gerektiğini savunmaktadır⁶⁹⁷. Doktrinde ise durum tartışmalıdır. Üstündağ'a göre, hiç kimse kendisine ait bir hakkı kullanmaya zorlanamayacağından, sözleşme yararına olan taraf buna açıkça dayanmadığı takdirde, böyle bir sözleşmenin varlığını salt dosyadaki belgelerden öğrenen hâkim, delil sözleşmesini re'sen nazara alamayacaktır⁶⁹⁸. Aynı şekilde Umar da usuli sözleşmeleri

⁶⁹⁵ Zuckerman, Zuckerman On Civil Procedure, s. 1270.

⁶⁹⁶ Pekcanıtez /Atalay / Özekes, s. 716, 717; Murat Yavaş, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 309.

⁶⁹⁷ 15. HD., 30.05.1996, 1344/3032.

⁶⁹⁸ Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, s. 421.

hâkimin re'sen dikkate almasının mümkün olmadığını belirtmektedir⁶⁹⁹. Bolayır da, Üstündağ ve Umar'ın görüşüne paralel şekilde, hâkimin delil sözleşmesini re'sen dikkate alıp, o sözleşmedeki deliller ışığında ispat rejimini belirlemesinin medeni usul hukukunda hâkim olan ilkelerden taraflarca getirilme ve tasarruf ilkelerini ihlal edeceğini vurgulamaktadır⁷⁰⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200/2. maddesine göre, taraflar dava sırasında delil sözleşmesi yapabilmektedirler. Bu çerçevede, davada bir tarafın aslında senetle ispatı gereken bir hususta tanık dinletmek istemesi durumunda hâkim, karşı tarafa, kanunen bu hususun senetle ispatının gerektiğini, ancak muvafakat edilirse tanık dinletilebileceğini hatırlatır ve tanık dinletilmesine muvafakati olup olmadığını sorabilmektedir. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 193/2. maddesine göre de, hâkim taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkansız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersizliğine re'sen hükmedebilmektedir. O halde, hâkimin taraflar arasında bir delil sözleşmesi akdedilmiş olduğu dava dosyasına usulüne uygun şekilde girmiş belgelerden anlaşılmaktaysa, en azından taraflara hatırlatmada bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Hâkimin pasif bir şekilde, dava dosyasından tarafların iradelerine uygun şekilde gerçekleşen bir sözleşmeyi hatırlatmasının taraflarca getirilme ve tasarruf ilkelerine bir aykırılık teşkil etmediği görüşündeyiz. Sonuç olarak hâkim dava dosyasından anlaşılan bir belgeyi görmezlikten gelerek, bir vakıanın ispatı delil sözleşmesiyle daha kolay bir şekilde gerçekleşecekken, yargılamaya karışmadan pasif bir tavırla seyirci kalmasının özellikle hâkimin aydınlatma ödevine (HMK madde 31) aykırı görmekteyiz.

I- Hakem-Bilirkişi Sözleşmeleri (*Expert Determination*)

Hakem-bilirkişi sözleşmeleri, tarafların uyuşmazlık konusunun miktarının, değerinin veya vasıflarının üzerinde anlaştıkları belli kişi veya kurul tarafından tespit edilmesini, hazırlanacak raporun hem kendileri hem de hâkim için bağlayıcı olacağını ve ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda başka bir delil kullanılmayacağını kararlaştırdıkları

⁶⁹⁹ Umar, Şerh, s. 107.

⁷⁰⁰ Bolayır, s. 490-491.

bir tür münhasır delil sözleşmesidir⁷⁰¹.

Anglo-Amerikan hukukunda “*expert determination*” olarak anılan hakem-bilirkişilik kurumuna olan talep gün geçtikçe artmaktadır⁷⁰². Anglo-Amerikan ve Türk hukukları arasında hakem-bilirkişilik müessesesi her ne kadar farklı kavramlarla ifade edilse de, bu müesseseyle ilişkin usuller büyük benzerlikler taşımaktadır⁷⁰³. Özellikle altyapı, inşaat, enerji, sigorta, bilişim, şirket değerlemeleri, gayrimenkul mülkiyeti, illiyet bağının kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar, şirket evlilikleri ile devir almalar ve benzeri sözleşmelerde hakem-bilirkişi usulüne başvurulmaktadır⁷⁰⁴.

Hakem-bilirkişilerce hazırlanan raporlar, bilirkişi raporlarından farklı olarak tarafları ve hâkimi bağlamaktadır⁷⁰⁵. Hakem bilirkişi sözleşmesinin hâkimi bağladığı

⁷⁰¹ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 718; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 442, 443; Umar, Şerh, s. 669, 560; Özcan Atalay, Hakem-Bilirkişi Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, 1976/5, s. 870, 871; Ali Yeşilirmak, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 24; Arslan / Yılmaz / Taşpınar-Ayvaz, s. 462-463. Tarafların belli bir vakıanın veya işlemin sadece belirli delil ya da delillerle ispat edilmesi hususunda davadan önce veya dava sırasında akdettikleri sözleşmeye münhasır delil sözleşmesi denilmektedir (HMK madde 193/1). Tarafların mahkemeye başvurusu halinde, hakem-bilirkişi sözleşmesinin davaya ithalinin tarafların ileri sürmesiyle mi yoksa bu anlaşmanın mahkemece re’sen mi dikkate alınması hususu doktrinde tartışma yaratmıştır, Yeşilirmak, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 40. Bu çerçevede bazı yazarlar hakem-bilirkişi sözleşmesinin taraflarca ileri sürülmedikçe mahkemece re’sen ele alınamayacağını ileri sürmektedirler, Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, s. 423; Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukuku Esasları, cilt 1, İlk Derce Mahkemelerinde Yargılama, İstanbul 2000, s. 180. Aksi yönde, Kuru, Cantaymaz ve Demirel ise, hakem-bilirkişi sözleşmesinin dava dosyasına usulüne uygun olarak sunulmuş olması halinde hakimın re’sen bu sözleşmeyi dikkate alması gerektiğini ileri sürmektedir, Kuru, Cilt 3, s. 2908, dipnot 61; Tunç Cantaymaz, İspat Hukukunda Hakem Bilirkişilik, İstanbul 2002, s. 89; Duygu Demirel, Hakem-Bilirkişi Sözleşmesi ve Uygulama Esasları, Terazi Hukuk Dergisi, cilt 9, sayı 93, Mayıs 2014, s. 37.

⁷⁰² John Kendall / Clive Freedman / James Farrell, Expert Determination, Fourth Edition, Sweet and Maxwell, London 2008, s. 1 vd.; Ali Yeşilirmak, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik, Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 11, Özel Sayı 2009, Basım Yılı 2010, s. 699-700; Sema Taşpınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 141.

⁷⁰³ John Kendall, Expert Determination: A European and American Survey, International Business Lawyer, vol. 22, November 1994, s. 459-460. Alman, İsviçre ve Anglo-Amerikan hukuklarında sıkça karşımıza çıkan hakem-bilirkişilik kurumu, Türk hukukunda açık bir yasal düzenlemeye sahip değildir; ancak sıkça uygulama alanı bulduğu sigorta hukukunda, sigorta poliçesi genel şartlarında yer aldığı görülmektedir, Demirel, s. 25.

⁷⁰⁴ Kendall, s. 458; Susan Blake / Julie Browne / Stuart Sime, A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution, Oxford University Press, Third Edition, Oxford 2014, s. 378; Yeşilirmak, s. 694-695.

⁷⁰⁵ Taşpınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, s. 219; Richard Pike, Dispute Resolution: Is Expert Determination the Answer?, New Law Journal, vol. 153, Issue 7105, 2003, s. 1746; Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd [1993] AC 334, [1993] 1 All ER 664. Hakem-bilirkişi kararının tarafları ve hakimî bağlayıcı etkisinin sınırlarına ilişkin İngiliz kararı için

nokta, tarafların iddialarını hangi delillerle ispatlayacakları konusuyla sınırlı olmaktadır. Yoksa hâkim taraflarca getirilen delilleri yine serbestçe takdir etmekte ve kendi bağımsız iradesiyle vakıaların ispatlanıp ispatlanmadığına karar vermektedir. Hakem-bilirkişi raporunun bağlayıcılığa sahip oluşu, hâkimin onun doğruluğundan şüphe duymamasından dolayı değil; tarafların önceden ilgili raporun bağlayıcılığı hususunda anlaşmalarından kaynaklanmaktadır. Yani bağlayıcı etki tarafların iradesine dayanmaktadır⁷⁰⁶. Böylelikle, hâkimin tek bir delille bağlı kılınması onun takdir hakkını ortadan kaldırmamakta, delillerin ikamesi tek bir delille bile gerçekleşse hâkim söz konusu delili serbestçe değerlendirebilmelidir⁷⁰⁷.

İngiliz hukukunda hakem-bilirkişi kararı yetki aşımı halinde, gabin, muvazaa, hakem-bilirkişinin tarafsızlığı ve bağımsızlığının ihlali veya temel usuli hakların ihlali halinde iptal edilebilmektedir⁷⁰⁸. Hakem-bilirkişi bu sayılanlar haricinde hâkim bakımından bağlayıcı olacak ve hâkim uyuşmazlığa ilişkin söz konusu mesele hakkında yeniden bir inceleme gerçekleştiremeyecektir. Hatta hakem-bilirkişi açık bir hata (*manifest error*)⁷⁰⁹ yapmış olsa bile bu durum doğrudan hakem-bilirkişi kararının iptaline sebebiyet veremeyecektir⁷¹⁰. Ancak taraflar sözleşmelerinde açık hatanın bulunmadığı her durumda bağlayıcılığın söz konusu olacağını belirlemişlerse kararın iptali için hâkime başvurulabilecektir⁷¹¹. Taraflar açık hatanın bağlayıcılığı bozacağını sözleşmelerinde kararlaştırmamışlarsa karar taraflar için bağlayıcı olacak ve hâkime başvurulamayacaktır⁷¹². Amerikan hukukunda ise, hakem-bilirkişi kararları tarafsız esas ve usullere uygun nitelikte değilse (*arbitrary*) ve temelden yoksunsa iptal

bkz. *Barclays Bank v Nylon Capital* [2011] EWCA Civ. 826, [2011] All ER (D) 214 (Jul).

⁷⁰⁶ **Nevhis Deren Yıldırım**, Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1991-1994, cilt 54, sayı 1-4, s. 328.

⁷⁰⁷ **Deren Yıldırım**, Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği, s. 327.

⁷⁰⁸ **Kendall / Freedman / Farrell**, s. 211 ve 222 vd.

⁷⁰⁹ “Açık hata” kavramını açıklayan kararlar için bkz. *IIG Capital LLC v. Van Der Merwe* [2008] 1 All ER (Comm.) 1173 para. 52 (açıkça ve kolaylıkla ispatı mümkün olan ve kapsamlı incelemeye gerek olmayan hata); *Macdonald v. Livingston* [2012] CSOH 31; *Walton Homes Ltd. v. Staffordshire CC* [2013] EWHC 2254 (Ch.).

⁷¹⁰ **Kendall / Freedman / Farrell**, s. 211 ; **Blake / Browne / Sime**, s. 385.

⁷¹¹ *Veba Oil Supply and Trading GmbH v. Petrotrade Inc.* [2002] 1 Lloyd’s Rep. 295.

⁷¹² *Jones v. Sherwood Computer Services plc.* [1992] 1 WLR 277.

edilebilmektedir.

Hâkim münhasır delil sözleşmesi çerçevesinde, tarafların belirledikleri delillerin dışındaki delillere başvuramayacak; bu doğrultuda re'sen bilirkişi incelemesi veya keşif yapılmasına karar veremeyecektir. Buna ek olarak, hâkim davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde delil toplayamayacaktır. Böylece hâkim münhasır delil sözleşmesinde belirtilmediği sürece, dava dosyasından uyuşmazlıkla ilgili olduğu anlaşılabilir, önemli olduğu bir belgenin ibrazını isteyemeyecek veya tanık dinletemeyecektir⁷¹³.

II- Münhasır Olmayan Delil Sözleşmelerinde Hâkimin Rolüne Genel Bakış

Münhasır olmayan delil sözleşmelerinde ise, sözleşmeyle kararlaştırılmış olan delillerin kullanılıp kullanılmaması konusunda ilgili tarafa bir seçimlik hak tanındığından, hâkim, davanın karşı tarafının o hususun yalnızca sözleşmede kararlaştırılmış olan delillerle ispat edilmesine ilişkin itirazını dikkate almayacaktır⁷¹⁴. Aynı şekilde, taraflar münhasır olmayan sözleşmeyle kesin delil yaratmadığından, hâkim re'sen keşif veya bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verebilecek, davayı aydınlatma ödevi kapsamında delil toplayabilecektir⁷¹⁵.

Senetle ispatı gereken hususlara yönelik olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu hâkime, münhasır olmayan delil sözleşmeleri çerçevesinde ek bir sorumluluk vermektedir. Buna göre, senetle ispatı gereken hususlarda, senetle ispat yükümlülüğünü taşıyan tarafın, tanık dinletmek istemesi halinde, hâkim senetle ispat zorunluluğunu hatırlatmak suretiyle, karşı tarafın açık rızası ile tanık dinletebilecektir (HMK madde 200/2). Burada hâkimin senetle ispatı gereken bir durumda tanıkla dinletme talebini doğrudan reddetme yetkisi bulunmamaktadır. Hâkim böyle bir durumda mutlaka senetle ispat zorunluluğunu hatırlatacak ve karşı tarafın açık rızası⁷¹⁶

⁷¹³ Bolayır, s. 494.

⁷¹⁴ Bolayır, s. 494, 495.

⁷¹⁵ Bolayır, s. 495.

⁷¹⁶ Davanın karşı tarafı açık bir biçimde rızasını mahkemeye bildirdiği ve söz konusu durum tutanağa geçirilip okunarak kendisine imzalatıldığı takdirde, dava sırasında sözlü bir delil sözleşmesi akdedilmiş olacaktır, Pekcanitez /Atalay / Özekes, s. 717.

halinde tanık dinletilmesine izin verecektir.

Davanın karşı tarafın yokluğunda devam etmesi durumunda, yukarıda açıkladığımız doğrultuda senetle ispatı gereken bir durumda taraf, tanık dinletme talep ederse, bu durumda hâkimden karşı tarafın duruşmaya çağrılmasını talep etmeli ve hâkim karşı tarafı buna açık rıza gösterip göstermeyeceğini bildirmek üzere mahkemeye çağırmalıdır⁷¹⁷. Tarafın mahkemeye gelip gelmemesine ve açık rıza gösterip göstermemesine göre hâkim tanık dinletilip dinletilmemesine karar verecektir.

⁷¹⁷ Bolayır, s. 498.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜMÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anglo-Amerikan hukukunda, hâkimlerin vakıaların uyuşmazlıkla bağlantılı olmasına çok sıkı şekilde dikkat etmesi gerekmektedir; çünkü yargılama içinde taraflar özellikle discovery / disclosure usulünün varlığı sebebiyle davaya uygun düşen her türlü vakıayı yargılamaya sokma eğilimindedirler. Bu noktada hâkimin uyuşmazlık içinde olan esas vakıaları belirlemesi büyük önem taşımaktadır. Dikkatli ve titiz bir hâkimin bu hususta uyuşmazlıkla bağlantısı çok zayıf olan vakıaları çözümlemeye çalışmaması, onları yargılamadan ayırması gerekir.

İngiliz hukukunda, her ne kadar uyuşmazlığa ilişkin dava malzemelerini taraflar mahkemeye getirse de, karara esas alınacak vakıaların ve delillerin belirlenmesi görevi hâkime ait olmaktadır. Yani taraflar olgunlaşmamış dava malzemelerini hâkimin önüne getirmekte; hâkim ise önüne getirilen bu malzemelerden hangileriyle kararını şekillendireceğini belirlemektedir. Hâkim tarafların getirmediği bir malzemeyi kesinlikle kullanamamaktadır.

İngiliz hukukunda hâkim tarafların dilekçelerinde ileri sürdüğü vakıalarla bağlıdır; hâkim re'sen araştırma yaparak uyuşmazlığa ilişkin yeni vakıaların dava dosyasına girmesini sağlayamaz. Bu şekilde, İngiliz hâkiminin de tıpkı Türk hâkimi gibi taraflarca getirilme ilkesine bağlı olduğu, bu doğrultuda taraflardan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamayacağı açıktır. Bununla beraber, İngiliz hukukunda hâkimin davanın aydınlatılması kapsamında, tarafların talebi üzerine, dava dosyasından anlaşılsın ya da anlaşılsın her halükarda uyuşmazlık yaratan meselenin aydınlatılmasını veya söz konusu mesele hakkında ek bilgi teminini taraflardan talep edilebileceği de göz ardı edilmemelidir. Vurgulamak gerekir ki, hâkim ancak tarafların ek bilgi talebi doğrultusunda davanın diğer tarafından davanın aydınlatılması için bilgi talep edebilecektir. Uygulama yönergesi gereğince, hâkim tarafların talebini uygun gördüğü takdirde “dava dosyasından anlaşılsın ya da anlaşılsın” davanın aydınlatılması için uyuşmazlık yaratan meselenin aydınlatılmasını veya söz konusu mesele hakkında ek bilgi teminini taraflardan talep edilebilecektir (PD 18). Bunun dışında hâkim başlıca hedefler çerçevesinde, dava yönetimi rolü sebebiyle yargılamanın başından sonuna kadar davanın aydınlatılması, yargılamanın adil, makul sürede ve ekonomik şekilde

yürütülmesi için aktif şekilde görev alacaktır.

Amerikan hukukunda ise, jürili yargılama kapsamında, jüri yargılamada maddi vakıaların tespiti ve buna ilişkin kararların verilmesinden sorumlu olmaktadır. Hâkim ise, hukuki konularda karar vermektedir. Bununla beraber, hangi maddi vakıaların tespitinin jüriye bırakılacağı da hâkime ait bir görevdir. Yani jüri, hâkimin denetimi altında bir görev icra etmektedir. Özellikle jürinin yargılamaya kabul edilmemesi gereken delillerden etkilenmemesi için, delillerin kabul edilebilirlik standartları öngörülmüştür. Kısaca Amerikan hukukunda delillerin kabul edilmesi, değerlendirilmesi ve ispat gücü konuları birbirinden ayrı ele alınan hususlar olmaktadır.

Türk hukukundan farklı olarak, Anglo-Amerikan hukukunda delillerin ispat gücüne ilişkin herhangi bir ölçüt belirlenmeyerek, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi kabul edilmiştir. Delillerin somut davada ispat gücünü değerlendirecek olan hâkimler sağduyuları ve tecrübeleri ışığında delilleri değerlendirmektedir. Dolayısıyla, delillerin kesin ve takdiri şeklindeki ayrımına Anglo-Amerikan hukukunda rastlanmamaktadır. Türk hukuk sisteminde ise, kanuni delil sitemi gereği hâkim delilleri, kanunda delillerin değerlendirilmesi ile ilgili olarak getirilen sınırlamalara bağlı olarak değerlendirip karar verecektir. Bu doğrultuda hâkim, kural olarak, kanunda belirtilen istisnalar dışında, delilleri serbestçe takdir etmektedir (HMK madde 198). Kanunda belirtilen istisnalar ise senet (HMK madde 200 vd.), yemin (HMK madde 225 vd.), kesin hükümdür (HMK madde 303 vd.). Hâkim bu istisna olarak belirtilen kesin delillerin gerçeği temsil edip etmediğini serbestçe takdir edememekte; bu deliller geçerli olduğu sürece, doğruyu temsil ettiğini, ancak öngörülen şartlar gerçekleşmişse kabul edebilmektedir.

Amerikan hukukunda jürili yargılamaların yoğun şekilde varlığını koruması, delillerin mahkemece kabul edilebilirliğine ilişkin kapsamlı kabul edilebilirlik standartlarının geliştirilmesine neden olmuştur. Delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin kurallar, uyumsuzlukla bağlantılı fakat güvenilir olmayan delillerin mahkemeye taşınmamasını amaçlamaktadır. Güvenilir olmayan delillerden maksat jüriyi yanıltmak ve yanlış yönlendirmek üzere oluşturulmuş delilleri ifade etmektedir. Bu kapsamda Federal Medeni Usul Kuralları'nın 403. maddesi bunu açıkça dile getirmektedir: “ Bir delil davayla bağlantılı olsa bile eğer o delilin ispat değeri büyük

ölçüde haksız önyargı, vakıa karmaşası veya jüriyi yanıltma tehlikesi taşıyorsa, o delilin inceleme kapsamından hariç tutulması gerekmektedir”. İngiliz hukukunda da kabul edilebilirliğe ilişkin doktrinsel standartlar tartışılsa ve bu konuya önem verilse de, jürili yargılamanın sınırlı istisnalar haricinde yok oluşu sebebiyle bu konu Amerikan hukukundaki ciddiyete kavuşmamıştır. Türk hukukunda ise, hâkimin kendisine sunulan delilin, geçerli kabul edilip incelemeye ve ispata esas alınmasının mümkün olup olmadığını; yani caiz delil olup olmadığını dikkate alması gerekmektedir. Hâkim, tahkikat aşamasında ikame edilmek istenilen delillerden hangisinin ispat için kabul edilebileceğini ve hangisinin kabul edilemeyeceğini gerekçeli olarak takdir etmektedir (HMK madde 189/4). Her ne kadar Türk hukukunda jürili yargılamanın bulunmayışı kabul edilebilirliğe ilişkin standartlar oluşturulmasını gerektirmemişse de, uygulamada Türk hâkiminin toplanan tüm delilleri doğrudan kabul etmesi Türk hâkimine madde 189/4 ile verilen takdir hakkının yeterli olamadığı sonucunu doğurmaktadır. Hâkimden hâkime değişebilecek delillerin kabul edilebilirlik ölçütünün tıpkı Anglo-Amerikan hukukunda olduğu üzere belirli standartlara bağlanması daha yerinde olacaktır. Elbette ki, Türk hukukuna önerilen bu standartların, bünyesinde jürili yargılamayı barındıran Amerikan hukuku kadar sıkı kural ve standartlara bağlanması gerekmesi de, hâkimlerin takdirlerine yön ve şekil verecek, benzer olaylarda birbirlerinden çok farklı kararların oluşmasını önleyecek nitelikte olması gerekmektedir. Bu sayede benzer olaylarda hâkimler arasında birbiriyle uyumlu ve tutarlı kararların verilmesi sağlanabilecektir.

İngiliz hukukunda özellikle “Mahkemenin Davaları Yönetme Görevi” (CPR Rule 1.4), “Mahkemenin Genel Dava Yönetimi Yetkisi” (CPR Rule 3.1), “Ek Bilgi” (CPR Rule 18) ve “Mahkemenin Delilleri Kontrol Etme Yetkisi”ne (CPR Rule 32.1) ilişkin hükümleri, Amerikan hukukunda ise, özellikle dava yönetimi kapsamında (FRCP Rule 16(c)(N)), Türk hukukunda ise, Hukuk Muhakemeleri Kanun’un 31. maddesinde yer alan hâkimin davayı aydınlatma ödevi birbirlerine benzer düzenlemeler içermektedir. İngiliz hukuku, bu konuda büyük bir değişim yaşamış ve hâkime davanın aydınlatılması için aktif bir rol vermiştir. Amerikan hukuku da reform değişikliklerine uyum sağlamış fakat yine de İngiliz hukukunun değişim hızına yetişememiştir. Tüm bu düzenlemeler hukukların uyumlaştırılmasında ve özellikle daha adil ve usul ekonomisine uygun kararlar verilebilmesinde büyük önem taşımaktadır.

Türk hukukunda, taraflar kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan bütün belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. Kanun'da tarafların ellerinde bulundurdıkları belgeleri sadece kendi iradeleriyle mahkemeye ibraz etmelerinin yanı sıra, davanın karşı tarafının talebi doğrultusunda da mahkemeye ibraz etme zorunluluklarının olduğu açıkça belirtilmektedir (HMK madde 219). İspat yükünü taşıyan taraf iddiasını dayandığı belge davanın karşı tarafının elinde olduğu durumda doğrudan bu belgenin ibrazını talep edememekte, bu belgeye dayanabilmesi ve mahkemeden bu belgenin ibrazını talep edebilmesi ancak bazı şartların varlığı halinde mümkün olabilmektedir. Bu şartlar tamam olsa dahi, davanın karşı tarafı haklı bir sebebin varlığını iddia ve ispat ettiği takdirde ibrazdan kaçınabilecektir. Hâkim, ibrazı istenen bir belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna kanaat getirdiği takdirde ve aynı zamanda karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği ya da belgenin var olduğu resmi bir kayıtlı anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde bu belgenin ibrazı için kesin süre verecektir (HMK madde 220/1). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220/1. maddesi kapsamında ibrazı istenilen belgenin ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna dair kanaatin oluşabilmesi için, ibraz talebinde bulunan tarafın belgenin ibrazının gerektiğini yaklaşık olarak ispatlaması yeterli olmakla birlikte, ilgili taraf söz konusu belgenin içeriğini ve ispatı ne yönde etkileyeceğine ilişkin iddialarını hâkime bildirip onu ikna etmeye çalışmaktadır. Ortada bir ikna faaliyeti bulunduğundan, kanaatini güçlendirmek isteyen hâkimin gerekli görmesi halinde, ibraz talebinde bulunan taraftan bu doğrultuda delil göstermesini de isteyebilecektir. Yani taraflardan birinin talebi üzerine hâkimin tarafın elindeki belgelerin ibrazına karar verebilmesi için o belgenin uyuşmazlığı çözmeye elverişli olması gerekir ve bu belgenin uyuşmazlığın çözümü bakımından elverişliliği hâkim tarafından takdir edilecektir.

İngiliz hukukunda belgelerin ifşası ve ibrazı disclosure kurumu aracılığıyla gerçekleştirilmektedir⁷¹⁸. Disclosure kararı mahkeme tarafından verilmekte, mahkeme duruma göre ifşayı daraltabilir veya hiç gerek görmeyebilir. Taraflar da yazılı anlaşma ile daraltma veya kaldırma yoluna gidebilirler. Dilekçelerin teatisinden sonra,

⁷¹⁸ Disclosure usulü çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu usule ilişkin değerlendirmelerimizi, tek tek delilleri ele aldığımız üçüncü bölümde, Türk hukukunda belge delili ile mukayeseli olarak yapmayı daha uygun bulmaktayız.

tarafların disclosure usulü kapsamında mahkemeye sunacakları bilgi ve belgelere ilişkin “disclosure raporu”nu teslimlerinden sonra ilk dava yönetimi toplantısı gerçekleştirilecektir. Disclosure raporunun mahkemeye sunulmasından sonra, ilk dava yönetimi toplantısının en az yedi gün öncesinde, taraflar buluşarak veya telefonda görüşerek, başlıca hedefler doğrultusunda oluşturacakları disclosure önerisi (*proposal for disclosure*) hakkında müzakere ederek anlaşmaya varırlar. Eğer tarafların kendi aralarında anlaştıkları disclosure teklifini hâkim uygun görürse, bunun için herhangi bir duruşma yapılmasına gerek olmadan, hâkim disclosure usulüne tabi olacak bilgi ve belgeleri onaylar ve tarafların yerine getirecekleri bu disclosure yükümlülüğü hakkında talimatlarda, yönlendirmelerde bulunur (CPR Rule 31.5(6)). Sonrasında, eğer taraflar hâkim tarafından onaylanan (duruşma yapılmaksızın) disclosure önerileri doğrultusundaki talimat ve yönlendirmeleri, gereğince yerine getirmezlerse, bu durumda hâkim ilk veya takip eden dava yönetimi toplantısında disclosure yükümlülüğüne ilişkin uygun talimatlara hükmeder. Hâkim bu talimatlara, başlıca hedefleri, uygun bütçe masraflarını ve yargılamanın adil bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli olan sınırları dikkate alarak karar verir (CPR Rule 31.5(7)). Bu doğrultuda hâkim taraflarla doğrudan bağlantılı olmasa bile, uyumsuzluğa ilişkin bağlantılı belgelerin elde edilmesini sağlayacak bilgiler ihtiva eden belgelerin ifşa edilmesini de talep edebilmektedir (CPR Rule 31.5(7)(f)). Sonuç olarak, hâkim uygun bulduğu her türlü dava malzemesinin ifşa edilmesine hükmedebilecektir (CPR Rule 31.5(7)(f)). Hâkimin bu talebiyle taraflar, imtiyaza sahip belgeleri hariç olmak üzere, talep edilen tüm dava malzemelerini mahkemeye teslim etmekle ve diğer tarafa da bu dava malzemelerinden yararlanmak istediğini seçebilme imkanı sağlamakla yükümlü olmaktadır. Ayrıca, hâkim, disclosure usulünün nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin yönlendirmelerde bulunabilecektir (CPR Rule 31.5(8)). Buna göre (a) Yapılacak araştırmaların neler olduğu, hangi bilgiye ulaşmak için olduğu, hangi zaman aralıklarına ilişkin bir araştırma olacağı, kimin tarafından gerçekleştirileceği ve elektronik olarak kaydedilmiş belgelerin araştırılmasının kapsamı; (b) İfşa edilecek belgelerin tamamına ilişkin bir liste oluşturulmasının gerekip gerekmediği; (c) Disclosure beyanının nasıl ve ne zaman verileceği; (d) Daha önce var olup da, bir sebeple artık var olmayan belgelere yönelik olarak ne yapılması gerektiği; (f) Disclosure usulünün aşamalar halinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği konusunda hâkim yönlendirmelerde bulunabilecektir. Yani belgelerin ifşası ve ibrazı

disclosure usulü kapasamında İngiliz hakime yöneltilecek bir taleple gerçekleşebilmektedir. Hakim süreci aktif şekilde yönetmekte ve idare etmektedir.

Amerikan hukukunda ise Federal Medeni Usul Kanunu'na 1993 yılında gerçekleştirilen değişiklik, tarafların davanın başlangıcında resmi herhangi bir disclosure usulünün yerine getirilmesi talebine gerek olmaksızın potansiyel tanıklarına, belgeye dayalı delillerine, zararlarına ve sigortalarına (*insurance*) ilişkin bilgiyi birbirleriyle paylaşmasını gerektirmektedir (FRCP Rule 26(a)). Kanun'un 26 (a)(2). maddesinde ise discovery/disclosure usulü aşamasında uygun bir zamanda tarafların bilirkişileri belirlemeleri ve duruşmada dinlenecek tanıkların detaylı yazılı ifadelerinin sağlanması; (a)(3)'de ise duruşma günü yaklaşırken duruşmada sunulacak belirli delillere ilişkin bilgiyi paylaşması gerektiği belirtilmektedir. Maddede sayılan bu kalemlerin sınırlı olmadığı ve hâkim tarafından talep edildiği takdirde, taraflarca discovery usulünün yerine getirilmesine ilişkin bir talep olmadan, ek bilgilerin paylaşılmasının taraflardan istenebileceği belirtilmektedir. Amerikan hukukunu İngiliz hukukunda görülen disclosure usulünden ayıran en temel farklılık belgelerin ifşası ve ibrazının hakim kontrol ve denetimi dışında, hakime yöneltilecek bir talebe gerek olmaksızın taraflarca gerçekleştirilmesidir. Süreç tamamıyla taraflarca idare edilmekte ve hakim bu sürece yeterince aktif şekilde müdahalede bulunmamaktadır.

Amerikan hukukunda, 2000 yılında yapılan değişiklikle disclosure müessesesi uyuşmazlık konusuyla bağlantılı meseleler yerine, iddia veya savunmayla bağlantılı mevzularla sınırlandırılmıştır. Bu değişiklik hâkime, disclosure incelemesini tarafların dilekçelerinde ileri sürdüğü iddia ve savunmalarla sınırlandırma yetkisi tanımaktadır. Böylece, tarafların dilekçelerinde yer almayan yeni iddia ve savunmaları ileri sürme yetkilerinin de bulunmadığı belirtilmiş olmaktadır. Hâkim somut olayın şartlarına, iddia ve savunmaların niteliğine ve aynı zamanda talep edilen disclosure incelemesinin kapsamını göz önünde bulundurarak daha kapsamlı bir disclosure incelemesi yapılmasına karar verebilmektedir. Yani hâkim dava konusuyla bağlantılı her konuda disclosure incelemesi talep etme yetkisini saklı tutmaktadır. Sonuç olarak bu süreçte hâkimin rolü artırılarak disclosure usulünü yönetmesi ve bu sayede yargılamanın gecikmeksizin ve aşırı masrafa yol açmadan yürütülmesi amaçlanmıştır. Hâkimin disclosure usulünün yönetimi sürecine dahil edilmesinin, kötü niyetli, aşırı ve gereksiz disclosure uygulamalarını kontrol altına almak üzere devreye sokulan çok önemli bir

yöntem olduğunun altı 2000 yılı değişikliklerinde tekrar çizilmiştir. Bununla beraber Amerikan hakimleri, İngiliz hakimlerine göre, kanunlarında gerçekleştirilen reformları daha çekimser bir şekilde benimsemekte ve kanunlar katı taraf egemenliğini kaldırmaya çalışsa da hakimlerin bu değişime ayak uydurmasının zaman alacağı bir gerçektir.

Kısaca Anglo-Amerikan hukukunda, vakıa ve delillerin disclosure usulü ile ifşası Kıta Avrupası çatısı altında yer alan bir hukuk sisteminden bakıldığında her zaman endişe verici görülmüştür. Aslında bu endişeler son dönem Anglo-Amerikan uygulamaları ayrıntısıyla incelendiğinde yersiz kalmaktadır. Gerek İngiliz hukuku, gerekse Amerikan hukuku sert taraf egemenliği kalıplarını kırarak ve hâkimin rolünü aktifleştirerek kendi hukuk yapılarına uygun nitelikte yeni usullerin oluşmasını sağlamışlardır. Sanıldığı gibi aksine disclosure usulü artık tamamen hâkimsiz işleyen, tamamen taraf egemenliğinde, güçlünün dayatmalarıyla işleyen bir süreç değildir. Elbette ki bu usullerin de aksayan yönleri olsa da, örnek alınacak birçok noktası da vardır. Amerikan hukuku hakim talebine bağlı olmadan yürütülen bir disclosure uygulamasına dayanmasından ötürü hala hukukumuzda uygun olmasa da, İngiliz disclosure usulü hukukumuz açısından güzel bir örnek teşkil etmektedir.

Bir diğer önemli nokta, Türk hukukunda tanıklık yapmak mahkemeye yapılan hizmet olarak, bir kamu görevi niteliğinde olduğu için tanıkların gerçekleştirmiş olduğu tanıklık her iki tarafın lehine veya aleyhine sonuçlar doğurabilecektir. Dolayısıyla hâkim tanıkları bunu dikkate alarak, gerçeğe ulaşmak ve uyuşmazlığı halletmek amacıyla sorgulayacaktır. Diğer taraftan, Anglo-Amerikan hukukunda tanıklar adeta tarafların kendilerine ait tanıklarıdır. Yargılama içinde gerçekleştirdikleri görev mahkeme için gerçekleştirilen kamu görevinden ziyade ilgili tarafın lehine ifade vermekle sınırlıdır. Dolayısıyla taraflar tanığın ifadesi alınmadan önce onu kendi lehine ifade verecek şekilde çalıştırmaktadır. İşte bu yüzden de, iki hukuk sistemi arasında hâkimin rolü tanık delilinin dinlenmesinde farklılaşabilmektedir.

Bununla beraber İngiliz hukukunda Medeni Usul Kuralları ile gerçekleştirilen köklü reformlar, tanık delili kapsamında sayılan bilirkişi delilinin nesnelliğinin arttırılmasına ilişkin önemli gelişmelere neden olmuştur. Medeni Usul Kuralları'nın 35.3. maddesinde bilirkişilerin yerine getirdikleri görevin taraflar tarafından

bilgilendirilseler ve taraflar tarafından ücretleri ödense bile esas olarak mahkeme için olduğu belirtilmektedir. Hatta bu sebepten ötürü yeni usul kanunu ile birlikte artık “*expert witness*”; yani uzman tanık denilmek yerine “*expert*” terimi kullanılarak, bilirkişilerin taraflar için görev almak yerine, onların tanığı gibi davranmak yerine; sorumluluklarının mahkemeye karşı olduğu vurgulanmıştır. Böylelikle İngiliz hukukunda bilirkişiler artık tarafların danışmanı niteliğinden, hâkimin uzmanlık gerektiren ve teknik konularda bir yardımcısı niteliğine sahip olmuştur.

Ayrıca müşterek bilirkişilik kurumun İngiliz hukukuna dahil olması bilirkişilik kurumunun nesnelliğini ve sınırlandırılmasını sağlayan en büyük gelişme olarak görülmektedir. Medeni Usul Kuralları’nın 35.7. maddesinde, davanın her iki tarafının da aynı mesele hakkında bilirkişi delili sunmak istemesi halinde, hâkimin tarafların müşterek bilirkişi aracılığıyla bunu gerçekleştirmelerine karar verebileceği belirtilmektedir. Böylece hâkime takdir yetkisi tanınarak, taraflara kendi bilirkişilerini atamasına izin vermek yerine, müşterek bir bilirkişinin atanmasına karar verme yetkisi verilmiştir. Her iki tür bilirkişiliğe de başvurabilmek için de tarafların hâkimden izin almaları gerekmektedir. Her iki tür bilirkişi delilinde hâkime verilen aktif rol dikkat çekmektedir.

İngiliz Medeni Usul Kuralları’nın 35.12.’maddesine göre, taraf bilirkişisi müessesesi çerçevesinde, tarafların ayrı ayrı iki rapor sundukları durumlarda hâkim, yargılamanın herhangi bir aşamasında, bilirkişileri birbirleriyle görüşme ve tartışmaya yönelterek, uzmanlık gerektiren meselelerin belirlenmesi ve tartışılmasını; ayrıca mümkünse bu meseleler üzerinde ortak görüşe varılmasını isteyebilmektedir. Maddenin ikinci bendinde ise, bilirkişilerin tartışacağı meseleleri hâkimin belirleyebileceği belirtilmektedir. Böylelikle hâkim bilirkişi delilin aydınlatılması konusunda re’sen hareket ederek aktif bir rol oynamaktadır. Benzer şekilde İngiliz hâkimi, bilirkişileri eş zamanlı olarak dinleyerek, bilirkişilerin vardığı ortak noktaları belirlemekte yahut da muhalif görüşleri net bir şekilde inceleme fırsatı bulmaktadır.

Amerikan hukukunda ise, taraf bilirkişi usulüyle bilirkişi delilinin elde edilmesi ve mahkemeye sunulmasında esas görev taraflara verilmiştir. Çünkü taraf hâkimiyeti sisteminde karar verici hâkim tarafsız ve pasif bir konumda bulunmakta, yargılama taraflar ve onların avukatlarınca yönetilmektedir. Bu sistem yoğun şekilde eleştirilmekte ve bu sistemde hâkimin pasifliği temel usul ilkelerini zedelemektedir.

Amerikan hukukundaki yoğun eleştiriler sonucunda getirilen mahkeme tarafından bilirkişi atanması konusunda, öncelikle bilirkişi ihtiyacının belirlenmesi gerekmektedir. Mahkeme tarafından atanan bilirkişinin seçiminde, tarafların rolü sınırlı olup, bu konuda hâkimin büyük etkisi söz konusu olmaktadır. Hâkimin bilirkişi ihtiyacını belirlemesi ve bunun için zamanında harekete geçerek tarafsız bir bilirkişiyi ataması büyük önem taşımaktadır. Mahkeme tarafından atanan bilirkişi usulü, uygulamada çeşitli sebeplerden ötürü talep edilmediğinden Amerikan hukukunda taraf bilirkişisi usulü egemenliğini korumaktadır.

Türk hukukunda ise hâkim kendiliğinden veya tarafların talebi üzerine bilirkişi deliline başvurabilmektedir. Amerikan hukukunda hâkimler sadece mahkeme tarafından atanan bilirkişi usulüyle re'sen bilirkişi deliline başvurabilirken, İngiliz hukukunda hâkimler re'sen bilirkişi deliline başvuramamaktadır.

İngiliz hukukunda hâkim ancak tarafların onayı ile mahkemeye tanık çağırabilmekle beraber, tanıklar sorgulandıktan ve çapraz sorguya tabi tutulduktan sonra, tanıklara yönlendirici sorular sormakla yetkilidir ve hatta bazen zorunludur. Ayrıca hâkim re'sen veya taraflardan birinin talebi üzerine dinlenmiş bir tanığı daha fazla bilgiye ulaşmak amacıyla karar verilinceye kadar herhangi bir zamanda yeniden mahkemeye de çağırabilmektedir. Yani tanıkların mahkemeye çağırılması ve dinlenmesi hususunda taraflar esas role sahip olsalar da, hâkim davanın aydınlatılması için aktif şekilde hareket edebilmektedir.

Amerikan hukukunda ise, hâkimin mahkemeye re'sen ve taraflardan birinin talebi üzerine tanık çağırabileceği belirtilmektedir (FRCP Rule 614(a)). Aynı maddenin (b) bendine göre hâkimin, tanığı mahkemeye kim davet etmiş olursa olsun sorgulayabileceği de düzenlenmektedir.

Türk hukukunda, Anglo-Amerikan hukukundan farklı şekilde tanıklar davanın taraflarınca gösterilmektedir. Tanıklar taraflarca gösterilebileceklerinden, hâkim kural olarak tarafların göstermediği bir tanığı dinlemek üzere mahkemeye re'sen davet edemeyecektir. Bununla beraber, hâkim gerçeğe ulaşma amacına hizmet etmek ve fiili eşitliği tesis etmek amacıyla⁷¹⁹, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde, tanık listesinde

⁷¹⁹Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, s. 168-169.

yer almasa bile, dermeyan edilmemiş olmakla birlikte “belirli delillere işaret eden ve usulüne uygun olarak yargılamaya aksetmiş bulunan dayanak noktalarının bulunması halinde⁷²⁰”, ilgili gördüğü kişiyi re’sen tanık olarak çağırıp dinleyebilecektir. Tanık delili bakımından Türk hâkiminin, İngiliz ve Amerikan hâkimine göre pasif bir role sahip olduğu kanaatindeyiz. Hâkimin tanıkların dinlenmesi bakımından re’sen hareket edebileceği bir rolünün olması gerektiği ve bunun da tartışmaya mahal vermeyen açık bir uygulama olması gerektiği kanaatindeyiz.

Türk hukukunda düzenlenen yemin müessesesine eş değer veya benzer bir müessesese Anglo-Amerikan hukukunda yer almamaktadır.

Kesin hükmün etkisi ise, Anglo-Amerikan hukukunda farklı görünümlere sahiptir. Türk hukukundaki gibi kesin delil olarak bir kategoriye sokulmasa da, detaylı bir şekilde kesin hüküm ve kesin hüküm benzeri engeller Anglo-Amerikan hukukunda düzenlenmiş ve bu kapsamda hâkimde de yeterince aktif olmayan bir rol verilmiştir.

İngiliz hukukunda keşif kurumu kanuni bir temele dayanmak yerine içtihatla oluşmuş bir düzenlemedir. Bu içtihatla, hâkimin re’sen keşfe başvurabileceği ve keşfin mahkeme huzurunda gerçekleştirilmesi gerektiğinin altı çizilmektedir. Ayrıca keşif sırasında hâkimin, taraflara soru da sorabileceği belirtilmektedir. Bu çerçevede İngiliz hâkimi içtihadı dayanan keşif usulü çerçevesinde “taraf egemen” kimliğinden yine sıyrılmakta ve davanın aydınlatılması için aktif bir rol oynamaktadır. Türk ve İngiliz keşif uygulamalarından büyük farklılık taşıyan Amerikan keşif uygulaması hâkim nezaretinde yapılmamakta ve hâkimden talep edilmeden doğrudan keşif yapılmak istenen mülk, obje, uygulama sahibi veya yönetiminde bulunan davanın diğer tarafından izin talep edilmektedir. İzin istenilen taraf söz konusu izin talebine ilişkin olarak yazılı olarak otuz gün içinde diğer tarafa yanıt vermelidir; aksi takdirde mahkemeye başvurularak hâkimden keşfe izin vermesi için emir çıkartılabilmektedir (FRCP Rule 34(b)(2)(A)). Amerikan hukukunda hâkim re’sen keşif talebinde bulunamamakla beraber; keşfe iştirak da etmemektedir. Keşif delili bakımından hâkimin rolü Türk hukukuna göre ve hatta İngiliz hukukuna göre oldukça pasif kalmaktadır. Türk hukukunda ise, hâkim, taraflar dilekçelerinde keşif deliline

⁷²⁰ **Alangoya**, Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanması ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, s. 89.

dayanmamış, o konuda keşif yapılmasını talep etmemiş olsalar bile, gerekli gördüğü takdirde, sözlü yargılamaya kadar, keşif yapılmasına karar verebilecektir.



SONUÇ

Hem Anglo-Amerikan hukukunda hem de çalışma boyunca değerlendirmiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarında yargılama içinde hâkimlerin ve dolayısıyla avukatların ve tarafların rollerinde değişiklikler söz konusu olmaktadır. Hâkimin yargılama içindeki rolünü arttıran reform hareketliliği çerçevesinde Anglo-Amerikan ve incelediğimiz Kıta Avrupası hukukları arasında dikkate değer bir etkileşim yaşanmaktadır.

Kıta Avrupası hukuklarında, yönetici hâkim kavramı 1895 tarihli Avusturya Kanunu örnek alınarak 20. yüzyıl boyunca diğer Avrupa hukuklarına taşınmıştır. Ele aldığımız Kıta Avrupası hukuklarında, sıkı ispat kurallarının terkedilmesi, gerçeğin aranışına verilen önemin artması ve yargılama süreçlerindeki değişiklikler hâkimin rolünü büyük oranda genişletmiştir. Hâkimin rolünün genişlemesiyle de hâkimin yargılamadaki gücü artarken, avukatların ve tarafların yetkileri azalmıştır.

İngiliz hukukunda 1998 yılında Medeni Usul Kuralları'nın kabulüyle başlıca hedefler ve dava yönetimine ilişkin kurallar benimsenerek yargılamanın başından sonuna hâkimin aktif şekilde rol alması sağlanmıştır. İngiliz reformunun temel kolonları sayılan başlıca hedefler ve dava yönetimi kurallarının yanı sıra, jürili yargılamaların neredeyse tamamen kaldırılması, ön duruşma aşamasına verilen önem ve discovery usulünün kapsamlı değişimi yargılama içindeki dengeleri değiştirerek, esas rolün taraflarda olduğu katı taraf egemen sistemden uzaklaşılmasına neden olmuştur.

Amerikan hukukunda ise, 1938 yılında Federal Usul Kanunu'nun oluşturulmasıyla dava malzemesinin toplanması usulünde büyük oranda bir değişiklik gerçekleşmiştir. Daha önceleri usuli süreçte merkez konumunda dilekçeler ve duruşma aşaması bulunmakta iken, artık yargılama usulüne yeni eklenen orta aşama olarak da adlandırılan duruşma öncesi aşama önemli bir usul aşaması haline gelmiştir. Böylelikle, avukatlar tarafından yürütülen discovery usulü dava malzemesinin toplanması usulünde esas aşama haline gelmiştir.

Hem Türk hukukunda hem de Anglo-Amerikan hukukunda taraflarca getirilme

ilkesi uygulanmaktadır. Yani her iki hukuk sisteminde de, dava malzemesinin toplanmasında esas rol taraflara düşmektedir. Bununla beraber, dava malzemesinin toplanmasında oluşan temel farklılığın sebebi taraflarca getirilme ilkesinin uygulanma derecesidir. Amerikan hukukunda taraflarca getirilme ilkesi en yoğun şekilde uygulanırken, İngiliz hukuku Medeni Usul Kuralları ile oluşturulan reform ile taraflarca getirilme ilkesinin uygulanışının derecesini zayıflatarak hâkime yargılamayı yönlendirmeye, idareye ve aydınlatmaya yönelik çok önemli yetkiler vermiştir. Türk hukukunda ise, taraflarca getirilme ilkesinin uygulanışının derecesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenen hâkimin aydınlatma ödevi ile zayıflamıştır. Dava malzemesinin toplanması sürecinde hâkimin rolünü incelerken mutlaka hâkimin davayı aydınlatma ödevinin dikkatlice ele alınması gerekmektedir. Çünkü hâkimin davayı aydınlatma ödevi olmaksızın yapılacak bir inceleme, hâkimin rolünün içinin boşaltılmış hali olacaktır. Hâkimin vakıaların toplanması ve delillerin ileri sürülmesindeki rolünü şekillendiren ve yargılamanın amacına uygun şekilde gerçeğe ulaşılmasını sağlayan unsur, hâkimin davayı aydınlatma ödevidir. Böylelikle hâkim sadece tarafların mahkemeye sundukları dava malzemesini ele alarak hüküm vermemekte, tarafların ileri sürdükleri iddia ve taleplerin maddi ve hukuki bakımdan açık ve tam olmasını ve aynı zamanda bu şekilde mümkün olduğu kadar adil bir hükme ulaşılmasını sağlamaktır. Hukuki dinlenilme hakkına hizmet eden bu ilke ile, hâkim eksik, belirsiz ve çelişkiler konusunda taraflara somut uyarılar yaparak tarafların açıklama yapmasına imkan tanımış olmaktadır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi aynı zamanda usul ekonomisine de önemli bir katkı sağlamaktadır.

Anglo-Amerikan hukukunda uzun yıllar taraflarca getirilme ilkesine olan sıkı bağlılık ve hâkime yargılamada çok pasif bir rol verilmesi özellikle tarafsız ve adil bir yargılama yapılması için uygun görülmiştir. Halbuki hâkime yargılama içinde aktif bir rol verilmesi demek mutlaka hâkimin uyuşmazlığa karışarak tarafsızlığını zedelemesi anlamına gelmemektedir. Hâkim, davanın taraflarına eşit mesafede durarak, tarafsızlığını koruyarak makul süreler içinde adil bir yargılama yapılması için davayı aydınlatma görevini aktif şekilde yerine getirmelidir. Böyle bir uygulamayla aslında yine taraflar dava malzemelerini yargılamaya getirmekle beraber, hâkim sadece taraflarca getirilen malzemelerin doğru ve tam anlaşılmasını garantilemek için eksikliklerin ve çelişkilerin giderilmesini sağlamış olacaktır. Elbette ki hâkim bu doğrultuda taraflara hatırlatmada bulunamaz; belirli delil veya vakıaların yargılamaya

dahil edilmesi konusunda teşvikte bulunamaz meğer ki bu dava malzemeleri dava dosyasına usulüne uygun şekilde taraflarca girmiş bulunsun.

Anglo-Amerikan ve çalışma boyuca örneklendirdiğimiz Kıta Avrupası hukuklarında taraflarca getirilme ilkesini şekillendiren ve kapsamını belirleyen birçok sebep ve etken olmasına karşın, bunlardan en önemlisi hâkimin davayı aydınlatma ödevidir. İngiliz hukuku bu doğrultuda hâkimin rolünü çok usta bir şekilde arttırarak, yargılamaların daha adil, daha ekonomik ve makul süreler içinde gerçekleştirilmesi adına büyük bir adım atmıştır. İngiliz hâkiminin rolü, dava yönetimi ve başlıca hedefler doğrultusunda şekillenerek aktifleşirken, Türk hukukunda bu değişim özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31. maddesinde düzenlenen hâkimin aydınlatma ödevi ile gerçekleştirilmiştir. Amerikan hukukunda ise, hâkimin rolünü arttırmaya yönelik reformlar, dava yönetimi kapsamında söz konusu olsa da, yeterli seviyeye ulaşmamıştır ve hala Amerikan hukukunda hâkimin pasif duruşu sebebiyle oluşan aksaklıklar yoğun şekilde kendini göstermektedir. İngiliz usul hukukunda yaşanan adeta devrim niteliğinde olan reform, İngiliz hukukunu büyük ölçüde incelemiş olduğumuz Kıta Avrupası hukuklarına yakınlaştırmıştır. Yüzyıllar boyunca, taraflarca getirilme ilkesine sıkı bir bağlılık gösteren İngiliz usul hukuku, yargı sistemini hantallaştıran temel sorunlara köklü bir çözüm yolu bularak hâkimin yargılama içindeki rolünü, özellikle de dava malzemesinin toplanmasındaki rolünü aktifleştirmiştir. Elbette ki, İngiliz hukuku tamamen sahip olduğu Anglo-Amerikan sıfatından kopamasa da, kendi bünyesine uygun, uyum sağlayabileceği nitelikte örnek alınabilecek reformlar gerçekleştirmiştir.

Tüm bu anlatılanlar ışığında, yargılamaların daha adil, sürüncemede bırakılmadan ve aşırı masraflara yol açmadan sonlanabilmesi için vakıaların getirilmesinde ve delillerin toplanmasında hâkime aktif bir rol verilmesi kaçınılmazdır. Diğer taraftan, özellikle, küreselleşme ve ülke hukuklarının uyumlaştırılması ve yakınlaştırılması hareketiyle hem Anglo-Amerikan hem de incelediğimiz Kıta Avrupası hukuklarında dava malzemesinin toplanmasında hâkime verilen rol sorgulanmakta ve bu doğrultuda reform arayışları ve etkileşimler hız kazanmaktadır. Bizler de Türk hukukuna uygun olarak, bu reform hareketliliğine uyum sağlamalıyız. Her zaman çekindiğimiz ve uzak gördüğümüz Anglo-Amerikan hukuk sisteminden bile edinebileceğimiz faydalı usuller olduğu kanaatindeyiz.

BİBLİYOGRAFYA

Abel Richard L.: The Legal Profession in England and Wales, Blackwell, 1988.

Abel Richard L.: England and Wales: A Comparison of the Professional Projects of Barristers and Solicitors, *in Richard L. Abel / Philip S. C. Lewis, Lawyers in Society, An Overview*, University of California Press, Berkeley / Los Angeles /London 1995, s. 39-91.

Abraham Henry J.: The Judicial Process, An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France, Seventh Edition, Oxford University Press, Oxford, New York 1998.

Acar Ayşe Ece: Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Akil Cenk: Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 57, sayı 3, 2008, s. 1-32.

Akil Cenk: Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 58, sayı 1, 2009, s. 1-62.

Akil Cenk: Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, cilt 6, sayı 4, s.1223-1269.

Akil Cenk: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Yeminin Konusu ve Yemin Delilinin Hatırlatılıp Hatırlatılamayacağı Meselesi, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 139-165.

Akkan Mine: Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 11, 2009, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009, Basım Yılı 2010, s. 3-61.

Akkan Mine: Medeni Usul Hukukunda Tanığa Soru Kağıdı Gönderilmesi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 16, Özel sayı 2014, Basım Yılı 2015, s. 555-609.

Aktepe Artık Sezin: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Akyazan Ahmet Emrah: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Doğrudan Soru Yöneltilme (Çapraz Sorgu), Desen Ofset, Ankara 2009.

Akyol Aslan Leyla: Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre), Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Alangoya Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.

Alangoya H. Yavuz: Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasındaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2005 Mayıs, s. 83-113.

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

Alangoya H. Yavuz / **Yıldırım** M. Kamil / **Deren-Yıldırım** Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta, 7. Baskı, İstanbul 2009.

Albayrak Hakan: Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013.

Allemeersch Benoit / **Vandensande** Els: Convergence of Civil Procedure Systems in Europe: Comments from Belgian Perspective, in *X. E. Kramer / C. H. van Rhee (eds.), Civil Litigation in a Globalising World*, s. 317-334.

Allen Christopher J. W.: The Law of Evidence in Victorian England, Cambridge Studies in Legal History, Cambridge University Press, Cambridge 1997.

Allen Christopher: Judicial Notice Extended: *Mullen v. Hackney London Borough Council*, International Journal of Evidence and Proof, vol. 2, 1998, s. 37-43 (Kısaltma: Allen, Judicial Notice)

Allen Christopher: Practical Guide to Evidence, Cavendish Publishing, Third Edition, London 2004.

Alstyne W. Scott Van / **Julin** Joseph R. / **Barnett** Larry D. : The Goals and Missions of Law Schools, Peter Lang International Academic Publishers, Second Edition, New

York 1992.

Anderson Glenn R.: Expert Evidence, LexisNexis Canada, Ontario 2005.

Andrews Neil: Principles of Civil Procedure, Sweet and Maxwell, London 1994.
(**Kisaltma**: Andrews, Principles of Civil Procedure)

Andrews Neil: The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency, in A. A. S. Zuckerman / Ross Cranston (eds.), *Reform of Civil Procedure, Essays on "Access to Justice"*, Oxford University Press, Oxford 1995, s. 169-185. (**Kisaltma**: Andrews, The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency)

Andrews, Neil H.: A New Civil Procedural Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone", *Civil Justice Quarterly*, vol. 19, 2000, s. 19-38. (**Kisaltma**: Andrews, A New Civil Procedural Code for England)

Andrews Neil: English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System, Oxford University Press, New York 2003. (**Kisaltma**: Andrews, Fundamentals of the New Civil Justice System)

Andrews Neil: The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England, Mohr and Siebeck, Tübingen 2008. (**Kisaltma**: Andrews, The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England)

Andrews Neil: English Civil Justice in the Age of Convergence, in *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, LexisNexis Canada Inc., Canada 2010, s. 97-110. (**Kisaltma**: Andrews, English Civil Justice in the Age of Convergence)

Andrews Neil: Fundamental Principles of Civil Procedure: Order Out of Chaos, in X. E. Kramer / C. H. van Rhee (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World*, Asser Press, The Hague 2012, s. 19-38. (**Kisaltma**: Andrews, Fundamental Principles of Civil Procedure)

Andrews Neil: The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England, Springer, London 2012. (**Kisaltma**: Andrews, The Three Paths of Justice)

Andrews Neil: Civil Procedure, in Andrew Burrows, *English Private Law, Oxford Scholarship Online* 2013, s. 1322-1388. (**Kisaltma**: Andrews, Civil Procedure)

Andrews, Neil: Andrews on Civil Processes: Court Proceedings, vol. 1, Intersentia,

Cambridge 2013. (**Kısaltma:** Andrews, Andrew on Civil Processes)

Anıl Yaşar Şahin: Hukuk Davalarında Hâkimin Kendiliğinden Yapacağı İncelemeler, Adalet Dergisi, Mart-Nisan 1982, s. 331-343.

Ansay Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Bası 7, Ankara 1960.

Armytage Livingston: Educating Judges, Towards a New Model of Continuing Judicial Learning, Kluwer Law International, The Hague / Boston / London, 1996.

Arslan Aziz Serkan: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Aşık İbrahim: Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara 2012.

Atalay Oğuz: Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.

Atalay Özcan: Hakem-Bilirkişi Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, 1976/5, s. 870-874.

Atalı Murat: Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (şahsi) bilgisini Kullanması, Haluk Konuralp Anısına Armağan, cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 139-161.

Ataman-Fıganmeşe İnci: Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2005.

Aygül Musa: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller, 12 Levha, İstanbul 2014.

Bagshaw Roderick: Outline of the Law of Evidence, Butterworths, Seventh edition, London, Dublin, Edinburgh 1996.

Baker John H.: An Introduction to English Legal History, Oxford University Press, Forth edition, Oxford 2002.

Baker, R. W.: The Hearsay Rule, Sir Isaac Pitman & Sons, Ltd, London 1950. (**Kısaltma:** R. W. Baker, The Hearsay Rule)

Balo Yusuf Solmaz: Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

Barnett Peter R.: Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments, Oxford University Press, Oxford 2001.

Barrett Edward F. : Adversary System and the Ethics, Notre Dame Law Review, vol. 23, issue 4, 1962, s. 479-488.

Barry J. P. O.: The Methodology of Judging, James Cook Univeristy Law Review, vol. 1, 1994, s. 135-149.

Başar M. Onur: Makul Sürede Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kudla v. Polonya Kararının Medeni Yargılama Sistemlerine Etkisi, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s. 929-958.

Başözen Ahmet: Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınları, Ankara 2010.

Baştürk İhsan: Adil Yargılanma Hakkının Korunmasında Hâkim ve Savcı Eğitiminin Rolü, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı 4/1, 2014, s. 55-66.

Bayraktaroğlu Suzan: Medeni Usul Hukukunda Keşif, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 1997.

Beard Charles A.: The Office of Justice of the Peace in England in Its Origin and Development, Burt Franklin, New York 1904.

Beardsley James: Proof of Fact in French Civil Procedure, The American Journal of Comparative Law, vol. 34, 1986, s. 459-487.

Becker-Eberhard Ekkehard: Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, Çeviren M. Kamil Yıldırım, İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, Alkım Yayınevi, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 17-42.

Belgesay M. Reşit: İsbat Külfeti, Tarihsiz İstanbul.

Bell John: Judiciaries within Europe, A Comparative Review, Cambridge University Press, Cambridge 2006. (**Kısaltma**: Bell, Judiciaries within Europe)

Bell Evan: An Introduction to Judicial Fact-finding, Commonwealth Law Bulletin, vol. 39, no. 3, 2013, s. 519-552. (**Kısaltma**: Bell, An Introduction to Judicial Fact-finding)

Bellin Jeffrey / **Ferguson** Andrew Guthrie: Trial by Google: Judicial Notice in the Information Age, Northwestern University Law Review, vol. 108, 2014, s. 1137-1181.

Benesh S. C.: Understanding Public Confidence in American Courts, *The Journal of Politics*, vol. 68/3, 2006, s. 697-707.

Bentham Jeremy: *Rationale of Judicial Evidence*, Garland Publishing, New York 1827-1978 (tıpkı bası).

Bentham Jeremy: *Principles of Judicial Procedure, with the Outlines of A Procedure Code*, in *J. Bowring (ed.), The Works of Jeremy Bentham*, Volume 2, Marshall and Co., Edinburgh 1843, <http://oll.libertyfund.org/titles/1921> (Çevrimiçi 25.12.2014).

Berger Margaret A.: *The Admissibility of Expert Testimony*, in *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal Judicial Center, National Research Council, Third Edition, Washington 2011, s. 11-36.

Berki Osman Fazıl: *Türk Hukukunda Kanunlar İhtilafları*, Ankara 1971.

Berkin Necmeddin M.: *Hukuk Yargılama Usulünde Delillerin Takdirine İlişkin Sorunlar*, *İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi*, 1975/2, s. 145-175.

Berman H. J.: *The Historical Background of American Law*, in *H. J. Berman (ed), Talks on American Law*, New York: Vintage Books, 1961, s. 3-17.

Best W. M.: *A Treatise on the Principles of Evidence*, London 1849.

Bilge Necip / **Önen** Ergun: *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, 3. Baskı, Ankara 1978.

Black Bert: *A Unified Theory of Scientific Evidence*, *Fordham Law Review*, vol. 56, 1988, s. 595-695.

Blackmar Charles B.: *Missouri's Nonpartisan Court Plan From 1942 to 2005*, *Missouri Law Review*, vol. 72, 2007, s.199-219.

Blackstone W.: *Commentaires on the Laws of England*, Clarendon Press, Oxford 1768.

Blake Susan / **Browne** Julie / **Sime** Stuart, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, Oxford University Press, Third Edition, Oxford 2014.

Blond Neil C.: *Evidence*, Aspen Publishers, New York 2009.

Blom-Cooper Louis: *Experts in the Civil Courts*, Expert Witness Institute, Oxford University Press, Oxford 2006.

Bloomeyer Arwed: Çeviren Turgut Akıntürk, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Takdiri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1968, cilt 25, sayı 3-4, s. 167-178.

Bodansky Joel N.: The Abolition of the Party-Witness Disqualification: An Historical Survey, Kentucky Law Journal, vol. 70, 1981-1982, s. 91-130.

Bolayır Nur: Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

Boyer Lary M.: The Justice of the Peace in England and America from 1506 to 1796: A Bibliographic History, The Quarterly Journal of the Library of Congress, vol. 34/4, 1977, s. 315-26.

Brazil Wayne D.: Civil Discovery: Lawyers' Views of Its Effectiveness, Its Principle Problems and Abuses, American Bar Foundation Research Journal, 1980, s. 787-902. (Kısaltma: Brazil: Civil Discovery)

Brazil Wayne D.: Special Masters in Complex Cases: Extending the Judiciary or Reshaping Adjudication?, The University of Chicago Law Review, vol. 53/2, Spring 1986, s. 394-423. (Kısaltma: Brazil: Special Masters)

Bridge Lord Justice: Report of the Working Party on Judicial Studies and Information, HMSO, London 1978.

Broun Kenneth S. and Contributing Authors (**Dix** George E. / **Imwinkelried** Edward J. / **Kaye** David H. / **Mosteller** Robert P. / **Roberts** E. F. / **Swift** Eleanor): McCormick On Evidence, Practitioner Treatise Series, vol. 2, Thomson Reuters, Seventh Edition, 2013.

Browne M. Neil / **Williamson** Carrie L. / **Barkacks** Linda L.: The Perspectival Nature of Expert Testimony in the United States, England, Korea, and France, Connecticut Journal of International Law, vol. 18, 2002, s. 55-102.

Bryant James R.: The Office Of Master in Chancery: Colonial Development, American Bar Association Journal, vol. 40, July 1954, s. 595-98.

Budak Ali Cem: Anglo Amerikan Medeni Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Uzman Tanıklar), İstanbul Barosu Dergisi, 1991, sayı 10-12, s. 827-841.

Budak Ali Cem: Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000.

Burbank Stephen B.: Vanishing Trials and Summary Judgment in Federal Civil Cases: Drifting Toward Bethlehem or Gomorrah?, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, issue 3, 2004, s. 591-626.

Burger Warren E.: Thinking the Unthinkable, *Loyola Law Review*, vol. 31, no. 2, 1985, s. 205-220.

Burns Robert P.: What Will We Lose If the Trial Vanishes? Northwestern University School of Law, Faculty Working Papers, s. 1-27, <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=facultyworkingpapers> (Çevrimiçi 08.07.2015).

Canivet Guy: Le Juge Judiciaire Dans La Jurisprudence Du Conseil Constitutionnel, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2004, s. 1-13, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51975.pdf> (**Kısaltma**: Canivet, Le Juge Judiciaire)

Canivet Guy: The Interrelationship Between Common Law and Civil Law, *Louisiana Law Review*, vol. 63/4, 2002-2003, s. 937-944.

Cannon Andrew: Finding the Facts: The Judge Should Lead the Search Party, *Monash Law Review*, vol. 37, no. 1, 2011, s. 120-135.

Cantaymaz Tunç: İspat Hukukunda Hakem Bilirkişilik, İstanbul 2002.

Cappelletti Mauro / **Perillo** Joseph M.: *Civil Procedure in Italy*, Springer-Science+Business Media, First Edition, The Hague 1965.

Cappelletti Mauro / **Jolowicz** J. A.: *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Ocena Publications, New York 1975.

Capron Alexander Morgan: Daubert and the Quest for Value-Free “Scientific Knowledge” in the Courtroom, *University of Richmond Law Review*, vol. 30, 1996, s. 85-108.

Carpenter Catherine L. (editor): *A Survey of Law School Curricula: 2002-2010*, Section of Legal Education and Admissions to the Bar, s. 13-16, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/2012_survey_of_law_school_curricula_2002_2010_executive_summary.authcheckdam.pdf

Carrara Cecilia: *Critical Analysis of the New Italian Rule of Arbitration in Corporate*

Matters, *International Arbitration Law Review*, vol. 7/1, 2004, s. 8-13.

Carrington P. D.: The Civil Jury and American Democracy, *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 13/3, 2003, s. 79-94.

Catlin Dennis W.: Michigan's Magic Touch in Educating Judges, *The Judges' Journal*, vol. 25, 1986, s. 32-47.

Caufield Racker Paine: The Curious Logic of Judicial Elections, *Arkansa Law Review*, vol. 64, 2011, s. 249-279.

Cecil Joe S. / **Willging** Thomas E.: Court-appointed Experts, *Reference Manual On Scientific Evidence* 1994.

Cengiz Kübra: Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller, *Eskişehir Barosu Dergisi*, 2010, sayı 15, s. 51-72.

Champagne Anthony / **Easterling** Danny / **Shuman** Daniel W. / **Tomkins** Alan / **Whitaker** Elizabeth: Are Court-appointed Experts The Solution To The Problems Of Expert Testimony, *Judicature*, vol. 84/4, January-February 2001, s. 178-183.

Chase Oscar G. / **Herschkoff** H. / **Silberman** L. / **Taniguchi** Y. / **Varano** V.: *Civil Litigation in Comparative Context*, Thomson West, 2007.

Chase Oscar G. / **Walker** Janet (*editors*): Common Law, Civil Law and the Future of Categories: An Introduction, in *Common Law, Civil Law and The Future of Categories*, LexisNexis Canada Inc., Canada 2010, s. i-xviii (giriş).

Choo Andrew L-T.: *Evidence*, Fourth Edition, Oxford University Press, Oxford 2015.

Chorowsky Jack: Thinking Like A Lawyer, *University of Detroit Mercy Law Review*, vol. 80, 2003, s. 463-465.

Ciurea Andreea: The Initiative of the Judge in Matters of Evidence. Aspects of Comparative Law, *Bulletin of the Transilvania University of Braşov*, vol. 5/54, no.1, 2012, s. 93-98.

Cockerill Sara: *The Law and Practice of Compelled Evidence in Civil Proceedings*, Oxford University Press, Oxford, s. 2011.

Colman Anthony / **Lyon** Victor / **Hopkins** Philippa: *The Practice and Procedure of the Commercial Court*, Informa law, Taylor and Francis Ltd., Sixth Edition, London 2008.

Conley John A.: Doing It By the Book: Justice of the Peace Manuals and English Law in Eighteenth Century America, *The Journal of Legal History*, vol. 6, issue 3, 1985, s. 257-298.

Conley John M. / **Peterson** David W.: The Science of Gatekeeping: The Federal Judicial Center's New Reference Manual on Scientific Evidence, *North Carolina Law Review*, vol. 74/4, 1995-1996, s. 1183-1223.

Cope, Sophia: Ripe For Revision: A Critique of Federal Rule of Evidence 706 and the Use of Court-Appointed Experts, *Gonzaga Law Review*, vol. 39/3, 2003-2004, s. 163-196.

Cotardière Arnaud de la / **Peterson** Patricia / **Pujos** Delphine: Litigation and Enforcement in France: Overview, *Practical Law*, 1 Temmuz 2012, <http://us.practicallaw.com/9-502-0121>.

Cowan J. D.: What Attorneys Think of Jury Trial Innovations? *Judicature*, vol. 86/4, 2003, s. 192-199.

Crump David: Law Clerks: Their Roles And Relationships With Their Judges, *Judicature*, vol. 69, no. 4, December-January 1986, s. 236-240.

Çakır Aytuğ Ceyhun: Amerikan ve İngiliz Hukuklarında Yer Alan Benzer Düzenlemeler Çerçevesinde Türk Medeni Usul Hukukunda "Ön İnceleme", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 641-667.

Çayan Gökhan: Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi, *Legal*, İstanbul 2013.

Çelik Adem: Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

Çelik Çelik Ahmet: 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasası'na Göre Ön İnceleme, *Legal Hukuk Dergisi*, Mart 2012, Sayı 111, s. 63-90.

Çelikel Aysel/ **Erdem** Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, Beta, 11. Bası, İstanbul 2012.

Çelikoğlu Cengiz Topel: Medeni Usul Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012/100, s. 281-316.

Cengiz Topel Çelikoğlu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargılama Modelinde Öninceleme Safhası, www.e-akademi.org, (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), sayı 125, Temmuz 2012 <http://www.e-akademi.org/makaleler/ctcelikoglu-1.pdf> (Çevrimiçi 03.02.2016), s. 1-65.

Çelikoğlu Cengiz Topel: Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Çenberci Mustafa: Hukuk Davalarında Kesin Hüküm (Muhkem Kaziye), Ankara 1965.

Dalle H.: Le Recrutement et la Formation des Magistrats: Une Question de Légitimité, *Revue de l'Administration Publique*, no. 57, 1991, s. 53-60.

Damaska Mirjan R.: Presentation of Evidence and Factfinding Precision, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 123/6, 1975, s. 1083-1106.

Damaska, Mirjan R.: The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process, Yale University Press, New Haven 1986.

Damaska Mirjan R.: Of Hearsay and Its Analogues, *Minnesota Law Review*, vol. 76/3, 1991-1992, s. 425-458. (**Kısaltma**: Damaska, Of Hearsay and Its Analogues)

Damaska Mirjan R.: Evidence Law Adrift, Yale University Press, London 1997.

Damaska Mirjan R.: The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments, *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, s. 839-852.

Damaska Mirjan: The Common Law / Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction, *in Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, LexisNexis Canada Inc., Canada 2010, s. 3-21.

David René / Brierley John E. C.: Major Legal Systems in the World Today, Sweet and Maxwell, Third Edition, London 1985.

Davis Kenneth Culp: An Approach to Rules of Evidence for Non-Jury Cases, *American Bar Association Journal*, vol. 50/8, 1964, s. 723-727.

Davis Michael E. / Akenhead Robert: The Technology and Construction Court, Oxford University Press, Oxford 2006.

Dayton Kim: The Myth of Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts, Iowa

Law Review, vol. 76, 1991, s. 889-957.

De Hoon Machteld W. / **Verberk** Suzan: Towards a More Responsive Judge: Challenges and Opportunities, Utrecht Law Review, vol. 10, issue 4, 2014, s. 27-40.

DeGraw James S.: Rule 53, Inherent Powers And, Institutional Reform: The Lack Of Limits On Special Masters, New York University Law Review, vol. 66/3, 1991, s. 800-849.

Demircioğlu Yaşar: Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Demirel Duygu: Hakem-Bilirkişi Sözleşmesi ve Uygulama Esasları, Terazî Hukuk Dergisi, cilt 9, sayı 93, Mayıs 2014, s. 24-42.

Demirkapı Ertan: Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, sayı 2, cilt 5, s. 39-75.

Dennis Ian H.: The Law of Evidence, Sweet & Maxwell, Fourth edition, Cornwall 2010.

Deren-Yıldırım Nevhis: Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yaratdığı İdeolojik Çağrışımlar, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 817-832.

Deren-Yıldırım Nevhis: Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1991-1994, cilt 54, sayı 1-4, s. 321-330.

Devlin Patrick: Trial by Jury, Stevens & Sons Limited, London 1966.

Devlin Patrick: The Judge, Oxford University Press, First Edition, Oxford 1979.

Di Federico Giuseppe: Preface, Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain, Research Centre for Judicial Studies (CeSROG), University of Bologna, Bologna 2005, s. V-IX, <http://www.difederico-giustizia.it/wp-content/uploads/2010/09/recruitment-evaluation-and-career.pdf> (Çevrimiçi 26.04.2015).

Di Lello Edward W.: Fighting Fire With Firefighters: A proposal For Expert Judges

At The Trial Level, Columbia Law Review, vol. 93/1, 1993, S. 178-230.

Dillon John Forrest: Bentham's Influence in the Reforms of the Nineteenth Century, *in Association of American Law Schools, Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge 1907, s. 492- 515.

Dix Maurice J. : Request For Admissions Under Rule 36 of the Federal Rules of Civil Procedure, Fordham Law Review, vol. 10, issue 1, 1941, s. 74-81.

Dodson Scott: Beyond Twombly, Civil Procedure and Federal Courts Blog, May 18 2009, <http://lawprofessors.typepad.com/civpro/2009/05/beyond-twombly-by-prof-scott-dodson.html>

Dodson Scott: Comparative Convergences in Pleading Standards, University of Pennsylvania Law Review, vol. 158, 2010, s. 441-472.

Dodson Scott / **Klebba** James M.: Global Civil Procedure Trends in the Twenty-First Century, Boston College International and Comparative Law Review, vol. 34/1, 2011, s. 1-26.

Ebke Werner F.: Legal Education in the United States of America, *in A. Uzelac / C. H. Van R (editors), The Landscape of the Legal Profession in Europe and the USA: Continuity and Change*, Intersentia, Cambridge 1992, s. 95-111.

Edward David, Fact-Finding: A British Perspective, *in D. L. Carey Miller / Paul R. Beaumont (editors), The Option of Litigating in Europe, United Kingdom Comparative Law Series*, vol. 14, 1993, s. 43-56.

Ege Önder: Medeni Usul Hukukunda Keşif, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Elliott E. Donald: Managerial Judging and the Evolution of Procedure, The University of Chicago Law Review, vol. 53/2, 1986, s. 306-336.

Ercan İsmail: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Yasası'na Göre Medeni Usul Hukuku, Dokuzuncu Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Erdönmez Güray: Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 223-239.

Erdönmez Güray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrası, İstanbul Barosu Dergisi Eylül-Ekim 2013, cilt 87, sayı 5, s. 15-53. (**Kısaltma:**

Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı)

Erdönmez Güray: Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, On İki Levha, İkinci Baskı, İstanbul 2014.

Erişir Evrim: Medeni Usul Hukukunda Tanık Listesi, İzmir Barosu Dergisi, 2007/Ocak, s. 173-224.

Ermenek İbrahim: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1-143. Maddelerinin Değerlendirilmesi ve Ön İnceleme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Sempozyumu, Ankara 24-25 Mart 2011, s. 65-95.

Ermenek İbrahim: Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak-Haziran 2011, Cilt 2, Sayı 1, s. 139-175.

Ermenek İbrahim: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yürürlüğe girmesinden Sonra Makul Giderle Yargılama Hakkına İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Bazı Güncel Sorunlar ve Usul Ekonomisi İlkesi, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 767-801.

Erol Nevzat: Hukukta Deliller ve İkamesi, Ankara 1969.

Ertanhan Mesut: Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005.

Erturgut Mine: Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004.

Faigman David L. / **Porter** Elise / **Saks** Michael J.: Check Your Crystal Ball at the Door, Please: Exploring the Past, Understanding the Present, and Worrying About the Future of Scientific Evidence, Cardozo Law Review, vol. 15/6, 1993-1994, s. 1799-1835.

Farley R. J.: Instructions to Juries-Their Role in the Judicial Process, Yale Law Journal, vol. 42, 1932-1933, s. 194-225.

Farnsworth W.: The Legal Analyst, University of Chicago Press, Chicago 2007.

Farrell Nancy S.: Congressional Action to Amend Federal Rule of Evidence 702: A Mischievous Attempt to Codify Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Journal of Contemporary Health Law and Policy, vol. 13/2, 1996-1997, s. 523-551.

Farrow Trevor C. W. / **Watson** Garry D.: Courts and Procedures: The Changing Roles of the Participants, in Common Law, Civil Law and the Future of Categories,

LexisNexis Canada Inc., Canada 2010, s. 155-160.

Findley Keith A.: Adversarial Inquisitions: Rethinking the Search for Truth, New York Law School Law Review, vol. 56/3, 2011-2012, s. 911-941.

Finkelstein Ray: The Adversarial System and the Search for Truth, Monash University Law Review, vol. 37/1, 2011, s. 135-144.

Fiss Owen: The Bureaucratization of the Judiciary, Yale Law Journal, vol. 92/8, 1982-1983, s. 1442-1468.

Forsyth William: History of Trial by Jury, John W. Parker and Son, West Strand, London 1852.

Frank Jerome: Law and the Modern Mind, Brentano's, New York 1930.

Frank Jerome: Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice, Princeton University Press, 1973.

Frankel Marvin E.: The Search For Truth: An Umpireal View, University of Pennsylvania Law Review, vol. 123, no. 5, 1975, s. 1031-1059. (**Kisaltma**, Frankel, The Search For Truth)

Frankel Marvel: Partisan Justice, Hill and Wang, New York 1978.

Frankel Lawrence M.: Disclosure in the Federal Courts: A Cure for Discovery Ills, Arizona State Law Journal, vol. 25/1, 1993, s. 249-283.

Freilich Robert H.: Editor's Comment: The Use of A Special Master in Complex Environmental Litigation, The Urban Lawyer, vol. 29/1, winter 1997, s. 1-12.

Fricero Natalie: Les Institutions Judiciaires, Gualino Editeur, Fifth Edition, Issy-les-Moulineaux cedex 2014.

Friedenthal J. H. / **Kane** M. K. / **Miller** A. R.: Civil Procedure, Hornbook Series, Forth Edition, Thomson West, St Paul 2005.

Friedman Lawrence M.: A History of American Law, Simon and Schuster, New York 1985. (**Kisaltma**: Friedman, A History of American Law)

Friedman R. D.: Some Notes on the Civil Jury in Historical Perspective, De Paul Law Review, vol. 48/2, 1999, s. 201-220. (**Kisaltma**: Friedman, Some Notes on the Civil Jury in Historical Perspective)

Fuller Lon L.: The Adversary System, in *H. J. Berman (ed.), Talks on American Law*, Vintage Books, New York 1961.

Fuller Lon L.: The Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, vol. 92/2, 1979, s. 353-409.

Galanter Marc: The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts', *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1/3, 2004, s. 459-570.

Galloway Patricia D.: Using Experts Effectively and Efficiently in Arbitration, *Dispute Resolution Journal*, vol. 67, no. 3, 2012, s. 27-34.

Gannt Larry O. Natt: Deconstructing Thinking Like a Lawyer: Analyzing the Cognitive Components of the Analytical Mind, *Campbell Law Review*, vol. 29, issue 3, 2007, s. 414-481.

Garcia y Garcia Antonio: The Faculties of Law, in *Walter Rüegg /Hilde De Ridder-Symoens (editors), A History of the Universities in Europe*, vol. 1: Universities in the Middle Ages, Cambridge University Press, Cambridge 1992, s. 388-408.

Gee Steven: *Gee on Commercial Injunctions*, Sweet & Maxwell, 5.th edition, 2006.

Gerber Rudolph J.: Victory vs. Truth: The Adversary System and Its Ethics, *Arizona State Law Journal*, vol. 19/1, 1987, s. 3-25.

Gerber Rudolph J.: *Lawyers, Courts, and Professionalism, The Agenda for Reform*, Greenwood Press, Connecticut 1989.

Gianelli Paul C.: The Admissibility of Novel Scientific Evidence: *Frye v. United States*, A Half-Century Later, *Columbia Law Review*, vol. 80, 1980/6, s. 1197-1250.

Glover Richard / **Murphy** Peter: *Murphy on Evidence*, Oxford University Press, Thirteenth Edition, Oxford 2013.

Godden David M. / **Walton** Douglas: Argument from Expert Opinion as Legal Evidence: Critical Questions and Admissibility Criteria of Expert Testimony in the American Legal System, *Ratio Juris*, vol. 19/3, 2006, s. 261-286.

Goodman Alan R. / **Zak** Patricia A.: The Heat Is On: Thermograms as Evidence Under the Frye Standard, *Western New England Law Review*, vol. 8/1, 1986, s. 13-52.

Gordon James D.: An Integrated First-Year Legal Writing Program, *Journal of Legal Education*, vol. 39, no. 4, 1989, s. 609-613.

Gorman Robert A.: Curriculum Developments: A Symposium, *Journal of Legal Education*, vol. 39, s. 469-471.

Gottlieb Emily: Reading Between the Headlines, The Media and Jury Verdicts, Centre for Justice Democracy, number 2, January 2001, s. 1-22, <https://centerjd.org/system/files/Mediaw.pdf> (Çevrimiçi 22.12.2014).

Göksu Mustafa: Amerikan Yargılama Hukukunda Tanık, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001. (**Kısaltma**: Göksu, Amerikan Yargılama Hukukunda Tanık)

Göksu Mustafa: (Hukuk Yargılamasında) Vakıa ve Hukuk, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 323-350.

Göksu Mustafa: Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi (ABD ve İngiliz Hukuk Sistemlerindeki Discovery ve Disclosure Kurumları ile Karşılaştırmalı Olarak), *MİHDER* 2009/2, sayı 13, s. 251-282. (**Kısaltma**: Göksu, Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi)

Göksu Mustafa: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1(1), 2011, s. 53-65. (**Kısaltma**: Göksu, Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları)

Göksu Mustafa: Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Graef Ralph Oliver: *Judicial Activism in Civil Proceedings: A Comparison Between English and German Civil Procedural Approaches*, Pro Universitate, Verlag 1996.

Graveson Ronald H.: *The Conflict of Laws*, Sixth Edition, London 1969.

Green Michael D.: Expert Witnesses and Sufficiency of Evidence In Toxic Substances Litigation: The Legacy of Agent Orange and Bendectin Litigation, *Northwestern University Law Review*, vol. 86/3, 1991-1992, s. 643-699.

Greene Edith / **Bornstein** Brian: Precious Little Guidance: Jury Instruction on Damage Awards, Psychology, Public Policy, and Law, vol. 6, 2000, s. 743-768.

Greene Norman L.: Perspectives on Judicial Selection Reform: The Need to Develop A Model Appointive Selection Plan for Judges in Light of Experience, Albany Law Review, vol. 68/3, 2004-2005, s. 597-609.

Greenleaf Simon: A Treatise on the Law of Evidence, First Edition 1897.

Grevling Katherine: CPR 32.1(2): Case Management Tool or Broad Exclusionary Power, in *Déirdre Dwyer (ed.), The Civil Procedure Rules: Ten Years On*, Oxford University Press Oxford 2009, s. 249-269.

Gross Samuel R.: Expert Evidence, Wisconsin Law Review, vol. 1991/6, 1991, s. 113-1232.

Guarnieri Carlo / **Pederzoli** Patrizia, Çeviren **Thomas** Cheryl: The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy, Oxford University Press, New York 2002.

Guinchard Serge / **Ferrand** Frédérique: Procédure Civile, Droit Interne et Droit Communautaire, Dalloz, 28. Edition, Paris 2006.

Guinchard Serge: Quels Principes Directeurs Pour Les Procès De Demain? in *Mélanges J. Van Compernelle*, Bruylant, Bruxelles 2004.

Gutman Jeffrey S. (editor), Federal Practice Manual For Legal Aid Attorneys, Sargent Shriver National Center on Poverty Law, 2004, http://www.lsnr.net/special/Federal_Practice_Manual_2004.pdf (Çevrimiçi 04.10.2015)

Gündüz Okan: Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Ankara 2009.

Güralp Ayşe Gülin: Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Hukuku Sistemlerindeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler Ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul 2011.

Gürdoğan Burhan: Özel Hukuk Alanında Maddi Hukuk ve Yargılama Usulü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi, Ankara 1967.

Gürelli Nevzat: Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1967.

Hadfield Gillian K.: Where Have All the Trials Gone? Settlements, Nontrial

Adjudications, and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1/3, 2004, s. 705-734.

Hailsham Lord: *Hamlyn Revisited: The British Legal System Today*, Hamlyn Lecture, Stevens and Sons, London 1983.

Hale Brenda: *Equality and the Judiciary: Why Should We Want More Women Judges?* *Public Law*, issue Autumn, 2001, s. 489-504.

Hamilton A. / Madison J. / Jay J.: *The Federalist or The New Constitution*, J. and A. McLean, New York 1788.

Hancı İ. Hamit: *Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

Hand Learned: *Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony*, *Harvard Law Review*, vol. 15/1, 1901-1902, s. 40-58.

Hanly C.: *The Decline of Civil Jury Trial in Nineteenth-Century England*, The Lawbook Exchange, New Jersey 2000 (Tıpkı Bası 1713).

Hans Valerie P. / **Vidmar** Neil: *Judging the Jury*, Plenum US, 1986.

Hans Valerie P. / **Albertson** S.: *Empirical Research and Civil Jury Reform*, *Notre Dame Law Review*, vol. 78/5, 2002-2003, s. 1497-1523.

Hanson Roger S. / **Alphonzo** James: *Frye Is Sixty-Five Years Old; Should He Retire?*, *Western State University Law Review*, vol. 16/2, 1988-1989, s. 357-460.

Harnon Eliahu: *Res Judicata and Identity of Actions: Law and Rationale*, *Israel Law Review*, vol. 1, 1966, s. 539-561.

Hartley Simon: *Jackson Reforms: Agony or Ecstasy*, *Estates Gazette*, Issue 1313, 30.03.2013.

Hazard Geoffrey C.: *Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions*, *Notre Dame Law Review*, vol. 73/4, 1997-1998, s. 1017-1028.

Hazard Geoffrey C. / **Dondi** Angelo: *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, *Cornell International Law Journal*, vol. 39/1, 2006, s. 59-70.

Hess Robert L.: *Judges Cooperating With Scientists: A Proposal For More Effective Limits On The Federal Judge's Inherent Power To Appoint Technical Advisors*,

Vanderbilt Law Review, vol. 54/2, 2001, s. 547-590.

Heuer Larry / **Penrod** Steven: Increasing Juror Participation in Trials through Note Taking and Question Asking, *Judicature*, vol. 79/5, 1996, s. 256-262.

Heuer Larry / **Penrod** Steven: Trial Complexity, A Field Investigation of Its Meaning and Its Effects, *Law and Human Behavior*, vol. 18, 1994/1, s. 29-51.

Heydon J. D. / **Ockleton** M.: Evidence, Cases and Materials, Forth Edition, Butterworths, London 1996.

Higginbotham Patrick E: Bureaucracy: The Carcinoma of the Federal Judiciary, *Alaska Law Review*, vol. 31, 1980, s. 261-272.

Higginbotham Patrick E.: Judge Robert A. Ainsworth, Jr. Memorial Lecture, Loyola University School of Law: So Why Do We Call Them Trial Courts?, *Southern Methodist University Law Review*, vol. 55/4, 2002, s. 1405-1423.

Hill J. W.: The Rise of English Legal Profession, *Transactions of the Royal Historical Society*, vol. 3, December 1874, s. 98-162.

Hodgkinson Tristram / **James** Mark: Expert Evidence: Law and Practice, Sweet and Maxwell, Forth Edition, London 2015.

Holdsworth W. S.: The Development of Written and Oral Pleading, in *Association of American Law Schools (ed.), Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. 2, Little, Brown and Company, Boston 1908, s. 255-311.

Hollander Charles: Documentary Evidence, Sweet and Maxwell, Eleventh Edition, London 2012.

Howard A. E. Dick: Our Litigious Society, *South Carolina Law Review*, vol. 38/3, 1986-1987, s. 365-379.

Huber Peter W.: Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom, Basic Books, New York 1991.

Hudgins William T.: The Fragile Right to a Civil Jury Trial in Colorado, *The Colorado Lawyer*, vol. 27/1, no. 1, January 1998, s. 49-54..

Hudzik J. K.: The Continuing Education of Judges and Court Personnel, *Judicial Education Network*, Michigan 1989.

Hudzik J.K.: Issues and Trends in Judicial Education, Michigan State University, Judicial Education Reference, Information and Technical Transfer Project, 1993. (Kısaltma: Hudzik, Issues and Trends)

Huhn Wilson: The Five Types of Legal Argument, Carolina Academic Press, Durham-North Carolina 2002.

Hurter Estelle: Seeking Truth or Seeking Justice: Reflections on the Changing Face of the Adversarial Process in Civil Litigation, Journal of South African Law, vol. 2007/2, 2007, s. 240-262.

Iller Martin: Civil Evidence, The Essential Guide, Sweet and Maxwell, London 2006.

Iuliano Jason: Jury Voting Paradoxes, Michigan Law Review, vol. 113/3, December 2014, s. 405-427.

İnceoğlu Sibel: Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, Ankara 2007.

İnceoğlu Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Beta, Dördüncü Bası, İstanbul 2013.

İyilikli Ahmet Cahit: Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Jackson R. M.: The Incidence of Jury Trial during the Past Century, The Modern Law Review, vol.1/2, 1937-1938, s. 132-144.

Jacop J. I. H.: The Reform of Civil Procedural Law and Other Essays in Civil Procedure, Sweet and Maxwell, London 1982.

Jacob J. I. H.: The Fabric of English Civil Justice, Stevens & Sons, London 1987.

Jacob Joseph M.: Civil Litigation, Practice and Procedure in a Shifting Culture, Emis Professionnal Publishing, Hertfordshire 2001.

James Fleming / Hazard Geoffrey C. / Leubsdorf John, Civil Procedure, Foundation Press, Fifth Edition, New York 2001.

Jenks E.: A Short History of English Law, Sixth Edition, Methuen and Co. Ltd, London 1949.

Johnston Robert Gilbert / Lufrano Sara: The Adversary System as a Means of

Seeking Truth and Justice, *The John Marshall Law Review*, vol. 35/2, 2001-2002, s. 147-161.

Jolowicz J. A.: On Civil Procedure, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge 2000. (**Kısaltma:** Jolowicz, On Civil Procedure)

Jolowicz John A.: Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52/2, 2003, s. 281-295. (**Kısaltma:** Jolowicz, Adversarial and Inquisitorial Models)

Jowel Jeffrey (editor): The Growing International Consensus in Favour of Independent Judicial Appointment Commission, in *Judicial Appointments: Balancing Independence, Accountability and Legitimacy*, London 2010.

Julian Robert F.: The Role of the Judge and Jury in Complex Trials, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Queen Mary University of London, 2008.

Jurs Andrew W.: Balancing Legal Process with Scientific Expertise: A Comparative Assessment of Expert Witness Methodology In Five Nations, and Suggestions For Reform of Post-Daubert U.S Reliability Determinations, http://works.bepress.com/andrew_jurs/4 (çevrimiçi 10.11.2011).

Kalven Harry / Zeisel Hans: The American Jury, Little, Brown and Company, Boston 1966.

Kao Frances P. / Heather Justin L. / Horning Ryan A. / Sinclair Martin V.: Into the Hot Tub... A Practical Guide to Alternative Expert Witness Procedures in International Arbitration, *International Lawyer*, vol. 44, no. 3, 2010, s. 1035-1044.

Kaplan Benjamin: Civil Procedure- Reflections on the Comparison of Systems, *Buffalo Law Review*, vol. 9/3, 1959-1960, s. 409-432. (**Kısaltma:** Kaplan, Civil Procedure)

Kaplan Benjamin: Trial By Jury, in *H. J. Berman (ed.), Talks on American Law*, Vintage Books, New York 1961. (**Kısaltma:** Kaplan, Trial By Jury)

Kaplan John / Waltz Jon R.: Evidence, Cases and Material, University Casebook Series, The Foundation Press Inc., Sixth Edition, United States 1990.

Karaaslan Varol: Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

Karafakih İsmail Hakkı: Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1952.

Karafakif İsmail Hakkı: Vasıtalı Deliller, Sabri Şakir Ansay Armağanı, Ankara 1964.

Karahacioğlu Ali Haydar / **Parlar** Aynur: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda İspat ve Deliller, Bilge Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014.

Karamercan Fatih: Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları-Somutlaştırma Yükü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Karayalçın Yaşar: Affidavit ve Türk Hukuku, BATİDER (1986), Cilt 13, Sayı 3-4, s. 47-56.

Kaufman J.: The Anatomy of Decision-Making, Fordham Law Review, vol. 53, 1984, s. 1-22. (**Kısaltma:** Kaufman, The Anatomy of Decision-Making)

Kaufman Irving R.: Reform for a System in Crisis: Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts, Fordham Law Review, vol. 59, 1990, s. 1-38. (**Kısaltma:** Kaufman, Reform for a System in Crisis)

Kay Maurice/ **Sime** Stuart/ **French** Derek: Blackstone's Civil Practice 2014, The Commentary, Oxford University Press, Oxford 2013.

Keane Adrian/ **Griffiths** James/ **McKeown** Paul: The Modern Law of Evidence, Oxford University Press, Eight edition, Oxford 2010.

Keçecioglu / Seda Oktay, İnsan Sermayesinin Sayısallaştırılmasının Dayanılmaz Çekim Gücü, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, cilt 12, sayı 3, yıl 2010, s. 67-86.

Keith of Kinkel Lord: Judicial Discretion, Civil Justice Quarterly, vol. 1, 1982.

Kendall John: Expert Determination: A European and American Survey, International Business Lawyer, vol. 22, November 1994, s. 458-460.

John Kendall / Clive Freedman / James Farrell, Expert Determination, Fourth Edition, Sweet and Maxwell, London 2008.

Kesan Jay P.: A Critical Examination of the Post Daubert Scientific Evidence Landscape, Food and Drug Law Journal, vol. 52, 1997.

Kessler A. D.: Our Inquisitorial Tradition, Cornell Law Review, vol. 90/5, 2004-2005,

s. 1181-1275.

Kılıçoğlu Evren: Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.

Kılıçoğlu Mustafa: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Legal Yayınevi, İstanbul 2012.

Kinley David / Rose Alan: The Quest For The Truth: A Comparative Analysis Of The Role of Experts In Litigation, Australian Journal of Forensic Sciences, vol. 31/1, 1999, s. 5-18.

Kiper Osman: Hukuk Davalarında Kanıtlar, Adil Yayınevi, Ankara 1995.

Kirby M. D.: The Judges, The Boyer Lectures, Australian Broadcasting Corporation, Sydney 1983.

Koch Charles H.: The Advantages of the Civil Law Judicial Design as the Model for Emerging Legal Systems, Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 11, issue 1, 2004, s. 139-160.

Konuralp Halık: Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1999.

Konuralp Haluk: Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Yetkin, Ankara 2009.

Korkmaz Hülya Taş: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hâkimin Belirlediği Süreler ve Bu Sürelerin Hukukî Dinlenilme Hakkı İle İlişkisi, MİHDER 2008/2, Sayı 10, s. 409-450.

Kozolchyk Boris: Comparative Commercial Contracts, Law, Culture and Economic Development, West Academic, St. Paul, 2014.

Köseoğlu Bilal: Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme ve Uygulaması, Bilimsel ve Yargısal Görüşler, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.

Kötz H.: Civil Justice Systems in Europe and the United States, Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 13/3, 2003, s. 61-77.

Kritzer Herbert M.: Disappearing Trials? A Comparative Perspective, Journal of Empirical Legal Studies, vol. 1/3, 2004, s. 735-754.

Kuru Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1974.

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, cilt 3-4, Altıncı Baskı, İstanbul 2001.

Kuru Baki / Arslan Ramazan / Yılmaz Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara 2013.

Kuru Baki: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Legal, İstanbul 2015.

Ladd M.: A Modern Code of Evidence, in American Law Institute (ed.), Model Code of Evidence, American Law Institute, Philadelphia 1942.

Lande John M.: Shifting the Focus From “The Vanishing Trial” to Complex Conflict Management Systems, or I Learned Almost Everything I Need to Know About Conflict Resolution From Marc Galanter, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 6, 2004-2005, s. 191-212.

Landsman Stephan / Holderman James F., The Evolution of the Jury Trial in America, *Litigation*, vol. 37/1, 2010, s. 32-37.

Landsman Stephan: Readings on Adversarial Justice: The American Approach to Adjudication, West Publishing Co., St. Paul, Minneapolis 1988. (**Kısaltma:** Landsman, Readings on Adversarial Justice)

Landsman Stephan: From Gilbert to Bentham: The Reconceptualization of Evidence Theory, *The Wayne Law Review*, vol. 36/3, 1990, s. 1149-1186. (**Kısaltma:** Landsman, From Gilbert to Bentham)

Landsman Stephan: The Civil Jury in America: Scenes from an Unappreciated History, *Hastings Law Journal*, vol. 44/3, 1992-1993, s. 579-619. (**Kısaltma:** Landsman, The Civil Jury in America: Scenes from an Unappreciated History)

Landsman Stephan: The Civil Jury in America, Law and Contemporary Problems, vol. 62/2, Spring 1999, s. 285-304. (**Kısaltma:** Landsman, The Civil Jury in America)

Langbein John H.: The German Advantage in Civil Procedure, *University of Chicago Law Review*, vol. 52/4, Fall 1985, s. 823-866.

Langbein John H.: Trashing “The German Advantage”, *Northwestern University Law Review*, vol. 82/3, 1988, s. 763-784.

Langbein John H.: Why Adversary Justice Fails, in *Peter J. Galie, Frank G. Raichle Lecture Series on Law in American Society*, William S Hein and Co., New York 1993.

Langbein John H.: Historical Foundations of the Law of Evidence: A View From the Ryder Sources, *Columbia Law Review*, vol. 96/5, 1996, s.1168-1202.

Langbein John H.: *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, Oxford 2003.

Langdell C.C.: The Development of Equity Pleading From Canon Law Procedure, *in: Association of American Law Schools (ed.), Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. 2, Little, Brown and Company, Boston 1908, s. 753-809.

Lange, Donald J.: *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, LexisNexis Canada, Second Edition, Toronto 2004.

Legg Thomas: Judges for the New Century, *Public Law*, vol. 62, Spring 2001, s. 62-76.

Lerner, R. Lettow: The Transformation of the American Civil Trial: The Silent Judge, *William and Mary Law Review*, vol. 42/1, 2000-2001, s. 195-264.

Levine I. David: The Authority For The Appointment Of Remedial Special Masters In Federal Institutional Reform Litigation: The History Reconsidered, *University of California Law Review*, vol. 17/3, Spring 1984, s. 753- 805.

Lloyd-Bostock S. / **Thomas** C.: The Continuing Decline of the English Jury, *in N. Vidmar, World Jury Systems*, Oxford 2000, s. 54-92.

Lobban Michael: The Strange Life of the English Jury, 1837-1914, *in J. W. Cairns / G. Mcleod (eds), The Dearest Birth Right of the People of England, The Jury in the History of the Common Law*, Hart Publishing, Oxford 2002, s. 173-215.

Lubet Steven: *Modern Trial Advocacy, Analysis and Practice*, National Institute for Trial Advocacy (NITA), Third Edition, 2010.

Lundmark Thomas: *Charting the Divide Between Common and Civil Law*, Oxford University Press, New York 2012.

Lundquist Weyman I./ **Flegal** Frank F.: Discovery Abuse-Some New Views About an Old Problem, *The Review of Litigation*, vol. 2/1, 1981-1982, s. 1-7.

Lustre Alice B.: Annotation, Post-Daubert Standards for Admissibility of Scientific and Other Expert Evidence in State Courts, *American Law Review*, vol. 90, 2001.

M. E. H. Jr: Recent Case, Intoxicating Quality of Beer, *Texas Law Review*, vol. 12/3,

1934, s. 361-62.

Macnair M. R. T.: Equity and Conscience, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27/4, 2007, s. 659-681.

Maggs Gregor E.: A Concise Guide to the Federalist Papers As A Source of the Original Meaning of the United States Constitution, http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1821&context=faculty_publications (Çevrimiçi 25.12.2014).

Malek Hodge M. (general editor) and specialist editors: *Phipson On Evidence*, Seventeenth Edition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London 2013.

Malleson Kate: *The New Judiciary*, Ashgate Publishing, Surrey 1999. (**Kısaltma**: Malleson, *The New Judiciary*)

Malleson Kate: Prospects for Parity: The Position of Women in the Judiciary in England and Wales, in *G. Shaw/ U. Shultz (eds.), Women in the Worlds Legal Professions*, Oxford 2003, s. 175-191.

Malleson Kate: Modernising the Constitution: Completing the Unfinished Business, *Legal Studies*, vol. 24, 2004, s. 119-133.

Malleson Kate: Appointment, Discipline and Removal of Judges: Fundamental Reforms in the United Kingdom, in *H. P. Lee (edited by) Judiciaires in Comparative Perspective*, Cambridge 2011, s. 117-134. (**Kısaltma**: Malleson, Appointment, Discipline and Removal of Judges)

Marcus Richard L.: Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 53, 2005, s. 709-740.

Marcus Richard L.: The Balkanized American Legal Profession, in *A. Uzelac / C. H. Van Rhee (editors), The Landscape of the Legal Professions in Europe and the USA: Continuity and Change*, Intersentia, Cambridge 2011, s. 3-40. (**Kısaltma**: Marcus, The Balkanized American Legal Profession)

Martin Jacqueline: *The English Legal System*, Hodder Education, Seventh Edition, London 2013.

Maute Judith L.: Sporting Theory of Justice: Taming Adversary Zeal with a Logical Sanctions Doctrine, *Connecticut Law Review*, 1987-1988, vol. 20/1, s. 7-93.

McAlinn Gerald Paul / **Rosen** Dan / **Stern** John P.: An Introduction to American Law, Carolina Academic Press, Second Edition, Durham, North Carolina 2010.

McCabe Peter G.: A Guide to the Federal Magistrate Judge System, A White Paper Prepared at the Request of the Federal Bar Association, August 2014, <http://www.fedbar.org/PDFs/A-Guide-to-the-Federal-Magistrate-Judge-System.aspx?FT=.pdf> (Çevrimiçi 20.09.2015).

McCormick T.: Judicial Notice, Vanderbilt Law Review, vol. 5/3, 1952, s. 296-323.

McEwan Jenny: Evidence and the Adversarial Process, The Modern Law, Hart Publishing, Second edition, Oxford 1998.

McGrath Declan: Evidence, Thomson Round Hall, Dublin 2005.

McKelvey John Jay: Handbook of the Law of Evidence, First Edition, 1897.

McNaughton John T.: Judicial Notice-Excerpts Relating to the Morgan-Wigmore Controversy, Vanderbilt Law Review, vol. 14/3, 1961, s. 779-806.

Meeson Nigel / **Kimbell** John A.: Admiralty Jurisdiction and Practice, Fourth Edition, Informa Law and Finance, London 2011

Mehren Arthur Taylor von: The Significance for Procedural Practice and Theory of the Concentrated Trial: Comparative Remarks, in: N. Horn (ed.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart*, C. H. Beck, München 1982, s. 361-371.

Mehren Arthur Taylor von: Some Comparative Reflections of First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules, Notre Dame Law Review, vol. 63/5, 1988, s. 609-627. (**Kısaltma**, Mehren, Some Comparative Reflections of First Instance Civil Procedure)

Menkel-Meadow Carrie: Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem-Solving, UCLA Law Review, vol. 31/4, 1983-1984, s. 754-842.

Meriç Nedim: Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 11, 2009, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, İzmir 2010, s. 377-424.

Meriç Nedim: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Merryman John Henry / **Pérez-Perdomo** Rogelio: The Civil Law Tradition, Third

Edition, Stanford University Press, Stanford 2007.

Millar Robert Wyness: The Formative Principles of Civil Procedure, Illinois Law Review, vol. 18/3, 1923-1924, s. 150-168.

Millar Robert Wyness: Some Comparative Aspects of Civil Pleading Under Anglo-American and Continental Systems, American Bar Association Journal, vol. 12/6, 1926, s. 401-407.

Millar Robert Wyness: The Old Regime and the New in Civil Procedure, New York University Law Quarterly Review, vol. 14/1, 1936-1937, s. 1-27.

Millar Robert Wyness: The Mechanism of Fact-Discovery: A Study in Comparative Civil Procedure, vol. 32/4, 1937-1938, s. 424-455. (**Kısaltma**, Millar, The Mechanism of Fact-Discovery)

Millar Robert Wyness: Civil Procedure of the Trial Court in Historical Perspective, The Law Book Exchange, New Jersey 1952.

Miller Arthur R.: The Adversary System: Dinosaur or Phoenix, Minnesota Law Review, vol. 69/1, 1984-1985, s. 1-37.

Monaghan Nicola: Law of Evidence, Cambridge University Press, Cambridge 2015.

Montesquieu: De l'Esprit des Lois 168f., Edition de R. Derathé, Paris 1973.

Morgan Edmund Morris: Judicial Notice, Harvard Law Review, vol. 57/3, 1943-1944, s. 269-294.

Morgan Edmund Morris: Some Problems of Proof Under the Anglo-American System of Litigation, Columbia University Press, Cumberlege 1956.

Morgan Edmund Morris: Basic Problems of Evidence, Philadelphia 1962. (**Kısaltma**: Morgan, Basic Problems of Evidence)

Mosteller, Robert P.: Failures of the American Adversarial System to Protect the Innocent and Conceptual Advantages in the Inquisitorial Design for Investigative Fairness, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, vol. 36/2, 2010-2011, s. 319-364.

Mueller Christopher B. / **Kirkpatrick** Laird C.: Evidence Under the Rules, Text, Cases, and Problems, Little, Brown and Company, Third Edition, Boston, New York, Toronto, London 1996.

Mullenix Linda S.: Lessons from Abroad: Complexity and Convergence, Villanova Law Review, vol. 46/1, 2001, s. 1-31.

Munday Roderick: Evidence, Seventh Edition, Oxford University Press, Oxford 2013.

Murray P. L. / **Sheldon**, J.: Rethinking the Rules of Evidentiary Admissibility in Non-Jury Trials, Judicature, vol. 86/5, 2003, s. 227-230.

Mwenda Kenneth K.: Comparing American and British Legal Education System, Lessons for Commonwealth African Law Schools, Cambria Press, New York 2007.

Nader Laura: A Litigious People?, Law and Society Review, vol. 22, number 5, 1988, s. 1017-1022.

Neef Marian / **Nagel** Stuart: The Adversarial Nature of the American Legal System: A Historical Perspective, New York Law Forum (New York Law School Law Review), vol. 20/1, 1974-1975, s. 123-164.

Neubauer David W. / **Meinhold** Stephen S.: Judicial Process, Law, Courts, and Politics in the United States, Wadsworth Cengage Learning, Fifth Edition, Boston 2010.

Neubauer David W. / **Fradella** Henry F.: America's Courts and the Criminal Justice System, Wadsworth Cengage Learning, Tenth Edition, Canada 2009.

Ngwasiri C. N.: Pre-trial Civil Proceedings in England and France: A Comparative Study, Civil Justice Quarterly, issue 10 (October), 1991, s. 289-310.

Nicholas H. C.: Credibility of Witnesses, South African Law Journal, vol. 102/1, 1985, s. 32-44.

Nomer Ergin: Davada Yabancı Kanun, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972.

Nomer Ergin: Devletler Hususi Hukuku, Beta, 19. Bası, İstanbul 2011.

Nunes L. S.: Recent Developments: Brock v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. : What is the Court's Role in Evaluating Expert Testimony?, Tulane Law Review, vol. 64/5, 1990, s. 1263-1340.

O'Brian William E.: Court Scrutiny of Expert Evidence: Recent Decisions Highlight the Tensions, International Journal of Evidence and Proof, vol. 7/3, 2003, s. 172-184.

O'Connell Jeffrey: Ending Insult to Inquiry: No-fault Insurance for Products and

Services, University of Illinois Press, Urbana 1975.

Olicker Maury R.: The Admissibility of Expert Witness Testimony: Time to Take the Final Leap?, University of Miami Law Review, vol. 42/4-5, 1987-1988, s. 831-899.

O'Malley Nathan D.: Rules of Evidence in International Arbitration, Informa Law, New York 2012.

Otiike Japhet: The Information Needs and Seeking Habits of Lawyers in England: A Pilot Study, International Information and Library Review, vol. 31, issue 1, 1999, s. 19-39.

Ough R. / **Flenley** W.: The Mareva Injunction and the Anton Piller Order, Butterworths law, Second Edition, London 1993.

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

Özekes Muhammet: Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama; HMK Tasarısı'nda Ön İnceleme, Hukuki Perspektifler Dergisi, 2006/8, s. 101-110.

Özekes Muhammet: Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 756 vd.

Özekes Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Yargılama Usulleri Bakımından Getirilen Yeniliklere Genel Bir Bakış, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 783-788.

Özekes Muhammet: HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 16, Özel Sayı 2014, Basım yılı 2015, s. 263-300.

Özkan Hasan: Açıklamalı- İçtihatlı Sulh Hukuk Davaları ve Tatbikatı, Delil Tespiti, İhtiyati Tedbir, Adli Yardım, Legal, İstanbul 2015.

Özkaya-Ferendeci H. Özden: Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 16, Özel Sayı 2014, Basım Yılı 2015, s. 813-30.

Özmumcu Seda: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile 6100 sayılı

Hukuk Muhakmeleri Kanunu'nun Delillerin İkamesi Hakkındaki Hükümlerine Mukayeseli Bir Bakış, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2013/101, s. 42-66.

Öztek Selçuk: Bilirkişi Raporunun Hâkimi Bağlamaması, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1607-1625.

Öztekin Günseli: İngiliz Hukukunda, Jürili Davalarda Delil Takdiri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1987.

Paciocco David M. / **Stuesser** Lee: The Law of Evidence, Irwin Law Inc., Fifth Edition, 1998 Toronto.

Parker S. Jeffrey: Comparative Civil Procedure and Transnational "Harmonization": A Law-and-Economics Perspective, George Mason Law and Economics Research Paper, No. 09-03, s. 1-32, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1325013 (Çevrimiçi 09.02.2015).

Patterson, Mark: Conflicts of Interest in Scientific Expert Testimony, William and Mary Law Review, vol. 40/4, 1998-1999, s. 1313-1394.

Patterson D.: The When, If, and How of Challenging Expert Testimony in Federal Court, American Journal of Trial Advocacy, vol. 29/1, 2005-2006, s. 167-197.

Pejovic Caslav: Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal, Victoria University of Wellington Law Review, vol. 32/3, 2001, s. 817-841.

Peckham Robert F.: The Federal Judge as a Case Manager: The New Role in Guiding a Case From Filing to Disposition, California Law Review, vol. 69, 1981.

Peckham Robert F.: A Judicial Response to the Cost of Litigation: Case Management, Two-Stage Discovery, Planning and Alternative Dispute Resolution, Rutgers Law Review, vol. 37/2, 1984-1985, s. 253-278 (Kısaltma: Peckham, A Judicial Response to the Cost of Litigation)

Pekcanitez Hakan: Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, no. 30, Ankara 1992.

Pekcanitez Hakan: Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzmir Barosu Dergisi, Nisan

1997, Sayı 2, s. 35-55.

Pekcanıtez Hakan: Medeni Usul Hukukunda Alenîyet İlkesi, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 1999, s. 635-666.

Pekcanıtez Hakan: Hukuki Dinlenilme Hakkı, Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, s. 753-788.

Pekcanıtez Hakan: Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Hukuki Perspektifler Dergisi, Eylül 2006, s. 69-78.

Pekcanıtez Hakan: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Genel Olarak Tanıtımı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 22-29 Mart 2008, s. 17-34.

Pekcanıtez Hakan: Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I, Ankara 2009, s. 789-850.

Pekcanıtez Hakan / **Taş Korkmaz** Hülya / **Meriç** Nedim: Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Pekcanıtez Hakan / **Atalay** Oğuz / **Özekes** Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara 2013.

Perrin Timothy: Expert Witness Testimony: Back to the Future, University of Richmond Law Review, vol. 29/5, 1994-1995, s. 1389-1470.

Peté Stephen / **Hulme** David/ **Plessis** Max du / **Palmer** Robin / **Sibanda** Omphemetse: Civil Procedure, A Practical Guide, Oxford University Press, Second Edition, Southern Africa 2011.

Peter Wolfgang: Witness "Conferencing", Arbitration International, vol. 18/1, 2002, s. 47-58.

Phillips George Lemon: An Exposition of the Principles of Pleading Under the Codes of Civil Procedure, Callahan, Chicago 1896.

Phillips Sir Fred: The Modern Judiciary, Challenges, Stresses and Strains, London 2010. (Kısaltma, Phillips, The Modern Judiciary)

Pike Richard: Dispute Resolution: Is Expert Determination the Answer?, New Law Journal, vol. 153, Issue 7105, 2003, s. 1746-1749.

Piragoff Donald K.: Similar Fact Evidence, Probative Value and Prejudice, The Carswell Company Limited, Toronto 1981

Plucknett T. F. T.: A Concise History of the Common Law, Fifth Edition, Little, Brown and Company, Boston 1956.

Polentz, Michael C.: Post-Daubert Confusion with Expert Testimony, Santa Clara Law Review, vol. 36/4, 1995-1996, s. 1187-1218.

Polier Jonathan Wise: French-American Commercial Litigation, <http://paris-law.com/assisting-i-paris/litigation-in-france/> (Çevrimiçi 08.02.2016).

Postacioğlu İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.

Postacioğlu İlhan E. / **Altay** Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

Pound Roscoe: The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, American Law Review, vol. 40/5, 1906, S. 729-749.

Powers William B.: A Study of Contemporary Law School Curricula, American Bar Association, 1987.

Prashar Ushe: Translating Aspirations into Reality: Establishing the Judicial Appointments Commission, in *Judicial Appointments-Balancing Independence, Accountability and Legitimacy*, London 2010, s. 43-55, https://jac.judiciary.gov.uk/sites/default/files/sync/basic_page/ja_essay.pdf (Çevrimiçi 10/10/2015).

Ragazzo Robert A.: The Power of A Federal Appellate Court to Direct Entry of Judgment as a Matter of Law: Reflections on Weisgram v. Marley Co., Journal of Appellate Practice and Process, vol. 3/1, 2001, s. 107-138.

Rapoport Nancy B.: Is “Thinking Like a Lawyer” Really What We Want to Teach?, Journal of Association of Legal Writing Directors, vol. 1, 2002, s. 91-108.

Read Frank Tom: Çapraz Sorgu Teknikleri, Tercüme ve Açıklamalar: Feridun Yenisey, Neylan Ziyalar, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 1-28, <http://law.bahcesehir.edu.tr/wp-content/uploads/2015/02/TOM-READ-%C3%87APRAZ-SORGU.pdf>

Refo Patricia Lee: Vanishing Trial, Journal of Empirical Legal Studies, vol. 1/3, 2004,

s. v-vii (giriş).

Reifert Elizabeth: Getting into the Hot Tub: How the United States Could Benefit from Australia's Concept of "Hot Tubbing" Expert Witnesses, *University of Detroit Mercy Law Review*, vol. 89/1, 2011, s. 103-115.

Reinsch Paul Samuel: The English Common Law in the Early American Colonies, in *Association of American Law Schools (ed.), Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge 1907, s. 367- 415.

Rendell Marjorie O.: What is the Role of the Judge in Our Litigious Society?, *Villanova Law Review*, vol. 40/4, 1995, s. 1115-1131.

Resnik Judith: Managerial Judges, *Harvard Law Review*, vol. 96/2, 1982-1983, s. 374-448.

Resnik Judith: Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline, *University of Chicago Law Review*, vol. 53/2, 1986, s. 494-560.

Resnik Judith: Mediating Preferences: Litigant Preferences for Process and Judicial Preferences for Settlement, *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2002/1, 2002, s. 155-169. (Kısaltma: Resnik, Mediating Preferences)

Riches A. L.: Judicial Education- A Look at the Overseas Experience, *The Australian Law Journal*, vol. 64, 1990, s. 189-202.

Risinger, D. Michael: Goodbye to All That, or a Fool's Errand, by One of the Fools: How I Stopped Worrying About Court Responses to Handwriting Identification (and "Forensic Science" in General) and Learned to Love Misinterpretations of *Kumho Tire v. Carmichael*, *Tulsa Law Review*, vol. 43/2, 2007-2008, s. 447-475.

Rivers Richel / **McAndrew** Patrick/ **Sanders** Susannah: Dealing with Illegally Obtained Evidence, s. 1-10, http://www.texasbarcle.com/Materials/Events/1623/74433_01.pdf (Çevrimiçi 24.04.2015).

Roberts Paul: Tyres with Y: An English Perspective on *Kumho Tire* and Its Implications for the Admissibility of Expert Evidence, *International Commentary on Evidence*, vol. 1/2, 1999.

Rogers David Fletcher: *Pre-Action Discovery*, Sweet and Maxwell, London 1991.

Roisman Anthony Z.: Conflict Resolution in the Courts: The Role of Science, *Cardozo Law Review*, vol. 15/6, 1993-1994, s. 1945-1958.

Rosenberg Maurice: Amerikan Medeni Usul Hukukunun Temel Karakteri ve Meziyetleri, *Çeviren Bilge Umar, İÜHFM* 1963/1-2, s. 718-737.

Rosenberg Maurice: Federal Rules of Civil Procedure in Action: Assessing Their Impact, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 137/6, 1988-1989, s. 2197-2213.

Rosenberg Maurice / **King** Warren R.: Curbing Discovery Abuse in Civil Litigation: Enough is Enough, *Brigham Young University Law Review*, 1981/3, 1981, s. 579-595.

Rüzgaresen Cumhur: Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

Saks, Michael J.: Judging Admissibility, *Journal of Corporation Law*, vol. 35/1, 2009-2010, s. 135-157.

Salako S.: The Hearsay Rule and the Civil Evidence Act 1995: Where Are We now? *Civil Justice Quarterly*, vol. 19, 2000, s. 371-385.

Santos Andrés de la Oliva: Spanish Civil Procedure Act 2000: Flying Over Common Law and Civil Law Traditions, in *Janet Walker / Oscar G. Chase, Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, 2009, s. 63-74.

Sarısözen Serhat: Genel Olarak Doğrudan Soru Yöneltilme, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 1443-1464.

Sarumida Hiroshi: Comparative Institutional Analysis of Product Safety Systems in the United States and Japan: Alternative Approaches to Create Incentives for Product Safety, *Cornell International Law Journal*, vol. 29/1, 1996, s. 79-160.

Saunders K. M. / **Levine** L.: Learning to Think Like a Lawyer, *University of San Francisco Law Review*, vol. 29/1, 1994-1995, s. 121-196.

Schaufenbuel Bradley: E-Discovery and the Federal Rules of Civil Procedure: A Pocket Guide, IT Governance Publishing, Ely 2007.

Schilken Eberhard: (Çeviren Nevhis Deren-Yıldırım), Medeni Yargılamada Hâkimin Rolü, İlkeler Işığında Yargılama Hukuku, Derleyen M. Kamil Yıldırım, Alkım Yayınevi, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 43-66.

Schwarzer W. W.: The Federal Rules, The Adversary Process, and Discovery Reform, University of Pittsburgh Law Review, vol. 50/3, 1988-1989, s. 703-723.

Schwarzer W. W.: Slaying the Monsters of Cost and Delay: Would Disclosure Be More Effective Than Discovery, Judicature, vol. 74/4, 1990-1991, s. 178-183.

Schwarzer William W. / **Hirsch** Alan: The Elements of Case Management: A Pocket Guide for Judges, Second Edition, Federal Judicial Center, Washington DC. 2006.

Seago P. / **Walker** C. / **Wall** D.: The Development of the Professional Magistracy in England and Wales, Criminal Law Review, 2000, s. 631-651.

Seidemann Ryan M. / **Wilkins** James G. / **Heidel** Mindy: Closing The Gate On Questionable Expert Witness Testimony: A Proposal To Institute Expert Review Panels, Southern University Law Review, vol. 33/1, 2005-2006, s. 29-91.

Shadur Milton I. : Trials or Tribulations (Rule 56 Style)?, Litigation, vol. 29/2, 2003, s. 5-8.

Sheppard B. H. / **Vidmar** N.: Adversary Pretrial Procedures and Testimonial Evidence: Effects of Lawyer's Role and Machiavellianism, Journal of Personality and Social Psychology, vol. 39, 1980, s. 320-332.

Sherman Edward F.: Dean Pound's Dissatisfaction with the "Sporting Theory of Justice": Where Are We A Hundred Years Later?, South Texas Law Review, vol. 48/4, 2006-2007, s. 983-1002.

Shetreet Shimon: Judges On Trial: A Study in the Appointment and Accountability of the English Judiciary, Amsterdam 1976.

Silberman Linda J.: Judicial Adjuncts Revisited: The Proliferation Of Ad Hoc Procedure, The University of Pennsylvania Law Review, vol. 137/6, June 1989, s. 2131-2178.

Silberman Linda / **Stein** Allan R. / **Wolff** Tobias Barrington: Civil Procedure: Theory and Practice, Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, Third Edition, 2009.

Simard Linda Sandstrom / **Young** William G.: Daubert's Gatekeeper: The Role of the District Judge in Admitting Expert Testimony, Tulane Law Review, vol. 68/6, 1993-1994, s. 1457-1475.

Sime Stuart: A Practical Approach to Civil Procedure, Oxford University Press, Sixteenth Edition, Oxford 2013.

Simil Cemil: Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı 2015), s. 1351-76.

Sinai Yuval: Reconsidering Res Judicata: A Comparative Perspective, Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 21/2, 2010-2011, s. 353-400.

Sivrihisarlı Ömer: Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı, İstanbul 1978.

Smith P. F. / **Bailey** S. H. / **Gunn** Michael / **Taylor** Nick W. / **Ching** Jane P. L., Smith, Bailey and Gunn on the Modern English Legal System, Sweet and Maxwell, Fifth Edition, London 2007.

Sorabji John: English Civil Justice After the Woolf and Jackson Reforms, A Critical Analysis, Cambridge University Press, Cambridge 2014.

Sourdin Tania: Five Reasons Why Judges Should Conduct Settlement Conferences, Monash University Law Review, vol. 37, no. 1, 2011, s. 145-170.

Spence George: The History of the Court of Chancery, *in Association of American Legal History, Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. 2, Little, Brown, and Company, Boston 1908, s. 219-254.

Spencer A. Benjamin: Civil Procedure, A Contemporary Approach, Thomson Reuters, Third Edition, St. Paul, Minnesota 2011.

Spottswood Mark: Live Hearings and Paper Trials, Florida State University Law Review, vol. 38/4, 2010-2011, s. 827-882.

Stadler Astrid: The Multiple Roles of Judges and Attorney's in Modern Civil Litigation, Hastings International and Comparative Law Review, vol. 27/1, 2003-2004, s. 55-76.

Stephen James Fitzjames / **Stephen** Harry Lushington / **Sturge Lewis** Frederick: A Digest of the Law of Evidence, Macmillan, Twelfth Edition, London 1946.

Stipanowich Thomas J.: Rethinking American Arbitration, Indiana Law Journal, vol. 63/3, 1987-1988, s. 425-487.

Stipanowich Thomas J.: ADR and the Vanishing Trial: The Growth and Impact of Alternative Dispute Resolution, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1/3, 2004, s. 843-912.

Stolker Carel: Rethinking the Law School, Education, Research, Outreach and Governance, Cambridge University Press, Cambridge 2014.

Storme Marcel (ed.): Approximation of Judiciary Law in the European Union, Kluwer, Gent 1994.

Subrin S. N.: Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules, *Boston College Law Review*, vol. 39/3, 1997-1998, s. 691-745.

Sunderland E. R.: The Inefficiency of American Jury, *Michigan Law Review*, vol. 13/4, 1914-1915, s. 302-316.

Sunderland E. R.: Scope and Method of Discovery Before Trial, *Yale Law Journal*, vol. 42/6, 1932-1933, s. 863-877.

Sunderland E. R.: The New Federal Rules, *West Virginia Law Quarterly*, vol. 45/1, 1938-1939, s. 5-30.

Sungurtekin Özkan Meral: Türk Medeni Yargılama Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2013.

Surrency Erwin C.: The Courts in the American Colonies, *American Journal of Legal History*, vol. 11/3, 1967, s. 253-276.

Swift Eleanor: One Hundred Years of Evidence Law Reform: Thayer's Triumph, *California Law Review*, vol. 88/6, 2000, s. 2187-2240.

Şanal L. / **Kodakoğlu** Mehmet: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, İkinci Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.

Şeker, Hilmi: İlkeler Işığında Ön İnceleme Kurumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012.

Tanrıver Süha: Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Temmuz-Ağustos 2006, Sayı 65, s. 119-128.

Tanverdi Mücahit: Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, Yayınlanmamış Doktora

Tezi, İstanbul 1991.

Tapper Colin: Cross and Tapper on Evidence, Oxford University Press, Twelfth Edition, New York 2010.

Taşpınar Sema: Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 45, sayı 14, 1996 (1998), s. 533-572.

Taşpınar Sema: Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 1999, s. 759-787.

Taşpınar Sema: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.

Taşpınar Ayvaz Sema: Hukuk Muhakmeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013.

Teomete Yalabık Fulya: Bilirkişi Görüşünün/Tanıklığının Delil Olarak Kabuledilebilirliği (*Admissibility*), Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1879-1895.

Teomete Yalabık Fulya: Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt. 16, Özel sayı 2014, İzmir 2015, s. 2115-2162.

Tercan Erdal: Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Yetkin Yayınları, Ankara 2001. (Kısaltma: Tercan, İsticvap)

Tercan Erdal: Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi, MIHDER 2011, sayı 18, s. 1-56.

Tetley William: Mixed Jurisdictions: Common Law vs Civil Law (Codified and Uncodified) Part 1, Uniform Law Review, vol. 4/3, 1999, s. 591-619.

Thayer James Bradley: A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law, Little, Brown, Boston 1898.

Thayer, James B.: Judicial Notice and the law of Evidence, Harvard Law Review, vol. 3/7, 1890, s. 285-312. (Kısaltma: Thayer, Judicial Notice)

Thomas Cheryl: Judicial Diversity in The United Kingdom and Other Jurisdictions, A Review of Research, Policies and Practices, Birmingham 2005, s. 1-125,

http://www.ucl.ac.uk/laws/socio-legal/docs/Review_of_Judicial_Diversity.pdf
(Çevrimiçi 14.08.2014).

Thomas Suja A.: Why Summary Judgment is Unconstitutional, Virginia Law Review, vol. 93/1, 2007, s. 139-180.

Thornburg Elisabeth G.: The Curious Appellate Judge: Ethical Limits on Independent Research, Review of Litigation, vol. 28/1, 2008, s. 131-201.

Thornburgh Dick: Junk Science-The lawyer's Ethical Responsibilities, Fordham Urban Law Journal, vol. 25/3, 1997-1998, s. 449-469.

Tocqueville Alexis De: Democracy in America 1899, Book 1, Chapter 1, <http://www.gutenberg.org/files/815/815-h/815-h.htm> (Çevrimiçi 25.12.2014).

Topal Önder: Ticari Defterlerin Delil Niteliği, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

Topaloğlu Ali: 6100 Sayılı HMK'da Yemin ve Mahkeme Tarafından Yemin Teklif Etme Hakkının Hatırlatılması, Terazî Hukuk Dergisi, Temmuz 2013, s. 56- 63.

Tosun Öztekin: Ceza ve Medenî Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, Yenilik Basımevi, İstanbul 1976.

Travis William J.: Impartial Expert Testimony Under The Federal Rules of Evidence: A French Perspective, International Lawyer, vol. 8/3, 1974, s. 492-522.

Trubek David M. / **Sarat** Austin / **Felstiner** Wiliam L. F. / **Kritzer** Herbert M. / **Grossman** Joel B.: The Costs of Ordinary Litigation, UCLA Law Review, vol. 31/1, 1983-1984, s. 72-127.

Tuğlacı Pars: İngilizce-Türkçe Ekonomi ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2002.

Tutumlu Mehmet Akif: Hukuk Yargılamasında Delil İkamésinin Kapsamı, Şekli ve Zamanı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1989/6, s. 924-934.

Tutumlu Mehmet Akif: Medeni Usul Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Üçüncü Bası, Ankara 2005.

Twining William: Blackstone's Tower: The English Law School, Sweet and Maxwell, London 1994. (**Kısaltma**: Twining, The English Law School)

Twining William: Rethinking Evidence, Exploratory Essays, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2006.

Ulukapı Ömer: Yargıtay Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Yargılamaya Hâkim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 6, sayı 1-2, 1998, Prof. Dr Süleyman Arslan’a Armağan, Konya 1998, s. 713-732.

Ulukapı Ömer: Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 9-10 Kasım 2001, Samsun Barosu ve İstanbul Barolar Birliği, s. 291-316, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/bilirkisilik_sempozyumu.pdf (Çevrimiçi 10/10/2015).

Ulukapı Ömer: Medeni Usul Hukuku, Mimoza Yayınları, 3. Baskı, Konya 2015.

Umar Bilge: İktisatçılar İçin Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Ders Notları, İzmir 1973.

Umar Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014. (Kısaltma: Umar, Şerh)

Underwood C. J.: The Trial Process- Does One Size Fit All? Journal of Judicial Administration, vol. 15, 2005, s. 165.

Üçer Mehmet / Meriç Nedim, Roma Hukukunda ve Medenî Yargılama Hukukumuzda Ön İnceleme (Litis Contestatio’dan Ön İnceleme Duruşması Tutanağına Dava Konusu), MİHDER 2012/2, Sayı 22, s. 3-66.

Üstündağ Saim: İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967.

Üstündağ Saim: Medeni Yargılama Hukuku, cilt 1-2, Yedinci Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000.

Van Rhee C. H.: European Traditions in Civil Procedure, Intersentia, Oxford 2005.

Van Rhee C. H.: Harmonisation o Civil Procedure: A Historical and Comparative Perspective, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2011/28, 2011, s. 1-20, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1876329

Verkerk Remme: Powers of the Judge in “England and Wales” in C. H. Vann Rhee, *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia Antwerpen, Oxford 2005.

Verkerk Remme: Party Interrogation as Evidence, England and Wales, in C. H. Van Rhee (ed), *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia, Oxford 2005.

Verkerk Remme: Comparative Aspects of Expert Evidence in Civil Litigation, The International Journal of Evidence and Proof, vol. 13, 2009, s. 167-197. (**Kisaltma**: Verkerk, Comparative Aspects of Expert Evidence)

Verkerk Remme: Fact-Finding in Civil Litigation, A Comparative Perspective, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland 2010. (**Kisaltma**: Verkerk, Fact-Finding in Civil Procedure)

Vestal, Allan D.: Res Judicata / Claim Preclusion: Judgment for the Claimant, Northwestern University Law Review, vol. 62/3, 1967-1968, s. 357-395.

Vestal, Allan D.: Res Judicata / Preclusion, Matthew Bender, New York 1969.

Vick R. W. / **Shoolbred** C. F.: The Administration of Civil Justice in England, Pergamon Press, First Edition, London 1968.

Vidmar Neil: The Performance of the American Civil Jury: An Empirical Perspective, Arizona Law Review, vol. 40/3, 1998, s. 849-899.

Vidmar Neil.: The American Civil Jury for Ausländer (Foreigners), Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 13/3, 2003, s. 95-123.

Vigilante Miles J.: Screening Expert Testimony After Kumho Tire Co. v. Carmichael, Journal of Law and Policy, vol. 8/2, 1999-2000, s. 543-592.

Volcansek Mary L: Exporting the Missouri Plan: Judicial Appointment Commissions, Missouri Law Review, vol. 74/3, 2009, s. 783-800.

Vos Wouter Louis De: English and French Civil Procedure, Stellenbosch Law Review, vol. 13/3, 2002, s. 435-443.

Walker Laurens: A Model Plan to Resolve Federal Class Action Cases by Jury Trial, Virginia Law Review, vol. 88/2, 2002, s. 405-446.

Walsh Michael H.: The American Jury, Yale Law Journal, vol. 79/1, 1969-1970, s. 142-165.

Wang William: International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief, Brooklyn Journal of International Law, vol. 28/3, 2002-2003, s. 1059-1099.

Weiner Stephen A.: The Civil Jury Trial and the Law-Fact Distinction, California Law Review, vol. 54/5, December 1966, s. 1867-1938.

Welch Scott: From Witness Box to the Hot Tub: How the “Hot Tub” Approach to Expert Witnesses Might Relax an American Finder of Fact, *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 5/3, 2010, s. 14-164.

Wharton Francis: A Commentary on the Law of Evidence in Civil Issues, Kay and Brother, Third Edition, Philadelphia 1888.

Wiggins Jeanne: *Kumho Tire Co. v. Carmichael*: Daubert’s Gatekeeping Method Expanded to Apply to All Expert Testimony, *Mercer Law Review*, vol. 51/4, 1999-2000, s. 1325-1341.

Wigmore John Henry: A Pocket Code of the Rules of Evidence in Trials at Law, Little, Brown and Company, Boston 1910. (Kısaltma: Wigmore, A Pocket Code of the Rules of Evidence)

Wigmore John Henry: The Principles of Judicial Proof, or, the Process of Proof: As Given by Logic, Psychology, and General Experience, and Illustrated in Judicial Trials, Littleton, Colorado 1913.

Wigmore, John Henry: A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law, 3. edition, Little, Brown and Company, Boston 1940.

Wigmore John Henry: (revised by Peter Tillers) Evidence in Trials at Common Law, Little, Brown and Company, Boston 1983.

Wilging T. E. / **Stienstra** D. / **Shaphard** J. / **Miletich** D.: An Empirical Study of Discovery and Disclosure Practice Under the 1993 Federal Rule Amendments’, *Boston College Law Review*, vol. 39/3, 1997-1998, s. 525-596.

Wood Lisa C.: Experts in the Tub, *Antitrust ABA*, vol. 21/3, 2006-2007, s. 95-103.

Woolf H.: Access to Justice, Final Report, The Stationary Office, London 1996.

Wright Charles Alan / **Miller** Arthur Raphael / **Cooper** Edward Hayes: Federal Practice and Procedure, West Publishing Company, vol. 8, 1970.

Yardım Mehmet Ertan: Elektronik İmza ve Elektronik İmzanın Medeni Usul Hukukumuza Etkileri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006.

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

Yavaş Murat: Mehaz Kanun İle Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler ve Hâkimin Rolü, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 283-335.

Yavaş Murat: Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

Yazıcı Hilal: Bazı Ülke Örnekleri ve Uluslararası Belgelerde Yargı Kurulları, Hâkimlerin Atanma ve Disiplin İşlemlerine İlişkin Yetkileri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt 73, sayı 2, 2014, s. 759-783.

Yeazell Stephen C.: The Misunderstood Consequences of Modern Civil Process, Wisconsin Law Review, 1994.

Yeazell Stephen C.: Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, And Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial, Journal of Empirical Legal Studies, vol. 1/3, November 2004, s. 943-991.

Yeşilirmak Ali: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Hakem-Bilirkişilik, Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 11, Özel Sayı 2009, Basım Yılı 2010, s. 693-738.

Yeşilirmak Ali: Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011. (**Kısaltma:** Yeşilirmak, Sorunlar ve Çözüm Önerileri)

Yeşilova Bilgehan: Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, TBBD 2010, sayı 86, s. 47-101.

Yıldırım Mehmet Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990.

Yıldırım Mehmet Kamil: Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, Alkım Yayınları, İstanbul 2003, s. 467-491.

Yıldırım Mehmet Kamil: Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 833-841.

Yıldırım Mehmet Kamil: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilmiş Deliller, Erdoğan Teziç’e Armağan,

İstanbul 2007, s. 861-871.

Yılmaz Ejder: Usul Ekonomisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt. 57, sayı 1, 2008, s. 243-274.

Yılmaz Ejder: Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, İkinci Baskı, Ankara 2012.

Yılmaz Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İkinci Baskı, Ankara 2013.
(Kısaltma: Yılmaz, Şerh)

Yu Seon Bong: The Role of the Judge in the Common Law and Civil Law Systems, International Area Review, vol. 2/2, 1999, s. 35-46.

Zander Michael: The Woolf Report: Forwards or Backwards for the New Lord Chancellor?, Civil Justice Quarterly, vol. 16, 1997, s. 208-227.

Zuckerman A. A. S.: Lord Woolf's Access to Justice: Plus a change, Modern Law Review, vol. 59/6, 1996, s. 773-796.

Zuckerman Adrian: Closed Material Procedure - Denial of Natural Justice: Al Rawi v. The Security Service [2011] UKSC 34, Civil Justice Quarterly, vol. 30/4, 2011, s. 345-359.

Zuckerman Adrian: Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice, Sweet and Maxwell, Third Edition, London 2013.

YARARLANILAN DİĞER ESERLER

American Law Institute and Unidroit, Principles of Transnational Civil Procedure, Cambridge University Press, Cambridge 2006.

Note, Developments in the Law-Discovery, Harvard Law Review, vol. 74, 1961.

Note, Developments in the Law: The Civil Jury (I and II), Harvard Law Review, vol. 110, 1997, s. 1425-1427.

Note, The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century, Yale Law Journal, vol. 74, 1964-1965, s. 170-192.

Note, Law in Colonial New York: The Legal System of 1691, Harvard Law Review, vol. 80, 1967.

Note, Discovery Abuse Under the Federal Rules: Causes and Cures, Yale Law Journal, vol. 92, 1982-1983.

Note, Developments in the Law: The Civil Jury (I and II), Harvard Law Review, vol. 110, 1997.

Note, Admitting Doubt: A New Standard for Scientific Evidence, Harvard Law Review, vol. 123, 2010, s. 2021-2042.

Case Comment, The Position of a Party Whose Expert Has Conceded the Opponent's Case: The Unresolved Tension Between Experts' Role to Further the Party's Cause and Their Obligation to Assist the Court, Civil Justice Quarterly, vol. 26, 2007.

Recent Case, *Flanders v. Commonwealth*, 130 S.W., 809 Yale Law Journal, vol. 20, 1911, s. 326.

Note, Improving Judicial Gatekeeping: Technical Advisors and Scientific Evidence, Harvard Law Review, vol. 110, issue 4, 1997. (**Kısaltma:** Note, Improving Judicial Gatekeeping)

Final Report of the Civil Justice Reform Act Advisory Group for the United States District Court for the District of Columbia, 1993.

Cambridge's British English Dictionary, Cambridge University Press; Oxford English Dictionary, Oxford University Press .



YARARLANILAN İNTERNET SAYFALARI

National Center for Education Statistics, National Assessment of Adult Literacy, A First Look at the Literacy of the America's Adults in the 21. Century, <http://nces.ed.gov/NAAL/PDF/2006470.PDF>

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm>

Hükümet Gerekçesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Hükümet Gerekçesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>

Ahmet Recai Seçkin, Yargıtay Onursal Birinci Başkanı, 1964-1965 Açılış Konuşması, <http://www.yargitay.gov.tr/belgeler/site/acilisKonusma/1964-1965.pdf>

American Law Institute/UNIDROIT's Principles of Transnational Civil Procedure 2004, Principle 16.6, <http://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>

<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/glossary>

http://www.government.se/contentassets/a1be9e99a5c64d1bb93a96ce5d517e9c/the-swedish-code-of-judicial-procedure-ds-1998_65.pdf

<http://www.kennedyslaw.com/article/dutchexpertevidence/>

<https://www.law.cornell.edu/>

<https://www.law.cornell.edu/nyctap/tellmore.html>

https://www.law.cornell.edu/wex/voir_dire

http://www.nysd.uscourts.gov/jury_handbook.php?id=6

<https://www.youtube.com/watch?v=TLFoKNv70E0>

https://www.law.cornell.edu/wex/requests_for_admission

<http://www.jp.us.org/aboutjps.htm>

<https://casetext.com/case/banca-nazionale-di-credito-v-equitable-trust-co>

<https://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judicial-roles/judges/high-court-judges/>

Judicial Council of California, Fact Sheet, January 2015,

http://www.courts.ca.gov/documents/Calif_Judicial_Branch.pdf

<http://www.fjc.gov/>

<http://www.judges.org/>

www.ncsc.org

<http://www.usip.org/sites/default/files/Judicial-Appointments-EN.pdf>

http://www.judicialselection.us/judicial_selection/methods/selection_of_judges.cfm?state=CA

<http://www.courts.ca.gov>

http://cjp.ca.gov/complaint_process.htm

<http://www.hsyk.gov.tr/hsyk-hakkinda.html>

<http://www.difederico-giustizia.it/wp-content/uploads/2010/09/recruitment-evaluation-and-career.pdf>

Dimick v. Schiedt, 293 U.S. 474 (1935), P. 293 U.S. 486,
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/474/case.html#486>

(England and Wales), S.I 1998/3132, L.17, Ministry of Justice,
<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil>

Civil Procedure News, issue 10/2001, Sweet & Maxwell, December 2001,
<http://wbus.westlaw.co.uk/pdf/2001/1001.pdf>

Clyde & Co LLP.: The Jackson Reforms: What You Need to Know, Mondaq Business Briefing, 5 March 2015,
<http://www.mondaq.com/x/379508/Civil+Law/The+Jackson+Reforms+what+you+need+to+know>

<https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>

U.S Chamber Institute for Legal Reform, Promoting “Merit” in Merit Selection, A Best Practices Guide to Commission-Based Judicial Selection, Washington 2009, vd., <http://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/meritselectionbooklet.pdf>

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>

http://www.americanbar.org/groups/legal_education.html

<http://www.chambersandpartners.com/guide/practice-guides/location/241/6627/1401-200>

<https://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/high-court/queens-bench-division/courts-of-the-queens-bench-division/technology-and-construction-court/>

<https://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/high-court/queens-bench-division/courts-of-the-queens-bench-division/commercial-court/>

HM Courts and Tribunals Service, The Technology and Construction Court Guide, London 2015,

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/448256/technology-and-construction-court-guide.pdf

ÖZGEÇMİŞ

Fulya Teomete Yalabık, 1983 yılında İstanbul’da doğdu. Saint-Joseph Fransız Lisesi’ndeki öğreniminin ardından 2003 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans öğrenimine başladı ve 2007 yılında lisans öğrenimini başarıyla tamamladı. Lisans mezuniyetinin ardından 2007 yılında İstanbul Üniversitesi’nde Özel Hukuk yüksek lisans programına başladı ve 2010 yılında “Fransız Hukukunda Temyizin Tarihi Gelişimi ve Temyiz Sebepleri” başlıklı tez savunmasında oybirliğiyle başarılı görülerek yüksek lisans programından mezun oldu. Yüksek lisans mezuniyetinin hemen ardından 2010 yılında Galatasaray Üniversitesi’nde Özel Hukuk Doktora programında öğrenim görmeye hak kazandı. 2008-2014 yılları arasında Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde araştırma görevlisi olarak görev aldı. 2013-2014 yılları arasında Queen Mary University of London’da konuk öğretim üyesi ve ardından 2014-2016 yılları arasında University of London, Institute of Advanced Legal Studies’de konuk araştırmacı olarak doktora tez çalışmalarını yürütmüştür.

Fulya Teomete Yalabık’ın hakemli dergilerde yayınladığı makaleler şunlardır:

1. İstinafsız Bir Temyiz, Temyiz Midir?, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, cilt 7, sayı 19, yıl 2011, s. 55-84;
2. Çeviri/ Alman Federal Adalet Mahkemesi-Genel İlkeler Bireysel Adalet Arasında Yer Alan Bir Yüksek Mahkeme, Prof. Dr. Peter Gottwald, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, cilt 9, sayı 24, 2013/1, s. 151-172;
3. Le Droit Au Respect De La Vie Familiale Dans Le Contexte De L’Affaire Şerife Yiğit, Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul, cilt 45, sayı 62, 2013, s. 127-142;
4. Bilirkişi Görüşünün/Tanıklığının Delil Olarak Kabul Edilebilirliği (*Admissibility*), Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 1879-1895;
5. Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt. 16, Özel sayı 2014, İzmir 2015, s. 2115-2162.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı : Fulya TEOMETE YALABIK
Tez Başlığı : Anglo-Amerikan Hukukunda Vakıaların Getirilmesi ve Delillerin
Toplanmasında Hâkimin Rolü
Savunma Tarihi : 29 Mart 2016
Danışmanı : Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ



Prof. Dr. Bertil Emrah ODER



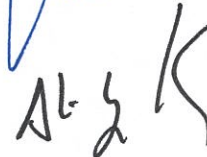
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK



Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ



Doç. Dr. Ali YEŞİLIRMAK



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

