T.C
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DOKTORA PROGRAMI

ANGLO-AMERİKAN VE KITA AVRUPASI MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMLERİNDEKİ YENİ GELİŞMELER VE TÜRK HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Ayşe Gülin GÜRALP

Danışman
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

2010

DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

2005800279

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi

Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü

Adı ve Soyadı : Ayşe Gülin GÜRALP

Tez Başlığı : Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Sistemlerindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması

Savunma Tarihi : 22.07.2010

Danışmanı : Prof.Dr.Muhammet ÖZEKES

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı	Üniversitesi	İmza
Prof.Dr.Muhammet ÖZEKES	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Oğuz ATALAY	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Oğuz SANCAKDAR	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Ali Cem BUDAK	YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Murat ATALI	BİLKENT ÜNİVERSİTESİ	

Ayşe Gülin GÜRALP tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "**Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Sistemlerindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması**"başlıklı Doktora Tezi olarak (X)oybirliği ( )oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum **"Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Sistemlerindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku İle Karşılaştırılması"** adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih
..../..../.....
Ayşe Gülin GÜRALP
İmza

ÖZET
Doktora Tezi

Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Sistemlerindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması

Ayşe Gülin Güralp

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Doktora Programı

Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi medeni yargılamasında sistemin işleyişine ilişkin bir çok sorun yaşanmakta olduğu bir gerçektir. Her iki sistemde de, sorunların giderilmesine ve sistemin iyi işlemesine olanak sağlayacak önemli değişiklikler ve reformlar yapılmış ve yapılmaya devam etmektedir. Her iki sisteme dahil ülkelerin medeni yargılama hukuklarında bu anlamda çok önemli gelişmeler kaydedilmiştir. İki büyük hukuk sistemi, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ve Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi medenî yargılaması arasındaki ayırıma ilişkin olarak günümüzde hâlâ birçok gerekçe öne sürülmektedir. Ancak, yargılamanın yapısı noktasından bakıldığında, bu ayırım değerini kaybetmektedir. Bunun sebebi, bir çok ülkenin medenî yargılama hukukunda varolan benzer sorunların ve bunların giderilmesine ilişkin olarak gerçekleştirilen reformların, yapısal yargılama modellerinin sınıflandırılmasında kullanılmakta olan farkları azaltmış olması ve esasında yargılamanın yapısı üzerinde birbiri ile uyumlu ve benzer uygulamaları ve sonuçları ortaya koymuş olmasıdır. Bugüne kadar birbirinden hayli farklı görünen bu iki büyük sistem, medeni yargılamanın sorunlarının çözümü noktasında, adalete erişimin kolaylaştırılması ve adil yargılamanın gerçekleştirilmesi amacıyla karşılıklı bilgi ve tecrübe alışverişinde bulunmaya hatta, daha da ileri giderek kendi yapılarının özelliğini oluşturan çok farklı kavram ve kurumları karşılıklı olarak benimsemeye başlamışlardır. Avrupa Birliği içinde ve dünya genelinde hukukun yeknesaklaştırılmasına ilişkin global bir hareket ve iki büyük hukuk sistemine dahil muhtelif hukuk düzenleri arasındaki temel farklılıkların ortadan kaldırılması yolunda görüş birliği oluşmuş ve çok farklı yargılama sistemlerinin yeknesaklaştırılmasına doğru dikkat çekici bir ilerleme kaydedilmiştir. Öte yandan, Anglo-Amerikan medeni yargılama sistemine dahil ülkelerde son zamanlarda gerçekleştirilen reformlar Kıta Avrupası Sistemi'nde yapılanlarla uyum içinde olup, medenî yargılama usûlleri ve kurumları bakımından benzer bir uyum ve yakınlaşma da görülmüştür.

Anahtar Kelimeler: medenî yargılama, sorunlar, Kıta Avrupası, Anglo-Amerikan, yapısal yargılama modelleri, yargılamanın yapısı, reform, gelişme, yeknesaklaştırma, uyum ve yakınlaşma

ABSTRACT
Doctoral Thesis

New Developments in Anglo-American and Civil Law Civil Procedures and Their Comparison with Turkish Law

Ayşe Gülin Güralp

Dokuz Eylül Üniversitesi
Institute of Social Sciences
Department of Private Law
Doctoral Program

It is true that the two major law systems, Civil Law and Anglo-American are experiencing problems with the functioning of their civil procedure systems. However, important changes and reforms have been performed thereto and some are still on the agenda for eliminating the existing problems and providing the good functioning of the civil procedure system. Many important developments in the civil procedure laws of the two systems have taken place so far. Today many grounds are still being put forward relevant to the distinction between the civil procedure systems of two major law systems, the Civil Law and the Anglo-American Law. However, from the structure of proceedings point of view, this distinction loses its value. The reason for this is, the problems and the reforms that have been actualized for eliminating those problems decreased the differences that are used for classifying the structural models and brought forward harmonized and similar practices on the structure of proceedings. Of solving civil procedure problems, enabling access to justice and achieving fair trial, the two major law systems that seemed quite different from each other until now have started to exchange information and experiences mutually and even to adopt different concepts and institutions that constitute in fact, the basic distinctions of their law systems. A global movement and concensus have been achieved today for the harmonization and approximation of the laws and eliminating the basic differences among the laws of the said major law systems. Within the last 30 years in the European Union and within the last 10 years around the world, remarkable developments have occured in relation to the harmonization and approximation of the different civil procedure systems. On the other hand, reforms that have been realized in the Anglo-American civil procedure system recently are almost in harmonization with the ones realized in the Civil Law system. That is, a similar harmonization and approximation have taken place as for the procedures and institutions of the civil justice.

Key words: civil procedure, problems, Civil Law, Anglo-American Law, structural models, structure of proceedings, reform, developments, harmonization, approximation.

ANGLO-AMERİKAN VE KITA AVRUPASI MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMLERİNDEKİ YENİ GELİŞMELER VE TÜRK HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI…..…….....ii
YEMİN METNİ iii
ÖZET iv
ABSTRACT v
İÇİNDEKİLER.....vi
GİRİŞ..... 1

BİRİNCİ BÖLÜM
KITA AVRUPASI YARGILAMA SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI

§1. KITA AVRUPASI YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ.....5
I. KITA AVRUPASI HUKUKU KAVRAMI 5
II. KITA AVRUPASI MEDENÎ YARGILAMA HUKUKU 7
A. GENEL OLARAK.....7
B. TEMEL ÖZELLİKLERİ.....9
1. Hâkimin Rolü ve Vakıaların Tespiti 9
2. Delillerin Açıklattırıllması 10
3. Delil Olarak Kabul Edilen Vasıtalar ve Delillerin İspat Gücü.....10
4. Tanık Beyanları.....10
5. Bilirkişi.....11
6. Ceza Kararlarının Etkisi.....11
§ 2- ALMAN MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI.....12
I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ.....12
A. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKELER 12
B. MAHKEME TEŞKİLATI.....13

II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI 14
A. DAVANIN AÇILMASI 14
1. Davanın Açılmasından Önce Yerine Getirilmesi Gereken Gereklilikler 14
2. Davanın Açılması 14
B. DAVAYA CEVAP VERİLMESİ 15
C. DURUŞMA ÖNCESİ HAZIRLIK SAFHASI 16
D. DELİLLERİN TOPLANMASI 18
E. DURUŞMA 18
F. GEÇİCİ HUKUKÎ KORUMA VE ÖZEL USÛLLER 19
G. DAVA MASRAFLARI 20
H. DURUŞMA SONRASI USÛL VE KANUN YOLLARI 20
III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI 23
IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI 25
§ 3. AVUSTURYA MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI 32
I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ 32
A. GENEL OLARAK 32
B. MAHKEME TEŞKİLATI 33
II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI 34
A. DAVANIN AÇILMASINDAN ÖNCE YERİNE GETİRİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR 34
B. DAVANIN AÇILMASI 34
C. DAVAYA CEVAP VERİLMESİ 35
E. YARGILAMA SAFHASI VE GÖZE ÇARPAN ÖZELLİKLERİ 36
G. DURUŞMA SONRASI UYGULAMALAR VE KANUN YOLLARI 39
H. YARGILAMA MASRAFLARININ YÜKLETİLMESİ 40
III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI 40
IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI . 41
A. GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE REFORM ÇALIŞMALARI 41
B. 2002 TARİHLİ MEDENÎ USÛL DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN KANUN: İLK DERECE YARGILAMASININ HIZLANDIRILMASI 45

1. Genel Olarak 45
2. Hâkim ile Taraflar Arasında Davanın Maddî ve Hukukî Boyutlarına İlişkin Olarak Erken Aşamalarda Yapılan Tartışmalar 46
3. İlk Derece İlçe Mahkemeleri Tarafından Verilen Ödemeye İlişkin Kararların, Asliye Mahkemeleri Tarafından da Verilebilmesine İmkân Tanınması 47
4. Tarafların Yokluğu 47
C. SON YİRMİ YILDA KANUN YOLLARI İLE İLGİLİ OLARAK YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER: BÖLGE YÜKSEK MAHKEMELERİNE VE YÜKSEK MAHKEME'YE ERİŞİM 48
1. Genel Olarak 48
2. Çekişmesiz Yargı 49
3. İstatistiksel Değerlendirme 50
§4. İSVİÇRE MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI 50
I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ 50
A. KANTONAL MAHKEME TEŞKİLATI 52
B. KANTONAL YARGILAMANIN GÖZE ÇARPAN ÖZELLİKLERİ 53
II. KANTONAL YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI 55
A. DAVANIN AÇILMASINDAN ÖNCE YERİNE GETİRİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR 55
B. DAVANIN AÇILMASI 56
C. CEVAP VE SAVUNMA 56
D. DURUŞMA ÖNCESİ HAZIRLIK SAFHASI 57
E. ARA OTURUMLAR VE DURUŞMA 58
F. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA VE ÖZEL USÛLLER 60
G. DURUŞMA SONRASI USÛLLER, İŞLEMLER VE KANUN YOLLARI 60
H. YARGILAMA MASRAFLARI 61
III.YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI 61
A. YARGILAMA SÜRESİ 61
B. MAHKEMELERİN GECİKMEYE VE İŞ YÜKÜNE TEPKİSİ 62
C. YARGILAMA MASRAFLARI 62

D. KANUN YOLU SORUNU 62
E. SİSTEMDE BELLİ BİR PLANA BAĞLI OLMAKSIZIN YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN YARATTIĞI SORUNLAR 63
IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN YEKNESAKLAŞTIRMA VE REFORM ÇALIŞMALARI 64
A. YEKNESAKLAŞTIRMA ÇALIŞMALARI 64
B. YENİ FEDERAL HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN ÖZELLİKLERİ 66
C. YENİ FEDERAL HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN KAPSAMI 68
1. Basit Yargılama Usûlü (summarisches Verfahren) 68
2. Olağan Yargılama Usûlü (ordentliches Verfahren) ve Basitleştirilmiş Yargılama Usûlü (vereinfachtes Verfahren) 68
3. Hâkimin Soru Hakkı 70
4. Kanun Yolları 70
5. İspat Hukuku 71
6. Yargılama Giderleri ve Adli Yardım 72
7. Çekişmesiz Yargı 72
8. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları 73
9. İcra Hukuku'nun Medenî Usûl Hukuku ile Uyumlulaştırılması 73
§ 5. HOLLANDA MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI 74
I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ 74
A. ADLİ YARGI TEŞKİLATI 74
B. ÇEKİŞMELİ VE ÇEKİŞMESİZ YARGI 75
C. VEKİL İLE TEMSİL ZORUNLULUĞU 75
D. ADLİ YARDIM 76
II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI 76
A. DAVANIN AÇILMASINDAN ÖNCE YERİNE GETİRİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR 76
B. DAVANIN AÇILMASI VE YARGILAMA 77
D. DURUŞMA ÖNCESİ HAZIRLIK 78
E. ARA OTURUMLAR VE DURUŞMA 78

F. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA VE ÖZEL USÛLLER 78
G. KARAR VE KANUN YOLLARI 79
H. YARGILAMA MASRAFLARI 80
III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI 80
IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI 81
A. GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE REFORM ÇALIŞMALARI 81
B. 2002 REFORMU 83
1. Hızlandırılmış Usûl 83
2. Belirli Süreler 84
3. 2002 Tarihli Reforma İlişkin Kanun Tasarısında Yer Alan Temel Prensipler 85
a. Yargılamanın Basitleştirilmesi 85
b. Formalitelerin Azaltılması 86
c. Hâkim-Taraf İlişkisinin Modernleştirilmesi 87
d. Yargılamada Etkinliğin Sağlanması 87
e. Medenî Yargılama Hukukunun Yeknesaklaştırılması 88
4. 2002 Reformu'nun Ortaya Koyduğu Sonuç 88
C. 2005 REFORMU 90
D. HOLLANDA MEDENÎ YARGISI'NDA YENİ BİR YAKLAŞIM 90
§6. İTALYA MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI 91
I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ 91
A. GENEL OLARAK 91
B. YARGILAMANIN BAZI ÖZELİKLERİ 92
1. Davanın Taraflarca Yönetilmesi 92
2. Birden Çok Ara Oturum ve Yazılı Delil 92
3. Tarafların Eşitliği ve Hâkimlerin Bağımsızlığı 93
C. MAHKEME TEŞKİLATI 93
II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI 94
A. DAVANIN AÇILMASINDAN ÖNCE YERİNE GETİRİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR 94
B. DAVANIN AÇILMASI VE CEVAP VERİLMESİ 95

C. DURUŞMA ÖNCESİ HAZIRLIK SAFHASI VE ARA OTURUMLAR 96
D. ÖZEL USÛLLER 97
E. DURUŞMA SONRASI SAFHA VE KANUN YOLLARI 97
F. YARGILAMA MASRAFLARININ YÜKLETİLMESİ 97
III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI 98
IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI . 99
A. 90'LI YILLARDA YARGILAMA REFORMLARI 99
B. MEVCUT DURUM 101
C. MEVCUT VE YAPILMASI BEKLENEN REFORMLAR 102
§ 7. İSPANYA MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI 103
I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ 103
A. MAHKEME TEŞKİLATI 104
B. YENİ YARGILAMA KANUNU İLE GETİRİLEN BAŞLICA DEĞİŞİKLİKLER 105
C. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELER 106
II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI 107
A. DAVANIN AÇILMASI 107
1. Davanın Açılmasından Önce Yerine Getirilmesi Gereken Hususlar 107
2. Formaliteler 108
3. Davanın Açılması 108
B. DAVAYA CEVAP VERİLMESİ 110
C. DURUŞMA ÖNCESİ HAZIRLIK 110
1. Düzenleyici Kurallar ve Kararlar 110
2. Delillerin Toplanması 110
D. ARA OTURUMLAR VE DURUŞMA 111
E. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ 113
F. DURUŞMA SONRASI USÛL VE KANUN YOLLARI 113
III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI 114
A. HAKİM SAYISININ YETERSİZLİĞİ 114
B. PERSONEL VE KAYNAK YETERSİZLİĞİ 114
C. YARGILAMA MEVZUATININ KAOTİK TABİATI 115

IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI 115
A. REFORM ÇALIŞMALARI 115
B. 7 OCAK 2000 TARİHLİ MEDENÎ USÛL KANUNU'NUN (LEC) KAPSAMI 116
1. Kanunun İçeriği ve Özellikleri 117
2. Usûlün Basitleştirilmesi 119
3. Usûlî Ön Şartlar ve Davanın Usûlden Reddedilmesi 120
4. İstinaf Sisteminin Rasyonalizasyonu 120
5. Alacakların Korunması 121
6. Geçici Hukukî Koruma Sisteminin Rasyonalizasyonu 121
7. Yeni Kanun'un Değerlendirilmesi 121
a. Medenî Usûl Kanunu: Uygulama Üzerine Genel Düşünceler 122
b. Yeni Kanun'un Olumlu ve Olumsuz Sonuçlarının Ortaya Konulması 123
§ 8. JAPONYA MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI 125
I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ 125
II.YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI 126
A. DAVANIN AÇILMASINDAN ÖNCE YERİNE GETİRİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR 126
B. DAVANIN AÇILMASI USÛLÜ 127
C. DAVAYA CEVAP 127
D. DURUŞMA ÖNCESİ YARGILAMA SAFHASI 128
1. Ara Oturumlar 129
2. Hazırlık Oturumları 129
E. LAYİHALAR 130
F. DELİLLERİN TOPLANMASI 130
G. DURUŞMA SONRASI USÛL VE KANUN YOLLARI 131
H. YARGILAMA MASRAFLARI 132
III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI VE MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI 132

A. YENİ MEDENÎ USÛL KANUNUNUN YAPISI 134
1. Duruşma Öncesi Hazırlık Safhasının (Ön Tahkikat) Oluşturulması 134
2. Delillerin Belirlenmesi ve Hazırlanması Metodlarının Geliştirilmesi 136
3. Basit Usûlün Uygulandığı Mahkemelerde Küçük Talepler Yargılama Usûlünün Oluşturulması 137
4. Temyize Başvurunun Sınırlandırılması 138
B. JAPON MEDENÎ USÛL KANUNU'NDA 2003 YILINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER 139
1. Görevli Bilirkişi 139
2. "Yargılamanın Planlanması" Zorunluluğuna İlişkin Değişiklik 139
3. "Dava Açılmadan Önce Delillerin Açıklattırılması" Tedbirlerinin Düzenlenmesi 140
C. BEKLENTİLER VE SONUÇ 140
§ 9. KITA AVRUPASI MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMİ BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME 142
I. MEVCUT SORUNLAR 142
II. SON REFORMLARDAKİ TEMEL NOKTALAR 144

İKİNCİ BÖLÜM
ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) YARGILAMA SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI

§10. ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) MEDENÎ YARGI SİSTEMİ'NE GENEL BAKIŞ 148
I. ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) KAVRAMI 148
II. ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) MEDENÎ YARGILAMA HUKUKU'NUN GENEL ÖZELLİKLERİ 149
A. GENEL OLARAK 149
B. ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) MEDENÎ YARGILAMASININ ÖZELLİKLERİ 151

1. Taraf Hâkimiyeti 151
2. Hâkimin Rolü 151
3. Ön Yargılama ve Duruşma 152
4. İlk Derece Hâkimlerinin Seçimi ve Uzmanlığı 155
5. Hukukun Kaynakları 155
6. Bilirkişi Tanık (Expert Witness) 156
7. Ceza Kararlarının Etkisi 157
8. Masrafların Yükletilmesi 157
C. ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) SİSTEMİ MEDENÎ YARGILAMASI VE ADALETE ERİŞİM 158
§11. İNGİLTERE MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI 159
I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ 159
A. GENEL OLARAK 159
B. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELER 161
C. HUKUK MAHKEMELERİ TEŞKİLÂTI 161
1. İlçe mahkemeleri (County Court) 162
2. Asliye mahkemeleri (High Court) 163
3. Temyiz Mahkemesi (Court of Appeals) 165
4. Heyetler (Tribunals) 165
II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI 166
A. DAVANIN AÇILMASI 166
B. DAVANIN TEMEL BASAMAKLARI 167
1. Dava Formunun Hazırlanması (Issue Of a Claim Form) 167
2. Tebligat (Service of Process) 167
3. İddia ve Savunmalar (Statements of Case) 168
4. Davanın Görüleceği Yargılama Usûlünün ve Dava Yönetimi Usûlünün Belirlenmesi (Track Allocation) 169
a. Küçük Talepler Yargılama Usûlü (Small Claims Track) 170
b. Seri Yargılama Usûlü (Fast Track) 171
c. Çok Yönlü Yargılama Usûlü (Multi-Track) 172

5. Ön Yargılama Safhası 173
a. Tahkikat 173
b. Delillerin Toplanması 174
c. Duruşma Listesine Alınma (Listing for Trial) 176
6. Duruşma (Trial) 177
7. Geçici Hukukî Koruma Tedbirleri ve Özel Usûller 177
8. Duruşma Sonrası Usûl İşlemleri ve Kanun Yolu (Post-Trial Proceedings, Applications and Appeals) 179
9. Masrafların Yükletilmesi (assessment of costs) 180
III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI 180
A. GENEL OLARAK 180
B. SORUNLAR VE NEDENLERİ 183
1. İdeal Sistem 183
2. Sorunlar 183
a. Genel Olarak 183
b. Taraf Hâkimiyeti (Adversarial) Sistemi 184
c. Dava Masrafları 185
d. Gecikme 185
e. Karmaşıklık 186
IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI 186
A. REFORM'UN TEMEL ÖZELLİKLERİ 186
B. REFORM İLE GETİRİLEN ÇÖZÜMLER 188
1. Yargısal Dava Yönetimi (Judicial Case Management) 188
2. Hâkim Olan Amaç (Overriding Objective) 189
3. Yaptırımlar 189
4. Oranlılık 190
5. Tek Usûl Kanunu 190
6. Dava Yoluna Gidilmesinin Önlenmesi 191
7. Medenî Yargılama Kültüründe Değişim 192
C. YENİ USÛL KURALLARI (CPR) VE REFORM'UN BAŞARISI 193

1. Yeni Usûl Kuralları'nın (CPR) Getirdikleri....193
a. İlk Derecede Üç Aşamalı Sistem....193
b. Yargısal Dava Yönetimi....193
c. Belgelere Dayalı Delil Açıklaması ve İkamesinin Sınırlandırılması....193
d. Delillerin Sınırlandırılması....194
e. Temyiz....194
f. Müşterek Şekilde Tayin Edilmiş Bilirkişi (Single Joint Expert)....194
g. Sulh Teklifi....195
h. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (ADR)....195
2. Reformun Başarısı....196
a. Lord Woolf'un Araştırması ile Vaadedilenler....196
b. Reformun İşleyebilirliği....197
c. Reformun İşleyişine Dair Bulgular....199
D. REFORM'A KARŞI GÖRÜŞLER....203
IV. MEDENÎ YARGILAMANIN HALİHAZIR DURUMU....205
A. GENEL OLARAK....205
B. İNGİLTERE'DE USÛL DEĞİŞİKLİKLERİNE İLİŞKİN YOĞUN DÖNEM: 1996-2007....205
C. İNGİLİZ MEDENÎ YARGISINDA ADLÎ ETKİNİN AZALMASI....206
1. İlk Derece Hâkiminin Yetkileri....206
2. Usûl Sisteminin Bütünü İçinde Adlî Etki....207
3. Alternatif Etkiler....207
§12. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI....209
I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ....209
A. YARGILAMANIN FARKLI ÖZELLİKLERİ....211
1. Jürili Duruşmalar....211
2. Federal Medenî Usûl Kuralları ("FRCP")....212
3. Delil Keşfi (Discovery) ve Delillerin Açıklattırılması (Disclosure)....212
4. Ön Yargılama Safhası (Pre-trial)....213

5. Masrafların Yükletilememesi....214
B. MAHKEME TEŞKİLÂTI....214
II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI....216
A. KANUNİ GEREKLİLİKLER....216
B. DAVA EHLİYETİ....216
C. ÖN YARGILAMA SAFHASI....217
1. Davanın Açılması....217
2. Davaya Cevap Verilmesi....218
3. Ön Yargılama (Pre-trial)....219
4. Delil Keşfi –Tahkikat (Discovery)....220
D. DURUŞMA (TRIAL)....221
E. DURUŞMA SONRASI USÛLLER VE KANUN YOLLARI....222
F. MASRAFLARIN YÜKLETİLEMEMESİ....223
III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI....224
A. MASRAF....224
B. GECİKME....225
IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI....226
A. 1990 TARİHLİ ADLİ YARGI REFORMU KANUNU....227
B. ADLİ YARGI REFORMU KANUNU'NUN ETKİLERİ....229
C. 2000 YILI DEĞİŞİKLİKLERİ....230
D. SONUÇ....231
§13. AVUSTRALYA MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI..231
I . MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ....231
A. FEDERAL YARGI TEŞKİLATI....232
B. MAHKEME TEŞKİLÂTI....232
II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI....233
A. YARGILAMANIN BAŞLATILMASI....233
B. KANUNİ GEREKLİLİKLER....233
C. DAVANIN AÇILMASI....233

D. DAVAYA CEVAP VERİLMESİ 234
E. ÖN YARGILAMA SAFHASI 235
1. Düzenleyici Kurallar ve Kararlar (Administrative Rulings, Scheduling Orders) 235
2. Delillerin Toplanması 235
3. Delil Keşfi –Tahkikat (Discovery) 235
F. DURUŞMA 236
G. DURUŞMA SONRASI USÛL VE KANUN YOLU 237
III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI 237
A. GENEL OLARAK 237
B. MEDENÎ YARGILAMA VE DAVA YÖNETİMİNE İLİŞKİN REFORMLAR 239
C. SONUÇ 243
§ 14. ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMİ BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME 244
I. MEVCUT SORUNLAR 244
II. SON REFORMLARDAKİ TEMEL NOKTALAR 245

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
MEDENÎ YARGI ALANINDA ULUSLARÜSTÜ GELİŞMELER

§15. AVRUPA BİRLİĞİ'NDEKİ GELİŞMELER 248
I. AVRUPA BİRLİĞİ İÇİNDEKİ ÇALIŞMALARIN KISA TARİHÇESİ 248
II. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNU YEKNESAKLAŞTIRMA ÇALIŞMALARI 252
A. GENEL OLARAK 252
B. AMSTERDAM ANTLAŞMASI'NDAN ÖNCE AVRUPA MEDENÎ YARGILAMA HUKUKU 253
C. AMSTERDAM ANTLAŞMASI 255
1. Genel Olarak 255

2. Hazırlanan Hukuki Belgeler....257
3. Avrupa Medenî Yargılama Hukukunun Yeknesaklaştırılması Çalışmaları...259
a. Tebligat....260
b. Delillerin Elde Edilmesi....261
4. Amsterdam Antlaşması ve Sonrası....264
5. Avrupa Medenî Yargılamasında Halihazır Durum....265
a. Avrupa İcra Emri (21 Nisan 2004 tarihli ve 805/2004 sayılı Tüzük)....265
b. Avrupa Ödeme Emri (Ödeme Usûlüne İlişkin Avrupa Emri 1896/2006 Sayılı Tüzük) ve Avrupa Küçük Talepler Usûlü (861/2007 Sayılı Tüzük)....267
aa. Genel Olarak....267
bb. Avrupa Ödeme Emri (Ödeme Usûlüne İlişkin Avrupa Emri 1896/2006 Sayılı Tüzük)....269
cc. Avrupa Küçük Talepler Usûlü (861/2007 sayılı Tüzüğü)....270
6. Avrupa Konvansiyonu....272
D. AVRUPA MEDENÎ USÛL MODEL KANUNU ÇALIŞMASI....273
E. AVRUPA BİRLİĞİ POLİTİKASI OLARAK ADALETE ERİŞİM....274
§16. AVRUPA KONSEYİ'NDEKİ GELİŞMELER....276
§17. AMERİKAN HUKUK ENSTİTÜSÜ (ALI) VE ÖZEL HUKUKUN BÜTÜNLEŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI ENSTİTÜ'NÜN (UNIDROIT) ULUSLARÖTESİ HUKUK USÛLÜ PRENSİPLERİNE İLİŞKİN ÇALIŞMALARI....279
I .YARGILAMA HUKUKUNUN ULUSLARARASI YEKNESAKLAŞTIRILMASI....279
II. AMERİKAN HUKUK ENSTİTÜSÜ'NÜN (ALI) ÇALIŞMALARI....281
III. ÖZEL HUKUKUN BÜTÜNLEŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI ENSTİTÜ'NÜN (UNIDROIT) İŞBİRLİĞİ....283
A. GENEL OLARAK....283
B. HAZIRLIK AŞAMASINDA PRENSİP VE KURALLAR'A YAPILAN ELEŞTİRİLER....285

C. HAZIRLIK AŞAMASINDA PRENSİP VE KURALLAR'A İLİŞKİN OLARAK ÖNE SÜRÜLMÜŞ OLAN İHTİRAZÎ KAYITLAR.....286
IV. PRENSİP VE KURALLARIN AMACI.....286
V. PRENSİP VE KURALLARIN KAPSAMI, UYGULAMA ALANI VE İÇERİĞİ.....288
VI. PRENSİP VE KURALLARIN TANINMASI.....289
§ 18. ULUSAL SEVİYELERDE VE AVRUPA BİRLİĞİ SEVİYESİNDE REFORMLARDA TEMEL ANLAYIŞ.....290
I. GENELOLARAK.....290
II. YARGILAMA REFORMLARINA İLİŞKİN TESPİTLER.....292
III. ADALETE ERİŞİM YA DA DAVA KÜLTÜRÜ.....293

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

§ 19. YARGILAMA SİSTEMLERİNİN YAPISI İLE SİSTEMLER ARASINDAKİ FARKLILIK VE BENZERLİKLER.....295
I. YARGILAMA HUKUKUNDA TEMEL MODELLER.....295
A. DURUŞMA MODELİ (TRIAL MODEL).....296
B. İTALYAN-KANONİK MODEL (ITALIAN-CANONICAL MODEL).....297
C. ANA OTURUM MODELİ (MAIN HEARING MODEL).....298
II. TEMEL MODELLERİN KISA GEÇMİŞİ.....299
III. YARGILAMA HUKUKLARININ TEMEL BENZERLİKLERİ.....300
IV. YARGILAMA SİSTEMLERİ ARASINDAKİ FARKLILIKLAR.....301
§20. KITA AVRUPASI İLE AMERİKAN MEDENÎ YARGI SİSTEMLERİNİN YAKINLAŞMASI.....304
I. GENEL OLARAK.....304
II. UYUM VE YAKINLAŞMA.....304
A. MEDENÎ YARGININ AMAÇ VE ROLÜNDE ve MEDENÎ YARGI KURUMLARINDA UYUM VE YAKINLAŞMA.....304

1. Medenî Yargının Amaç ve Rolünde Uyum ve Yakınlaşma.....304
2. Medenî Yargı Kurumlarında Uyum ve Yakınlaşma 306
B. SİSTEMLER ARASINDAKİ UYUM VE YAKINLAŞMA BELİRTİLERİ 308
1. Amerika'da Hâkimin Değişen Rolü.....308
2. Avrupa'da Vakıa Tespitine (Fact Discovery) İlişkin Denemeler 309
§ 21. MEDENÎ YARGILAMA SORUNLARINA VE REFORM ÇALIŞMALARINA GENEL BAKIŞ VE DEĞERLENDİRME 310
I. KITA AVRUPASI MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMLERİ VE ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMLERİNE İLİŞKİN SORUNLARA VE ÇÖZÜM ARAYIŞLARINA GENEL BAKIŞ.....310
A. GENEL OLARAK MEDENÎ YARGI SİSTEMLERİNDE SORUNLAR VE GELİŞMELER.....310
B. MEDENÎ YARGI SİSTEMLERİNDE REFORM HAREKETLERİ.....314
II. REFORM HAREKETLERİNİN ORTAYA KOYDUĞU SONUÇLAR 317
A. YARGILAMA SİSTEMLERİNİN UYUM VE YAKINLAŞMASI.....317
B. REFORM HAREKETLERİNDE EĞİLİMLER VE İZLENEN POLİTİKA 319
C. HAKİM VE YARGILAMANIN RİTMİ 320
D. İKİ AŞAMALI YARGILAMA EĞİLİMİ.....321
E. HAZIRLIK AŞAMASI VE HAKİMİN AKTİF ROLÜ.....322
F. TARAFLARIN ELİNDE BULUNAN BELGE VE BİLGİLERİN AÇIKLATTIRILMASI VE DELİL KEŞFİ (DISCOVERY) USÛLLERİNİN YAYILMASI.....324
G. YARGILAMA REFORMLARI VE BAROLARIN ROLÜ.....327
*H. KAYNAKLARIN RASYONALİZASYONU VE MODERNLEŞTİRİLMESİ*328
I. TEMYİZ 329
İ. YARGILAMA REFORMLARI VE ULUSLARÖTESİ VE ULUSLARÜSTÜ YARGILAMA 331

BEŞİNCİ BÖLÜM
TÜRKİYE BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

§22-TÜRK MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ 333
I. CUMHURİYET ÖNCESİ DÖNEM.....333
II. CUMHURİYET DÖNEMİNE GEÇİŞ SÜRECİ 335
III. BUGÜNKÜ MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMİMİZE GENEL BAKIŞ 336
A. GENEL OLARAK 336
1. Davanın Açılması ve Cevap.....337
2. Tahkikat Aşaması ve Sözlü Yargılama.....338
3. Hükmün Verilmesi.....339
4. Kanun Yolları.....339
§ 23-TÜRK MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNDAKİ TEMEL SORUNLAR VE REFORM ÇALIŞMALARI.....341
I. GENEL OLARAK TÜRK MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNUN SORUNLARI.....341
A. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNUN TEMEL SORUNLARI 341
B. YARGININ KALİTESİ.....345
II. REFORM ÇALIŞMALARI VE ÇÖZÜM ARAYIŞLARI 346
A. GENEL OLARAK 346
B. REFORM ÇALIŞMALARI VE HUKUK YARGILAMASINDA ÇÖZÜM ARAYIŞLARI 346
1. Genel Olarak 346
2. Yapılan Kanun Değişiklikleri 347
3. Hukuk Usûlünde Çözüm Arayışları.....349
4. Yargı Reformu Stratejisi 2009 352
a. Hazırlanma Süreci 352
b. Yargı Reformu Stratejisi Taslağı'nın İçerdiği Amaçlar ve Eylem Planı 353
§ 24. DÜNYADAKİ GELİŞMELER ÇERÇEVESİNDE TÜRK MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ 354

I. GENEL OLARAK.....354
II. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARILARI VE GETİRDİKLERİ.355
A. YENİ BİR USÛL KANUNU TASARISI HAZIRLANMASI SEBEPLERİ.....355
B. HUKUK MUHAKEMELERİ TASARISI'NDA ESAS ALINAN İLKELER.....357
C. GENEL OLARAK 2008 TARİHLİ HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISI İLE GETİRİLEN YENİLİKLER.....359
D. 2008 TARİHLİ HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISI VE TASARI'NIN MECLİSE SEVKİNDEN ÖNCEKİ ŞEKLİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....363
1. Genel Olarak.....363
2. 2008 Tarihli Tasarı ve Tasarı'nın TBMM'ye Sevkinden Önceki Şeklinin Bazı Maddelerinin Esas Bakımından Değerlendirilmesi.....364
III. DÜNYADAKİ GELİŞMELER ÇERÇEVESİNDE TEMEL ÇÖZÜM ÖNERİLERİ.....375
A. BAZI SOMUT ÇÖZÜM ÖNERİLERİ.....375
1. Yargılamanın Gecikmesine Karşı Alınabilecek Önlemler.....375
3. Yargı Görevlileriyle İle İlgili Olarak Alınması Gereken Önlemler.....379
4. Dava Sayısının ve İş Yükünün Azaltılması ve Mahkemelerin Verimliliğinin Artırılmasına İlişkin Önlemler.....383
5. Meslekî Etkinliğin Artırılması Bakımından Hukukçuların Yetiştirilmesi Hakkında Öneriler.....386
B. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISINDA YERALMASI GEREKEN HUSUSLARA İLİŞKİN ÖNERİLER.....387
1. Küçük Talepler Yargılama Usûlü.....387
2. Yargılamanın Daha İyi İşleyebilmesine İlişkin Öneriler.....387
3. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları.....390
4. Tahkim.....391

SONUÇ.....392
KAYNAKÇA.....404

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABA	: American Bar Association
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AD	: Adalet Dergisi
AJCL	: American Journal of Comparative Law
ALI	: American Law Institute
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CJQ	: Civil Justice Quarterly
CPR	: Civil Procedure Rules
Çev.	: çeviren
dn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EBD	: Eskişehir Barosu Dergisi
ed.	: editor
EJCL	: Electronic Journal of Comparative Law

EU	: European Union
FRCP	: Federal Rules of Civil Procedure
FRE	: Federal Rules of Evidence
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICLQ	: International&Comparative Law Quarterly
IFLR	: International Finance and Law Review
JIBL	: Journal of International Business and Law
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
LEC	: Ley 1/2000 de Enjuiciamento Civil
MİHDER	: Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
M.S.	: Milattan Sonra
O.J.	: Official Journal
RG	: Resmi Gazete
RLR	: Ritsumeikan Law Review
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri ve İş Adamları Derneği
UK	: United Kingdom
ULR	: Uniform Law Review

UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
U.S.	: United Sates
s.	: sayfa
vd.	: ve devamı
vol.	: volume
Y	: Yıl
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZZPInt	: Zeitschrift für Zivilprozess International

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu, "Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Sistemlerindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması"dır.

Çalışma konusunu oluşturan her iki hukuk sistemi medeni yargılamasında da sistemin işleyişine ilişkin bir çok sorun yaşanmaktadır. Bu sorunların tabiatı ne olursa olsun, bunları çözümü zor ve zahmetlidir ve bu sorunların ancak uzun süreçler içerisinde giderilmesi mümkündür. Bununla birlikte, dünya üzerinde daima daha iyi işleyen sistemler bulunduğu düşüncesi, sorunlara çözüm bulma istekliliği ve azmi ile çalışma konusunu oluşturan her iki sistemde de, sorunların giderilmesine ve sistemin iyi işlemesine olanak sağlayacak önemli değişiklikler ve reformlar yapılmış ve yapılmaya devam etmektedir. Her iki sisteme dahil ülkelerin medenî yargılama hukuklarında çok önemli gelişmeler kaydedilmiştir. Bu ülkelerdeki sorunların ve gelişmelerin tespit edilmesi ve karşılaştırılması suretiyle ülkemiz açısından sonuçlar çıkarılabilmesi ve önerilerde bulunulabilmesi amacıyla, çalışmamızda Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası medeni yargılama hukuklarında yaşanan sorunlar, kaydedilen gelişmeler ve reform hareketleri ayrıntılı olarak ele alınmaya çalışılacaktır.

İki büyük hukuk sistemi, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ile Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi medenî yargılaması arasındaki ayırıma ilişkin olarak günümüzde hâlâ birçok gerekçe öne sürülmektedir. Ancak, yargılamanın yapısı noktasından bakıldığında, bu ayırım değerini kaybetmektedir. Bunun sebebi, bir çok ülkenin medenî yargılama hukukunda varolan benzer sorunların ve bunların giderilmesine ilişkin olarak gerçekleştirilen reformların, yargılama modellerinin sınıflandırılmasında kullanılmakta olan farkları azaltmış olması ve esasında yargılamanın yapısı üzerinde birbiri ile uyumlu ve benzer uygulamaları ve sonuçları ortaya koymuş olmasıdır. Bugüne kadar birbirinden hayli farklı görünen bu iki büyük sistem, medeni yargılamanın sorunlarının çözümü noktasında, adalete erişimin kolaylaştırılması ve adil yargılamanın gerçekleştirilmesi amacıyla karşılıklı bilgi ve

tecrübe alışverişinde bulunmaya hatta, daha da ileri giderek kendi yapılarında varolan çok farklı kavram ve kurumları benimsemeye başlamışlardır. Esasında, her iki hukuk sistemi de medeni yargılama hukukunun temel ilkelerine dayanmaktadır ve bu sistemlere dahil olan ülkelerin yargılama kuralları arasında sanıldığı kadar derin ayrılıklar bulunmamaktadır.

Son otuz yıl içinde Avrupa Birliği'nde ve son on yıl içinde de dünya genelinde hukukun yeknesaklaştırılmasına ilişkin global bir hareket ve bahis konusu iki büyük hukuk sistemine dahil muhtelif hukuk düzenleri arasındaki temel farklılıkların ortadan kaldırılması yolunda büyük bir görüş birliği de oluşmuş olduğu bir gerçektir. Bu yönde, gerek Avrupa Birliği içinde, gerekse de uluslarüstü seviyede bir çok çalışma yürütülmektedir. Bu çalışmalar ayrıntılarıyla çalışmamızda ele alınmaya çalışılacaktır.

Çalışmamız beş ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde, Kıta Avrupası yargılama sistemine genel bir bakış ile, bu sisteme dahil olan Almanya, Avusturya, İsviçre, Hollanda, İtalya, İspanya ve Japonya gibi ülkelerdeki yargı sistemleri incelenecek, sorunlar ortaya konulacak, gerçekleştirilen reform çalışmaları ve gelişmeler ele alınacaktır. İkinci bölümde, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) yargılama sistemine genel bir bakış, bu yargılama sisteminin temelini oluşturan İngiltere, yine büyük ölçüde bu temele dayanmakla birlikte zaman içinde kendine özgü bir sistem geliştirmiş olan Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya'daki yargı sistemlerinin incelenmesine, sorunların ortaya konulmasına, gerçekleştirilen reform çalışmalarına ve gelişmelere yer verilecektir. Üçüncü bölümde, medeni yargı alanındaki uluslarüstü gelişmeler, özellikle yargılama hukukunun yakınlaştırılmasına ve yeknesaklaştırılmasına ilişkin olarak Avrupa Birliği içinde yürütülen ve Avrupa Konseyi tarafından desteklenen çalışmalar, Avrupa Medenî Usûl Model Kanunu çalışması ve ayrıca Amerikan Hukuk Enstitüsü (ALI) ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü (UNIDROIT) tarafından uluslarötesi hukuk usûlü prensipleri oluşturulmasına ilişkin olarak yapılan çalışmalar ele alınacaktır. Dördüncü bölümde, medeni yargılama sistemleri karşılaştırılmakta, son gelişmeler ve reformlar çerçevesinde

elde edilen sonuçlar ve gelinen nokta ortaya konulmaktadır. Beşinci bölümde ise, Türk medeni yargılama sistemine ve sorunlarına genel bir bakış ile reform çalışmaları ele alınacak ve dünyadaki gelişmeler çerçevesinde ülkemiz medeni yargılama sistemi değerlendirilecek ve çözüm önerileri sunulacaktır.

Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemlerine dahil ülke medenî yargılama düzenlerine ilişkin karşılaştırmalı bir çalışma olması açısından, çalışmamızda kullanılan kavram ve terimlerin bir kısmı tamamen hukukumuza yabancıdır. Bu nedenle, çalışmada kullanmış olduğumuz yabancı kavram ve terimlere ilişkin terminolojiyi burada açıklama gerekliliği ortaya çıkmıştır. Öncelikle, çalışmamızda Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuku kavramı, temeli İngiliz hukukuna dayalı olan ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin karşıtı olan hukuk sistemini ifade etmek üzere kullanılmıştır. Yine, İngilizce'de kullanılan *civil procedure*, *civil litigation* ve *civil justice* gibi kavramlar, çalışmamızda medeni yargılama olarak ifade edilmiş, bununla birlikte *civil justice* kavramı bazen adli yargıyı ve yargı kuruluşlarını kapsayacak şekilde de kullanılmıştır. Benzer şekilde, *procedure* ve *proceedings* kavramları ise bazen usûlü, usûlleri ve bazen de yargılamayı ifade etmek üzere kullanılmıştır. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılamasında duruşma modeli benimsenmiştir. Yargılamanın yapısında duruşmaya (*trial*) hazırlık yapılan ve esasen tahkikatın yürütüldüğü bir ön yargılama safhası (*pre-trial stage*) mevcuttur. Ön yargılama safhasında da Kıta Avrupası Sistemi medeni yargılamasında duruşma olarak adlandırılan bir takım oturumlar (*conferences, hearings* veya *single-episode trials*)) yapılmaktadır. Ancak, bu yargılama sisteminde duruşma, esasen ikinci ve son safha, mahkemenin yargılamaya son veren nihaî bir rol oynadığı duruşma (*trial*) safhasıdır. Bu nedenle, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) ön yargılamasındaki yapılan ve esasında Kıta Avrupası Sistemi medeni yargılamasında duruşma olarak adlandırılan bu oturumlar, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) hukuku bakımından "oturum" olarak adlandırılmış, "duruşma" kavramı ise Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) yargılamasında benimsenmiş duruşma modelinin ikinci ve son safhasını oluşturan esas duruşma için kullanılmıştır. Yine,

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medeni yargılamasında, tahkikat büyük ölçüde ön yargılama aşamasında yapılmakta ise de, bu aşamanın sadece tahkikatı değil, aynı zamanda iddia ve savunmaların sunulduğu tahkikattan önceki aşamayı da içermesi sebebiyle, İngilizce'deki *pre-trial* sözcüğünün ifade ettiği tam karşılık olan "ön yargılama" olarak adlandırılmıştır. Benzer şekilde İngiliz ve Amerikan hukukundaki *disclosure* kurumu, sözcük anlamıyla "ifşa" olarak ifade edilebilirse de, çalışmamızda delillerin açıklattırılması şeklinde kullanılmış ve delil ikamesi (gösterilmesi) kapsamında ele alınmıştır. Diğer taraftan, duruşma aşamasından önce tarafların karşılıklı olarak delillere göz atma olanağına sahip olmalarını, böylece hukukî dayanaktan yoksun taleplerin duruşma aşamasından önce ortadan kaldırılabilmesini ve karşı tarafın kontrol alanında bulunan delillere dayanmak isteyen tarafa, bu delillerin yargılamaya getirilmesini talep etme imkânı verilmesini ifade eden *discovery* kurumu ise, delil keşfi olarak ifade edilmiştir. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) yargılamasına hakim olan ve esasında taraflar arasındaki şeklî hukuksal çekişme ve tarafların ağırlıkta olduğu yargılama faaliyetini ifade eden *adversarial* kavramı için taraf egemenliği veya taraf hakimiyeti ifadesi kullanılmıştır. Bunun karşıtı olarak, Kıta Avrupası Sistemi medeni yargılamasının yapısını ifade etmek için kullanılan *inquisitorial* kavramı ise, çalışmamızda hâkimin yargılamada maddî anlamda sevk yetkisinin bulunduğu, araştırmacı yapı olarak ifade edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM
KITA AVRUPASI YARGILAMA SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI

§1. KITA AVRUPASI YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

I. KITA AVRUPASI HUKUKU KAVRAMI

Kıta Avrupası Hukuku'nun kökleri Roma Hukukuna ve Doğu Roma İmparatoru I. Justinianus tarafından M.S. 5. yüzyılda oluşturulan *Corpus Juris Civilis*[1] külliyatına dayanır. Kıta Avrupası hukuku, sözkonusu etki altında Kıta Avrupası ülkelerinde ve dünyanın daha bir çok yerinde gelişme göstermiştir. Roma Hukuku metinlerinin yorumlanması ve kullanılması ortak bir hukuk temeli yaratmış ve bu temel üzerinde Avrupa hukuk bilimi oluşturulmuştur. Avrupa hukuk bilimi, hukuk uygulaması üzerinde etkili olmuş ve bu uygulama Avrupa devletlerinde geçerli hale gelmiştir. Özellikle *Corpus Juris Civilis*'in olayları çözüme kavuşturan kazuistik metinleri, genel gerekçeler olarak kullanılmıştır. Kıta Avrupası'nda hukuk, *Corpus Juris Civilis*'in yorumlanması suretiyle Roma hukukunun iktibas edilmesinden, teorik olarak Roma hukukuna dayalı ulusal kodifikasyonlarla, soyut ve genel kurallar konulması çizgisinde gelişmiştir[2]. Kıta

[1] Dini ve siyasi birliği önemli ölçüde gerçekleştirmiş olan İmparator I. Justinianus, hukuk alanında da reform yapmak ve eski Roma Hukuku'nu yeniden canlandırarak hukuk birliğini sağlamak amacıyla *Corpus Juris Civilis* denilen bu eseri hazırlatmıştır. *Corpus Juris Civilis* günümüze kadar intikal etmiş önemli bir eserdir ve İmparator Justinianus ününü bu esere borçludur. Klasik dönem Roma Hukuku hakkındaki bilgilerin çoğu, önemli ölçüde bu esere dayanmaktadır. *Corpus Juris Civilis'* in dört bölümden oluştuğu söylense de, Justinianus bu derlemeyi üç bölüm (*Institutiones, Digesta, Pandectae* ve *Codex*) olarak tasarlamış ve dördüncü bölüm (*Novellae*) ise derlemeye Ortaçağda eklenmiştir. Böylece dört bölümden meydana gelen kanunnameye XVI. Yüzyılda *Corpus Juris Civilis* adı verilmiştir. Justinianus bu kanunnamede esas itibariyle imparator emirnamelerinin toplanmasını (*Codex)*, klasik hukukun derlenmesini (*Digesta*) ve hukuk öğrenimi için bir hukuka giriş kitabı (*Institutiones)* öngörmüş ve gerçekleştirmiştir. Bu kanunnameye Justinianus'un imparatorluğu sırasında çıkarılmış olan emirnameler eklenmek suretiyle yeni bir bölüm daha (*Novellae)* oluşturulmuştur (**Tahiroğlu**, Bülent/**Erdoğmuş**, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2009, s. 85 vd.).

[2] **Oğuz**, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s. 57 ve 115; **Basedow**, Jürgen (çev. **Oğuz**, Arzu): "Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu", AÜHFD 2003, C. 52, S. 3. Yazar, o zamanlar tüm Avrupa'daki

Avrupası hukuku, ulusların hukuk yaşamlarında yeni başlangıçlar yapmakla birlikte, reform ruhunu da her zaman canlı tutabilen, geniş bir kapsam içinde sistematize edilmiş ve yapılandırılmış olan ve genel prensiplere dayanan bir hukuk olarak tanımlanmıştır. Kıta Avrupası kanunlarının çoğu, 19. ve 20. yüzyıllarda kabul edilmiştir. 1811 tarihli Avusturya Medenî Kanunu, 1896 tarihli Alman Medenî Kanunu, 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu, 1942 tarihli İtalyan Medenî Kanunu örnekler arasında sayılabilir. Bu kanunlar arasında önemli farklar mevcuttur. Genellikle Kıta Avrupası Hukuk Sistemi içinde de Roma Hukuku Çevresi ve Alman Hukuk Çevresi şeklinde bir alt gruplandırma yapılmaktadır [3].

Kıta Avrupası hukuku, büyük ölçüde sınıflandırılmış ve yapılandırılmış, çok sayıda genel kural ve prensip içerir; soyut hukuki normlara dayanır ve bütün hukuk alanları sistematize edilmiştir ve hukuki düşünce metodu geçerlidir. En temel özelliklerinden biri, mahkemelerin esas görevinin kanunu uygulamak, yorumlamak ve kanunda düzenlenen kuralları uyuşmazlıklara uygulamak olmasıdır. Kanunun genel olarak meydana gelebilecek tüm meselelere uygulanacağı varsayılır. Kanunda düzenlenmeyen belirli meselelerde boşlukları doldurmak için hâkimler genel kurallara ve ilkelere başvururlar[4].

---

hukukçuların, Roma hukukundan çıkarılmış olan genel bir *Ius Commune* anlayışına sahip olduklarını ve bu anlayışın, ya ulusal normları ve teamül kurallarını tamamlayıcı rol oynayan ikincil nitelikte bir hukuk kaynağı olarak ya da hukuk kavramlarının belirlenmesinde ve yorumlanmasında başvurulan bir genel kaynak olarak anlaşılmış olduğunu ifade etmiştir.

[3] **Tetley**, William: "Mixed Jurisdictions: Common law vs. Civil Law Codified or Uncodified, Uniform Law Review-UNIDROIT s. 596 (www.unidroit.org); **Pejovic**, Caslav: "Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal", s. 3 (www.austlii.edu.au); **Kempin**, Frederick G.: Historical Introduction to Anglo-American Law in a Nutshell, Third Edition 1990, s. 13 vd.

[4] **Tetley**, s. 596 ; **Pejovic**, s. 3; **Kempin**, s. 14; **Oğuz**, s. 115.

II. KITA AVRUPASI MEDENÎ YARGILAMA HUKUKU

A. GENEL OLARAK

Kıta Avrupası medenî yargılama sistemlerinin genellikle hâkimin yargılamada maddî anlamda sevk yetkisinin bulunduğu, araştırmacı *(inquisitorial)*[5] bir yapısı vardır. Bu sistemde yargılamanın yürütülmesi ile duruşmaların yürütülmesi ayırımı yapılmaktadır. Yargılamanın yürütülmesine dair olan hâkimin tasarrufları, davanın ikamesine bağlıdır ve sözlü yargılamanın dışında kalan safhaya ilişkindir. Duruşmaların yürütülmesi ise, mahkeme tarafından yargılamanın yürütülmesi safhasının esasında çok önemli bir parçasını ve yargılamanın çekirdeğini oluşturan sözlü yargılama bölümüne ilişkindir[6]. Kıta Avrupası medenî yargılamasında, yargılamanın maddî ve şeklî olarak yürütülmesi ayırımı da yapılmaktadır. Yargılamanın şeklî yürütülmesi; mahkemenin sürelerin tayini, duruşma disiplininin sağlanması, davaların birleştirilmesi ve ayrılmasına karar verilmesi gibi yetki ve tasarruflarıdır. Maddî anlamda yargılamanın yürütülmesi ise, mahkemenin taraf işlemlerinin sınırları içinde ve taraflarca sunulan malzeme çerçevesinde hukukî uyuşmazlığa çözüm bulunmasını ifade eder. Bu bakımdan, mahkemece davanın hem şeklî hem de maddî bakımdan ele alınması, uyuşmazlığın çabuk bir şekilde çözüme kavuşturulması ve davanın uygun şekilde sonuçlandırılması söz konusudur. Ancak bazı durumlarda yargılamanın maddî ve şeklî olarak yürütülmesi kavramlarının içiçe geçtiği ve bir bütün oluşturduğu da ifade edilmektedir[7].

Kıta Avrupası medenî yargılama sistemi, yazılı kural ve prensiplere dayanır. Duruşmalar, davanın açılmasından karar verilmesine kadar davanın her aşamasında yapılan zamana yayılmış bir dizi oturumdan oluşur. Tanıklar hâkim tarafından dinlenir, taraflarca sorgulanamazlar. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Sistemi ile

---

[5] *Inquisitorial* terimi, Kıta Avrupası hukukunda hâkimin yargılamada maddî anlamda sevk yetkisinin bulunması durumunu ifade etmek için kullanılmaktadır (Black's Law Dictionary, 6th Edition, 1990, s. 792).

[6] **Schilken**, Eberhard (çev. **Yıldırım**, M. Kamil): "Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü", İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul 2002, s. 51 vd

[7] **Schilken**, s. 53; **Pekcanıtez,** Hakan/**Atalay,** Oğuz/**Özekes,** Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 8. Bası, Ankara 2009, s. 240.

karşılaştırıldığında, Kıta Avrupası Sistemi yargılamasında hâkimin daha aktif bir rolü vardır; davanın sevk ve idaresi hâkimin görevidir. Bu, hâkimin davayı aydınlatma ve tarafların iddia ve savunmalarını ortaya koymalarını sağlama görevi bulunmasından kaynaklanır. Delillerin değerlendirilmesi suretiyle maddî gerçeğin ortaya çıkarılması hâkimin temel görevidir. Delillerin, taraflarca gösterilip, hâkimin kontrolü altında duruşmada ibraz edilmesi sağlanır. Hâkim, delillerin taraflarca ibraz edilmesini beklemez; tarafların ellerinde bulunan delillerin derhal mahkemeye ibraz edilmesine kendiliğinden karar verir. Kıta Avrupası yargılamasında, delil toplanmasının mahkemenin işi olduğu esası benimsenmiştir. Bu sistemde, vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesi ve re'sen araştırma ilkesi kavramları ortaya çıkmıştır. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Sistemi'ndekinin aksine, hâkimin sadece daha güçlü şekilde ortaya konulan iddia veya savunmalara göre değil, maddî gerçeği tespit ederek doğru karar verme görevi vardır. Mahkeme kararları gerekçelidir. Davadaki hukukî meselelerin çözümlenmesi ile ilgili olarak, Kıta Avrupası Sistemi *jura novit curia* prensibine dayanır; diğer bir ifadeyle, somut olayda hangi hukuk kuralının uygulanacağını bulmak görevi sadece mahkemeye ait bir görevdir. Mahkeme bu konuda tarafların dilekçelerinde belirttikleri kurallarla bağlı değildir. Oysa, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Sisteminde uygulanacak hukuk kuralları taraflarca ileri sürülür, lehe ve aleyhe olan içtihatlar taraflarca belirlenerek mahkemeye sunulur[8].

Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ile Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi[9] medenî yargılaması arasındaki reel farklılıkların, sistemlerin sadece taraf hâkimiyetine dayanması *(adversarial)* veya hâkimin yargılamada maddî anlamda sevk yetkisi bulunması ve araştırmacı yapı *(inquisitorial)* gibi kavramlar ile açıklanması

[8] **Pejovic**, s.12; **Hauser**, Gregory F.: "The Two Western Legal Systems: Common Law and Civil Law", s. 18 vd. (Wuersch&Gering LLP).

[9] Bu sistem, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nin egemen olduğu Amerika Birleşik Devletleri (Louisiana eyaleti hariç olmak üzere), İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Güney Afrika, Hindistan, İsrail, Singapur ve Bermuda gibi ülkelerde uygulanan taraf hâkimiyetine dayalı bir medenî yargılama sistemidir. Sistemin belirgin olan iki özelliği, tarafların yarışan hakları ve yükümlülükleri ile güçlü cebri icra işlemleri ve tedbirleri ile desteklenmiş medenî yargılama hukukuna ilişkin düzenlemelere ve tarafların ağırlıkta olduğu yargılama faaliyetlerine konu olmasıdır (**Kagan**, Robert A.: Adversarial Legalism: The American Way of Law, 2001, Harvard University Press, s. 9)

suretiyle tespit edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir[10]. Sistemler arasındaki farklılıklar, esasında bu sistemlerin belirli boyutlarının karşılaştırılması ile tespit edilebilecektir. Bu sebeple; sözkonusu iki sistemdeki vakıaların tespiti, tebligat, delil olarak kabul edilebilen hususlar, delillerin ispat gücü, tanık beyanları, bilirkişi, ispat ölçüsü ve duruşma kavramlarının karşılaştırılması gereklidir[11]. Bu çerçevede, Kıta Avrupası medenî yargılama hukuku bakımından aşağıdaki ana başlıklar altında bir değerlendirme yapılacaktır.

B. TEMEL ÖZELLİKLERİ

1. Hâkimin Rolü ve Vakıaların Tespiti

Kıta Avrupası Sisteminde, davanın sevk ve idaresi, hâkimin temel görevidir. Mahkeme tarafların dilekçelerindeki talepleri ile bağlıdır. Dava dilekçesinde davaya ilişkin vakıalar[12] ortaya konulur. Hâkim, taraflarca ileri sürülen vakıalara yoğunlaşır. Vakıaların geliştirilmesi, tanıkların ifadelerinin alınması ve delillerin toplanması hâkimin temel görevidir. Taraflarca ileri sürülen vakıalar birbirinden farklı ise, hâkim sunulan delillerin somut olayı ispat edebilmesine göre karar verir. Kıta Avrupası Sistemi duruşmalarında taraflar da aktif rol oynayabilir ve dilekçeler, layihalar ve delil sunabilir, ayrıca tarafların karşı delil sunma hakları da vardır. Hâkim tanıkları sorgulayıp, dinledikten sonra, tarafların buna ek olarak soru sormaları da mümkündür. Hâkim sürecin teknisyenidir, yargılamanın yürütülmesinden sorumludur, takdir hakkına sahiptir ve yargılamanın sonucunu belirler. Kıta Avrupası Sistemi'nde hâkime içtihat oluşturma, hukuk yaratma görevi verilmemiştir. Kıta Avrupası yargılaması bir dizi duruşmadan, taraflar ile mahkeme arasındaki dilekçe, beyanlar ve delillerin sunulmasından ve

---

[10] **Parker**, Jeffrey, S.: "Comparative Civil Procedure and Transnational Harmonization: A Law and Economics Perspective", George Mason University Law and Economics Research Paper Series 09-03, s. 4 vd. (http:/ssrn.com/abstract=1325013).

[11] **Pejovic**, s. 12.

[12] Vakıa; olgu, olmuş olan şey, olay olarak tanımlanmıştır (**Yılmaz**, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2001, s. 914); Vakıa kavramına karşılık İngilizce'de "fact", Almanca'da "Tatsache", Fransızca'da ise "fait" kavramları kullanılmaktadır. Bu kavramların temelinde de gerçekleşmiş olma koşulu bulunmaktadır. Bu hususta ayrıca bkz. **Göksu**, Mustafa: "Vakıa ve Hukuk", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara, 2009, 324 vd. Yazar, uyuşmazlığın temelini vakıaların oluşturduğunu, esasında vakıalar neticesinde uyuşmazlığın ortaya çıktığını ve vakıaların aynı zamanda dava sebebini oluşturduğunu belirtmektedir.

değerlendirilmesinden oluşur. Sözlü olarak yapılan beyan, tartışma ve incelemeler pek önemli değildir, yazılı usûl esastır. Duruşmalarda taraflardan biri yeni bir husus ileri sürerse, karşı taraf buna karşı yazılı olarak beyanda bulunmak üzere süre isteyebilir[13].

2. Delillerin Açıklattırılması

Kıta Avrupası Sistemi'nde tarafların ileri sürdükleri vakıaları ispat etmek için delillerini duruşmada sunmaları esastır. Bu medenî yargılama sisteminde duruşmadan önce delillerin açıklattırılması, başka bir ifadeyle delil keşfi usûlü *(pre-trial discovery)*[14] bulunmaz. Delillerin toplanması hâkimin görevidir. Taraflardan biri, karşı tarafın elinde bulunan bir delile ulaşmak isterse, bu delilin açıklanması ve sunulması için karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Kıta Avrupası sisteminde delillerin toplanmasının mahkeme tarafından yürütülen bir kamu hizmeti olduğu söylenebilir. Bu durum Kıta Avrupası sisteminde yeralan delillerin toplanması sürecinin sorumluluğunun taraflardan çok mahkemeye verilmiş olduğu genel prensibi ile uyum içindedir[15].

3. Delil Olarak Kabul Edilen Vasıtalar ve Delillerin İspat Gücü

Kıta Avrupası yargılama kuralları, nelerin delil olarak kabul edildiğini, bunların kabul edilme şartlarını ve ispat gücünü düzenler. Ancak bu sistemde, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde rastlanılan kişisel bilgi veya görgüye dayanmayan, ancak başkasından işitilen hususların tekraren beyanından ibaret olan deliller *(hearsay evidence*) ve birinci derecede ispat kabiliyetini haiz delil *(best evidence)* kavramları mevcut değildir[16].

4. Tanık Beyanları

Kıta Avrupası Sistemi'nde, kural olarak yazılı delillerin sözlü delillere üstünlüğü vardır. İddianın bir belgeye dayandırılması durumunda, hâkim, daha fazla inceleme yapmaz; diğer bir deyişle, yazılı bir belgeye karşılık tanık beyanı dinlenmez ve ticarî

[13] **Pejovic**, s. 13; **Hauser**, s. 23; **Parker**, s. 5.
[14] Bkz. ileride §12, II, C, 4.
[15] **Pejovic**, s. 13; **Hauser**, s. 20.
[16] **Pejovic**, s. 14. Ayrıntılı olarak bkz. ileride İkinci Bölüm, §10, II, B.

meselelerde tanığa başvurulmaz. Tanıkların çapraz sorgulanması usûlü bu sistemde tam olarakmevcut değildir. Bazı Kıta Avrupası ülkelerinde taraf vekillerinin doğrudan tanığı sorgulamasına izin verilirken, diğer bir çoğunda taraf vekilleri sadece tanığa sorulmasını istedikleri hususları belirleyerek, bunların sorulmasını mahkemeden talep edebilirler. Hâkim tanığa bu soruları yöneltip yöneltmemekte serbesttir. Bunlar dışında hâkimin maddî gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için tanıklara başka sorular yöneltmesi de mümkündür. Kıta Avrupası Sistemi'nde genel olarak tanık beyanları harfiyen kaydedilmez, hâkim tarafından özetlenerek, hâkimin kendi ifadesi ile zapta geçirilir. Ayrıca bu sistemde tanıkların Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Sistemi'nde olduğunun aksine duruşmadan önce ifadeleri konusunda hazırlanmaları yasaktır. Vekillerin mahkeme dışında tanık ifadeleri konusunda tanıklarla görüşmeleri disiplin cezası almalarına neden olabilmektedir[17].

5. Bilirkişi

Kıta Avrupası Sistemi'nde, bilirkişiler mahkeme tarafından atanır ve tarafsız olmaları gerekir. Mahkeme bilirkişi raporuna itibar eder, birçok davada sadece bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilebilmektedir. Bilirkişi görüşleri rapor şeklinde yazılı olarak istenir ve daha sonra taraflara tebliğ edilir. Taraflardan birinin bilirkişi raporuna itiraz etmesi veya mahkemenin bilirkişi raporunu yeterli bulmaması halinde, mahkemenin başka bir bilirkişi atayabilmesi mümkündür. Taraflarca da bilirkişi önerilebilir, ancak mahkeme bununla bağlı değildir[18].

6. Ceza Kararlarının Etkisi

Birçok Kıta Avrupası ülkesinde ceza kararları kesin delil niteliğine sahip olup[19], hukuk mahkemelerini bağlar. Esasen suç ile tazminat sorumluluğu arasında doğrudan bir

---

[17] **Hauser**, s. 22; **Pejovic**, s. 15. Bununla ilgili olarak hukukumuzdaki düzenleme bakımından bkz. Avukatlık Kanunu m.34 ve 134 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları.

[18] **Pejovic**, s. 14; **Hauser**, s. 23; **Parker**, s. 10.

[19] Medenî yargılama hukukumuzda, ceza mahkemesi kararları kural olarak hukuk mahkemelerini bağlamaz ve kesin hüküm teşkil etmez. Ancak, ceza mahkemesi kararının, hukuk davası ile taraflarının, konusunun ve sebebinin aynı olması halinde kesin delil teşkil edeceği düzenlenmiştir (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 537).

bağlantı vardır. Ceza davasında verilen hükmün, hukuk davasındaki tazminata esas teşkil etmesi düzenlenmiştir[20].

§ 2- ALMAN MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI

I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın (*Grundgesetz* -GG) 92. maddesine göre, yargı yetkisi Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht* – BverfG), Federal Mahkemeler (*Bundesgerichtshof* – BH), asliye (*Landgericht*) ve sulh mahkemeleri (*Amtsgericht*) tarafından kullanılır. Sulh, Asliye ve Federal Mahkemeler yeknesak bir mahkeme sistemi oluşturur. Asliye mahkemesi önünde ilk derecede başlatılan bir dava, ilgili Federal Mahkemede temyiz edilebilir. Hukuk mahkemelerinde izlenecek usûl Alman Medenî Usûl Kanunu'nda (*Zivilprozessordnung* – ZPO) düzenlenmiştir. Bu Kanun uyarınca, medenî yargılama iki kısma ayrılmıştır: (1) davanın açılması ile başlayan ve hukuken bağlayıcı bir kararla sona eren hüküm verilmesi süreci (*Erkenntnisverfahren*) ve (2) hükmün icra edilmesi (*Vollstreckungsverfahren*). Almanya'da medenî yargılama hukuku, kanunlar üzerinde üstünlüğü olan federal anayasa hukuku ışığında anlaşılıp, yorumlanmaktadır[21].

A. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKELER

Anayasanın muhtelif etkileri sebebiyle, Alman medenî yargılama hukukuna aşağıdaki ilkeler hâkimdir: Adil yargılanma hakkı ilkesi, taraf hâkimiyeti ilkesi, tasarruf ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi, sözlü duruşma ilkesi, doğrudanlık ilkesi, yargılamanın aleniliği ilkesi, usûl ekonomisi ilkesi[22].

---

[20] **Pejovic**, s. 16.

[21] **Karst**, Thomas: Federal Republic of Germany, CMS Hasche Sigle (Grubbs, Shelby (ed.) International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law 2004, s. 239.

[22] **Murray**, Peter L./**Stürner**, Rolf: German Civil Justice, 2004, s. 12 vd.; **Karst**, s. 239 vd.; **Roth**, Marianne: "Towards Procedural Economy: Reduction of Duration and Costs of Civil Litigation in Germany", CJQ 2001, 20 (MAR), s. 102.

B. MAHKEME TEŞKİLATI

Almanya'da federal eyaletlerin mahkemeleri sulh mahkemesi (*Amtsgericht*), asliye mahkemesi (*Landgericht*) ve bölge yüksek mahkemelerinden (*Oberlandesgericht*) oluşur. Sulh mahkemeleri, mutlak surette ilk derece mahkemeleridir, ancak asliye mahkemelerinin hem ilk derece hem de ikinci derece mahkemesi olarak işlevi bulunmaktadır. Bölge yüksek mahkemeleri, asliye mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf ve itiraza yetkili ikinci derece mahkemelerdir. Federal Mahkeme (*Bundesgerichtshof* – BH) federal hukuk mahkemeleri hiyerarşisinin en üstündedir. Yalnızca asliye ve bölge yüksek mahkemelerinin kararlarına karşı hukukî sebeplerden dolayı temyiz ve istinaf bakımından yetkilidir[23].

Alman hukuk yargılamasında dört aşamalı sistem geçerlidir. Almanya'da ilk derecede iki mahkeme yeralır: sulh mahkemeleri (*Amtsgericht)* ve asliye mahkemeleri (*Landgericht*). Aynı hukukî meseleye ilişkin olarak, sulh mahkemesi ile asliye mahkemesinin görevleri çatışmaz. Zira, ilk derecede asliye mahkemelerinin görevli bulunduğu meselelerde sulh mahkemelerinin görevli olamayacağına ilişkin bir kural mevcuttur. Kural olarak, mahkemenin görevi talebin değerine göre belirlenir. Değeri 5.000 Euro'ya kadar olan talepler bakımından sulh mahkemeleri görevlidir. Değeri 5.000 Euro'yu aşan talepler bakımından ise asliye mahkemeleri görevlidir. Bu parasal sınırlar dışında, bazı meselelerde açıkca sulh mahkemeleri (örneğin, kira uyuşmazlıkları gibi), bazılarında ise asliye mahkemeleri (örneğin, bir kamu görevisinin görevini ihlalinden kaynaklanan zararlarda olduğu gibi) görevli kılınmıştır. Sulh mahkemelerinde tek hâkim görev yapar. Kural olarak, asliye mahkemelerinin ilk derece kararları tek hâkimle verilir; istisnai olarak asliye mahkemeleri ilk derece kararlarını üç kişilik heyet halinde verirler[24]. Ancak, asliye mahkemesine ikinci derece yetkisi dahilinde istinafta

[23] **Karst**, s. 239; **Roth**, s. 108; **Oğuz**, s. 202 vd.; **Gilles**, Peter: "2002 Medenî Usûl Hukuku Sonrası Hipertrofik Bir Medenî Yargının Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi", Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir 2007, s. 21.

[24] İlk derece mahkemelerinde yargılamanın hızlı ve verimli şekilde sürmesi esas olduğundan, taraflar bu konuda mahkemelerle işbirliği içinde çalışmak zorundadırlar. Bu bakımdan tarafların iddia, savunma ve delillerini mümkün olduğunca tam, açık ve makûl bir şekilde sunmaları gerekir. İddia ve argümanları sunmaları için mahkeme taraflara belirli bir süre verir ve bu süreye uyulmadığında, geç sunulan iddia ve

bulunulmuşsa, istinaf daima heyet tarafından incelenip, karara bağlanır. Bölge yüksek mahkemeleri kural olarak üç hâkimle çalışır. Federal Mahkeme ise beş hâkimlidir. Prensip olarak, hâkim olmayan mahkeme yargıçları, hukuk mahkemelerinin kararlarına katılmazlar. Ancak, ticaret mahkemelerinde (*Kammer für Handelssachen* –KfH) heyet istisnai olarak meslekten tek hâkim ve ticarî meselelerde uzman olan ancak hâkim olmayan iki üyeden oluşur[25].

II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI

A. DAVANIN AÇILMASI

1. Davanın Açılmasından Önce Yerine Getirilmesi Gereken Gereklilikler

Yargılamanın başlatılması için, davanın açılmasından önce herhangi bir formalitenin yerine getirilmesi gerekli değildir. Talepte bulunan kişinin mahkemede dava açması yükümlülüğü, taraf hâkimiyetinin ve tasarruf ilkesinin bir sonucudur. Ancak, bazen belli şartların varlığı halinde davacı ihbarda bulunmaksızın ve davalıyı önceden bilgilendirmeksizin dava açmışsa, olumsuz durumlarla karşılaşması mümkündür. Bu gibi durumlarda, hukukî uyuşmazlığa ilişkin yargılama masrafları kaybeden tarafın ödemesi prensibinin aksine, davalı dava açılmasına sebebiyet vermemişse veya davayı derhal kabul etmişse, Usûl Kanunu (ZPO) masrafların davacıya yükletilmesini düzenlemiştir. Bu durum, avukat tarafından hazırlanan ve karşı tarafa talebin zamanında yerine getirilmemesi halinde dava açılacağını ihbar eden bir talep mektubu gönderilmesi uygulamasını yerleştirmiştir[26].

2. Davanın Açılması

Yargılama, genel olarak dava dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile başlatılır. Dava dilekçesinin mahkeme tarafından alınması ile derdest *(anhaengig)* hale gelen talep, dilekçenin davalıya tebliği ile ikame edilmiş *(rechtshaengig)* hale gelir ve açılmış sayılır

---

delilleri kabul etmeyebilir (Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı-AB Eşleştirme Projesi, Ankara 2007, s. 12). Aynı yönde bkz. **Gilles**, s. 21.

[25] **Karst**, s. 239; **Murray/Stürner**, s. 13; **Roth**, s. 105.

[26] **Karst**, s. 241.

(ZPO § 253). Usûl Kanunu'nda (ZPO) dava dilekçesi ile ilgili olarak bazı düzenlemeler yeralmıştır. Buna göre, dava dilekçesinde tarafların isimleri, varsa tebligat adresleri ve davanın açıldığı mahkemenin adının ve ayrıca uyuşmazlığın konusu ve dayanaklarının da yeralması gerekir. Davacının iddiaları, davanın temelini oluşturan vakıaları ve dayanakları ortaya koymalıdır. Talepte mümkün olduğunca kesin ve net ifadeler kullanılmış olmalıdır (örneğin, davacı aradığı hukukî çarenin niteliği ve sınırlarını iyi belirlemiş olmalıdır). Usûlüne uygun olarak açılmış bir davanın son ön şartı yazılı şekildir. Dava dilekçesi, talepte bulunan tarafın adını ve imzasını taşımalıdır. Telgraf, teleks veya faks da yazılı şekil şartını yerine getiren vasıtalar olarak kabul edilir. Usûl Kanunu (ZPO), yukarıda belirtilen gereklilikler yanında dava dilekçesinin içeriğinde bulunması zorunlu olmayan ihtilafın değeri, iddialara ilişkin beyanlar ve delillerin ibrazına ilişkin hususları da düzenlemiştir. Dava dilekçesinin mahkeme tarafından alınıp, mahkeme masraflarının davacı tarafından ödenmesinden sonra, davalıya tebliğ edilir. Tebligat mahkeme tarafından yaptırılır. Davalıya tebligatın yapılması ile ilk sözlü ön oturum (duruşma) tarihi arasında en azından iki haftalık süre geçmiş olmalıdır[27].

B. DAVAYA CEVAP VERİLMESİ

Dava dilekçesinin tebliğ edilmesinden itibaren iki hafta içinde, davalının savunma yapıp yapmayacağı konusunda mahkemeye bildirimde bulunması gerekir. Davalı savunma yapacaksa, bunun için davalıya en azından iki hafta süre verilir. Davalı bu süreleri geçirirse, davacı, davalı aleyhine gıyap kararı verilmesini talep edebilir. Bu durumda, davalının ancak yazılı bir savunma dilekçesi (*Klageerwiderung*) ile davaya cevap verme hakkı bulunur. Bu dilekçede davalı, mümkün olduğunca karşı argümanlarını ve savunmalarını ortaya koymalıdır. Savunma dilekçesi mahkemeye verilir verilmez, davacıya tebliğe çıkarılır. Davacının, davalının savunma dilekçesine karşı yazılı cevap verme hakkı vardır. Bu cevap davalıya yazılı beyanda bulunabilmesi için tebliğ edilir. Bu süreç uyuşmazlık konusu tüm meseleler ortaya konuluncaya kadar sürdürülebilir. Usûl Kanunu (ZPO) uyarınca, vakıaların ileri sürülmesi, delillerin

[27] **Karst**, s. 242 vd.; **Roth**, s. 102.

gösterilmesi ve ibraz edilmesi esasen tarafların görevidir[28]. Bu bakımdan taraflar dilekçelerini mümkün olduğunca eksiksiz hazırlamaya ve dilekçelerini destekleyecek delilleri bildirmeye mecburdurlar. Tarafların dilekçeleri itiraza uğramamışsa, kabul edilmiş sayılır. Bu sebeple taraflardan her biri karşı tarafın dilekçelerine itirazda bulunabilir. Davalı davaya cevap vermek yanında karşı dava da açabilir. Dilekçelerin ve beyanların mahkemeye verilmesine ilişkin süreler, taraflardan her birinin başvurusu üzerine uzatılabilir. Herhangi bir beyanın sürenin geçirilmesinden sonra mahkemeye verilmiş olması halinde, mahkeme bunu reddedebilir. Mahkeme hükmünü, reddetmiş olduğu bir beyana dayandıramaz[29].

C. DURUŞMA ÖNCESİ HAZIRLIK SAFHASI

Alman Hukuku'nda ön yargılama ve yargılama şeklinde kesin bir ayırım mevcut değildir. Ancak, İlk derece yargılamasının iki aşaması bulunmaktadır. İlk aşama, mahkeme tarafından yürütülen duruşmaya hazırlık aşamasıdır. İkinci aşama ise, sözlü olan duruşma aşamasıdır[30]. Duruşma öncesi hazırlık safhası ile tahkikat, duruşma ve hüküm aşamaları içiçe geçmiştir. Ön oturum, diğer ara oturumlar ve duruşma yargılamanın parçalarını oluşturur ve birbirinden bağımsız değildir[31]. Bununla birlikte, Usûl Kanunu'nda (ZPO) hukukî uyuşmazlığın tek bir duruşmada (ana oturum) ele alınması kuralı düzenlenmiştir (ZPO § 272, I). Bu hedefe ulaşılması için, mahkeme tarafından ayrıntılı bir hazırlık yapılır. 2002 yılında yürürlüğe giren Reform Kanunu ile hazırlık safhasının özel önem kazandığı, hatta, son reform hareketinden sonra, Almanya'nın çalışmamızın ilerideki bölümlerinde ele alınacak olan ana oturum modelinin takipçisi olduğu görülmektedir[32]. Hazırlık safhası yargılama malzemelerinin toplanması için hâkime iki imkân verir; ön oturum yapılması ve taraflarca dilekçe ve yazılı beyanların ibrazı imkanı (ZPO § 272, II). Hazırlık safhasının ön oturum yapılması suretiyle mi yoksa sadece dilekçelerin teatisi yoluyla mı yürütüleceği konusunda

[28] Medenî yargılama hukukumuzda geçerli olan taraflarca getirilme ilkesine göre de dava malzemelerinin toplanması ve mahkemeye sunulması, tarafların görevidir (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 232).
[29] **Karst**, s. 243.
[30] Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 13.
[31] **Murray/Stürner**, s. 226 ve 228.
[32] **Murray/Stürner**, s. 223. Bu hususta ayrıntılı olarak bkz. ileride § 19, I, C.

mahkeme karar verir. Ön oturum yapılması mahkemenin takdirindedir. Ön oturum yapılmasına karar verilmişse, genellikle kısa bir süre içinde ön oturum tarihi belirlenir ve oturum sırasındaki görüşmeler esnasında tarafların hukukî durumları ve dava malzemesi belirlenerek, toplanması gerçekleştirilir. Dava malzemesinin toplanması aynı zamanda tarafların yazılı olarak ibraz ettikleri dilekçelerle de gerçekleştirilebilir. Uygulanacak usûl hâkim tarafından belirlenir ve mahkemece belirlenen sürelere riayet edilmemesinin sonuçları ile birlikte açıklanır (ZPO § 275, I). Hazırlık safhası yargılamasının amacı, duruşmaya hazırlık yapılması ve daha sonra yapılacak sözlü yargılamalar için hangi tedbirlerin alınması gerektiğinin açıklığa kavuşturulmasıdır. Etkin hukukî korumanın[33] gerçekleştirilmesi için, mahkeme tarafların davaya ilişkin vakıalarla ilgili olarak tam bir açıklamada bulunduklarından, davada ileri sürülen vakıalara ilişkin yazılı dilekçelerini ibraz etmiş olduklarından ve mümkün olduğunca delillerini belirlediklerinden ve sunduklarından emin olmalıdır. Hâkim, tarafların ön oturumda hazır bulunmalarına, belge ve delillerini de ön oturuma getirilmesine karar verebilir. Taraflarca belirlenmiş olması halinde, tanıkların dinlenmesine ve bilirkişinin hazır bulunmasına da karar verebilir. Bunun dışında hâkim, tarafları itirazlardan haberdar etmeli ve dilekçelerle ilgili izahatlarda bulunmalıdır. Bu, esasen taraflardan birinin kararda önemi olabilecek bir hususta tam bir beyanda bulunmamış olması durumunda ortaya çıkar. Hâkimin bu aydınlatma yükümlülüğüne karşın, mahkemeler tarafsızdır, yani davayı kazanmaları için taraflara yardım edemezler[34].

Alman medenî yargılama hukukunda hâkimin yargılamayı yürütmesi, sevk ve idaresi anlayışı, medenî yargılamanın hızlandırılması amacıyla giderek gelişme göstermiştir. Örneğin, vakıaların geç ileri sürülmesi, onların sukûtuna neden olmamakta,

[33] **Akkan,** Mine: "Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma", Legal MİHDER 2007/VI, s. 29 vd. Yazar, etkin hukukî koruma kavramının hukukumuzda ayrıntılı olarak açıklanmamış olduğunu, kavramın Alman doktrin ve yargı kararları ile açıklanmaya çalışılmış olduğunu ifade etmektedir. Alman Hukukunda ise, Anayasa'nın 19. maddesi IV. fıkrasında yeralan "idari yaptırımlar ile hakları ihlal edilen kişilerin hak arama özgürlüğüne sahip olduğu" kuralı doktrin ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla yorumlanarak, etkin hukukî korumanın temeli böylece oluşturulmaya çalışılmıştır.
[34] **Karst**, s. 247; **Murray/Stürney**, s. 13 ve 210; **Roth**, s. 103.

verilen sürelerin kaldırılması ve davanın takipsiz bırakılması önem taşımamaktadır[35]. Alman hukukunda hâkim, taraflarca getirilen vakıa ve delillere göre karar verir; aile hukukuna ilişkin davalar dışında, kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanmaz. Ancak 2002 tarihli Reform ile hâkimin aydınlatma ve tarafların dikkatini çekme ödevi artırılmış olduğu görülmektedir. Hâkime maddî bakımdan yargılamayı yürütme yükümlülüğü, diğer bir deyişle taraf muamelelerinin sınırları içinde ve tarafların sunduğu malzeme ışığında hukukî uyuşmazlığa çözüm bulma yükümlülüğü getirilmiş olduğu söylenebilir[36].

D. DELİLLERİN TOPLANMASI

Genel olarak, hazırlık safhasında mahkemelere iki farklı dava malzemesi sunulur. Bu durumlarda, meselenin hukukî değerlendirmesinin yapılarak daha somut bir temele oturtulması için delillere ilişkin bir oturum yapılması gerekir. Deliller mahkemece serbestçe değerlendirilir. Deliller ancak Usûl Kanunu (ZPO)'da düzenlenen usûl uyarınca, diğer bir deyişle ispata ilişkin kesin vasıtaların ibrazı suretiyle ileri sürülebilir. Usûl Kanunu'nda (ZPO) düzenlenen ispat vasıtaları; tanık ifadeleri, tarafların isticvabı, bilirkişi, keşif ve belgelerin ibrazıdır[37]. Hâkim tanıkları bizzat sorgular. Tanıkların çapraz sorgulanması usûlü Alman medenî yargılama hukukunda mevcut değildir. Hâkim tanık ifadelerini özetleyerek zapta geçirtir. Bilirkişi incelemesi, taraflarca müzakere edildikten sonra mahkeme tarafından atanan bilirkişilere mahkemece yaptırılır[38].

E. DURUŞMA

Duruşma, ilk derece yargılamasının ikinci ve asıl aşamasıdır. Bu aşamada iddia ve savunmalar taraflar ile hâkim arasında tartışılır; tanıklar ve diğer deliller sunulur ve

---

[35] **Schilken**, s. 51 vd.

[36] **Gottwald**, Peter (çev. **Atalı**, Murat/**Göksu**, Mustafa): "2001 Reform Kanunu'nun Ardından Almanya'da Medenî Usûl Hukuku", MİHDER 2006/3, s. 687 ve 703 vd.**;** **Gottwald**, Peter: "Civil Procedure in Germany After the Reform Act of 2001", CJQ 2004 23 (OCT); s. 338 vd.; **Becker-Eberhard**, Ekkehard (çev. **Yıldırım-Deren**, Nevhis): "Alman Medenî Usûl Hukuku Reformu Hakkında", 21. Yüzyılın Usûl Hukuku Sorunları, İstanbul 2003, s. 64 vd.; **Schilken**, s. 53.

[37] **Karst**, s. 248.

[38] **Kötz**, Hein: "Civil Justice Systems in Europe and the United States", Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 13:61, Special Issue, 2003, s. 63 vd.

hâkim duruşma esnasında öne sürülen iddiaları dikkate alır[39]. Duruşmanın sözlü oturum kısmına, davadaki çekişmesiz ve çekişmeli meselelerin ortaya konulması ve tarafların dinlenilmesi ile başlanır (ZPO § 278, I). Yargılamanın her safhasında uzlaşma teşvik edilir ve duruşmada da yargılama uzlaşma ile sonuçlandırılmaya çalışılır (ZPO § 279). Uzlaşmaya varılamazsa, tarafların dilekçelerini vermeleri ve dilekçelerin teati edilmesi safhasına geçilir. Gerekli olduğu takdirde, delil de sunulabilir (ZPO § 278, II). Karar genellikle duruşmada ya da duruşma sonrasında mümkün olan en yakın tarihte verilir (ZPO § 310)[40]. Taraflar anlaştığı takdirde duruşma yapılmaksızın da karar verilebilir (ZPO § 128, II). Mahkeme bu durumda dilekçelerin verileceği tarihleri ve kararın verileceği tarihi belirler. Bu usûlde vekille temsil zorunluluğu ve tarafların bulunması zorunluluğu yoktur ZPO (§ 128, III)[41]. Ancak, esasen Alman medenî yargılama sisteminde, yerel mahkemelerde görülen aile hukukuna ilişkin davalarda, bölge yüksek mahkemeleri ve Federal Mahkeme'de tarafların vekille temsili zorunludur (ZPO § 78, I)[42].

F. GEÇİCİ HUKUKÎ KORUMA VE ÖZEL USÛLLER

Usûl Kanunu'nda (ZPO) iki özel geçici hukukî koruma tedbiri düzenlenmiştir: İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbir (ZPO § 916-945) . İhtiyati haciz (*Arrest*), para alacağından kaynaklan icra takibini teminat altına almak için düzenlenmiş olup, para alacağı dışında diğer talepler ihtiyati tedbir (*einstweilige Verfügung*) yoluyla korunmaktadır[43]. Bunların yanısıra, çekişmesiz para alacaklarının derhal tahsiline ilişkin zorunlu ihtar prosedürü (*Mahnprozess*), belgelere dayanan usûl (*Urkundenprozess*), poliçe veya çeke dayalı usûl (*Wechselprozess, Scheckprozess*), aile hukuku meselelerine ilişkin özel yargılama, dernekler tarafından yapılan hukukî başvurulara, şirket ortakları arasındaki davalara özel usûller uygulanır[44].

---

[39] Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 13.
[40] **Murray/Stürner**, s. 14 vd.; **Roth**, s. 103.
[41] **Roth**, s. 103
[42] **Murray/Stürner**, s. 162; **Roth**, s. 107.
[43] **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 81.
[44] **Karst**, s. 255; **Murray/Stürner**, s. 18 vd.

G. DAVA MASRAFLARI

Alman medenî yargılama hukukunun temel düzenlemesi, kaybeden tarafın yargılama masraflarını karşılamasıdır. Bu masraflar, mahkeme masraflarını, vekâlet ücretlerini (*Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung BRAGO*-Federal Avukatlar Ücret Tarifesi) ve yargılama sırasında yapılan sair masrafları kapsar. Taraflardan birinin davayı tamamen kazanması durumunda, diğer taraf dava masraflarının tamamını öder; ancak kısmen kazanması halinde, masraflar orantılı olarak taraflar arasında paylaştırılmaktadır. Bu modelden bağımsız olarak, yazılı vekâlet ücreti sözleşmeleri yapılabilmesi mümkündür; ancak kararlaştırılan ücret kanunda belirlenen ücretlerden az olamaz. Ancak dava kazanıldığı takdirde, dava konusu veya kazandırılan meblağ üzerinden belirli oranda ücret alınmasının kararlaştırılması geçersizdir[45].

H. DURUŞMA SONRASI USÛL VE KANUN YOLLARI

Almanya'da kanun yolu iki aşamalıdır. İlk derece mahkemelerinin nihaî kararlarına (hükümlere) karşı kural olarak istinaf yolu açıktır. Kural olarak, ilk derece mahkemelerinin nihaî kararları ikinci derecede istinaf incelemesine (*Berufung*) tâbi tutulur. Asliye mahkemelerinin kararlarına karşı da bölge yüksek mahkemesinde istinafa gidilmektedir. Bölge yüksek mahkemesi kararlarının temyiz incelemesi ise, bazı şartların yerine getirilmesi suretiyle Federal Mahkeme tarafından yapılmaktadır. İlk derece mahkemelerinin nihaî kararlar öncesinde çoğunlukla usûle ilişkin olarak verilen kararlar (*Beschluss*) için kural olarak itiraz yolu (*Beschwerde*) açıktır. Bu itiraz usûlü de istinaf ile benzerlik göstermekle birlikte, daha az şekilseldir. Bununla birlikte bu kararlara karşı itiraz yolunun kanunla kapatılmış olduğu durumlarda istinafa başvurulabilmesi mümkündür[46]. 2001 tarihli Reform ile bir kaç kanun yolu tâdil edilmiş veya yenileri ile ikâme edilmiştir. Reform'dan önce uygulanmakta olduğu gibi; sulh mahkemesinin hüküm ve kararlarına karşı asliye mahkemesinde istinaf veya itiraz kanun yollarına gidilmesi, asliye mahkemesinin ilk derece kararları ile sulh mahkemesinin kararlarına karşı asliye mahkemesinin istinaf veya itiraz sonucu verdiği ikinci derece

[45] **Karst**, s. 262.
[46] Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 13.

kararlarına karşı bölge yüksek mahkemesinde kanun yoluna başvurulmaya devam edilmesi öngörülmüştür. Ayrıca, asliye mahkemeleri ve bölge yüksek mahkemelerinin kanun yolu mercii olarak verdiği kararlara karşı Federal Mahkeme'ye başvurulması usûlü değişmemiş ve bu aşama aynı zamanda Federal Mahkeme'nin hukukî kontrol itirazı olarak da adlandırılan, nihaî itiraz bakımından yetkilendirilmesi suretiyle de genişletilmiştir. Özellikle kararlara (*Beschluss*) karşı kanun yolları değiştirilmiştir. Buna göre, sulh ve asliye mahkemelerinin birinci derecede verilen kararlarına karşı süresiz basit itiraz kaldırılmış, yerini süreli basit itiraz almıştır. Aynı şekilde yeniden itiraz (eski ikinci itiraz) (*weitere Beschwerde*) kurumu kaldırılarak, yerini daha kapsamlı düzenlenen ve Federal Mahkeme'de görülen hukukî kontrol itirazı olarak da adlandırılan, nihaî itiraz (*Rechtsbeschwerde*) almıştır[47].

Alman hukukunda tüm nihaî kararlara karşı istinaf yolunun açık olduğu belirtilmişti. İstinaf incelemesi [48], ilk derece mahkemesi tarafından yapılan hukukî nitelendirmenin tam ve doğru olup olmadığı ve maddî hukuk kuralının doğru uygulanıp uygulanmadığı bakımından yapılır. İstinaf incelemesini yapan mahkeme, ilk derece mahkemesinin vakıa tespitleri ile bağlıdır. Ancak bu tespitlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda somut şüpheler oluşursa, bunlarla bağlı değildir[49]. Kural olarak istinaf aşamasında yeni delil ve vakıalar ileri sürülmesi mümkün değildir ve aleyhe karar verme

[47] Bu hususta ayrıntılı olarak bkz. ileride IV. Aynı yönde **Gilles**, s. 20 vd. s. 24 ve 47 vd. Yazar, bu düzenlemelerle medenî yargıdaki derece silsilesinin basitleştirilmiş üç aşamalılığının sağlanması planının yeniden başarısızlığa uğramış olduğunu ve önceden de kolaylıkla anlaşılamayan kanun yolu derece sisteminin, özellikle hukukî kontrol itirazı ile daha da karmaşıklaştırıldığını ifade ederek eleştirmiştir. Ayrıca bkz. ileride IV.

[48] Bkz. **Yıldırım**, Mehmet Kamil: Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 265. Yazar, istinaf mahkemesinin olayı ikinci kez ele aldığını ve ilk derece mahkemesinin verdiği kararı ve delilleri nasıl değerlendirmiş olduğunu incelediğini (§ 526, 528 ZPO) belirtmektedir.

[49] **Akkaya**, Tolga: Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 88. Yazar, özellikle Alman medenî yargılama hukukunda 2002 yılında yapılan değişikliklerden sonra, istinafta yeniden yargılama yapılmasını sınırlandıran hükümlerin artması ve teksif ilkesinin daha yoğun şekilde uygulanması ile birlikte, istinaf ikinci vakıa derecesi olmaktan çıkmış ve öğretideki baskın görüşe göre, istinaf artık denetim işlevi ağır basan bir ikinci derece yargılaması haline gelmiş olduğunu belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **Yıldırım-Deren**, Nevhis: "Teksif İlkesi Açısından İstinaf", İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 7-8 Mart 2003, s. 269 ve 276. Bu hususta ayrıca bkz. Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 13 vd. İstinaf mahkemelerinin, 2002 değişikliği ile vakıaların incelendiği ikinci bir mahkeme olmaktan çıkmış olduğu ve ilk derece mahkemelerinin yargılamasını ve hükümlerini kontrol eden ve hata yapılıp yapılmadığını inceleyen mahkemeler haline gelmiş oldukları ifade edilmektedir. Ayrıca bkz. **Gilles**, s. 36 vd.

yasağı *(reformatio in peius)* geçerlidir.[50]. İstinaf mahkemelerinin kararlarına karşı, istinaf mahkemesinin izni ile Federal Mahkeme'de temyize (*Revision*) gidilir. Temyize izin verilmemesi halinde, bu red kararının da Federal Mahkeme tarafından incelenebilmesi mümkündür. Temyiz incelemesi ise sadece hukuka ve usûle uygunluk bakımından yapılır. Temyiz mahkemesinin görevi hatalı bir hükmü bozmaktır. Hüküm, kanuna aykırılık, hukuk normunun hiç uygulanmaması veya hatalı uygulanması ve bazı usûl hükümlerine uyulmaması yönünden incelenir. Ancak kural olarak, istinaf mahkemesinin tespit ettiği olay ile bağlıdır[51]. İlk derece mahkemesi kararlarının istinaf atlanarak, temyize gönderilmesi de mümkündür *(Sprungrevision)* [52]. Bu yola ancak uyuşmazlık konusu maddî vakıa bakımından sorun olmayıp, sadece hukukun yanlış uygulanmış olması halinde başvurulabilmektedir[53].

Alman medenî yargılaması, mahkemenin vermiş olduğu kararla bağlı olduğu prensibi ile karakterize edilmiştir. Hükmün bu bağlayıcı etkisi, ancak ve yalnızca yargılamanın yenilenmesi *(Wiederaufnahmeklage)* ile aşılabilir. Yargılamanın yenilenmesi iki şekilde ortaya çıkabilir: kararın hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi *(Nichtigkeitsklage)* ve eski hale iade davası *(Restitutionklage)* şeklinde. Her iki dava da kesin hüküm (*res judicata*) haline gelmiş bir hükmün ortadan kaldırılmasına hizmet eder[54].

---

[50] Ancak, ilk derecede ileri sürüldüğü halde dikkate alınmayan veya ilgisiz bulunan delil ve vakıaların, bir usûl hatası nedeniyle ele alınmamış olan delil ve vakıaların ve kendi kusuru olmadan bunları ilk derece mahkemesine sunamamış olan tarafın, yeni delil ve vakıaları ileri sürebilmesi mümkündür (Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 14).

[51] **Gilles**, s. 42 vd.; **Yıldırım**, s. 265. Yazar, bu bakımdan hukukî birliği sağlamakla görevli olan Temyiz Mahkemesi'nin alt derece (ilk derece ve istinaf) mahkemelerinin kararlarını daha sınırlı olarak, sadece somut olay hakkında doğru kararın ne olması ve nasıl verilmesi gerektiği gibi belirli noktalardan inceleyeceğini belirtmektedir.

[52] **Karst**, s. 261; **Murray/ Stürner**, s. 16 vd.; **Akkaya**, s. 84.

[53] Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 14. Ancak, maddî vakıaya ilişkin bir eksiklik görüldüğü takdirde, karar hukukî bir gerekçe ile bozularak bölge yüksek mahkemesine gönderilmekte ve eksiklik giderilmektedir (s. 14).

[54] **Karst**, s. 258.

III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI

Alman medenî yargılama sisteminde ağırlıklı olarak taraf hâkimiyeti egemendir. Alman usûl hukuku, medeni yargılamada tarafların ve devletin rolünün liberal olması gerektiği düşüncesinden etkilenmiştir. Liberal görüş, taraf özgürlüğünün mümkün olduğunca az kısıtlanmasından yanadır. Ancak, bu düşünce tarzının dava yükündeki çoğalmaya sebep olduğu görülmektedir[55].

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ne dahil olan birçok Avrupa ülkesi ile karşılaştırıldığında, Alman Sistemi'nin gerçekten çok iyi çalıştığı söylenebilir. Almanya'da hem mahkeme masrafları hem de vekâlet ücretleri kanunla belirlenmiştir. Her iki tür ücret de ihtilaf konusu meselenin değerinin küçük bir oranını oluşturur (ihtilafın değeri artınca oran azalmaktadır). Almanya'da yargılama masrafları, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne dahil ülkelerle karşılaştırıldığında düşüktür. Ayrıca yargılama etkin ve verimlidir ve diğer birçok ülkenin aksine, adlî yargı yönetimine büyük bir güven duyulmaktadır. Hukuk mahkemelerindeki iş yüküne rağmen, mahkemelerde yargılama makûl bir sürede sonuçlandırılmaktadır[56]. Hatta Alman medenî yargılama sisteminin en güçlü özelliklerinden biri de, dava hacmine rağmen yargılamanın hızlılığı olduğu söylenebilir. Almanya'da yargılama masrafları Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkeleri ile karşılaştırıldığında mütevazidir. Ayrıca, hem mahkeme masrafları hem de avukatlık ücretleri, ihtilaflı meselenin değerinin düşük ve azalan bir oranı ile sabitlenmiş olduğu için yargılama masrafları tahmin edilebilir durumdadır. Bu öngörülebilirlik, yargılama masrafları sigortasının gelişen bir pazar oluşturmasına da neden olmuştur. Davaların neredeyse beşte biri, en azından bir taraf açısından sigortadan karşılanmaktadır. Alman medenî

[55] **Zuckerman**, s. 31 vd; **Murray/Stürner**, s. 19 vd.; **Gottwald**, MİHDER, s. 687 vd; **Gottwald**, s. 338 vd.

[56] **Gilles**, s. 23. Yazar, iş yükünden bahsedildiğinde bu kapsama yalnızca hukuk davaları ve medenî usûl yargılamalarının dahil edildiğini, ayrıca yargı memurları tarafından sonuçlandırılan ilamsız icra takipleri ve sair icra takipleri ile geçici hukukî koruma veya çekişmesiz yargı işlerindeki muazzam yığın da dikkate alındığında işyükünün boyutlarının korkuç olduğunu ifade etmiştir.

yargılama sisteminin taraflara son derece uygun maliyetlerle adalete erişim sağladığı bir gerçektir. Bununla beraber, sistemin bazı zayıf noktaları da mevcuttur. Bunların başta geleni, mahkeme sistemini sekteye uğratan dava hacmidir. Almanya'nın bazı bölgelerinde iş yığılmaları yaşanmakta, davalar mahkeme yönetiminin geliştirilmesi çabalarına karşın gereksiz bir şekilde ilerleyememektedir[57]. Avrupa Birliği içinde, Almanya, nüfusa oranla en çok hâkime sahip olan ülkedir. Bununla birlikte, hâkimlerin toplam sayısı yıllardan beri sabittir. Baroya kabul edilen avukatların sayısı ise son yıllarda ciddi şekilde artmıştır. Mahkeme masrafları, sistem masraflarının ancak %50'sini oluşturmaktadır. Dayanağı bulunmayan davaların açılmasını azaltmak amacıyla masrafların yükseltilmesine ilişkin süregelen bir tartışma mevcuttur. Ancak şimdiye kadar izlenmiş olan hiç bir metod, adalete erişimi de azaltmaksızın bu hedefe ulaşılmasını sağlayamamıştır[58].

Çağdaş değerlendirmeler kapsamında, modern Alman adlî yargı sisteminin genelde iyi işlemekte olduğu ve halkın güvenini kazanmış olduğu ifade edilmektedir. Buna rağmen yine de Almanya'da, dünyanın herhangi bir yerinde olduğu gibi adlî yargı sistemi; sınırlı mâli imkanlar ve personel ile, halka hızlı, kaliteli ve pahalı olmayan sonuç alma imkânı sunma mücadelesi içindedir. Bu sebeple, revizyon ve reform çalışmaları sürmektedir[59].

---

[57] **Zuckerman**, s. 31 vd.
[58] **Zuckerman**, s. 31 vd.
[59] Adlî yargı sistemindeki en kapsamlı reformu öngören 2002 Tarihli Reform Kanunu'nun kabul edilmesinden sonra, Mayıs 2003 tarihinde federal hükümet, yargılamanın basitleştirilmesi ve etkinliğinin arttırılması için Adaletin Yönetiminin Modernleştirilmesine İlişkin bir Kanun (*Justizmodernisierungsgesetz)* Taslağı hazırlatmıştır. Bu Kanunun 1 Ocak 2004 tarihi itibariyle yürürlüğe gireceği açıklanmıştır. Bu Kanuna karşı olanlar tarafından hazırlanan Adaletin Hızlandırılmasına İlişkin Kanun Taslağı adı altında bir kanun taslağı alelacele Temmuz 2003'de Parlamento'ya sunulmuş ve Parlamento'da yapılan tartışmalarda her iki Taslağın da ortak birçok noktası oduğu anlaşılmıştır. Ancak Hükümet'in hazırlattığı taslağın 2002 Reformunun aksaklıklarını onarabilecek nitelikte olduğu ve bu sebeple daha uygun olduğu sonucuna varılarak, bu kapsamda ikinci bir Adaletin Hızlandırılmasına İlişkin Kanun Taslağı hazırlanması niyeti açıklanmıştır (**Walter**, Gerhard: "German Civil Procedure Reform Act 2002: Much Ado About Nothing?" (ed. **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo) Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective, 2003, s. 88).

IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI

Almanya'da Medenî Usûl Kanunu (ZPO), 1879 yılında İmparatorluk Adalet Kanunları ile birlikte yürürlüğe girmiştir. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun bir bakıma köken itibariyle bir önceki yüzyıla ait olduğu ve döneminin liberal ruhunu yansıttığı söylenebilir. O zamanın liberal anlayışına göre, Alman medenî yargılaması tamamen taraflara bırakılmış bir yargılama olup, bu yargılama içinde hâkimin rolü nispeten tali olmuştur. Alman Medenî Usûl Kanunu, bir çok kez değişikliğe uğramıştır, buna rağmen bu liberal ruhu tamamen ortadan kalkmamıştır. Ancak, 1924 tarihli değişiklik ile bu liberal yargılama anlayışı bir nebze terkedilmiş, taraf egemenliği önemli ölçüde sınırlanarak, hâkimin etkinliği artırılmıştır. Bu değişiklik ile ayrıca, Alman medenî yargılama hukukuna teksif ilkesi de getirilmiştir[60]. Alman adlî yargı sistemi siyasal felaketlere karıştırıldığı halde, kurumsal yapısı bu olaylardan zarar görmeden varlığını sürdürmüştür. 1933-1945 yılları arasında özel hukuk ve medenî yargı çılgınlıklara maruz kalmasına rağmen, kanunlaşmış medenî yargılama kuralları Nazi felaketinden çok da fazla etkilenmemiştir. Naziler iktidara geldiklerinde, medenî yargı sisteminin bireysel ve liberal karakterine saldırarak, reform yapma niyetlerini açıklamışlardır. 1933 yılında yapılan kapsamlı bir reform ile taraf yemini, taraf ifadesinde doğru söyleme *(Wahrheitspflicht)* ve ispat yükümlülüğü ile kaldırılmıştır. Hâkimin yargılamanın seyri içinde geç sunulan iddia ve savunmaları reddetme yetkileri artırılarak, teksif ilkesi *(Konzentrationmaxime)* geliştirilmiştir. Naziler, 1933 Reformunu, özellikle bireycilik karşıtı yönüyle ideolojilerinin ortaya konuluşu olarak ilan etmişlerdir. Diğer bir deyişle, 1933 Reformu ile kabul edilen hususlar, 1931 yılında ileri sürülen önerilerden ibarettir.

[60] **Becker-Eberhard**, s. 61; **Gottwald**, Peter: "Defeating Delay in German Civil Procedure", (ed. **van Rhee**, C.H.) The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation (Ius Commune Europaeum), Intersentia 2004, s. 123. Bu hususta ayrıca bkz. **Alangoya**, Yavuz: "Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler", İstanbul, 1979, s. 55. Yazar, Alman Usûl Kanunu'nun önemli tadilleri olan 1909, 1924 ve 1933 kanunlarında tarafların insiyatiflerinin sınırlandırılmasının daha belirgin hal aldığını, medenî yargılamanın taraflar arasında düzenlenmiş bir savaş olduğu yolundaki anlayışın terkedilmiş olduğunu belirtmektedir (**Alangoya**, İlkeler, s. 55).

Bununla birlikte 1933 "Nazi" Reformları olarak anılan temel düşünceler, esasında hiç de Nazi idelojisinin ürünleri değildir. Bu temel düşünceler, Alman medenî yargılama hukukunda bu güne kadar yeralmaya devam etmişlerdir. Alman İmparatorluğu'nun hukukî halefi olarak 1949 yılında Federal Almanya Cumhuriyeti kurulduğunda, "hukukun bütünlüğünün korunması" *(Wahrung der Rechtseinheit)* ana temeli[61], ulusal veya federal hukuk içinde hem özel hukukun ve hem de usûl hukukunun yeralması sonucunu doğurmuştur. 1879 tarihli Alman Usûl Kanunu, Federal Almanya'da ulusal kanun olarak 9 Ekim 1950'den itibaren tekrar kabul görmüştür. 20. yüzyılın ikinci yarısında Alman medenî yargısında zaman zaman değişiklikler ve reformlar yapılmıştır[62]. 1976 değişikliği ile, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara tamamen yeni bir usûl getirilmiş ve yargılamanın basitleştirilmesi ve hızlandırılması yolunda çok esaslı değişiklikler yapılmıştır. Esasen, 1976 Reformu'nun Almanya'ya bugünkü yapısını getirdiği ve son yapılan reformların da bu yapıyı değiştirmediği[63] ifade edilmektedir. 1976 tarihli Basitleştirme Reformu *(Vereinfachungsnovelle von 1976)* olarak da anılan bu reform ile ilk derece yargılamasının yeniden yapılandırılması ve yargılamanın yoğunlaştırılması prensibi güçlendirilerek, sözlü yargılamanın birçok davada bir günle sınırlandırılması hedeflenmiştir[64]. Duruşmaya (ana oturum) hazırlık safhası, davanın yazılı hazırlanmasına imkân verilmesi ile hızlandırılmıştır. Bu reformlar ile gecikmiş beyan ve savunmaları reddetme konusunda hâkime yetki verilmiştir. 80 ve 90'lı yıllarda

---

[61] Bu husus Alman Anayasası'nın 72 ve 74. maddelerinde düzenlenmiştir ve ayrıca federal çatı altında hem özel hukukun ve hem de medenî yargılama hukukunun yeraldığı 12 Eylül, 1950 tarihli Hukukun Bütünlüğünün Korunması Kanunu'nda *(Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung der Bürgerlichen Rechtspflege des Strafverfahrens und des Kostenrechts*) yeralmıştır (**Murray/Stürner** s. 32, dn. 42 ve dn. 43).

[62] **Murray/Stürner** s. 32 vd; **Gottwald**, Defeating Delay, s. 124. Bu konuda en önemlilerinden biri, 3 Aralık, 1976 tarihli Yargılamanın Basitleştirilmesi ve Hızlandırılmasına İlişkin Kanundur. Aynı zamanda 1976 Tarihli Basitleştirme Reformu *(Vereinfachungsnovelle von 1976)* olarak da anılır (**Murray/Stürner**, s. 32 vd).

[63] **Stürner**, s. 78. Yazar, bu yapının değişmediğini ancak asliye mahkemeleri ve istinaf mahkemelerinde tek hâkimin yetkisinin esaslı olarak genişletildiğini belirtmektedir.

[64] **Stürner** Rolf (çev. **Kurt**, Nesibe): "Fransa ve Almanya'da Yeni Usûl Hukuku Reformları-Hakaniyet ve Ekonomi Arasında-", Legal MİHDER, 2007/I, s. 78; **Walter**, Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective, s. 70; **Gottwald**, Defeating Delay, s. 125 ve 126, Yazar, Basitleştirme reformu ile yargılamada gecikmenin önlenmesi için hâkim veya heyetin davayı tek bir sözlü oturumun, diğer bir deyişle ana oturumun (§ 272 I) ardından karar verecek şekilde hazırlamasının hedeflendiğini belirtmiştir. Bu hususta ayrıca bkz. **Oberhammer**, P./**Domej**, T.: "Germany, Switzerland, Austria", (ed.**van Rhee**, C.H.), European Traditions in Civil Procedure, Intersentia Antwerpen-Oxford 2005, s. 116.

yapılan değişiklikler ise, daha çok teknik özellikler taşımaktadır. 1990 yılında yapılan reform, ağırlıklı olarak medenî yargılamanın standardizasyonu ve basitleştirilmesi için bilirkişi görüşü ve tanık ifadelerine ilişkindir[65].

Bütün bu reformların, Alman Medenî Usûl Kanunu'nun liberal ruhuna zarar vermiş olduğu söylenmektedir. Sözkonusu reformlar ile yargılamadaki taraf egemenliği oldukça sınırlanmış ve hâkimiyet önemli ölçüde hâkime geçmiştir. Adlî yargı sistemindeki en yeni ve kapsamlı Alman Medenî Usûl Kanunu Reformu, 2001 yılında gerçekleştirilmiştir. 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren, 27.07.2001 tarihli Medenî Usûl Reform Kanunu ile, hukuk işlerinde derece silsilesini esaslı surette değiştirmeksizin önemli yenilikler getirilmiş ve reform ile ilk derece mahkemesi kararlarının, istinaf ve temyiz sebeplerinin sınırlandırılması suretiyle güçlendirilmesi amaçlanmıştır[66]. Ayrıca, tek hâkimli asliye mahkemeleri ve hatta istinaf mahkemelerinde, hâkimin yetkisi esaslı şekilde genişletilmiş ve yargılamanın yönetilmesinde hâkimin konumu güçlendirilmiştir. Diğer taraftan, ispat yükü üzerinde bulunmayan taraf ve üçüncü kişinin yazılı delilleri veya keşif ve özel hüküm sebeplerinin konusunu oluşturan nesneleri sınırlı bir kapsamda ibraz yükümlülüğü değiştirilerek, bir tarafın talebi üzerine mahkemenin delillerin ibrazında ispat yükü üzerinde bulunmayan tarafın ve üçüncü kişinin iştirakine karar verebilmesi olanağı getirilmiştir[67]. Özellikle, ilgili belgeleri ibraz yükümlülüğü genişletilerek, Usûl Kanunu (ZPO) § 142 ve 144 düzenlemeleri ile, davada taraf olmayan 3. kişilerin dahi ellerinde bulunan belge ve sair malzemeyi ibraz edebilmeleri kuralı getirilmiştir. Bu kuralların evvelce Alman hukukunda kabul

[65] **Becker-Eberhard**, s. 62; **Oberhammer/Domej**, s. 114 vd.

[66] **Gilles**, s. 20 vd. Yazar, son dönemlerde Alman yargı sisteminde gerçekleştirilen reformların ana hedefinin azaltma ve tâdil olduğunu ve anlamını, yargının ve adlî yargılamaların "daraltılması", yargının ve kurumlarının "sınırlandırılması", "rasyonelleştirilmesi", "idaresi", "tasarrufu", "azaltılması", "yeknesaklaştırılması" ve "basitleştirilmesi" gibi anahtar sözcüklerde bulduğunu belirtmiştir.

[67] **Becker-Eberhard**, , s. 62 vd.; **Oberhammer/Domej**, European Traditions in Civil Procedure, s. 117; **Stürner**, s. 77 vd; **Walter**, s. 75 vd.; Yasama çalışmaları sırasında, reform ile getirilmesi planlanan yeni hükümler Amerikan tipi duruşma öncesi *discovery* kuralları ile karşılaştırılmıştır (**Prütting**, Hans: "International Sources of German Civil Procedure", (ed. **Deguchi**, Masahisa/**Storme**, Marcel) The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society 2008, s. 256); **Stürner**, s. 80. Yazar, Alman kanun koyucusunun, Anglo-Amerikan hukukuna özgü *Discovery Verfahren* (Keşif Yargılamasının) bir türünü kanuna dahil etmiş olma endişesiyle uzun zamandır böyle bir yükümlülüğü düzenlemek istememiş olduğunu ifade etmiştir.

edilmeyen usûlî bir açıklama ve ibraz yükümlülüğü getirmiş olduğu ifade edilmiştir[68]. 2002 tarihli Reform Kanunu, mahkeme ile taraflar arasında elektronik iletişime de olanak sağlamıştır. Reformların ana hatlarını ortaya koyan ve davaların elektronik idaresi ile belgelerin elektronik ortamda saklanmasını sağlayacak yasaların hazırlığı da yapılmıştır[69].

Reform ile getirilen değişiklikler iki grup altında toplanabilir. İlk gruptakiler, ilk derece yargılamasının yeniden düzenlenmesi ve güçlendirilmesini; ikinci gruptakiler ise, kanun yolları sisteminin tamamen yeniden yapılandırılmasını amaçlamışlardır. İlk grup ile ağırlıklı olarak,

- sulh yoluyla davaların sonuçlandırılması,
- hâkimlerin sulh yöntemlerini (mahkeme içi sulh ve mahkeme dışı arabuluculuk)[70] daha etkin olarak kullanmaları,
- medenî yargıya ilişkin davaların öncelikle ilk derece mahkemeleri önünde halledilmesi,
- hâkimin daha şeffaf hüküm vermesinin sağlanması ve böylece tarafların çözümü kanun yollarında aramasının engellenmesi,
- istinaf mahkemelerinin ilk derece mahkemelerinde verilen hüküm hatalarını denetleme ve ortadan kaldırma yönünde yeniden yapılandırılması,
- içerikten yoksun istinaf incelemelerinin hızlı bir şekilde sonlandırılması,

---

[68] **Walter**, s. 75; **Prütting**, s. 256. Yazar, yasama çalışmaları sırasında, yeni getirilen kuralların Amerikan tipi duruşma öncesi belge ve bilgilerin açıklattırılması kuralları (*discovery)* ile kıyaslandığını, Alman usûl hukukçuları tarafından o zamandan beri bu tartışmanın sürdürüldüğünü ve esasında Amerikan etkisinin gerçekte ne kadar kuvvetli olduğunu ve yeni kuralların uygulanmasında Amerikan tecrübelerinden yoğun şekilde yararlanılacağını ifade etmekte ve herhalûkarda bu konudaki yeni düzenlemelerin usûl hukukunun globalleşmesinde önemli rol rol oynayacağını belirtmektedir.

[69] **Gottwald**, MİHDER, s. 694.

[70] **Gottwald**, MİHDER, s. 688; **Stürner**, s. 80. Yazar, eskiden beri Alman hâkiminden medenî yargılama hukukunda yargılamanın her evresinde sulh ile sonuçlanan bir çözüm bulmakla uğraşmasının beklendiğini, gerçekleştirilen son reformda ise bu yükümlülüğün kendine özgü bir şekilde düzenlendiğini ve her sözlü yargılama öncesinde bir sulh teşebbüsünde bulunulması gerektiğini belirterek, yeni reformların, dava konusunun değerinin az olduğu uyuşmazlıklarda, mahkemeye başvurmadan önce mecburi arabuluculuğun önemini artırdığını ifade etmiştir.

- ilk derece mahkemeleri önündeki yoğunlaştırılmış yargılamanın sağlanması için kapasitenin, tek hâkimli mahkemelerin[71] sayısının fazlalaştırılması suretiyle arttırılması,

hedeflenmiştir[72]. İlk derece yargılamasında maddî vakıaların tespitinin iyileştirilmesi son reformların önemli bir amacıdır. Bu anlamda, yargılamanın yönetimine ilişkin olarak hâkimin konumunun güçlendirilmesine ve maddî vakıaların aydınlatılmasına ilişkin araçların genişletilmesine çalışılmıştır[73]. Usûl Kanunu (ZPO) § 128, IV. fıkrasına eklenen bir düzenleme ile belli şartların varlığı halinde sözlü yargılama yapılmasından feragat edilmesi mümkün hale getirilmiştir Ayrıca, mecburî arabuluculuğun öneminin artırılması ile Alman yargılamasında dava sayısının durdurulması da hedeflenmiştir[74]. Ancak, bu reform aşamasında, medenî yargıya ilişkin istinaf derecesinin sadece asliye hukuk mahkemelerinde yoğunlaştırılmasına ilişkin esaslı sorun ele alınmamıştır[75].

Ayrıca bu reform ile ikinci grup altında kanun yolları sisteminin yeniden yapılandırılması hedeflenmiştir. Geleneksel Alman istinaf hukukunda, tamamen yeni vakıa incelemesine ve yargılamada yeni delil ve vakıaların yargılamaya getirilmesine olanak tanınmaktaydı[76]. Ancak son reform ile yeni delil ve vakıa getirme hakkı *(ius nuvorum)* sınırlandırılmıştır. Yeni vakıa ve delillerin getirilmesi, ancak maddî vakıaların aydınlatılmasının doğruluğu ve tamlığına ilişkin somut bir şüphenin oluşması ve bu durumun usûl eksikliğine veya istinaf mahkemesinin farklı bir hukukî değerlendirmesine dayanması halinde mümkün olabilecektir. İlk derecede tek hâkim tarafından karara

[71] **Gottwald**, MİHDER, s. 688; **Walter**, s. 78.
[72] Bkz. **Walter**, s. 72 vd.; **Gottwald**, MİHDER 2006/III, s. 688 vd. Reformun bu grubunda, hâkimin uyarma yükümlülüğü yeniden düzenlenmiş, sulh teşebbüsü ve uyuşmazlığın anlaşma yoluyla çözümü, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü genişletilmiş, hukukî dinlenilme hakkının ihlaline karşı koruma getirilmiş, asliye mahkemelerinin tek hâkimli olması öngörülmüş, hukuk yargılamasında elektronik iletişime imkân tanınmıştır.
[73] **Stürner**, s. 79. Yazar, Alman usûl kanununda o tarihe kadar ispat yükü üzerinde bulunmayan taraf ve 3. kişinin sadece sınırlı bir kapsamda yazılı delilleri veya keşif-özel hüküm sebeplerinin konusunu oluşturan nesneleri ibraz ile mükellef olduğunu, ancak son reformlar ile bu durumun değiştiğini belirtmektedir.
[74] **Stürner**, s. 81.
[75] **Becker-Eberhard**, s. 64 vd.; **Walter**, s. 82 vd.
[76] **Yıldırım-Deren**, s. 276.

bağlanan davalar ile basit olarak nitelendirilen bütün davalarda istinaf incelemesinin tek hâkim tarafından yapılabileceği açıklığa kavuşturulmuştur. İstinaf mahkemelerine, başarı şansı olmayan veya genel önemi haiz bir sorun içermeyen istinaf taleplerinin taraflar dinlenilmeden istinaf yoluna başvurulamaz kararı ile reddedilebilmesi yetkisi getirilmiştir[77]. Temyize ilişkin olarak ise, temyiz edilebilen kararların sayısı sınırlandırılmıştır. Eskiden istinaf mahkemesinin bir kararının temyizi için izin vermesi için kararın hukukî açıdan ilkesel öneme sahip olması yeterli iken, reform ile kararın aynı zamanda hukukun gelişimi için önemli veya içtihat birliğinin korunması için gerekli olması şartları da getirilmiştir. İstinaf mahkemesinin temyize izin vermemesi halinde, Federal Mahkeme'ye itiraz yolu ile başvurularak temyiz başvurusuna izin kararı alınabilir. Ancak Federal Mahkeme'nin artık oldukça katı izin standartları uygulama eğiliminde olduğu görülmektedir[78]. 2001 Reformu tamamen yeniden düzenlenen yeni acele itiraz (*Beschwerde*) usûlünü de içermektedir. İtiraz, sadece ilk derecede verilen mahkeme kararlarına karşı, ilgili davada verilecek nihaî kararın kanun yoluna tâbi olması halinde caizdir. Diğer taraftan, eski ikinci itiraz olarak da anılan yeniden itiraz (*weitere Beschwerde*) kurumu tamamen ortadan kaldırılmış ve hukuk sorunları için temyize benzeyen ve hukukî kontrol itirazı olarak da adlandırılan ve Federal Mahkeme'ye yapılan nihaî itiraz (*Rechtsbeschwerde*) (ZPO § 574) adıyla yeni bir itiraz yolu getirilmiştir. Reformdan önce, açık fahiş hataların ve temel usûlî hak ihlallerinin yapılmış olduğu davalar bakımından, kanunda yer almamakla birlikte içtihat yoluyla yaratılmış bulunan ve doğrudan temyiz mahkemesine yapılmakta olan kanuna açıkca aykırılık nedeniyle itiraz yoluna, artık gerek olmadığı gerekçesi ile son verilmiştir[79].

2002 tarihli Reform Kanunu'nun uygulamaları değerlendirildiğinde; reformun birincil hedefi olan ilk derece yargılamasının güçlendirilmesinin gerçekleştirilemediği, sulh yoluyla davaların sonuçlandırılması hedefine ulaşılamadığı, davaların mahkemece

[77] **Stürner**, s. 82; **Gilles**, s. 36 vd.; **Gottwald**, MİHDER, s. 697. Yazar, bu red kararına karşı ZPO § 522 III'e göre herhangi bir kanun yolu bulunmamasının Usûl Kanunu'nun temel yapısı ve hatta anayasal bir hak olan hak arama özgürlüğü ile çelişip çelişmediğinin şüpheli olduğunu belirtmektedir.
[78] **Stürner**, s. 83; **Gottwald**, MİHDER, s. 696 vd.; **Prütting**, s. 253; **Oberhammer/Domej**, s. 116; **Gottwald**, Defeating Delay, s. 128; **Walter**, s. 86 vd.
[79] **Gottwald**, MİHDER, s. 702; **Gilles**, s. 24.

yönetilmesinin yargılamada gerilime yol açtığı ve temyiz yükünü arttırdığı ve nihayet asliye mahkemelerindeki tek hâkimli yargılamanın verilen kararların hatalı olmasına yol açtığının görüldüğü ifade edilmektedir. Diğer taraftan kanun yolları sistemindeki değişiklikler bir çare olmamış, aksine istinaf ve temyiz mahkemelerinin yükünü arttırmış ve karışıklık yaratmıştır[80].

Almanya'da yargılama hukukuna ilişkin reform çalışmaları devam etmektedir. Son zamanlarda yapılan diğer reformlar arasında elektronik iletişime, tebligata, video konferans yoluyla duruşma yapılmasına ve yerel sınırlamalar olmaksızın avukatların tüm mahkemelerde vekillik yapabilmelerine ilişkin reformlar sayılabilir. Medenî yargılama, Avrupa içinde ve nihayetinde global olarak dünya üzerinde yeknesaklaştıkça, uluslararası antlaşmalar ve Avrupa Birliği direktifleri, Alman medenî yargılamasında da bu çerçevede değişikleri gerektirecektir[81]. Ağustos 2004'de adaletin modernleştirilmesine ilişkin bir Kanun *(Justizmodernisierungsgesetz)* kabul edilmiş ve bu Kanun ile özellikle sulh, deliller ve hukukî çarelere[82] ilişkin birtakım düzenlemeler yapılmıştır. 2005 yılı başlarında daha da ileriye yönelik reformlara ilişkin yasama çalışmaları yapılmaya başlanmıştır. Bu reformlarla ilk derece mahkemelerinin daha da güçlendirilmesi ve iki dereceli mahkeme sistemine geçiş hedeflenmiştir[83].

---

[80] **Walter**, s. 89; **Gottwald**, Defeating Delay, s. 129. Yazar, 2002 tarihli Reform Kanunu'nun bir yıllık uygulaması sonucunda, mahkemelerin, ilk derecede ve temyiz mahkemelerindeki dava sayısının artış göstermekte olduğunu bildirdiklerini belirtmiştir.

[81] **Murray/Stürner**, s. 34 vd.

[82] **Gilles**, s. 26 vd. Yazar, kanunda düzenlenen hukuki çarelerin, yargılamanın yenilenmesi davaları, gıyap kararlarına ve ilamsız takipte ödeme emrine itiraz edilmemesi üzerine düzenlenen belgeye karşı itirazlar, ilamsız takipte ödeme emrine, ihtiyati tedbire ve ihtiyati hacze itirazlar, naip hâkimin ve istinabe olunan hâkimin veya evrak memurunun, bunun gibi yargı memurlarının karalarına karşı itiraz, ileride muaccel olacak sürekli edimlere ilişkin hükümlere ve nafaka ilamlarına karşı değişiklik davalarını, mirasa, nesebe ilişkin işlerde vs. işlerdeki çeşitli kararlara karşı iptal davaları ve ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirin kaldırılması yargılamalar olduğunu ayrıca yargı kararlarında geliştirilen hukuki çareler de bulunduğunu ifade etmiştir.

[83] **Oberhammer/Domej**, s. 117

§3. AVUSTURYA MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI

I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

A. GENEL OLARAK

Avusturya demokratik bir cumhuriyettir ve Federal Anayasa'nın (*Verfassung*) 1.maddesi, yasama gücünü halka bırakmıştır. Anayasa'ya hukuk devleti kuralı hâkimdir ve cumhuriyetçi, demokratik ve federal prensiblere dayandırılmıştır. Yasama, yürütme ve yargı katı şekilde birbirinden ayrılmıştır. Avusturya Anayasası (*Verfassung*) çerçevesinde yargılama hukuku, münhasıran federal bir mesele olup, tamamen bağımsızdır. Anayasa, hâkimlerin yargısal işlevlerini yerine getirmekte bağımsız olduklarını, ne görevlerine son verilmesinin ne de nakil edilmelerinin mümkün olduğunu düzenlemiştir. Birbirini izleyen bir dizi temyiz aşaması, Yüksek Mahkeme'ye *(Oberster Gerichtshof)* kadar devam eder ve hukukî hata ihtimaline karşı teminat teşkil eder. Avusturya medenî yargılama hukukunun temel ilkeleri; hukuki dinlenilme hakkı (bu hak her iki taraf bakımından da geçerlidir), aleniyet, doğrudanlık ilkesi, yoğunlaştırılmış usûlî etkinlik ilkesi, yargılamanın taraflarca kontrol edilmesi ilkesi ve hâkimin sınırlı soruşturma yetkileri ile donatılması ilkesidir [84].

Avusturya medenî yargılama hukukunun temel kaynakları; Medenî Usûl Kanunu *(Zivilprozessordnung)* ve mahkemelerin görev ve yetkilerini düzenleyen Yargı Yetkisinin Kullanılması ve Adliye Mahkemelerinin Yetkisi Hakkında Kanun (*Jurisdiktionsnorm*) dur. Her iki kanun da 1895 yılında kabul edilmiş ve o tarihten sonra defalarca değişikliğe uğramıştır. Hukuk eğitimi almış hâkimler (*Richter*) hukuk davalarına bakarlar. Bununla birlikte Avusturya'da hukuk eğitimi almamış hâkimlerin de (*Laienrichter*), hukuk eğitimi almış olan hâkimlerle birlikte ticaret, iş ve sosyal

[84] **Frad**, Thomas/**Schimka**, Benedict: Austria, CMS Strommer Reich-Rohrig Karasek Hainz (ed. **Grubbs**, Shelby) International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law, 2004, s. 57.

güvenlik davalarında görev yapmaları esastır. İlk derece mahkemeleri meslekten olan tek hâkimle çalışır. İstinaf mahkemelerinde ise üç hâkim görev yapar. Yüksek Mahkeme (*Oberster Gerichtshof*) ise, davanın önemine göre 5 ila 11 hâkimden oluşur. Avusturya, Avrupa Birliği üyesi olduğu için Avrupa hukuku, yargılama hukuku alanında giderek daha da önemli bir yer edinmektedir[85].

B. MAHKEME TEŞKİLATI

Avusturya'da medenî yargılama üç aşamalıdır. 10.000 Euro'yu geçmeyen özel hukuk meselelerine, veraset, nafaka, aile hukukuna ilişkin meselelere ve kira işlerine tek hâkimli ilk derece ilçe mahkemeleri *(Bezirksgericht),* 10.000 Euro'yu aşan özel hukuk meselelerine ve ticarî meselelere ve iş hukuku ve sosyal güvenlik meselelerine de ilk derece asliye mahkemeleri *(Landesgericht)* bakmakla görevlidir. 50.000 Euro'yu aşan davalarda taraflardan birinin talebi üzerine, asliye mahkemelerinin heyet halinde görev yapması esası düzenlenmiştir. Ancak uygulamada buna pek rastlanmamaktadır. İş hukukuna ilişkin meselelerde her zaman meslekten bir hâkim ile meslekten olmayan iki hâkim görev yapar[86].

İkinci derecede ise, tek hâkimli ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf incelemesinde bulunan heyet mahkemeleri veya ilk derecedeki heyet mahkemelerinin kararlarının istinaf incelemesini yapan bölge yüksek mahkemeleri *(Oberlandesgericht)* bulunur. Bu mahkemeler, Viyana, Graz, Innsbruck ve Linz'de teşkilâtlanmıştır. Avusturya'da en üst derecedeki yargılama mercii, temyiz incelemesi yapan Yüksek Mahkeme *(Oberster Gerichtshof)*'dir. Bu mahkemenin temel görevi, istinaf mahkemelerinden verilen kararların temyiz incelemesini yapmaktır. Yüksek Mahkeme'de beş daire bulunmaktadır, bunlar bazı davalarda (iş ve sosyal güvenlik daireleri) üç devamlı hâkim ve iki geçici uzmandan oluşur. Halihazırda Avusturya'da ilk derecede 150 adet tek hâkimli mahkeme ve yirmi adet heyet mahkemesi mevcuttur.

---

[85] **Frad/Schimka**, s. 57.

[86] **Bajons**, Ena-Marlis: "Civil Procedure For Austria Revisited. An Outline of Austrian Civil Procedure Reforms", (ed. **Trocker** Nicolo / **Varano,** Vincenzo) Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective 2003, s. 118 vd.; Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 20.

Viyana'da özel yetkili bir ticaret mahkemesi ile iş ve sosyal güvenlik mahkemesi bulunmaktadır. Diğer yerlerde, ilk derecedeki heyet mahkemeleri *(Landesgericht)* ticarî ihtilaflara ve iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara da bakmakla görevlidir[87].

II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI

A. DAVANIN AÇILMASINDAN ÖNCE YERİNE GETİRİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

Davanın açılmasından önce dava açılacağına dair bir ihbarda bulunulmasına gerek yoktur. Ancak uygulamada karşı tarafa dava açmadan önce bildirimde bulunulmaktadır. Dava dilekçesi, davalının cevabı ve temyizde, yazılı şekil geçerlidir. Taraflar genellikle yazılı olarak sundukları dilekçelerini sözlü olarak da ifade ederler. Avusturya hukukunda, tasarruf ilkesinin sonucu olarak dava ancak davacının talepte bulunması sonucu açılır. Dava açıldıktan sonra, yargılamanın safahatını belirlemek mahkemenin görevidir. Genellikle uyuşmazlığın değerinin 4.000 Euro'ya kadar olduğu davaları, taraflar hukukî yardım olmaksızın kendileri açabilirler. Değeri 4.000 Euro'dan fazla olan davalarda, Avusturya Medenî Usûl Kanunu'na göre avukatla temsil zorunludur. Avukatlar, herhangi bir sınırlama olmaksızın Avusturya'nın her yerinde, her derecedeki mahkemelerde ve makamlarda temsile yetkilidir. Mahkeme masrafları, uyuşmazlığın değeri üzerinden hesaplanır. Genel kural, kaybeden taraf aleyhine yargılama masraflarına hükmedilmesidir[88].

B. DAVANIN AÇILMASI

Davacının görevli mahkemeye dava dilekçesi (*Klage*) vermesi ile dava açılır. Bu aşamada dava mahkeme nezdinde askıdadır (*gerichtsanhaengig*). Bu aşamadan sonra ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilinceye kadar taraflar arasında askıda (*streitanhaengig*) kalır. Tebligat iadeli taahhütlü posta vasıtasıyla mahkeme tarafından yaptırılır. Dava dilekçesi; temel vakıaları, hukukî gerekçe ve sebep ile talep sonucunu

[87] **Bajons**, s. 118 vd.; **Frad/Schimka**, s.61 vd; Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 21.
[88] **Frad/Schimka**, s. 58.

içermelidir. Davayı ortaya koyan ve davacının elinde bulunan belgeler de dilekçeye eklenir; ayrıca tanıklar da bildirilir. Davacının yargılama sürecinde talebini daraltabilmesi mümkündür. Kural olarak davanın genişletilmesi, davalının muvafakatına bağlıdır; davalının muvafakat etmemesi halinde ise, bu mahkemenin kararına bağlıdır. Çoğu davada mahkemenin davanın genişletilmesi yolunda karar verdiği görülmektedir. Her dava dilekçesinde; görevli mahkeme, tarafların kimlikleri, vekillerinin kimlikleri, dava tarihi, davacının veya vekilinin imzası, davanın konusu ve değeri, davanın türü, ekleri, davanın gerekçesi, davaya ilişkin vakıalar ve deliller yeralmalıdır[89].

C. DAVAYA CEVAP VERİLMESİ

Davanın açılmasından sonra mahkeme, ilk ara oturum tarihini belirleyebileceği gibi, davaya yazılı cevap verilmesi için davalıya dört haftalık süre de verebilir. Dava değerinin 30.000 Euro'yu geçtiği davalarda, mahkeme davalının yazılı cevap vermesine karar vermek zorundadır. Yazılı cevap dilekçesinde; davanın kabul edilmemesi veya bir kısmının reddedilmesinin talep edilmesi, vakıa ve savunmaların ortaya konulması, delillerin bildirilmesi, görev ve yetkiye itiraz edilmesi ve var ise derdestlik *(lis pendens)* veya kesin hüküm *(res judicata)* itirazında bulunulması gerekir. Davalının gıyabında[90] karar verilmemesi için, davalının mutlaka davaya cevap vermesi gereklidir. Yargılamanın her safhasında davalının karşı dava açması mümkündür. Avusturya hukuk sisteminde, aleyhine açılmış olan bir davada, davalının diğer bir davalıya talebini yöneltmesi veya bu davada dava dışı üçüncü kişiden çapraz talepte bulunması düzenlenmemiştir[91]. Avusturya hukukunda uyuşmazlığın değerinin 30.000 Euro veya altında olduğu durumlar bakımından özel bir yargılama usûlü uygulanmaktadır. Buna göre, uyuşmazlığın değerinin 30.000 Euro'yu aşmadığı davalarda, belirli yazılı delillerin

---

[89] **Frad/Schimka**, s. 59 .

[90] Hukukumuz bakımından gıyap müessesesi, yani davanın, gelmeyen tarafın yokluğunda görülmesi ve gıyap kararının verilmesinden sonraki duruşmalara kabul edilmemesi ve verdiği dilekçelerin dikkate alınmaması kuralı, 3156 Sayılı Kanun ile kaldırılmıştır. Ancak, duruşmaya gelmiş olan karşı tarafın davayı takip edeceğini bildirmesi halinde tahkikata veya yargılamaya, diğer bir deyişle davaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam olunacağı evvelce kendisine meşruhatlı davetiye ile bildirilmiş (HUMK m. 213/II, 377/I) olması halinde, davaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilir (**Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2009, s. 588vd.).

[91] **Frad/Schimka**, s. 60.

varlığı halinde, ilçe mahkemeleri ve asliye mahkemeleri duruşma açmaksızın dosya üzerinden şartlı bir ödeme emri (*bedingten Zahlungsbefehl*) çıkartılmasına karar verebilir. Borçlu bu ödeme emrine karşı tebellüğ tarihinden itibaren dört hafta içerisinde itiraz ederse, bu durumda dava görülmeye başlanır. Sözkonusu şartlı ödeme emrinin hukuken bağlayıcı olmasının önlenmesi için davalının mutlaka itirazda bulunması gereklidir. İtiraz süresi dört hafta ile sınırlıdır. Davalı tarafından itirazda bulunulduktan sonra, mahkeme hazırlık oturumu (*vorbereitende Tagsatzung*) yapılmasına karar verir[92].

D. DURUŞMA ÖNCESİ HAZIRLIK SAFHASI

Kıta Avrupası Sistemi'ne dahil olan Avusturya medenî yargılama hukukunda, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemine dahil ülkelerde olduğu gibi, duruşma öncesi ön yargılama safhası mevcut değildir. Ancak hazırlık oturumu yapılması esası mevcuttur[93]. Hukuk mahkemelerindeki yargılama usûlü, Avusturya'da sosyal refah devleti ilkesinin bir gereği olarak görülür. Bu bakımdan dava taraflarının, işbirliği içerinde çalışarak maddî gerçeğin bulunması ve adil bir yargılamaya ulaşılması hedeflenir. Medenî yargılama hukukunun özelliği hâkimin yargılamayı maddî anlamda sevk ve idare yetkisine sahip olmasıdır. Dava dosyasının mahkemeye verilmesi ile birlikte hâkimin aktif olarak görevi başlar. Hâkim yargılamada en aktif süjedir[94].

E. YARGILAMA SAFHASI VE GÖZE ÇARPAN ÖZELLİKLERİ

Uyuşmazlığın değerinin 30.000 Euro'yu geçen davalarda, dava dilekçesini alan mahkeme, davanın mesmu olduğu ve mahkemenin de görevli olduğu kanaatine varırsa, davalının davaya yazılı olarak cevap vermesine karar verir. Yazılı cevap layihasının verilmesinden sonra ise mahkeme, hazırlık oturumu yapılmasına karar verir. Delilleri göstermek ve maddî vakıaları ileri sürmek tarafların görevidir. Ancak hâkimin de bu konularla ilgili araştırma yapması ve uzman yardımı alması mümkündür. Hazırlık

---

[92] **Rechberger**, W.H./**Klicka**, Th.:"Accelerating Civil Litigation in Austria in the Twentieth Century", (ed. **van Rhee,** C.H.) Essays on Undue Delay in Civil Litigation, Oxford, 2004, s. 233 ve 245; **Frad/Schimka**, s. 63.
[93] **Frad/Schimka**, s. 63.
[94] Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 21.

oturumunda taraflarca ileri sürülen vakıalar, iddia ve savunmalar ele alınır. Tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak, bu aşamada tarafların uzlaşma, kabul veya vazgeçme suretiyle yargılamayı sona erdirmeleri de mümkündür. Taraflar yargılamayı sona erdirmemişlerse, hâkim, yargılama sürecinde hangi delillere başvurulacağını bu aşamada tespit eder. Zor ve karmaşık davalarda, yargılama süreci içerisinde bir kaç ay süren oturumlar yapılması mümkündür. Avusturya medenî yargılamasında, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) yargılamasında olduğu gibi, delillerin açıklatıldığı, yani delil keşfi yapılan ön inceleme aşaması bulunmaz. Yargılamanın bu aşamasında ancak davalının davaya cevap vermesi (*Klagebeantwortung*) mümkündür. Delillerin toplanmasına ilişkin kararında (*Beweisbeschluss*) mahkeme, taraflarca bildirilen delillerin ibraz edilmesine karar verebilir. Başvuru üzerine mahkemenin, karşı tarafın elinde bulunan belgelerin ibraz edilmesine de karar verebilmesi mümkündür. Ancak, karşı taraf buna zorlanamaz, diğer bir deyişle bu durum herhangi bir yaptırıma bağlanmamıştır; ancak bu durum delillerin değerlendirilmesinde, taraf davranışı olarak hâkim tarafından dikkate alınır. Mahkeme aynı zamanda üçüncü kişilerin elinde bulunan belgelerin sunulmasına da karar verebilir. Hâkime, dava ile ilgisi ortaya konulamayan ve yargılamayı uzatacağı anlaşılan delilleri önceden reddetme imkânı verilmiştir[95]. Ayrıca, hâkim sadece delillerin gösterilmesini, bildirilmesini ve ibraz edilmesini emretmekle kalmaz, re'sen her türlü delile başvurabilir. Ancak hâkimin taraflarca iddia edilmeyen bir husus hakkında araştırma yetkisi yoktur. Mahkeme kendiğilinden delil toplamakla yükümlü değildir. Mahkeme sunulan delillerin takdirinde serbesttir (*Grundsatz der freien Beweiswürdigung*). Ancak, geç delil ikamesi sınırlandırılmıştır. Hâkim sunulan delilleri kabul edip etmemekte ve değerlendirmekte serbesttir.[96].

Avusturya yargılama hukukunda jüri mevcut değildir. Ara oturum tutanakları hâkim tarafından tutturulur. Oturum sırasında hâkim, tarafların vermiş oldukları dilekçeleri ve tanık ifadelerini özetler ve bunları bir diktafon vasıtasıyla dikte ettirir.

[95] **Frad/Schimka**, s. 63.
[96]**Rechberger**, Walter H. (çev. **Yıldırım**, M. Kamil): "Avusturya Medenî Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması", (derleyen Yıldırım, Kamil) İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul 2002, s. 6.

Bunun akabinde, oturumda kayda alınan hususlar bir kaç hafta içinde yazılı hale getirilerek, taraflara verilir. Avusturya'da yargılama usûlünün temel öğesi sözlü olan duruşma safhasıdır. Duruşma bir kaç ara (*Tagsatzungen*) oturumdan oluşur. Taraflar layihalarında ve beyanlarında davaya ilişkin vakıaları ortaya koyarlar ve delillerin toplanmasını talep ederler. Hâkim davanın tarafları ve vekilleriyle uyuşmazlığı açıklığa kavuşturmak için tartışır. Tarafların iddiaları ve savunmaları açık değilse, hâkim bunu aydınlatmak durumundadır. Kural olarak, davacı iddialarını ispatla, davalı da cevap layihasında ileri sürdüğü hususları ispat etmekle yükümlüdür. Genel bilgi ile kavranabilen vakıalar ile ihtilaf konusu olmayan vakıaların ispatı gerekmez. Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nda, belge, tanık, bilirkişi, keşif, taraf ifadeleri ve sunulan sair evrak ve belgeler delil olarak kabul edilmiştir. Çapraz sorgulama mümkün değildir. Keşif bizzat mahkeme tarafından gerçekleştirilir. Tarafların hukuka aykırı olarak edinilmiş delilleri sunabilmeleri de mümkündür. Yargılamanın sonunda, taraflarca ileri sürülen maddî vakıalarla ilgili bütün delillerin ve kanunî verilerin dosyaya intikal ettirilmiş olup olmadığı hâkim tarafından kontrol ettirilir[97].

F. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA VE ÖZEL USÛLLER

Avusturya medenî yargılamasında, ihtiyati tedbirler, malvarlığının korunmasına ilişkin geçici hukukî koruma tedbirleri ile aile hukukuna, ticaret siciline, tapu siciline ve kira uyuşmazlıklarında ve kiracının korunmasına ilişkin meselelerde uygulanan özel bir çekişmesiz yargı usûlü (*Ausserstreitverfahren*)[98] mevcuttur[99]. İhtiyati haciz, ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümler arasında ve para alacaklarının ihtiyati tedbir yoluyla korunmasına ilişkin olarak düzenlenmiştir. İhtiyati haciz talep edilebilmesi, bir para alacağı ve bu alacağın tedbir yoluyla korunması yoluyla hukuki yarar bulunmasına bağlıdır[100].

---

[97] **Frad/Schimka**, s. 64; Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 21.
[98] Bkz. ileride IV, C, 2.
[99] **Frad/Schimka**, s. 66.
[100] **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 88 vd.

G. DURUŞMA SONRASI UYGULAMALAR VE KANUN YOLLARI

Avusturya medenî yargılamasında olağan kanun yolları içinde istinaf *(Berufung),* temyiz *(Revision*) ve ara kararlara karşı itiraz *(Rekurs)* yeralır. Kural olarak, ara kararları aleyhine de istinaf yoluna başvurulabilmesi mümkündür. Bazı ara kararlara karşı esas hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilirken, bazı ara kararlara karşı tek başına da istinaf yoluna başvurulabilmesi mümkündür. Ancak son değişikliklerle, aleyhine istinaf yoluna başvurulabilen ara kararı türleri azaltılmıştır. İhtiyati tedbir kararları aleyhine de istinaf yoluna başvurulabilir. Maddî bir değere ilişkin olan ve 2.000 Euro'nun altında olan davalara ilişkin ilk derece mahkemelerinin nihaî kararlarına karşı ancak hukukun yanlış uygulanmış olduğu veya kararın hükümsüzlüğü sebebiyle istinaf yoluna başvurulabilir. Tüketicinin korunması, aile hukukuna ve kiraya ilişkin uyuşmazlıklar yönünden sözkonusu miktar sınırı geçerli değildir. İstinaf nihaî kararların icrasını durdurur. İstinaf ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı, kararın tebliğinden itibaren dört hafta içinde yapılır. Bu süre içerisinde kararların icra kabiliyeti yoktur. Tarafların istinaf aşamasında yeni maddî vakıa ve deliller ileri sürmeleri[101] mümkün değildir, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesince kabul edilen maddî vakıalarla bağlıdır. İddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı bulunmaktadır. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinde yapılan usûlî işlemleri denetler ve kontrol eder. Avusturya yargılama hukukunda bu sınırlı istinaf olarak anılır[102]. İstinaf mahkemesi, istinaf yoluna başvuran tarafın ileri sürdüğü istinaf sebepleriyle de bağlıdır. Ancak, karardaki kamu düzeni gibi hukuka aykırılıklar resen nazara alınır. İstinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesinin yanlış karar verdiği kanısına varırsa, bu kararı kaldırarak kendisi karar verebilir. İstinaf mahkemelerinde aleyhe karar verme yasağı *(reformatio in peius)* geçerlidir. Ancak kararın her iki tarafça da istinaf edilmiş olması halinde,

[101] **Frad/Schimka**, s. 66 vd. Yazarlar, bu vakıa ve delillerin ancak, ilk derece mahkemesinde sunulan bir delilin kabul edilmemiş olması ya da bir tanığın unutulması ya da reddedilmiş olması sebebiyle, dinlenilmemiş olması halinde, istinaf aşamasında gündeme getirilmesi ve istinaf mahkemesince kabul edilebilmesinin mümkün olduğunu ifade etmişlerdir. Aynı yönde bkz. **Yıldırım-Deren**, s. 279.

[102] **Yıldırım-Deren**, s. 269 vd. Yazar, sınırlı istinafta, sınırlı istinafın işlevinin ilk derece mahkemesince verilen kararın, bu mahkemeden daha nitelikli bir mahkeme tarafından kontrol edilmesini ifade ettiğini, buna göre sınırlı istinaf modelinde dava malzemesinin temini aşamasının ikinci yargılamada tekrarlanmadığını, yeni vakıaların getirilmesi yasağı bulunduğunu, istinaf derecesinin ilk derece mahkemesinin tespitleri ile bağlı tutulduğunu ve kararını ilk derece mahkemesince toplanan dava malzemesine dayandırdığını ifade etmektedir.

mahkemenin talepten azına ya da çoğuna karar vermesi mümkündür[103]. Temyiz ise, istinafta bulunulan ikinci derece mahkemesinin kararlarına karşı Yüksek Mahkeme'ye yapılır. Avusturya yargılama hukukunda temyizde iş yükünün azaltılması için son yıllarda önemli değişiklikler yapılmış ve temyiz sınırı yükseltilmiştir. Ancak, dava değerinin 20.000 Euro ve üzerinde bulunduğu davalara ilişkin kararlar temyiz edilebilir. Bununla birlikte, dava değerinin 4.000 Euro ila 20.000 Euro arasında olduğu davalar, ancak ikinci derece mahkemesinin izni ile Yüksek Mahkeme'de temyiz edilebilir. Temyiz, istinaf kararının tebliğinden itibaren dört hafta içinde yapılır. Yüksek Mahkeme ancak hukukî bakımdan inceleme yapar ve istinaf mahkemesinin belirlediği maddî vakıalarla bağlıdır. Olağan kanun yollarından sonuncusu olan itiraz ise, mahkeme kararlarına (*Beschluss*) karşı yapılır[104].

H. YARGILAMA MASRAFLARININ YÜKLETİLMESİ

Yargılama masrafları, mahkeme masrafları ve vekâlet ücretlerinden oluşur. Yargılama masrafları uyuşmazlık konusu değer ile orantılıdır. Genel olarak, kaybeden taraf aleyhine kaybettiği oranda yargılama masraflarına hükmedilir[105].

III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI

Avusturya yargılama reformlarının merkezinde, her zaman usûlî gecikmelere karşı verilen mücadele yeralmış ve yargılamanın geciktirilmesinin önlenmesine ilişkin sıkı tedbirler alınmıştır. Bu bakımdan, Avusturya medenî yargılamasında, yargılamanın süresi ile ilgili olarak esaslı bir sorun yaşandığını söylemek pek mümkün değildir. Hatta uluslararası bir karşılaştırma içinde ele alındığında, esasında Avusturya medenî yargılamasının diğer ülke yargılamalarına oranla göreceli olarak hızlı olduğu ifade edilmektedir[106]. II. Dünya Savaşından sonra hukuk davalarındaki görülmemiş artış, dava konusu uyuşmazlıkların ağır fiilî ve hukukî sorunlu içerikleri, hukuk kurallarının

[103] **Yıldırım-Deren**, s. 278; Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 22.
[104] **Frad/Schimka**, s. 68 vd.; Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 24.
[105] **Frad/Schimka**, s. 69.
[106] **Oberhammer/Domej**, s. 123.

karmaşık hale gelmesi ve bilirkişiye daha çok başvurulması gibi sebeplerle yargılama süresi uzamaya başlamış, ancak bu durum yapılan değişiklerle kontrol altına alınmıştır[107].

Avusturya yargılama hukuku yapısında yeralan hâkimin güçlü konumu, hâkimle tarafların vakıaların tespiti ve davanın maddî ve hukukî boyutları konusunda sürekli işbirliği içinde olması, adalet teşkilâtının düzenliliği, nüfusa oranla kişi başına düşen hâkim sayısının yüksekliği gibi unsurlar, ilk derece mahkemelerinin iş yükünün normal seviyede seyretmesine olanak sağlamaktadır. Yüksek mahkemelerin iş yükü de temyizin sınırlandırılması suretiyle azaltılmıştır[108].

IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI

A. GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE REFORM ÇALIŞMALARI

Avusturya'da yargılama hukukunun bütünleştirilmesi, esasen Mahkeme Genel Kuralları'nın *(Allgemeniner Gerichtsordnung)*, 1781 yılında yürürlüğe girmesi ile başlatılmıştır. Ancak Habsburg İmparatorluğu'nun tamamında aynı zamanda kanunlaşmanın mümkün olmaması sebebiyle, bu, kısmî bir bütünleştirme olmuştur. Avusturya'da 19. yüzyıldaki gelişmeler iki boyutuyla önemlidir. Bunlardan birisi, Mahkeme Genel Kurallarının yerine yenilerinin konulması için yapılan bir kaç başarısız girişim; diğeri ise, giderek daha çok davanın, olağan usûlden basitleştirilmiş ve hızlandırılmış özel bir usûle geçirilmesi ve böylece Mahkeme Genel Kuralları'nın pratik öneminin ortadan kaldırılmasıdır. Avusturya'da 19. yüzyılın ilk yarısı, medenî yargılama alanında tamamen verimsiz olmuştur. Özüne dokunmadan Mahkeme Genel Kuralları'nın revizyonunu amaçlayan ve hatta kamuya dahi açıklanmamış bir kaç taslak hazırlanmıştır. Mahkeme Genel Kuralları taslağını takip eden bir seri reform taslağı, 1858 tarihli Medenî Usûl Kanunu Taslağı ile nihayet bulmuştur. Kanun koyma

[107] **Rechberger** , İlkeler, s. 2 vd.
[108] **Bajons**, s. 124 vd.; **Rechberger**, İlkeler, s. 3.

sürecinde yaşanan zorluklar, küçük talepler için sözlü bir usûl öngören ve hâkimin yargılamanın yürütülmesinde çok daha güçlü bir etkisinin bulunduğu seri ve basit muhakeme usûlünün *(Summarpatent)* 1845 yılında kanunlaşması ile hafifletilmiştir. Bunu izleyen yıllarda, özel yargılama usûllerinde yavaş ilerleyen, ancak Mahkeme Genel Kuralları'nın uygulama alanını daraltan bir kaç düzenleme yapılmıştır. 1873 yılında küçük talepler yargılama usûlüne ilişkin bir kanun *(Gesetz über das Bagatellverfahren)* çıkarılmıştır. Olağan muhakeme usûlü alanındaki gelişmeler, daha sonra bir kaç başarısız reform denemesi ile sekteye uğratılmıştır. Bu tarihteki reformlar medenî yargılamanın sözlülük, alenilik ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkeleri çerçevesinde reforme edilmesini öngörmüştür. Reformların bu ikinci evresi, 1862 yılında tamamlanan bir taslak ile başlamıştır. 1867, 1870, 1876 ve 1881 yıllarında çıkarılan taslaklar bunu izlemiştir. Ancak hiç birinin Parlamento tartışmaları safhası tamamlanıp, nihayete erdirilememiştir. 1895 tarihli Usûl Kanunu'nun *(Zivilprozessordnung)* kabul edilmesine kadar durum bu şekilde sürmüştür. Bu Kanun'un kabul edilmesiyle, kanun yolu yargılamasında yeni malzeme getirme yasağı, Avusturya yargılama hukuku geleneğine yerleşmiştir. Bu kısıtlamanın mucidi Avusturya medenî yargılama hukukunun ünlü reformcusu Franz Klein sanılsa da, bu durum esasında Avusturya kanun koyucusunun yaklaşımıdır. 1895 tarihli Avusturya Medenî Usûl Kanunu, sosyal refah devletinin bir kanunu olarak yerini korumuştur. Esasen bu Kanun'un karakteri, reformcu akademisyen Franz Klein'in yargılama ideolojisinin izlerini taşımaktadır[109]. Klein'in yargılamaya ilişkin görüşleri temelinde, 20. yüzyılın hukukî gelişmelerinin bir kısmı, Medenî Usûl Kanunu ile kabul edilen tedbirlerin tersine dönmesine neden olmuştur. Davanın sevki ve yürütülmesi bakımından hâkimin güçlü poziyonu, başarısı ispat olunmuş bir kavram haline gelmiş ve Avusturya Usûl Kanunu'nun ve medenî yargılama hukukunun en belirleyici özelliği olmuştur[110].

[109] **Oberhammer/Domej**, s. 119 vd. Yazarlar, Klein'in düşüncesine göre, etkin ve hızlı yargılamanın, ancak güçlü bir hâkim ve doktriner kavramların sıkı bir şekilde uygulamasından çok, usûl ilkelerinin pragmatik bir şekilde ele alınması ile gerçekleşebilmesi mümkün olduğunu ve geçerliliğini hiç bir zaman kaybetmeyecek olan bu düşünceye göre, medenî yargılamanın, hukuk düzeninin bozulmasına ve sosyal sorunlara mümkün olduğunca çabuk ve başarılı çareler bulması gerektiğini ifade etmişlerdir.
[110] **Oberhammer/Domej**, s. 122.

Avusturya Medenî Usûl Kanunu, yürürlüğe girdiği 1898 yılını[111] takip eden on yıl için yargılama süresini önemli ölçüde kısaltabilen bir kanun olmuş; ancak daha sonra, hukuk davaları sayısının 2. Dünya Savaşı'ndan sonra öngörülemez şekilde artış göstermesi, dava konusu uyuşmazlıkların ağır fiilî ve hukukî sorunlar içermesi, hukuk kurallarının daha karmaşık hale gelmesi ve daha sık olarak bilirkişiye başvurulması gibi sebeplerle yargılama süresi uzamaya başlamıştır. Yargılamanın hızlandırılmasına ilişkin tedbirler, Avusturya'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne imza koyması ile önem kazanmıştır[112]. Ancak yine de, Avusturya medenî yargılamasının, uluslararası bir karşılaştırma içinde bu güne kadar göreceli olarak hızlı olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, Avusturya yargılama reformlarının merkezinde hep usûlî gecikmelere karşı verilen mücadeleler yeralmıştır. Bu kapsamda alınan tedbirlerden biri de, yargılamanın geç safhalarında ileri sürülen iddia ve vakıaların kabul edilmemesine ilişkin sıkı düzenlemelerdir. Usûl Kanunu'nun 179. maddesine göre, tarafların ilk derece mahkemesinde sözlü yargılamanın sonuna kadar vakıa ve delillerini ikame edebilmeleri mümkündür. Mahkeme bu iddia ve vakıaları ancak bunların evvelce yargılamayı açıkca geciktirmek amacıyla ileri sürülmemiş olmaları halinde kabul etmeyebilir. Zira, sürekli olarak delil ikame edilmesi yargılamayı geciktireceği açıktır. Yargılama sırasında "açıkca geciktirmek amacı"nın ispatının zor olması sebebiyle, 1997 değişikliğinde, tüm şartlar birlikte gözönüne alındığında, "vakıa ve iddianın geç ileri sürüldüğüne dair hiç bir makûl şüphe bulunmaması' kıstası getirilmiştir. 2002 yılında bu düzenleme tekrar değiştirilerek, "vakıa ve delillerin ancak ağır ihmal sonucunda daha evvel ileri sürülmemiş olması' kıstası getirilmiştir. Bununla birlikte, "ağır ihmal" ve "hatırı sayılır gecikme" ön şartlarının ortaya konulabilmeleri

[111] Avusturya hukuk tarihinde, 1898 yılı usûl hukukunda esaslı yasama hareketlerinin gerçekleştirildiği bir yıl olmuştur. 1 Ocak 1898 tarihi itibariyle sadece Usûl Kanunu yürürlüğe girmekle kalmamış, aynı zamanda medenî yargılama hukukunda Yargı Yetkisinin Kullanılması ve Adliye Mahkemelerinin Yetkisi Hakkında Kanun (*Jurisdiktionsnorm*), ilamların icrasını ve geçici tedbirleri düzenleyen İcra Kanunu (*Exekutionsordnung*), mahkemelerin kuruluşuna, teşkilâtına ve iç usûllerine ilişkin Mahkemeler Kanunu (*Gerichtsorganizationsgesetz*) da yürürlüğe girmiştir. Bu kanunlar muhtelif defalar tadil edilmiş olmalarına rağmen halen yürürlüktedirler (**Rechberger/Klicka**, s. 233).

[112] **Rechberger**, s. 2 vd; **Rechberger/Klicka**, s. 233 vd.

çok zor kavramlar olması sebebiyle, yapılan değişikliklerin uygulamadaki başarısına şüpheyle bakılmıştır[113].

Son yirmi yıl içinde Avusturya Medenî Usûl Kanunu defalarca değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerden sonuncusu 2002 yılında yapılan değişikliktir. Yapılan bu son değişikliğin çift katlı olduğu, ilk katın medenî yargılamanın hızlandırılmasına, ikinci katın ise yüksek kademedeki mahkemelerin, özellikle de Yüksek Mahkeme'nin yükünün azaltılmasına, ilişkin olduğu ifade edilmiştir[114]. 2002 tarihli Medenî Usûl Kanunu Değişikliğine ilişkin Kanun'da, hedefin ilk katına ulaşılması için kullanılan metod, mahkemenin dava yönetimi yetkisinin (hâkimin esas bakımından davayı sevki) ve yargılamanın yürütülmesinde tarafların birbirleriyle işbirliği içinde olma yükümlülüğünün güçlendirilmesi suretiyle, yargılamanın başlangıç aşamalarının basitleştirilmesi ve alacakların tahsili hakkında basit ve hızlı usûlün kapsamının 10.000 Euro'dan 30.000 Euroya yükseltilmesine ilişkindir. Hedefin ikinci katında ise, yüksek mahkemelere, özellikle de Yüksek Mahkeme'ye erişimin sınırlandırılması suretiyle ulaşılmaya çalışılmıştır. Bu amaç ilk defa 1983 tarihli Medenî Usûl Değişikliğine İlişkin Kanun'da *(Zivilverfahrens-Novelle)* dile getirilmiş ve takip eden 1989, 1997 ve 2002 değişiklikleri ile tâdil edilmiş ve son olarak da 2003 tarihli Çekişmesiz Yargıya İlişkin Kanun'da[115] anlamını bulmuştur. Temyiz, önemli hukukî meselelerin çözümüne dayanan mahkeme kararlarının gözden geçirilmesi ve incelenmesi (*Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung*) ile sınırlandırılmıştır. Bu usûl, başlangıçta kısmen kabul edilmiş olmakla birlikte, bugün artık Yüksek Mahkeme'nin yükünü azaltmakta dikkat çekici biçimde başarılı olmuştur[116].

---

[113] **Oberhammer/Domej**, s. 123.

[114] **Bajons**, s. 115. Yazar bu hedefin Yüksek Mahkeme'nin basit bir üçüncü derece mahkemesi olma işlevinin, sadece yol gösterme işlevine (*Leitfunktion*) dönüştürülmesi suretiyle gerçekleştirildiğini, artık Yüksek Mahkeme'den alt derecedeki mahkeme yargılamalarında yapılan her yanlışığı düzeltme görevinin beklenemeyeceğini ifade etmektedir (s. 115)

[115] Bu Kanun (*Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen*) 01.01.2005 itibariyle yürürlüğe girmiştir (**Atalı**, Murat: "Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı", Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IV, Ankara 2005, s. 49).

[116] **Bajons**, s. 116; **Oberhammer/Domej**, s. 123.

B. 2002 TARİHLİ MEDENÎ USÛL DEĞİŞİKLİĞİNE İLİŞKİN KANUN: İLK DERECE YARGILAMASININ HIZLANDIRILMASI

1. Genel Olarak

Avusturya'da uzunca bir süre yargılamanın süresi ile ilgili olarak bir sorun yaşanmamıştır. Bunun temel sebepleri olarak Avusturya Usûl Kanunu modeli yapısında, hâkime takdir hakkı verilmesi suretiyle güçlü bir durumda bulundurulmasına ve tarafların hâkimle vakıaların tespiti sürecinde işbirliği içinde olmasına ilişkin uzun ve sekteye uğramamış bir gelenek mevcut olması, hâkimlere adliye binalarında kendi ofislerinin temin edilmesine ilişkin düzgün bir alt yapı kurulmuş olması, birçok adliye işini üstlenen memurların istihdam edilmesi, 1. Dünya Savaşı'ndan sonra ilk derece mahkemelerinde tek hâkimin görev yapması usûlünün getirilmesi, her yıl sonunda gelecek yıla ilişkin yeni davaların tahsisi ve dağıtımı ile nüfusa oranla kişi başına çok sayıda meslekten hâkim istihdam edilmesi olarak sayılabilir. Yargılamanın hızlandırılmasına ilişkin olarak da, esasen modern zamana uyum sağlamak amacıyla (örneğin taraflar arasında elektronik data transferi ve elektronik posta yoluyla dilekçelerin ve sair belgelerin gönderilip alınması gibi) değişiklikler yapılmıştır. 2002 tarihli Medenî Usûl Değişikliğine İlişkin Kanun, yargılama sürecinde taraflarca yerine getirilecek aşamaların basitleştirilmesi suretiyle yargılama hukukunu hızlandırmaya çalışmıştır[117].

Avusturya'da ilk derecede yeralan ilçe mahkemeleri ve asliye mahkemelerinde dava açmaya ilişkin usûl aynıdır. Bunu takip eden aşamalar, mahkemeye göre değişiklik göstermektedir. Delillerin toplanması, reformdan önce olduğu gibi uyuşmazlığın ortaya konulmasında vazgeçilmez bir unsur olarak yerini korumaktadır. Ancak, hâkim artık dava aşamalarını taraflarla işbirliği içinde planlamak *(Prozessprogramm)* durumundadır (örneğin, hangi vakıaların ispat edilmesi gerektiği ve bunların hangi metodlarla ispat edileceğinin kararlaştırılması gibi). Reform öncesinde de, ara oturumlarda tarafların davranışlarının, hâkimin delilleri değerlendirmesinde rol oynamaktadır, ancak davanın

[117] **Bajons**, s. 117 vd.

seyrinin geliştirilmesinde taraflara yüklenen yükümlülüklerin taraflarca yerine getirilme derecesi, Reform'dan sonra hâkimin kararında artık gerçek bir etken haline gelmiştir. Bu yükümlülük 2002 tarihli Medenî Usûl Değişikliğine İlişkin Kanun'da özellikle dile getirilmiş ve Medenî Usûl Kanunu m. 178/2'de, yargılamanın hızlı bir şekilde seyretmesi için, tarafların iddia ve savunmalarını zamanında ve tam olarak sunmak zorunda oldukları düzenlenmiştir. Yeni vakıalar ve delillerin, sözlü ara oturumların sona ermesine kadar sunulabilmesi öngörülmüştür. Ancak ağır ihmal sonucu yargılamanın erken aşamalarında sunulmamış olmaları ve bu geç aşamada dikkate alınmalarının hüküm verilmesini önemli şekilde geciktirecek olması halinde, hâkimin bunları reddetme yetkisi mevcuttur[118].

2. Hâkim ile Taraflar Arasında Davanın Maddî ve Hukukî Boyutlarına İlişkin Olarak Erken Aşamalarda Yapılan Tartışmalar

2002 tarihli Usûl Hukuku Reformu'nda, hâkim ile taraflar arasında, davanın maddî ve hukukî boyutlarına ilişkin olarak yapılan tartışmalara (Rechtsgespraech) özel önem verilmiştir (örneğin, Medenî Usûl Kanunu m. 177/1, m. 182a, c.1, m. 258/1 b. 3). Buradaki amaç, iddia ve savunmalara ilişkin vakıalarla ilgisi olmayan delillerin toplanması için zaman kaybedilmesinin önlenmesi veya en azından azaltılmasıdır. Hâkim ve taraflar arasında yapılan tartışmalar sırasında hâkimin tarafsızlığını koruması ve dava hakkındaki görüşünü açıklamaması esastır. 2002 tarihli Medenî Usûl Değişikliğine ilişkin Kanun'da davaya ilişkin çekişmeli tüm meselelerin tespit edilerek, tarafların önüne konulmasının, hâkimin görevi olduğu ve buna uyulmamasının temyiz sebebi sayılacağı açıkca düzenlenmiştir (Medenî Usûl Kanunu m. 182a, c. 2). 2002 Reformu ile hâkimin davayı yönetme görevi ve tarafların işbirliği yükümlülüğünün güçlendirildiği söylenmelidir[119].

[118] **Bajons**, s. 120.
[119] **Bajons**, s. 120.

3. İlk Derece İlçe Mahkemeleri Tarafından Verilen Ödemeye İlişkin Kararların, Asliye Mahkemeleri Tarafından da Verilebilmesine İmkân Tanınması

Avusturya medenî yargılama hukukunda uzun zamandır uygulanan özel bir basit ve seri yargılama usûlü *(Mahnverfahren)* mevcuttur. Bu usûlün temel iki özelliğinden birincisi hâkimin tamamen ve sadece davacının iddialarına dayanarak ödeme kararı vermesi; diğeri ise, davalıya bu iddialara cevap verme imkânı tanınmamasıdır. Davalının ödeme kararına itiraz etmemesi halinde, ödeme kararı icra edilebilir hale gelmektedir. Bu usûl, 2002 tarihli değişikliğe kadar sadece ilk derece yargılamasında tek hâkimli ilçe mahkemelerinde 10.000 Euro'ya kadar olan uyuşmazlıklarda uygulanabilmekteydi. Değişiklikle, bu usûlün ilk derece asliye mahkemelerinde de 30.000 Euro'ya kadar olan uyuşmazlıklar bakımından uygulanması düzenlemesi getirilmiştir. Ödeme kararı verilmesine ilişkin sözkonusu basit ve seri usûl, bugün Avusturya'da elektronik data transferi suretiyle yapılmakta (Medenî Usûl Kanunu m. 251 vd) ve avukatlar da bu metod ile başvuruda bulunmaktadırlar[120].

4. Tarafların Yokluğu

2002 tarihli Reform'a kadar ilk derece yargılamasının herhangi bir safhasındaki herhangi bir oturumda hazır bulunmayan taraf, yargılamanın bundan sonraki safhasına katılamaz ve karşı taraf onun gıyabında karar verilmesi talebinde bulunabilirdi. Bu kural, Reformdan sonra yargılamanın sadece hazırlık oturumuna kadar olan kısmı bakımından uygulanır hale gelmiş, yargılamanın sonraki aşamaları bakımından kaldırılmıştır[121].

[120] **Bajons**, s. 121
[121] **Bajons**, s. 123.

C. SON YİRMİ YILDA KANUN YOLLARI İLE İLGİLİ OLARAK YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER: BÖLGE YÜKSEK MAHKEMELERİNE VE YÜKSEK MAHKEME'YE ERİŞİM

1. Genel Olarak

Avusturya medenî yargılama hukukunda, her zaman ilk derece mahkemesi hâkiminin kararlarının gözden geçirilmesi ve düzeltilmesi imkânı mevcut olduğu için, prensip olarak kanun yolları revize edilmemiştir. Kanun yolları sisteminin uygulamadaki başarısının temel sebebinin, istinafın yapısından kaynaklandığı belirtilmiştir. Avusturya hukukunda istinaf, ilk derece yargılamasının kontrolü, diğer bir ifadeyle istinafa başvuran kişinin dilekçesi çerçevesinde ilk derece mahkemesinde verilmiş kararın doğruluğunun kontrol edilmesi amacını taşımaktadır. Bu bakımdan Avusturya'da istinaf, gerçekliği değil, doğruluğu kontrol etmektedir. İstinaf yargılamasında yeni malzeme getirme yasağı mevcut olup, yeni vakıalar ve deliller ileri sürülememektedir[122].

Yüksek Mahkeme'ye yapılan temyizler bakımından durum biraz daha farklıdır. 1983 yılından beri, bu derecede temyizin sınırlandırılmasına çalışılmıştır. Diğer bir ifadeyle, temyiz, ancak davanın hukukun bütünleştirilmesi, hukuk güvenliği ve hukukun gelişmesi bakımından önemli sayılabilecek usûlî ya da maddî hukuka ilişkin bir sorun içermesi halinde mümkün hale getirilmiştir (m. 502/I). Sırasıyla 1989 ve 1997 yıllarından itibaren, medenî hukuka ve ticaret hukukuna ilişkin meselelelerde, istinaf kararına konu olan miktara veya değere göre üç grupta toplanan bir temyiz sistemi yürürlüğe konulmuştur. Bununla birlikte, kanunda belirlenmiş bir kaç mesele bakımından miktar ve değere bakılmaksızın temyiz kabul edilmiştir. Bunlar aile hukukuna ilişkin bazı meseleler, bazı kira ihtilafları ve tüketicinin korunmasına ilişkin

[122] **Yıldırım-Deren**, s. 278 vd.; Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 22; **Rechberger**, s. 7. Avusturya hukukunda istinaf açısından yeni malzeme getirme yasağı; evliliğin mevcut olup olmadığının tespiti veya yokluğu beyanı, nesebi sahih olmayan çocuğun babalık davasındaki hukukî ihtilaf ve nesebin gayrısahih olduğu iddiası, hizmet sözleşmesinden doğan ihtilaflar, hizmet ilişkisinin devam edip etmediğine ilişkin ihtilaflar bakımından işlememektedir (s. 7).

meselelerdir (m. 502/V, b. 1-3). Bugün Yüksek Mahkeme'de yapılan temyiz, artık iş ve sosyal güvenlik meselelerine de teşmil edilmiştir[123].

2. Çekişmesiz Yargı

2003 yılı sonunda, çok uzun süredir beklenen çekişmesiz yargı reformu da tamamlanmıştır. 1854'den beri yürürlükte olan Çekişmesiz Yargı Usûlü Kanunu (AussStrG), 31 Aralık 2004 tarihinde yürülükten kaldırılarak, 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren Yeni Çekişmesiz Yargı Kanunu (*Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten aussesstreitsachen*) yürürlüğe konulmuştur. 1997 yılında Eski Kanun'da yeralan Yüksek Mahkeme'ye yapılan itirazlara ilişkin kurallar, Medenî Usûl Kanunu'ndaki (çekişmeli yargıya ilişkin) kurallara adapte edilmiştir. Yeni Kanun'da da bu sistem korunmuştur[124]. Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun, genel hükümler kısmında; taraf kavramının sınırlarının belirlenmesi, talebin açık ve kesin olması ilkesinin yumuşatılması, yargılamanın sevk ve idaresi ile hadiseyi aydınlatma ödevi bakımından hâkime özel bir yükümlülük getirilmesi, hukukî dinlenilme hakkının garanti edilmesi, ilk derecede istisnai olarak, ikinci derecede çoğunlukla vekil ile temsil zorunluluğunun getirilmesi, duruşmaların aleniliğinin ve sözlülüğü ilkelerinin düzenlenmesi, re'sen araştırma ilkesi ve taraflarca katkıda bulunma yükümlülüğünün açıkca düzenlenmesi, Usûl Kanunu'na sadece belli bazı konularda atıf yapılması, yargılamanın kesilmesi ve durması ve bekletilmesi imkanının getirilmesi, kanun yolu yargılamasının yeniden düzenlenmesi, kararların yürürlük ve icra edilebilirlik anının düzenlenmesi, değişiklik yargılmasının öngörülmesi, yargılama giderlerinin taraflara yüklenip yüklenmeyeceğinin ve yüklenecekse bunun hangi tarafa ne oranda yapılacağının düzenlenmesi, çekişmesiz yargıda verilen nihaî kararlar ile ihtiyati tedbirler ve sair önlemlerin nasıl icra edileceğinin düzenlenmesi, gibi yenilikler getirilmiştir. Özel hükümler kısmında ise,

[123]Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 24; **Bajons**, s. 125. Yazar, ilk grubun dava değerinin 4.000 Euro'yu aşmadığı tüm hukuk davaları ve ticarî davalara ilişkin yüksek mahkeme kararlarını, ikinci grubun değeri 4.000 Euro'nun üzerinde olan ancak 20.000 Euro'yu geçmeyen uyuşmazlıklara ilişkin yüksek mahkeme kararlarını ve nihayet üçüncü grubun ise, değeri 20.000 Euro'nun üzerinde bulunan yüksek mahkeme kararlarını kapsadığını belirtmiştir.

[124] **Bajons**, s. 127.

aile, çocuk, kayyımlık, tereke, belgelendirme ve rızaî açık artırma işlerine ilişkin olarak uygulanan çekişmesiz yargı usûlünde yeni ve esaslı değişiklikler getirilmiştir[125].

3. İstatistiksel Değerlendirme

2002 tarihli reformun yürürlüğe girmesinden bir buçuk yıl sonra kadar alınan ilk istatistiksel veriler, yapılan değişikliklerin avukatlar ve hâkimler tarafından tamamen benimsenmiş olduğunu ortaya koymuştur. İstatistikler, reform ile kabul edilen değişiklikler çerçevesinde, avukatların hızlı bir şekilde ödeme emri çıkartma şanslarının artmış olduğunu, yüksek mahkemelerde görev yapan ve iş ve sosyal güvenlik meselelerine bakan hâkimlerin iş yükünün ise, ciddi şekilde azalmış olduğunu göstermiştir[126].

§4. İSVİÇRE MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI

I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

İsviçre, Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil bir ülkedir. Buna rağmen İsviçre Federal Mahkemesi (*Schweizerisches Bundesgericht*) kararlarının hatırı sayılır bir ağırlığı mevcuttur. İsviçre maddî hukuku federal yasalara tâbidir. Ancak, yargılama hukuku bakımından, 26 İsviçre Kantonundan her birinin kendi kanton mahkemelerinde uyguladığı ayrı yargılama hukuku mevcuttur. Federal mahkemelerdeki yargılama ise Federal Usûl Kanunu'na (*Bundeszivilprozessgesetz*) ve Federal Adli Teşkilata İlişkin Federal Kanun'a (*Bundesrechtspflegegesetz*) tâbidir. 26 ayrı yargılama hukuku birçok bakımdan farklılıklar gösterir. Örneğin, bir kısmında ticarî işler için müstakil ticaret

[125] **Atalı**, Çekişmesiz Yargı, s. 60-61 vd. Yazar, Avusturya'da çekişmesiz yargıya tâbi işlerin tamamının özel hukuka ilişkin olduğunu ve bunların 1895 tarihli Yargı Yetkisinin Kullanılması ve Adliye Mahkemelerinin Yetkisi Hakkında Kanun (*Jurisdiktionsnorm*) gereğince adliye mahkemelerince çözümleneceğinin düzenlendiğini, çekişmesiz yargı usûlüne tâbi işler için ayrı çekişmesiz yargı mahkemeleri bulunmadığını ifade etmiştir (s. 69 vd.).

[126] **Bajons**, s. 129. Bu hususta bkz. Bundesministerium für Justiz, Betribliches Informationssystem der Justiz (BIS-JUSTIZ) 2003.

mahkemeleri varken, bir kısmında bu ayırım yoktur. Bir kararın temyiz edilebilme şartları kantondan kantona değişmektedir[127]. 26 Kantonun, yerine göre birbirinden farklı olan yargılama kanunları yanında, yargılama hükümleri içeren federal düzeydeki bazı kanunlar ve Federal Mahkeme tarafından geliştirilen federal düzeydeki içtihada dayalı yargılama hukukunun varlığı da gözönüne alındığında; hukukî dağınıklık, bunun yol açtığı bir hukukî güvensizlik sözkonusudur[128] .

Tüm kanton yargılama usûllerinin ele alınması mümkün olmadığından ve çalışmanın sınırlarını aşacağından, çalışmamızda örnek oluşturması açısından Zürih kantonu yargılama hukuku ele alınarak, Usûl Kanunu ve Mahkeme Teşkilatı Kanunu incelenmiştir. Kanton hukukunun geleneksel önemine rağmen, birçok federal yargılama kuralı bugün artık kanton hukuku kurallarının yerini almıştır. 1 Ocak 2001 tarihinde Medenî Hukukta Yetkiye İlişkin Federal Kanun yürürlüğe girmiş ve o tarihten itibaren yetkiye ilişkin olarak federal hukuk kuralları uygulanmaktadır. Belli bazı usûlî meseleler ise Federal Anayasa kurallarına tâbidir[129]. İsviçre'de 4 farklı dil konuşulduğu için, her kanton kendi resmî dilini belirlemiştir. Davalar ilgili kantonda geçerli olan resmî dilde açılmak zorundadır. Federal yargılama hukukunda olduğu kadar, kanton yargılama hukukunda da medenî yargılama hukukuna hâkim olan ilkeler önemli rol oynamaktadır. Bu ilkeler, tasarruf ilkesi (*Dispositionsmaxime* § 54 ZH Zivilprozessordnung), somut olayda hangi hukuk kuralının uygulanacağının hâkim tarafından bulunması *(Jura novit curia)*, hukukî dinlenilme hakkı (Anayasa m. 29), mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı (Anayasa m. 30 ve § 95 vd. ZH Gerichtsverfassungsgesetz), makûl sürede yargılanma hakkı (Anayasa m. 29, f.1), alenilik (Anayasa m. 30, f.3)[130].

---

[127] **Albers**, Max/**Brusa**: Switzerland, Damiano/Dickenmann, Philipp J. CMS von Erlach Klainguti Stetler Wille, (ed. **Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law, 2004, s. 733.

[128] **Atalı**, Murat: "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler, Legal MİHDER 2006/III, s. 607 vd.

[129] Bunların en önemlileri arasında, kanun önünde eşitliğe ilişkin 8. madde, keyfilikten korunmaya ve iyi niyetin korunmasına ilişkin 9. madde, genel usûli garantilere, özellikle hukukî dinlenilme hakkına ilişkin 29. madde, yargılama ilkelerine ilişkin 30. madde gibi maddeler sayılabilir (**Albers/Brusa/Dickenman**, s. 732)

[130] **Alber/Brusa/Dickenmann**, s. 732.

A. KANTONAL MAHKEME TEŞKİLATI

Kantonal mahkeme teşkilatı aşağıda şekilde örgütlenmiştir[131]:

1. Sulh mahkemeleri

Kanunda aksi belirtilmedikçe sulh mahkemeleri (*Bezirksgericht*, bazı kantonlarda *Amtsgericht*) ilk derece mahkemeleridir. Bu mahkemelerde üç hâkim görev yapmaktadır. Ancak dava konusu miktarın 500 İsviçre Frangı ile 20.000 İsviçre Frangı arasında olduğu davalarda ve seri ve basit usûlün uygulandığı davalarda, mahkemenin tek hâkimle yargılama yapması esastır. Dava konusunun 500 Frang'ın altında olması halinde, tek hâkim (*Friedensrichter*) görevlendirilir.

2. Ticaret mahkemeleri

Zürih, ticaret mahkemesi (*Handelsgericht)* bulunan dört İsviçre kantonundan biridir. Ticaret mahkemesi, ticaret sicilinde kayıtlı bulunan şirketler arasındaki 8.000 İsviçre Frangı aşan ve ticarî işten kaynaklanan davalara bakmakla görevlidir. Davacı, sadece davalının ticaret sicilinde kayıtlı olduğu hallerde de, diğer gereklilikleri yerine getirmek şartıyla davasını ticaret mahkemesinde açabilmektedir. Ticaret mahkemesi aynı zamanda, patent, marka ve kartel hukukundan doğan özel alanlarda da görevlidir. Ticaret mahkemelerinde beş hâkim görev yapmaktadır.

3. Özel mahkemeler

Bazı kantonlarda işçi-işveren ihtilaflarına bakmakla görevli iş mahkemeleri (*Arbeitsgericht*) kurulmuştur. Zürih Kantonunda sadece Zürih Bölgesi ve Wintherthur Bölgesinde iş mahkemeleri bulunmaktadır. Kira mahkemeleri (*Mietgericht*), Zürih kantonunun her bölgesinde ve bazı diğer kantonlarda mevcuttur.

[131] **Albers/Brusa/Dickenmann**, s. 737.

4. Kanton yüksek mahkemesi

Yüksek mahkemeye (*Obergericht, Kantonsgericht*), sulh mahkemelerinin, tek hâkimli mahkemelerin ve özel mahkemelerin kararlarına karşı istinaf ve temyizde bulunulabilir. Ticaret mahkemesi kararlarına karşı kantonal temyiz ve istinaf mümkün değildir. Bazı davalarda, işletme adı ve telif hakkı gibi konularda, ticaret mahkemesi ilk derece mahkemesi olarak da görev yapmaktadır. Hatta, tarafların 20.000 Frang ve üzeri uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın yüksek mahkemede görülmesine dair yetki sözleşmesi yapabilmeleri de mümkündür.Yüksek Mahkemede 3 hâkim görev yapmaktadır.

5. Temyiz mahkemesi

Temyiz mahkemesi (*Kassationsgericht*) sadece 3 kantonda bulunmaktadır, bunlardan biri de Zürih'tir. Yüksek mahkeme kararlarına ve ticaret mahkemesi kararları temyiz edilebilir. Temyiz mahkemesinde beş hâkim görev yapmaktadır.

6. Federal Mahkeme

Federal Mahkeme (*Schweizerishes Bundesgericht*), Lozan ve Lucerne'dedir. Genellikle üç hâkimden oluşmakla birlikte genel menfaati ilgilendiren meselelerde beş hâkimli heyet ile duruşma yapılmaktadır. Evvelce tarafların uyuşmazlıklarının Federal Mahkeme'de çözümleneceğini kararlaştırabilmeleri mümkün iken, Federal Mahkeme'nin iş yükünün azaltılması için 2001 yılında bu opsiyon kaldırılmıştır. Federal Mahkeme, sadece federal kurum ve tüzel kişiler ile kanton kurum ve tüzel kişileri arasındaki ihtilaflar bakımından ilk derece mahkemesi olarak görevlidir. Diğer tüm meseleler Federal Mahkemeye ancak diğer tüm kantonal çarelere başvurulduktan ve kanun yolları tüketildikten sonra getirilebilir. Federal Mahkeme sınırlı bir biçimde olmak kaydıyla, Anayasa Mahkemesi görevini de üstlenir. Federal Mahkeme bundan başka idare ve ceza hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkları da karara bağlar.

B. KANTONAL YARGILAMANIN GÖZE ÇARPAN ÖZELLİKLERİ

Kantonal yargılamanın bazı farklı özellikleri mevcuttur. Yargılama kanton mahkemelerinde başlamaktadır. Ancak tüm yollara başvurulduktan ve gereklilikler

yerine getirildikten sonra Federal Mahkeme önünde temyize gidilebilmesi mümkündür. Hukuk davalarında jüri yeralmamaktadır. Herhangi bir hukuk davasına tek hâkimli mahkemelerde bakılabildiği gibi 3 ila 7 kişilik heyetten oluşan mahkemelerde de bakılabilmektedir. Mahkemelerde belirli bir hedefi olmadan yapılan tahkikata pek rastlanmaz[132]. Tebligatlar mahkeme vasıtasıyla yaptırılır. Taraflarca yaptırılan tebligatlar geçerli değildir. Davada masrafların kaybeden tarafa yükletilmesi usûlü geçerlidir. Davanın kazanılması halinde ücret ödenmesine dair anlaşmalara izin verilmez. İsviçre yargılama hukukunun ilginç özelliklerinden biri de hâkimlerin büyük çoğunluğunun hukukçu olmamalarıdır. Zürih ve Winterthur Kantonları hariç olmak üzere, sulh mahkemelerinde sadece mahkemeye başkanlık eden hâkimin ve ancak yüksek mahkemelerdeki hâkimlerin hukukî formasyonları mevcuttur. Diğer hâkimlerin ise hemen hemen her meslekten geldikleri görülmektedir. Ayrıca hâkimler belirli sürelerde görev yapmak üzere seçilirler. Çoğu kantonda bu süre altı yıldır. Sulh mahkemesi hâkimleri halk tarafından seçilir, Yüksek mahkeme ve temyiz mahkemesi hâkimleri yerel parlamento tarafından seçilirler [133].

İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun özellikleri ve Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen yeniliklere ileride değinileceği için çalışmanın bu kısmında yer verilmemiştir[134].

[132] Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) hazırlık yargılaması safhasındaki delil keşfi usûlü (*pre-trial discovery*) çok nadiren ve oldukça sınırlı şekilde uygulanmakta olduğu ifade edilmiştir (**Albers/Brusa/Dickenman**, s.737).

[133] **Meier**, Isaak: "Swiss Civil Justice: With an Emphasis on the Laws of the Canton of Zurich", (ed. **Zuckerman**, A.A.S.) Civil Justice in Crisis Comparative Perspectives of Civil Procedure, Oxford University Press 1999 , s. 467.

[134] Bu konu ile ilgili olarak bkz. ileride § 4, IV, B ve C.

II. KANTONAL YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI

A. DAVANIN AÇILMASINDAN ÖNCE YERİNE GETİRİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

Birçok davada, davanın açılmasından önce davacının tek hâkimli mahkemeden (*Friedensrichter*) tarafları uzlaşma oturumuna (*Sühnverhandlung*) çağırması talebinde bulunması gerekir (§ 93-101 ZH Zivilprozessordnung). Dava öncesinde yoğun ancak başarısız görüşmelerin yapıldığı önemli davalarda, bu aşamanın ancak formaliteden ibaret kaldığı görülmektedir. Tek hâkim ancak 500 İsviçre Frangın altında kalan davalara bakmaya yetkilidir. Bu hâkim önünde uzlaşmaya varılmaması halinde, davacıya bir belge (*Weisung*) verilir. Davacı bu belge ve dava dilekçesi ile 3 ay içinde yetkili mahkemeye başvurmalıdır. Bu süre içinde başvurmaması halinde uzlaşma usûlünün tekrarlanması gerekir. Bazı durumlarda uzlaşma usûlü gerekli değildir (§ 104 ZH Zivilprozessordnung)[135].

Davacının tek hâkim (*Friedensrichter*) önünde uzlaşma oturumu çağrısı yapması veya davadan önce davalıya ihbarda bulunması gerekli değildir. Dava, hâkim veya mahkeme tarafından davalıya bildirilir. Tebligatlar iadeli taahhhütlü posta ile gönderilen mahkeme davetiyesi (*Gerichtsurkunde*) ile yapılmaktadır. Davetiye, icra memuru, davalının ikametgahındaki bir resmî yetkili veya polis tarafından da tebliğ edilebilir. Tebligatın geçerli olabilmesi için kişinin kendisi tarafından veya adına tebligat almaya yetkili birisi tarafından alınması gerekir. Geçerli tebligat yapılmasının kasıtlı olarak engellenmesi halinde buna ilişkin özel kurallar uygulanır. Gerçek ve tüzel kişiler herhangi bir ön şarta bağlı olmaksızın dava açabilirler. Tek şart fiil ehliyetine sahip olunmasıdır. 18 yaşından küçükler, yetkin olmayan yetişkinler ve ticarî meselelerde iflas halindeki kişi ve şirketler, sırasıyla ebeveynleri, kanuni temsilcileri veya vasileri tarafından temsil olunurlar. İsviçre'de vekil ile temsil zorunluluğu bulunmamaktadır. Taraflar mahkemede asil olarak bulunabilirler. Kural olarak, taraflar ancak Baro'ya kayıtlı olan avukatlar vasıtasıyla temsil edilebilirler. Baro'ya kayıtlı bir avukat, kanton

[135] **Albers/Brusa/Dickenmann**, s. 734.

mahkemelerinde ve Federal Mahkeme'de temsile yetkilidir. Ancak her kantondaki farklı yargılama kuralları yüzünden, avukatlar genellikle kendi kantonlarında ve yakın kantonlarda meslek icra etmeyi tercih etmektedirler[136].

B. DAVANIN AÇILMASI

Dava, dava dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile açılır. Dava dilekçesinde tarafların, varsa vekillerinin isimleri ve talep sonucu (*Rechtsbegehren*) yeralmalıdır. Davanın sebepleri, vakıalar, iddialar, deliller, talep ve uyuşmazlık konusu miktar da mutlak surette belirtilmelidir (§ 106 ZH Zivilprozessordnung). Dava açıldıktan sonra mahkeme, yetki, tarafların ehliyeti, vekilleri yetkisi, davacının hukukî menfaati ve davanın doğru şekilde açılıp açılmadığına ilişkin şartları kendiliğinden inceler. Konuya ve uyuşmazlık konusu miktara göre yargılama sözlü veya yazılı şekilde yürütülebilir. Tek hâkimli mahkemelerde, iş mahkemelerinde ve kira mahkemelerinde yargılama sözlü yürütülür (§ 119 ZH Zivilprozessordnung). Bu maddede belirtilmeyen davalar bakımından yargılama yazılı şekilde yürütülür. Ayrıca sulh mahkemesinde, basit ve seri usûlün (*einfaches und rasches Verfahren*) uygulanması halinde, yargılama sözlü şekilde yürütülür. Mahkeme davanın durumuna göre sözlü usûlün uygun olmadığı kanaatine varırsa, yazılı usûlde devam edilmesine karar verebilir. Davanın görüldüğü mahkemeden uzakta yaşayan ve davada hazır bulunması beklenemeyen kişiler de yargılamanın yazılı yürütülmesi talebinde bulunabilir (§124 ZH Zivilprozessordnung)[137].

C. CEVAP VE SAVUNMA

Davalı, davaya karşı cevap dilekçesi verir. Bir kaç kantonda davalının cevabını sadece itiraz ve def'iler ile sınırlandırarak kısa bir cevap dilekçesi vermesi, asıl cevap dilekçesinin ise daha sonraki bir tarihte verilebilmesi mümkündür. Örneğin, Zürih Medenî Usûl Kanunu'nda buna izin verilmemiştir. Ancak mahkeme davayı kolaylaştırmak amacıyla davayı belirli özel sorulara hasredebilir (§ 116 ZH Zivilprozessordnung) . Davalı karşı dava açacaksa, karşı dava cevap dilekçesi içinde

[136] **Albers/Brusa/Dickenmann**, s. 734.
[137] **Albers/Brusa/Dickenmann**, s. 736.

yeralmalıdır (§ 117 ZH Zivilprozessordnung). Daha sonra karşı davanın ancak belli şartlara dayanılarak (§ 115 ZH Zivilprozessordnung) veya davacının muvafakat etmesi halinde açılabilmesi mümkündür.

Müdahale, 3. kişinin taraflardan bir tanesini desteklemek için davaya katılmasını ifade eder (*Nebenintervention*). Yanında katılıp destek verdiği tarafın davayı kazanmasında hukukî menfaati bulunan ve bu durumu yaklaşık ispat ile ortaya koyabilen herkes müdahalede bulunabilir (§ 44 ZH Zivilprozessordnung). Müdahele yargılamanın her aşamasında mümkündür. Müdahil yanında katıldığı taraf lehine iddialar öne sürebilir, dilekçeler verebilir, beyanda bulunabilir. Müdahilin yaptığı işlemler, aksi belirtilmedikçe veya asıl tarafın işlemleri ile çelişkili olmadıkça katıldığı tarafça yapılmış sayılır (§ 45 ZH Zivilprozessordnung)[138].

D. DURUŞMA ÖNCESİ HAZIRLIK SAFHASI

Mahkemeler genelikle duruşma öncesinde ara oturum yapmazlar. Yargılama, yazılı usûlde yürütülecekse, dava açılır açılmaz mahkeme derhal bir tensipte bulunarak, davetiye ekinde davalıya dava dilekçesinin gönderilmesine ve davalının cevap vermesi gerekli olan tarihi belirlemek suretiyle, bu süre içinde cevap vermesine karar verir. Sözlü yargılamanın yürütüleceği davalarda mahkeme tarafları iddia ve savunmalarını ortaya koymak üzere ara bir oturuma davet eder. İsviçre'de duruşma öncesinde, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) sistemine özgü olan delil keşfi ve toplanması (*pre-trial discovery*) usûlü, ancak yargılama süreci başladıktan sonra delillerin elde edilmesinin imkansız hale gelmesi tehlikesine karşı delil tespiti yaptırılması ile sınırlıdır. Delilin bulunduğu yerdeki veya daha sonra davaya bakmakla görevli mahkemenin bulunduğu yerdeki tek hâkimli mahkemeye başvurularak delil tespiti yaptırılması mümkündür[139].

---

[138] **Albers/Brusa/Dickenmann**, s. 736 vd.

[139] Hukukumuzda da düzenlenmiş bulunan ve geçici hukukî koruma olarak ihtiyati tedbire benzetilen delil tespiti kurumu, davanın açılmasından önce istenebileceği gibi, dava açılduktan sonra inceleme sırası gelmemiş deliller hakkında da (HUMK m. 368) istenebilir. Bu bakımdan davanın karar bağlanmasında ispat faaliyetine yardımcı olan delillerin korunmasını sağlamak, kaybolmasını önlemeye ilişkin bir

Özellikle ticarî davalarda, karşı tarafın belli bir mahkemede geçici koruma tedbirlerine başvuracağına haberini alan taraf, mahkemeden o meseleye ilişkin olarak dava açılmazdan önce dinlenmesini ve ifadesinin alınmasını (*Schutzschrift*) talep edebilir. Bu hareket tarzı ile duruşma yapılmaksızın, karşı tarafça sunulan yanlış veya eksik bilgi doğrultusunda mahkemenin ihtiyati tedbir vermesinin engellenmesi mümkündür. Mahkeme bu beyanların takdirinde serbesttir, buna ilişkin standart bir düzenleme bulunmamaktadır. Zürih sulh mahkemelerinde bu beyanları kabul edilmezken, Zürih Kantonu ticaret mahkemesince beyanda karşı tarafın açıkca belirtilmesi şartıyla kabul edilmekte ve altı ay süre ile saklanmaktadır. Karşı tarafa bu beyan mahkeme tarafından tebliğ edilmektedir[140]. Önleyici koruma talebi olarak adlandırılabilen bu müessesenin, İsviçre hukukunda, hukukî dinlenilme hakkının bir yansıması olarak uygulandığı belirtilmektedir[141]

E. ARA OTURUMLAR VE DURUŞMA

Tek hâkim (*Friedensrichter*) önünde görülen uzlaşma oturumunda tarafların uzlaşamaması üzerine verilen belge ile davacının üç ay içinde dava açması gerekir (§ 101 ZH Zivilprozessordnung). Çekişmeli meselenin cinsine ve miktarına göre, yargılama basit usûlde veya yazılı usûlde yürütülür.

1. Yazılı Yargılama Usûlü

Yargılamanın yazılı usûlde yürütüldüğü davalarda mahkeme davalıya mahkeme davetiyesi ve ekinde dava dilekçesi (*Klageschrift*) tebliğ eder. Bu tebligatta mahkeme davalının cevap vermesi gereken süreyi de tarih belirleyerek bildirir. Cevap dilekçesinde (*Klageantwort*) de dava dilekçesinin içeriğinde bulunması gereken hususlar

---

tedbirdir. Bu yönüyle, yargılamayla ilişkili olarak ortaya çıkan tehlike için öngörülmüş olup, belirli bir korumayı sağlamaya yönelmiştir (**Pekcanıtez /Atalay /Özekes**, s. 668 vd.).

[140] **Albers/Brusa/Dickenmann**, s. 740 vd.; bu hususta özellikle bkz. **Özekes**, Muhammet: İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 211 ve ayrıca **Özekes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 214, dn. 64. Yazar, bu müessesenin Alman uygulamasında ortaya çıkmış olduğunu, yoğun şekilde uygulandığını ve hukuki dinlenilme hakkının bir tezahürü olarak kabul edildiğini ve "önleyici koruma talebi" olarak ifade edilebilecek bu kurumu, ihtiyati tedbire muhatap olacak kişilerin savunma aracı olarak kullandıklarını ifade etmektedir.

[141] **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 212.

yeralmalıdır (§ 127 ZH Zivilprozessordnung, b.2.2). Zürih Kantonu mahkemeleri önünde dava ve cevap dilekçelerinin teati edilmesinden (*Referentenaudienz*) sonra, tarafların ara oturuma davet edilmeleri gerekir. Bu oturumda tarafların bizzat hazır bulunmaları gereklidir. İsviçre hukukunda hâkimin yargılamadaki rolü kantonlara göre değişiklik göstermektedir. Kural olarak hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü bulunur; ancak, bu yükümlülük tarafların ortaya koydukları vakıa ve delillerin yeterince açık ve anlaşılır olmaması hali ile sınırlıdır. Hâkim, vakıaların mahkemeyi temsilen (*Referent*) aydınlatılması için gerekli soruları sorar, dava hakkındaki ön görüşünü hazırlar ve tarafları uzlaşmaya teşvik eder. Bu ara oturumlar davaların sulh ile sonuçlanması bakımından son derece elverişlidir. Bu oturumda uzlaşma sağlanamazsa veya vakıalar yeterince aydınlatılamamışsa, mahkeme tarafların replik (*Replik*) ve düplik (*Duplik*) dilekçeleri ile devam etmelerine karar verebilir. Mahkemenin takdirinde olmak üzere triplik (*Triplik*) ve kuadruplik (*Quadruplik*) denilen dilekçelerin verilmesine de karar verilebilir. Kanton yargılama hukuklarının çoğunda, beyan, itiraz ve def'ilerin en geç replik ve düplik dilekçelerinin verilmesi anında ileri sürülmesi düzenlenmiştir (§ 114 ZH Zivilprozessordnung).

2. Basit Yargılama Usûlü *(summarisches Verfahren)*

İsviçre medeni yargılamasında bu usûlün çok önemli bir yeri bulunmaktadır. Bu sebeple, Yeni Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da[142] bu usûle önemli bir yer ayrılmış ve kapsamı genişletilmiştir. İsviçre maddî hukukunda belli davaların basit ve hızlı bir şekilde yürütülmesini gerektiren kuralların sayısı giderek artmaktadır. Basit yargılama usûlü hızlı sonuç almaya yönelik bir usûldür. Zürih Usûl Kanunu'nun 204. maddesine göre, sulh mahkemesinde görev yapan tek hâkimin sözkonusu davaları basit ve seri usûlde sonuçlandırması düzenlenmiştir. Kural olarak, bu usûl sözlüdür (§ 119 ZH Zivilprozessordnung). Mahkeme tarafları dava ve savunmalarını ortaya koymak için duruşmaya davet eder. Layiha ve dilekçeler yazılı usûlde verildiği aralıklarla verilir. Hızlılığı sağlamak açısından kurallar daha sıkı olup, belirli tipteki delillerin sunulması mümkün değildir. Yapılan hızlı yargılama sonucunda hâkim maddî vakıaların delil

[142] Bkz. ileride § 4, B ve C.

sınırlaması yüzünden yeterince aydınlatılamadığı kanaatinde ise, dava normal mahkemelere nakledilir (§ 221 ZH Zivilprozessordnung)[143].

F. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA VE ÖZEL USÛLLER

Geçici koruma tedbiri (*Vorsorgliche Massnahme*), davadan önce veya yargılama sırasında hukukî koruma sağlayan mahkeme kararlarıdır (§ 110 ve 222 ZH Zivilprozessordnung). Koruma (*Sicherungsmassnahmen*), düzenleme (*Regelungsmassnahmen*) ve ifa amaçlı (*Leistungsmassnahmen*) olmak üzer bu tedbirlere karar verilebilir. Para alacakların teminat altına alınması için ferağdan men ve ihtiyati haciz (*Arrestbefehl*) gibi birtakım koruma tedbirleri de (Federal İcra İflas Kanunu m. 271 vd.) düzenlenmiştir. Zürih Kantonunda sulh mahkemesinin tek hâkimi, basit ve seri usûlü uygulayarak haciz kararı verebilir. Bunun üzerine, hâkim icra memuruna icra yetkisi verir[144].

G. DURUŞMA SONRASI USÛLLER, İŞLEMLER VE KANUN YOLLARI

Zürih kantonunda mahkeme kararlarına karşı temyiz (*Berufung*) ve istinaf (*Rekurs*) gibi olağan kanunyolları ve kararların hükümsüzlüğünün ileri sürülmesi (*Nichtigkeitsbeschwerde*) ve yargılamanın iadesi (*Revision*) gibi olağanüstü kanun yolları mevcuttur[145]. Zürih kantonunda, istinaf derecesinde yeni vakıa ve delil sunma imkanı sınırlı bir biçimde de olsa mevcuttur[146]. Genel bir kural olarak, Federal Mahkeme nezdinde temyize başvurmak isteyen taraf, kantonal seviyede tüm olağan kanun yollarını tüketmiş ve çeşitli gereklilikleri yerine getirmiş olmalıdır[147].

---

[143] **Atalı**, MİHDER, s. 625 vd.; **Albers/Brusa/Dickenmann**, s. 741 vd.

[144] **Albers/Brusa/Dickenmann**, s. 745 vd.; bu hususta ayrıntılı olarak bkz. **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 75 vd., 79.

[145] Alman ve Avusturya medenî yargılama hukuklarında, Zürih Kantonu'nun aksine temyiz kurumu için *Revision,* istinaf için ise *Berufung* terimleri kullanılmaktadır. Alman hukukunda itiraz *Beschwerde* olarak adlandırılırken, Avusturya hukukunda itiraz, *Rekurs* terimi ile ifade edilmiştir. Bununla birlikte, İsviçre hukukunda ise *Beschwerde* terimi temyiz kurumu için kullanılmaktadır.

[146] **Yıldırım-Deren**, s. 276. Yazar İsviçre'nin Lozan, Solothurn, Appenzell-Ausserhoden ve Thurgau kantonlarında istinaf derecesinde tarafların yeni vakıa getirme haklarının sınırsız olduğunu, bununla birlikte İsviçre'nin birçok kantonunda (Appenzell-Innerhoden, Graubünden, Tessin gibi) yeni vakıa getirme yasağının sözkonusu olduğunu ifade etmiştir.

[147] **Atalı**, MİHDER, s. 617; **Albers/Brusa/Dickenmann**, s. 748.

H. YARGILAMA MASRAFLARI

Kanton mahkemelerinde görülen davalar ile ilgili mahkeme masrafları kanton kanunları ile belirlenmiştir. Federal yargılama masrafları ise OG m. 153a'da ve ayrı bir tarifede (*Tarif für die Gerichtsgebühren im Verfahren vor dem Bundesgericht*) belirlenmiştir. Mahkeme masrafları uyuşmazlık konusu miktar ile orantılı olmakla birlikte genel olarak ılımlıdır. Basit ve seri usûl gibi yargılama usûllerinde farklı masraf tarifeleri uygulanır. Mahkemeler de masrafları çeşitli sebeplerle artırıp azaltabilirler, örneğin davanın çok karmaşık, zor ve zaman alıcı olması veya yargılamanın erken safhalarında davadan vazgeçilmesi gibi. Genel bir kural olarak mahkeme, masrafları kaybeden tarafa yükletilir. İki taraf da tam olarak başarılı olamamışsa, masraflar taraflar arasında paylaştırılır. Davayı kaybeden taraf, kazanan tarafın vekâlet ücretini de öder. Her kantonda ayrı vekâlet ücreti tarifesi mevcuttur. Tarifeler sadece karşı taraf vekâlet ücretlerini belirlemektedir, diğer bir deyişle tarafların kendi vekillerine ödeyecekleri ücretler düzenlenmemiştir. İsviçre'de, avukatların, dava kazanıldığı takdirde dava konusunun belli bir yüzdesini alacaklarına dair anlaşma yapmaları mümkün değildir[148].

III.YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI

A. YARGILAMA SÜRESİ

Yargılama süresi Zürih Kantonu'nda genel bir sorun olmamakla birlikte[149], diğer kantonlarda bu konuda sorun yaşanmaktadır. Zürih Kantonu'nda makûl sürede sonuçlanmayan çok az sayıda dava mevcuttur. Gecikme sebepleri olarak hâkimlerin karmaşık davaları ele almada ve karar vermede yetersiz olmaları, terfi ederek daha yüksek derecedeki mahkemelere giden hâkimlerin arkalarında dava yükü bırakmaları ve özellikle hukuk sisteminin karmaşıklığı olarak gösterilmektedir[150].

---

[148] **Albers/Brusa/Dickenmann**, s. 751 vd. Benzer yönde bkz. Avukatlık Kanunumuzun m. 164 düzenlemesi, avukatlık ücreti sözleşmesinin kural olarak belirli bir miktarı içermesi gerektiğini öngörmektedir. Ancak, dava olunan şeyin (müddeabihin) değerinin belli bir oranının ücret olarak kararlaştırıldığı sözleşmeler de geçerlidir. Bununla birlikte, avukatlık sözleşmesinin, dava konusu mal veya hakkın bir bölümünün aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıması mümkün değildir (AvK. M. 164/III).

[149] Burada örnek oluşturması açısından Zürih kantonunun yargılama sorunları ele alınmıştır.

[150] **Meier**, s. 480 vd.

B. MAHKEMELERİN GECİKMEYE VE İŞ YÜKÜNE TEPKİSİ

İsviçre'de gecikmeye ve aşırı iş yüküne karşı mahkemelerin ortak tepkisi, hâkim sayısının arttırılmasına ilişkindir. Bunun mümkün olmaması durumunda ise, mahkeme görevlilerinin artırılması istenmektedir. Esasında her derecedeki mahkemede mahkeme görevlilerinin sayısının son yıllarda çok artırıldığı görülmektedir. Diğer taraftan, dava yönetimi son derece önem kazanmıştır. Hâkimler bugün artık dava yönetiminin önemini kavramış durumdadırlar. Buna ilişkin olarak, Federal Usûl Kanunu'nda olağan usûlde öncelikle sulhe ilişkin bir oturum düzenlenmesi kural haline getirilmiş, hatta basit yargılama usûlünde zorunlu hale gelmiştir[151].

C. YARGILAMA MASRAFLARI

Yargılama masraflarının aşırılığı ve adlî yardım sisteminin İsviçre yargılama hukukunun zayıf noktaları olduğu ifade edilmiştir. Genellikle sadece yoksul kişiler adlî yardım almaları sözkonusu olmuştur. Ancak Yeni Federal Usûl Kanunu çerçevesinde, artık İsviçre'de de, Almanya'da olduğu gibi kısa bir süre içerisinde mahkeme masraflarını ödeyemeyecek durumda bulunan kişilerin, adlî yardımdan yararlanmaları öngörülmektedir[152].

D. KANUN YOLU SORUNU

İsviçre yargılama hukukunun temel probleminin, kanun yolu sisteminde olduğu uzun yıllardır ifade edilmiştir. Sorun başvurulabilecek birçok kanun yolunun mevcut olması ve bunların kapsamını belirlemenin ve birbirinden ayırdetmenin son derece zor olmasıydı. Federal Mahkeme'ye erişimi sınırlayacak ancak basitleştirecek bir proje yapılmış ve fakat sorunun çözümünün kanun yollarının kantonal seviyede de gözden geçirilmesinde yatmakta olduğu, yapılması gerekenin federal bir yargılama kanunu içinde yeni bir kanun yolu sistemi düzenlemesi yapılması olduğu ifade edilmiştir. Yeni bir kanun yolu sistemi düzenlemesinde, masrafların ve yargılama süresinin

[151] **Meier**, s. 481.
[152] **Meier**, s. 481.

azaltılmasının en etkili yollarından birinin, başvurulabilecek kanun yollarının azaltılması olduğu söylenmiştir. Yeni Kanun ile bu sorun önemli ölçüde çözümlenmiştir[153].

E. SİSTEMDE BELLİ BİR PLANA BAĞLI OLMAKSIZIN YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN YARATTIĞI SORUNLAR

Zürih Kantonu'nda kanun koyucu, usûlün etkinleştirilmesi için yargılama kurallarında belli bir plana bağlı olmaksızın birtakım değişiklikler yapmıştır. Bunların en önemlileri olarak yargılamanın hızlandırılması ve hâkimlerin iş yükünün azaltılması için tek hâkimli mahkemelerin yetkilerinin arttırılması, tüketici davaları, iş davaları ve nafaka davalarına ilişkin kurallarda yapılan değişiklikler ve temyiz aşamasında yeni vakıalar ve delilleri ileri sürülmesinin yasaklanması sayılabilir. Mevcut sistemde usûlün etkinleştirilmesi amacıyla yapılan küçük değişikliklerin, genellikle tarafların haklarını az ya da çok etkilediği ve hatta yargılamanın süresi üzerinde pek de önemli bir değişiklik yapmadıkları gözönüne alındığında, bunlar esasında tehlike de yaratabilmektedir. Kural olarak, sulh hâkimi huzurunda sulhe ilişkin bir duruşma yapılmaksızın yargılama başlatılamadığı için, sulh olma oranı çok yüksektir. Son bir kaç yıl içinde, dava yükü genel olarak istikrarlı bir düzeyde kalmıştır. Davalar oldukça hızlı bir şekilde sonuçlandırılmaktadır. Kural tek hâkim önündeki davaların büyük çoğunluğunun üç ay içinde karara bağlanmasıdır. Ancak son yıllarda, temyizde bir yıldan fazla sürede karara bağlanan davaların sayısının artmış olduğu görülmektedir. Zürih Kantonu'nda yargılama hızlandırılarak makûl bir süreyle sınırlandırılmıştır. Bazı kantonlarda durum pek de tatminkar değildir. Adlî teşkilât içinde sorunlar mevcuttur. Hâkimlerin bir kısmı karmaşık davaları görmek istemezken, terfi eden hâkimler ise arkalarında sonuçlandırılmamış bir dosya yığını bırakmaktadırlar. Adalet teşkilâtı etkin dava yönetiminin gerekliliğinin farkındadır[154].

Kaybeden taraf aynı zamanda karşı tarafa vekâlet ücreti ve yargılama masrafları da ödemek zorunda olduğundan, çok yüksek masraflara katlanılmak zorunda kalınması

[153] **Meier**, s. 485.
[154] **Meier**, s. 485.

sebebiyle, İsviçre'de mahkemeye gitmek çok pahalıdır. İsviçre sisteminin temel sorunları dava masraflarının aşırı yüksekliği ve kanun yollarının karmaşıklığında olduğu yeni ve basitleştirilmiş bir sistemin geliştirilmesi gerektliliği uzun süredir ifade edilmiştir[155]. İhtiyaç duyulan bu sistemin artık Yeni Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yeraldığı ve bu sorunlara çözüm getirildiği görülmektedir[156].

IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN YEKNESAKLAŞTIRMA VE REFORM ÇALIŞMALARI

A. YEKNESAKLAŞTIRMA ÇALIŞMALARI

İsviçre'de maddî hukuk 1912 yılından beri federal düzeyde olmasına rağmen, yargılama hukuku kantonal olmuştur. İsviçre'de yargılama hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmaları 130 yıllık bir geçmişe sahiptir. Buna ilişkin ilk adım 1868 yılında İsviçre Hukukçular Birliği'nin yaptığı bir çağrıdır[157]. Bu kadar uzun bir geçmişi olan yeknesaklaştırma çalışmalarındaki ilk somut adım, mahkemelerin yetkisini federal düzeyde düzenleyen yasanın, 2001 tarihine yürürlüğe girmesiyle atılmıştır. Ancak, bunun da esasını teşkil eden temel adım, diğer bir deyişle yargılama hukukunun bir bütün halinde yeknesaklaştırılmasının temeli, esasen 1999 tarihli İsviçre Adalet Reformu ile atılmıştır[158]. Bu reform ile İsviçre Federal Anayasası'nın 122. maddesi değiştirilerek, medenî hukukun yanısıra, medenî yargılama hukukunun da federal düzeyde düzenlenmesi prensibi benimsenmiştir[159]. İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu, kantonal yargılama kanunlarının yanısıra, Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Kanun'un *(Gerichtsstandsgesetz)* ve İç Tahkimi düzenleyen *(Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit)* Kanun'un yerini alacaktır. Mahkeme teşkilâtı ve yapılandırılması ve mahkemelerin görevi ise kantonlara bırakılmıştır. İsviçre Federal

---

[155] **Meier**, s. 35 vd.
[156] Bkz. ileride IV, C, 4.
[157] **Alangoya**, Yavuz: "İsviçre'de Yeni Federal Medenî Usûl Kanununa Doğru", Özer Seliçi'ye Armağan, Ocak 2006, s. 83.
[158] **Atalı**, MİHDER, s. 607.
[159] **van Rhee**, s.126; **Atalı**, MİHDER, s. 609. Yazar, öğretide özellikle Avrupa Birliği'de medenî yargılama hukukunun yeknesaklaştırılmasına yönelik çabaların da emsal gösterilerek, yeknesak bir İsviçre medenî yargılama hukuku çağrılarının giderek daha yüksek bir sesle dile getirilmiş olduğunu belirtmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile sadece kanton mahkemelerinde uygulanacak yargılama düzenlenecek olup, Federal Mahkeme usûlleri ise ayrı kanunlarla düzenlenmeye devam edecektir. İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabul edilmesinden sonra yargılama hukukuna ilişkin birtakım merkezi sorunlara da, Federal Mahkeme'nin eski içtihat hukuku uygulanmaya devam edecektir[160].

İsviçre'de kantonal yargılama kanunlarının zaman içinde birtakım mahzurlar ortaya çıkardığı, mevcut yargılama hukuku parçalanmışlığının, giderek hem özel alanda hak arayanların haklarına kavuşmaları bakımından ciddi bir külfet oluşturduğu hem de ülkenin ekonomik durumu bakımından külfet oluşturduğu ifade edilmiştir. Özellikle, ispat kurallarındaki farklılıklar dolayısıyla kantonlar arasında farklı hükümler ortaya çıktığı ve bu durumun Federal Mahkeme tarafında da giderilemediği belirtilmiştir[161]. 26 Kantonun ayrı ayrı yargılama hukuku olduğu ve bunun yanısıra ayrıca yargılama hükümleri içeren federal düzeydeki bazı kanunlar ve Federal Mahkeme tarafından geliştirilen federal düzeydeki içtihada dayalı yargılama hukukunun varlığı ve bunun yarattığı dağınıklık, sebep olduğu zorluklar ve hukukî güvensizlik gözönüne alındığında, elbette Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu dikkat çekici bir gelişmedir[162]. Buna rağmen Kanun Tasarısı'nın birçok maddesi yine de eleştirilmiştir. Tasarıyı kaleme alanların, yabancı hukuklardaki usûle ilişkin gelişmeleri gözardı ederek, çalışmalarını tamamen İsviçre yargılama geleneğine ve kantonal yargılama hukuku kanunlaştırma hareketlerinin karşılaştırılması temeline dayandırmış oldukları, esasında bunun İsviçre yargılama geleneğinin oldukça daraltıcı nosyonundan kaynaklandığı, ancak bu durumun da kantonal kuralların oluşturulmasında arka planda yeralan ve yerel yargılama geleneği ile bütünleşmiş Fransız ve Alman etkilerini bir tarafa bırakmış olduğu ifade edilmiştir[163]. Ancak diğer taraftan, bazı yazarlar da uluslararası gelişmelerin, İsviçre'de

[160] **van Rhee**, s.127; **Oberhammer/Domej**, s. 126 vd.
[161] **Alangoya**, Armağan, s. 85; **Atalı**, MİHDER, s. 607 vd.
[162] **Atalı**, MİHDER, s. 607.
[163] **Oberhammer/Domej**, s. 127. Yazarlar, bugünkü İsviçre usûl hukuku üzerinde etkili olmuş yabancı tesirler gözönüne alındığında, İsviçre usûl hukukunun geleneksel olarak bağlantılı bulunduğu ülke hukuklarındaki son dönem gelişmelerinin Tasarı'da ele alınıp tartışılmamasının üzüntü verici olduğunu belirtmektedir.

medenî yargılama hukuku alanındaki anlayışın değişmesinde önemli rol oynadığını belirtmişlerdir. Avrupa Birliği Antlaşması[164] ve ardından Lugano Antlaşması'nın, Avrupa'nın tümü bakımından mahkemelerin yer itibarıyla yetkisini uyumlaştırması sonucunda, İsviçre'de yetki konusunda federal bir kanun kabul edilmiş olduğu ve 1999 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrasında, Federal Devletin kanunlaştırma faaliyeti bakımından kantonlar karşısında büyük yetkiler elde ettiği ve ardından yapılan referandumda paralel bir şekilde Federal Devletin yargılama hukuku alanındaki kanunlaştırma konusunda kolaylıkla yetkilendirildiğine işaret edilmiştir[165].

B. YENİ FEDERAL HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN ÖZELLİKLERİ

Yeni Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun özelliğinin, Kıta Avrupası hukuk sistemi içinde kalma hassasiyeti ve bu kurgu içinde yeni arayış ve çözümleri bünyesine almak suretiyle çağdaş, etkin, hızlı, sosyal ve adil yargılama hukuku oluşturma çabası olduğu ifade edilmektedir. Bu yapılırken, toplumsal gelişmelerin ortaya çıkardığı sorunlara, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi içinde geliştirilen çözümler de dikkate alınarak, ancak esasen Kıta Avrupası temel kurgusu içinde çözümler önerilmiştir[166].

- Yargılama hukukundaki yeknesaklaştırmaya tamamen yeni bir kanunla değil ancak köklü ve bütüncül bir "federal kodifikasyon" aracılığıyla ulaşılma yolu tercih edilmiştir. Diğer bir deyişle, bir taraftan kantonal geleneğe bağlı kalınmış ancak diğer taraftan 26 kantondan hiç birinin yargılama kanunu aynen alınmamış,

---

[164] 7 Şubat 1992 tarihinde Maastricht'de imzalanan ve 1 Kasım 1993'te yürürlüğe giren antlaşmanın resmî adıdır. Bu antlaşma, Avrupa Topluluklarını kuran antlaşmalara getirdiği değişikliklerin yanısıra, Topluluklar için geçerli hukukî ve kurumsal yapıdan farklı biçimde, üye devlet hükümetleri arasındaki işbirliğinin önem taşıdığı iki eylem alanı oluşturmuştur: Ortak Dış Güvenlik Politikası/Adalet ve İçişleri Alanında İşbirliği. Avrupa Birliği Antlaşmas'nın özelliği, üç topluluğu (Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu, Avrupa Ekonomik Topluluğu, Avrupa Topluluğu) ve iki yeni eylem alanını ortak bir çatı olan "Avrupa Birliği" altında toplamasıdır. Ancak, sözkonusu çatı altında her üç Topluluk da varlıklarını ve tüzel kişiliklerini korumaya devam etmektedir (www.dpt.gov.tr) ve ayrıca bkz. **Şeref**, Ünal: Avrupa Birliği Hukukuna Giriş, Ankara 2007, s. 21 vd.

[165] **Alangoya**, Armağan, s. 85 ve dn. 12 naklen **Walder-Richli** H.U. Die Schweiz auf dem Weg zu ihrer letzten Zivilprozessordnung, Festschrift für Kostas E. Beys 2003, Athens.

[166] **Atalı**, Murat: "Tarihi Bir Tesadüf: İsviçre'de ve Türkiye'de Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarıları", HPD 2006/8, s. 112 vd.; **Atalı**, MİHDER, s. 607 vd.

fakat ortak bir "acquis cantonal"[167] yaratılmaya çalışılmıştır. Bu yapılırken ise, bazı kurumlar bakımından birbirinden tamamen farklı anlayışları benimsemiş olan kantonal yargılama hukukları arasında uzlaşmacı bir ara yol tercih edilmiştir.

- Kanun'daki diğer bir temel tercih ise, aşırı kazuistik olmaktan kaçınılarak, gerektiğinde uygulama tarafından doldurulacak ve uygulamaya gerekli esnekliği sağlama bakımından boşluklar bırakılmış olmasıdır.
- Uygulamanın gereksinimlerine yanıt veren, maddî hukukun gerçekleşmesine elverişli, devamlı surette basit çözüm yolunu benimseyen, sistem ve dil bakımından anlaşılabilir bir yargılama kanunu modeli benimsenmiştir.
- Diğer yandan taraflara ve devlete ek yükler getirilmemeye çalışılmış ve mahkemelerin iş yükünün arttırılmamasına da dikkat edilmiştir. Zorunlu arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarına yönelik olarak, yenilikten ziyade, yeknesaklaştırma çerçevesinde geleneksel olarak uygulaması zaten mevcut olan temel prensipler revize edilmiştir. Kanun'un en fazla dikkat çeken yönlerinden biri de, özellikle aile, iş, kira ve tüketici hukuklarına ilişkin uyuşmazlıklar bakımından basit ve ucuz özel yargılama usûllerinin benimsenmiş olmasıdır. Klasik olağan yargılama usûlü olan yazılı usûl korunmuş, ancak bununla birlikte sosyal yargılama hukukunun gerektirdiği esneklik de sağlanmıştır. Klasik olağan yargılama usûlündeki taraflarca hazırlama, tasarruf ilkeleri ve davanın şeklî anlamda sevkine ilişkin hâkimin rolü muhafaza edilmiş, bunun yanısıra usûlün geleneksel aşamalarına da sadık kalınmaya devam edilmiştir. Bununla beraber, hâkimin soru sorma yükümlülüğü ile yargılamadaki rolünün eskiye oranla daha güçlü ve etkin hale getirildiği açıktır.
- Kanun'un temel amacı, yargılama hukukunun yeknesaklaştırılması olduğundan, bu amaçla çelişmedikçe yargı örgütü ve mahkemelerin yapılandırılması konuları kantonlara bırakılmış, ancak yeknesaklığın sağlanmasının zorunluluk oluşturduğu durumlarda, örneğin, kanun yollarında mercilerin sayısı, arabuluculuk ve uzlaştırma konuları gibi, federal düzeyde düzenleme yoluna gidilmiştir.

[167] "Kantonal müktesebat" olarak ifade edilmesi mümkündür.

C. YENİ FEDERAL HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN KAPSAMI

12 Aralık 2008 tarihinde Parlamento'da Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu kabul edilmiştir. Ancak, Kanun'un 1 Ocak 2011'de yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. Kantonların yeni kanuna uyum sağlamak bakımından az zamanları olmakla beraber, halihazır kanton yargılama kanunları arasında çok büyük farklılıklar bulunmadığı gözönüne alındığında, bu sürenin yeterli olacağı düşünülmektedir[168]. Aşağıda Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yapılan düzenlemeler temel yönleriyle kısa başlıklar halinde ele alınacaktır:

1. Basit Yargılama Usûlü (*summarisches Verfahren*)

Önceden de mevcut olan ve İsviçre kantonları medenî yargılamasında çok önemli bir yeri olan bu usûle, Yeni Kanun'da da önemli bir yer ayrılmış ve kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Kanunda açıkca sayılan haller dışında (m. 259 ve 260), acele hukukî koruma halleri, çekişmesiz yargı işleri, taşınmaz zilyetliğinin korunmasına dair işlerde bu usûlün uygulanması öngörülmüştür. Bu usûlde hızlı sonuç alınması önmelidir. Bu amaçla, tek hâkimle karar verilmesi, tarafların hazır bulunmamasına katı sonuçlar bağlanması, geçici hukukî koruma tedbirlerinde hemen sunulan delillerin ve olguların inandırıcı şekilde ortaya konulmasının yeterli kabul edilmesi gibi hızlı sonuç elde etmeye yönelik vasıtalar düzenlenmiştir[169].

2. Olağan Yargılama Usûlü (*ordentliches Verfahren*) ve Basitleştirilmiş Yargılama Usûlü (*vereinfachtes Verfahren*)

Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu, hukukî ve ticarî meselelerde uygulanacak usûle ilişkin kuralları da düzenlemektedir. Kanunda basit yargılama usûlü *(summarisches Verfahren)* yanında iki çeşit olağan yargılama usûlü düzenlenmiştir[170].

---

[168] **Chappius**, Benoit/**Tunik**, Daniel: "Switzerland: Unifying the Swiss Legal Market", International Financial Law Review (IFLR), April 2009, s. 3 vd.
[169] **Atalı**, MİHDER, s. 625 vd.; **Alangoya**, Armağan, s. 97.
[170] **Oberhammer/Domej**, s.128; **Atalı**, MİHDER, s. 615; **Alangoya**, Armağan, s. 97.

Bunlardan ilki, kanunda aksine düzenleme bulunmadıkça, uygulanacak olan olağan yargılama usûlü *(ordentliches Verfahren)* dür. Bu usûl yazılıdır ve yargılamaya geçilmeden önce kural olarak bir uzlaştırma girişiminde bulunulması zorunludur[171]. Uzlaşma imkânının denenmesinden sonra, yazılı layihaların, sırasıyla dava dilekçesi, cevap dilekçesi, replik ve düplik dilekçelerinin teati edilmesine başlanır. Bu aşamadan sonra yeni iddia, vakıa ve delillerin ileri sürülmesi yasaklanmıştır (ancak m. 215'deki bazı istisnalar saklı tutulmuştur). Layihaların sunulmasından sonra yapılacak ara oturumda ileri sürülen vakıa ve deliller kabul edilmeyecektir. Mahkeme replik ve düplik dilekçelerinin ara oturumda sözlü olarak verilmesine karar verebilir[172].

Diğer usûl ise, basitleştirilmiş usûl *(vereinfachtes Verfahren)* olarak adlandırılan, değerine bakılmaksızın kira ihtilafları, işçi-işveren ilişkileri, nafaka alacakları ve 20.000 İsviçre Frangını geçmeyen uyuşmazlıklara uygulanan usûldür. Bu usûlde de herhalükarda önce bir uzlaştırma girişiminde bulunulması öngörülmüştür. Davaya geçişte ise, dava ve cevap dilekçelerinin yazılı olarak verilmesi yeterlidir. Dava ve cevap dilekçelerinin teati edilmesi ve ardından tarafların ara oturuma davet edilmesi düzenlenmiştir. Replik ve düplik, ara oturumda sözlü olarak verilir, bunu müteakip deliller incelenmekte ve taraflara deliller ve esas hakkında beyanda bulunmaları için imkân verilmektedir. Bu aşamadan sonra, yeni vakıa ve delil sunulması mümkün değildir. Bu yargılama usûlü bakımından yargılama giderleri de azaltılmıştır. Ayrıca usûl karmaşık olmayıp, hızlı ve yeni malzemenin kesintisiz şekilde getirilmesi mümkündür[173].

---

[171] Bkz. **Alangoya**, Armağan, s. 93. Yazar, bu usûlde öncelikle bir uzlaştırma prosedürünün öngörülmüş olduğunu (m. 191-205), halen bir çok kantonda mevcut olan bu kurumun önem taşıdığını ve bir çok ihtilafın bu sayede sulh ile sonuçlandığını ifade etmiştir.

[172] **Oberhammer/Domej**, s.128; **Atalı**, MİHDER, s. 615; **Alangoya**, Armağan, s. 97.

[173] **Oberhammer/Domej**, s.128; **Atalı**, MİHDER, s. 615; **Alangoya**, Armağan, s. 97. Yazar, bu bakımdan Tasarı'yı hazırlayan müelliflerin bu usûlü, sosyal medenî yargılamanın gerçekleştirilmesi olarak adlandırdığını belirmektedir.

3. Hâkimin Soru Hakkı

Yeni Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, davada maddî gerçeğin bulunmasında hâkimin rolü ile ilgili olarak hâkimin soru sorma hakkı düzenlenmiştir. Hâkimin bu yetkisini kendi takdirine göre kullanabilmesi mümkündür. Bu yetki basitleştirilmiş yargılama usûlü bakımından daha da geniş tutulmuştur. Hatta bu konuyu düzenleyen 240. maddenin 2. fıkrasının ifadesinden bu usûlde artık hâkimin soru sorma hakkından değil, onun davayı aydınlatma yükümlülüğünden söz edildiği belirtilmektedir[174].

4. Kanun Yolları

Kanunda, temyiz *(Beschwerde)*[175], istinaf *(Rekurs)* ve şikayet olmak üzere üç olağan, bir de yargılamanın yenilenmesi *(Revision)* şeklinde bir olağanüstü kanun yolu düzenlenmiştir. Olağan ve basitleştirilmiş yargılama usûlünde verilen esasa ilişkin nihaî kararlar[176] ile ara kararlar aleyhine temyize (m. 290 vd.) başvurulabilmesi mümkündür. Malvarlığı haklarına ilişkin davalarda temyiz sınırı 10.000 İsviçre Frangı'dır. Temyizin özelliği, alt mercide yapılan yargılama ve verilen kararların, hukukun yanlış uygulanıp uygulanmadığı ve maddî vakıanın tespitinin doğru yapılıp yapılmadığı yönlerinden detaylı olarak kontrol edilmesidir. Yeni vakıa veya delil getirilmesi, 215. maddenin 2. fıkrasında belirtilen hallerle sınırlı olarak kabul edilmiştir. Temyizin icrayı durdurma etkisi vardır. Temyizin icrayı durdurması başvuruyla sınırlı olmakla birlikte, temyiz mercii bu etkiyi kısmen ya da tamamen de kaldırmaya yetkilidir[177].

İstinafta (m. 299 vd.) önceki derecede yapılan yargılamanın ve verilen kararın kapsamlı bir denetimi yapılır. İstinaf yoluna ancak basit yargılama usûlünde verilen kararlara (*Entscheide im summarischen Verfahren*) ve Kanunda açıkca sayılan diğer

---

[174] **Atalı**, MİHDER, s. 617.

[175] Türkçe'ye "itiraz" ya da "şikayet" olarak çevrilebilen Beschwerde, Alman yargılama hukukunda itiraz kurumu için kullanılırken, İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda temyiz müessesi için kullanılmıştır.

[176] Bu kanun yoluna dava şartı eksikliği, davanın konusuz kalması, sulh, feragat, kabul nedenleriyle verilen kararlara karşı da başvurulması mümkündür (**Atalı**, MİHDER, s. 618).

[177] **Atalı**, MİHDER, s. 617 vd

kararlara karşı gidilebilmektedir. Ayrıca geçici hukukî koruma tedbirleri ile ilgili olarak da bu yola başvurulabilmesi mümkündür. Bu kanun yolunda da yeni vakıa veya delil getirilmesi sınırlı olarak kabul edilmektedir. İlginç bir özellik olarak istinafa, hukukî durumu cebri icra kararından etkilenen, ispat faaliyetine tanık sıfatıyla katılan veya sair şekilde yeralan üçüncü kişilerin de[178] başvurabilmesi düzenlenmiştir[179].

Şikayet ise, diğer kanun yollarından birine başvurma imkanı bulunmayan kararlar için düzenlenmiş bir kanun yoludur. İlk derece mahkemelerinde verilen usûlî kararlara karşı, bu kararların yol açacağı zararın sonradan giderilmesinin mümkün olmaması şartıyla şikayet yoluna gidilebilir[180].

Olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesine ise, hemen hemen her ülke bakımından klasikleşmiş olan sebeplerin varlığı halinde; örneğin, yeni vakıa ve delillerin ortaya çıkması, yargılamanın seyrine suç teşkil eden bir davranışla müdahale edilmesi, feragat, kabul, sulh gibi davaya son veren usûl işlemlerinin, maddî hukuka dayanan sebeplerle geçersizliğinin ileri sürülmesi gibi, başvurulması mümkündür[181].

5. İspat Hukuku

Kanun'da ispat hukuku ve delillere ilişkin düzenlemeler arasında kesin delil, takdiri delil ayırımına yer verilmemiş olduğu görülmektedir. 150. maddede, mahkemenin tarafların davadaki tutumlarını dikkate alarak delilleri serbestçe takdir edeceği düzenlenmiştir. İspat aracı olarak benimsenen deliller, tahdidi olarak sayılmış ve bunların tanık, belge, bilirkişi, yazılı bilgi, isticvap ve keşif olduğu belirtilmiştir. Bir yenilik olarak getirilen hususlardan biri de özel (taraf) bilirkişi raporu *(privates Gutachten)* dur. Böyle bir raporun delil değerinin, alındığı kişi ya da kurum dikkate alınarak mahkemece belirlenmesi esası da getirilmiştir. 185. maddede ise, tanık

[178] **Atalı**, MİHDER, s. 619. Yazar, bu olanağın hukukî durumları cebri icra kararından etkilenen üçüncü kişiler, ispat faaliyetine tanık sıfatıyla katılan veya sair bir şekilde bu faaliyet içinde yeralan 3. kişilerle ilgili olarak m. 158/III'de açıkca öngörüldüğünü ifade etmiştir.
[179] **Atalı**, MİHDER, s. 618.
[180] **Atalı**, MİHDER, s. 619.
[181] **Atalı**, MİHDER, s. 620.

dinlenmesinin aşırı külfetli olduğu durumlarda, resmî makamlar ve özel kişilerden yazılı bilgi (*schriftliche Auskunft*) alınabileceği düzenlenmiştir. İsticvap da müstakil bir delil olarak 186. maddede düzenlenmiş, ancak yine, ispat değerinin hâkim tarafından takdir edileceği belirtilmiştir. 152. maddede taraflara da maddî vakıanın aydınlatılması için katkı sağlama yükümlülüğü getirilmiştir[182].

6. Yargılama Giderleri ve Adli Yardım

Yargılama giderlerinin davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi prensibi korunmuş ve sulhu teşvik etmek amacıyla mahkeme kararı ile elde ettiği hak, kendisine sulh için teklif edilen miktardan önemli ölçüde fazla olmayan kişinin yargılama giderlerine katlanması esası getirilmiştir. Kanunun 105. maddesinde, talebi hakkında olumlu karar verilmesi ihtimali çok zayıf olmayan ve yargılama giderlerini karşılayamacak durumda olan her kişinin adlî yardımdan yararlanma hakkı düzenlenmiştir[183].

7. Çekişmesiz Yargı

Kanun'da çekişmesiz yargı işlerine ilişkin bir kaç genel hüküm getirilmiş (m. 268-270), ayrıntılı bir usûl benimsenmemiştir. Ayrıca çekişmesiz yargıda (m. 258/c), basit yargılama usûlünün uygulanacağı belirtilmiştir[184].

Kural olarak, çekişmesiz yargı işlerinde talep sahibinin yerleşim yeri mahkemesi genel yetkili mahkemedir. Kanun'da görev işine müdahale edilmemiştir. Zira, bazı çekişmesiz yargı işlerinin idari makamlarca da görülmesi öngörülmüştür. Ancak bu işlerde basit yargılama usûlünün uygulanması öngörülmüştür. Mahkemenin esası, maddî vakıayı re'sen incelemesi, gerekli çağrıları yapması ve bilgileri toplaması düzenlenmiştir. Ayrıca, bir çekişmesiz yargı kararının maddî anlamda kesin hüküm

---

[182] **Atalı**, MİHDER, s. 621 vd. Yazar, ispat araçları arasında yemin delilinin yeralmadığını belirtmiştir.
[183] **Atalı**, MİHDER, s. 626.
[184] **Alangoya**, Yavuz: "İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya (Nizasız Kaza) İlişkin Düşünceler", Medenî Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 2005.

teşkil etmemesi ilkesi[185] (m. 269) benimsenmiştir. Basit yargılama usûlü sonucu verilmiş ilk derece kararlarına karşı istinaf benzeri (*Rekurs)* bir kanun yolu tanınmıştır. Hukukun yanlış uygulanması ve esasın yanlış tespit edilmesi gibi istinaf ile aynı sebeplerle bu yola başvurulması mümkündür[186].

8. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Kanun'da alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ilkeler halinde düzenlenmiştir. Kural olarak, her davada normal yargılamanın başlatılmasından önce bir uzlaştırma prosedürü öngörülmüştür. Bu prosedürün sulh ile sonuçlanmaması halinde, uzlaştırma merciinin davacı tarafa bir dava açma izni vermesi düzenlenmiştir. Kira uyuşmazlıkları bakımından ise, uzlaştırma merciinin, kısa bir gerekçe bölümünü dahi içerebilen, bir hüküm önerisinde bulunabilmesi esası getirilmiştir. Tarafların ayrıca uzlaştırma mercii yolunu tercih etmeyerek, arabuluculuk yöntemini tercih etmeleri de mümkündür[187].

9. İcra Hukuku'nun Medenî Usûl Hukuku ile Uyumlulaştırılması

Kanun'un 325. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, medenî yargıya ilişkin olup para ve teminat alacağı dışında kalan alacaklarla ilgili mahkeme kararlarının artık Yeni Kanun çerçevesinde cebren icra edilmesi düzenlenmiştir. Federal İcra İflas Kanunu'nda para ve teminat alacaklarının cebri icra yoluyla takibine ilişkin düzenleme zaten yeralmaktadır. Ayrıca hangi türden alacağa ilişkin olduğuna bakılmaksızın, resmî senetlere dayanılarak yapılacak icra takiplerinin de Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tâbi olması esası getirilmiştir[188].

---

[185] Çekişmesiz yargı kararının isabetli olmadığının anlaşılması üzerine, kanunda aksi bir düzenleme bulunmadığı veya hukukî güvenlik ilkesi aksini gerektirmediği sürece kaldırılabilmesi veya değiştirilebilmesi mümkündür (**Atalı,** MİHDER, s. 628).
[186] **Atalı**, MİHDER, s. 627; **Alangoya**, Armağan, s. 97; **Alangoya**, Çekişmesiz Yargı, s. 115 vd.
[187] **Atalı**, MİHDER, s. 629 vd.
[188] **Atalı**, MİHDER, s. 629 vd.

§5. HOLLANDA MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI

I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

A. ADLİ YARGI TEŞKİLATI

16 milyon kişinin yaşadığı Hollanda Krallığı küçük olmasına rağmen, kalabalık ve fakat önemli uluslararası ticaret geçmişine sahip bir Avrupa ülkesidir. Mahkemeye gitme oranı göreceli olarak düşüktür. Bu durum Hollanda'da yerleşik uzlaşma kültüründen (*polder model*)[189], kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan, diğer Avrupa ülkelerine oranla kişi başına düşen avukat ve hâkim sayısı azdır[190]. Ülkede, hukuk, ceza ve idare mahkemelerini bünyesinde barındıran 19 adet bölge mahkemesi (*Rechtbank*), 5 adet istinaf mahkemesi (*Gerechtshof*) ve 1 adet yüksek mahkeme (*Hoge Raad*) bulunur. Hollanda'da üç dereceli bir yargı sistemi mevcuttur: Bölge mahkemeleri (bünyesinde alt bölge hâkimleri yeralır[191]), bunların üzerinde yeralan istinaf mahkemeleri ve en üst yetkili mahkeme Yüksek Mahkeme[192]. Her bölge mahkemesinin 4 bölümü vardır; hukuk, ceza, idare bölümleri ve kantonal bölüm. Bölge mahkemesi bünyesinde görevlendirilmiş olan alt bölge mahkemesi hâkimleri, hukuk ve ceza davalarına bakmakla görevlidir. 5.000 Euro'ya kadar olan davalar (*small claims*) ve miktarına bakılmaksızın iş hukuku, kira, satım ve acentelik uyuşmazlıkları, bölge mahkemelerinin

---

[189] Geleneksel olarak Hollandalılar uzlaşma ve görüş birliği oluşturmaya yatkındırlar. 90'lı yıllardaki çarpıcı ekonomik büyüme ve geçmişteki barışçıl işçi-işveren ilişkileri bu uzlaşma fenomenine dayandırılmaktadır.

[190] **Bosnak**, John**/Jonk**: The Netherlands, Martina, CMS Derks Star Busmann, (ed. **Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law, 2004, s. 457.

[191] Her derecede hukuk ve ceza bölümleri yeralır. 1 Ocak 2002 tarihli medenî yargılama reformu ile Alt Bölge Mahkemeleri (*Kanton Gerecht*) kaldırılarak Bölge Mahkemelerinin bünyesine alınmış ve hâkimlerinin bölge mahkemelerinde görevlendirilmesi kararlaştırılmıştır (**Rutgers**, Robert G./**Rutgers**, Jacobien W.: "Reforms of the Code of Civil Procedure in the Netherlands", (ed. **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo) The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective 2003, s. 134).

[192] Yüksek Mahkeme 80 hâkimden oluşur ve İstinaf Mahkemelerinde ise 260 hâkim bulunmaktadır. Bölge Mahkemelerinde 1100 hâkim görev yaparken, 200 kadar da alt bölge hâkimi mevcuttur. Tüm Hollanda'da 11.000 avukat (*advocate*) ve dava vekili (*procurator litis-procureur*) bulunmaktadır. Mahkeme görevlileri (katipler, mahkeme memurları – tebligat memurları vs.) 250 kadardır. Mahkeme görevlileri, Kraliyet tarafından atanan ve davacının talebi üzerine ve masrafı davacı tarafından karşılanmak üzere, mahkeme davetiyesi göndermekle ve mahkeme kararlarını yerine getirmekle görevlendirilen kişilerdir (Bkz. Hollanda Centraal Bureau voor de Statistiek 2002 kayıtları (http://statline.cbs.nl).

bünyesinde bulunan alt bölge hâkimleri tarafından görülür. Diğer tüm davalar, doğrudan bölge mahkemelerinin hukuk Bölümlerinde açılır. Hukuk bölümleri, belli konularda uzmanlaşmış kısımlara ayrılmıştır. Bölge Mahkemeleri önündeki yargılama tek hâkimle yürütülür; ancak duruşmalar üç hâkimden oluşan heyet tarafından yapılır[193].

B. ÇEKİŞMELİ VE ÇEKİŞMESİZ YARGI

Hollanda yargılama hukukunda iki çeşit yargılama usûlü mevcuttur. İlki, mahkeme görevlisi tarafından tebliğ olunan mahkemeye çağrı davetiyesi ile başlayıp nihaî bir kararın verilmesi ile sona eren süreçten oluşan çekişmeli yargıdır. Bu yargılamada duruşma yapılır. İhtiyari ya da çekişmesiz yargı olarak ifade edilebilen ikinci usûl ise, talep dilekçesi ile başlayan, özellikle şahsın hukuku ve aile hukukuna ilişkin meselelerde uygulanan bir usûldür. Talep, ilgili mahkeme yazı işlerine kaydettirilir ve karşı tarafa tebliğ edilir. Yargılama, nihaî olmayan bir karar verilmesi ile sona erer[194].

C. VEKİL İLE TEMSİL ZORUNLULUĞU

Bölge mahkemelerinde her iki tarafın da, yani davacı ve davalının avukat ve dava vekili ile temsili zorunludur; ancak alt bölge hâkimleri önündeki yargılamada böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Sözkonusu iki usûl arasındaki tek fark, çekişmeli yargıda vekil ile temsil zorunluluğu bulunmasıdır. Bölge mahkemesindeki talep ile başlatılan çekişmesiz yargıda, sadece dilekçe verenin, yani talepte bulunanın avukat ile temsili gerekir, karşı taraf/ilgili için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Alt bölge hâkimi önündeki çekişmeli ve çekişmesiz yargıya ilişkin işlerde, davacı ve davalının asil olarak bulunabilmesi mümkündür[195].

---

[193] **Blankenburg**, Erhard: "Civil Justice, Access, Cost and Expedition", (ed. **Zuckerman**, A.A.S), Civil Justice in Crisis Comparative Perspectives of Civil Procedure 1999, s. 442 vd.; **Bosnak/Jonk**, s. 456 vd.; **Rutgers/Rutgers**, s. 134.
[194] **Rutgers/Rutgers**, s. 135.
[195] **Rutgers/Rutgers**, s. 135.

D. ADLİ YARDIM

Adli Yardım Kanunu gereğince, dava taraflarının aylık gelirlerinin 2.000 Euro'dan az olması halinde devletten adlî yardım alma hakları mevcuttur. Davayı kaybeden taraf yargılama masraflarını ödemeye mahkum edilir[196].

II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI

A. DAVANIN AÇILMASINDAN ÖNCE YERİNE GETİRİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

Dava açılacağına dair davalıya önceden bir ihbarda bulunulması gerekmez. Uygulamada bu durumun davalıyı dava öncesi muhtemel bir uzlaşmadan mahrum bırakacağı düşüncesi ile avukatların standart olarak, yargılamayı başlatmadan önce, karşı tarafı yükümlülüklerini belli bir süre içinde yerine getirmeye davet etmeleri usûlü benimsenmiştir. Bu usûle uyulmaksızın dava açılması halinde, davacı aleyhine masraflara hükmedilmesi muhtemeldir. Alt bölge hâkimleri önünde yapılan yargılama haricinde, yargılamanın bir dava vekili (*procurator litis*)[197] ve davanın görülmekte olduğu mahkemenin bulunduğu yerdeki baroya kayıtlı bir avukat tarafından birlikte yürütülmesi esastır. Dava vekili yargılamanın resmî gerekliliklerini yerine getirir, dosyalamaya, mahkeme kayıtlarının tutulmasına ve mahkeme ile ilişkilerin düzenlenmesine yardımcı olur. Hollanda yargılamasında jüri sistemi yoktur. Ancak bazı idare mahkemesi hâkimleri arasında meslekten olmayan hâkimler bulunmaktadır[198].

---

[196] **Rutgers/Rutgers**, s. 135 vd.

[197] Dava vekilliği kurumu modası geçmiş olduğu için kaldırılmak istenmektedir. Ancak, Bakanlık tarafından mahkemelere eleman alımının durdurulmuş olması sebebiyle, mahkemelerin dava vekilleri tarafından yapılmakta olan işleri üstlenecek durumda olmadığı, bu bakımdan uzunca bir süre daha bu kurumun varolmasının kaçınılmaz olduğu da ifade edilmektedir. Bu kurum avukatların yargılamayı yürütmelerine engel olmayıp, aksine avukatları formalitelerden ve mahkeme nezdinde yapılması gereken bir takım lojistik görevlerden kurtararak, yargılamanın daha somut boyutlarına yoğunlaşmalarını sağlamaktadır (**Bosnak/Jonk**, s. 459 vd.)

[198] **Bosnak/Jonk**, s. 458.

B. DAVANIN AÇILMASI VE YARGILAMA

Yargılama mahkemeye verilen dava dilekçesi ile veya başvuru üzerine başlatılır. Başvuru, dava vekili tarafından ilgili mahkeme yazı işlerine gönderilir. Mahkeme yazı işleri, ara oturum için bir tarih belirler, davacıya ve karşı tarafa davetiye gönderir. Mahkeme yazı işleri, ayrıca karşı tarafın belli bir tarihten önce savunmada bulunması için bir tarih de belirler. Tarafların tümünün hâkim tarafından dinlenildiği oturumdan sonra mahkeme ara kararı verilir. Ticarî davaların çoğu mahkemeye verilen dava dilekçesi ile açılır ve dava vekili tarafından talimat verilen bir adlî tebligat memuru tarafından tebliğ edilir. Dava dilekçesi, davanın mahkemeye hangi tarihte sunulacağını ve talebin geniş bir açıklamasını içerir. Ayrıca delillerin ve muhtemel tanıkların da dilekçede bildirilmesi gereklidir. 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren ilginç bir özellik olarak da, dava dilekçesinin, eğer biliniyorsa davalının karşı iddialarını da kapsaması gerektiği düzenlenmiştir. Bunun amacı yargılamanın mümkün olduğunca konsantre bir şekilde yürütülmesidir[199].

C. CEVAP VERİLMESİ

Davalı bir dava vekili tarafından temsil edilecekse ve karşı dava açacaksa, dava vekili, cevap dilekçesini hazırlayıp, altı hafta içinde mahkemeye sunmalı ve cevap layihası dava vekili tarafından imzalanmış olmalıdır. Dava vekilinin vekâletname ibraz etmesi gerekmez. Cevap layihası verilmesinden ve karşı davadan sonra, hâkim tarafların replik ve düplik dilekçeleri vermelerini gerekli görmezse, ara oturum için bir tarih belirler. Bu durum ancak istisnai olarak çok karmaşık meselelerde sözkonusudur. Ara oturumda taraflar vekilleri ile birlikte hazır bulunmak zorundadırlar. Bu oturumda, hâkim tarafları uzlaşmaya teşvik eder[200] ve hüküm verilmesi için bir tarih belirleyebilir veya daha fazla belgeye dayalı delil toplanmasına veya tanık ifadelerine veya bilirkişiye başvurulmasına ilişkin bir ara karar verebilir[201].

---

[199] **Bosnak/Jonk**, s. 458.
[200] Tüm davaların %50'sinin bu şekilde sonuçlandığı belirtilmektedir (**Bosnak/Jonk**, s. 458 vd)
[201] **Bosnak/Jonk**, s. 459 vd.

D. DURUŞMA ÖNCESİ HAZIRLIK

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi geleneğinde yeralan delil keşfi müessesesi (*discovery*), Hollanda gibi Kıta Avrupası Sistemi'nin geçerli olduğu bir ülkede mevcut değildir. Ancak yargılamanın ileri safhalarının ne şekilde yürütüleceğinin öngörülebilmesi için bölge mahkemesinden yargılama öncesinde tanık veya bilirkişi incelemesi talep edilebilir. Bilgi ve belgelerin (*disclosure*) açıklattırılması kurumu da, Hollanda Hukukuna delil keşfi müessesesi gibi yabancıdır, ancak Usûl Kanunu'na konulan yeni bir madde, karar verilmesi bakımından önemli olan tüm vakıaların taraflarca tamamen ve doğru bir şekilde ortaya konulmasını zorunlu kılmıştır. Ancak buna ilişkin olarak mahkemenin bir yaptırımda bulunması düzenlenmemiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, hâkim takdir hakkı çerçevesinde uygun gördüğü sonuçlara varacaktır[202].

E. ARA OTURUMLAR VE DURUŞMA

Taraflar başlangıçta belgelere dayanan delillerini layihaları ekinde mahkemeye sunarlar. İspatın her türlü vasıta ile yapılması mümkündür. En önemli ispat vasıtaları; belgeye dayanan deliller, tanık ifadeleri ve bilirkişi incelemesidir. Noter tarafından düzenlenen belgeler bazı meselelerde kesin delil kabul edilir[203].

F. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA VE ÖZEL USÛLLER

Hollanda hukukunda ihtiyati tedbir usûlü *(kort geding)*, malvarlığına ilişkin geçici hukukî koruma tedbirleri ve ilk derece mahkemesi olarak özel ticarî meselelere bakmakla görevli Amsterdam Temyiz Mahkemesi'nde uygulanan özel usûller mevcuttur. Uygulamada, ihtiyati tedbir çok sık başvurulan bir yoldur. Halihazırda hızlı bir yargılama usûlü haline gelmiş olan ihtiyati tedbir usûlü (*kort geding*) ile meselenin aciliyetine göre, bir kaç gün veya hafta içinde yargılamanın sonuçlandırılabilmesi mümkündür. Çoğu davada bölge mahkemesi hâkimi tarafından verilen karar davayı sona

[202] **Bosnak/Jonk**, s. 463 vd.
[203] **Bosnak/Jonk**, s. 464.

erdirir. Ancak bazı durumlarda sonrasında olağan yargılamanın yürütüldüğü bir davanın açıldığı da görülmektedir[204].

G. KARAR VE KANUN YOLLARI

Kural olarak, ilk derece mahkemelerinin değeri 1.750 Euro ve üzeri olan davalara ilişkin kararları istinaf incelemesine tabidir. Bu değerin altındaki davalara ilişkin kararlar hakkında istinaf yoluna başvurulabilmesi mümkün değildir. İlk derece mahkemesinde davayı kısmen ya da tamamen kaybeden ya da aleyhine hüküm kurulan taraf istinafa başvurabilir[205]. İstinaf yoluna başvuru süresi, tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren üç aydır. İstinaf mahkemesi, incelenmesi istenen kararı veren mahkemenin o dosya hakkında karar verirken sahip olduğu tüm yetkileri haiz olarak *(devolutive effect of appeal)*, dava hakkında kendi kararını verir. Diğer bir deyişle, istinaf mahkemesinin maddî vakıaları yeniden değerlendirme ve hukukî yanlışları düzeltme yetkisi bulunmaktadır. Hatta ilk derece mahkemesinde gündeme gelmiş, ancak bu konuda karar verilmemiş olan iddia ve savunmalara ilişkin olarak da bir karar verilebilmesi mümkündür. Konusu paraya ilişkin kararlara karşı istinaf başvurusu icrayı durdurmaktadır. Ancak, ilk derece mahkemelerinin geçici icraya izin verebilmeleri mümkündür. İlk derece mahkemesi kararı aleyhine istinafa başvurulmuş olması halinde, başvuran taraf aleyhine karar tesis edilmesi *(reformatio in peius)* mümkün değildir. Hızlı bir yargılama usûlü haline gelmiş *kort geding* prosedüründe verilmiş olan nihaî olmayan, geçici nitelikli kararlara karşı da istinafa başvurulabilmesi de mümkündür[206].

Açık hata durumlarında, mahkeme her iki taraf ile müzakere ederek kararda düzeltme yapabilir. Taraflardan birinin hilesi ile alınmış kararın veya taraflarca alıkonulup sunulmamış olan delillerin karardan sonra ele geçirilmesi halinde, mahkeme kararının, diğer tarafça iptali istenebilir. İstinaf yolu kapalı olan ilk derece mahkemesi

---

[204] **Bosnak/Jonk**, s. 467.
[205] Genellikle ilk derece mahkeme kararlarının %5 ila %10'una karşı istinaf başvurusu yapılmaktadır (Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 18).
[206] Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 19 ve 20.

kararları ile istinaf mahkemesi kararlarına karşı, kararın verilmesinden itibaren 3 ay içinde temyiz yoluna gidilmesi mümkündür. Temyiz icrayı durdurmaz[207].

H. YARGILAMA MASRAFLARI

Hollanda'da yargılama masrafları İngiltere ve Amerika'da olduğu kadar yüksek değildir. Ancak Hollanda'da yargılama masraflarının tamamının kaybeden taraftan alınmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Genellikle avukatlar tarafından faturalandırılan masraflar, mahkemece hükmedilen masraflardan dikkate değer miktarda fazladır. Bu masraflar, önceden bir sözleşmede açıkca kararlaştırılmamışsa veya mahkeme tarafından hükmolunmadıkça, karşı taraftan alınamaz. Hukuk davalarında, ihtilafın değerine göre maktu mahkeme masrafları dava açılırken alınmaktadır[208].

III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI

Hollanda'da medenî yargılama sistemi genel olarak iyi işlemektedir. Bu sebeple pek sorun yaşandığı söylenemez. Davacılar mahkemeye başvurduklarında, makûl bir sürede ve makûl bir masrafla bir çözüm elde etmekte ve mahkemeleri erişilebilir bulmaktadırlar. Yargılamanın daha önemli uyuşmazlıklara özgülenebilmesi için, Hollanda vatandaşlarına ihtilaflarının çözümlenmesinde mahkeme dışında da etkin metodlar sunulmaktadır. Reform planları çerçevesinde gecikmeler azaltılmaya çalışılmaktadır. Mahkeme masrafları, ihtilafın değeri ile orantılıdır. Avukatlar saat ücreti üzerinden ücretlendirilmektedir. Saat ücretleri, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi standartları ile karşılaştırıldığında makûldür. Kazanan tarafın kaybeden taraftan, mahkeme aksine karar vermediği takdirde mahkeme masrafları ve vekâlet ücretini almaya hak kazanmasına olanak tanıyan bir usûl uygulanmaktadır. Küçük talepler usûlü bakımından *(small claims)*, masraflar ihtilafın değerini kolayca aşabilmekte ve bu gerçek, davacıları alternatif uyuşmazlık çözüm metodları aramaya sevketmektedir. Hollanda'da dava yoğunluğunun önlenmesi için, mahkeme

[207] **Bosnak/Jonk**, s. 468; Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 20.
[208] **Bosnak/Jonk**, s. 467 vd.

yargılamasının hızlandırılması ve uyuşmazlık çözümü konusunda mahkeme dışı imkanların arttırılması suretiyle mahkemeye başvurulmasının tamamen önlenmesi gibi bir takım süreçler geliştirilmiştir. Uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözümü konusunda çok çeşitli imkanlar mevcuttur. Teknik olarak ihtiyati tedbirler için öngörülmüş seri ve basit yargılama usûlü *(kort geding)* gayrıresmi olarak kapsamı genişletilmiş ve olağan olarak uygulanan bir usûl haline dönüşmüştür. Bu usûlde nadiren birden fazla ara oturum yapılır. Taraflar davanın ayrıntılarını duruşma sırasında ortaya koyarlar. Yargılama, hâkimin tarafların tüm dava içindeki başarı şanslarının ne olduğunu ihsas edecek kadar merasimsiz ve gayrıresmidir. Oturum sıklıkla taraflar arasında anlaşma ile sonuçlanır. Uzlaşma sağlanamamışsa, aleni şekilde yapılan ara oturumdan hemen sonra karar verilir. Ortalama olarak bu usûlün uygulandığı davalar başlangıcından itibaren altı hafta içinde sonuçlandırılır. Tarafların pek azı, esasında serbest olmalarına rağmen, bu usûlden sonra diğer usûllere başvururlar. Alacak tahsili için de hızlı usûller düzenlenmiştir. İcra memurları, özel alacak tahsilatçıları ile birlikte çalışmak suretiyle, borçluları mahkemeye çağırarak kararların icra edilmesine ilişkin kamu görevini yerine getirirler. Adli yargılamaya çoğunlukla son çare olarak başvurulur. Dava tehdidi normal olarak ödeme konusunda bir anlaşma sağlanması bakımından yeterli olmaktadır[209].

IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI

A. GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE REFORM ÇALIŞMALARI

Hollanda yargılama hukukunun temeli 1838 tarihli Usûl Kanunu'na ve 1827 tarihli Adli Teşkilata İlişkin Kanun'a dayanır. Doğal olarak her ikisi de sık sık değişikliğe uğramıştır ve hatta sonradan çıkarılan Avukatlık Kanunu ve Adli Yardıma İlişkin Kanunlarla tamamlanmıştır[210]. 1838 tarihli Usûl Kanunu'nun kabul edilmesinden çok kısa bir süre sonra, Kanun, yargılamada doğrudanlık prensibini benimsememiş olduğu, olağan yargılama usûlünde insiyatifin taraflara bırakılmış olduğu ve hâkimin

[209] **Zuckerman**, s. 33 vd.
[210] **Blankenburg**, s. 444 vd; **Bosnak/Jonk**, s. 457.

davanın sevk ve idaresinde etkin bir rol oymamadığı gibi gerekçelerle eleştirilere hedef olmuştur. Bütün bu eleştirilere rağmen Kanun'da değişiklik yapılması ancak 19. yüzyılın sonlarında mümkün olabilmiştir[211].

Hollanda medenî yargılama sistemi Fransız atalarından birtakım etkiler taşımaktadır. Geçmişte, Alman Medenî Usûl Kanunu da, Hollanda'da modernleştirme çalışmaları bakımından bir model oluşturmuştur. Hollanda Usûl Kanunu 20. yüzyıl boyunca defalarca değişikliğe uğramıştır. Bununla birlikte, temel reformların ancak 2002 yılında gerçekleştirilmesi mümkün olmuştur[212]. Usûl Kanunu'nda yapılan en önemli revizyonlardan biri Ocak 2002 tarihinde yapılmış olanıdır[213]. 2005 yılı Ekim ayında, 2002 yılı reformlarının sonucu olarak başka reformlar da yapılmıştır. Bu reformlar, 2002'de yapılanların sonucu olmakla birlikte, zaman zaman sadece sözkonusu reformların gerektirdiği teknik değişiklikler olmaktan daha da öteye gittikleri görülmüştür. 2001 yılında üniversitelerde görevli üç profesörden oluşan bir çalışma grubu[214] oluşturularak, Hollanda yargılama hukukunda yapılması gereken temel değişiklikleri hazırlamaları istenmiştir. Çalışma grubu, geçici raporunu 2003 yılında hazırlamış ve nihaî rapor ise 2006 yılının başında yayınlanmıştır. Bu defa diğerlerinin yanısıra İngiltere'deki Woolf reformlarından[215] da etkilenilmiştir[216].

Yukarıda bahsettiğimiz etkilere ek olarak, reform çalışmalarında Tebligata, Yargı Yetkisine ve Delillere ilişkin Avrupa Birliği Tüzüklerinden de etkilenilmiştir. Hollanda hukuk kültürünün bir başka özelliği de uluslararası alana yönelik ve yabancı etkilere açık olmasıdır. 1 Ocak 2002'den itibaren Adli Teşkilat içinde Konsey olarak adlandırılan yeni bir kurum oluşturulmuştur. Bu kurum, Adalet Bakanlığı ile hukuk

---

[211] **Jongbloed**, A.W.: "The Netherlands", (ed. **van Rhee**, C.H.) European Traditions in Civil Procedure, 2005, s. 70; **van Rhee**, C.H.: "Dutch Civil Procedural Law in an International Context", (ed. **Deguchi**, M./**Storme**, M.) The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society, Antwerpen/Apeldoorn 2008, s. 197.
[212] **van Rhee**, s. 199.
[213] **Bosnak/Jonk**, s. 457.
[214] Bu grup, I.N. Tzankova asistanlığında Profesörler W.D.H. Asser, H.A. Groen ve J.B.M. Vranken'den oluşmuştur (**van Rhee**, s. 203).
[215] Bkz. ileride § 11, IV, A.
[216] **van Rhee**, s. 196.

mahkemeleri arasında ara bir kurum olup, mahkemelerin finansmanı, insan kaynakları, teşkilâtlanmaları ve yerleşmeleri ile ilgili alanlarda koordinasyonu sağlamaktadır[217].

B. 2002 REFORMU

Medenî yargılama hukuku reformuna ilişkin kanun taslağı, kabul edilmesinden iki yıl önce Parlamento'ya sunulmuştur. Bu gecikmenin nedenlerinden biri olarak, Hollanda'nın bir özelliği olan uzlaşma modeli *(polder model),* diğeri ise hâkim, avukat ve Adalet Bakanlığı görevlilerinden oluşan komiteler tarafından ön çalışma yapılmış olması gösterilmektedir. 2002 Reformlarından önce Parlamento'da yargılamanın yeniden gözden geçirilmesi gerekliliğine ilişkin hararetli tartışmalar yapılmıştır. Bu gözden geçirmenin temellerinin yurt dışında bulunabileceğine karar verilerek, dikkatler 1999 tarihli İngiliz yargılama hukuku reformlarına çevrilmiştir. Çok tartışmalı bir süreçten sonra Hollanda medenî yargılama hukukunda Ocak 2002'de çeşitli reformlar yapılmıştır[218]. 2002 Reformları kısmen Alman örneğinden[219] etkilenmekle birlikte, kanun koyucunun aynı zamanda Avrupa'daki gelişmelerden de etkilenmiş olduğu da bir gerçektir[220]. Komiteler tarafından yapılan ön çalışmalarda önerilen iki husus çok önem taşımaktadır[221]:

1. Hızlandırılmış Usûl

2002 tarihli Reforma dayanak teşkil eden ön çalışmaları yapan komitelerden biri olan "Hızlandırılmış Usûl" Komitesi tarafından, 1995 yılında çeşitli mahkemelerde görülmekte olan çekişmeli yargıya ilişkin basit davalardaki yargılama kuralları ile ilgili bir deneme yapılması önerilmiştir. Hızlandırılmış usûlün amacı, layihaların verilmesi için kısa sürelerin belirlenmesi ve bunun sonucunun gözlemlenmesi olmuştur. Buna

---

[217] **Bosnak/Jonk**, s. 457 vd.
[218] Hollanda Resmî Gazetesi 2001, 580.
[219] Buna ilişkin olarak, Almanya'da olduğu gibi yargılamada sözlü unsurlara vurgu yapılmıştır (**Jongbloed**, s. 82).
[220] **Jongbloed**, s. 82. Yazar, Usûl Kanunu'nun 20. maddesinde hâkime yargılamayı hızlandırma ve gereksiz gecikmeleri önleme görevi verildiğini belirtmektedir. Bu maddenin gerekçesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Capuno* kararı yeralmış ve İtalya, yargılamanın yaklaşık on yıl sürdüğü bu davada sorumlu tutulmuştur.
[221] **Rutgers/Rutgers**, s. 136 vd.; **Jongbloed**, s. 82.

göre, sadece dava dilekçesi ve cevap layihası verilmesi, replik ve düplik verilmemesi düşünülmüştür. Tarafların mahkemede bizzat bulunmaları, bu esnada hâkimin dostane çözüm olasılıklarını araştırması veya bilgi toplamaya çalışması öngörülmüştür. Dostane çözümlerin imkansız olduğu anlaşılırsa; taraflar, vekilleri ve hâkim arasında yargılamanın devamına ve tanıkların dinlenmesine ilişkin düzenlemeler yapılması öngörülmüştür. Muhtelif mahkemelerde bu pilot uygulama denenmiştir. Katılma zorunluluğu bulunmadığı için, taraflar ve vekillerinin bu usûlü kendiliklerinden tercih etmiş oldukları görülmüştür. Gönüllü olarak pilot uygulamada yeralan taraflar, ya üç dört ay içinde uzlaşmaya varmışlar ya da mahkemenin verdiği bir ara karar ile yargılamanın devamına ve delillerin toplanmasına karar verilmiştir. Bu deney başarılı olmuş ve 2002 tarihli reform yasasında "hızlandırılmış usûl", standart usûl halini almıştır[222].

2. Belirli Süreler

Medenî yargılamanın etkinliğine ilişkin olarak bir başka Komiteye yaptırılan bir araştırmada, hızlandırılmış usûllerin, ancak hâkim ve devletin kararların makûl sürede verilmesine ilişkin olarak sorumluluk hissetmeleri durumunda başarılı olabileceğine, ilk derece yargısındaki usûl çeşitliliğinin ortadan kaldırılması gerekliliğine, duruşma tarihlerini içeren yeknesak bir liste hazırlanması ve usûlî aşamalara ilişkin sürelerin ve gecikmelerin ve usûlî işlemlerin zamanında yerine getirilmemesi halinde uygulanacak cezaların da bu listede belirlenmesi şeklinde bir takım sonuçlara varılmıştır. Komite taslak halinde bir duruşma tarihleri listesi tüzüğü hazırlamış ve bu tüzükte layihaların verilmesi sırasında gözlemlere dayanan belirli kurallar ve bu esnada oluşan gecikme ortaya konulmuştur. Komitenin çoğunlukla hâkimlerden oluşması sebebiyle, taslakta yeralan öneriler tüm mahkemeler tarafından uygun bulunmuş ve tüzük, Reform Yasasından da önce 1 Ekim 2000 tarihinde kabul edilmiştir. Böylece Hollanda'da layihaların verilmesine, tebliğine ve süre verilmesine ilişkin olarak tüm mahkemelerde aynı kurallar uygulanmaya başlanmıştır[223].

[222] **Rutgers /Rutgers** s. 137.
[223] **Rutgers /Rutgers** s. 137

3. 2002 Tarihli Reforma İlişkin Kanun Tasarısı'nda Yer Alan Temel Prensipler

Kanun Teklifi Açıklama Muhtırasında[224], her medenî yargılama reformunda bulunması olağan olan beş temel prensip ortaya konulmuştur; a) yargılamanın basitleştirilmesi, b) formalitelerin ortadan kaldırılması, c) hâkim ile taraflar arasındaki ilişkinin modernleştirilmesi d) yargılamada etkinliğin sağlanması ve sürdürülmesi, e) yargılama hukukunun yeknesaklaştırılması.

a. Yargılamanın Basitleştirilmesi

İlk derece yargılaması, çağrı ile dava açılması ve normal dava açılması usûlünde tek genel uygulamanın esas alınması ile basitleştirilmiştir. Alt bölge mahkemelerinde (küçük talepler, iş davaları, kira ve acente ihtilafları) farklı usûller bulunmamakta, diğer bir deyişle, bölge mahkemesindeki usûl ile alt bölge mahkemesindeki usûl aynıdır[225].

Yazılı hazırlık süreci tek evreye düşürülmüştür; örneğin mahkemeye davet (m. 111) ve cevap layihası (m. 128). Davalının cevap layihasını vermesinden sonra, hâkim tarafların ve vekillerinin bir ay sonra mahkemede hazır bulunmalarına karar verecektir (m. 131). Bunun nedeni ihtilafın "dostane çözüm" yoluyla çözülme olasılığının araştırılması ve/veya taraflardan bilgi alınmasıdır (m. 88). Replik ve düplik prensip olarak kaldırılmıştır. Tarafların mahkemede hazır bulunması zorunludur (m. 128). Ancak davanın, tarafların hazır bulunmasını gerektirmeyen nitelikte olduğuna hâkimin karar vermesi halinde, tarafların hazır bulunması gerekmemektedir. Bu durumda replik ve düplik verilmesi usûlüne devam edilir. Bu, Reformdaki en önemli değişikliklerden biridir ve muhtelif mahkemelerde denenmiş olan "hızlandırılmış usûl" den alınmıştır. Yazılı hazırlık sürecinin tek evreye düşürülmesi ile, tarafların tüm iddia ve savunmalarını, çağrı ve cevap layihasında ortaya koymaları gerekli hale gelmiştir. Tarafların mahkemede hazır bulunduğu esnada, hem meselenin sulh yoluyla

[224] Parlamento Toplantılarına İlişkin Resmî Belgeler, II 1999/2000, 26 855, No.3 (Açıklama Muhtırası), s. 4.

[225] **Rutgers/Rutgers**, s. 137; **Jongbloed**, s. 83. Yazar tek farkın, alt bölge mahkemesi önünde tarafların asil olarak bulunabilmesi ve vekil ile temsilin zorunlu olmaması olduğunu ifade etmektedir.

çözümlenmesine çalışılmakta hem de bilgi toplanmaktadır. Ayrıca delil sunulacaksa, delillerin niteliğine göre çeşitli anlaşmalar yapılmakta ve duruşma günü kararlaştırılmaktadır. Hâkim aynı zamanda davanın arabulucukla sonuçlandırılması olasılığını da taraflara hatırlatmak durumundadır. Mahkemede tarafların hazır bulunmasından sonra layihaların verilmesine karar verilmesi tamamen hâkimin takdirindedir. Tarafların veya vekillerinini iddialarını ve savunmalarını sözlü şekilde ileri sürme imkanları olmuşsa, hâkim karşılıklı olarak layihaların sunulmasına gerek olmadığına karar verebilir (m. 134). Tarafların mahkemede hazır bulundukları sırada layiha sunma konusunda açıkca talepte bulunmaları halinde, hâkim buna izin verecektir. Önceki yargılama kanunu zamanında davaların % 5'inde karşılıklı olarak layihaların verildiği gözönünde alındığında, bu düzenlemenin yerinde olduğu ifade edilmiştir. Bu değişiklikler çerçevesinde çağrı usûlü, talep usûlüne benzer bir yapıya kavuşmuştur: Talep (m. 279), savunma (m. 282) ve bunu takip eden ara oturum (m. 279)[226].

b. Formalitelerin Azaltılması

Medenî yargılama hukukunda "formalitelerin azaltılması", usûlî başarısızlıkların, ancak korunması amaçlanan menfaatleri etkilenmesi halinde yaptırıma bağlanmasını ifade eder. Temyiz mahkemesi içtihatlarında, çağrı usûlüne ve sair usûle ilişkin hataların sıklıkla bir "onarım müzekkeresi" tebliğ edilmesi ile düzeltildiği görülmektedir. Yeni bir düzenleme olan "anahtar hükümler" (m. 69-76) formalitelerin azaltılması düşüncesinin geniş alana yayıldığını göstermektedir. Belirli bir davanın yanlış usûlde açılmış olması halinde, bu derhal reddedilmemektedir. Hâkim bu durumda doğru usûlün yürütülebilmesi için, anahtarı tersine çevirerek usûlü değiştirebilmektedir. Hatta bu durumda süreler işlememekte ve dava ilk usûlî işlemin yapıldığı andan itibaren mevcut sayılmaktadır (m. 69). Benzer bir kural, davacı davasını yanlış mahkeme önünde açtığı zaman da sözkonusu olmaktadır (m. 70). Örneğin, bir davanın alt bölge mahkemesinde açılması gerekirken, bölge mahkemesinde açılmış halinde, mahkeme davayı alt bölge mahkemesine yönlendirmektedir (m. 71). Açık hesap, yazım hataları vs.

[226] **Rutgers /Rutgers,** s. 138 vd; **Jongbloed**, s. 84.

tarafların başvurusu üzerine hâkim tarafından kendiliğinden temyize başvurulması gerekmeksizin düzeltilmektedir[227].

c. Hâkim-Taraf İlişkisinin Modernleştirilmesi

Geleneksel olarak Hollanda'da hukuk mahkemelerinin işleyiş biçimi pasiftir. Çekişmeli hukuk yargısının başlatılması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması hep tarafların ihtiyarındadır. İtiraz edilmemiş vakıalar ve haklar, kesin ve bağlayıcı hale gelmektedir (m. 149).

Yargılamanın uzunluğuna ilişkin eleştirilerin sonucunda, mahkemeler yargılamanın sevk ve idaresi bakımından gittikçe artan bir rol üstlenmeye başlamışlardır. Usûle İlişkin Genel Kurallar'da hâkimin makûl olmayan gecikmeleri önlemek için, gerekli tedbirleri alması gerektiği düzenlenmiştir. Duruşma tarihlerinin ulusal olarak düzenlenmesi, mahkemeye davet ve cevap usûlünde yazılı işlemlerin azaltılması ve cevabın verilmesinden sonra mahkemede bizzat hazır bulunulması sırasında hâkimin artan aktif rolü ile, artık hâkim yargılamanın yürütülmesinde belirleyici bir role sahip olmuştur. Duruşmanın her aşamasında hâkim taraflardan davaya ilişkin çeşitli hususların aydınlatılmasını veya davaya ilişkin kayıt ve belge sunmalarını istemeye yetkili olduğu gibi, tarafların bunları yerine getirmemeleri halinde aksi yönde karar vermeye de yetkili kılınmıştır. Hollanda standartlarında devrim sayılabilecek bir husus da, hâkimin kararında etkili olabilecek vakıaların, taraflar ve vekilleri tarafından tam ve gerçek şekilde temin edilmesine ilişkin genel bir düzenlemenin kabulüdür[228].

d. Yargılamada Etkinliğin Sağlanması

Medenî yargılama hukukunda etkinliğin peşinden koşulması, sadece yazılı layihaların azaltılmasını değil, çağrı ve cevap layihasının daha ayrıntılı hazırlanması sonucunu da getirmiştir. Hâkimin mümkün olan en erken aşamada dava hakkında tam bir fikre sahip olabilmesi öngörülmüştür. Aynı zamanda davalının mahkemede hazır

[227] **Rutgers /Rutgers**, s. 139; **Jongbloed**, s. 84.
[228] **Rutgers /Rutgers**, s. 139 vd.; **Jongbloed**, s. 85 vd.

bulunması gerekliliğinin de bildirildiği çağrıda, çağrının yanısıra iddia ve argümanların ve dosya safahatından anlaşılan savunmaların da yeralması öngörülmüştür. Davacının elinde bulunan delilleri ve mahkemede dinleteceği tanıkları da bildirmesi gerekir (m. 111). Davalının da gerekçeli bir cevap layihası sunması ve elinde bulunan delilleri ve mahkemede dinleteceği tanıkları da bildirmesi gerekir (m. 128). Davacı veya davalının bu gereklilikleri yerine getirmemeleri halinde, hâkim eksik evrakların tamamlatılmasına karar verir. Yeni usûlün başarısı, Yeni Kanun ile taraflara yüklenen yükümlülüklerin yerine getirilmesi konusunda hâkimin tarafları ne derecede zorladığına bağlıdır. Son alınan bilgiler, ihtilaflı meselelerde yargılamanın 330 günden fazla sürmediği yolundadır[229]. Etkinliğin ara kararların temyizine getirilen sınırlamalar ile (m. 337/II ve 358/III) de güçlendirilmesi öngörülmüştür[230].

e. Medenî Yargılama Hukukunun Yeknesaklaştırılması

Kanunkoyucu temyiz sürelerini "bir hafta", "dört hafta" ve "üç ay" gibi süreler düzenlemek suretiyle yeknesak hale getirmiştir. Diğer taraftan, ilk derece yargılamasındaki çağrı usûlü ile talep usûlü arasındaki farklar ortadan kaldırılmıştır[231].

4. 2002 Reformu'nun Ortaya Koyduğu Sonuç

İlk önce, ilk derece yargılamasına ilişkin olarak yerel mahkeme (ve bölge mahkemeleri) yargılama kuralları arasındaki farklar kaldırılmış ve her iki mahkeme için genel kurallar konulmuştur. Bu değişiklik, İngiltere ve Galler'de ilçe mahkemeleri ile asliye mahkemeleri bakımından yapılan değişikliğe benzerlik göstermektedir[232]. 2002 Reformunda yeralan diğer önemli değişiklikler olarak, Parlamento sürecinden geçmeksizin konsey kararı ile yargılama kuralları kabul edilmesi, hâkimin kendiliğinden veya tarafların talebi üzerine gecikmelerin önlenmesine ilişkin önlemlerin alınması bakımından açıkca görevlendirilmesi, usûlî kuralların ihlâli halinde, bu ihlâl ile korunması amaçlanan menfaat haleldar edilmişse, bunun yaptırıma bağlanması, yer

[229] **Rutgers /Rutgers**, s. 140; **Jongbloed**, s. 87.
[230] **Jongbloed**, s. 88.
[231] **Jongbloed**, s. 90; **Rutgers/Rutgers**, s. 84.
[232] **van Rhee**, s. 200. Bu hususta bkz. ileride § 11, IV, B, 5.

bakımından veya konu bakımından yetkili ve görevli olmayan mahkemelerin davayı yetkili mahkemeye göndermekle görevlendirilmeleri, davanın erken aşamalarında mümkün olduğunca az bilgi verilmesi geleneğinden uzaklaşılarak, davacı ve davalıya dava ve cevap dilekçelerinde gerekli bilgileri önceden vermeleri görevinin yüklenmesi, yargılama sırasında verilmesi gereken layihaların sayısının azaltılması, cevap layihasının verilmesinden sonra, hâkime tarafların mahkemede hazır bulunmasına karar verme görevi verilmesi, ara kararların temyizi imkanının kaldırılması sayılabilir[233].

Kısa bir süre içinde kanun koyucu Hollanda medenî yargılama hukukunda temel hususları değiştirmede başarılı olmuştur. Medenî yargılama hukukundaki bu reformun, tipik Hollanda uzlaşma modelinin *(polder model)* bir ürünü olarak nitelendirilmesi mümkündür. Reform'un yürürlüğe girmesinden hemen sonra eleştiriler başlamıştır. Eleştiriler temelde Yeni Kanun'da gerçek anlamda temel bir medenî yargılama reformunun yeralmamış olmasına ilişkindir. İlk derece yargısındaki yargılama gözönüne alındığında, Hollanda Medenî Usûl Kanunu'nun oldukça iyi bir mantık çerçevesinde yapılandırılmış olduğu açıktır. Temyiz usûlünün de bunu takip etmesi beklenmektedir. İlk derece yargılamasındaki karşılıklı olarak birer yazılı layiha verilmesi ve akabinde yargılamanın yürütülmesinde aktif olan bir hâkim önünde bizzat hazır bulunulmasına ilişkin mevcut yapı gayet hızlı ve etkindir. Duruşma Tarihlerinin Düzenlenmesine İlişkin Ulusal Tüzük ile layihaların sunulmasına ilişkin süreler düzenlenmiştir. Küçük talepler bakımından düzenlemeler henüz yapılmamıştır. Geçmişte Hollanda'da buna ilişkin bir usûl bulunmakla birlikte, bu usûl daha sonra 1991 yılında kaldırılmıştır. Buna ilişkin olarak Avrupa Birliği'nde[234] yapılan düzenlemelerin esas alınması öngörülmüştür. Henüz bilgi teknolojileri ve adlî terminoloji konusunda da ayrıntılı düzenleme yapılmamıştır. Temyiz mahkemesinin bu alanlardaki gelişmeleri düzenleyen kararlar verdiği görülmektedir. Ancak bu konuda da Avrupa Birliği'ndeki gelişmelerin

[233] **van Rhee**, s. 201.
[234] Bkz. ileride § 15, II, B, 4, b.

beklenmesi öngörülmüştür. Ancak sonuç olarak, Hollanda'da ilk derece yargılamasındaki reformun başarılı olduğu ifade edilmektedirr[235].

C. 2005 REFORMU

15 Ekim 2005 tarihinde, 2002 Reformları'nın sonucu olarak gerçekleştirilen reformlar kabul edilmiştir[236]. Bu reformların bazıları gerçekten 2002 Reformları'ndan kaynaklanan teknik değişiklikler olmaktan da öteye gitmiştir. Örneğin, Medenî Usûl Kanunu'nun 6. ve 8. maddeleri değiştirilerek, Hukukî ve Ticarî Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme İlâmlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel I Tüzüğü ile uyumu sağlanmıştır[237].

D. HOLLANDA MEDENÎ YARGISI'NDA YENİ BİR YAKLAŞIM

Yukarıda da bahsedildiği gibi[238], 2001 yılında üniversite profesörlerinden oluşan bir çalışma grubu kurulmuş ve temel reforma ilişkin tavsiyelerde bulunmaları için, Hollanda yargılama hukukunu yeniden değerlendirmeleri ve incelemeleri görevi verilmiştir. Çalışma grubu üç aşamalı bir çalışma yapmıştır. İlk aşama, çalışma grubunun esas düşüncelerinin açıklandığı geçici bir raporun yayınlanması ile sonuçlanmış; ikinci aşama ise, uygulamacılar ve akademisyenlerin geçici rapor içeriğine ilişkin tartışmalarından oluşmuştur. Nihayet, 2006 başlarında, nihaî raporun yayınlanması ile çalışma grubu, çalışmalarının üçüncü aşamasını da tamamlamıştır. Geçici raporda çalışma grubu özetle; (1) uyuşmazlıkları diğer çözme yöntemleri yanında, örneğin. arabuluculuk gibi, yargılamanın devlet mahkemeleri tarafından yönetilmesi, (2) bir taraftan yargılamanın devlet tarafından yönetilmesinin son çare olması, diğer taraftan yargılamanın devlet tarafından yönetilmesinin bireysel davacı ve davalılar bakımından (AİS m. 6) ve hukukun yorumlanması ve gelişmesi bakımından vazgeçilemez oluşu arasındaki denge, (3) yargılamanın devlet mahkemeleri tarafından hızlı, makûl masraflarla, etkin ve yüksek kalitede yönetilmesi, (4) dava sırasında ve

[235] **Rutgers/Rutgers,** s. 141 vd.
[236] Hollanda Resmî Gazetesi 2005, 455.
[237] **van Rhee**, s. 196 ve 203.
[238] Bkz. yukarıda § 5, IV, A.

dava öncesi aşamada hâkimin ve tarafların rolleri, (5) ilk derece yargılaması, temyiz ve istinaf arasındaki ilişki, temyiz ve istinafın hedefleri, (6) net ve esnek yargılama kuralları ihtiyacı, gibi çeşitli konular üzerinde yoğunlaşmıştır. Ayrıca geçici raporda ilk defa karmaşık yargılama usûlünden de bahsedilmiştir[239].

§6. İTALYA MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI

I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

A. GENEL OLARAK

İtalya'da 1942 tarihli Medenî Usûl Kanunu uygulanmaktadır. Bu Kanun, sonraki yıllarda tâdil edilmiştir. İtalya, çalışmamızın ileriki bölümlerinde ele alınacak olan ve 20.yüzyılın neredeyse ilk yetmiş yılında Kıta Avrupası'nda ve bu hukuk sistemlerinden etkilenmiş ülkelerde uygulanmış bulunan İtalyan-Kanonik (*Italian-Canonical*)[240] medenî yargılama modelinin temsilcisidir. İtalyan medenî yargılaması tipik olarak üç safhaya ayrılmıştır[241]. Genel olarak "başlangıç safhası" (*fase introduttiva*) olarak anılan ilk safhada, davanın hangi mahkemede görüleceği belirlenir ve taraf teşkili sağlanır. "Hazırlık safhası" (*fase di trattazione od istruttoria*) olarak adlandırılan ikinci safhada, hükme esas teşkil etmek üzere dava hazırlığı yapılır. Bu safhada çekişmeli mesele ya da meseleler belirlenir, dava ve savunma ortaya konulur, bunlara ilişkin deliller ibraz edilir ve mahkemece kabul edilir. Son safha olan "karar verme safhası"nda (*fase decisoria*), dava ve savunma incelenir ve karar verilir. Bazı davalarda ikinci ve üçüncü safha arasındaki çizgi kesindir. Zira, ikinci safha tek hâkim tarafında yürütüldüğü halde, karar üç hâkimden oluşan heyet tarafından verilir. Ancak davaların büyük çoğunluğu, hem davayı hazırlamakla hem de karar vermekle görevli olan tek hâkim tarafından yürütülmektedir[242].

---

[239] **van Rhee**, s. 203 vd.
[240] Bkz. § 19, I, B.
[241] Bkz. ayrıntılı olarak ileride Dördüncü Bölüm, § 19, I, B.
[242] **Pekcanıtez**, Hakan: "Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usûl Hukukundaki Gelişmeler", İzBD, C. 65, S: 4, s. 38 vd; **Chiarloni**, Sergio: "Civil Justice and Its Paradoxes, an Italian Perspective", (ed.

Çoğu Kıta Avrupası ülkesi hukukunda olduğu gibi, İtalya'da mahkeme hiyerarşisi üç kademelidir. İlk derece mahkemesi *(Tribunal)* kararlarına karşı, ikinci derece mahkemesinde *(Corte di Appello)* istinafa gidilir. İkinci derece kararları ise, en son derecede Temyiz Mahkemesi *(Corte di Cassazione)* tarafından temyiz incelemesine tâbi tutulur. İtalyan medenî yargılamasının, İtalya'yı Kıta Avrupası yargılamasından ve Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi yargılamasından ayıran bazı özellikleri de bulunmaktadır[243]. Bu özellikler aşağıda ele alınacaktır.

B. YARGILAMANIN BAZI ÖZELİKLERİ

1. Davanın Taraflarca Yönetilmesi

İtalya'da medenî yargılama tarafların tasarrufundadır. Bu yargılamanın her aşamasının tarafların insiyatifinde olduğu anlamına gelir. Usûle ilişkin aşamalarda taraflar dilekçe verirler, süre ve süre uzatımı için başvururlar. Mahkeme bu talepleri değerlendiremez, sadece yerine getirmekle görevlidir. Mahkemenin taraflara herhangi bir yaptırım da uygulaması sözkonusu değildir. Bu temelden hareketle, mahkeme kararları da talep ve savunma ile sınırlıdır. Ayrıca karar, kural olarak sadece taraflarca sunulan delillere dayandırılabilir. İtalya'da dava uzun bir süreç olup, uzun zamana yayılmış bir dizi ara oturumdan oluşur. Avukatlar, genellikle önemli sözlü delillerin sunulduğu duruşmalara ve son sözlü beyanlarda bulunacakları duruşmalara katılırlar, yargılamanın diğer safahatı daha kıdemsiz meslektaşları tarafından yürütülür[244].

2. Birden Çok Ara Oturum ve Yazılı Delil

İtalya'da belirli aralıklarla, davaya ilişkin hazırlığın yapıldığı ve delillerin sunulup, tartışıldığı birden çok ara oturum yapılması esastır. Her ara oturumdan önce, taraflar yazılı dilekçeler sunma ve karşı tarafın dilekçelerine cevap verme gibi faaliyetlerde bulunurlar. Bu bakımdan yargılama aşırı şekilde uzamaktadır. İtalyan

---

Zuckerman, A.A.S) Civil Justice in Crisis, s. 263 vd.; **Romano**, Gian Paolo / **Vecchi**, Daniele, Gianni: "Italy",Origoni, Grippo and Partners, (ed. Grubbs, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law 2004, s. 345.

[243] **Ramono/Vecchi**, s. 345.

[244] **Ramono/Vecchi**, s. 346

sisteminde, yazılı delillerin ve mahkeme tarafından atanmış bilirkişilerin özel önemi vardır. Özel hukuk davalarının büyük çoğunluğunda tanık beyanları alınmadan karar verilmektedir[245]. Bu sebeple, sözlü delillere ancak yazılı delillere ulaşılamadığı ya da dayanılamadığı durumlarda başvurulmaktadır. Bu bakımdan uygulamada başlangıç safhası dilekçelerin ve layihaların teati edilmesinden ibaret olup, yargılamanın sözlü kısmı sadece formaliteden ibaret kalmaktadır[246].

3. Tarafların Eşitliği ve Hâkimlerin Bağımsızlığı

İtalyan sisteminde de, diğer tüm yargılama sistemlerinde olduğu gibi yargılama sırasında taraflar eşit hak ve fırsatlara ve eşit şartlara sahiptir. Geçici ya da kesin olsun, hiç bir kararın taraflar dinlenmeksizin verilmesi mümkün değildir. İhtiyati tedbir kararlarının dahi, taraflar dinlenmeden[247] verilmesi çok nadiren gerçekleşir. İtalya'da yargılama masrafları da, diğer ülkelere nispeten daha düşüktür. Yargılamanın hak ve nesafetle yürütülmesi için, mahkemelerin tarafsız olması son derece önem taşımaktadır. Bu bakımdan İtalya'da hâkimler ne seçilir, ne de atanırlar. Hâkim olmak için ulusal bir sınavı kazanmak gerekmektedir. Ayrıca ilk derece mahkemelerinde katı bir şekilde uygulanan davaların tahsis edilmesi kuralı da benimsenmiştir. Bu kural davanın davacının kendi seçtiği ve lehine karar vermesi kuvvetle muhtemel olan mahkemede görülmesinin engellenmesi için getirilmiştir[248].

C. MAHKEME TEŞKİLATI

İtalya'da mahkeme hiyerarşisi üç derece (*gradi od istanze*) ya da kademelidir. İlk derecede Tribunal *(Tribunali*) denilen mahkemeler ve basit davalara bakan sulh hâkimleri *(Guidici di Pace)* yeralır. İkinci derecedeki mahkemeler istinaf mahkemeleri *(Corti d'Appello*) dir. Üçüncü derecede ise Temyiz Mahkemesi *(Corte di Cassazione)*

---

[245] Bu sistemin savunucuları tanıkların taraflardan para almaları yanında, hafızalarının çok güçsüz olduğunu ve taraflarca kolayca etkilenebildiklerini öne sürmektedirler (**Ramono/Vecchi**, s. 346)

[246] **Ramono/Vecchi**, s. 346.

[247] Hukuki dinlenilme hakkı, İtalyan Anayasası m. 24/III'de düzenlenmiştir. Bu maddede hukuki dinlenilme hakkının yanısıra adlî yardım talebine ilişkin hükümler de düzenlenmiştir (**Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s. 39).

[248] **Ramono/Vecchi**, s. 346.

yeralır. Tribunal mahkemeleri, hemen hemen tüm davalarda, kanunda sulh hâkiminin görevine bırakılan davalar haricinde, ilk derece mahkemesi olarak görevlidir. Ayrıca bazı vergi işlerine ve kişi hallerine ilişkin davalara bakarlar (Usûl Kanunu m. 9). Sulh hâkimlerinin kararlarını ikinci derece mahkemesi olarak istinaf incelemesine de tâbi tutarlar (Usûl Kanunu m. 341). Sulh hâkimleri ise, değeri 2.600 Euro'yu geçmeyen taşınır davalarına, trafik kazalarından kaynaklanan ve değeri 16.000 Euro'yu geçmeyen tazminat davalarına, bazı gayrımenkul davalarına bakmakla görevlidir (Usûl Kanunu m. 7). İstinaf mahkemeleri, ilk derecedeki Tribunal mahkemelerinin kararlarını incelerler. Temyiz Mahkemesi ise, ikinci derecedeki mahkemelerin kararlarını hukuka uygunluk açısından inceler. İtalya'da ayrıca bazı meselelere bakmakla görevli, örneğin vergi mahkemeleri gibi, uzmanlaşmış mahkemeler de bulunur. Davalar meslekten olan hâkimler tarafından görülür. Özellikli meselelere ilişkin davalara (örneğin iflas yargılaması, muhtelif şirketler hukuku meseleleri, vasiyetnamenin tenfizi, boşanma ve sair aile hukuku meseleleri gibi) Tribunal mahkemelerinde üç hâkimden oluşan heyetler tarafından bakılır. Bu davalarda çeşitli alanlarda uzmanlaşmış kişilerin görüşlerinden yararlanılır. İstinaf mahkemeleri meslekten olan üç üyeden, Temyiz Mahkemesi ise yine meslekten olan beş üyeden oluşur[249].

II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI

A. DAVANIN AÇILMASINDAN ÖNCE YERİNE GETİRİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

Davanın açılmasından önce karşı tarafa ihbarda bulunulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak karşı tarafın bir yükümlülüğü yerine getirmesi için bir süre belirlenmemişse ve karşı taraf bu yükümlülüğü yerine getirmiyorsa, dava açmadan önce ihtar çekilmesi gereklidir. İhtarnamenin tebliğinden itibaren 15 gün içinde temerrütte olan taraf ifada bulunmuyorsa, davanın derhal açılması mümkündür (Medenî Kanun m. 1453). Kural olarak vekille temsil zorunludur (Usûl Kanunu m. 82 (2). Ancak belli durumlarda, dava değerinin 500 Euro'yu geçmediği uyuşmazlıklar ve iş hukukundan

[249] **Ramono/Vecchi**, s. 345.

kaynaklanan bazı uyuşmazlıklarda kişilerin kendilerinin dava açabilmeleri ve yürütmeleri mümkündür (Usûl Kanunu m. 82 (1)). Dava dilekçelerini ve sâir yazılı beyanları avukatların imzalaması gerekir. Bunun için avukatların o mahkemede temsile yetkili bulunmaları gerekir. En az on yıllık tecrübe sahibi avukatlar, Temyiz Mahkemesi'nde temsile yetkilidir (Usûl Kanunu m. 82 (3)). Gerçek ve tüzel kişiler, belirli ön-şartlar aranmaksızın dava açabilirler. Ancak gerekli olan durumlarda, küçükler, fiil ehliyetinden yoksun olanlar ve şirketler, kanuni temsilcileri tarafından temsil edilir. Dava açılması hukukî yararın bulunması şartına bağlıdır (Usûl Kanunu m. 105)[250].

B. DAVANIN AÇILMASI VE CEVAP VERİLMESİ

Yargılama, dava dilekçesinin (*atto di citazione*) davalıya (*convenuto*) tebliğ edilmesi ile başlar. Diğer hukuk sistemlerinin aksine, ilgili mahkemede dava açılmadan önce, dava dilekçesi mahkemeye verildiği anda, karşı tarafa tebliğ edilir. Ancak bunun uygulanmadığı bazı özel yargılama usûlleri mevcuttur. Dava dilekçesinde Usûl Kanunu'nun 163. maddesinde belirtilen hususların bulunması gerekir. Buna göre talep sonucu (*petitum*), talebi destekleyen vakıa ve hukuk kuralları (*causa petendi*), ilk duruşma tarihi, cevap dilekçesinin duruşma tarihinden en az yirmi gün önce verilmesi gerektiği ve davalının duruşma gününde mahkemede hazır bulunması gerektiği dava dilekçesinde mutlaka belirtilmelidir. İlk duruşma tarihi, yıl başında her mahkemenin yeni açılacak davalar için belirlemiş olduğu duruşma tarihleri arasından davacı tarafından seçilir. Dava dilekçesi, Usûl Kanunu'nun 137 vd. maddelerine göre, davalının ikametgahı mahkeme bölgesi içindeyse davalıya mahkeme görevlisi tarafından elden, mahkeme bölgesi dışındaysa davalıya iadeli taahhütlü olarak tebliğ edilir. Dava dilekçesinin tebliğini müteakip on gün içinde, davacı dava dilekçesini mahkemeye vererek davasını açar. Dava dilekçesinin mahkemeye verilmesini takip eden iki gün içinde dava mahkeme kaydına işlenir. Ardından dava dosyası bu davaya bakmakla görevlendirilecek bir hâkim belirlenmesi için mahkeme başkanına tevdi edilir. Mahkeme başkanı davayı, davanın başlangıç safhasını yürütmek üzere seçtiği bir hâkime tevdi

[250] **Ramono/Vecchi**, s. 348.

eder. Davaların büyük çoğunluğunda bu hâkim sadece başlangıç safhasını yürütmekle değil, davayı sonuçlandırıp karar vermekle de görevlidir[251].

Davalının davaya cevap vermesi gereklidir. Aksi takdirde yargılama onun gıyabında[252] yürütülür. Davaya cevap ilk oturum gününden en az yirmi gün önce verilmiş olmalıdır (Usûl Kanunu m. 166). Daha sonra verilen ve hatta ilk duruşma gününde verilen cevap dilekçeleri de kabul edilir. Ancak bu durumda davalı üçüncü kişiye davayı ihbar etme veya karşı dava açma haklarından feragat etmiş sayılır. Cevap dilekçesinde davalı itirazlarını ve savunmalarını sunar, özellikle dava dilekçesinde ileri sürülen iddialara karşı cevap verir. Cevap dilekçesi ekinde savunmayı destekleyen belgelerin de sunulması gerekir. Davalının toplanmasını talep ettiği sair delilleri de bildirmesi gerekir. Cevap dilekçesinde davalı davayı ihbar edebilir veya karşı dava açabilir (Usûl Kanunu m. 167)[253].

C. DURUŞMA ÖNCESİ HAZIRLIK SAFHASI VE ARA OTURUMLAR

İlk oturum tarihi, davacı tarafından belirlenerek, mahkemeye ve davalıya bildirilir. Hâkim ilk oturumda davanın usûlüne uygun şekilde açılmış olduğunu ve tarafların hazır bulunup bulunmadığını kontrol eder. Her iki taraf da ilk oturuma katılmamışsa, hâkim yeni bir oturum tarihi belirler. İkinci oturumda da taraflar hazır bulunmazsa, dava işlemden kaldırılır. Sadece davalının hazır bulunmaması halinde, yargılamaya onun yokluğunda devam edilir. Davalı hem hazır bulunmayıp hem de cevap dilekçesi sunmamışsa, hakkında gıyap kararı verilir (Usûl Kanunu m. 181, 182). İlk ara oturumda taraflar, iddia, savunma ve talep sonuçlarını açıklarlar ve gerekli ise değiştirebilirler. Davaya bakmakla görevli hâkim, ara oturum tarihlerini ve süreleri belirler, dilekçelerin karşılıklı olarak verilmesi ve delillerin toplanması faaliyetlerini düzenler (Usûl Kanunu m. 175). Duruşma öncesi tahkikat safhasının, uzun bir zamana yayılmış bir kaç ara oturumdan oluşması esastır. Bu aşamada öncelikle hangi delillerin toplanacağı tespit edilir ve sonrasında usûlüne uygun şekilde toplanmasına çalışılır.

[251] **Ramono/Vecchi**, s. 349
[252] Hukumuzda gıyap müessesesinin kaldırılmasına ilişkin olarak bkz. yukarıda § 3, II, C, dn. 88 civarı.
[253] **Ramono/Vecchi**, s. 350.

Yazılı belgeler, tanık beyanları, taraf ifadeleri, bilirkişi ve yemin İtalyan hukukunda delil olarak kabul edilir[254].

D. ÖZEL USÛLLER

İtalyan medenî yargılama hukukunda, yukarıda belirtilen olağan usûlden başka iki tane de özel usûl vardır. Bunlardan biri seri ve basit usûl, diğeri ise geçici hukukî koruma tedbirlerinde uygulanan usûldür[255].

E. DURUŞMA SONRASI SAFHA VE KANUN YOLLARI

İtalyan medenî yargılama hukukunda, ilk derece mahkemesi kararlarının istinaf incelemesine tâbi tutulması ve ikinci derece mahkemelerinin kararlarının temyiz edilmesi mümkündür. Ayrıca kesin hüküm haline gelmiş mahkeme kararlarına karşı olağanüstü kanun yolları da mevcuttur. Son reformlar çerçevesinde, hem ilk derece yargılaması hem de ikinci derece mahkemelerince verilen kararlar kesinleşmeleri beklenmeksizin derhal icra edilebilir hale gelmiştir. Ancak belli şartlarla icranın durdurulmasına ilişkin karar alınması mümkündür (Usûl Kanunu m. 337)[256].

F. YARGILAMA MASRAFLARININ YÜKLETİLMESİ

Kesinleşmiş mahkeme kararında masraflara da hükmedilir. Masraflar yargılama masrafları ve vekâlet ücretlerinden oluşur. Yargılama masrafları davanın değeri ile orantılı olarak değişebileceği gibi, davanın cinsine göre maktu da olabilir. Usûl Kanunu'nun 91. maddesine göre, yargılama masraflarının ve vekâlet ücretinin kaybeden tarafa yükletilmesi esastır[257].

---

[254] **Ramono/Vecchi**, s. 356 vd.
[255] **Ramono/Vecchi**, s. 364.
[256] **Ramono/Vecchi**, s. 368.
[257] **Ramono/Vecchi**, s. 372.

III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI

İtalya'da kanun hükümleri ile bunların uygulaması arasında keskin bir karşıtlık sözkonusudur. İtalyan Anayasası'nın 24. maddesi, her vatandaşa hak ve menfaatlerini korumak için dava hakkı vermekte ve yargılama masraflarını karşılayamayan kişilere adlî yardım sağlanmasını düzenlemektedir. Ancak, yaşanan durum bundan çok farklıdır. Uygulamada adalete erişim güçleştiğinde, bu güçlüklerin üstesinden gelinmesi için devletin gerekli tedbirleri alamadığı görülmektedir. Adalete erişimde bilgi eksikliği büyük bir engeldir. Bilgi eksikliğinin, hukuk mesleği mensuplarının kuvvetli şekilde karşı koymasından ve güçlü lobi faaliyetinde bulunmasından ve dahası meslekî bilgilerini kamuoyu ile paylaşmamalarından kaynaklandığı söylenmektedir. Böylece adalete erişimin sadece avukatlar vasıtasıyla sağlanması mümkün olmaktadır. İtalyan adlî yargısının adalet arayan kişiler bakımından faydasız durumda olduğu ifade edilmektedir. Adli yargının yerini, adaleti geciktiren karmaşık ve karanlık birtakım merasimler almıştır. Kusurlu olan dava tarafı, uzun süren sürecin arkasına gizlenebilmektedir. Davasında haklı olan tarafın tek silahı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilmesi imkânıdır[258].

İtalyan adlî yargısının sorunu, adaletin aşırı şekilde gecikmesidir. Bu durum, Anayasa'nın yeni 111. maddesine "yargılamanın makûl süresi" prensibini getiren son tarihli reformlar çerçevesinde felaket olarak adlandırılmıştır. Uzun bir geçmişi olan bu durum, felaketi daha da kötüleştirmektedir. İtalya'da adlî yargının temel sorunu, yargılamadaki aşırı ve tolere edilemez gecikmelerdir. 1942 tarihli Usûl Kanunu ile bu sorun ile başa çıkabilmek için birtakım girişimlerde bulunulmuştur; ancak bu girişimler, Baro'nun şiddetli tepkisi sonucu oluşturulan 1950 tarihli karşı reform ile akim kalmıştır. Bu durumu değiştirmeye ilişkin çabalar da, tek istisna dışında sonuçsuz kalmıştır. Sadece 1973 tarihli iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda (daha sonra kira uyuşmazlıklarına da teşmil edilmiştir) yargılamanın süresinin azaltılmasına ilişkin değişiklik başarılı olmuştur. Usûl hukukuna ilişkin projeler hazırlanmış ve yıllarca

[258] **Chiarloni**, s. 263 vd.

tartışılmıştır; ancak İtalyan yargılama hukukuna ilişkin genel bir reform bir türlü gerçekleştirilememiştir[259].

1950'yi izleyen on yıl içinde, İtalyan hukuk doktrininde, İtalyan yargılama sisteminin yetersizliği ifade edilmiş ve etkin reformlar önerilmiştir. Ancak bu şikâyetlerden hiç bir sonuç alınamamıştır. İtalyan hukuk doktrinerlerinin çok büyük bir kısmının, bir kaç istisna dışında krizin gerçek sebeplerini kavrayamamış ve soyut ve teorik tartışmaların batağı içinde saplanıp kalmış olduğu ifade edilmiştir. Siyasi güç ise, sorunu ele almaya çalışmamış ve belki de baro teşkilâtı içinde yeralan ve adlî yargı sisteminin reformuna karşı olan geleneksel muhaliflerle hiç bir zaman uğraşma niyetinde olmamıştır[260].

IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI

A. 90'LI YILLARDA YARGILAMA REFORMLARI

80'li yıllarda yargılama sisteminin global reformununa ilişkin projeler terk edilmiş, ancak durumun kötüleşmesi ve tolere edilemez hale gelmesi üzerine, bu durum, 1990 yılında kanunlaşmış olan kısmî bir reformun oluşmasına olanak tanımıştır. Bu reform yeni bir yargılama kanunu öngörmemekle birlikte, iddialı bir reformdur. Çeşitli usûlî kurallarda esaslı değişiklikler öngörmesinin yanısıra, tarafların makûl bir süre içinde haklarının etkin olarak korunmasında önemli sonuçlar elde etmesine yönelik olarak mevcut sistemin önemli noktalarını değiştirmeyi hedeflemiştir. 1990 Reformu'nun temel noktaları; geçici tedbirler bakımından basitleştirilmiş ve birleştirilmiş bir düzenleme, yargılama esnasında tarafların kısmî ödeme emri çıkartma haklarının düzenlenmesi, ön bir oturum ile davanın basitleştirilmiş ve yoğunlaştırılmış şekilde hazırlanmasına imkân sağlanması, çoğu davada heyet yerine tek hâkimle

[259] **Taruffo**, Michele: "Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy" (ed. **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo) Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective , 2003, s. 217 vd.
[260] **Taruffo**, s. 217.

yargılama yapılmasının öngörülmesi, ilk derecede verilen kararların derhal icrasının sağlanması şeklinde özetlenebilir.

Böylece, 1942 tarihli İtalyan Meden Usûl Kanunu'nda, 1990 tarihli Reform ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Bundan bir yıl sonra da Mahkemeler Teşkilatı Kanunu değiştirilmiştir. 1990 Reformu ile yapılan en önemli değişiklikler aşağıda ortaya konulmaya çalışılmıştır[261].

- Hukukî korumanın daha etkili yerine getirilebilmesi için, genel mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına dair düzenlemeler yapılmıştır. Bu amaçla sulh hâkimleri görevlendirilmiştir. Sulh hâkimleri esasında avukatlardan oluşmakta ve avukatlar sulh mahkemelerinde hâkim olarak görev yapmaktadırlar.
- Sulh mahkemelerinde görev yapan hâkimlerin yetkileri genişletilerek, miktarı az olan uyuşmazlıkların çözümü onlara bırakılmıştır.
- Usûl ekonomisi ve çabukluğun sağlanması bakımından, 1995 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle toplu mahkeme olarak görev yapan asliye mahkemelerinde tek hâkimin karar vermesi usûlü düzenlenmiştir.
- 1990 yılında iş yargısı esas alınarak yapılan düzenleme sonucu, davada taraflarca ileri sürülen talep ve vakıaların ve bunlara ilişkin delillerin ilk oturumda hâkim önüne gelmiş olması öngörülmüş ve bu konuda taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünü hâkimin yönlendirmesi benimsenmiştir.
- İlk derece mahkemelerinin edaya ilişkin hükümlerinin icrası ve istinaf yolunun tekrar düzenlenmesi ve özellikle istinaf muhakemesinde yeni vakıaların ileri sürülmesinin sınırlandırılmasıyla ilgili reformlar yapılmıştır.
- Hukukî dinlenilme hakkının[262] sağlanması bakımından ihtiyati tedbirlere ilişkin yargılamanın kalitesi iyileştirilmiş, hukuk devletine uygun bir yargılama garantisi getirilmiştir. Kararın verilmesinden önce duruşmada tarafların dinlenmesi ve kararların incelenmesi imkanı genişletilmiştir. Mahkemenin sadece talep edeni dinleyerek karar vermesi yerine, mümkün olduğu kadar iki

[261] **Pekcanıtez**, Sempozyum, s. 39 vd.; **Taruffo**, s. 219.
[262] Hukuki dinlenilme hakkına ilişkin olarak bkz. **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s. 39.

tarafın da dinlenerek karar verilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca ihtiyati tedbir kararlarına karşı şikâyet denilen bir hukukî çare olanağı öngörülmüştür[263].

Ancak, bu Reform'da birçok aksaklık mevcut olduğu da açıktır. Bunların en önemlilerinden bir kaç tanesi sayılacak olursa; örneğin, delillerin ibrazına ilişkin hiç bir düzenleme yapılmamış olması ve böylece delillerin sunulması aşamasının yine çok uzun sürmesi muhtemel bir çok oturuma bölünmüş bir süreçte bırakılmış olması, öte yandan adlî teşkilâtın yeniden organizasyonuna ilişkin olarak ve icra yargılaması hakkında hiç bir düzenleme yapılmamış olması gibi. Ancak yine de, 1990 Reformu ile getirilen birçok düzenlemenin makûl olduğunun belirtilmesi gerekir. Fakat bu Reformun temel ve en önemli amacı olan yargılama süresinin kısaltılması ve gecikmenin önlenmesi ve böylece adaletin tecelli etmesi hedefine tamamen ulaşmadığı açıktır. İstatistikler, İtalyan adlî yargısının 1990 öncesindeki yavaş ve hantal mekanizmasının sürdüğünü ortaya koymuştur[264].

B. MEVCUT DURUM

1990-1995 reformlarının somut başarısızlığı, İtalya'da adlî yargının yönetimi sorununu çözümsüz bırakmıştır. 1996 yılında Avrupa'da yargılamanın ortalama süresi 69 ay iken, İtalya'da yargılama ortalama 116 aydır. Bu, Avrupa'daki en kötü ortalamadır. Müteakip yıllardan bugüne kadar, durum somut olarak değişmemiştir. Örneğin, 2002 yılında, ilk derece yargılamasının ortalama uzunluğunun hala 3 yıldan fazla olduğu görülmektedir. Durum 2003 yılında daha da kötüye gitmiş, sulh hâkimleri önündeki küçük talepler yargılaması daha da uzamış, ancak ilk derece yargılamasındaki gecikmelerin azaldığı görülmüş ve fakat hâlâ yargılamanın 2 yıl 5 ay gibi bir zaman aldığı tespit edilmiştir. Ekonomik bir bakış açısından hazırlanmış ve 2003 yılında yayınlanmış bir çalışma, gecikmenin üç temel sebebi olduğunu ortaya koymuştur. Bunlardan ilki, çoğu avukatın dilekçe ve oturumları mümkün olduğunca çoğaltarak gelirini artıma eğilimi ve mevcut sistemden kaynaklanan vekâlet ücretlerinin tespiti

[263] **Pekcanıtez**, Sempozyum, s. 40.
[264] **Taruffo**, s. 219.

sorunu, ikincisi mevcut yargılama kurallarının avukatlara dilekçeleri ve oturumları arttırma imkanını vermesi, üçüncü ise İtalyan hâkimlerinin sayısının Avrupa'daki ortalama sayılara ulaşmasına rağmen, hâkimlerin etkin olarak adalet hizmetlerinde kullanılamaması, bir kısmı iş yükünden boğulurken, bir kısmının boş oturmasıdır. Son zamanlarda yapılan başka bir çalışma ise, yargılama mekanizması teşkilâtı içindeki, mekanizmanın etkin hale getirilebilmesi için düzeltilmesi şart olan bir kaç aksaklığı vurgulanmıştır. Örneğin, yargılama sürecinde aşırı şekilde resmî ve bürokratik işlemler ve aralıkları uzun oturumlar yeralmakta ve mahkemelerin işleyişinde hiç bir yönetilme mekanizması bulunmamaktadır. İtalya'da halihazır durumun hâlâ çok kötü olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. İtalyan kanun koyucusu, adlî yargıdaki gecikmenin gerçek nedenlerinin ve tahrip edici etkilerinin farkında olabilseydi, muhtemel etkin çarelere başvurulması ve bunların kanunlaşması mümkün olabileceği söylenmektedir[265].

C. MEVCUT VE YAPILMASI BEKLENEN REFORMLAR

Medenî yargının sorunları ile karşı karşıya kalan hükümet, hâkim, avukat ve akademisyenlerden oluşan bir uzman grubuna, medenî yargıdaki gecikmeleri azaltmak için medenî yargılama hukukuna ilişkin bir reform hazırlanması görevini vermiştir. Bu çalışma sonucunda, uzmanlar grubu tarafından şirketler hukukuna ilişkin meselelerde uygulanmak ve 1 Ocak 2004 tarihinde yürürlüğe girmek üzere özel yargılama usûlü kuralları ve yeni bir yargılama kanunu taslağı[266] hazırlanmış olmasına rağmen, Parlamento'da onaylarak kabul edilememiştir[267].

Esasında bu Taslak ile uygulanmakta olan olağan usûlün hazırlık safhasında, medenî yargının "özelleştirilmesi" anlamına gelecek, radikal bir reform yapılması planlanmıştır. Bu anlamda, yargılamanın hazırlık safhası hâkimin kontrolünden çıkarılarak taraf avukatlarının eline bırakılmıştır. Modelin özünde, hazırlık safhasının hâkim ile herhangi bir irtibatta bulunulmaksızın, sadece ve münhasıran taraf avukatları

[265] **Taruffo**, s. 224.
[266] Bu proje, taslağı hazırlayan komitenin başkanı olan avukatın adı ile "Progetto Vaccarella" olarak anılmıştır. Ancak, proje Parlamento'da onaylanmamıştır (**Taruffo**, s. 225, dn. 15)
[267] **Taruffo**, s. 224 vd.

arasında bir dizi dilekçe ve yazılı beyan teati edilmesinden oluşması düşüncesi yeralmıştır. Yargılama hazırlığının sadece taraf avukatları tarafından yapılması, hâkimin herhangi bir müdahale, kontrol veya katkısının bulunmaması amaçlanmıştır. Bu durum, taraf avukatlarının arzu ettikleri sayıda dilekçe ve yazılı beyanları teati ettikten sonra, taraflardan birinin ara oturum tarihi belirlenmesi için hâkime başvurmasına kadar devam edecektir. Bu ana kadar hâkimin dava konusu uyuşmazlık ile ilgili olarak tarafların birbirlerine ne gibi beyanlarda bulunduklarını bilme şansı olmayacaktır. Bu durumda karmaşık bir davada hâkimin davaya ilişkin ön meseleleri ele alabilmesi için bir yığın haline gelmiş dilekçe ve beyanları okuyup anlaması, hangi delillerin kabul edilip toplanacağını belirlemesi ve ara oturum tarihi belirlemesi gerekecektir. Ayrıca bu safhanın süresi üzerinde hâkimin herhangi bir müdahalesi ve kontrolu mümkün olamayacaktır. İtalyan kanun koyucusunun, çeşitli ülkelerde[268] yapılan reformlara karşı eğilimde olduğu açıkça görülmektedir. Birçok ülkede yargılamanın etkin ve verimli hale gelmesi sorunu, hâkime dava yönetiminde daha geniş ve daha etkin yetkiler verilmesi suretiyle çözülmüştür. Tüm gelişmiş yargılama sistemleri medenî yargılamadaki gecikmeyle, hâkime davanın yürütülmesi ve yönetilmesinde ve özellikle hazırlık aşamasında aktif rol verilerek başa çıkmıştır. Bu sistemler, yargılamanın süresini de yine bu şekilde azaltmışlardır[269].

§ 7. İSPANYA MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI

I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

İspanyol adlî sistemini ve yargılama kurallarını düzenleyen iki ana kanun mevcuttur; 1 Temmuz 1985 tarihli Adli Teşkilât Kanunu (*Ley Organica 6/1985 del Poder Judicial-LOPJ)* ve 7 Ocak 2000 tarihli Medenî Usûl Kanunu (*Ley 1/2000 de*

[268] Bkz. 1999 tarihli İngiliz Usûl Kuralları, İspanyol Usûl Kanunu, Alman Usûl Kanunu Reformu vs.

[269] **Taruffo**, s. 224 ila 228. Yazar, yargılamada taraf hâkimiyetinin ana yurdu olan Amerika'da bile, son yirmi yıl içinde hâkimin, yargılamanın ve özellikle duruşma öncesi hazırlık safhasının kilit adamı haline gelmiş olduğunu ifade etmektedir.

Enjuiciamento Civil-LEC). Adli Teşkilât Kanunu, adliye teşkilâtına odaklanmışken, yargılama kuralları, Medenî Usûl Kanunu (LEC) içinde düzenlenmiştir. 8 Ocak 2001 tarihinde, 1881 tarihli önceki Medenî Usûl Kanunu'nun yerine geçen kapsamlı değişiklikler yürürlüğe girmiştir. İspanya'da, diğer Kıta Avrupası ülkelerinde olduğu gibi, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi geleneği mevcuttur. Bu bakımdan doğası itibariyle medenî yargılama kurallarına tasarruf ilkesi hâkimdir. Yargılamanın yürütülmesi bakımından ise taraf hâkimiyeti (*adversary*) egemen olmayıp, yargılama hakimin sevk idaresindedir. Jürinin sadece ceza davalarında bulunması esastır. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılama sistemlerinde sıklıkla kullanılan karşı tarafın elinde bulunan belgelerin açıklattırılması, diğer bir deyişle delil keşfi (*discovery*) usûlü mevcut değildir. Yargılamanın başlangıç safhalarında tanık beyanları yazılı olarak kaydedilmez, teati edilmez ve dosyalanmaz. Avukatlar davanın açılmasından ve yürütülmesinden sorumludurlar. Avukatların mahkeme önünde müvekkilerini savunma yetkisi bulunur. Talep miktarının 900 Euro'yu geçtiği davalarda, tarafların mahkemede *Procurado*r[270] denilen bir vekil tarafından temsil edilmeleri gereklidir[271].

A. MAHKEME TEŞKİLATI

Adli Teşkilat Kanunu (LOPJ)'na göre, İspanyol hukuk mahkemeleri iki dereceli olarak teşkilâtlanmıştır. Esasında mahkemeler, ilk derece mahkemeleri (*Juzgados de Primera Instancia*) ve ikinci derecede istinaf mahkemelerinden (*Audencias Provinciales*) oluşur. İlk derece mahkemeleri tek hâkimlidir. İlk derece hâkimleri arasında uzmanlaşma sözkonusu değildir. Sadece aile hukukuna ilişkin meseleler, bu alanda uzmanlaşmış hâkimlerce görülmektedir. Ancak bazı ticarî meselelerin uzmanlaşmış ilk derece hâkimleri tarafından görülmesine ilişkin olarak Adli Teşkilat Kanunu'nda (LOPJ) reform yapılması öngörülmektedir. İlk derece mahkemeleri

[270] *Procurador* olarak adlandırılan dava vekili hukuk eğitimi almış olmasına rağmen müvekkilin mahkemede savunmasını üstlenmez, sadece müvekkilini mahkemede temsil eder. Mahkemeden gelen tebligatları alır ve iletişimi sağlar ve avukat ile irtibatlaşır. *Procurador*lara avukatlardan ayrı olarak ücret ödenir ve avukata ödenecek ücret *procurador* ücretini kapsamaz (**Quintana**, İnigo/ **Nadal**, Elisabeth de/ **Fernandez**, Cortes Jaime: "Spain", Cuatrecasas, (ed. **Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law 2004 s. 677).

[271] **Quintana /Nadal/Fernandez**, s. 677.

tarafından verilen kararlara karşı istinaf mahkemelerine başvurulabilmesi mümkündür. İstinaf mahkemeleri 3 üyeden oluşmaktadır. İspanya'da 52 adet istinaf mahkemesi mevcuttur. Siyasi olarak 17 özerk bölgeye bölünmüş olan İspanya'da, her bir özerk bölgede bir Yüksek Adalet Mahkemesi (*Tribunal Superior de Justicia*) görev yapmaktadır[272]. Her bir özerk bölgede bulunan Yüksek Mahkeme'de ve Yüksek Adalet Mahkemesi'nde olağanüstü kanun yoluna başvurulur[273].

B. YENİ YARGILAMA KANUNU İLE GETİRİLEN BAŞLICA DEĞİŞİKLİKLER

Eski Usûl Kanunu 2000 yılında tâdil edilmiştir. Yeni Usûl Kanunu, 8 Ocak 2001'de yürürlüğe girmiş ve İspanyol medenî yargılamasını önemli şekilde değişikliğe uğratmıştır. Bu durum, İspanyol avukatlarının ve hâkimlerinin yeni kurallara ve uygulamaya adapte olmaları için uzun süre gerektirmiştir. Yeni Usûl Kanunu ile[274];

- Yargılama usûlleri azaltılmış, 3.000 Euro ve üstü uyuşmazlıklar basit usûle tâbi hale getirilmiş, 3.000 Euro'nun altındaki uyuşmazlıklar bakımından daha hızlı ve basitleştirilmiş bir usûl olan sözlü usûl kabul edilmiştir. Aile hukuku, vasiyetname, malvarlığının bölüştürülmesi, ihtilafsız ticarî borçların tahsil edilmesi, poliçe ve çeke ilişkin özel yargılama usûlleri halen yürürlüktedir.
- Yeni Usûl Kanunu ile, tüm adlî tebligatların basitleştirilmesi, ilk derecede sözlü yargılama yapılmasının teşvik edilmesi, uyuşmazlık konusu meselelere odaklanılması, dava, karşı dava ve savunmaya ilişkin dilekçelerin verilmesinin tamamlanması ve aranan hukukî çarenin ortaya konulması bakımından ön duruşma yapılması usûlünün öngörülmesi yargılamayı daha esnek ve hızlı hale getirilmiştir.
- Yeni Usûl Kanunu delil toplanması usûlünü de değiştirmiştir. Tanık beyanları ve bilirkişi incelemesi dahil tüm delillerin artık duruşma hâkimi tarafından kanunî ve fiilî argümanların ortaya konulması aşamasının tamamlanmasından sonra bizzat toplanması öngörülmüştür.

---

[272] **Quintana/Nadal**, s. 678.
[273] **Quintana/Nadal** , s. 678.
[274] **Quintana/Nadal/Fernandez**, s. 678-680.

- Yeni Usûl Kanunu'na göre, ilk derece mahkemelerinin kararlarının herhangi bir teminat aranmaksızın icra edilmesi mümkün hale getirilmiştir. Ayrıca borçlunun malvarlığının araştırılması için daha etkin bir sistem öngörülmüştür.
- 30.000 Euro'ya kadar olan çekişmesiz ticarî alacakların tahsil edilmesine yönelik özel bir usûl getirilmiştir. Yeni kurallar uyarınca, borçlu borca itiraz etmezse, mahkeme borçlunun gıyabında karar verecek ve alacaklı da buna göre icraya başvurabilecektir.
- Yargılamanın tam bir kaydının tutulmasının desteklenmesi ve özellikle iddia, savunma ve delillerin kayıt altına alınması için mahkemelerin yeni tekniklerle donatılması imkanı verilmiştir. Davaların artık CD veya videoya kaydedilmesi öngörülmüştür. Mahkeme ile taraf vekilleri arasında elektronik iletişime izin verilmiş; tüm duruşmaların kaydedilerek, bu kayıtların CD ROM'larının duruşma bitiminde taraflara teslim edilmesi esası getirilmiştir.
- Geçici koruma tedbirlerine ilişkin tüm ihtimalleri kapsayan konsantre düzenlemeler yapılmıştır.
- İlk derecede yargılama süresi, ortalama olarak sekiz aya düşürülmüştür. İstinaf süreci ise 18 ay ila 24 ay arasındadır. İstinaf mahkemeleri vakıa ve delilleri yeni baştan inceleyebilir. Olağanüstü kanun yolları ise, bu mahkemelerdeki ciddi yoğunluktan dolayı beş yıl gibi bir zaman alabilmektedir.
- Olağanüstü kanun yolları, bu yöndeki taleplerin gereksiz şekilde artması sebebiyle sınırlandırılmıştır. Yüksek mahkemelerin maddî hukuka ilişkin değerlendirme yapması mümkündür ancak delilleri yeniden değerlendiremezler. Yüksek Mahkeme, istinaf mahkemeleri tarafından esas alınmış vakıaların ispat edilmiş olduğu gerçeğinden veya temel hakların veya usûlî sürecin ihlali sonucunu doğuran, yargılama hukuku kurallarının çiğnendiği gerçeğinden hareket eder.

C. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELER

Usûle hâkim olan genel ilkeler şu şekilde kabul edilmektedir: (a) Layihalara bağlı adalet: Hukuk hâkimlerinin, kanunda aksi öngörülmedikçe, önlerine getirilmiş bulunan uyuşmazlığa ilişkin olarak tarafların dilekçelerinde yeralan talepleri çerçevesinde karar

verebilmeleri mümkündür. (b) Alenilik : Duruşmalar kanunda kapalı olarak yapılması düzenlenen durumlar haricinde kamuya açıktır. (c) Yargılamada resmî dillerden herhangi birinin kullanılması hakkı: İspanyolca resmî dildir. Ancak belirli Özerk Bölgelerde konuşulan diğer resmî dillerin de yargılamada kullanılması kabul edilmiştir. (d) Taraf tasarrufu: Kamu düzenine aykırı olmadıkça veya üçüncü kişilerin haklarını ihlâl etmedikçe, tarafların dava konusu üzerinde anlaşmaları ve yargılamayı sona erdirmeleri mümkündür, uzlaşmaya gitmeleri mümkündür, hatta uyuşmazlığı tahkime dahi götürebilirler. (e) Doğrudanlık: Karar mercii olan hâkimin görevi sadece duruşmaya çıkmak değil, bilakis tüm ara oturumlarda bulunmak ve delil toplamaktır. Ara kararların verildiği tüm ara oturumlar aynı mahkeme tarafından yapılacak ve nihaî karar da aynı mahkeme tarafından verilecektir (Kanunda düzenlenmiş bulunan özellik arzeden davalar haricinde)[275].

II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI

A. DAVANIN AÇILMASI

1. Davanın Açılmasından Önce Yerine Getirilmesi Gereken Hususlar

Usûl Kanunu'nda, yargılamanın başlatılmasından önce davacı tarafından yerine getirilmesi gereken herhangi bir gereklilik (örneğin dava açma niyeti bulunduğuna dair davalıya ihbarda bulunulması veya vakıaların veya dava sebeplerinin teati edilmesine ilişkin bir protokol yapılması gibi), düzenlenmemiştir[276]. Ancak davacı tarafından hazırlanmış ve davalının daha sonra muhtemel bir davanın konusu olabilecek yükümlülüklerini yerine getirmesine ilişkin olarak davalıya yazılı bir talebin gönderilmesi, daha sonra yargılama masraflarının davalıya yükletilmesine dayanak teşkil edecektir[277].

---

[275] **Quintana/Nadal/Fernandez**, s. 680.

[276] Bu kurala bir istisna teşkil etmek üzere, elinde noterlikçe düzenlenmiş bir sözleşme olan davacının, sözleşmede borç miktarı belli değilse veya senetten anlaşılamıyorsa, sözleşmeye dayalı olarak icra takibatına girişmezden önce, borcun ödenmesini talep eden bir ihtarname çekmek zorunda olduğu düzenlenmiştir (**Quintana/Nadal/Fernandez**, s. 681).

[277] **Quintana/Nadal/Fernandez**, s. 681.

2. Formaliteler

Dava değeri 900 Euro'yu aşıyorsa, tarafların mahkemede *Procurador*[278] denilen bir vekil tarafından temsil edilmeleri zorunludur. Bu vekil temsil ettiği taraflar adına hareket ederek mahkeme ile günü gününe irtibat sağlar. Tarafların aynı zamanda dilekçeleri hazırlayacak, duruşmalara katılacak ve savunma yapacak birer avukat da tutmak zorunluluğu da bulunmaktadır. Avukata vekâlet verilmesi gerekli değildir. Ancak *Procurador*'a yargılamayı yürütmeye yetkili resmî bir vekaletname verilmesi ve tarafların hazırlık duruşmalarına katılmaması haline münhasır olmak üzere vekaletnamede uzlaşmaya, davayı kabul veya feragata yetkili bir vekaletname verilmesi de zorunludur. Vekaletnamelerin resmî şekilde, mahkeme katibi önünde veya noter huzurunda düzenlenmeleri gerekir. Mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki baroya kayıtlı avukatlar, o mahkemede temsile yetkilidirler. Ancak, yeni kabul edilen meslek kurallarına göre, dava bazında olmak üzere ve sözkonusu mahkemenin bulunduğu yerdeki baroya bildirmek kaydıyla başka yerlerdeki mahkemelerde de müvekkillerini temsil edebilmeleri mümkündür. Dilekçeler, dilekçeyi veren tarafın avukatı tarafından imzalanmış olmalıdır. Dava dilekçelerinden harç ve vergi alınması sözkonusu değildir. Esasen, İspanya'da mahkemelerce hiç bir işten harç alınmamakta, mahkeme sistemi hazine tarafından finanse edilmektedir[279].

3. Davanın Açılması

Tüm gerçek ve tüzel kişilerin taraf, dava ve husumet ehliyetleri vardır. Miras, tereke ve tüzel kişiliği olmayan topluluklar da kendi adlarına ve menfaatlerine hareket eden üyeleri vasıtasıyla dava açabilirler ve davalı olabilirler[280]. Basit usûlde dava, yargılama talebi içeren dilekçenin (*demanda*) mahkemeye sunulması ile başlatılır. Dava dilekçesinde davacının dayandığı vakıaların ve hukukî sebeplerin tamamı yazılmalı ve ayrıca aranan hukuki çare ile talep sonucu belirtilmelidir. Davacının davasını

[278] Bkz. yukarıda § 7, I.
[279] **Quintana/Nadal/Fernandez**, s. 681. Ancak *Procurador*'ların bağlı bulundukları baroya müvekkillerinden aldıkları ücretin bir kısmını harç olarak ödeme yükümlülükleri olduğu, avukatların da bağlı bulundukları baroya bağışta bulundukları, ancak bunun zorunluluk arzetmediği ifade edilmiştir.
[280] **Quintana/Nadal/Fernandez**, s. 683.

dayandırdığı belgeler de dava dilekçesine eklenmek zorundadır. Yargılamanın ilerleyen safhalarında davacının belge ibraz etmesi mümkün değildir. Yeni yargılama kurallarına göre, dava dilekçesinin mahkeme kaydına alındığı an, davanın açıldığı an olarak belirlenmiştir. Dava dilekçesinin mahkeme kaydına alındığı andan sonra, ancak cevap dilekçesinin mahkeme kaydına girmesinden önce, davacının dilekçesine yeni vakıalar eklemesi ve dayandığı hukukî sebeplere eklemelerde bulunması mümkündür. Davalının cevabından sonra ise, davacı dava dilekçesini değiştirmeyecek nitelikte bazı değişiklikler ve çok istisnaî olarak ilk duruşma esnasında bazı talî değişiklikler yapabilir. Bu sınırlama İspanyol medenî yargılamasında delil keşfi ve delillerin açıklattırılması (*discovery* v*e disclosure*) aşaması bulunmadığı gerçeği ile birlikte değerlendirildiğinde, dava dilekçesinin hazırlanmasını ve davanın açılmasını, yargılamanın en temel basamaklarından biri haline getirmiştir. Esasında, yazılı şekildeki bu dilekçenin ibrazı, talebin temelini oluşturmakta ve yargılamanın esasını ve kapsamını belirlemektedir. Dava dilekçesinin içeriğinde; davacının tam kimliği, mahkemede onu temsil edecek *Procurador* veya avukat ad, soyadı, davalı bilgileri, vakıalar ve belgeler, davanın hukukî sebepleri ve talep sonucu yeralır[281].

İlk derece hâkimi, dava dilekçesinin kabul edilebilmesi ve yargılamanın başlatılabilmesi için dilekçeyi kontrol etmekle görevlidir. Hâkim tarafından dava dilekçesinin kabul edilmemesi çok istisnai olup, sadece Usûl Kanunu'nda düzenlenen temsil, yetki ve göreve ilişkin sebeplerle mümkün olur. Hâkim, davanın kabul edilmesine ilişkin bir tensip kararı verir. Bu kararda davalıya yargılamada hazır bulunması ve davetiye ile birlikte dava dilekçesi ve eklerinin kendisine tebliğinden itibaren yirmi gün içinde cevap vermesi gerektiği bildirilir. Davetiye ve dava dilekçesi mahkeme vasıtasıyla posta veya telgraf ile veya elden veya sair güvenilir bir şekilde tebliğ edilir[282].

[281] **Quintana/Nadal/Fernandez**, s. 683.
[282] **Quintana/Nadal/Fernandez**, s. 683.

B. DAVAYA CEVAP VERİLMESİ

Mahkeme tarafından belirlenen sürelerde, davalı bir dilekçe ile cevap verir. Cevap dilekçesinde davalı davayı tamamen ya da kısmen kabul edebilir veya davaya karşı savunmada bulunabilir, davacının ileri sürdüğü iddiaları reddedebilir, itirazda bulunabilir veya karşı dava açabilir. Davalının karşı dava açması durumunda davacı, karşı davanın tebliğinden itibaren yirmi gün içinde karşı davaya cevap vermelidir. Dava ve cevap dilekçesi (karşı dava ve karşı davaya cevap) verildikten sonra, Usûl Kanunu dava konusunun değiştirilmesini ve dava dilekçesinin tâdil edilmesini açıkca yasaklamıştır. Ancak duruşma öncesi oturumda tarafların dava dilekçesini ve cevap dilekçesini tamamlamaları ve bazı hususları aydınlatmaları mümkündür. Uygulamada, mahkemelerin tamamlayıcı talepler ile tâli talepleri ve dilekçeleri, davalının savunma hakkının korunması kapsamında değerlendirmeleri gerektiği belirtilmektedir[283].

C. DURUŞMA ÖNCESİ HAZIRLIK

1. Düzenleyici Kurallar ve Kararlar

Cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesini izleyen üç gün içinde, ilk derece hâkimi müteakip yirmi gün içinde duruşma öncesi bir oturum yapılmasına karar verir. Yeni Usûl Kanunu (LEC) uyarınca, duruşma öncesi yargılama, hazırlık oturumunda yoğunlaşmıştır. Yeni Usûl Kanunu ile kabul edilen delillerin toplanmasına ilişkin genel düzenleme uyarınca, taraflardan her biri iddia ve savunmalarını destekleyen delilleri sunma ve yargılamaya katkıda bulunma yükümlülüğündedir. Yalnızca çekişmeli meselelerin ve yabancı hukukun ispatı gerekir[284].

2. Delillerin Toplanması

Yeni Usûl Kanunu'nda delil olarak, belge, tanık beyanı, bilirkişi incelemesi, keşif, görüntü ve ses kayıtları, söz, veri, sayı ve matematiksel operasyonları kayıt etmeye, işleme tâbi tutmaya ve çoğaltmaya yarayan her türlü vasıta delil olarak kabul edilmiştir. Kanunda açıkca delil olarak kabul edilmeyen herhangi bir vasıta da,

[283] **Quintana/Nadal**, s. 685.
[284] **Quintana/Nadal** , s. 689.

taraflardan birinin talebi üzerine incelenebilir. Taraflarca dayanılacak delillerin duruşma öncesi oturumda ortaya konulması gerekir. Deliller genellikle duruşmada incelenir, ancak bazı istisnai durumlarda belli bazı deliller duruşma öncesinde yerinde keşif suretiyle de incelenebilir. Delillerin korunmasına ilişkin olarak, Yeni Usûl Kanunu'nda (LEC) düzenlemeler bulunmaktadır. Tarafların dayandıkları tüm belge ve deliller, dava dilekçesi ve cevap dilekçesi ekinde sunulmak zorundadır. Taraflar bu belgeleri temin etmekle yükümlüdür. Ancak yargılama ile doğrudan ilgili olması veya delil verimliliği ile ilgisi bulunması hallerinde taraflardan birinin karşı taraftan ilgili belgenin aslının ibraz edilmesini ve mahkemeye sunulmasını talep etmesi mümkündür. Sözkonusu belge aslının sunulmaması halinde, hâkim bu belgenin talep eden tarafça iddia edilen içeriğe sahip olduğuna veya belge aslının sunulmasına karar verebilir. Talep eden tarafça mahkeme kararında esas alınması gerekli olan bir delilin bulunduğu ortaya konulabilirse, mahkeme 3. kişilerin elinde bulunan delillerin de ibraz edilmesine karar verebilir[285].

D. ARA OTURUMLAR VE DURUŞMA

İspanyol yargılama hukukunda, duruşma öncesinde hazırlık oturumu yapılması esastır. Duruşma öncesi hazırlık oturumun iki temel amacı bulunmaktadır[286]:

- Uyuşmazlık üzerinde uzlaşılmasının kolaylaştırılması ve sağlanması, uzlaşmanın sağlanamaması halinde, yargılamanın netleştirilmesi ve basitleştirilmesine çalışılması,
- Mahkemeyi hüküm vermekten alıkoyabilecek; derdestlik (*lis alibi pendens*) itirazı, kesin hüküm (*res judicata*) itirazı, birleştirilmesi caiz olmayan davaların veya tarafların aynı dilekçede birleştirilerek dava ikâme edildiği itirazı ve davanın yanlış usûlde görüldüğü itirazı gibi usûlî itirazların ele alınması, çekişmeli meselelerin tespiti, duruşma esnasında taraflarca dayanılacak delillerin belirlenmesi.

---

[285] **Quintana/Nadal/Fernandez**, s. 690. Yazarlar, İspanyol medenî yargılama sisteminde, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Sistemi'nde rastlanan delil keşfi ve delillerin açıklattırılması (*discovery* ve *disclosure*) aşamasının bulunmadığını belirtmiştir.

[286] **Quintana/Nadal/Fernandez**, s. 690.

Usûl kuralları uyarınca, duruşma öncesi oturum sonrasında tarafların uzlaşmamış olmaları halinde, hâkim duruşma tarihini taraflarla birlikte belirlemektedir. Duruşmadan önce delillerin incelenmesi gereken hallerde, hâkimin inceleme tarih ve akışını, yine taraflarla birlikte belirlemesi esastır. Duruşmanın, delillerin incelenmesi ve tarafların sözlü son beyanlarının sunulması gibi iki amacı bulunur. Tarafların karşı tarafı duruşmada dinlenilmek üzere davet ettirme hakları mevcuttur. Taraflar tanıklarını da mahkemeye davet ettirirler. Tanık listeleri, duruşma öncesindeki oturumda sunulur. Tanıklar taraflarca hazır bulundurulabileceği gibi, hâkim tarafından çağrılmaları için talepte de bulunulabilir. Taraflar ve tanıklar duruşmada mahkeme tarafından dinlenir. Taraflardan her biri, karşı tarafa veya tanıklara sorulan sorulara itiraz edebilir. Tanıkların çapraz sorgulanması mümkündür. Hâkim çekişmeli meselelerin aydınlatılması için tanıklara soru sorabilir. Yeni Usûl Kanunu (LEC) uyarınca, taraflardan her biri kendi bilirkişisini belirler ve alınan raporu, dava dilekçesi veya cevap dilekçesi ekinde mahkemeye sunar. Taraf bilirkişileri mahkeme tarafından duruşmaya çağrılıp, sorgulanabilir. Bilirkişi raporunun en geç duruşmaya kadar mahkemeye sunulması mümkündür. Yeni Usûl Kanunu (LEC) ile, taraflardan birinin talep etmesi halinde, mahkeme tarafından bilirkişi atanması müessesesi de düzenlenmiştir. Bazı durumlarda taraflar mahkemeden keşif yapılmasını ve belirli hususların incelenmesini talep edebilirler. Teknik meselelerin açıklanması için keşifte bilirkişi bulundurulması da mümkündür. Keşfin mutlaka duruşmadan önce yapılması gerekir. Keşifte taraflar hazır bulunabileceği gibi, ilgili tanıklar da talep halinde mahallinde dinlenir ve çapraz sorgulanabilir. Duruşmada delillerin değerlendirilmesi aşaması tamamlandıktan sonra, davacı ve davalıdan son beyanlarını vermeleri istenir. Son beyanların taraflarca kabul edilmiş olan hususlara, çekişmeli olup da delillerin değerlendirilmesi aşamasında ispat edilen hususlara ve belirsiz kalmış olan hususlara ilişkin değerlendirmeleri içermesi gereklidir[287]. İspanyol medenî yargılamasında temel kural, vekâlet ücreti dahil, tüm yargılama masraflarının davayı tamamen kaybeden tarafa yükletilmesidir[288].

[287] **Quintana/Nadal/Fernandez**, s. 692.
[288] **Quintana/Nadal/Fernandez**, s. 698.

E. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ

İspanyol medenî yargılama hukukunda ihtiyati tedbir ve malvarlığı üzerinde geçici haciz yapılması gibi, geçici hukukî koruma tedbirleri mevcuttur[289]. Para alacaklarından dolayı ihtiyati haciz müessesesi kabul edilmektedir. Kural olarak ancak asıl davada ihtiyati haciz istenebilmesi mümkündür. Asıl dava açılmadan ihtiyati haciz talep edilebilmesi, ihtiyati hacze esas olan para alacağının belirli bir meblağı aşması halinde mümkündür. Borçlu ihtiyati haciz kararına karşı, ihtiyati haciz şartlarının mevcut bulunmadığını ileri sürerek itiraz edebilir[290].

F. DURUŞMA SONRASI USÛL VE KANUN YOLLARI

Yeni Usûl Kuralları (LEC) uyarınca tarafların mahkeme kararındaki maddî hataların, belirsiz ve çözüme kavuşturulmamış hususların, kararın kendilerine tebliğinden itibaren iki gün içinde düzeltilmesini talep etmeleri mümkündür. İlk derece mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf yolu açıktır. İstinaf mahkemesi kararları olağan yargılamayı sona erdirir. Yeni Usûl Kanunu'nda (LEC) iki durumda olağanüstü kanun yoluna başvurulması düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, Yeni Usûl Kanunu'nda (LEC) düzenlenen maddî hukukun ihlal edilmesine ilişkin sebepler, ikincisi ise yargılama hukukuna ilişkin kuralların ihlal edilmesine ilişkin sebeplerdir. Bununla birlikte çok istisnai durumlarda, "kanun yararına kanun yolu" olarak adlandırılan üçüncü bir olağanüstü kanun yolu da mevcuttur. Bu kanun yolunun amacı, yargılama hukukuna ilişkin kuralların ihlal edilmesi üzerine yapılan olağanüstü kanun yolu başvuruları sonucunda, muhtelif özerk bölge mahkemelerinde verilen kararlar bakımından bütünleştirilmiş bir içtihat hukuku yaratılmasıdır. Bu kanun yoluna savcı, ombudsman ve diğer kamu kurumlarınca başvurulabilmektedir[291].

---

[289] **Quintana/Nadal/Fernandez,** s. 694 vd.
[290] **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 99.
[291] **Quintana/Nadal/Fernandez**, s. 697-698.

III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI

İspanyol adlî yargısının temel sorunu, yargılamanın aşırı uzun sürmesidir. Bunun sebepleri; mahkeme teşkilâtındaki hatalardan, mahkeme personelinin ve hâkimlerin eksikliğine, hantal ve kullanışsız usûllere kadar sayısız ve çok çeşitlidir. Bu faktörler kendi içinde önem sırasına göre aşağıdaki üç kategoride ortaya konulmaya çalışılacaktır[292].

A. HAKİM SAYISININ YETERSİZLİĞİ

Son yıllarda hâkim sayısının artırılması için İspanya'da büyük çabalar gösterilmiş olduğu, ancak diğer Avrupa ülkeleri ile karşılaştırıldığında, bu rakamın nüfusa oranla yetersiz olduğu söylenmektedir. Bir taraftan hâkim sayısında dikkate değer bir artış olurken, İspanyol adlî teşkilâtında göze çarpan bir gençleşme de mevcuttur. Bu durum, sınavı geçemeyecek kişilerin dahi hâkim atanması için yapılan baskılardan kaynaklanmıştır. Bazı durumlarda hâkimlerin, çok az tecrübe sahibi oldukları halde, büyük sorumluluk gerektiren görevlere atanabilmeleri ve büyük ölçekli meselelerle uğraşmaya başlamaları söz konusu olabilmektedir.

B. PERSONEL VE KAYNAK YETERSİZLİĞİ

Personel eksikliği ve malzeme kaynaklarının yetersizliği son derece önemli meselelerdir. Halihazır ekonomik şartlar ve kemer sıkmaya ilişkin ekonomi politikası gereği, önümüzdeki yıllarda da önemli değişikliklerin beklenmesinin mümkün görünmediği belirtilmektedir. İspanya'da adaletin yönetilmesi, kronik malzeme yetersizliği yüzünden kötü bir üne sahip olmuştur. Adaletin, bütçenin unutulmuş bir alanı olduğu ve Adalet Bakanlığı ile diğer kurumlar arasında herkes tarafından farkedilebilecek bir eşitsizlik mevcut olduğu da ifade edilmektedir[293].

[292] **Gimenez**, Civil Justice in Spain, s. 395 vd.
[293] **Gimenez**, Civil Justice in Spain, s. 396.

C. YARGILAMA MEVZUATININ KAOTİK TABİATI

Çalışmamızda ele alınan ülkelerin büyük çoğunluğunda gecikmenin sebepleri neredeyse ortak iken, yargılama mevzuatının kaotik tabiatı İspanya hukuk sisteminde özel bir ağırlık taşımaktadır. Sadece mevcut mevzuatın gecikmeye katkıda bulunması ve sebep olması yüzünden değil, daha başka birçok nedenle İspanyol medenî yargılamasının toptan bir reforma ihtiyacı olduğu uzun yıllardan beri ifade edilmiştir. Kabul edildiği zaman da bile modası geçmiş olan 19. yüzyıl mevzuatı ile İspanya'da uzun yıllar yaşanmıştır. 20. yüzyılda kabul edilen bazı kanunlar ise, çatlakları kapatmaktan öteye gidememiştir.

IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI

A. REFORM ÇALIŞMALARI

1881 tarihli Medenî Usûl Kanunu'nun yasalaşmasından sonra, birçok reform gerçekleştirilmiştir. Bunların birçoğu sistemin küçük ayrıntılarını reforme etmiş, bazıları ise daha büyük değişiklikler getirmişlerdir. Bu reformların en önemlisi, 1881 Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden neredeyse bir yüzyıl sonra, 1984 yılında yapılmıştır. 1990'lı yılların sonuna kadar, medenî yargılamayı etkileyen sayısız kural konulmuştur. Bütün bunların kötü kuralların çoğalmasına sebep olmaktan öteye gidememiştir. Buna rağmen, yeni bir Medenî Usûl Kanunu yapılması fikrî, İspanyol yargılama hukukçuları ve yargı teşkilâtı mensupları arasında uzun yıllar benimsenmemiştir. Ancak, 1990'lı yılların sonuna doğru, yeni bir Usûl Kanunu taslağı hazırlanması gerekliliği yönünde genel bir düşünce yaygınlaşmıştır. Bu yaklaşım Adalet Bakanlığı'ndan da yanıt almış ve taslak halinde bir Medenî Usûl Kanunu kamuoyuna sunulmuştur. Taslak, devlet kurumları ve özel kurumlarca aylarca tartışılmış ve akabinde kanunlaşmıştır. İspanyol medenî yargılama hukukçuları, yeni bir Medenî Usûl Kanunu yapılmasının, adlî yargı sistemiyle ilgili sorunlara acil bir şifa olmayacağını, adlî yargının geliştirilmesinin, tümü de usûlî mevzuatın eksiklik ve yetersizlikleri ile ilgili olmayan birçok faktöre bağlı olduğunu ve yeni bir Usûl Kanunu'nun sistemin içindeki yargılama mevzuatı ile ilgili

olmayan eksiklikleri değiştirmesinin mümkün olmadığını ifade etmişlerdir. Hatta, bu problemlerin bazılarının mevzuat ile çözülmesinin dahi kolay olmadığı, zira bunların hukuk geleneği ile ve özellikle de hukuk mesleğini icra edenlerin kültürü ile ilgili olduğu, bunları değiştirebilmek için mevzuatı değil, kültürü değiştirmek gerektiği belirtilmiştir. Yeni bir Usûl Kanunu'nun adlî yargının zor durumunu tek başına değiştirmesinin mümkün olmadığı açıktır. Öte yandan, soyut olarak bir Medenî Usûl Kanunu yapılması yeterli olmayıp, zaman ve mekan mülahazalarının da gözönünde bulundurulması gerekir. Yeni Medenî Usûl Kanunu'nun (LEC) en önemli özellikleri aşağıda ele alınacaktır[294].

B. 7 OCAK 2000 TARİHLİ MEDENÎ USÛL KANUNU'NUN (LEC) KAPSAMI

Kanun'un her ne kadar tek ve yeknesak bir yargılama kanunu olması amaçlanmış ise de, yine de Kanun medenî yargılama hukukunu oluşturan tüm müesseseleri kapsamamaktadır. Kanun'un medenî yargılama hukukunun hangi müesseselerini kapsadığının ortaya konulabilmesi için, öncelikle hangi müessesselerin dahil olmadığının belirtilmesi gerekir. Kanun'da adlî sistemin örgütlenmesine ve yapısına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Mahkeme türleri, bunların oluşumu, hâkimlerin hukukî durumu vs. de kanunda yer almamıştır. Zira, bu düzenleme 1985 tarihli Adli Teşkilat Kanunu (LOPJ) ile yapılmıştır. İkinci olarak, Kanun'da iflâs hukuku yeralmamıştır. Zira, iflâs hukukunun bağımsız ve kendine özgü doğası sebebiyle ayrı bir kanunda düzenlenecek kadar özellikleri olan bir hukuk olduğu kabul edilmiştir[295]. Üçüncü olarak, Kanunda "çekişmesiz yargı" yeralmamıştır. Bir kez daha, bu alan için ayrı bir kanunun gerekli olduğu konusunda ittifak edilmiştir. Dördüncü olarak, diğer yargılama kanunlarından farklı olarak, Kanun'da tahkimin yeralmaması kararlaştırılmıştır. Bununla ilgili olarak, 26 Mart 2004'te Tahkim Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Beşincisi, uluslararası yargılama hukukunun meseleleri Kanuna dahil

[294] **Gimenez**, Civil Justice in Spain, s. 403 vd.

[295] İspanya'da 1950'lerden beri iflas hukukunu reforme etme çabaları süregelmiştir. Tüm bu çabaların altında, gerçek ve tüzel kişilere uygulanabilecek tek ve yeknesak bir düzenleme yapılması fikrî yeralmıştır. Nihayet, 1 Eylül 2004'de, İflas Kanunu yürürlüğe konulmuştur (**Gimenez**, s. 40).

edilmemiştir. Bu bakımdan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi veya uluslararası adlî işbirliği süreci Kanun'da yer almamıştır. Bu meselelerin gelecekte yapılacak Hukuki Meselelerde Uluslararası Hukuki İşbirliğine İlişkin Kanun'da yeralması planlanmıştır[296].

Kanun ile İspanyol yargılama hukukunu radikal olarak basitleştirmesi amaçlanmıştır. Medenî yargılamanın tüm alanlarını bir metin içinde tamamen birleştirmemekle beraber, medenî yargılama kuralları mükemmel bir şekilde kanunlaştırılmıştır. Böylece medenî yargılama sistemi radikal bir şekilde basitleştirilmiştir. İspanyol medenî yargılama hukukunun tamamının beş ayrı kanunda düzenlenmesi planlanmıştır: Medenî Usûl Kanunu, İflas Kanunu, Çekismesiz Yargı Kanunu, Tahkim Kanunu ve Hukuki Meselelerde Uluslararası Hukuki İşbirliğine İlişkin Kanun. Kanunlaştırma hareketi ve basitleştirme etkisinin devam etmesi ve bunun gelecekte kanun yapacak kişileri maddî hukuk içine usûlî kurallar koymaktan radikal olarak alıkoyacağı umulmuştur[297].

1. Kanun'un İçeriği ve Özellikleri

Kanun, açıkca tasarruf ilkesine dayanan *(Dispositionsmaxime /Verhandlungsmaxime)* sistemden esinlenerek hazırlanmıştır. Bu ilke İspanyol medenî yargılamasının temel prensibi olarak Kanun'da yeralmıştır. Bazı durumlarda bu kurala, medenî yargılamanın sadece bireylerin haklarının değil, aynı zamanda kamu düzeninin de korunması gerektiği zamanlarda istisna getirilebilmesi olanağı sağlanmıştır[298]. Taraf hakimiyeti ve tasarruf ilkesi çerçevesinde, hak sahibi uyuşmazlık konusu dava edip etmemekte (m. 399 ve 437) ve ettikten sonra da çeşitli şekillerde (uzlaşma, sulh, feragat vs.) sona erdirmekte (m. 19 ila 22) serbesttir[299]

Kanun'un göze çarpan yeni özellikleri arasında, basitleştirme etkisi, terminolojisi ve sistematik yapısı sayılabilir. Yeni Kanun, yargılama hukukunun teorik kavramlarını

[296] **Gimenez**, Civil Justice in Spain, s. 404; **Gimenez**, s. 39 vd.
[297] **Gimenez**, Civil Justice in Spain, s. 405.
[298] **Gimenez**, Civil Justice in Spain, s. 405 vd.
[299] **Gimenez**, s. 40.

bünyesinde barındırmaktadır. Genel kabul gören doktriner kavramlar ve içtihat kavramları, pozitif hukuk kurallarına dönüştürülmüştür. Denenmemiş ve genel kabul görmeyen kavramlar kanuna dahil edilmemiştir. Geleneksel İspanyol yargılama hukuku dilinin kullanılmasına çalışılmıştır. Benzer şekilde, Kanun'un sistematik yapısı da modernliğini ortaya koymaktadır. Kanun, (1) genel hükümler, (2) basit usûl, (3) icra ve geçici hukukî koruma tedbirleri, (4) özel usûller'den oluşan dört kitaba ayrılmıştır.

Kanun, teksif ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasını öngörmüştür. Mahkeme kendiliğinden delil inceleyemeyecek, sadece tarafların ileri sürdüğü delilleri dikkate alarak karar verebilecektir. Aynı şekilde, mahkeme sadece taraflarca getirilen vakıalara dayanarak karar verebilecektir. İddia ve savunmaların ileri sürülmesinde yazılılık, delillerin incelenmesinde ise sözlülük benimsenmiştir[300].

Tarafların dava ve karşılık dava ile tüm vakıalarını ve bunları dayandırdıkları taleplerini mahkemeye sunmaları öngörülmüştür. Eski Usûl Kanunu'nda mevcut olan taraflarca geç getirilen iddia ve vakıaların mahkemece reddedilmesi esası Yeni Kanun'da da korunmuştur. Deliller ile ilgili birtakım yenilikler getirilmiştir. Buna göre, delillerin sınırlı olması yerine, tekniğin gelişimi ile birlikte ortaya çıkan yeni vasıtaları mahkemelerin inceleyebilmesi için mahkemeye takdir yetkisi verilmiştir. Deliller arasında bilirkişi de reforma tâbi tutularak, tarafların davadan önce bilirkişiye başvurarak rapor alabilmeleri ve dava açıldıktan sonra bu raporu mahkemeye delil olarak sunabilmeleri esası getirilmiştir. Mahkemeye başvurulmadan önce alınan bilirkişi raporunun , tahkikat aşamasında alınan rapora oranla bir farkı öngörülmemiştir[301].

[300] **Pekcanıtez**, Sempozyum, s. 42 vd.
[301] **Pekcanıtez**, Sempozyum, s. 42 vd. Yazar, bu konudaki delillerin daha önce mahkeme sunulmasının imkânsız oluşunun bir istisna olarak kabul edilmiş olduğunu, örneğin layihaların karşılıklı olarak teati edilmesinden sonra mahkemeye verilmek istenen delilin gösterilmesi gerekli ise, bu delilin daha önce mevcut olmaması ya da nerede bulunduğunun bilinmemesi gerekli olduğu belirtmiştir.

2. Usûlün Basitleştirilmesi

Genel olarak, Kanun yargılama usûllerini rasyonalize etmeyi ve basitleştirmeyi, farklı yargılama usûllerinin sayısını azaltmayı amaçlanmıştır. Kanun iki basit usûl öngörmüştür. Basit usûl (*juicio ordinario,* m. 399-436) ve sözlü usûl (*juicio verbale*, m. 437-447). Kanun ayrıca sadece mutlak şekilde gerekli olan özel usûlleri bünyesinde barındırmaktadır. Bir taraftan ehliyet, nesep, şahsın hukuku ve evlenmeye ilişkin usûller Kanun'da yeralırken, diğer taraftan ilâmlarda hüküm altına alınmış alacakların tahsili ve kambiyo senetlerinin icrası da düzenlenmiştir. Usûlî basitleştirme, kanun yolu usûllerinde de yapılmıştır. Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar varolan çok sayıdaki prosedüre karşılık, tek bir usûl öngörülmüştür. Yeni usûllerden sözlü olanının karakterini daha çok sözlü argümanlar üzerinde yoğunlaşma oluşturmaktadır. Daha önce geçerli olan yazılı usûllerin aksine, Kanun ile İspanya'da temel bir sözlü usûl düzeni yerleştirilmeye çalışılmış, ancak bununla birlikte değişimin hızlı olması amaçlanmamıştır. Daha önce de belirtildiği gibi, İspanya'da hukuk mesleği kültürü yüzyıllardır usûlî işlemlerin ve yargılamanın temel olarak hukuk firmaları tarafından hazırlanan yazılı belgelerin teati edilmesine dayandırılmıştır[302].

Basit usûl, ticarî uyuşmazlıklar (şirket sözleşmeleri, haksız rekabet, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin meseleler gibi) ve belirli bazı istisnalar dışında, uyuşmazlık konusu meblağın yaklaşık olarak 3.000 Euro'nun üzerinde bulunduğu davalar bakımından uygulanmaktadır. Bu davaların hızlı bir şekilde sonuçlandırılması için tasarlanmış basitleştirilmiş bir yapısı vardır. Yazılı talebin ve savunmanın sunulmasında sonra, taraflar hâkim önünde ön duruşmaya çıkarlar. Bu duruşmanın özellikleri; ilk olarak, tarafların uzlaşarak süreci sona erdirebilmeleri; ikinci olarak, sürecin usûlüne uygun olarak başlatılmış olduğunun ortaya konulabilmesi; üçüncüsü ise, tarafların karşılıklı taleplerinin teyit edilerek, çekişmeli meselelerin ve vakıaların belirlenebilmesidir. Bunların kabul edilmesinden ve ilgili bulunmasından sonra, taraflar delillerin mahkeme önünde inceleneceği bir duruşmaya davet edilirler. Bunun akabinde taraflar maddî ve hukukî vakıalara ilişkin son beyanlarını sunarlar ve karar verilir. Basit

[302] **Gimenez**, s. 41 vd.

usûlde, davanın açılmasından ve savunmadan sonra yargılamanın iki duruşma ile sona erdirildiği bir usûl öngörülmüştür[303].

Görüldüğü gibi, önemli farklılıklar olmasına rağmen, Kanun'da düzenlenen usûller sözlü argümanlara, Kanun'un yürürlüğüne kadar olan süreçteki usûlde olduğundan daha fazla dayanmaktadır. İcra usûllerinde ve geçici hukukî koruma tedbirlerinde de usûlün basitleştirilmesine ilişkin düzenlemeler yeralmıştır[304].

3. Usûlî Ön Şartlar ve Davanın Usûlden Reddedilmesi

Kanunda usûlî ön şartların kontrolü olarak adlandırılan sisteme ilişkin önemli yenilikler getirilmiştir. Kanun, esastan çok usûlden reddedilen davaları azaltmaya çalışmıştır. Zira, Kanun'da, uyuşmazlığı esastan çözmeyen usûlden redlerin yargılama sisteminin arızası olduğu kabul edilmiş ve durumun mümkün olduğunca ortadan kaldırılmasına çalışılmıştır. Kanun'un hedefi, adaletin esas üzerinde geliştirilmesidir. Bu bakımdan Kanun'un üç teknik kullandığı görülmektedir. İlki, hâkime yargılamanın kontrolüne ilişkin takdiri yetkiler verilmesidir, bu yetkiler hâkimin usûlî ön şartların yerine getirildiğini re'sen gözetmesine ilişkindir. İkinci olarak, niteliği gereği giderilebilecek usûlî hataların giderilmesine yönelik genel bir kural tesis edilmesi ve son olarak da, usûlî ön şartların eksikliğine ilişkin hususların, duruşmadan önceki oturumda ele alınması ve kararlaştırılması öngörülmüştür[305].

4. İstinaf Sisteminin Rasyonalizasyonu

Kanun ile ilk derece mahkemelerinin usûlî nitelikteki ara kararlarının ve geçici nitelikteki kararları aleyhine doğrudan istinafa gidilemeyeceği düzenlemesi getirilmiştir. Bunlar aleyhine ancak, nihaî kararla birlikte istinafa gidilebilir. Bu kuralın kökeninde gecikmelerin önlenmesi düşüncesi yeralmıştır. İlk derece mahkemelerinin sadece nihaî kararlarının istinafa konu edilebilmesi mümkündür. Hatta, Kanun'da ilk derece mahkemesi kararlarının geçici icra edilmesinin sağlanması suretiyle, istinaftan

[303] **Gimenez**, s. 42 vd.
[304] **Gimenez**, Civil Justice in Spain, s. 406.
[305] **Gimenez**, Civil Justice in Spain, s. 407, **Gimenez**, s. 47.

caydırmaya yönelik tedbirler yeralmıştır. Kanun açıkca ilk derece mahkemelerinin öneminin artırılmasına çalışmıştır. İstinaf aşamasında yeni delil sunulması oldukça sınırlanmıştır. İkinci derecede yeralan mahkemelerin kararlarına karşı ise, halen sınırlı bir kanun yolu imkânı mevcuttur; bu derecede yeni vakıalar ve deliller sunulması mümkün değildir[306].

5. Alacakların Korunması

İspanyol medenî yargılama sisteminin borçlular bakımından bir cennet olarak tanımlanabilen yapısı, alacaklıların durumlarını güçlendirerek bu durumu tersine çevirmeyi amaçlamıştır. Bu amaçla Kanun'da üç unsur yer almıştır; (1) ilk derece kararlarının derhal icrası ve icra usûllerinde yenilikler (m. 526 ila 531), (2) borçlunun mal beyanında bulunması yükümlülüğü (m. 589), (3) yeni bir alacak tahsili usûlünün *(proceso monitorio)* geliştirilmesi (m. 812 ila 818)[307].

6. Geçici Hukukî Koruma Sisteminin Rasyonalizasyonu

İspanyol medenî yargılamasında çeşitli ön tedbirler veya geçici hukukî koruma tedbirleri mevcuttur. Bunların en temel olanı ihtiyati hacizdir. Kanun'da yeralan geçici hukukî koruma tedbirleri, tamamen ve sistematik olarak yeniden yapılandırılmaya çalışılmıştır. Diğer bir deyişle, Kanun halihazır geçici hukukî korumalar sistemini resmî olarak yeniden yapılandırmıştır[308].

7. Yeni Kanun'un Değerlendirilmesi

Yeni Kanun'un uygulanması bakımından bir bilanço oluşturulmaya çalışıldığında, böyle bir dengenin iki unsurun ortaya konulması gerekir; veri ve değerlendirme. Veri bakımından eldeki tek kaynak, İspanyol Yasama Genel Konseyinin İnceleme Bölümü tarafından hazırlanan, yeni Medenî Usûl Kanunu'nun uygulanmasına

[306] **Gimenez**, Civil Justice in Spain, s. 408; **Pekcanıtez**, Sempozyum, s. 43.
[307] **Gimenez**, Civil Justice in Spain, s. 410; **Gimenez**, s. 47.
[308] **Gimenez**, Civil Justice in Spain, s. 412.

ilişkin Rapor[309]dur [310]. Aşağıda sözkonusu Rapor'daki verilere ve doktrindeki görüşlere göre, Yeni Kanun'a ilişkin değerlendirmeler ortaya konulmaya çalışılacaktır.

a. Medenî Usûl Kanunu: Uygulama Üzerine Genel Düşünceler

İspanyol hukuk kültürü, Medenî Usûl Kanunu'nu (LEC) çok normal kabul etmiştir. Mahkemelerin, Yeni Kanun'u günlük hayatta başarı ile uygulamakta olduğu görülmektedir. Yeni Kanun, esaslı kanunlaşmaların akabinde, esaslı eleştiriler biçiminde ortaya çıkan tipik İspanyol reaksiyonu ile karşılaşmamıştır. Kaleme almaya ilişkin yoğun çalışmalar sırasında Yeni Kanun'da bazı açık olmayan noktalar oluşmuştur. Bu esnada Yeni Kanun'un çok doktriner olduğu konusunda ciddi eleştiriler yapılmıştır. Kamuoyunda bir kesim tarafından Yeni Kanun'un büyük bir başarısızlık olacağı tahmininde bulunulmuştur. Başarısızlığın, Yeni Kanun'da doğuştan varolduğu varsayılan kusurlardan, kapsamlı bir reform olmamasından ve insan ve malzeme kaynaklarının yetersizliğinden kaynaklanacağı tahmin edilmiştir. Ancak, Yeni Kanun'un kısmen de olsa davalarda azalmaya sebep olduğu da bir gerçektir. Davalardaki azalma 1980'lerin başında başlamış ve İspanya'da ekonomik durumun iyi olmasına bağlı olarak azalmaya devam etmiştir. Ekonomik durum bozulduğunda, davaların arttığı iyi bilinen bir gerçektir. Özellikle böyle zamanlarda, ödemelerdeki gecikmelere ilişkin davalar artış göstermektedir. Ekonomiden bağımsız olarak işleyen Yeni Kanun'un usûlî mekanizmalarının, dava hacmi, yargılamanın süresi ve adaletin etkinliği üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olması beklenmektedir. Yeni Kanun'un yeni bölümlerinin, yasalara harfi harfine uyan kökleşmiş hukuk kültürünün karşı koyması sebebiyle kabul görmeyeceği söylenmiş olmasına rağmen, bu tahminler doğru çıkmamış, kökleşmiş ve geçmişi derin hukuk kültürünün, Yeni Kanun için hiç bir zaman esaslı bir engel oluşturmayacağı anlaşılmıştır. Yüzyıllardır alışılmış olan ve ağırlıklı olarak uygulanan

---

[309] Rapor'un tam adı *Informe Sobre la Incidencia de la Aplicacion de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*'dir. Bu Rapor'daki örnekler 31 Mayıs 2001'de elde edilen verilere dayandırılmıştır. Bu tarihten sonra resmî bir veri yayınlanmamıştır (**Gimenez**, İgnacio Diez-Picazo: "The Principal Innovations of Spain's Recent Civil Procedure Reform**",** (ed. **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo) The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective 2003, s. 51 vd.).

[310] **Gimenez,** Civil Procedure Reform, s. 33 vd.

yazılı usûlün ardından, İspanyol adlî yargı sistemine sözlü usûlün etkin olarak yerleştiği konusunda görüş birliği oluşmuştur[311].

b. Yeni Kanun'un Olumlu ve Olumsuz Sonuçlarının Ortaya Konulması

Öncelikle Yeni Kanun'un hangi alanlarda İspanyol medenî yargılamasını geliştirmiş ve hangi bakımlardan zarar vermiş olduğunu ele alacak olursak, Yeni Kanun, İspanyol Medenî Usûlü'nün bir çok alanında üç temel hususu gerçekleştirmiştir. Öncelikle, 1881 tarihli Kanunu modenize etmiş, basitleştirmiş, bir sisteme bağlamış ve kanunlaştırmıştır. Zira, 1881 tarihli Kanun'un muhtemelen dünyanın en aciz şekilde düzenlenmiş kanunu olduğu söylenebilir. Yeni Kanun ise, buna göre daha modern, tam, açık, net ve daha sistematik bir kanunlaştırmayı ortaya koymaktadır. İkincisi, yasama organının Yeni Kanun'u kabul etmesinin sebebi, Yeni Kanun ile getirilen hükümlerin oybirliği ile gerekli görülmüş olmasıdır. Ayrıca Yeni Kanun hiç bir kamu düzeni hedefini de gözardı etmemiştir[312].

Yeni Kanun'un hangi kamu düzeni hedeflerine ulaştığı ve ulaşmakta olduğu ve hangilerine ulaşamadığı ve Yeni Kanun'a ilişkin hangi tahminlerin gerçekleştiğini ele alacak olursak[313];

(1) Sözlü yargılamanın zaferi ve doğrudanlık ilkesinin uygulanması: Yeni Kanun'un en büyük başarısı, İspanya'nın ağırlıklı olarak yazılı olan medenî yargılama sistemini ağırlıklı olarak sözlü hale getirmesidir. İspanya'nın hemen hemen tüm mahkemeleri, hemen hemen tüm özel hukuka ilişkin meselelerde artık ağırlıklı olarak sözlü usûlü uygulamaktadır. Sözlü yargılamaya ilişkin bu etkin uygulama, İspanyol mahkemelerini daha önce karşılaşmadıkları sorunlarla karşı karşıya bırakmıştır. Yazılı usûlde katip ve memurların yaptığı işleri, sözlü usûlde duruşmada artık hâkim yapmakta olduğundan, artan adlî sorumluluğun üstlenilmesi için daha fazla sayıda hâkime ihtiyaç duyulması muhtemeldir. Duruşmalar için daha fazla sayıda mahkeme salonuna da ihtiyaç duyulacaktır. Süre sınırlamalarına riayet edilip edilemeyeceği de pek açık

[311] **Gimenez,** s. 51 vd.
[312] **Gimenez,** Civil Procedure Reform, s. 58.
[313] **Gimenez,** Civil Procedure Reform, s. 59 vd.

değildir. Ancak İspanyol ilk derece mahkemelerinin evrak üzerindeki incelemeleri ve ileri görsel/işitsel ekipmanlarla donatılmış duruşmaları, mahkemelerin sözlü yargılamayı hızlıca benimsemelerine yardımcı olmuştur.

(2) Sözlü delillerin yeniden doğuşu: Yeni Kanun ile getirilen diğer önemli bir değişiklik ise, taraflardan ve tanıklardan sözlü delillerin elde edilme biçimidir. Yeni Kanun ile tüm incelemenin ve çapraz sorgulamanın sözlü yapılması usûlü getirilmiştir. Bu değişiklik geniş bir uygulama alanı bulmuş ve yargılama stratejisi üzerinde esaslı bir etkisi olmuştur. Yeni Kanun ile getirilen sözlü inceleme ve tarafların ve tanıkların çapraz sorgulanmasının, birçok davanın akıbetini belirleyecek delillerin oluşturulmasına imkân sağlaması düşünülmüştür.

(3) İlk derece ilamların derhal icra edilmesi usûlünün getirilmesi ile ilk derece mahkemelerinin güçlendirilmesi: Yeni Kanun, ilk derece mahkemelerinin ilamlarının derhal icra edilmesi usûlünü getirmiştir. Bu yeni hükümler çığır açıcı mahiyette olup, Yeni Kanun'un ilk derece mahkemelerini başarılı güçlendirme çalışmalarının arkasındaki gerekçeyi oluşturmuştur.

(4) İstinafın rasyonalleştirilmesi.

(5) Alacaklıların haklarının korunması için çok etkili seri ve basit yargılama usûlünün getirilmesi.

Yeni Kanun'un olumsuzlukları ise şu şekilde sıralanmıştır[314];

(1) Olağanüstü kanun yolu sistemi düzenlemesinin anormallikleri,

(2) Önceki düzenlemelerin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin olarak müphem kalan hususlar,

(3) Sözlü usûle ait düzenlemelerin yetersizliği,

(4) Kanun'daki açıkca hatalı kurallar ve muğlak düzenlemeler,

(5) Parasal kaynakların ve insan kaynaklarının yetersizliği.

[314] **Gimenez,** Civil Procedure Reform, s. 64 vd.

§ 8. JAPONYA MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI

I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

Japonya, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ne dahil bir ülkedir. Japon hukuk sistemi, Alman hukuk sistemi model alınarak oluşturulmuştur. 1947 yılında kabul edilmiş olan Anayasa, yasama organı tarafından çıkarılan kanunların temelini oluşturmaktadır. Devlet makamlarının kanun hüküm ve kuvvetinde düzenlemeler yapabilmesi, yerel makamların ise kendi görev alanlarını ilgilendiren konularda tüzükler çıkarabilmesi mümkündür. Bunlara ek olarak, mahkeme içtihatları ve bilimsel görüşler esas alınır. Japonya'da beş çeşit mahkeme bulunmaktadır: Aile mahkemeleri, seri usûlün uygulandığı mahkemeler, bölge mahkemeleri, yüksek mahkemeler ve Temyiz Mahkemesi[315].

1. Seri usûlün uygulandığı mahkemeler: Bu mahkemelerde değeri 900.000 Yen'i geçmeyen özel hukuk uyuşmazlıkları ve sadece para cezasına veya daha küçük çaplı cezalara ilişkin ceza meselelerine bakılır. Aynı zamanda bu mahkemeler özel hukuk meselelerinde uzlaşma konusunda da görevlidir. Japonya'da 438 adet seri usûlün uygulandığı mahkeme bulunur ve davalar tek hâkimle görülür.

2. Bölge mahkemeleri: Birçok hukuk ve ceza davasında ilk derece mahkemesi olarak görev yapar. Japonya'da elli adet bölge mahkemesi bulunmaktadır. Davalara genellikle tek hâkim tarafından bakılır, ancak bazı durumlarda üç kişilik heyet tarafından da bakılmaktadır.

3. Yüksek mahkemeler: Seri usûlün uygulandığı mahkemelerin ve bölge mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf mahkemesi olarak görev yapar. Japonya'da 8 adet yüksek mahkeme bulunur. Yüksek mahkemelerde davalara üç kişilik hâkim heyeti tarafından bakılır.

---

[315] **Sato**, Tsuneo, Japonya, City-Yuwa Partners, (ed.**Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law, 2004, s. 379.

4. Temyiz Mahkemesi: Yüksek mahkeme kararlarının temyiz incelemesini yapan mahkemedir. Japonya'daki son karar merciidir. Bir mahkeme başkanı ve 14 hâkim olmak üzere, 15 kişiden oluşur. Davalar ilk önce 5 kişiden oluşan bir heyete verilir. Dava anayasal bir meseleye ilişkinse, dava 15 hâkimden oluşan heyete gönderilir[316].

Japonya'da duruşmalarda jüri yeralmaz. Tüm derecelerde davalar ya tek hâkim tarafından ya da heyet tarafından ele alınır. Taraflar ilk derece mahkemesinin kararlarına karşı istinafa başvurabilirler, bazı durumlarda kararlara karşı geçici temyize başvurulabilmesi de mümkündür. Medenî Usûl Kanunu'nda hangi kararların geçici olarak temyiz edilebileceği, hangilerinin edilemeyeceği düzenlenmiştir[317]. Japonya'da bir özel hukuk davasının ne sürede görülüp, tamamlanacağı; taraf sayısı, tanık sayısı, davanın karmaşıklığı, incelenecek delillerin çokluğu vs. gibi birçok faktöre bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Eğer ilk oturumda uzlaşmaya varılamazsa, bir davanın genel olarak iki yıl veya daha uzun sürmesi muhtemeldir. 2003 yılında mahkemelerin ve ilgili mercilerin bir hukuk davasının açılmasından itibaren kararın kesinleşmesinin iki yıl içinde gerçekleştirilmesinin sağlanmasına yönelik olarak Yasama Organına bir öneride bulunulmuştur[318].

II.YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI

A. DAVANIN AÇILMASINDAN ÖNCE YERİNE GETİRİLMESİ GEREKEN HUSUSLAR

Japon Hukukunda davanın açılmasından önce davacının yerine getirmesi gereken özel bir usûl bulunmamaktadır. Davanın açılmasından önce davalıya ihbarda

[316] **Sato**, s. 379 vd.
[317] **Sato**, s. 380.
[318] **Sato**, s. 380. Son istatistiklerin, 2001 yılında açılan 11.000 davanın kesinleşmesinin iki yıldan fazla zaman aldığını göstermiş olduğunu belirtmektedir.

bulunulması gerekmez. Ancak, bir kaç özel dava tipinde davacının dava açmadan önce uzlaşma yoluna gitmesi gereklidir[319].

B. DAVANIN AÇILMASI USÛLÜ

Dava, davacının yetkili mahkemeye dava dilekçesi ile başvurması ile açılır. Dilekçede davalının adı ve adresi, talebin türü ve dava sebebi yeralmalıdır. Buna ek olarak dilekçede davanın sebeplerini oluşturan vakıalara ilişkin somut iddialar ortaya konulmalıdır. Davacı, davayı ve çözümleri ortaya koymakla yükümlüdür. Mahkeme, dava dilekçesinde ileri sürülmemiş olan talepler hakkında karar veremez. Davacı dilekçe ekine delil niteliği taşıyan belgeleri de ekleyebilir.

Mahkeme davacının hatalı bir dilekçeyi düzeltmesine karar verebilir. Hâkim, davacıya dava dilekçesini düzelttirmesi konusunda mahkeme katibine talimat verebilir. Bu takdirde davacının dava dilekçesini düzeltmemesi halinde, mahkeme dilekçenin hatalı olduğunu tespit eder ve yine davacı tarafından hatanın düzeltilmemesi halinde, mahkeme davayı reddeder. Dilekçe usûlüne uygunsa, mahkeme ilk ara oturum tarihini belirler davacı tarafından verilmiş bulunan dilekçe ve ekinde bulunan delil niteliğindeki belgeleri, mahkeme davetiyesi ile birlikte davalıya tebliğ eder. Davalıya tebligat mahkeme katibi tarafından yapılır. Katip, dilekçe ve mahkeme davetiyesinin posta ile ya da polis marifetiyle tebliğ edilmesi için talimat verebilir. Davalının ikametgahı bilinmiyorsa, davacı dilekçe vermek suretiyle talepte bulunarak tebligat yapılmasını talep edebilir. Davalıya tebligat yapılamazsa, mahkeme dilekçeyi reddeder[320].

C. DAVAYA CEVAP

Davalı mahkemeye yazılı bir cevap dilekçesi sunmak suretiyle davaya cevap verebilir. Davalının cevap dilekçesini mahkemeye ve davalıya faks veya sair vasıtalarla göndermesi mümkündür. Cevabın mahkemeye genellikle ilk ara oturumdan yaklaşık olarak iki hafta önce verilmesi gereklidir. Davalı cevabı ile birlikte yazılı delillerini de

[319] **Sato**, s. 380.
[320] **Sato**, s. 381.

sunar. Davalı davaya mutlaka cevap vermelidir. Uygulamada davalıların çoğunun cevaplarına, davanın mahkeme tarafından reddedilmesi gerektiğine ilişkin bir beyan da ekledikleri görülmektedir. Davalının iddia olunan hangi vakıaları kabul ettiği ve hangilerini reddettiğini bildirmesi istenir. Davalı belirli bir vakıayı reddediyorsa, bu redde ilişkin gerekçeleri de mahkemeye bildirmelidir[321].

D. DURUŞMA ÖNCESİ YARGILAMA SAFHASI

Japonya'da "duruşma öncesi safha" ile "duruşma" safhası arasında açık bir ayırım bulunmamaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde veya diğer bazı ülkelerde olduğu gibi "duruşma öncesi" ve "duruşma" aşamalarına[322] benzer usûller Japon medenî yargılama usûlünde mevcut değildir. Mahkeme, davanın görülmesi esnasında birtakım ara kararlar verir. Mahkeme bu ara kararları, taraflardan biri tarafından verilen dilekçedeki taleplere göre verebileceği gibi, kendiliğinden de verebilir. Dava dilekçesinin verilmesinden sonra, izlenebilecek iki usûl bulunur; (1) kamuya açık bir mahkeme salonunda yürütülen aleni ara oturumlar (2) hazırlık oturumları ve uzlaşma görüşmeleri şeklinde cereyan eden diğer muhtelif usûller[323].

İlk ara oturumda mahkeme tarafların sözlü beyanlarını ve sunmak istedikleri dilekçeleri alır. Daha sonra davanın nasıl yürütüleceğini tespit eder. İlk ara oturumdan sonra, taraflara doğrudan sorular sorarak ve verilen cevap dilekçesi ve buna cevaba göre çekişmeli meseleyi daraltmaya çalışır. Bu aşamadan sonra, müteakip oturumlarda hangi tanıkların dinleneceğine karar verir. Mahkeme davanın her aşamasında, dava süreci ile ilgili olarak tarafları görüşmeye çağırabilir. Bu görüşmede tarafların sundukları delillerle çekişmeli meselenin irtibatlandırılması istenir. Mahkeme ayrıca davanın yürütülmesine ilişkin plan yapar ve davanın bir an önce sonuçlandırılabilmesi için önemli gördüğü meseleleri taraflarla tartışır[324].

---

[321] **Sato,** s. 381 vd.
[322] Bkz. ileride § 12, II, C.
[323] **Sato**, s. 384.
[324] **Sato**, s. 383.

1. Ara Oturumlar

Davanın açılması anında, mahkeme ilk ara oturum için bir tarih belirler. Bu tarih, genellikle davalının cevabını vermesi gereken tarihten iki hafta kadar sonrasıdır. İlk ara oturumda, cevap dilekçesi resmî olarak mahkemeye sunulur. Taraflar ayrıca mahkemeye ellerindeki delil niteliğindeki belgeleri, malzemeleri ve sair maddî unsurları da sunabilirler. Her iki tarafa da ilk oturumda mahkemeye sözlü bir sunum yapma imkânı verilir. Uygulamada, taraflar yazılı olarak verdikleri dilekçelere dayanırlar ve vermiş oldukları yazılı beyanlarını ara oturumda sözlü olarak doğrulayıp, teyit ederler. Mahkemenin amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tam olarak anlaşılıp, ortaya konulmasıdır. Taraflardan birinin ileri sürmüş olduğu iddialara karşı diğer tarafın da savunma ve iddialarını ileri sürmesi ve çürütmesi ve kural olarak ayda bir yapılan ara oturumlarda zaman zaman mahkeme tarafından yöneltilen soruları yanıtlamaları istenir. Taraflardan birinin dava sebebini oluşturan vakıalardan birini kabul etmesi halinde, bu kabul mahkemeyi bağlar ve buna ilişkin olarak artık delil gösterilmesi istenmez. Vakıaların ileri süren tarafça ispat edilmesi gerekir. Davalı ilk sözlü duruşmada hazır bulunmazsa, gıyabında davacı lehine karar verilebilmesi mümkündür[325].

2. Hazırlık Oturumları

İlk ara oturumdan veya uyuşmazlığa ilişkin iddia ve çekişmenin ortaya konulduğu ve delillerin ibraz edildiği bir kaç ara oturumdan sonra, mahkeme hazırlık oturumları yapabilir. Hazırlık oturumları Usûl Kanunu'nun 164-167. maddelerinde düzenlenmiştir. Hazırlık oturumlarının amacı tarafların iddia ve savunmalarına ve uyuşmazlık konularına açıklık getirmek veya tanık ifadesi ve bilirkişi incelemesi ile çözüm getirilecek çekişmeli meselelere ışık tutmaktır[326]. Hazırlık oturumları, bir mahkeme salonunda hâkim başkanlığında görülür. Ancak taraflar ve onların çalışanları oturumlara katılabilir. Ek iddialar ve delil niteliğindeki yazılı belgeler hazırlık oturumlarında zaman zaman ibraz edilir. Dava görüldüğü sürece ara oturumlar ve

[325] **Sato**, s. 383 vd.
[326] **Sato**, Yasunobu: "The 1998 Civil Procedure Reform in Japan and Its Implications, CJQ 2000, 19 (JUL).

hazırlık oturumları, yaz aylarında ve yıl sonu tatillerinde daha seyrek olmak üzere, ayda bir kez yapılır[327].

E. LAYİHALAR

Yargılama sürecinde, taraflardan her birinin layihalar vermek suretiyle mahkemeden çeşitli taleplerde bulunabilmesi mümkündür. Davanın açıldığı zaman tarihi belirlenen ilk ara oturumda da mahkemeye taraflarca layihalar sunulabilir. Japonya'da son beyanlara ilişkin dilekçe verilmesi usûlü bulunmamaktadır. Ancak, dava dilekçesinde talep yeterince ortaya konulamamışsa, mahkeme davacıdan dava dilekçesinin açıklatılmasını ve değiştirilmesini ister. Mahkeme, çekişmeli meseleyi kendiliğinden tespit etmemişse, davalı bunu cevap dilekçesinde mahkemenin dikkatine sunabilir. Bunu müteakiben bir ara oturum daha yapılır. Hâkimin ara oturumlarda yapılan yargılamada oldukça aktif bir rolü vardır[328].

F. DELİLLERİN TOPLANMASI

Taraflar, taleplerini ileri sürmek, vakıaları ortaya koymak, belgeye dayalı delillerini ibraz etmek, ve tanık beyanlarını toplamak ile yükümlüdür. Bunları yerine getirmedikleri takdirde aleyhlerine karar verilmesi riskine katlanırlar. Hâkim yargılamanın yürütülmesinden, sevk ve idaresinden, tanık ve bilirkişilerin belirlenmesinden ve delillerin değerlendirilmesinden sorumludur. Taraflardan biri, karşı tarafın veya üçüncü kişinin elinde bulunan ancak davanın ispatı açısından gerekli bulduğu ve bu sebeple mahkemeye delil olarak sunulması gereken bir belgenin ibraz edilmesi için mahkemeden bu yönde karar çıkartılması için talepte bulunabilir. Mahkeme belgenin ibraz edilmesine karar verebilir. Karşı taraf, belgenin ticaret sırrı oluşturması halinde veya sadece kendisini ilgilendiren bir belge ise sunmaktan imtina edebilir. Aksi takdirde mahkeme kararına uymak zorundadır[329].

---

[327] **Sato**, s. 382.
[328] **Sato,** s. 384.
[329] **Sato** CJQ, s. 257; **Sato**, s. 385. Yazar, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki açık delil keşfi teknikleri ile karşılaştırıldığında, Japonya'da delil keşfinin son derece düşük seviyede uygulandığını belirtmiştir. Usûl Kanunu belgelerin toplanması ve karşı tarafın sorgulanmasına izin vermezken, hâkimler de belgenin

Mahkeme taraflardan birinin yazılı talebi üzerine delillerin korunmasına karar verebilir. Davanın devamı esnasında, taraflardan biri karşı taraftan belirli bir süre içerisinde çeşitli sorulara cevap vermesi talebinde bulunabilir. Bu usûller, Amerika Birleşik Devletleri medenî yargılamasında uygulanan tarafların elindeki bilgi ve belgelerin açıklatılmasına (*discovery*) ilişkin kurallar[330] gereğince yapılan sorgulamaya benzerdir. Taraflardan birinin yazılı talebi üzerine mahkeme ilgili delillerin korunması için üçüncü kişilere çeşitli sorular sorarak, bunlara cevap verilmesi istenir. Cevaplar her iki tarafa da iletilir[331].

Hazırlık safhası tamamlandıktan ve davaya ilişkin meseleler yeterince aydınlatıldıktan sonra, tanıklar ve tarafların sorgulanmasına, incelenmesine geçilebilir. Japon Medenî Usûl Kanunu, tanık ve tarafların mümkün olduğunca yoğun şekilde sorgulanmasını düzenler (Medenî Usûl Kanunu m. 163)[332]. Taraflardan her biri belirli tanıkların dinlenmesi için talepte bulunmakla yükümlüdür. Japon medenî yargılamasında çapraz sorgulama mümkündür. Davanın karmaşıklığına bağlı olarak mahkeme bilirkişi incelemesi yaptırılmasına da karar verebilir[333]. Japon hukukunda ihtiyati tedbir ve malvarlığı üzerinde geçici haciz yapılması gibi geçici hukukî koruma tedbirleri mevcuttur[334].

G. DURUŞMA SONRASI USÛL VE KANUN YOLLARI

Davayı kaybeden tarafın üst mahkemeye *Koso* olarak adlandırılan bir kanun yolu başvurusunda bulunabilmesi mümkündür. Bu başvuru üç hâkimden oluşan bir heyet tarafından incelenir. Bu temyiz başvurusunda bulunulabilmesi için herhangi bir hukukî gerekçe gösterilmesi gerekli değildir. Üst mahkeme davayı yeniden inceleyebilir, yeni

---

yargılamanın safahatı bakımından vazgeçilmez nitelikte olduğuna ikna olmadıkça, belgelerin sunulmasına ilişkin karar vermekte son derece tutucu davranmaktadır.

[330] Bkz. ileride § 12, I, A.

[331] **Sato**, s. 386.

[332] **Sato**, CJQ, s. 257. Yazar, tarafların sorgulanması usûlünde, İngiltere ve Amerika modelinden esinlenildiğini ve davaya ilişkin meselelerin belirlenmesi ve delillerin ortaya konulması bakımından yargılamayı hızlandıracağının düşünüldüğünü belirmiştir.

[333] **Sato**, s. 386 vd.

[334] **Sato**, s. 388 vd.

tanıklar dinleyebilir. Diğer taraftan davayı kaybeden tarafın üst mahkemeye *Jokoku* olarak adlandırılan bir kanun yolu başvurusunda bulunabilmesi mümkündür. Yüksek mahkeme kararlarına karşı Temyiz Mahkemesi'nde *Jokoku*[335] temyizi yapılabilir. Usûl Kanunu'nda yargılama esnasında verilen bazı usûlî nitelikte ara kararları aleyhine *Kokoku* adı verilen geçici bir kanun yoluna başvurulabileceği de düzenlenmiştir [336].

H. YARGILAMA MASRAFLARI

Kaybeden tarafın kazanan tarafa yargılama giderlerinden bazılarını ödemesi gereklidir. Medenî Usûl Kanunu'nda kazanan tarafa ödenmesi gerekli olan yargılama masrafları açıkca belirtilmiştir. Haksız fiile ilişkin davalar dışında kazanan tarafın avukatlık ücretleri kaybeden tarafça karşılanmaz[337].

III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI VE MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI

Medenî Usûl Kanunu, Japonya'da 1890 yılında kabul edilmiştir. Bu Kanun, Alman Medenî Usûl Kanuna dayandırılmıştır. Halihazırda Japon medenî yargılama hukukunda kullanılan teknik terimlerin çoğu, bunlara karşılık gelen Almanca terimlerden uyarlanmak suretiyle oluşturulmuştur. O zamandan beri, Alman Hukuku Japon adlî teorisinin gelişiminde güçlü bir etkiye sahip olmuştur. 1926 yılında Japonya'da Medenî Usûl Kanunu tamamen revize edilmiştir[338]. Bu revizyon sonrasında

---

[335] Bu çeşit temyiz başvurusunda bulunulabilmesi için aranan şartlar Japon Medenî Usûl Kanunu'nda düzenlenmiştir. Anayasa kurallarının yorumunda yanlışlık yapılmış olması veya mahkeme kararında Anayasa'ya aykırılık bulunması gerekli şartların başlıcalarıdır. Bununla birlikte verilen mahkeme kararında kanunun yorumlanması bakımından Temyiz Mahkemesi veya Yüksek Mahkeme'ce evvelce verilmiş kararlar ile çelişki bulunması halinde de *Jokoku* temyizi yapılabilmesi mümkündür (**Sato**, s. 389 vd.)

[336] **Sato**, s. 389-390.

[337] **Sato**, s. 390 vd.

[338] 1926 yılında yapılan esaslı revizyon gecikmeleri azaltmayı, yargılamayı kolaylaştırmayı ve adil yargılamayı gerçekleştirmeyi hedeflemiştir. Medenî yargılama sürecinin reforme edilmesi amaçlanmış ve bir çok yeni fikir ortaya atılmıştır. Reform sürecinde, Avusturya Medenî Usûl Kanunu temel referans kaynağı olarak alınmıştır. Alman hukukunda yeralmayan yeni hükümler getirilmiştir. 1926 revizyonu ile yargılamaya ivme kazandırılmaya çalışılmış ve bu amaçla yeni düzenlemeler yapılmıştır (**Matsumato**, Hiroyuki: "The Reception and Transmission of the Law of Civil Procedure in Japan-The Experience in

oluşturulan Kanun, 1996 yılındaki yeni kanunlaşma hareketlerine kadar olan dönemde Eski Kanun'un temel şeklini oluşturmuştur. Eski Kanun, Japon Usûl Hukukunda Alman tarzını korumuş, ancak, II. Dünya Savaşından[339] sonra 1948 yılı değişiklikleri ile Anglo-Amerikan medenî yargılama hukukundan da etkilenmiştir. Çapraz sorgulama, basit ve erişilebilir adaletin sağlanması bakımından basit yargılama usûlünün uygulandığı mahkemeler bunun örnekleridir[340].

1980'li yıllarda Japonya'da medenî yargılama sistemi, medenî yargının yavaş, pahalı ve sıradan insanlar tarafından kolay anlaşılır olmaması sebepleriyle acımasız şekilde eleştirilmiştir. 1990 yılında, Kanun Komisyonu medenî yargı reformu üzerinde çalışmaya başlamış ve Adalet Bakanlığı yetkilileri, Barolar Birliği ve akademisyenler arasındaki 5 yıllık tartışmalar sonucunda, 1996 yılında Yasama Organı'na sunulmuştur. Son değişiklikler, 1996 yılında kanunlaşmış ve Yeni Usûl Kanunu, 1 Ocak 1998 yılında yürürlüğe girmiştir. O zaman görevde bulunan Adalet Bakanı, 1998 Reformu'nun amacının, ekonomik değişiklikler ve gelişmeler temelinde olduğu kadar adlî yargıyı daha kolay anlaşılabilir ve erişilebilir kılma düşüncesine dayalı olarak, toplumun karmaşıklığı ve çeşitliliği ışığında gelişen halihazır sosyal talepleri karşılamak için medenî yargılamanın güncelleştirilmesi suretiyle daha adil ve hızlı adalete erişimin sağlanması olduğunu, diğer bir deyişle sıradan vatandaşlara yalın ve erişilebilir medenî yargı sunulması olduğunu ifade etmiştir. Genel amaç, kısaca hızlı ve etkin medenî yargılamaya ulaşılmasıdır[341].

Japan", (ed. **Masahisa** Deguchi/**Marcel** Storme) The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society s. 143 vd.)

[339] II. Dünya Savaşı yenilgisi, Japon hukuk sisteminin şiddetli bir şekilde reforme edilmesi sonucunu doğurmuştur. Ana tema, demokratik prensiplerin bir gereği olarak taraf egemenliği sistemine yaklaşılmasıdır (**Matsumato**, s. 142). Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.courts.go.jp/english/proceedings/civil_suit.html.

[340] **Deguchi**, Masahisa: "Reform of Civil Procedure Law in Japan" , Ritsumeikan Law Review, 17 March, 2000 , s. 16; **Hasebe**, Yukiko: "Civil Justice Reform, Access, Cost and Expedition, The Japanese Perspective, (ed. **Zuckerman**, A.A.S) Civil Justice in Crisis, s. 235 vd.; **Pekcanıtez**, Gelişmeler, s. 45.

[341] **Matsumato**, s. 143 vd.; **Sato,** CJQ, s. 224.

A. YENİ MEDENÎ USÛL KANUNU'NUN YAPISI

Kanun koyucu, Medenî Usûl Hukuku reformunun üç sebebi bulunduğuna işaret etmiştir: ilk olarak, Japon toplumundaki hızlı ve büyük değişiklikler sebebiyle eski Medenî Usûl Kanunu'nun davacıların ihtiyaçlarını karşılayacak durumda olmaması; ikincisi, eski Medenî Usûl Kanunu çerçevesinde duruşmaların çok uzun sürmesi sebebiyle halkın uyuşmazlıklarını çözmek için mahkemeye gitmemesi ve son olarak da, bütün bu sorunların Medenî Usûl Kanunu'nda esaslı değişiklikler yapılmadan çözülmesinin mümkün olmadığının farkedilmiş olmasıdır. Bütün bu sebeplerle kanun koyucu mümkün olan her kaynaktan; akademik çevrelerden, şirketlerden, tüketici organizasyonlarından görüş alarak, eski Medenî Usûl Kanunu'nu değiştirme işine başlamıştır[342].

1996 tarihli Yeni Medenî Usûl Kanunu'nun kapsamının aşağıdaki şekilde özetlenmesi mümkündür[343]: (1) Uyuşmazlık konusu meselelerin tespit edilebilmesi için duruşma öncesi hazırlık safhasının (ön tahkikat) oluşturulması, (2) Delillerin belirlenmesi ve hazırlanması metodlarının geliştirilmesi, (3) Küçük talepler yargılama usûlünün oluşturulması, (4) Temyiz Mahkemesine[344] yapılan temyizler bakımından özel temyiz sebeplerinin sınırlandırılması.

1. Duruşma Öncesi Hazırlık Safhasının (Ön Tahkikat) Oluşturulması

Eski Kanun'un uygulanmasında, ara oturumlar arasında çok büyük bir zaman aralığı mevcut olması sebebiyle artık oturum sözcüğü yanlış bir terim haline gelmişti. Reform çerçevesinde hızlı bir yargılamaya ulaşılması için aşağıdaki bahsedilen üç hazırlık usûlünün benimsenmesi öngörülmüştür. Bu usûllerin amacı, dava yönetimi sürecinde ele alınması gereken meselelerinin ortaya konulması, yargılamanın hızlandırılması ve belli bir sıra içinde delillerin ibraz edilmesidir. Hâkime bu safha bakımından yeni yetkiler verilmiştir. Duruşma öncesi hazırlık safhası, Eski Kanun zamanında da olduğu gibi duruşma yapılarak inceleme yapılan tahkikat aşamasından

[342] **Matsumato**, s. 143; **Deguchi**, s. 16.
[343] **Matsumoto**, s. 143; **Deguchi**, s. 16 vd.; **Hasebe**, s. 235
[344] Bkz. yukarıda §1, II, F, 1.

farklı şekilde düzenlenmiştir. İlk olarak, birden çok tarafın yeraldığı geniş kapsam ve etkisi olan uyuşmazlık ve davalara ilişkin olarak hazırlık oturumu (m. 164) düzenlemesi getirilmiştir. İkinci olarak, duruşma öncesi hazırlık usûlü (m. 168) düzenlenmiştir. Bu usûlün son zamanlarda Japonya'da tartışılmış ve üzerinde durulmuş olan "Duruşma ve Uzlaşma Metodu"nu kanuna yerleştirmesi öngörülmüştür. Bu usûlde, mahkemenin ara karar verebilmesi mümkündür. Hazırlık safasında aleniyet ilkesi söz konusu değildir. Hâkimin bürosunda aleniyet sözkonusu olmaksızın ön tahkikat yapılabilmektedir. Hâkim, ön tahkikatı taraflara soru sorarak yürütür ve uyuşmazlığın sınırlarını tespite çalışır[345]. Bu usûlün, diğer üç usûl arasında en önemlisi olduğu söylenmektedir. Bu değişiklik sonucu "Duruşma ve Uzlaşma Metodu"nun uygulamaya yerleşmesi amaçlanmıştır. Son olarak, yazılı hazırlık işlemleri (m. 175) düzenlenmiştir. Duruşmanın yapılacağı mahkemeden çok uzakta yaşayan kişiler için öngörülen bu usûlde bir video-telefon sistemi de kullanılabilmesi de mümkündür. Hazırlık safhası oturumlarında uyuşmazlık konusunun ve hangi vakıaların hangi delillerle ispat edileceği belirlenir ve aşağıdaki esaslar geçerlidir: (1) Mahkeme, davaya ilişkin meseleleri davanın başında tespit edebilir, (2) Mahkeme ve taraflar ileride ispat edilmesi gereken meseleleri önceden tespit edebilirler. Taraflardan biri meseleye ilişkin vakıaları sonradan sunarsa, bunları sunmakta niçin geciktiğini açıklamak zorundadır (m. 93). Tarafların zamanında iddia ve savunmalarını dayandırdıkları vakıa ve delillerini mahkemeye sunmamış olmaları halinde, bunların mahkemece reddedilmesi düzenlemesi getirilmiştir. Mahkemeye geç ileri sürülen iddia ve savunmalara ilişkin delilleri hiç değerlendirmeme yetkisi verilmiştir. Mahkeme hazırlık safhasından sonra, delilleri incelemek üzere ilk ara oturumu belirleyecektir. Tanıklar ve tarafların, davaya ilişkin meseleler ve deliller ortaya konulduktan sonra mümkün olduğunca hızlı ve çabuk sorgulanması esastır[346].

---

[345] **Pekcanıtez**, Sempozyum, s. 46 vd.

[346] **Hasebe**, s. 239; **Pekcanıtez**, Sempozyum, s. 46; **Deguchi**, s. 17 vd. Yazar, bu hazırlık işlemlerinin esasında bazı sorunlara sebep olabileceğini belirtmiştir. Özellikle, en sık şekilde uygulanacağı tahmin edilen resmî oturuma ilişkin hazırlık usûlü kamuya kapalı şekilde gerçekleştirilmektedir ve bu usûlde belgeler incelenebilmektedir. Kamuya açık oturum prensibinin korunması için, Kanun sadece mahkemenin ve tarafların dinlemesine muvafakat ettiği kimselerin duruşma salonuna alınmasını öngörmüştür.

2. Delillerin Belirlenmesi ve Hazırlanması Metodlarının Geliştirilmesi

Endüstrileşmiş modern toplumlarda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, giderek taraflardan birinin önemli bilgi ve delillere sahip olduğu, ancak diğer tarafın elinde çoğu zaman hiç bir malzemenin bulunmadığı gözlemlenmektedir. Bu durumun düzeltilmesi için, delillerin elde edilmesine ve sunulmasına ilişkin metodlar geliştirilmektedir. Ancak sistemin bozulması ihtimaline karşı, Amerika'da geçerli olan *discovery* sistemi[347], yani tarafların elindeki bilgi veya belgenin açıklattırılması, delil keşfi sistemi henüz Japonya'da oluşturulmamıştır. Bununla birlikte tarafların karşılıklı bilgi almasıyla ilgili değişiklik yapılmıştır. Davanın açılmasından önceki aşamada da mahkemenin olayın aydınlanması için taraflara yardımcı olması öngörülmüştür. O zamana kadar, davanın aydınlanması, davanın açılmasından sonra mümkündü[348].

Yeni Kanunda aşağıdaki hususlara ilişkin düzenlemeler getirilmiştir: İlk önce, Yeni Kanun uyarınca belgelerin ibraz edilmesine ilişkin usûller esaslı değişikliklere uğramıştır. Yeni Kanun m. 220'de, Eski Kanun'dakine ek olarak belgelerin ibraz edilmesine ilişkin genel yükümlülükler düzenlenmiştir. İkinci olarak, Yeni Usûl Kanunu'nda belge tanımlama süreci yeralmıştır. Üçüncü olarak, belirleyici bir delilin, eğer bu delilin sunulması mutlaka gerekli ise mahkeme tarafından ibraz edilmesine karar verilmesi öngörülmüştür. Dördüncü olarak, yeni kanunda kamera ile inceleme metodu getirilmiştir. Belgeler muafiyet kapsamı içinde iseler, bu metod ile bunlar açılmadan mahkeme tarafından incelenebilmektedir. Karşı taraftan bilgi elde edilmesine ilişkin olarak yeni araştırma ve sorgulama usûlleri de yeni kanun ile getirilmiştir (m. 163). Bu ara oturumdan sonra başlayan ve taraflardan birinin karşı tarafa savunmanın hazırlanabilmesi veya davanın koğuşturulması için yazılı soru gönderebileceği bir usûldür. Bu, sistemin kötüye kullanılmasının önlenmesi için, Yeni Kanun'da karşı tarafa yöneltilen soruların yanıtlanmasının hangi şartlarda reddedilebileceği de açıkca düzenlenmiştir. Mahkemenin karşı tarafı yanıt vermeye mecbur etmesine ilişkin Kanunda bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, hâkim kararını verirken, yanıt

[347] Bkz. ileride § 12, II, C, 4.
[348] **Pekcanıtez**, Sempozyum, s. 47.

verilmemiş olmasını dikkate alabilmekte veya o tarafa yanıt verme hakkı tanıyabilmektedir[349].

3. Basit Usûlün Uygulandığı Mahkemelerde Küçük Talepler Yargılama Usûlünün Oluşturulması

Küçük taleplere ilişkin meseleler bakımından Japonya'da mahkeme sistemi pek de erişilebilir olmadığı için, halkın yargılamanın yönetilmesine yabancılaşmasının önlenmesi için küçük taleplere ilişkin uyuşmazlıkların kolayca çözülmesi gerekmiştir. Bu bakımdan birçok kişi tarafından İngiltere'de mevcut olan küçük talepler yargılaması sistemine benzer bir sistemin getirilmesi istenmiş, bunun sonucu olarak Yeni Usûl Kanunu'nda küçük talepler usûlü (Medenî Usûl Kanunu m. 368-381) düzenlenmiştir[350].

Bu usûlde, sadece 300.000 yenin (yaklaşık olarak 2.500 Amerikan Doları) altındaki para alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklara bakılmakta, tek bir duruşma yapılmakta ve hâkimin aynı gün karar vermesi gerekmektedir. Bu bakımdan, karşı dava açılması ve talepte bulunulması mümkün değildir. Delillerin incelenmesinde, sadece basit deliller kabul edilmektedir. Bu usûlde, üst mahkemeye başvurulması mümkün değildir. Kararlara karşı basit şikayet öngörülmüştür. Yargılamanın başında, sadece davacının küçük talepler usûlünü veya basit usûlü seçebilmesi mümkündür. Davalının, sadece basit usûlün uygulanması yolundaki isteğini ileri sürmesine izin verilir. Aynı zamanda, davacı küçük talepler yargılama usûlünü seçse bile, mahkeme, küçük talepler yargılama usûlünün kullanılmasını gerekli ve uygun bulmuyorsa veya karşı tarafı davet için tebligat yapılması gerekli ise, mahkeme kendiğinden basit usûle dönüştürülmesine karar verebilmektedir. Herşeyden öte, bu usûlde sürece ilişkin gereklilikler basit usûlde olduğundan daha külfetsizdir. Küçük talepler usûlü içinde icra yoluna başvuru düzenlenmemiştir. Taraflardan biri icraya başvurmak istiyorsa, icra masraflarından dolayı hiç tahsilat yapamaması ihtimali vardır. Bu sebeple, mahkeme davalının borcu ödeme tarihini belirlemesi veya davalının geçim vasıtalarını dikkate alarak borcunu

[349] **Deguchi**, s. 16 vd.; **Hasebe**, s. 241 vd.
[350] **Sato**, CJQ, s. 259.

taksitler halinde üç yıl içinde ödemesine karar verebilmesi mümkündür. Ayrıca, davalının mahkemece belirlenen dönemde ödeme yapması halinde, mahkeme gecikmeden dolayı meydana gelebilecek zararlardan borçluyu muaf tutabilir[351].

4. Temyize Başvurunun Sınırlandırılması

Hukuk davaları bakımından Eski Kanun'da temyiz sebeplerinin çok geniş olduğu görülmektedir. Eski Kanuna göre içeriği çok geniş olan iki sebeple temyize başvurulabilmesi mümkündür: Birincisi, usûlî hatalar, (Eski Kanun m. 395); ikincisi, mahkeme kararını açıkca etkileyen bir kanun ya da kuralın ihlâli (Eski Kanun m. 394). Çok geniş olan temyiz sebeplerinin kötüniyetli olarak kullanılması nedeniyle, usûlî hatalar temyiz sebebi olmaktan çıkarılmış ve Temyiz Mahkemesi'nin[352] yükünü azaltmak için, reformlar ile temyiz sınırlandırılmıştır. Yeni Kanun'a göre, usûl hükümlerinin ağır ihlali ve anayasaya aykırılık şeklinde tek bir temyiz nedeni getirilmiştir[353]. Eski Kanun'da, yüksek mahkemelerin kararlarında yeralan hukukî meselelere ilişkin olarak temyize başvurulması mümkün değilken, son reformlardan sonra, ancak kanunun yorumu bakımından davanın önemli meseleler içeriyor olması sebebine dayalı olarak yüksek mahkemelerin de temyizi uygun görmesi halinde taraflar temyize başvurabilmektedirler (m. 337). Bu, tamamen yüksek mahkeme kararlarının son zamanlarda önemli hukukî meseleler içermesinden kaynaklanmaktadır. Yüksek mahkemeler arasında, önemli hukukî sorular üzerinde farklı kararlar verilmekte olduğundan ve Temyiz Mahkemesi tarafından tüm mahkemeler üzerinde etkili bir yorum yapılmış olduğu ifade edilmektedir[354].

---

[351] **Deguchi,** s. 17; **Sato**, CJQ, s. 259 vd. Yazar, ilginç bir özellik olarak, tüketici finansmanı şirketleri ve kredi kuruluşları gibi belirli profesyonel kurumlar tarafından sık şekilde kullanılmasının engellenmesi için, bu usûlün aynı kişi tarafından bir yıl içinde on kezden fazla kullanılmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir.

[352] Bu hususta bkz. §1, II, F, 1.

[353] **Pekcanıtez**, Sempozyum, s. 46.

[354] **Deguchi**, s. 18; **Hasebe**, s. 245.

B. JAPON MEDENÎ USÛL KANUNU'NDA 2003 YILINDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Medenî Usûl Kanunu, Nisan 2004'de yürürlüğe girmiş bulunan esaslı değişikliklerle yeniden yapılandırılmıştır.

1. Görevli Bilirkişi

Mahkemelerde yeni bir kurum olan "görevli bilirkişi" kullanılmasına ilişkin değişiklik çok dikkat çekicidir. Sözkonusu bilirkişilerin çeşitli uzmanlık alanlarından atanması ve tarafsız bir danışman olarak yargılamaya katılmalarının sağlanması öngörülmüştür. Hâkimliğe mani hallerin ve hâkimlerin reddi sebeplerinin bunlar hakkında da uygulanması esası getirilmiştir. Bu yeni kurumun, zaman alıcı ve masraflı bir usûl olan davada uzman bilirkişi atanması ihtiyacını azaltması öngörülmüştür. Ancak bu kurum, gerekli olan davalarda uzman bilirkişi atanması usûlünü ortadan kaldırmamıştır[355].

2. "Yargılamanın Planlanması" Zorunluluğuna İlişkin Değişiklik

Mahkemenin bir davayı karmaşık olarak nitelendirmesi halinde, mahkemenin, taraflarla müzakere edilmesi ve mahkemece izlenecek usûlî adımların kararlaştırılması için kronolojik bir akış planı hazırlaması gerekmektedir. Planda hazırlık yargılamasına ve bilirkişi incelemesine ilişkin zaman sınırlamalarının yer alması ve aynı zamanda geçici olarak duruşmanın istenen sonuçlanma tarihinin ve nihaî kararın verilmesi tarihinin belirlenmesi öngörülmüştür. Başarılı bir planın yapılıp uygulanması, taraf avukatları ile mahkemenin iyi bir işbirliği içinde olmasına bağlıdır. Yeni Kanun'un uygulanmasından edinilen olumlu tecrübelere dayanılarak, bu işbirliğinin çok sayıdaki önemli davanın yargılamasında sağlanacağı düşünülmektedir[356].

---

[355] **Taniguchi**, Yasuhei: "Japan's Recent Civil Procedure Reform: Its Seeming Success and Left Problems", (ed. Trocker, Nicolo/Varano, Vincenzo), The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective, Florence 2003, s. 106 vd.; aynı yönde bkz. **Nottage**, Luke: "Civil Procedure Reforms in Japan: The Latest Round", RLR, Volume 22, 2005, s. 84.

[356] **Taniguchi,** s. 107; **Nottage**, s. 83 vd.

3. "Dava Açılmadan Önce Delillerin Açıklattılması" Tedbirlerinin Düzenlenmesi

1996 tarihli Yeni Kanun, belge ibraz edilmesinin kapsamını genişletmiş ve taraf sorgulaması sistemini getirmiştir. Bu olanaklara ancak dava açıldıktan sonra başvurulabilmektedir. Bu bakımdan Kanunda, muhtemel davacı tarafından açılması planlanan davanın genel karakteri hakkında bilgi verilmesinden sonra, muhtemel davalıya çeşitli sorular yöneltmesine ilişkin bir değişiklik öngörülmüştür. Değişiklik, (a) mahkemenin, bir kamu kurumundan ya da 3. kişiden delil elde edilmesine yardımcı olmasını, (b) mahkemenin, belli bir mesele üzerinde bilirkişi görüşü alınmasını sağlamasını, (c) belli bir olayın emniyet güçleri tarafından doğrulanmasını da kapsamaktadır. Ancak ilginçtir ki, bu tedbirlerin yaptırımı düzenlenmemiştir. Bunlar, davanın açılmasından önce delillerin belirlenmesi, hazırlanması ve muhafazası için evvelce varolan olanaklara ek olarak kabul edilmiştir; ancak bunun için aynı zamanda mahkemenin delillerin ortadan kaldırılacağı tehlikesi olduğu kanaatine varmış olması gereklidir[357].

C. BEKLENTİLER VE SONUÇ

Geniş bir çerçeveden bakıldığında, Japonya'da hem kurallar hem de uygulama bakımından medenî yargılama reformu trendinin, aslında Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılamasına benzer şekilde duruşma öncesi ve duruşma aşamalarına ayrılma eğilimi gösterdiği görülmektedir. Son zamanlarda gerçekleştirilen reformların en azından belli oranda bir başarı kazanmış olduğu da açıktır. Bölge mahkemesi hâkimleri ile yapılan görüşmelerde de bu konu özellikle vurgulanmıştır. 2001 tarihli Adalet Sistemi Reformu Konseyi'nin Başbakan'a verdiği raporda, sayısız alt yapı sorunu yeniden ele alınmıştır. Bu raporda adlî yargı sisteminin "adalete erişmek isteyen kişiler açısından daha kolay kullanılır" hale getirilmesi ve en öncelikli mesele olarak hâkim ve avukatların sayısının radikal bir şekilde artırılması tavsiye edilmiştir. Konsey raporu, bu anlamdaki bir sistem değişikliğine doğru olumlu bir gidiş sergilemiştir. Hatta rapordan önce bile, mahkemelerde kolaylık sağlanması bakımından,

[357] **Taniguchi,** s. 107; **Nottage**, s. 84.

küçük ama önemli altyapı reformları cereyan etmiştir. Örneğin, dava açma masrafları dikkate değer bir şekilde azaltılmıştır. Bunların daha sonra 2003 yılındaki reform ile daha da azalmış olduğu görülmektedir. Duruşmaların, tarafların, vekillerin ve avukatların yeraldığı yuvarlak bir masada yapılması usûlü, esasen 1996 Kanunu'ndan da önce kabul edilmiştir. Gerçek bir medenî yargılama reformunun ancak bu küçük ve büyük altyapı değişiklikleri tamamlandıktan sonra gerçekleştirilebilmesinin mümkün olduğu, bunun yıllar alması muhtemel olmasına rağmen, doktrinde uzun sürecek bu çabaların destek göreceği ifade edilmiştir[358].

Bununla birlikte, son zamanlarda gerçekleştirilen adlî sistem reformu hareketinin *pro se* yargılamanın[359] sorunlarına çok az eğilmiş olduğu da belirtilmektedir. Zira mevcut düşünce, *pro se* yargılamanın geçmişin bir mirası olduğu ve gerekli sayıda avukat ve adlî yardım sağlandığında unutulacağı yönündedir. Japon medenî yargılamasının yapısında *pro se* yargılamasının büyük bir yer tuttuğu bir gerçektir. Son zamanlardaki medenî yargılama reformunda, *pro se* yargılamanın sorunları, ya farkında olunmadan ya da özellikle ihmal edilmiştir. Avukat sayısı yeterli bir hale geldiğinde, Japonya'da avukat ile temsilin zorunlu hale geleceği konusunda güçlü bir argüman öne sürülmektedir. Bu gelişme sürecinin ileride de devam etmesi halinde, Japon medenî yargılamasının yapısında mevcut olan önemli bir unsurun da böylece ortadan kalkacağı söylenmektedir[360].

Bütün bunlara rağmen, Japonya'da Yeni Kanun'un 6 yıllık uygulamasından sonra, Yeni Medenî Usûl Kanunu'nun kanunlaşmasını takip eden daha geniş bir adalet

---

[358] **Taniguchi**, s. 109 vd.

[359] Elde bulunan kaynaklardan anlaşıldığı kadarıyla, *pro se* yargılama, tarafların yargılamada bizzat asil olarak bulundukları ve yürüttükleri ve vekil ile temsilin zorunlu olmadığı bir yargılama sürecidir.

[360] **Taniguchi**, s. 112 vd. Yazar, son zamanlarda yapılan Amerikan hukuk ve psikoloji çalışmalarında, tersine bir argümanın, yani dava taraflarından biri ihtilaf çözme sürecine katıldığında, sonuç olumlu ya da olumsuz olsun, büyük bir tatmin sağladığı gerçeğini ortaya koymuş olduğunu, *pro se* yargılamanın doğası ve iki yargılama arasındaki deneysel karşılaştırma üzerinde deneysel bir metod ile daha ciddi çalışılması ve sonucun basit bir etkinlik bakış açısından ziyade geniş bir perspektiften analiz edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak *pro se* yargılamanın ihtilaf çözümünde sosyal bakımdan yararlı bir ekipman olduğu sonucuna varılırsa, bu yasal ihtiyacın nasıl gerçekleştirileceği konusunda daha da zor bir sorunun ortaya çıkacağını ifade etmektedir.

sistemi reform hareketi sayesinde coşkunun canlı bir şekilde devam ettiği de ifade edilmektedir[361].

§ 9. KITA AVRUPASI MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMİ BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

I. MEVCUT SORUNLAR

Yukarıda ele alınmış bulunan Kıta Avrupası Medenî Yargılama Sistemine dahil olan ülkelerdeki sorunlara genel olarak bakıldığında, ülkeler bazında aşağıdaki tespitlere varılması mümkündür.

Almanya'da sistemin genel olarak iyi çalıştığı, dava hacminin yüksek olmasına ve iş yığılmaları bulunmasına rağmen, yargılama masraflarının düşük olduğu, yargılamanın hızlı, etkin ve verimli olduğu, yargılamanın makûl sürede sonuçlandırıldığı görülmektedir.

Avusturya'da ise, yargılamanın süresine ilişkin olarak esaslı bir sorun görülmemektedir. Yargılama diğer ülke yargılamalarına oranla göreceli olarak hızlıdır. Medenî yargılama hukuku tarihi usûlî gecikmelere karşı verilen mücadelelerle doludur. Yargılamanın gecikmesinin önlenmesi için sıkı tedbirler alınmıştır. İlk derece mahkemelerinin iş yükü normal seviyelerde seyretmektedir. Yüksek mahkemelerin iş yükü ise, temyizin sınırlandırılması suretiyle azaltılmış durumdadır.

Hollanda'ya bakıldığında, yargılama sisteminin iyi işlemekte olduğu, esaslı bir sorun yaşanmadığı görülmektedir. Mahkemelerde makûl sürede, makûl yargılama masrafları ile çözüm elde etmek mümkündür. Mahkemelerde adalete erişim kolay olduğu gibi, dava yoğunluğunun önlenmesi ve mahkeme yargılamasının hızlandırılması

[361] **Taniguchi**, s. 113.

için mahkeme dışında da ihtilaf çözümüne ilişkin etkin metodlar geliştirilmiştir. Gecikmeye ilişkin sorun gözlemlenmemekle birlikte, reform planları çerçevesinde gecikmenin tamamen ortadan kaldırılmasına çalışılmaktadır. Yargılama masrafları ihtilafın değeri ile orantılıdır. Genellikle davacıların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tercih ettikleri, dava yoluna çoğunlukla son çare olarak başvurdukları görülmektedir.

İsviçre ele alındığında, yargılama süresi çalışmamızda örnek olarak alınan Zürih Kantonu'nda genel bir sorun olmamakla birlikte, diğer kantonlarda yargılama süresine ilişkin sorunlar yaşanmakta olduğu görülmektedir. Gecikmenin ortadan kaldırılması ve iş yükünün hafifletilmesi için hâkim sayısı artırılması ve daha fazla mahkeme görevlisi istihdam edilmesi öngörülmüştür. Dava yönetiminin son derece önem kazandığı görülmektedir. İsviçre medenî yargılama hukukunun zayıf noktaları olarak yargılama masraflarının aşırı yüksekliği ve adlî yardım sisteminin iyi çalışmaması gösterilmektedir. Bir diğer sorun ise, kanun yolu sistemidir. Başvurulması mümkün olan birçok kanun yolu mevcuttur ve bunların kapsamını belirlemek ve birbirinden ayırdetmek oldukça zordur. Zürih Kantonu'nda usûlün etkinleştirilmesi için, yargılama kurallarında belli bir plana bağlı olmaksızın yapılan değişikliklerin kişilerin haklarını elde etmesi bakımından bir takım tehlikeler yaratması ihtimali mevcuttur. Adli teşkilât içinde de sorunlar gözlemlenmektedir.

İtalya'da adalete erişimin neredeyse ihtimal dahilinde dahi olmadığını söylemek mümkündür. Mahkemelerdeki gecikme aşırı boyutlardadır. Sıradan vatandaşların ihtilaflarının olağan usûllerle nihaî çözüme ulaştırılması için neredeyse on yıl beklemeleri gerekmektedir. Yargılama sisteminin tamamen yetersiz olduğu söylenebilir.

İspanya'da yargılama sisteminin temel sorunu yargılamanın aşırı uzun sürmesidir. Mahkeme teşkilâtı yetersizdir, yeterli sayıda hâkim ve mahkeme personeli bulunmamaktadır. Kronik bir malzeme sorunu mevcuttur. Medenî yargılama hukukunun tabiatı içinde hantal ve kullanışsız usûller bulunmaktadır, bu durum yargılama hukukunu

kaotik bir hale getirmektedir. Ancak bu sorunların çözümüne ilişkin olarak gerçekleştirilen reform çalışmalarının başarılı olduğu yönünde ciddi sonuçlar vardır. İtalya'nın aksine, bu ülkede Reform olumlu sonuçlar elde edilmesini sağlamıştır.

Japonya'da gecikme, masraf ve altyapı sorunlarına reformlar ile büyük ölçüde çare bulunmuş olduğu, hızlı, etkin, kolay ulaşılabilir ve hatta vatandaşlar tarafından erişilebilir bir yargılama sistemine doğru adımlar atılmıştır. Yargılama sisteminde varolan sorunların büyük ölçüde giderildiği söylenebilir.

II. SON REFORMLARDAKİ TEMEL NOKTALAR

Kıta Avrupası Yargılama Sistemi'ne dahil ülkelerde son yıllarda gerçekleştirilmiş reformlara genel olarak bakıldığında, bu reformların temel noktaları aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

Alman adlî yargı sisteminin en kapsamlı reformu olarak adlandırılan 2002 Reformu ile ilk derece yargılamasının güçlendirilmesi ve kanun yolları sisteminin yeniden yapılandırılması amaçlanmıştır. İlk derece mahkemesi kararlarının, istinaf ve temyiz sebeplerinin sınırlandırılması yoluyla güçlendirilmesi hedeflenmiştir. Tek hâkimli asliye mahkemeleri ve hatta istinaf mahkemelerinde hâkimin yetkisi esaslı şekilde genişletilmiş ve yargılamanın yönetilmesinde hâkimin konumu güçlendirilmiştir. Ayrıca istinaf hukukuna ilişkin olarak, bu reform ile yeni delil ve vakıa getirme hakkı sınırlandırılarak, yeni vakıa ve delillerin getirilmesi ancak maddî vakıaların aydınlatılmasının doğruluğu ve tamlığına ilişkin somut bir şüphenin oluşması ve bu durumun usûl eksikliğine veya istinaf mahkemesinin farklı bir hukukî değerlendirmesine dayanması halinde mümkün olabileceği düzenlemesi getirilmiştir. Temyiz bakımından ise, temyiz edilebilen kararların sayısı sınırlandırılmıştır.

Avusturya'da da 2002 yılında yapılan kapsamlı değişikliklerle, medenî yargılamanın, özellikle ilk derece yargılamasının hızlandırılmasına ve yüksek

mahkemelerin yükünün azaltılmasına çalışılmıştır. Temyiz, önemli hukukî meselelerin çözümüne dayanan mahkeme kararlarının gözden geçirilmesi ve incelenmesi ile sınırlandırılmıştır. Mahkemelerin dava yönetimi yetkileri ile yargılamanın yürütülmesinde tarafların işbirliği içinde olma yükümlülüğü artırılarak yargılamanın başlangıç aşamalarının basitleştirilmesi ve basit ve seri usûlün ise kapsamının genişletilmesi hedeflenmiştir. Reform ile kabul edilen değişiklikler çerçevesinde, avukatların hızlı bir şekilde ödeme emri çıkartmalarının mümkün hale geldiği, yüksek mahkemelerde görev yapan hâkimlerle, iş ve sosyal güvenlik meselelerine bakan hâkimlerin iş yükünün ise, ciddi şekilde azalmış olduğu belirtilmektedir.

Hollanda'da 2002 yılında gerçekleştirilen temel reform ve 2005 yılında, 2002 yılında yapılan reformların sonucu olan reformlar ile, yargılamanın basitleştirilmesi, formalitelerin ortadan kaldırılması, hâkim ile taraflar arasındaki ilişkinin modernleştirilmesi ve hâkimin yargılamanın yürütülmesinde belirleyici ve aktif rol üstlenmesi, yargılamada etkinliğin sağlanması ve sürdürülmesi ve yargılama hukukunun yeknesaklaştırılması amaçlarının gerçekleştirilmesine çalışılmıştır. Bu reformlar ile Hollanda medenî yargılama hukukunda temel hususların değiştirilmesinde başarı sağlanmıştır. Hollanda Medenî Usûl Kanunu'nun oldukça iyi bir mantık çerçevesinde yapılandırılmış olduğu açıktır.

İsviçre'de temel sorun yargılama hukukunun federal düzeyde olmamasıdır. Usûl Hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmaları neredeyse 130 yıllık bir geçmişe sahiptir. Usûl hukukunun bir bütün halinde yeknesaklaştırılmasının temeli 1999 yılında Adalet Reformu ile atılmıştır. Bu Reform ile Federal Anayasa'nın 122. maddesi değiştirilerek medenî yargılama hukukunun federal düzeyde düzenlenmesi prensibi benimsenmiştir. 12 Aralık 2008 tarihinde Parlamentoda Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu kabul edilmiştir. Kanun'un 1 Ocak 2011'de yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu, kantonal yargılama kanunlarının, Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Kanun'un ve İç Tahkimi düzenleyen Kanun'un yerini alacaktır. Mahkeme teşkilâtı ve yapılandırılması ve mahkemelerin görevi ise kantonlara

bırakılmıştır. İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile sadece kanton mahkemelerinde uygulanacak usûl düzenlenecek olup, Federal Mahkeme usûlleri ise ayrı kanunlarla düzenlenmeye devam edecektir. İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabul edilmesinden sonra yargılama hukukuna ilişkin birtakım merkezi sorunlara da, Federal Mahkeme'nin eski içtihat hukuku uygulanmaya devam edecektir.

İtalya'da medenî yargıdaki gecikmelerin azaltılması için, 2004 yılında yargılama hukukuna ilişkin yeni bir yargılama kanunu taslağı hazırlanmıştır. Ancak bu taslak hiç bir zaman yasalaşamamıştır. Uygulanan olağan usûlün hazırlık safhasında, medenî yargının "özelleştirilmesi" anlamına gelecek, radikal bir reform yapılması planlanmıştır. Buna göre, yargılamanın hazırlık safhası hâkimin kontrolünden çıkarılarak taraf avukatlarının eline bırakılmıştır. Modelin özünde, hazırlık safhasının hâkim ile herhangi bir irtibatta bulunulmaksızın, sadece ve münhasıran taraf avukatları arasında bir dizi dilekçe ve yazılı beyan teati edilmesinden oluşması düşüncesi yeralmıştır. Yargılama hazırlığının sadece taraf avukatları tarafından yapılması, hâkimin herhangi bir müdahale, kontrol veya katkısının bulunmaması amaçlanmıştır. Ayrıca bu safhanın süresi üzerinde hâkimin herhangi bir müdahalesi ve kontrolu sözkonusu olmaması da öngörülmüştür. Birçok ülkede yargılamanın etkin ve verimli hale gelmesi sorunu, hâkime dava yönetiminde daha geniş ve daha etkin yetkiler verilmesi suretiyle çözülmüş, medenî yargılamadaki gecikmeyle, hâkime davanın yürütülmesi ve yönetilmesinde ve özellikle hazırlık aşamasında aktif rol verilerek başa çıkılmış ve yargılamanın süresi de bu şekilde azaltılmış olduğu halde, İtalyan kanun koyucusunun, çeşitli ülkelerde yapılan reformlara açıkca karşı eğilimde olması sebebiyle, İtalya'da sözkonusu sorunların giderilmesi yönünde etkili adımlar atılamamıştır.

2000 tarihinde İspanya'da medenî yargılamayı basitleştiren, yargılama usûllerini, temyiz sistemini ve geçici hukukî koruma tedbirlerini rasyonalize etmeyi başarmış, yargılama usûllerinin sayısını azaltmayı amaçlayan, yargılama hukukunun teorik kavramlarını bünyesinde barındıran ve sistematik yapısı son derece modern bir Medenî Usûl Kanunu kabul edilmiş olduğu görülmektedir. Bu Kanun, İspanyol medenî

yargılamasını modenize etmiş, basitleştirmiş, bir sisteme bağlamış ve kanunlaştırmıştır. Yeni Kanun ile getirilen hükümlerin gerekliliği tam bir kabul görmüş ve hiç bir kamu düzeni hedefinin de gözardı edilmemiş olduğu belirtilmiştir.

Japonya'da ise 1 Ocak 1998 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Usûl Kanunu ile hızlı ve etkin medenî yargılamaya ulaşılması hedeflenmiş, adlî yargının daha kolay anlaşılabilir ve erişilebilir hale getirilmesine, daha adil ve hızlı adalete erişimin sağlanmasına çalışılmıştır. Yeni Medenî Usûl Kanunu ile duruşma öncesi hazırlık safhası oluşturulmuş, delillerin belirlenmesi ve hazırlanması metodları geliştirilmiş, basit usûlün uygulandığı mahkemelerde küçük talepler yargılama usûlü oluşturulmuş ve temyiz başvuruları sınırlandırılmıştır. Medenî Usûl Kanunu'nda 2003 yılında yapılan değişiklikler ile Japonya'da, yargılamanın planlanmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiş ve dava açılmadan önce delillerin açıklattırılması tedbirleri düzenlenmiştir. Japonya'da reformların en azından belli oranda bir başarı kazanmış olduğu vurgulanmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM
ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) YARGILAMA SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI

§10. ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) MEDENÎ YARGI SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

I. ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) KAVRAMI

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk), 11. ila 13. yüzyıllar arasında İngiltere'de kraliyet mahkemeleri tarafından geliştirilen ve bölgesel uygulamaların yerini alan ve sonraları ise, toplumun müşterek duygularına dayanmış olan hukuktur[362]. Bu bakımdan dar anlamda Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk), İngiltere'de krallık mahkemeleri tarafından yaratılan hukuk anlamına gelir. Bu hukuk, bir yandan Parlamento tarafından kabul edilen kanunlardan, yani yazılı hukuktan ayrılırken, diğer taraftan da *Equity* olarak adlandırılan ve *Court of Chancery* adı verilen özel bir mahkeme tarafından yaratılan maddî hukuktan da ayrılmaktadır. Ancak, *Equity* kuralları Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) kuralları ile çelişki içinde olmayıp, bilakis tamamlayıcı niteliktedir. Zira, çok büyük öneme sahip olan bu kurallar, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) kurallarını dahi zaman zaman değişime uğratmışlardır[363].

---

[362] Bu hukuk daha sonra, İngilizce konuşulan ülkelerde, Amerika, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda ve Britanya Uluslar Topluluğuna *(Commonwealth)* dahil diğer ülkeler arasında kabul görmüştür. Bu ülkelerin sahip olduğu nüfus gözönüne alındığında, bugün dünyada neredeyse her dört kişiden birinin Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne tâbi olduğu ve bununla birlikte bu ülkelerin dünya ekonomisindeki önemlerine bakıldığında da, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nin geniş bir alan üzerinde çok sayıda kişiye uygulanan en önemli sistemlerden biri olduğunu söylemek yanlış olmaz (**Oğuz**, s. 254).

[363] **Oğuz**, s. 258.

Diğer yandan, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) kavramı bazen de, Anglo-Amerikan hukuk sisteminin tümünü ifade etmek üzere kullanılmıştır[364]. Kıta Avrupası Hukuku ile Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) arasındaki en temel fark, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuku'nun yüksek mahkemeler tarafından yaratılan içtihat hukukuna *(case law)* dayanmasıdır. Genel olarak yüksek mahkemelerin benzer davalardaki önceki kararları, ilerideki olaylarda ve davalarda dikkate alınır ve örnek oluşturur. Bu ilkeye *stare decisis*[365] adı verilmiştir. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde, hukuk hâkim tarafından yaratılır ve geliştirilir. Ancak Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuku'nun sadece içtihat hukukuna dayandığını söylemek doğru olmaz. Bu hukuk sisteminde de hâkimin uygulamak ve yorumlamak zorunda olduğu kanunlar bulunur. Bu sebeple, bu sistem içtihat hukuku yanında kanunlardan (*statutory law*) oluşur. Bu hukuk sisteminde uyuşmazlıklar toplumsal ilişkiler gözlemlenerek tartışılmakta, mahkeme kararlarının gerekçeleri soyut ve sistematik olmayan, somut ve tarihsel bir bakış açısına dayanmaktadır[366].

II. ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ

A. GENEL OLARAK

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi medenî yargılaması, genel olarak taraf hâkimiyeti sistemine *(adversarial)* dayanır. Bu sistemin belirgin özelliklerinin; tarafların yarışan hakları ve yükümlülükleri, tarafların ağırlıkta olduğu yargılama faaliyeti ve güçlü cebri icra işlemleri ve tedbirleri ile desteklenmiş yargılama hukuku düzenlemelerine ilişkin şeklî hukuksal çekişme olduğu

[364] Çalışmamızda Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk)Hukuk kavramı, temeli İngiliz hukukuna dayalı olan ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin karşıtı olan hukuk sistemini ifade etmek üzere kullanılmıştır.

[365] *Stare decisis*, Latince bir kavram olup, İngilizce'de "to stand by things decided" olarak karşılığını bulmakta ve "karara bağlanmış hususların devam ettirilmesi" anlamına gelmektedir (Black's Law Dictionary, 6th Edition, s. 276). Bu ilkenin geniş açıklaması için bkz. ileride II, B, 5.

[366] **Kempin**, s. 13 vd.; **Oğuz**, s. 254; **Pejovic**, s. 4.

söylenmektedir. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi yargılamasında mahkemenin görevi, davada vakıadan hareketle hukuk yaratmak, hukuku bulmaktır. Bu hukuk sisteminde doğal hukuk caridir, pozitif hukuk yoktur[367]. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde vakıalar, içtihat hukuku, sözlü deliller, ifadelerin harfiyen zapta geçirilmesi, taraf avukatları tarafından doğrudan ve çapraz sorgulama gibi usûller baskındır. Bununla birlikte taraf egemenliği sisteminin (*adversarial*) ortaya çıkmasındaki tarihsel süreç ve etkenler ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilmektedir. Bugün taraf hâkimiyeti sistemi (*adversarial*), Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) ülkelerinde aynı şekilde uygulanmamaktadır. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) geleneği içinde bulunan Amerikan yargılama hukuku[368], İngiltere'de ve diğer Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkelerinde olduğundan önemli şekilde farklılaşmış, özellikle jüri usûlü[369], ön yargılama safhasında delillerin keşfi *(pre-trial discovery*) ve masrafların yükletilmesi usûlleri bakımından değişiklikler meydana gelmiştir[370]. Bu bakımdan çalışmamızın aşağıda yeralan Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılamasının özelliklerinin ele alındığı kısmında Amerikan yargılamasındaki sözkonusu farklılıklar da ortaya konulmaya çalışılacaktır.

---

[367] **Yıldırım**, M. Kamil: "Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usûlleri Hakkında Düşünceler, Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 469.

[368] **Chase**, Oscar G. "American Exceptionalism and Comparative Procedure", (http://ssrn.com/ssrn-id 306759(1).pdf). Yazar, Amerika'da taraf hâkimiyeti sisteminin (*adversarial*) farklı uygulanmasının birkaç sebebi olduğu ifade etmektedir. Bunlardan bir tanesinin Amerikan toplumunun güçlü sosyal koruma talep ederken, aynı zamanda bu korumayı gerçekleştirecek devlet erkinin mahkemeler aracılığı ile de denetlenmesini istemesi, diğer bir nedeninin ise, Amerika'da liberal anlayışın son derece etkin olması, toplumun genelinde kabul görmesi ve kişilerin kendi hayatları ile ilgili kararları kendilerinin vermek istemesidir.

[369] Yargılamada jürinin temelleri 11-12. yüzyıllara kadat uzanır. İngiliz hukukunda yerel mahkemelerden kraliyet mahkemelerine geçen usûllerde, davanın taraflarının iddia ve savunmalarını çok katı usûllere bağlı olarak mahkemeye bildirmeleri, daha sonra bunların sınanması ve isapt edilmesi gerekiyordu. Bu usûller 13. yüzyıldan sonra son bulmaya başlamış, ama neredeyse 18.-19. yüzyıla kadar nadiren de olsa varlıklarını sürdürmüşlerdir. Bugün anladığımız anlamdaki jüri yargılaması, 13. yüzyıldan sonra ortaya çıkmıştır (**Göksu**, s. 331).

[370] **Parker**, s. 4.

B. ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) MEDENÎ YARGILAMASININ ÖZELLİKLERİ

1. Taraf Hâkimiyeti

Duruşmalar, adeta taraf hâkimiyetine dayalı *(adversarial*) sözlü savaşlardır. Taraf hâkimiyeti sisteminin felsefesi, tarafların getirdiği vakıalar ve deliller kulanılmak suretiyle mücadele edilerek gerçeğe ulaşılacağı ve bu nedenle uyuşmazlığa hâkimin müdahil olmaması gerektiği fikrine dayanır[371]. Hâkim davada tarafların uyuşmazlıklarını ortaya koyma aşamasında tarafsız bir hakem gibi hareket eder. Uyuşmazlığın tarafları yargılamayı yürütür. Taraf hâkimiyeti altında yapılan tahkikatın, tarafların kendi lehlerine olan delilleri toplamakta menfaatlerinin bulunması ve bu yöne yoğunlaşmaları nedeniyle; bir taraftan, vakıalar hakkında hâkime daha fazla bilgi sunabildikleri ve tahkikatın yükünü hafifletebildikleri, diğer taraftan ise, delillerin taraflarca tüm yönüyle incelenebildiği olumlu yönleri vardır. Bu sistemin bir diğer faydası ise, gerçek anlamda adaletin sağlanmasına yardımcı olduğu düşüncesidir[372]. Ancak bununla birlikte, delillerin açıklanması ve ikamesi sorumluluğunun tamamen dava taraflarına, diğer bir deyişle tarafsız olmaları beklenemeyen taraf avukatlarına bırakılmış olmasının ise, sistemin aksayan yönlerinden biri olduğu ifade edilmektedir[373]. Sistem içinde taraf hâkimiyetinin belki de en baskın yönü, tarafların karşı tarafın tanıklarını çapraz sorgulayabilmeleri (*cross-examination*) ve bunun yanısıra karşı tarafın iddia ve savunmalarını çürütmek için delillerine saldırabilmeleridir.

2. Hâkimin Rolü

Yargılamanın yürütülmesinde hâkimin durumu pasiftir ve uyuşmazlık konusu hakkında hâkim bağımsız olarak tahkikat yürütmez. Hâkim maddî gerçeğin bulunmasında rol oynamaz. Hâkimin esas görevi yargılamaya ve yargılamanın tüm kurallarına uygun davranılmasına nezaret etmektir. Hâkim tanıkları bizzat sorgulamaz, ancak tarafların tanıklara sorduğu soruların uyuşmazlığa ilişkin olmasını sağlar. Sonuçta,

---

[371] **Jolowicz**, John A.: "Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure" , ICLQ Vol. 52, Nr. 2, April 2003, s. 281; **Parker**, s. 4 vd.
[372] **Pejovic**, s. 5; **Hauser**, s. 18 vd.
[373] **Parker**, s. 5.

hâkim, davayı daha ikna edici şekilde ortaya koyan taraf lehine karar verir. Hâkimin davaya pasif katılmının, kararın adil ve bağımsız olarak verilmesine olanak sağladığı fikri kabul edilmektedir[374]. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılamasındaki hâkimin bu durumu zamanla değişmiş ve bugün artık aktif şekilde yargılamaya katılan, etkin ve yönetici hâkim modeli (*managerial judge*) benimsenmeye başlamıştır. İngiliz yargılama hukukunda 1999 yılında kabul edilen Yeni Usûl Kuralları (CPR) ile hâkimin dava üzerindeki hâkimiyeti artmıştır. Özellikle Amerikan hukukunda, hâkimler uyuşmazlığa ilişkin maddî hukuk kuralları ile ilgilenmenin yanısıra, taraflarla yakın iletişim içinde davanın başından sonuna yönetilmesi işini de üstlenmektedir. Etkin ve yönetici hâkim modeli, ön yargılama aşamasındaki tahkikat faaliyetinin getirdiği ihtiyaçlardan, özellikle bu aşamada ortaya çıkacak sorunları çözecek bir makama olan ihtiyaçtan kaynaklanmıştır. Bu durum hâkimler tarafından dava üzerinde daha fazla kontrole sahip olmaları nedeniyle yararlı bulunmaktadır. Ancak yine de hâkimler dava yönetiminin uygulanması konusunda serbestiye sahiptirler[375].

3. Ön Yargılama ve Duruşma

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde duruşma *(trial)*[376], kural olarak tek bir oturumdan oluşur. Genellikle duruşma öncesindeki ön yargılama aşamasında (*pre-trial*) hâkim önünde bir dizi görüşme ve ara oturum yapılır. Maddî gerçeğe ulaşılabilmesi için mahkeme ve taraflar ilk önce taraflarca ortaya konulan maddî ve hukukî vakıaları incelerler. Bu sistemde maddî gerçeğe ulaşılmasında tahkikat usûlünün başlatılması için başvuru yapılması gerekmez. Yargılama sırasında sözlü argümanlar ileri sürülmesi ve incelemeler yapılması esastır[377]. İngiltere'de yapılan 1999 tarihli Reform ve kabul edilen Usûl Kuralları (CPR) ile yargılama bakımından bazı farklılıklar ortaya çıkmıştır. Ön yargılama aşaması daha şeklî kurallara ve ayrıntılı bir

[374] **Pejovic**, s. 5; **Hauser**, s. 18 vd.
[375] **Parker**, s. 5 vd.
[376] Amerikan yargılamasında, hukuk davalarında sadece federal davalar bakımından jüri bulunması gerekliliği Federal Anayasa'da düzenlenmiştir. Ayrıca, Amerikan eyaletlerinin duruşmada jüri bulundurulmasını kendi eyalet Anayasa'larında garanti altına aldıkları da görülmektedir (**Parker**, s.6, dn. 14).
[377] **Pejovic**,s. 6; **Hauser**, s. 22 vd.; **Parker**, s. 5 vd. ve 8.

takım yazılı kurallara bağlanmıştır. Davalar; nitelik, karmaşıklık ve miktarlarına göre belirli yargılama usûllerine tahsis edilmektedir. Amerikan yargılamasında ise ayırım daha çok davanın karmaşık olup olmamasına göre yapılmakta ve davanın belirli yargılama usûllerinde görülmesine değil, dava yönetiminin uygulanıp uygulanmamasına karar verilmektedir[378]. Diğer taraftan İngiliz yargılama hukukunda maddî vakıaları içeren bir dilekçe bulunduğu için ve tahkikat buna göre şekillenir. Amerikan hukukunda ise, dilekçeler çerçeve nitelikte olup, tahkikatın konusu ve vasıtaları bunun neticesi olarak daha geniş kapsamlıdır[379].

Duruşma öncesi ön yargılama safhasında, taraflara delilllerin toplanması için son derece geniş bir yetki verilmiştir. Deliller, delil keşfi yöntemiyle *(pre-trial discovery)* toplanır. Taraflar ellerinde bulunan ihtilafla ilgili belgeleri, davalarını veya savunmalarını desteklesin ya da desteklemesin karşı tarafın incelemesi için sunmak zorundadırlar. Böylelikle, uyuşmazlığın taraflarının, birbirlerinin elinde bulunan ve duruşmada dayanacakları vakıa ve bilgilere ulaşmaları ve duruşma için hazırlanmaları da mümkün olur. Ancak, İngiliz yargılama hukukunda tarafların talebine veya mahkeme kararına gerek olmaksızın, karşı taraf kendi kontrolünde bulunan dava ile ilgili belgelerin bir listesini sunmakla yükümlü olduğu için, davanın diğer tarafınca bildirilmemiş olması halinde, böyle bir belgeden haberi bile olamayacak olan tarafın yazılı belgeye ulaşması sağlanmaktadır. Bu bakımdan delillerin ikamesi İngiliz hukukunda çok kapsamlı düzenlenmiştir. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) delil sistemi, nelerin delil olarak olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin kuralları ve bu kuralların istisnalarını kapsar. Serbest delil sistemi, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne yabancıdır. Kıta Avrupası sisteminde tartışma konusu olan takdiri deliller, bu sistemde bulunmaz; zira, bu sistemde kanun tarafından yasaklanmadıkça her türlü delilin ikame edilmesi mümkündür[380].

---

[378] **James,** Fleming**/Hazard,** Geoffrey**/Leubsdorf**, John: Civil Procedure, 5th Edition, New York 2001, s. 381 ila 383.
[379] **Jolowicz**, John A.: On Civil Procedure, Cambridge University Press, 2000, s. 41.
[380] **Pejovic**,s. 6; **Hauser**, s. 22 vd.; **Parker**, s. 5 vd. ve 8; **Jolowicz** on Civil Procedure, s. 56.

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde, delilleri sınırlayan muhtelif kurallar bulunur. Bu sınırlamalar, belgeye dayanan delillerde sahihlik *(authenticity)*, kişisel bilgi veya görgüye dayanmayıp başkasından işitilen hususların tekraren beyanından ibaret olan delillerin kabul edilmemesi *(hearsay rule*) ve birinci derecede ispat kabiliyetini haiz deliller *(best evidence rule)* olarak sayılabilir. Delilin kabul edilmesinde, ön koşul olarak sahihlik, el yazısı ile teyit edilmesi veya belgenin düzenlendiğini gören kişinin sözlü ifadesi gibi herhangi bir şekilde ispatlanabilir. Belgenin sahih kabul edilmesi, içeriğinin doğru olduğuna delalet etmediği gibi, delil olarak kabul edilmesine itiraz edilmesine de engel teşkil etmez. Doğrudan bilgi sahibi olunmadığı halde, başkalarından işitilen hususlarda tanıklık etmek *(hearsay rule)* mümkün değildir. Birinci derecede ispat kabiliyeti olan deliller (*best evidence*) bakımından, bu tür delillerin o konudaki en uygun delil olması ve yazılı delil olduğu takdirde, aslının sunulması gereklidir. Tanık beyanları bakımından ele alındığında, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nin temel prensiplerinden biri de, tanıkların taraflarca çapraz sorgulanabilmesi (*cross-examination*) olanağıdır. Böylece, davanın esaslı şekilde tahkik edilmesi mümkün olabilmektedir. Sözlü delillerin dikkate değer bir ağırlığı (*weight)* mevcuttur ve genellikle yazılı delillere üstünlüğü vardır. Duruşmada tanıklar, hâkim ve jüri [381] huzurunda çapraz sorgulanabilirler. İngiliz hukukunda jürili yargılama bir kaç istisnai

[381] Amerikan yargılamasında jürinin görevinin zaman içinde netlik kazanması sonucunda Federal Delil Yasası (FRE) ve Federal Hukuk Usûlü Yasası'nda (FRCP) ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Amerikan yargılamasında jüri ile yargıçlar arasında bir görev ayrımı sözkonusudur. Buna göre, jüriye vakıa tespit etme *(fact-finder)*, yargıca ise hukuku tespit etme *(law-finder),* diğer bir deyişle vakıalara hukukî sonuçlar bağlama görevi verilmiştir. Jürili yargılamalarda, yargıç, yapılan duruşmalarda jüriyi görevlendirir. Jüri kendi arasında tartışarak, kararı görüşür. Jüri tarafından verilen kararın mahkemeye bildirilmesi ile jürinin görevi sona erer. Bu karar genel olarak davacı veya davalı lehine olan, ancak ayrıntıların açıklanmadığı genel karar *(general verdict)* dır. Ancak bazen mahkeme, jüriden genel bir karar vermekle birlikte, karar içeriğinde bazı soruların da jüri tarafından cevaplanmasını *(general verdict accompanied by written interrogatories)* şart koşabilir. Mahkemenin, jüriye vakıalar listesi sunmak ve bunlar hakkında da karar vermesini talep etmek suretiyle, jüriden özel bir karar *(special verdict)* vermesini de istemesi mümkündür. Jürinin vakıa hükmünü vermesinden sonra, hâkim bu hükme dayanarak nihaî kararını verir. Mahkemenin bazı durumlarda jürinin verdiği vakıa hükmünü dikkate almaması da mümkündür (**Göksu,** Mustafa: "Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi, ABD ve İngiliz Hukuk Sistemlerindeki Discovery ve Disclosure Kurumları ile Karşılaştırmalı Olarak", Legal MİHDER 2009/2, s. 269)

hal haricinde[382] bulunmazken, Amerika'da jürili yargılama anayasada tanınmış bir hak olduğu için varlığını sürdürmektedir[383]. Vekiller sözlü beyan ve itirazlarda bulunurlar ve hâkim bunlar üzerinde sözlü şekilde karar verir. Duruşmada sürprizlerle karşılaşılmaması ve tanık beyanlarının doğruluğundan emin olunması için vekillerin tanıkları duruşma için hazırlaması esastır[384].

4. İlk Derece Hâkimlerinin Seçimi ve Uzmanlığı

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde hâkimlerin çoğu, önce avukat olarak yetiştirilmekte ve avukatlık faaliyetini bağlı olarak sürdürdükleri baro tarafından seçilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde ise, hâkimlerin seçilmesinde meslekî olgunluk ve nitelikleri etkili olsa da, nihaî olarak politik sebeplerin baskın olduğu bir gerçektir. Hâkimlerin önceden avukat olmaları dahi esasında gerekli değildir. Avukatlar, akademisyenler veya hukuk eğitimi almış resmî görevlilerin hâkim olarak atanabilmeleri mümkündür. Federal seviyede hâkimler Senato'nun muvafakatına bağlı olarak Başkan tarafından atanırlar[385]. Eyaletlerde, yüksek mahkeme hâkimlerinin çoğunluğu federal seviyedeki hâkimler gibi atanır, ancak ilk derece hâkimleri seçimle göreve gelirler[386].

5. Hukukun Kaynakları

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi içinde İngiliz hukuku, 100 yılı aşkın süredir mahkeme kararları ile yaratılan bir hukuk (*case law*) sistemine sahiptir. Mahkeme kararları ile yaratılan hukuk (*case law*), daha önce verilen kararlara dayanan bir sistemdir. Buna göre, yeni verilecek bir karar, kendisinden evvel benzer konularda verilmiş kararlara dayanmalıdır. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ile Kıta Avrupası arasındaki önemli hukukî farklılıklardan

---

[382] Bkz. ileride §11 I A.
[383] **Jolowicz** on Civil Procedure, s. 56 vd.
[384] **Pejovic**,s. 6; **Hauser**, s. 22 vd.; **Parker**, s. 5 vd. ve 8.
[385] Amerika Birleşik Devletleri Anayasası m. II § 2.
[386] **Parker**, s. 6. Yazar, Amerika'da eyalet mahkemeleri teşkilâtı ve hâkimlerin seçilmesine ilişkin olarak yürütülen ulusal bir araştırmaya dikkat çekmiştir. Bu konuda bkz. U.S. Department Of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, State Court Organizations 2004 (August 2006) – www.ojp.usdoj.gov/bjs.

birini oluşturan ve "ortak hukuk" terimi içinde anlamını bulan bu sistem, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nin esasını oluşturan önceki mahkeme kararlarının hukukun temel kaynağı olarak kabul edilmesi (*stare decisis*) özelliğidir[387]. *Stare decisis* özelliği, alt derece mahkemelerinin daima, üst derece mahkemelerinin kararlarından çıkan genel ilkelerle bağlı olmaları sonucunu getirmektedir. Sözkonusu ilkeye göre, bir davada karara bağlanan hukukî mesele, daha sonraki benzer davalarda da kural olarak uygulanır. Ancak bu kuralın, uygun bir gerekçenin mevcudiyeti halinde istisnai olarak, sonraki davada yeniden yorumlanması veya hiç dikkate alınmaması da mümkündür. Bu bakımdan *stare decisis* ilkesi, sadece hukukî mesele hakkında, diğer bir deyişle bir vakıanın belli bir hukukî kurala, yani belirli bir hukukî sonuca bağlanması konusunda uygulama alanı bulur. Maddî meseleler, yani vakıaların değerlendirilmesi bu kurala dahil değildir. İngiliz hukukunda, mahkeme tarafından yaratılan hukuk (*case law*) yanında, kanunlarla belirlenen hukuk (*statutory law*) yeralır. Bu anlamda, Parlamento tarafından çıkarılan yasalar ve Parlamento dışında çıkarılan yasalar ayırımı sözkonusudur. Ancak her zaman, mahkeme tarafından yaratılan hukukun, diğer bir deyişle içtihatların kanunlara göre önceliği vardır. Amerikan hukukunun kaynakları da, içtihat hukuku, federal kanunlar ve eyalet kanunlarından oluşur. Amerika'da 19. yüzyılın sonundan itibaren kanunlarla düzenlenmiş hukukî alanlar artmaya ve içtihatlara dayanan hukuka göre önem kazanmaya başlamıştır. Amerikan hukukunda dikkat çekici bir farklılık olarak, yüksek mahkemelerin kendi içtihatları ile bağlı olmadıkları, önceden kendileri tarafından verilmiş bir içtihadı uygulamaktan kaçınabildikleri görülmektedir[388].

6. Bilirkişi Tanık (*Expert Witness*)

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde bilirkişiler, bilirkişi tanık *(expert witness)* olarak adlandırılır ve taraflarca atanır[389]. Bu durum, taraf

---

[387] **Parker**, s. 7 ve 10; **Oğuz**, s. 268.
[388] **David**, s. 389; **Oğuz**, s. 296; **James/Hazard/Leubsdorf**, s. 680.
[389] İngiltere'de Yeni Usûl Kuralları (CPR), tarafların üzerinde mutabık kaldıkları, müşterek şekilde tayin edilmiş bilirkişi (*single joint expert)* kavramını getirmiştir. Bu şekilde belirlenmiş bilirkişiden alınan raporun mahkemece esas alınması öngörülmüştür (bkz. ileride § 11, IV, C, 1, f).

hâkimiyetinin bir sonucudur. Bu bakımdan bilirkişi tanıklar genellikle taraflı ve kendilerini atayan tarafın durumunu desteklemeye yönelik olarak çalışırlar. Bilirkişi tanıklar da diğer tanıklar gibi, duruşmada vekiller tarafından çapraz sorgulanabilir ve beyanlarının gerçeğe aykırı olduğu iddia edilebilir. Bilirkişi tanıklar sıradan bir tanıktan farklı olarak sadece olaylar hakkında tanıklık yapmakla kalmaz; aynı zamanda sahip oldukları özel bilgi ve tecrübe sayesinde bilimsel ve teknik görüş bildirerek çeşitli sonuçlar çıkarırlar[390]. Amerikan yargılamasında hâkimlerin de bilirkişi tanık atayabilmeleri mümkündür, ancak hâkimler bu yetkilerini sık olarak kullanmamaktadırlar. Hâkimin bu yetkisi tarafların kendi bilirkişi tanıklarını atama haklarını sınırlayıcı biçimde de kullanılamaz[391].

7. Ceza Kararlarının Etkisi

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde, hukuk davasındaki bir vakıa, önceki ceza yargılaması referans alınarak ispat olunamaz; diğer bir deyişle ceza hükmü, hukuk davasında delil olarak kabul edilmez. Bu bakımdan davaya ilişkin vakıalar aynı olsa bile, hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinden farklı karar vermesi mümkündür. Hukuk ve ceza davaları bakımından ispat araçları ve ölçüsü farklıdır[392].

8. Masrafların Yükletilmesi

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne dahil çoğu ülkede kaybeden taraf yargılama masraflarına katlanma yükümlülüğü altındadır. Ancak, Amerikan yargılama hukuku sisteminde bunlardan farklı olarak kaybeden tarafa masrafların yükletilmesi usûlü yeralmaz. Kural olarak, bu yargılamada davanın tarafları kazansalar da kaybetseler de kendi masraflarına katlanırlar[393].

---

[390] **Pejovic**,s. 6; **Hauser**, s. 22 vd; **Parker**, s. 10.
[391] **Parker**, s. 10.
[392] **Pejovic**, s. 7.
[393] **Parker**, s. 10 vd.

C. ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) SİSTEMİ MEDENÎ YARGILAMASI VE ADALETE ERİŞİM

Adalete erişim[394] 20. yüzyılın sonlarında yargılama hukukçuları arasında çok önemli bir kavram haline gelmiştir. Yapılan reform çalışmalarının çoğunda adalete erişimin geliştirilmesi amacı bulunmaktadır[395] ve hatta esasında adalete erişim akımı bir çok adalet reformunun temelinde yatan teorik düşüncenin kaynağını oluşturmuştur. Bu akım, medenî yargılama hukukunda hakların daha etkin kullanılmasını ve kişilerin eşit ölçüde adalete erişmesini sağlamak için ortaya çıkmış bir akımdır[396]. Adalete erişim, potansiyel bir dava tarafının adalet sisteminden ne kadar kolay veya ne derecede zor yararlandığı sorunu ile ilgilenir. Yargılama masraflarının yüksekliği ve yargılama süresinin uzunluğunun, adalete erişimi zayıflattığı bir gerçektir. Diğer yandan geleneksel Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi medenî yargılaması, hem duruşma öncesi ön yargılama safhasında (*pre-trial*) ve hem de duruşma (*trial*) aşamasında gerçekleştirilen delillerin açıklattırılması, delil keşfi (*discovery*) ve vakıa tespiti süreçleri, avukatların baskın rolü ve jüri duruşmaları sebebiyle zaman alıcı ve pahalıdır. Bu sistemde vekâlet ücretleri ve başarılı bir delil açıklama ve delil keşfi süreci yürütülmesine ilişkin masraflar yüksektir. Bu durum potansiyel davacıların dava açmalarını engelleyici bir rol oynamakta ve dava sonucu ne olursa olsun tarafların kendi yargılama masraflarına katlanmak zorunda oldukları Amerikan kuralı ile de

---

[394] **Özbek**, Mustafa: "Sosyal Devletin Gereği Adalete Erişim", Legal MİHDER 2006/II, s. 907 vd. Bu konuda ayrıca bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 40 vd. Yazarlar, adalete erişim kavramının insan haklarının ve hak arama özgürlüğünün bir uzantısı olarak çok tartışılan bir konu olduğunu, farklı yaklaşımlar mevcut olmakla birlikte bu kavramın demokratik ve sosyal bir hukuk devletinin gereklerinin yerine getirilmesi suretiyle herkesin adalete ve adalet mekanizmasına ulaşabilmesi ve haklarını etkin şekilde kullanabilme imkânını ifade ettiğini belirtmişlerdir (s. 43).

[395] Bkz. İngiltere ve Galler hukuk sisteminde 1999 yılında yapılan köklü Reform ve tamamen değiştirilen Medenî Usûl Kuralları için ileride § 11, IV, C, 1. Benzer şekilde Alman medenî yargılama hukukunda yapılan reformlar için bkz. yukarıda § 2, IV, Avusturya medenî usûl hukuku reformları için bkz. yukarıda **§** 3, IV, Avrupa Birliği düzeyindeki adalete ulaşımın kolaylaştırılması için alınması öngörülen tedbirler ile ilgili olarak bkz. yukarıda § 15, II.

[396] **Özbek**, MİHDER, s. 908. Yazar, adalete erişim kavramının tanımlanması güç bir kavram olduğunu, genellikle bir davada, bireysel veya bazı sistemlerde kabul edilen topluluk davalarında hak arayan kişi veya kişilerin hukuk sisteminin resmî kurumlarına ulaşmalarını ifade etmek üzere kullanıldığını, aynı zamanda ise mahkemelere, avukatlara, noterlere, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine, bilgiye ulaşma ve haklara vakıf olunabilmesi için kanun dilinin sadeleştirilmesine, hukuka aykırı idari işlemlere karşı yasal yollara ulaşma gibi usûli ve kurumsal konuların bütününü ifade etmek için de kullanıldığını belirtmiştir.

bütünleştiğinde adalete erişimi zayıflatmaktadır. Ancak diğer taraftan, bazen sözkonusu Amerikan kuralının lehe işlediği ve davalının yargılama masraflarının kendisi tarafından karşılanmak zorunda olduğu gerçeği karşısında, davaların yargılamanın erken aşamalarında uzlaşma ile sonuçlanmasına da yol açtığı görülmektedir. Esasında bu durum da davalının adalete erişimini zayıflatmaktadır. Yargılama süresinin de, delillerin açıklattırılması ve keşfi süreci, vakıa tespiti ve jüri duruşmaları sebebiyle zaman zaman esaslı bir sorun olduğu görülmektedir. Doğal olarak sistem bu sorunlara karşı; avukatlık ücretlerinin dava kazanıldığı takdirde belirli yüzdeler halinde ödeneceğinin kararlaştırılması (*contingency fee*), topluluk davaları (*class actions*), davaların hızlı ve seri usûllerde görülmesi, adlî yardım ve hatta uzlaşma ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulması gibi bir takım çareler üretmiştir[397].

§11. İNGİLTERE MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI

I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

A. GENEL OLARAK

İngiliz medenî yargılama sistemi İngiltere ve Galler[398] sathında uygulanır[399]. İngiltere ve Galler'de, hukuk davalarına asliye mahkemeleri ve ilçe mahkemelerinde bakılır. Asliye mahkemeleri ve ilçe mahkemeleri bazı temyiz meselelerine de bakmakla görevlidir. İngiltere'de mahkeme sistemi, devletin bağımsız bir mercii olarak görev

[397] **Özbek**, MİHDER, s. 917 vd.; **Stürner/Kern**, s. 1022 vd.

[398] İskoç sistemi ise sadece İngiliz ortak hukuk temeline değil aynı zamanda Roma/Felemenk Kıta Avrupası temeline dayanır. İngiltere'dekinden farklı usûllere göre yargılama yapan (nihaî temyiz safhası hariç) bir mahkeme hiyerarşisi mevcuttur. Kuzey İrlanda, Birleşik Krallığın bir parçası olmasına rağmen (İngiltere, Galler, ve İskoçya ile birlikte) nihaî temyiz safhasına kadar kendine has mahkemelerinde kendi usûlunü uygular. Ancak, İskoçya'nın aksine, Kuzey İrlanda'da medenî yargılama Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Sistemi modeli temeline dayanır ve İngiltere ve Galler'de yürürlükte olan modele çok daha yakındır (**Michalik**, Paul: "Justice in Crisis", (ed. **Zuckerman**, A.A.S.) Civil Justice in Crisis Comparative Perspectives of Civil Procedure, Oxford University Press 1999, s. 118, dn. 4).

[399] Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı kendi içinde farklı hukuk sistemlerinden oluşmuştur. Çalışmamızda sadece İngiltere ve Galler hukuk sistemi ele alınacak olup, bu bakımdan İngiltere'ye yapılacak atıflar Galler'i de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

yapar ve etkin olarak parasız bir kamu hizmeti verir. Sadece yargılamanın belli aşamalarında davacılar tarafından son derece düşük rakamlar ödenmesi sözkonusudur. Nisan 1999'da kabul edilen Usûl Kuralları (*Civil Procedure Rules 1998*)[400] ile ilçe Mahkemelerinde (*County Courts*), asliye mahkemelerinde (*High Court*) ve Temyiz Mahkemes'inde (*Court of Appeals*) uygulanacak ortak kurallar düzenlenmiştir. Usûl Kuralları, davanın yürütülmesi ve süresine ilişkin olarak mahkemenin kontrolünü düzenlemekte ve mahkemelerin takdir hakkı ve dava yönetimi yetkilerini dayandıracakları hızlılık, usûl ekonomisi ve oranlılık ilkelerine ilişkin hâkim olan amacı (O*verriding Objectives*)[401] ortaya koymaktadır[402].

İngiltere ve Galler'de yazılı bir anayasası olmayan, ancak içtihat *(case law)* ve yasamaya dayanan *(statutory law)* bir Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) sistemi mevcuttur. Teorik olarak mahkeme nadiren kanunu yorumlar ve gerçekte halihazır mevzuat ile çelişmediği sürece adlî kararlarla yeni kurallar oluşturulur. Alt derecedeki mahkemeler, daha yüksek derecedeki mahkemelerin kararları ile bağlıdır (*stare decisis* özelliği). Mevzuat ve mahkeme kararları aynı zamanda doğrudan etkisi olan Avrupa Birliği düzenlemelerine ve Adalet Divanı kararlarına tâbidir. İngiliz yargı sistemi taraf hâkimiyetine *(adversarial)* dayalı bir sistemdir. Davalar rutin olarak ön yargılama safhasında tek hâkimli mahkemelerde ara oturumlar şeklinde ve akabinde tek bir duruşma *(trial)* yapılması suretiyle görülür. Duruşmadan önceki ara oturumlar ve duruşma alenidir. Jüri, ancak kanunda düzenlenmiş olan dolandırıcılık, hakaret, iftira, kanun dışı tutuklama gibi davaların duruşmalarında yeralır. Acele işler veya çok düşük meblağlı davalar bir kaç ayda duruşma safhasına gelirken, genel olarak davaların duruşma safhasına gelmesi bir ila iki yıl arasında değişmektedir. Yaklaşık olarak davaların %90'ı duruşma aşamasına gelmeden uzlaşma ile sonuçlanmaktadır[403].

---

[400] 26 Nisan 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir (SI 1998/3132).
[401] Bu hususta bkz. ileride IV B 2.
[402] **Haye**, Nicola/**Prevett**, Geoff: England and Wales, Eversheds, (ed. **Grubbs**, Shelby) International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law 2004, s. 179
[403] **Haye/Prevett**, s.182; **Oğuz**, s. 268 vd.

İngiliz yargılama hukukunun kaynaklarını; birincil mevzuat[404] olarak maddî hukuka ilişkin ve yargılamayı ilgilendiren düzenlemeler, ikincil mevzuat olarak Yeni Usûl Kuralları (CPR), üçüncü sırada Yüksek Mahkemelerin uygulama talimatları (*practice directions*) ve sonrasında ise dava öncesi protokoller (*pre-action protocols*), mahkeme kararları, uygulama (mahkemeler tarafından uygulanan teamüller), uygulamaya ilişkin resmî yönergeler (özel mahkemeler tarafından çıkarılan düzenlemeler), mahkeme yönergeleri (asliye mahkemeleri, Temyiz Mahkemeleri ve Lordlar Kamarası'nın mevzuatı destekleyici mahiyetteki düzenlemeleri) ve bilimsel görüşler oluşturur. Avrupa Adalet Divanı (ATAD) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da yargılama hukukunun diğer kaynaklarını oluşturur[405].

B. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELER

İngiliz medenî yargılama hukukuna aşağıdaki ilkeler hâkimdir: Adalete erişim ilkesi, usûlî eşitlik ilkesi, kötüniyetli iddia ve savunmalara karşı korunma ilkesi, yargılama kurallarının basit olması ilkesi, yargılamada alenilik, açıklık ve kesinlik ilkesi, sözlülük ilkesi, oranlılık ilkesi[406].

C. HUKUK MAHKEMELERİ TEŞKİLÂTI

İngiliz mahkemeleri halkın hukuk ve ceza yargılaması ihtiyaçlarına hizmet ederler. Adli yargı bakımından iki temel mahkeme mevcuttur: Küçük miktarlara ilişkin ve basit davaların görüldüğü ilçe mahkemeleri *(County Court)* ve yüksek miktarlı davalar veya daha karışık meselelerin halledildiği asliye mahkemeleri *(High Court).* Bu mahkemelerin üzerinde Temyiz Mahkemesi *(Court of Appeal)* ve Lordlar Kamarası *(House of Lords)* yeralır, bu iki mahkeme tamamen temyiz mahkemesi olarak

---

[404] **Andrews**, Neil: "English Civil Procedure: A Synopsis", RLR No: 25, 2008, s. 27. Yazar, zamanaşımı hükümlerini düzenleyen Limitation Act 1980'nin birincil mevzuata örnek teşkil ettiğini belirtmiştir.
[405] **Andrews**, Synopsis, s. 27.
[406] **Andrews**, Neil: "English Civil Procedure: Three Aspects of the Long Revolution", Centro di Studi Richerhe di Dritto Comperato Staniero, Diretto da M. J. Bonell, Roma 2001, s. 108, 113 ve 122; **Malleson**, s. 112.

çalışmaktadırlar[407]. Lordlar Kamarası, 2005 yılına kadar Temyiz Mahkemesi'nin nihaî kararlarına karşı yapılan temyiz incelemelerine veya asliye mahkemelerinin özel önemdeki davalarının temyiz incelemelerine son başvuru mahkemesi olarak bakmaktaydı. Ancak, 2005 yılında çıkarılan Yapısal Reform Yasası (*Constitutional Reform Act 2005*)[408] ile Lordlar Kamarası'nın mahkeme statüsü ortadan kaldırılmış ve yerine 2010 yılında faaliyete geçmesi planlanmış olan Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (*UK Supreme Court*) adı ile yeni bir temyiz mahkemesi oluşturulmuştur[409].

1. İlçe mahkemeleri *(County Court)*

İlçe mahkemeleri, adlî yargının en alt basamağını oluşturur. Hukuk davaları bakımından ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Bu mahkemeler, asliye mahkemelerinin iş yükünün azaltılması ve daha az masraflı ve daha hızlı yerel adalet sağlanması için oluşturulmuştur, ve hukuk davalarının çoğuna bakmakla görevlidir. İlçe mahkemelerindeki yargılama usûlü, 1999 tarihli Yeni Usûl Kuralları (CPR)[410] ile düzenlenmiştir. Yeni Usûl Kuralları ile, davaların ilçe mahkemelerinde daha hızlı ve daha az masraflı şekilde görülmesi düzenlenmiştir. Ancak bu durum ilçe mahkemelerinde görülen dava sayısının, karmaşıklığının ve dava değerlerinin artmasına neden olmuştur. Ayrıca ilçe mahkemesi kararlarına karşı temyize gidilmesi de azaltılmaya çalışılmaktadır[411].

---

[407] **Haye/Prevett**, s. 183; **Wheeler**, John: The English Legal System, London 2003, s. 27 vd.; **Michalik**, s. 118 vd

[408] Bkz. Constitutional Reform Act 2005, (Office of Public Sector Information www.opsi.gov.uk). Bu Kanuna göre kurulan Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (*UK Supreme Court*) en geç 2010 yılında bitirilmesi planlanan binasında faaliyete geçecektir. Bu tarihe kadar Lordlar Kamarası bünyesinde temyiz mahkemesi olarak görev yapan Temyiz Komitesi (*Appellate Committee*) görevine devam edecektir (**Malleson**, Kate: The Legal System, Oxford University Press, 2007, s. 21). Bu konuda Bkz. **Andrews**, Neil: "English Civil Justice in a Competitive World" (ed. **Deguchi**, Masahisa / **Storme** Marcel) The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society, International Association of Procedural Law, 2008, s. 295 dn 29. Yazar, Birleşik Krallık Üst Mahkemesi'nin kuruluşu ile en yüksek kademe bulunan yargıçların özel hukuk veya ticarî meseleler yerine zamanlarını kamu hukuku, insan hakları ve anayasal meselelere adayabileceklerini ifade etmiştir.

[409] **Malleson**, s. 21; **Okan**, Neval: "İngiliz Hukuk Sistemi İçinde Ticarî Yargı Sistemi", DEÜHFD 2005/2, s. 39 vd.

[410] Bkz. ileride IV, C, 1.

[411] **Malleson**, s. 19 vd.

İngiltere ve Galler'de, 220 adet ilçe mahkemesi bulunmaktadır. İlçe mahkemelerinin bir bölümü küçük talepler mahkemesi olarak görev yapar. Bu mahkemelerde iki çeşit hâkim bulunur; bunlardan bir tanesi hukuk davalarında tam zamanlı görev yapan ilçe daire hâkimleri *(district judge)* ve diğeri de, yine ilçe mahkemelerine tam zamanlı atanmış olmakla birlikte aynı zamanda Kraliyet mahkemelerinde (*Crown Courts*) görülen ceza davalarında duruşma hâkimliği de yapan ilçe bölge hâkimleridir *(circuit judges*). İlçe bölge hâkimleri, genellikle Kraliyet mahkemeleri ve ilçe mahkemelerinde en az on yıllık tecrübesi bulunan avukatlar arasından seçilmektedir. İlçe daire hâkimleri ise, en az yedi yıl tecrübesi bulunan avukatlar arasından görevlendirilir. İlçe daire hâkimleri, genellikle küçük talepler yargılamasında ve geçici hukukî koruma tedbirleri yargılamasında görev yapmaktadır. Bu mahkemelerde görev yapan 640 ilçe bölge hâkimi ve 450 ilçe daire hâkimi mevcuttur. Bu mahkemelerde yaklaşık olarak yılda 1.8 milyon dava açılmakta, ancak bunların büyük çoğunluğu duruşma aşamasına gelmeden uzlaşma ile sonuçlanmaktadır. İlçe mahkemeleri, genellikle küçük taleplere, 25.000 Sterlin'in altındaki tüketici kredisi sözleşmelerine, kira ihtilaflarına, 50.000 Sterlin'in altındaki haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarına, 25.000 Sterlin'in altındaki hukuk davalarına ve boşanma davalarının çoğuna bakmakla görevlidir[412].

2. Asliye mahkemeleri *(High Court)*

Davalar, yaklaşık sayısı 130'u bulan Bölge Sicil Daireleri'nin birinde veya Londra'daki Merkez Ofisi'nde (*Royal Courts of Justice'de bulunan*) açılmak suretiyle asliye mahkemelerinin önüne getirilmektedir. Asliye mahkemesinin yetkisi bakımından bir üst sınır bulunmamaktadır. Önemli hukuk davaları asliye mahkemelerinde görülmesi esastır. Asliye mahkemesi hâkimleri, ayrıca seyahat ederek Londra dışında da önemli davaları yerinde görmektedirler[413].

[412] **Gillespie**, Alisdair: The English Legal Sytem, Oxford University Press, 2007, s. 419; **Sime**, Stuart: A Pratical Approach to Civil Procedure; **Partington**, Micheal: An Introduction to the English Legal System, Oxford University Press 2006, s. 215.
[413] **Malleson**, s. 21.

Asliye mahkemeleri başlıca üç bölüme ayrılmıştır: *Chancery, Queen's Bench* ve *Family.* Asliye mahkemesinin *Chancery* bölümü içerisinde ortaklıklar mahkemesi (Companies Court) ve patent mahkemesi (Patent Court) gibi farklı ihtisas daireleri; *Queen's Bench* bölümü içerisinde de ticaret mahkemesi (Commercial Court), deniz mahkemesi (Admiralty Court), teknoloji ve yapı mahkemeleri (Technology and Construction Court) gibi ihtisas daireleri bulunmaktadır[414]. Ayrıca *Queen's Bench* bölümü içinde, devlet ve kamu görevlilerinin eylem ve kararlarına karşı yapılan istinaf başvurularını inceleyen idare mahkemeleri (Administrative Court) de bulunmaktadır. Asliye mahkemelerinin *Queens Bench* bölümü 50.000 Sterlin'in üzerindeki haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarına, deniz hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara, ticarî uyuşmazlıklara, hakaret davalarına ve ortak hukuk uygulaması gerektiren önemli davalara bakmaktadır. Aynı zamanda idarî davaların istinaf yolu da bu mahkemelerde görülür. *Chancery* bölümü esas olarak hak ve nesafete (*equity*)[415] ilişkin taleplere bakmakta olup, bunlara gayrımenkul satışı, mülkiyet nakli, ipotek, yeddieminlik, malvarlığı yönetimi ve uyuşmazlıkları, fikrî mülkiyet, iflas, aciz hali ve şirket meseleleri de dahildir. Uygulamada, *Queens Bench* ile *Chancery*'nin baktığı işler bakımından aralarında bir işbölümü mevcuttur. *Family (Aile)* bölümü ise, evliliğe ilişkin tüm meselelere, özellikle karmaşık boşanma davalarına ve karmaşık velayet, vesayet ve aile hukuku meselelerine bakmaktadır[416].

Asliye mahkemeleri bazı davalarda ilk derece mahkemesi, bazı davalarda ise itiraz ve temyiz[417] mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Önemli davalarda ise en yüksek ilk derece mahkemesidir. Aynı zamanda ilçe mahkemelerinden gelen temyiz

[414] **Haye/Prevett**, s. 183; **Partington**, s. 218 vd.
[415] 14. yüzyılın sonlarına doğru, İngiltere'de krallık mahkemelerinin hukuk yaratma faaliyetleri zayıflamış, adil olmaktan uzaklaşmıştır. Bu mahkemelerde yargılanan ve ezilen taraflar krala bizzat başvurmaya başlamış ve "Common Law" a göre değil, hak ve nesafete göre (*equity*) karar verilmesini istemeye başlamışlardır. Kral da bu istekleri en yüksek idari memur olan "Chancellor" a ileterek, Chancellor'un karar vermesini sağlamış ve böylece verilen kararlar 15. yüzyıldan itibaren "Equity" kavramı altında toplanmıştır. Chancellor'lar krallık mahkemeleri yargılamasından çok farklı kurallar uygulamışlar ve kendi vicdani kanaatlerine göre, hak ve nesafete uygun olarak karar vermişlerdir. Bu uygulama daha çok 12. ve 13. yüzyıllarda taşınmazlara getirilen feodal yükler nedeniyle ortaya çıkmış ve en önemli işlevi inançlı işlem (*trust*) ilişkilerinde görülmüştür (**Oğuz**, s. 257 vd.)
[416] **Gillespie**, s. 419; **Malleson**, s. 21; **Partington**, s. 218.
[417] Bu hususta ayrıntılı olarak bkz. ileride II, B, 8.

başvurularına da incelemektedir. Asliye mahkemeleri, Temyiz Mahkemesi ve Lordlar Kamarası (2005'den sonra Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi- *UK Supreme Court*)[418] kararları ile bağlıdır.

3. Temyiz Mahkemesi *(Court of Appeals)*

Hem ilçe mahkemesi hem de asliye Mahkemesi nihaî kararlarına karşı Londra'da bulunan Temyiz Mahkemesine (*Court of Appeals*) başvurulur. Temyiz Mahkemesi, İngiliz hukuk sisteminin ikinci üst mahkemesidir. İngiltere'de Temyiz Mahkemesi hukukun makina dairesi olarak nitelendirilmekte, hukuku ve hukuk sistemini şekillendiren kararların büyük çoğunluğu burada alınmaktadır. Temyiz başvurusunda bulunulması için, kararının temyiz edildiği mahkemeden izin alınması (*permission to appeal*)[419] gereklidir. Temyiz başvuruları üç hâkimden oluşan heyet tarafından incelenir. Temyiz Mahkemesinin Hukuk Bölümüne "*Master of the Rolls"* denilen en üst seviyedeki hâkim başkanlık eder. Temyiz hâkimleri ise, "*Lord Justices of Appeal"* olarak anılır. Temyiz Mahkemesi'ne gelen dava sayısı çok yüksek olduğu için, Temyiz Mahkemesi hukuk bölümü başkanı İngiltere'deki en etkin hâkimdir[420].

4. Heyetler (*Tribunals*)

Heyet sistemi, toplum menfaatlerine, vergilere, işçi-işveren uyuşmazlıklarının çözülmesine ilişkin idari kararlara itiraz edilmesi usûlünde daha ucuz, daha hızlı ve çok fazla resmiyeti olmayan süreçlerin izlenebilmesi için oluşturulmuştur. Heyetler[421] esasında İngiliz mahkeme teşkilâtının bir parçası değildir; ancak giderek eğitim, usûl, personel ve temyiz işlerinde entegre olmaya başlamışlardır Mahkemelerin yükünü azaltmak için geçtiğimiz yüzyılın başlarında kurulmuşlardır. 1920'li ve 30'lu yıllarda destek görmeyen heyetler, pragmatik yaklaşımlar sonucu, hukuk sistemi içinde 1950'den itibaren kapsam ve sayı bakımından büyük bir gelişme göstermiş ve kabul görmeye başlamıştır. Halihazırda heyet sayısı ülke genelinde 100'e ulaşmıştır. Bazıları tek

[418] Bkz. yukarıda § 11, I, C.
[419] Ayrıntılı olarak bkz. ileride § 11, II, B, 8.
[420] **Malleson**, s. 21; **Haye/Prevett** , s. 195; **Partington**, s. 226
[421] **Malleson**, s. 21.

kademeli iken, bazıları ilk derecedeki heyet ve bir hâkimin görev yaptığı temyiz makamından oluşmaktadır. Heyetler genel olarak hukuk eğitimi almış bir başkan ve heyetin görev yaptığı konuda eğitim almış ve uzmanlaşmış iki kişiden oluşmaktadır. Önemli konularda görev yapan heyetlere asliye mahkemesi hâkimleri başkanlık edebilmektedir. Mahkeme sisteminin aksine, heyetlerde çok farklı işlem ve usûller izlenir. İzlenen usûlde genel eğilim, taraf hâkimiyetine izin verilmemesi, heyet üyeleri tarafından tanık beyanları alınmasında ve delilllerin değerlendirilmesinde müdahale edilmek suretiyle insiyatifin heyette tutulmasıdır. Ayrıca daha yumuşak yargılama kuralları uygulanarak, tarafların uyuşmazlıklarını kendilerinin ifade etmelerine olanak sağlanmaya ve adil yargılama yapılmasına çalışılmaktadır. 2006 yılında heyet sisteminde radikal değişiklikler yapılmış ve Anayasa İşleri Dairesi (*Department of Constitutional Affairs*) bünyesinde Heyet Hizmetleri Birimi (*Tribunals Service*) kurularak, 2008 yılından itibaren büyük heyetler bu birime geçirilmeye başlamıştır. Yeni sistem böylece, Anayasa İşleri Dairesi'nin sorumluluklarını genişlemiştir[422].

II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI

A. DAVANIN AÇILMASI

Belirli uyuşmazlıklar bakımından iddia ve savunmaya ilişkin tüm detayların açıklandığı ve hatta bazı uyuşmazlıklar bakımından belgeye dayalı deliller ve tanık ifadelerinin dahi yeraldığı dava öncesinde delil inceleme protokolü (*pre-action protocols*) olarak adlandırılabilecek protokollerin yapılması zorunludur. Protokole uymamanın potansiyel yaptırımı, yargılama masraflarına katlanılmasıdır. Yeni Usûl Kuralları (*Civil Procedure Rules*)[423] ile özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlığın taraflarının dava açılmadan önce karşı tarafı davaya ilişkin ayrıntılar hakkında tamamen haberdar etmesi suretiyle, uzlaşma ihtimalinin güçlendirilmesine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Dava formları ekinde, dava formunda davacının ortaya koyduğu vakıaların gerçek ve doğru olduğuna dair imzalı bir doğruluk beyanının da yeralması gereklidir.

[422] **Malleson**, s. 17.
[423] Bkz. ileride IV, C, 1.

Davacının talebi üzerine, mahkeme tarafların ad ve adreslerinin, davanın kısa bir özetinin ve dava değerinin yeraldığı bir dava formunu tebliğe çıkartır. Bu aşamada dava değeri üzerinden hesaplanan bir gider de ödenir[424].

B. DAVANIN TEMEL BASAMAKLARI

İngiliz medenî yargılamasında, İlçe Mahkemelerinde *(County Court)* ve Asliye mahkemelerinde *(High Court*), davanın temel basamakları aşağıdaki gibidir:

1. Dava Formunun Hazırlanması *(Issue Of a Claim Form)*

Yargılama, dava formunun hazırlanması ile başlatılır. Davanın açılması, açılacak davaya uygun formun doldurulması, suretlerinin mahkemeye götürülmesi veya postalanması, masrafının ödenmesi ve dava formunun mahkemenin resmî mühürü ile mühürlenmesi aşamalarını kapsar. Dava formunda; tarafların isim ve adresleri, iddianın niteliği ve ayrıntıları, para alacağı sözkonusu ise alacağın tutarı ve talep sonucu yeralır. Talep sonucunun, ayrı bir dilekçe (*statement of case*)[425] ile de açıklanması mümkündür. Dilekçede vakıaların yeterli açıklıkta gösterilmesi gerekir. Belli bazı yargılama türleri için özel dava formları da oluşturulmuştur (örneğin, deniz ihtisas mahkemeleri ve ticaret mahkemeleri için). Yargılamanın başlatıldığı gün, zamanaşımı durur. Genellikle, yargılamanın başlatılmasından evvel ilgili zamanaşımı süresi dolmuşsa, davalıya tam bir savunma yapma hakkı verilir. Ancak bazı davalarda mahkemenin temel zamanaşımı süresi dolmasına rağmen, yargılamanın devam etmesine izin verme konusunda takdir hakkı bulunmaktadır[426].

2. Tebligat *(Service of Process)*

Genel bir kural olarak, dava formunun hazırlanmasından itibaren en geç dört ay içinde, davalıya dava formu ile birlikte bir "cevap paketi"nin de tebliğ edilmesi gereklidir. Özelliği olmayan davalarda, tebligatın davacı tarafından da yapılmasına izin

---

[424] **Haye/Prevett**, s. 181 vd.
[425] Yeni Usûl Kuralları (CPR) ile eskiden dava dilekçesi için kullanılan "pleading" terimi, "statement of case" olarak değiştirilmiştir.
[426] **Sime**, s. 6 vd.

verilmektedir. Genellikle mahkemeler acele posta servisi sistemi ile tebligat yapmaktadır. Davacı tarafından tebligatın yaptırılmasına izin verilen hallerde, bir kaç tebligat metoduna izin verilir; ancak en çok kullanılanı acele postadır. Tebligatın davalının adresinde posta kutusuna bırakılması ve davalının şahsına verilmesi suretiyle gerçekleşir. Genel dava prosedüründe, davalının tebligata, dava detaylarının tebliğinden itibaren 14 gün içinde mahkemeye cevap vermesi gerekir. Ticaret Mahkemesinde, davalı cevabını, dava formunun kendisine tebliğinden itibaren 14 gün içinde mahkemeye vermelidir. Tebligatın alındığına dair bir bilgi formu (cevap paketinin içinde bulunan) davalı tarafından doldurulup mahkemeye gönderilir. Davalı, davaya cevap paketinin içinde yeralan kabul, savunma ve karşı dava formları kullanmak suretiyle veya savunma dilekçesi hazırlayarak davaya cevap verir[427].

3. İddia ve Savunmalar *(Statements of Case)*

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) davalarında, taraflarca ileri sürülen somut vakıalar, iddia ve savunmalar (*statements of case*)[428] olarak adlandırılan dava ve cevap dilekçeleri içeriğinde yazılı olarak ileri sürülür. Davacı davasını vakıaları ileri sürerek başlatır. Davacı dilekçesinde davalıya karşı olan dava sebeplerini ortaya koyar. Davanın ayrıntıları ve talep sonucu bazen dava formunda yeralır, bazen de ayrı olarak dilekçe şeklinde hazırlanır. Ayrı bir dilekçe şeklinde ise, dava formunun tebliğ edilmesinden itibaren 14 gün içinde davalıya tebliğ edilmek zorundadır[429].

Bir sonraki aşama davalı tarafından hazırlanan savunmadır. Davalı davayı kabul ediyorsa, kendisine gönderilmiş bulunan cevap paketindeki kabul formunu hazırlar. Davalı, davayı kısmen mi, tamamen mi kabul ettiğini belirtmelidir. Kabul formunda, borcu taksitler halinde ödemek için davacıya teklifte bulunma imkânı da verilmiştir. Davacının bu teklifi kabul etmesi halinde mahkeme bu durumu kararında belirtir. Davalı davayı kabul etmeyip, davaya cevap vererek savunmada bulunmak isterse, davacının

---

[427] **Sime**, s. 6 vd.; **Haye/Prevett**, s. 182.
[428] Yeni Usûl Kuralları'nın (CPR) kabul edilmesinden önce iddia ve savunma dilekçeleri için kullanılan "pleadings" terimi, Yeni Usûl Kuralları ile "statements of case" olarak değiştirilmiştir.
[429] **Sime**, s. 175 vd.

dilekçesinde yeralan iddialara karşı cevap verir. Davalı maddî vakıaları inkar etmek istiyorsa, buna ilişkin sebepleri gösterir, mümkün olan spesifik savunmaları ve yeni vakıaları ortaya koyar. Davacıya karşı talebi bulunan davalının, savunmasına bir karşı dava da eklemesi mümkündür[430]. Uygulamada genellikle, dava dilekçesi ve buna karşı cevap dilekçesi verildiği görülmektedir. Ancak, davacının davalıya cevap vermesi (replik) ve eğer davalı karşı dava ileri sürmüşse, karşı davaya karşı savunmada bulunulması da mümkündür (buna göre davacı, cevaplarını ve karşı davaya karşı savunmalarını tebliğ ettirmelidir). Ancak replik sunulmasından sonra başka bir dilekçe sunulması mümkün değildir (Usûl Kuralları 16.7). Dava dilekçesinde yeralmamış olan vakıaların replik dilekçesinde yeralması mümkün değildir[431]. Taraflardan biri, dilekçesindeki vakıaları ancak karşı tarafın rızası veya mahkemenin onayı ile değiştirebilir (*amendment*). Mahkeme onayı ile değişiklik yapılıyorsa, mahkeme tarafından bu değişikliğin ne şekilde yapılacağına ilişkin bir açıklama (Usûl Kuralları 17.3 (1) yapılır[432].

4. Davanın Görüleceği Yargılama Usûlünün ve Dava Yönetimi Usûlünün Belirlenmesi *(Track Allocation)*

Genel olarak davada, davalının savunmasından sonra, mahkeme taraflara davanın görüleceği mahkemenin tespiti ve davanın o mahkemeye tahsisi için soru formları gönderir. Bu formların kısa bir sürede yanıtlanıp gönderilmesi gereklidir. Yanıtlar davanın ne derece karmaşık ve önemli olabileceği konusunda mahkemeyi bilgilendirecek mahiyette olmalıdır. Bu formlar, tarafların dinletecekleri tanıklar, bilirkişi delili sunup sunmayacakları, ön yargılama safhasının ne kadar süre alacağı, delil protokolü bulunup bulunmadığı gibi detaylı açıklamalar içerir. Bu bilgilere dayanarak, bölge hâkimi davayı üç farklı seviyedeki mahkemeden birine tahsis edecektir. Davanın

---

[430] **Sime**, s. 6 vd. ve 183; **Haye/Prevett**, s. 182.

[431] **Sime**, s. 7 ve 139 vd.; **Haye/Prevett**, s. 182, **Andrews**, Neil: English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System, Oxford University Press, 2003, s. 255.

[432] **Sime** 144 vd.; **Andrews**, English Civil Procedure, s. 258.Yazar, İngiliz Temyiz Mahkemesince, haklı bir nedenin bulunmasının değişiklik dilekçesinin verilebilmesi için yeterli olduğuna, mahkemelerin bu konuda dilekçe verilmesine onay verirken Yeni Usûl Kuralları'nın (CPR) giriş kısmında belirtilen hâkim olan amaç (*Overriding Objective*) gereğince hareket etmeleri gerektiğine karar verilmiş olduğunu belirtmektedir.

hangi yargılama ve dava yönetimi usûlüne göre yürütüleceğine ise davanın tahsis edildiği, davayı görecek olan mahkeme karar verir. Tarafların sözkonusu formları süresinde mahkemeye vermemeleri halinde, uygulanacak usûle mahkeme re'sen karar verir[433].

a. Küçük Talepler Yargılama Usûlü (Small Claims Track)

Küçük talepler yargılama usûlü *(small claims track)* 5.000 Sterlin'in altındaki basit davalar bakımından süratli ve pahalı olmayan bir yargılama usûlü öngörür. Bu usûlde çok sınırlı bir ön yargılama safhası sözkonusudur. Kaybeden tarafa masrafların yükletilmesine ilişkin kurallar sınırlandırılmıştır. Delillerin sunulması kesin kurallara bağlanmamıştır (Usûl Kuralları 27.8). Tüketici uyuşmazlıkları, ciddi yaralanmalar içermeyen kazalara ilişkin tazminat talepleri, taşınır mülkiyetinee ilişkin uyuşmazlıklar, kira davaları gibi sıradan işler bu usûlde görülür. Küçük talepler usûlü düzenlemesindeki amaç, belli bir meblağın altındaki uyuşmazlıklarda göreceli olarak daha az pahalı bir uyuşmazlık çözüm usûlü getirilmesidir. Tarafların her ikisinin de muvafakat etmesi halinde, duruşma yapılmaksızın evrak üzerinde karar verilebilmesi de mümkündür. Bu usûlde taraflar yargılamayı avukat yardımı olmaksızın yürütebilirler. Genel bir kural olarak, küçük talepler usûlünde bilirkişi incelemesi delil olarak kabul edilmemektedir; ancak taraflardan birinin bilirkişi incelemesinin gerekli olduğunu ileri sürmesi ve mahkeme tarafından izin verilmesi halinde delil olarak kabul edilir. Bu usûldeki duruşmalarda şekil önemli değildir. Diğer bir deyişle, bu usûlde önceden belirlenmiş bir sözlü yargılama usûlü olmaksızın ve taraflar yemin altında olmaksızın dinlenerek yargılama yapılır. Genellikle hâkimin odasında yapılan duruşmalar, alenî değildir. Tarafların sözlü şekilde açıklamada bulunmalarından sonra tanıklar dinlenir. Tanıklara hâkim doğrudan soru sorabildiği gibi, çapraz sorgulamaya sınırlama getirebilir ya da çapraz sorgulama yapılmasına izin vermeyebilir. Bu usûlde görülen davaların niteliğine göre, oturumlarda kısa gerekçeli kararlar verilir. Kararın verildiği son oturuma katılamayan bir taraf, son oturumda verilen kararın değiştirilmesini ve yeniden oturum yapılmasını talep edebilir. Bu talep, son oturumda verilmiş kararın tarafa tebliğinden

[433] **Sime**, s. 190.

itibaren 14 gün içinde yapılmalıdır. Bu kararlar için genellikle temyiz yolu açık değildir[434].

b. Seri Yargılama Usûlü (Fast Track)

Seri yargılama usûlü *(fast track)*, daha önemli olan ve tipik olarak değeri 5.000 ila 15.000 Sterlin arasındaki davalar bakımından tamamlayıcı ancak aynı zamanda akıcı bir usûl öngörür. Bu usûl aynı zamanda, ihtiyati tedbirler ve konusu para olmayan, ancak küçük talepler usûlünde görülmesi de münkün olmayan ve fakat çok yönlü yargılama usûlünün karmaşık muamelelerine tâbi olması gerekmeyen davalar için öngörülmüş ara bir usûldür. Mahkeme davanın bu usûlde görülmesine karar verdiğinde, davanın açılmasından duruşma tarihine kadar olan yargılama boyunca uyulacak dava yönetimi kurallarına ilişkin bir iş/zaman çizelgesi (*directions*) hazırlar (Usûl Kuralları 28.2 (1). Bu çizelge, mahkemenin insiyatifinde olmak üzere, herhangi bir oturum yapılmaksızın, yargılama sırasında davaya ilişkin uyuşmazlıkların tespit edilmesine ve delillerin ikamesine imkân sağlayacak şekilde hazırlanır. Seri yargılama usûlünde görülecek davalarda tipik olarak mahkeme tarafından hazırlanan iş/zaman çizelgeleri; delillerin ikamesi ve tanık beyanlarının tebliği zamanını, bilirkişi incelemesi aşamasını, duruşma gününün belirlenmesini veya duruşmanın yapılabileceği zaman aralığının tespit edilmesini kapsar. Duruşma tarihi veya duruşmanın yapılacağı zaman aralığı, davanın bu usûle tahsis edilmesinden itibaren en geç otuz hafta sonrası olarak tayin edilebilir. Ön yargılama safhasının sona ermesinden sonra, ancak duruşma tarihinden en az sekiz hafta önce ise, bir ön yargılama çizelgesi (*pre-trial checklist*) hazırlanır. Bu çizelgede mahkeme tarafından hazırlanmış iş/zaman çizelgesinin ne şekilde yerine getirildiği ve o zamana kadar yapılmış ve sonrasında yapılması muhtemel olan giderlerin tutarı belirtilir. Mevcut duruma göre, önceden belirlenmiş olan duruşma tarihi teyit edilebileceği gibi, iş/zaman çizelgelerine uyulamamış olduğunun görülmesi halinde, eksik ve yetersiz durumun giderilmesi için mahkeme duruşma tarihini erteleyebilir. Bu usûlde yargılama süreci dört hafta ile en geç on ay arasında bir zaman alabilmektedir. Seri yargılama

[434] **Sime**, s. 328 ve 329; **Zuckerman**, Adrian: Zuckerman on Civil Procedure, Principles of Practice, London, 2006, s. 486 vd. ; **Loughlin,** Paula/**Gerlis**, Stephen: Civil Procedure, Second Edition, Cavendish Publishing, 2004, s. 241 vd.

usûlünde tarafların duruşmada ilgili uzmanlık alanından kendi seçtikleri bir bilirkişiden sözlü görüş sunmalarına izin verilir. En fazla iki uzmanlık alanından bilirkişi görüşü alınması mümkündür. Mahkemenin tarafların üzerinde mutabık kaldıkları müşterek şekilde tayin edilmiş bir bilirkişiyi (*single joint expert*) dinleme yetkisi bulunur. Yargılama giderlerinin azaltılması ve seri yargılama sürecinin kısaltılması bakımından mahkemelerin genellikle tarafların mutabık kaldıkları müşterek şekilde tayin edilmiş bilirkişiden görüş alma eğilimleri görülmektedir. Bilirkişinin duruşmada hazır bulunması gerekmez[435].

c. Çok Yönlü Yargılama Usûlü (Multi-Track)

Çok yönlü yargılama usûlü *(multi-track)* ise, tipik olarak değeri 15.000 Sterlin'in üzerindeki özel uzmanlık gerektiren karmaşık davalara ilişkindir. Ticarî davalar nitelikleri gereği bu usûlde görülür. Daha az karmaşık olan davalar, bu usûlde ancak seri yargılama usûlüne benzer şekilde yürütülür. Daha karmaşık davalar bakımından ise, o davaya özel şekilde mahkeme tarafından dava yönetimine ilişkin kurallar belirlenir. Hâkim dava yönetimi esaslarını, davanın ilgili usûle tahsisi aşamasında taraflara yönelttiği sorulara verilen yanıtlar ve hazırlanan ön yargılama çizelgelerine göre belirler. Mahkeme tarafların dava yönetimi oturumlarına, duruşma listesine alınma oturumlarına ve/veya yargılama boyunca uyulacak kuralların belirlenmesine ilişkin iş/zaman çizelgelerinin hazırlanmasına ilişkin ön yargılama oturumlarına (*pre-trial review*) katılmalarına karar verebilir. Bu usûlde mahkeme tarafların üzerinde mutabık kaldıkları müşterek şekilde tayin edilmiş bilirkişiden (*single joint expert*) görüş alınmasına karar verebilir. Ancak bu usûlde görülen davaların arz ettiği önem ve davaların karmaşıklığı, mahkemenin taraflara kendi bilirkişilerini seçme ve onlardan duruşmada görüş alınmasına karar vermesi sonucunu getirmektedir. Ön yargılama safhası sona erip, ön yargılama çizelgesi sunulduğunda, mahkeme gerekli görürse bir ön yargılama oturumu (*pre-trial review*) yapılmasına karar verebilir. Bu oturumda duruşmanın planlanması ve sunulacak delillerin kapsamı belirlenir. Duruşmasının on günden fazla süreceği tahmin edilen davalarda, mahkemenin bu oturumun yapılmasına karar verdiği görülmektedir.

[435] **Sime**, s. 333 vd.; **Loughlin/Gerlis**, s. 253; **Zuckerman** on Civil Procedure, s. 493 vd.

Bu oturumda taraflara duruşmadan önce sulh olmaları konusunda son bir imkân da verilir. Çok yönlü yargılama usûlü bakımından ticaret mahkemeleri kendine özgü formları ve dava muhtıraları olan dava yönetimi usûlleri geliştirmişlerdir[436].

5. Ön Yargılama Safhası

a. Tahkikat

İngiliz hukukunda tahkikat[437], dava dilekçesinin sunulmasından itibaren duruşmaya kadar olan süreci ifade etmektedir. Seri yargılama usûlünde *(fast track*) veya çok yönlü yargılama usûlünde *(multi-track*) görülecek olan davaların ilgili usûle tahsisi yapıldıktan sonra, mahkeme, davanın duruşmaya (*trial*) hazırlanması için ön yargılama safhasında yapılması gereken hazırlıkları içeren bir iş/zaman çizelgesi (*directions*) hazırlar. Bu iş/zaman çizelgesinde duruşma tarihi veya duruşmanın yapılması muhtemel olan tarih aralığı belirlenir. Örneğin, seri yargılama usûlünde (*fast track*) zaman çizelgesi içeriğinde belgelerin açıklatılmasına ilişkin standart bir format, mahkemenin izin verdiği durumlarda tanık beyanlarının karşılıklı olarak teati edilmesi ve taraflarca üzerinde mutabık kalınan tek bilirkişinin vereceği raporun hazırlanması aşamaları yeralır. Çok yönlü yargılama usûlünde *(multi-track*) görülecek olan davaların iş/zaman çizelgeleri, davaya bakacak olan hâkim önünde tarafların veya vekillerinin bulunduğu bir dava yönetimi oturumunda (*case management conference*)[438] belirlenir. Oturum, tarafların iddia ve savunmalarını, diğer bir deyişle dava ve cevap dilekçelerini *(statements of case)* sunmalarından kısa bir süre sonra yapılır. Oturumun daha erken ve mümkünse üçüncü kişilerin de davaya edildiği bir kaç oturum halinde yapılması da mümkündür. Tarafların dava yönetimi oturumunda davanın duruşmaya ne şekilde hazırlanacağı ve sevk edileceği konusunda prensipte mutabık kalmaları ve aralarındaki uyuşmazlığı daraltmak amacıyla önerilerde bulunmaları gereklidir. Dava yönetimi oturumunda, mahkeme sadece iş/zaman çizelgesini hazırlamakla kalmaz, aynı zamanda davaya ilişkin

---

[436] **Sime**, s. 350; **Loughlin/Gerlis**, s. 267 vd.; **Zuckerman** on Civil Procedure, s. 496-499 vd; **Andrews**, English Civil Procedure, s. 336 ve 340 vd.; **Haye/Prevett** , s. 184.

[437] Bunun aksine medenî yargılama hukukumuzda tahkikat, mahkemenin tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları ile bunların ispatı için gösterilen delillerin toplandığı ve incelendiği süreçtir (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 343 vd.)

[438] **Peysner/Sereviratne**, s. 316.

meseleler üzerinde duruşma yapmaksızın karar verilmesinin *(summary disposal)* mümkün olup olmadığını veya ön mesele olarak erken bir duruşma yapılması gerekliliği olup olmadığını da inceler. Mahkemenin ayrıca tarafların uzlaşmaları için davayı askıya alma yetkisi de vardır. Çok yönlü yargılama usûlünde *(multi-track*) iş/zaman çizelgeleri davanın özelliklerine göre şekillendirilir ve davanın sevk ve yürütülmesinde mahkeme tarafından Yeni Usûl Kurallarının (CPR) I. maddesinde düzenlenen hâkim olan amaca (*Overriding Objective)*[439] uygun davranılacağının ve bağlı kalınacağının temin edilmesi gerekir[440].

b. Delillerin Toplanması

aa. Delillerin Açıklattırılması ve İkamesi *(Disclosure of Evidences)*

Delil ikamesi, ön yargılama safhasında (*pre-trial*) davanın taraflarının dava malzemesine ulaşmasını konu edinir. Delil ikamesi, birincisi, tarafların kendi ellerinde bulunan malzemeyi listeleyerek mahkemeye sunmaları; ikincisi ise, tarafların sunulan listeler çerçevesinde diğer tarafın kontrolündeki malzemeyi incelemesinden ibaret olan iki aşamadan oluşur[441]. Tarafların duruşmadan *(trial)* evvel, ön yargılama aşamasında ilgili tüm dava malzemesi hakkında birbirlerine tam bir açıklamada (*disclosure*) bulunmaları gerekir. Usûl Kuralları'nın 31.2 maddesinde bu kurum, bir tarafın bir belgenin halihazırda veya daha önce varolduğunu kabul etmesi olarak tanımlanmıştır. Taraflardan her birinin ellerinde bulunan, bulunmuş olan, iddialarını destekleyen veya ters etkide bulunabilecek ya da karşı tarafın iddia ve savunmasını destekleyen veya tersine etkileyen delilleri açıklayıp (*disclosure*), buna ilişkin listeleri (*disclosure statements*) birbirlerine göndermeleri gerekir[442]. Bu listelerde taraflara ait olan, ellerinde bulunan veya erişebilme yetkileri bulunan, kısacası tarafların kontrolünde bulunan davaya ilişkin tüm belgelerin yeralması gerekir. Bu belgeler, karşı tarafın görmesine izin

---

[439] Bu hususta bkz. ileride IV, B, 2.
[440] **Sime**, s. 7; **Haye/Prevett**, s. 188.
[441] **Sime**, s. 361 ve 362; **Louglin/Gerlis**, s. 427 vd.
[442] Bkz. **Göksu**, s. 275. Yazar, İngiliz hukukundaki "disclosure" kurumunu "ifşa" olarak Türkçe'ye çevirerek, kullanmakta ve tarafların delillerini birbirlerine iletmeleri olarak nitelendirmektedir. Ancak, çalışmamızda bu kurum delillerin açıklattırılması şeklinde kullanılacak olup, delil ikamesi (gösterilmesi) kapsamında ele alınacaktır.

verilen belgeler, imtiyazlı belgeler ve listeyi yapan tarafın halihazırda elinde bulunmayan belgeler şeklinde sınıflandırılır. Deliller, elinde bulunduran tarafın davasını ister desteklesin ister zayıflatsın, yine de listelenip açıklanmalıdır. Delilin açıklattırılması kararı, mahkeme tarafından verilir. Duruma göre mahkeme kapsamı daraltabileceği gibi, buna hiç gerek de görmeyebilir. Taraflar da aralarında yazılı olarak anlaşmak suretiyle, kapsamı daraltma veya kaldırma yolunu seçebilirler. Delil listeleri taraflar arasında teati edildikten sonra, taraflar kanunda belirtilen imtiyazlı belgeler haricinde birbirlerinin delillerini incelemeye hak kazanırlar. Usûl Kuralları'nın 31.3 (1) (b) maddesinde, bir tarafın kendi aleyhine olan belgeler, avukat-müvekkil arasındaki belgeler ile avukatlık mesleğinden doğan diğer hususlar ve taraflar arasında sulh olunması amacıyla yapılmış yazışmaların imtiyazlı belgeler olduğu düzenlenmiştir. Genellikle, delil incelemesi karşı tarafa belgelerin fotokopilerini vermek suretiyle yapılır. Belge kavramı son derece geniştir, elektronik belgeler de bu kapsama dahildir. Taraflar daha sonra ellerinde bulunan belgeleri açıkladıklarına dair bir açıklama beyanı imzalayıp, mahkemeye sunarlar[443]. Usûl Kuralları'nın 31.16 maddesinde hukukumuzdaki delil tespitine benzer bir düzenleme de yeralmaktadır. Buna göre, tarafların muhtemel bir davanın tarafları olmaları, taraflardan birinin mahkemeye talepte bulunması ve talep ettiği belgelere ihtiyacına dair delil sunması halinde, mahkemece yargılama öncesi delillerin açıklattırılmasına karar verilebilir. Delillerin açıklanması kararını yerine getirmeyen ve araştırma yapılmasına izin vermeyen taraf bu delillerle ortaya konulan hususlardan yararlanamaz[444].

bb. Delillerin Teati Edilmesi *(Exchange of Evidence)*

Duruşmadan *(trial)* evvel, ilgili tüm dava malzemesi hakkında taraflar arasında yapılan sözkonusu delil açıklaması bir çok amaca hizmet eder: (a) duruşma öncesi tarafların davaları hakkında gerçek güçlerini tespit etmelerini sağlar, (b) uzlaşmayı kolaylaştırır, (c) duruşmada tarafların sürprizlerle karşılaşmalarını önler, (d) gereksiz ertelemeleri önler. Bu bakımdan, belgelerin açıklanmasına ek olarak, iş/zaman

[443] **Sime**, s. 362 ve 366 vd.; **Haye/Prevett,** s. 189.
[444] **Göksu**, s. 277.

çizelgelerinde *(directions)* tarafların yazılı bilirkişi görüşlerini teati etmeleri *(exchange of single joint experts)* ve duruşmaya çağıracakları tanıklarının beyanlarını *(exchange of witness statements)* da teati etmeleri gerekliliği düzenlenmiştir. Taraflar başkalarından işitilen hususların tekrar edilmesinden ibaret bir delil (*hearsay evidence*) sunacaklarsa, tanık beyanlarının teati edildiği sırada bu durumu ortaya koyan bir ihbarda bulunmaları gerekir. Mahkeme bilirkişi raporu ile bağlı değildir. Bilirkişinin sözlü olarak beyanda bulunmak ve çapraz sorgulanmak üzere mahkemeye çağrılması da mümkündür. Bilirkişilere raporlarını açıklamaları için yazılı olarak ek sorular da sorulabilir. Tarafların mahkemeden talepte bulunmak suretiyle, üçüncü kişilerden delil elde edilmesi de mümkündür. Özellikli belgelerin üçüncü kişilerden elde edilmesi, mahkeme tarafından davanın hakkaniyete uygun şekilde yürütülmesi için gerekli görülmesi veya masraftan tasarruf edilecek olması halinde mümkündür. Duruşmaya çağrılan tanıkların ellerinde bulunan özellikli belgeleri de getirmeleri istenebilir[445].

c. Duruşma Listesine Alınma (*Listing for Trial)*

Mahkemeler davaları duruşma yapılması için bir an önceye listeye alma konusunda çaba gösterirler. Küçük talepler yargılama usûlünde *(small claims track),* usûle ilişkin tahsisin yapıldığı anda duruşma tarihi de belirlenir. Seri yargılama usûlünde *(fast track)*, duruşma, tahsisin yapılmasından itibaren en geç otuz hafta içinde yapılmalıdır. Çok yönlü yargılama usûlünde *(multi-track)* bir süre belirlenmemiştir. Seri yargılama usûlünde *(fast track)* ve çok yönlü yargılama usûlünde *(multi-track),* mahkeme, sabit bir duruşma günü veya tarih aralığı belirleyebilir. Ticarî davaların çoğu için sabit duruşma günleri belirlenmektedir. Listeleme sürecine yardımcı olmak ve davanın esasında duruşma yapılması için hazır olduğundan emin olunması için, mahkeme taraflara duruşma öncesi ön denetim listeleri gönderebilir ve duruşma öncesi gözden geçirme oturumu (*pre-rial review*) yapabilir[446].

[445] **Sime**, s. 8; **Haye/Prevett**, s. 189.
[446] **Sime**, s. 8; **Haye/Prevett**, s. 190.

6. Duruşma *(Trial)*

Taraflar duruşmadan en az üç gün önce, dilekçelerin, tanık beyanlarının ve yazılı delil ve belgelerin bulunduğu bir dosya (*trial bundle*) hazırlayıp mahkemeye sunmak ve karşı tarafa tebiğ ettirmek zorundadırlar. Duruşmada bu belgelerin incelemeye hazır bulundurulması gerekir. Duruşmada sözlülük ilkesi[447] hâkimdir. Duruşmada tanıklar dinlenir, bilirkişi raporu sunulur veya bizzat bilirkişinin hazır bulunarak görüşünü bildirmesi suretiyle görüşü alınır ve sair belgeler delil olarak ortaya konulur. Duruşmaya tanıklar, davacı ve davalı beyanları içeriğinde yeralan vakıalara ilişkin sözlü ifade vermek üzere çağrılırlar. Tanıklar çapraz sorgulanabilir. Mahkeme, beyanları, bilirkişi raporunu, halihazır belge ve evrakları, taraflarca ileri sürülen sair ilgili kabul edilebilir belgeleri dikkate alır. Duruşmalar normal olarak tek hâkimle yürütülür. Delillerin toplanmasından ve vekiller tarafından yapılan savunmalardan sonra, hâkim taraflar arasındaki mesele hakkında nihaî kararını duruşmada verir; ancak, gerekçeli kararını duruşmadan sonra yazarak tebliğ edebilir [448].

7. Geçici Hukukî Koruma Tedbirleri ve Özel Usûller

İngiliz mahkemesi veya yabancı bir mahkeme ya da iç tahkim veya yabancı tahkimde, davadan önce veya davada ihtiyati tedbire *(injunctive relief)* karar verilmesi mümkündür. Aşırı derecede aciliyeti bulunan durumlarda, tedbir asliye mahkemesi hâkimlerine gündüz veya gece telefon edilmesi suretiyle de alınabilir. İlçe mahkemesi hâkimlerinin ihtiyati tedbire karar verme yetkisi sınırlıdır. Karşı tarafa bildirilmeksizin ihtiyati tedbir başvurusu yapılmışsa, başvuruda bulunan, davaya ilişkin tüm meseleleri hatta aleyhine olan hususları da başvurusunda tam ve açık şekilde belirtmelidir; aksi takdirde tedbir reddedilir. Karşı tarafın yokluğunda verilen tedbir, tarafların katılımının sağlandığı ilk oturuma kadar devam eder. Bu oturumda da devamına karar verilirse, duruşmaya veya karara kadar devam eder[449].

---

[447] Anglo-Amerikan Hukuku'ndaki duruşma kültürünün Kıta Avrupası Hukuku'ndakinden çok farklı bir yapıya sahip olması sözlülük ilkesinden kaynaklanmaktadır. Duruşmalarda taraf davranışlarının hâkim ve yerine göre jüri üzerinde bıraktığı etkinin büyük bir önemi olduğu söylenmektedir (**Haye/Prevett**, s. 190).
[448] **Zuckerman** on Civil Procedure, s. 73 ve 172 vd.; **Louglin/Gerlis**, s. 494 vd.; **Andrews**, s. 778; **Haye/Prevett**, s. 190.
[449] **Haye/Prevett**, s. 192.

Uyuşmazlığın konusu herhangi bir mal ise, malın müsaderesi, yeddiemine tevdii ve mülkiyetin naklinin yasaklanması gibi tedbirlere karar verilmesi mümkündür. Asliye mahkemeleri ayrıca başvuruda bulunana belirli bir yerden delil elde etme ve bunlara el koyma yetkisi de verebilir. Bu çok sıkı kurallara bağlı bir usûl olup, ancak delillerin ortadan kaldırılma tehlikesinin bulunduğu durumlarda bir duruşma avukatının (*solicitor*) gözetiminde yapılmasına izin verilebilir. Ayrıca, yine asliye mahkemeleri tarafından davanın sonuçlanmasından evvel karşı tarafın elinde bulunan malları elden çıkarmasını önleyen tedbirlere (*freezing injunctions*)[450] de karar verilmesi mümkündür[451]. İngiliz hukukunda bu tedbirlere para alacaklarına ilişkin icra takiplerinin sonuçsuz kalmasına neden olan borçlu davranışlarına engel olmak amacıyla, ihtiyati hacze benzer ve onun işlevlerini görecek şekilde de karar verilebilmektedir[452].

Asliye mahkemeleri ayrıca gelir getiren malvarlığı üzerine bir kayyım atanmasına da karar verebilir. Tüm bu geçici hukukî koruma tedbirlerine, karar verilmesinden sonra ve fakat kararın icra edilmesi aşamasından önce de karar verilebilmesi mümkündür. İngiliz hukukunda kendi yedinde bulunan veya borçlu bulunduğu bir miktar para veya eşya üzerinde iki ya da daha fazla kişinin hak talebine maruz kalan şahsın bu kişilerden mülkiyetin tespitine ilişkin dava açmalarını talep etmesi *(interpleader)*, davaya müdahale talebinde bulunulması *(intervenor)*, topluluk davaları *(class actions),* hissedarlar ya da azınlık tarafından yöneticiler veya çoğunluk hissedarlar aleyhine açılan sorumluluk davası *(shareholder derivative actions*) ve mahkeme tarafından kendiliğinden hakkın tespitine karar verilmesi *(declaratory relief)* gibi özel usûller de bulunur[453].

---

[450] Yeni Usûl Kuralları'nın (CPR) 1999 yılında kabul edilmesine kadar bu tedbirler, adını ilk defa uygulanmış olduğu *Mareva Compania SA v International Bulkcarriers SA* (1980) 1 All ER 213 davasından alarak "Mareva injunctions" olarak anılmakta idi.
[451] **Haye/Prevett**, s. 193.
[452] **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 92 vd.
[453] **Haye/Prevett** , s. 193.

8. Duruşma Sonrası Usûl İşlemleri ve Kanun Yolu *(Post-Trial Proceedings, Applications and Appeals)*

Mahkeme ara kararları ve hükümleri, verildikleri tarih itibariyle geçerlidir. Para alacağına ilişkin ara kararları, aksi kararda belirtilmemişse alacak karar tarihinden ondört gün sonra muaccel olur. Paraya ilişkin kararlar, alacağın muaccel olması ile birlikte başka bir merasime gerek olmaksızın icra edilebilir hale gelirler. İngiliz medenî yargılama hukukunda her hüküm veya ara kararın mahkeme tarafından mühürlenmesi gerekir. Herhangi bir ara kararın mühürlenmesinden önce, taraflardan biri kararın yeniden gözden geçirilmesi için mahkemeye başvurabilir. Mahkeme ancak istisnaî durumlarda (örneğin, mahkeme açısından bağlayıcı ve kararını etkileyecek bir içtihatın sehven ileri sürülmemiş olması gibi), kararını gözden geçirir. Yeni ortaya çıkmış deliller de kararın gözden geçirilmesini gerektirir. Karar taraflardan birinin yokluğunda verilmişse, yokluğunda karar verilen tarafın kararı tebellüğ etmesinden itibaren yedi gün içinde kararın değiştirilmesi veya mühürlenmemesini talep etme hakkı mevcuttur. Mahkeme kararı mühürlendikten sonra, artık gözden geçirilmesi veya değiştirilmesi istenemez. Ancak mahkeme her zaman karardaki hataları veya eksikleri giderebilir ve taraflar da bunun için başvurabilir. Kural olarak, temyize "izin" ile (*permission to appeal*) başvurulabilir. İzin, ancak temyizin başarılı olması mümkün görülüyorsa veya temyize gidilmesini zorunlu kılan bir sebep mevcutsa verilir. İzin kararı veren mahkemeye yapılan bir başvuru ile alınır. Başvuruda bulunulmamışsa veya başvuru reddedilmişse, bu durumda başvuru temyizi inceleyecek olan mahkemeye yapılır. Kişi özgürlüğünü etkileyen kararların temyiz edilmesi için izin alınması gerekmez. Temyiz dilekçesinde temyiz sebepleri ve ilgili dava evrakı yeralır. Temyiz, alt derecedeki mahkemenin kararının gözden geçirilmesidir ve yeni delillerin ele alınmasına izin verilmez. Temyiz incelemelerinin çoğu, ilçe mahkemesi veya asliye hukuk mahkemesinde bulunan üst derece hâkimi tarafından yapılır. Çok yönlü yargılama usûlünde *(multi-track)* verilen mahkeme kararları ve özel yargılama usûllerinde verilen kararlar aleyhine Temyiz Mahkemesi'ne (*Court of Appeals*) başvurulur. Temyiz ancak alt derecedeki mahkemenin kararının ciddi usûlî bir hatadan veya sair bir hatadan dolayı yanlış veya haksız olması durumunda başarılı olabilir. İkinci veya müteakip temyiz

olarak adlandırılan temyiz de "izin" ile yapılabilir. İkinci temyiz, ancak önemli bir ilkenin veya kuralın ileri sürülmesi veya temyizin yapılmasını zorunlu kılan bir sebep bulunması halinde mümkündür[454]. İkinci temyizlerin tümü, ilk temyizin hangi mahkemeye yapıldığına bakılmaksızın Temyiz Mahkemesi'ne (*Court of Appeals*) yapılır ve temyiz izni de sadece bu mahkemeden alınabilir. Ticarî yargılamada temyize başvurulması mümkün değildir. Temyiz Mahkemesi kararlarına karşı ve asliye mahkemesinin özel önem taşıyan kararlarına karşı temyiz başvurusu ancak Lordlar Kamarası'na (*House of Lords*)[455] yapılır. Buna ilişkin izin ise, Temyiz Mahkemesi veya bu mahkemenin reddetmesi halinde Lordlar Kamarası tarafından verilir[456].

9. Masrafların Yükletilmesi *(assessment of costs)*

Hâkim kararı verdikten sonra, masraflar konusunu ele alır. Küçük talepler yargılama usûlü dışında, yargılama masrafları, vekâlet ücretleri ve sair masraflar kaybeden tarafa yükletilir. Temel kural, kazanan tarafın, kaybeden tarafın masraflarını ödemesidir. Masraflara ilişkin olan karardan sonra, kazanan tarafın bu masrafları tahsil etmek için, bu konuda bir anlaşma yoksa, icra yoluyla tahsili usûlüne başvurması gerekir[457].

III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI

A. GENEL OLARAK

Adalete erişim akımının etkisiyle son yıllarda yapılan hukuk reformlarından en ilgi çekici olanı, İngiltere ve Galler hukuk sisteminde yapılan ve 1999 yılında Hukuk Usûlü Kuralları ile Adlî Yardım Kanunu'nun[458] tamamen değiştirilmesine sebep olan

---

[454] Access to Justice Act (Adalete Erişim Kanunu) m. 55; **Sime**, s. 589.

[455] Yapısal Reform Yasası 2005 (*Constitutional Reform Act 2005*) ile Lordlar Kamarası'nın mahkeme statüsü ortadan kaldırılmış ve yerine en geç 2010 yılında faaliyete geçmesi öngörülen Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (*UK Supreme Court*) adı ile yeni bir mahkemenin temyiz mahkemesi olarak görev yapması esası getirilmiştir (**Malleson**, s. 21).

[456] **Haye/Prevett**, s. 195; **Sime**, s. 586; **Loughlin/Gerlis**, s. 580 vd.; **Partington**, , s. 223.

[457] **Haye/Prevett**, s. 196

[458] 1999 tarihli Adalete Erişim Kanunu ile İngiltere ve Galler adlî yardım sisteminde reform yapılmıştır Bkz. The Stationary Office Limited, *Explanatory Notes, Access to Justice Act*, London 1999, s. 4.

reformdur[459]. Bu reform, İngiltere ve Galler hukuk sisteminde yüz yılı aşkın bir süredir yapılan en köklü değişikliktir[460].

1994 yılında, o tarihte Temyiz Mahkemesi başkanı olan Lord Woolf, süregelen sorunları çözmek amacıyla çok pahalı, çok yavaş ve çok karmaşık olan yargılama hukuku sisteminde esaslı bir reform yapmak üzere görevlendirilmiştir. Sorunun duruşmada verilen yargısal kararlar değil, "mahkemeler tarafından verilen kararlara kadar olan süreçler" olduğu, yani "yargılama süreci" olduğu tespit edilmiştir. Lord Woolf tarafından yapılan gözden geçirmeyi izleyen bulgu ve reform tavsiyeleri, Adalete Erişim (*Access to Justice*) adı altında iki rapor[461] halinde yayınlanmıştır. Raporlarında Lord Woolf, medenî yargılama sisteminin temeline ilişkin esaslı değişiklikler önermiş ve bu önerileri büyük çoğunlukla kabul edilmiştir. Woolf reformlarının kabul edip uygulanmasının bir sonucu olarak, asliye mahkemelerinde ve ilçe mahkemelerinde uygulanan ayrı ayrı yargılama kuralları ortadan kaldırılarak, her iki mahkemeye de uygulanması öngörülen münferit kurallar bütünü, Usûl Kuralları 1999 (CPR) ile getirilmiştir. Usûl Kuralları (CPR), İngiliz medenî yargılama sisteminin esasını ve detaylarını içeren ve Woolf Reformlarını uygulamaya koyan esas araçtır[462].

Lord Woolf'un reformları İngiltere'de bazı çevrelerce tereddütle karşılansa da, genel olarak, hukuk usûlünde bir reformun gerekli olduğu ve gerek hukukçuların gerekse de vatandaşların, bireylerin ihtiyaçlarını karşılayacak, erişilebilir ve masrafları

---

[459] **Gillespie**, s. 1 vd.; **Partington**, s. 205 vd.; **Ward**, Richard**/Wragg**, Amanda: Walker&Walker's English Legal System, Ninth Edition, Oxford University Press, 2005,s. 425-435; **Loughlin/Gerlis**, s. 1 vd.

[460] Bkz. Blackstone's Guide to the Civil Procedure Rules, (Editor-in-Chief, Charles **Plant**), London 1999, s. 1; **Brown**, Henry **/ Marriott**, Arthur *ADR Principles and Practice*, London 1999, s. 21. **Murray/Stürner**, s. 645. Yazarlar, Alman stili medenî yargılama ile Anglo-Amerikan medenî yargılama sistemleri arasındaki gelecekteki yakınlaşma umuduna Woolf Reformu ile çok önemli bir destek sağlandığını ifade etmişlerdir.

[461] Bunlardan ilki 1995'de yayınlanan Geçici Rapor *(Interim Report)*, diğeri de bir dizi taslak usûl kuralları eşliğinde Temmuz 1996'da yayınlanan Nihaî Rapor *(Final Report)*'dur.

[462] Bkz. Access to Justice *Interim Report* ve Access to Justice *Final Report*; **Johnson**, Adam: "Civil Litigation in England-The Impact of Lord Woolf's Reforms", JIBL 1999, 14 (7), s. 201; **Peysner**, John**/Seneviratne**, Mary: "The Management of Civil Cases: A Snapshot", CJQ 2006, 25 (JUL), s. 312; **Murray/Stürner**, s. 645. Yazarlar, bu kuralların İngiliz medenî yargılamasını, Kıta Avrupası Sistemi'ne doğru önemli şekilde yakınlaştırdığını belirtmişlerdir.

makûl ölçüde olan bir uyuşmazlık çözüm sistemine ihtiyaç duydukları kabul edilmiştir[463]. Lord Woolf'un görevlendirilmesinin arkasında yatan gerçek, yeterli şekilde adalete erişimin sağlanamaması, sistemin etkisiz ve verimsiz olması sonucunu doğuran medenî yargılamanın çok pahalı, çok yavaş ve çok karmaşık olduğuna dair Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ndeki inançtır. Lord Woolf, medenî yargılamanın önemini idrak etmiştir. Hazırlamış olduğu Geçici Rapor (*Interim Report*) vatandaşların medenî hakları ve yükümlülükleri yerine getirme konusunda anayasal bir hak olarak adalete erişime[464] ilişkin bir taahhüt ile başlamaktadır[465]. Bulgularını yayınlamadan önce, Lord Woolf geniş bir danışma programı düzenlemiş ve nüfusun büyük çoğunluğunun görüşlerini alabilmek için halk seminerleri tertip etmiştir. Halihazır sistemle ilgili yaygın bir tatminsizlik olduğunu görmüş ve sisteme ilişkin aksaklıkların adalete erişimi engellediği inancına sahip olmuştur. Dava konusunda uzmanlaşmış avukatların bile, eski yargılama sisteminde olduğu gibi durumun devam edemeyeğini kabul ettikleri sonucuna varmıştır[466].

Lord Woolf'un Adalete Erişim Raporu'nun yayınlanmasından önce, İngiltere'de medenî yargılamanın çeşitli cepheleri ve mahkemelerin işleyişi üzerine altmış adet rapor hazırlanmıştır. Lord Woolf sistemin reforme edilmesine ilişkin önceki denemelerin bunların yetersiz olmalarından değil, parça parça kabul edilmesinden kaynaklandığını belirtmiş[467]; Reform programını bir bütün olarak ortaya koymuş ve bütün olarak kabul edilmediği takdirde tasarlanan amaçlara ulaşılamayacağını öne sürmüştür[468]. Bu durumda, medenî yargılama sisteminde esaslı değişiklikler öngören Woolf Reformları çok küçük istisnalar ve değişiklikler ile kabul edilmiş ve uygulanmaya başlamıştır.

---

[463] Bkz. **Burn**, Suzanne: "The Civil Justice Reforms in England and Wales: Will Lord Wolf Succeed Where Others Have Failed?" Windsor Yearbook of Access to Justice 1999, Vol. 17, s. 221-229.
[464] Bu hususta ayrıntılı olarak bkz. yukarıda § 10, II, C.
[465] Interim Report, Bölüm 1.
[466] Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 17.
[467] Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 1.
[468] Interim Report, Bölüm 4, Paragraf 29.

B. SORUNLAR VE NEDENLERİ

Raporunda Lord Woolf, o zamanki medenî yargılama sistemi sorunlarını, bu sorunların nedenlerini ve çözüm önerilerini ortaya koymuştur. Woolf, medenî yargılama sisteminin nasıl örgütlenmesi gerektiğini analiz ederek işe başlamış; buna göre öncelikle ideal sistemi tanımlamıştır[469].

1. İdeal Sistem

Adalete erişimin sağlanması için medenî yargılama sisteminin sahip olması gereken temel prensipleri ortaya koymuştur. Woolf'a göre, ideal sistem şöyle olmalıdır: (1) Sonuçta verilen hüküm adaletli olmalıdır; (2) Yargılama usûlü adil olmalıdır; (3) Dava yolu, makûl masraflarla uygun yargılama usûlleri sunmalıdır; (4) Davalar makûl bir süratle çözülmelidir; (5) Yargılama usûlleri taraflarca anlaşılabilir olmalıdır; (6) Yargılama usûlleri tarafların ihtiyaçlarını karşılamalıdır; (7) Yargılama usûlleri davaların imkân tanıdığı ölçüde belirlilik taşımalıdır ve nihayetinde; (8) Yukarıda belirtilen prensiplerin işleyişini sağlamak için etkin, yeterli kaynaklara ve örgütlenmeye sahip olmalıdır. Lord Woolf, önceki yargılama sisteminin bu temel prensipleri karşılamadığını düşünmüştür[470].

2. Sorunlar

a. Genel Olarak

Lord Woolf mevcut sistemde: (1) Yargılama usûllerinin, bir davada yapılan masrafların, çoğu zaman talep konusunun değerini bile aşacak kadar yüksek olduğunu; (2) Yargılama usûllerinin, davaların sonuçlandırılmasında çok yavaş kaldığını, taraflar arasında eşitliği sağlayamadığnıı, zengin ve güçlü olan kişilerle, malî kaynakları kısıtlı kişiler arasında eşitlik bulunmadığını; (3) Yargılama usûllerin çok belirsiz olduğunu, bir dava açıldığında, yargılamada ne kadar masraf yapılacağının ve davanın ne kadar süreceğinin tahmin edilmesindeki güçlüklerin, tarafların tereddüt içinde kalmasına yol açtığını; (4) Yargılama usûllerinin, davalarda taraf olan kişilerin bir çoğu bakımından

[469] **Gillespie**, s. 412 vd.; **Partington**, s. 205 vd.; **Ward/Wragg**, s. 425-435; **Loughlin/Gerlis,** s. 1 vd.
[470] Interim Report, Bölüm 1, paragraf 3; Nihaî Rapor, Kısım 1, Paragraf 1.

karmaşık ve anlaşılmaz nitelikte olduğunu; (5) Yargılama usûllerinin bu eksikliklerine ilâve olarak, yargı sisteminin örgütlenmesinin aşırı derecede dağınık olduğunu, bunun ise sistemin idaresinden sorumlu tek bir merci bulunmamasından kaynaklandığını, tespit etmiştir. Diğer taraftan, davalar taraflarca yürütüldüğü için, yargılamanın aşırı ölçüde taraf hâkimiyetine dayanan (*adversarial*) bir yapıya sahip olduğunu ve mahkeme kurallarının çoğunlukla taraflarca önemsenmediğini ve mahkeme tarafından da uygulanmadığını ortaya koymuştur[471].

b. Taraf Hâkimiyeti (Adversarial) Sistemi

Lord Woolf, sınırsız taraf hâkimiyetinin egemen olduğu önceki medenî yargı sisteminin, adalete erişimin sağlanması için gerekli olduğuna inandığı temel prensiplere uygun olmadığı sonucuna varmıştır. Eski yargılama kuralları işleyişinde, taraf hâkimiyetinin egemen olduğu sistem, yargılamanın yürütülmesinin sorumluluğunu tarafların elinde kendi gidişatına bırakmıştır. Hâkim tamamen hakem rolünde hareket ederek, tarafların mahkeme önüne getirmeyi seçtikleri meselelerde karar vermektedir[472].

Lord Woolf, yargılama süreci ve yargılamanın yürütülmesi sadece taraf kontrolüne bırakıldığında, yargılama sürecinin hiç bir kuralın uygulanmadığı bir savaş alanı haline geleceğini, böyle bir ortamda, masraf, gecikme, uzlaşma ve hakkaniyet meselelerinin ancak çok düşük bir önemi olabileceğini ifade etmiştir. Sonuç ise, masrafın çok aşırı, oransız ve tahmin edilemez olması; gecikmenin ise sıklıkla nedensiz olmasıdır[473]. Bu kötülüklerin sonucu olarak sayılan örnekler davada ihtilaflı gerçek meselelerin ortaya konulamamasını, belgelerin aşırı ve verimsiz teati edilmesini ve bilirkişiler üzerinde taraflı baskılar yapılması sonucunu getirmiştir[474]. İş/zaman

[471] **Andrews**, Synopsis, s. 31 vd.; **Jolowicz**, s. 281 ve 285 vd.; Access to Justice, Final Report, Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, Overview (Çev.**Özbek**, Mustafa*)*, London 1996, s. 2-12.
[472] Interim Report, Bölüm 4,Paragraf 1; **Andrews**, Synopsis, s. 33 vd.; **Loughlin/Gerlis**, s. 2 vd.
[473] Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 4.
[474] Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 8-11.

çizelgeleri ve sair gereklilikler dikkate alınmamış ve taraflardan birinin menfaati gerektirdiği zaman bunlara uyulmuştur[475].

c. Dava Masrafları

Lord Woolf, bireysel olarak dava yoluna başvuranlar bakımından davanın karşılanamaz masraflarının bu kişilerin adalete erişimlerinin reddi anlamını taşıyacağını ifade etmiş[476]; maliyeti sadece malî terimler açısından değil, fakat zaman terimleri ve normal faaliyetlerden sapma anlamında da ele almıştır. Woolf, masraf sorununun belirsizlik sorununu da kapsadığını, zira tahakkuk eden adlî masrafların yargılama sürecinin kontrol edilemez tabiatından kaynaklandığını ifade etmiş[477]; özellikle yargılama masraflarının dava konusuna eşit olduğu veya aştığı daha küçük davalarda oransız masraflar meselesini de ortaya koymuştur[478]. Lord Woolf, en sonunda Raporunu yazdığı zamanda mevcut olan sistem çerçevesinde, yargılamanın etkin olarak kontrol edilmediğinde masrafların da etkin olarak kontrol edilemeyeceği sonucuna varmıştır[479].

d. Gecikme

Lord Woolf, eleştirilerinde hukuk mesleğini gecikme kapsamında ele almıştır. Gecikmenin taraflardan çok vekillere yaradığını; zira, mümkün olan azami zaman sürecinde asgari harekette bulunularak davanın taraflarına aşırı yük yüklenmesine sebep olduğunu belirmiştir[480]. Gecikmelerin çoğuna davanın verimli bir şekilde ilerleyememesinden, yan meseleler üzerinde vakit kaybedilmesinden, karşı tarafın yıpratılmasına yönelik usûlî çatışmalardan kaynaklı hukuk mesleğinin neden olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca davada aşırı belge teatisini ve arkasından koşulan bilirkişileri de eleştirmiştir[481]. Yargılamanın çok geç bir aşamasında uzlaşmaya varılması alışkanlığının sisteme yayılmış olduğunu, ancak bunun taraflara önemli miktarlarda ek yük getirdiğini

[475] Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 6.
[476] Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 13.
[477] **Loughlin /Gerlis**, s. 3; **Peysner/Sereviratne**, s. 321 vd.
[478] Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 18.
[479] Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 24; **Jolowicz**, s. 285.
[480] Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 31; **Loughlin /Gerlis**, s. 3; **Jolowicz**, s. 285.
[481] Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 36; **Loughlin /Gerlis**, s. 3..

belirtmiştir[482]. Duruşma tarihi belirlenmesi bakımından bir belirsizlik bulunduğunu, zira tarafların zaman tahminlerinin gerçekle bir ilgisinin olmadığını, bu durumun duruşma için hiç bir plan ya da program yapılmadığı gerçeğine dayandığını ve kilit meseleler ve kilit delillere konsantre olunması yönünde hiç bir çaba da sarfedilmediğini belirtmiştir[483].

e. Karmaşıklık

Lord Woolf tarafından medenî yargılamada meydana gelen karmaşıklığın sebepleri olarak şunlar gösterilmiştir: (a) mahkeme kurallarının halihazır durumu; (b) asliye mahkemeleri ile ilçe mahkemeleri için ve hatta asliye mahkemelerinin farklı kısımları için farklı usûl ve yetkilerin mevcut olması; (c) yargılamanın başlatılması için birçok usûl bulunması; (d) uygulama direktiflerinin çokluğu ve çeşitliliği; (e) maddî hukukun engelleyici ve belirsiz oluşu[484].

Lord Woolf, davanın taraflarına giderek daha az hukukî tavsiye ve yardımda bulunulduğu gerçeğine, aşırı masrafa ve sınırlı adlî yardıma bağlı olarak, tarafların bireysel olarak hareket etmek zorunda bırakılmakta olduğunu, karmaşıklık yüzünden bireysel olarak hareket eden tarafların usûlü anlayamadığını ve mahkemeler ile sorun yaşamakta olduklarını ifade etmiştir[485].

IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI

A. REFORM'UN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Yeni Sistem ve buna ilişkin mevzuat ile getirilen en önemli değişiklikler olarak şunlar söylenebilir:

---

[482] Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 38; **Loughlin /Gerlis**, s. 3..
[483] Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 42-43.
[484] Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 44 ve ayrıca **Loughlin /Gerlis**, s. 4 vd.; **Jolowicz**, s. 285
[485] Interim Report, Bölüm 3, Paragraf 45-47.

1. Üç aşamalı bir sistemin kabulü:

Küçük talepler usûlü *(small claims track)*	: 5,000 Sterlin'e kadar olan davalar
Seri yargılama usûlü *(fast track)*	: 5.000 Sterlin ila 15.000 Sterlin arası
Çok yönlü yargılama usûlü *(multi-track)*	: 15.000 Sterlin üzeri veya karmaşık davalar

Geçici Raporda (*Interim Report*), mahkemelerin, tarafların yardımıyla dava yönetiminden sorumlu olmaları esasına dayanan bir reform öngörülmüştür. Mahkemeler, davaların mahiyetine uygun olan yargılama usûlünü re'sen belirlemeli ve gerçekçi bir yargılama takvimi oluşturmalıdır. Buna göre, ilk derecede davalar şu üç usûlden uygun olanına sevk edilmelidir: (1) 5.000 Sterlin'in altında kalan davalar, geliştirilmiş bir küçük talepler yargılama usûlüne (*small claims procedure*); (2) 5.000 Sterlin ile 15.000 Sterlin arasında kalan ve karmaşık olmayan davalar, kesin olarak sınırlandırılmış yargılama usûllerinden, kesin bir yargılama takviminden (yirmi-otuz haftalık bir yargılama) ve sabit yargılama giderlerinden oluşan yeni bir seri yargılama usûlüne (*fast track procedure*); (3) 15.000 Sterlin'in üstündeki davalar ve karmaşık davalar için mahkemenin yönetimine bırakılan ve standart ya da davaya göre oluşturulmuş direktiflerin uygulandığı yeni bir çok yönlü yargılama usûlüne *(multi track procedure)*[486].

2. Münferit kurallar bütünü içinde usûlün basitleştirilmesi amacıyla hem asliye mahkemeleri hem de ilçe mahkemelerine uygulanacak olan tek kurallar bütününün kabul edilmesi (örneğin davanın açılmasında tek bir metodun esas alınması ve buna ilişkin formlar oluşturulması).

3. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının (ADR) teşvik edilmesi (örneğin, tarafların bu yola başvurabilmesi için hâkimin yargılamaya ara verebilmesi).

4. Davaların sıkı zamanlama çizelgelerine bağlanması (örneğin, seri yargılama usûlünde, ilgili usûle yapılan tahsisten itibaren otuz hafta içinde duruşma günü verilmesi).

5. Davanın yürütülmesi üzerinde daha fazla kontrol sahibi olan hâkimin talimatlar vererek, zamanlama çizelgesi hazırlayarak, duruşma öncesi gözden geçirme

[486] Access to Justice, *Final Report*, s. 2-12.

(*pre-trial review*) esnasında yapılan bir dava yönetimi görüşmesinde ön meseleler hakkında karar vererek yargısal dava yönetimini (*judicial case management*) gerçekleştirmesi.

6. Davanın taraf hâkimiyetinin egemenliğinden uzaklaştırılması.

7. Davaların ele alınması sırasında oranlılığın gözetilmesi.

8. İletişim teknolojilerinden yararlanılması.

9. Davacıların da uzlaşma teklifinde bulunabilmesi (davalıların bulunabildiği gibi)[487].

B. REFORM İLE GETİRİLEN ÇÖZÜMLER

1. Yargısal Dava Yönetimi (*Judicial Case Management*)

Medenî yargılama sisteminin adalete erişim sağlama konusunda başarısız olmasının temel nedeninin sınırlandırılamamış taraf hâkimiyeti olduğu varsayılırsa, bu durumda yargısal dava yönetiminin bu sorunun birincil yanıtı olduğu ifade edilmiştir. Lord Woolf taraf hâkimiyetine dayalı sistemin tamamen ortadan kaldırılmasını savunmamıştır; önerisi taraf hâkimiyetine dayalı sistemin korunması ile birlikte mahkemeye daha müdahaleci bir yönetim rolü verilerek, taraf hâkimiyetine dayalı sistemin aşırılıklarının kontrol edilmesidir[488].

Lord Woolf yargılamanın yönetimi sorumluluğunun taraflar ve vekillerinden alınıp mahkemeye verilerek temel bir yer değiştirme yapılmasından başka alternatif olmadığını[489] ve bu durumun medenî yargılama sistemi aktörleri için radikal bir kültür değişikliği gerektireceğini ifade etmiştir[490]. Yargısal dava yönetiminin sadece mahkemenin yargılamanın safahatını kontrol edebilmesi değil; aynı zamanda mahkemenin kaynaklarının ne kadarını önündeki davaya tahsis edeceğini tespit

---

[487] **Zuckerman**, s. 32 vd.; **Andrews**, Three Aspects, s. 1-26.; **Andrews**, Neil: "The New English Civil Procedure Rules (1998)", (ed. **van Rhee**, C.H.), European Traditions in Civil Procedure, Intersentia Antwerpen-Oxford, 2005, s. 161 vd.); **The Times**, 2 May, 2000.

[488] Interim Report, Bölüm 5, Paragraf 15. Bu konuda bkz. **Gillespie**, s. 412 vd.; **Partington**, s. 205 vd.; **Ward/Wragg,** s. 425-435; **Loughlin /Gerlis** s. 4 vd.

[489] Interim Report, Bölüm 4, Paragraf 2.

[490] Interim Report, Bölüm 4, Paragraf 4.

edebilmesi anlamına da geldiğini ve bunların birincil olarak davaların mahkemeler tarafından dava yönetimi suretiyle bir dava yönetim usûlüne tahsis edilmesi ile gerçekleşebileceğini ifade etmiştir[491]. Lord Woolf'a göre yargısal dava yönetimi meselelerin daha evvel tespiti ile daha erken uzlaşma sağlanmasını kolaylaştıracağını ve teşvik edecektir[492].

2. Hâkim Olan Amaç (*Overriding Objective*)

Yeni Usûl Kuralları'nın önemli ve ayırtedici yeniliğinin, mahkemelerin davaları adaletli bir şekilde ele almasına olanak sağlayacak hâkim amacın (*Overriding Objective*)[493] getirilmesi olduğu ifade edilmiştir. Yeni Usûl Kuralları (*CPR*) medenî yargılamaya kesinlik getirmemiş, aksine mahkemeye, kuralların belirli bir davaya uygulanmasında ve yorumunda, Usûl Kuralları içinde yeralan hâkim olan amaç (*Overrriding Objective*) doğrultusunda bir takdir hakkı vermiştir[494]. Diğer bir deyişle, belirli bir davada *case law* içtihatları bolluğu temeline dayalı kurallar çevresinde gelişmiş karmaşık bir yargılama sisteminin engellenmesi ve adaletin gerçekleştirilmesi için, Yeni Usûl Kuralları'nın uygulanmasının kolaylaştırılması amaçlanmıştır. Yeni Usûl Kuralları'nda bu durum hâkim olan amaç olarak adlandırılmıştır.[495].

3. Yaptırımlar

Yargısal dava yönetiminin, ceza empoze edilmesi yerine, kuralların ihlal edilmesini engelleme amacı taşıyan yaptırımların kullanılması suretiyle

---

[491] Interim Report, Bölüm 4, Paragraf 8.
[492] Interim Report, Bölüm 4, Paragraf 12.
[493] Final Report, Bölüm 5, Paragraf 11'de hâkim olan amaç (Overriding Objective); *"(1) Kuralların hâkim olan amacı, mahkemenin davayı adaletli bir şekilde ele almasına olanak sağlamasıdır (2) Mahkeme, Kuralları, hâkim olan amaç çercevesinde uygular (3) Davanın adaletli bir şekilde ele alınması, (a) mümkün olduğunca taraflara eşit şekilde davranılmasının sağlanmasını, (b) masraflardan tasarruf edilmesini, (c) davanın, (i) uyuşmazlık konusu miktar ile (ii) davanın önemi ile (iii) meselenin karmaşıklığı ile (iv) tarafların ekonomik durumu ile, orantılı olarak ele alınmasını (d) davanın hızlı bir şekilde görülmesinin temin edilmesini, (e) mahkeme kaynaklarının uygun ve oranlı bir kısmının davaya tahsis edilmesini ifade eder.*" şeklinde düzenlenmiştir.
[494] Interim Report, Bölüm 20, Paragraf 20.
[495] **Zuckerman**, s. 3 vd; **Andrews**, English Civil Procedure, s. 25 vd..

gerçekleştirilmesi ve taraflardan birinin ihlâlinin ciddiyetine uyacak biçimde şekillendirilmiş bir dizi yaptırım getirilmesi öngörülmüştür[496].

4. Oranlılık

Mevcut medenî yargılama sisteminde oranlılık anahtar kavramdır. Lord Woolf'un bakışına göre, doğru sonuca ulaşılması, o sonuca ulaşmak için harcanan zaman ve para ile dengelendirilmek zorunda olduğu gerçeğini de kapsamaktadır[497] Tehlikede olanın miktar ve öneminin de, bir uyuşmazlığın çözülmesi için hem karşı tarafa yükletilecek yargılama masrafları hem de mahkemenin zamanı, kaynakları ve usûlü bakımından ne kadar zaman ve masraf tahsis edilmesi gerektiğini belirleyeceği anlamına gelir. Yargılama başlatıldığında, daha sonra bundan sapmanın zor olacağı önceden belirlenmiş bir iş/zamanlama çizelgesi hazırlanması esastır. Mahkemeler sadece belirli bir zamanda önlerine gelmiş dava taraflarını değil, mahkeme sistemindeki diğer tüm dava taraflarını gözönüne almalıdır. Dahası, yargısal dava yönetimi ile, belgelerin karşılıklı olarak teati edilmesi ve deliller, bir ihtilafın ortadan kaldırılması düşüncesi ile adaletli ve uygun olanla sınırlandırılmalıdır[498].

Lord Woolf'un görüşüne göre, masrafların oranlılığı ilkesi, bilirkişi delilinin çerçevesinin daraltılması gerekliliğini de beraberinde getirmek zorundadır[499]. Bilirkişi delilinin sınırlandırılmasının kilit metodu, taraflarca müşterek olarak kararlaştırılmış, ancak tarafsız olan ve mahkemeye karşı sorumlu tek bir bilirkişi (*single joint expert*) kullanılması suretiyle gerçekleştirilebilir[500].

5. Tek Usûl Kanunu

Mevcut yargılama kurallarının karmaşıklığını ortadan kaldırmak için Lord Woolf, hem asliye mahkemelerine hem de ilçe mahkemelerine uygulanacak tek kurallar

[496] Final Report, Bölüm 6, Paragraf 23.
[497] Interim Report, Bölüm 4, Paragraf 6.
[498] Interim Report, Bölüm 4, Paragraf 7.
[499] Final Report, Bölüm 13, Paragraf 15.
[500] Final Report, Bölüm 23.

bütününü ortaya koymuştur. Kuralların yalın bir dille basit şekilde kaleme alınması ve özel yargılama kurallarının asgariye indirilmesi öngörülmüştür[501]. Global bir bakış açısından, kişisel olarak başvuracak dava tarafları da dahil olmak üzere, kurallar onları kullanacak olanlarca anlaşılır olmalıdır. Hatta Lord Woolf, avukat olmayanlar bakımından anlamsız ve karmaşık olan terminoloji ve terimlerin yeni kurallarda kullanılmaması önerisinde dahi bulunmuştur. Lord Woolf, terminoloji değişikliğinin ve hukuk jargonundan uzaklaşmanın, hukuk mesleği içinde tavır ve kültür değişikliğinin de altını çizeceğine de işaret etmiştir[502]. Yargılama sürecinin daha da basitleştirilmesi için, tüm yargılama usûllerinin aynı şekilde bir talep formu ile başlatılması doğru olacaktır[503].

6. Dava Yoluna Gidilmesinin Önlenmesi

Lord Woolf, yargılamanın yeni sisteminin işleyen amaçlarından birinin de tarafların mahkemeye gitmeden, uygun gördükleri bir zamanda ihtilaflarını halletmek olduğunu belirtmiştir. İhtilafların dava öncesi çözümü vurgulanmış, ancak yargılamanın başlatılması mutlaka gerekli hale gelmişse, erken safhada uzlaşmaya varılmaya çalışılması konusunda taraflara bir sorumluluk yüklenmiştir. Ayrıca mahkeme dışında ihtilafların çözümüne dair alternatif bir metod mevcutsa, mahkeme yoluna başvurulmadan bunun denenmesi öngörülmüştür[504]. Lord Woolf son yıllarda, ülke içinde ve dışında, alternatif uyuşmazlık çözümü (*ADR*) konusunda gelişmeler olduğunu ifade etmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözümü (*ADR*), mahkeme yargılamasına alternatif olan muhtelif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının jenerik ismidir; tahkim, ombudsman, uzlaşma ve arabuluculuk imkânlarını kapsamaktadır. Sınırlı adlî ve sair kaynaklarda tasarruf sağladığı, daha hızlı ve ucuz olduğu ve çoğunlukla taraflar açısından mahkemeden daha tatminkâr bir sonuç sağladığı için Lord Woolf, alternatif uyuşmazlık çözümünden (*ADR*) övgüyle bahsetmiştir[505].

---

[501] Final Report, Kısım 1, Paragraf 9.
[502] Final Report, Bölüm 20, Paragraf 14.
[503] Final Report, Kısım I, Paragraf 9.
[504] Interim Report, Bölüm 4, Paragraf 7.
[505] Interim Report, Bölüm 18, Paragraf 1,2.

Buna göre, yararlı olacağı düşünülen durumlarda, yargısal dava yönetimine, davaların alternatif uyuşmazlık çözümlerine (*ADR*) yönlendirilmesi de dahildir[506]. Lord Woolf, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin (*ADR*) aktif olarak kullanılmasını teşvik etmesine rağmen, zorunlu olmasını önermediğini de ayrıca vurgulamıştır[507]. Lord Woolf ayrıca, uzlaşmayı ve ihtilafların erken çözümünü teşvik etmek için tasarlanmış yeni usûller de önermiştir. Bunlar davacının da uzlaşma teklif edebilmesi[508], süratli usûl ile karar verilmesi için davalının başvurusu[509] ve yargılamanın çeşitli safhalarında müvekkillerine ve karşı tarafa masraflarla ilgili bilgi vermek konusunda vekillere getirilen sorumluluk[510] olarak sayılabilir.

7. Medenî Yargılama Kültüründe Değişim

Reformların etkili olması için, Lord Woolf sadece kural ve usûllerin reforme edilmesini değil, fakat aynı zamanda medenî yargılama kültüründe değişiklik yapılmasının gerektiğini de ifade etmiştir. Geleneksel taraf hâkimiyetine dayalı yaklaşım yerine, davanın başlangıcından itibaren taraflar arasında bir açıklık beklentisinin bulunduğu bir işbirliği oluşturulması ve mahkemenin uyuşmazlığın çözüm için son çare olduğu inancının yerleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu yeni kültürün, dava öncesinde makûl davranış standartları getiren dava öncesi delil inceleme protokolleri (*pre-action protocols*) ile desteklenmesi öngörülmüştür. Taraflardan bu protokollere uymaları ve bunları uygulamaları beklenecek ve bu kültür dava öncesi gönüllü bilgi değişimini ve ihtilaflı meselelerin en erken aşamada belirlenmesi hususlarını da kapsayacaktır[511] .

---

[506] Interim Report, Bölüm 5, Paragraf 17.
[507] Interim Report, Bölüm 18, Paragraf 3.
[508] Interim Report Bölüm 4, Paragraf 27, Nihaî Rapor, Bölüm11.
[509] Interim Report Bölüm 4, Paragraf 28, Bölüm 6, Paragraf 17-21.
[510] Interim Report Bölüm 4, Paragraf 7.
[511] Final Report, Kısım I, Paragraf 9; **Peysner/Sereviratne**, s. 313.

C. YENİ USÛL KURALLARI (CPR) VE REFORM'UN BAŞARISI

1. Yeni Usûl Kuralları'nın (*CPR*) Getirdikleri

Yeni Usûl Kuralları (*CPR*), Nisan 1999'da[512] Lord Woolf'un önerdiği yargılama sistemine ilişkin reformların esaslarının yürürlüğe konulması amacıyla kabul edilmiştir. Daha önce farklı şekillerde üzerinde durduğumuz üzere, Yeni Usûl Kuralları ile getirilen temel düzenlemeler şu şekilde sıralanabilir:

a. İlk Derecede Üç Aşamalı Sistem

Yeni Usûl Kuralları ile değeri 5,000 Sterlin'e kadar olan davalar bakımından küçük talepler usûlü *(small claims track),* değeri 5.000 Sterlin ila 15.000 Sterlin arası davalar bakımından seri yargılama usûlü *(fast track)* ve değeri 15.000 Sterlin üzeri veya karmaşık davalar bakımından ise çok yönlü yargılama usûlü *(multi-track)* öngörülmüştür. Asliye mahkemelerinin görevi 50.000 Sterlin ve üzeri uyuşmazlıklarla sınırlandırılmıştır[513] .

b. Yargısal Dava Yönetimi

Yeni Usûl Kuralları, yargısal kontrolü taraflar ve avukatlarından alarak mahkemeye devretmiştir. Bu değişiklik ile tarafların ve vekillerinin ön yargılama safhasındaki yetersizlikleri bertaraf edilmeye çalışılmıştır[514].

c. Belgelere Dayalı Delil Açıklaması ve İkamesinin Sınırlandırılması

Yeni Usûl Kuralları, standart delil açıklaması ve ikamesi (*standard disclosure*) düzenlemesi getirerek, belgelere dayalı delil açıklaması ve ikamesini sınırlandırma girişiminde bulunmuştur. Tarafların, kendi dayanacakları delilleri, davayı kendi

---

[512] SI 1998/3132, yürürlük tarihi 26 Nisan 1999. Kanuni temeli İngiliz Parlementosu'nun 1997 tarihli Usûl Kanunu (Civil Procedure Act 1997) yasama çalışmasına dayanmaktadır (**Loughlin/Gerlis**, s. 9).

[513] Ayrıntılı olarak bkz. § 11, IV, A. Ayrıca bkz. **Andrews**, European Traditions, s. 168. Yazar, bu ayırım sonucu ilçe mahkemelerinin genellikle küçük talepler yargılama usûlü ve seri yargılama usûlünü uyguladıklarını, göreceli olarak da zaman zaman çok yönlü yargılama usûlünü uyguladıklarını, asliye mahkemelerinin ise önemli ve karmaşık davalara bakmaları sebebiyle sadece çok yönlü yargılama usûlünü uyguladıklarını ifade etmiştir.

[514] Bkz. § 11, IV, B, 1. **Andrews**, European Traditions, s. 168.

aleyhlerine etkileyecek delilleri veya karşı tarafı destekleyecek delilleri açıklamaları ve ikame etmeleri düzenlenmiştir[515].

d. Delillerin Sınırlandırılması

Seri yargılama usûlünde ve çok yönlü yargılama usûlünde, hâkime tanınan dava yönetimi yetkileri sonucunda, mahkemeye duruşmada değerlendirilecek delillerin kapsamı ve türünü sınırlandırma yetkisi verilmiştir. Ancak bu yapılırken, taraflara dava ve savunmalarını ortaya koyma ve geliştirme konusunda eşit imkanlar sağlanmasına azami derecede özen gösterilmesi esası da getirilmiştir[516].

e. Temyiz

Temyize izinle başvurulabilmesi esası getirilmiştir[517]. Temyiz mahkemesi hukuka uygunluk denetimi yapmaktadır. Ancak, temyiz ile duruşmada tanıkların çapraz sorgulanması sonucunda hâkim tarafından ortaya konulmuş bulunan bulguların yeniden gözden geçirilmesi sözkonusu değildir[518].

f. Müşterek Şekilde Tayin Edilmiş Bilirkişi *(Single Joint Expert)*

Yeni Usûl Kuralları tarafların üzerinde karşılıklı olarak mutabık kaldıkları müşterek şekilde tayin edilmiş bilirkişi (*single joint expert*) kavramını getirmiştir. Bu şekilde belirlenmiş bilirkişiden alınan raporun mahkemece esas alınması öngörülmüştür. Ancak büyük meblağlı ve önemli davalarda her iki tarafça da ayrı ayrı bilirkişi belirlenmesi (*party appointed expert*) ve bunlardan ayrı ayrı rapor alınması usûlü hâlâ geçerlidir[519].

---

[515] **Andrews**, European Traditions, s. 168.
[516] **Andrews**, European Traditions, s. 168.
[517] Ayrıntılı olarak bkz. yukarıda § 11, II, B, 8.
[518] **Andrews**, European Traditions, s. 169.
[519] **Andrews**, European Traditions, s. 170.

g. Sulh Teklifi

Önemli bir yenilik olarak, sulh tekliflerinin artık sadece davalılar tarafından değil, davacılar ve potansiyel davacılar tarafından yapılmasına da imkân sağlanmıştır[520].

h. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (ADR)

Yeni Usûl Kuralları'nın kabul edilmesinden sonra alternatif uyuşmazlık çözümlerine, arabuluculuk ve sair yöntemlere daha fazla başvurulduğu gözlemlenmiştir. Bu da dava sayısında azalmaya sebep olmuştur[521]. Ancak daha sonra alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvurulmasında ve uygulanmasında azalma gözlemlenmiştir[522]

2. Yeni Usûl Kuralları'nın (CPR) Değerlendirilmesi

Yeni Usûl Kurallarının (CPR)'nin Lord Woolf'un hedeflediği amaçlara ulaşıp ulaşmadığı tartışma konusudur. Lordlar Kamarası Başkanı'nın (Adalet Bakanı) Dairesinde[523], adlî yargı reformlarının etkilerini izlemek için, anket formları, araştırma programları ve pilot uygulamaları yapılmıştır. Buna ilişkin sonuçlar, iki dosya[524] halinde yayınlanmıştır. Her iki dosyada da reformların iyi işlediğine ve kültür değişimi sağlanmasında başarılı olduklarına dair genel bir bakış açısı yeralmıştır. Yeni Usûl Kuralları (CPR) ile getirilen birtakım yeniliklerin desteklendiği görülmüş (örneğin, dava öncesi delil inceleme protokollerinin, davacının sulh teklif edebilmesinin, bilirkişi ve dava yönetimi görüşmelerinin), hepsinin iyi işlediği belirtilmiştir[525].

---

[520] Ayrıntılı olarak bkz. yukarıda § 11, IV, A, 5 ve ayrıca bkz. **Andrews**, European Traditions, s. 171.
[521] **Andrews**, European Traditions, s. 171.
[522] Further Findings, s. 2.
[523] 12 Haziran 2003 tarihinden itibaren Anayasal İşler Dairesi'ne geçmiştir (**Louglin/Gerlis**, s.7).
[524] Gözden Geçirme Raporu (*Emerging Findings)(* www.dca.gov.uk/civil/emerge/emerge.htm Department of Constitutional Affairs of UK) adı ile yayınlanan ilk sonuçlar, Sonraki Gözden Geçirme Raporu (*Further Findings)* (www.dca.gov.uk/civil/emerge/emerge.htm Department of Constitutional Affairs of UK) adı ile yayınlanan dosyada teyit edilmiştir.
[525] **Gladwell**, David: "Modern Litigation Culture: The First Six Months of the Civil Justice Reforms in England and Wales", CJQ 2000 19 (JAN) s. 12 vd.; **Peysner/Sereviratne**, s. 315 vd.; **Loughlin/Gerlis**, s. 7.

İstatistikler, Yeni Usûl Kurallarının (CPR) getirilmesinden beri açılan davalarda düşüş olduğunu, kuralların getirilmesinden sonraki yıl, alternatif uyuşmazlık çözümleri'nin (*ADR*)[526] kullanılmasında önemli bir artış olmakla birlikte, daha sonra düşme yaşandığını göstermiştir. Davanın açılması ile duruşma arasında geçen sürenin yargısal dava yönetiminin sonucu olarak düştüğü belirtilse de, küçük talepler usûlüne tahsis edilen davalar bakımından arttığı görülmüştür. Bunun küçük talepler usûlü içindeki daha yüksek değerli dava sayısındaki artıştan kaynaklandığı hissedilmektedir. Temyize ilişkin yeni kuralların getirilmesini müteakip, dava yönetimi kararlarının temyiz edilmesinde keskin bir düşüş yaşandığı da belirtilmiştir. Ancak, Lord Woolf Reformu'nun kilit hedeflerinden biri olan yargılamanın daha az masraflı ve davanın karmaşıklığı ve değeri ile daha orantılı olması amaçlarına ulaşıldığına dair bir veri bulunmamaktadır. Esasında, mevcut olan durum yargılama maliyetinin arttığını göstermektedir. Ayrıca dava öncesi delil inceleme protokolleri (p*re-action protocols*) gibi reformlar da peşinen masraf ödenmesini gerektirdiği için eleştirilmiştir. Duruşma öncesi gözden geçirmelere (*pre-trial reviews*) hazırlık, bunlara katılma ve dava yönetimi oturumları (*case management conferences*), masrafları düşürmek yerine artırmıştır. Anayasal İşler Dairesi (*Department of Constitutional Affairs*) reformları değerlendirmeye devam etmiş ve 2004 yılında dava yönetimi, Temyiz Mahkemesi ve bireysel olarak başvuran taraflar üzerine bulgularını bir dosya halinde yayınlamıştır[527].

2. Reformun Başarısı

a. Lord Woolf'un Araştırması ile Vaadedilenler

1994 yılında, o tarihte Lordlar Kamarası Başkanı (Adalet Bakanı) olan Lord Mackay, adlî yargı reformuna katkısının mahkeme kurallarının gözden geçirilmesi ile asliye mahkemeleri ve ilçe mahkemelerinin farklı yargılama kurallarının entegre edilmesi ve daha basit kurallar bütünü içinde birleştirilmesi olacağını düşünerek, bağımsız ve radikal görüşleri ile tanınan Temyiz Mahkemesi Başkanı Lord Woolf'u görevlendirmiştir. Lord Woolf kendisine yardım etmek üzere, uzmanlardan oluşan bir

[526] **Peysner/Sereviratne**, s. 317.
[527] **Gladwell,** s. 13 ve 14; **Loughlin/Gerlis**, s. 7.

danışmanlar heyeti oluşturulmasını istemiş, bu heyet içinde, hâkimler, avukatlar, akademisyenler ve tüketiciler (son kullanıcılar) yeralmıştır. Ayrıca bir memurlar ekibi de heyetin emrine verilmiştir. Bu araştırmanın sonucu bakımından iyimser olmak için kuşkusuz bir takım sebepler bulunduğu ifade edilmiştir. Lordlar Kamarası Başkanının (Adalet Bakanı) desteği ve Lord Woolf'un ekibi geniş kapsamlı öneriler oluşturmak için hazırlıklı olduklarından, diğer ülkelerdeki yargı çevrelerine, bunlara Amerika, Avustralya ve Avrupa dahil olmak üzere muhtelif ziyaretler yapılmıştır. Ekip çalışmalarına serbest bir şekilde, ilgili birçok kurumla görüşme ve tartışmalar yürüterek, halkla toplantılar yaparak, çok sayıda müzakare ve istişare evrak ve tutanakları ve bir Geçici Rapor (*Interim Report*) yayınlayarak devam etmiştir. Ardından bir yıl sonra da Temmuz 1996'da Nihai Rapor (*Final Report*) yayınlanmıştır[528].

b. Reformun İşleyebilirliği

1996 yılında raporun yayınlanmasını müteakip, Lord Woolf'un tekliflerine ilişkin olarak başlangıçtaki coşku azaldığında, reform ihtiyacı ve etkileri konusunda bazı muhalif sesler yükselmeye başlamış; özellikle, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Sistemi'ne dahil bir ülkede hukukun gelişmesi için, kuvvetli bir şekilde taraf hâkimiyetinin egemen olduğu sistemin korunması gerektiği görüşüne ve erken safhada uzlaşmaya ağırlık veren reformların gelişmeyi engelleyeceği düşüncesine giderek büyüyen bir destek oluşmuştur. Usûl reformlarının önemli bir etkisi olduğuna dair çok az veri olduğu ve geçmişteki reformlara ilişkin gerçekten herhangi bir araştırma yapılmamış olduğu, diğer yargı sistemlerinde özellikle Amerika'dan edinilen kavramların, örneğin yargısal dava yönetiminin masraf/karmaşıklık/gecikme sorunlarına sınırlı etkisi olduğu tartışılmıştır. Seri yargılama usûlünün (davaların uzlaşma ile sonuçlanması için zaman olmayacağından) daha fazla duruşma yapılmasını gerektireceğinden ve tarafların gerçekten istemediği kaba adaletin (sınırlı usûller ve duruşma süresinden dolayı) ve çok düşük tespit edilen sabit masrafların birçok davayı avukatlarca takip edilmesinin ekonomik olmayan bir hale getireceğinden korkulmuştur. Hâkimlerin dava yönetiminin kontrolünün kendilerinde olacağı yeni sisteme uymak

[528] Bkz. **Burn**, s. 221 ve 222.

isteyip istemeyecekleri ve hâkimlerin ayrıca çok yoğun bir şekilde eğitilmeleri gerekeceği konusunda da şüpheler oluşmuştur.[529].

Bununla birlikte reformlara hiç bir ilâve kaynak tahsis edilmemiştir. Yargısal dava yönetimini gerçekleştirmek için ihtiyaç duyulan ve İngiliz mahkeme binalarını 21. yüzyıla taşıyacak bilgi teknolojisinin bir kaç yıl daha mümkün olmayacağı veya bu masrafların özel bir malî girişim tarafından ya da masrafların artırılması ile vatandaşlar tarafından karşılanması gerektiği tartışılmıştır. İşçi Partisi hükümeti, önceki hükümetin mahkemelerin kendini finanse etmesi politikalarını devam ettirmiştir, örneğin, mahkemelerin tüm masraflarını, hâkim maaşları ve altyapı dahil olmak üzere herşeyin mahkeme masrafları dışından finanse edilmesi gibi. Son bir kaç yıl içinde masraflarda önemli artışlar meydana gelmiş ve daha küçük mahkemelerin kapatılması programları buna eşlik etmiştir. Bu durum, esasında adalete erişim konusundaki devlet politikasına hiç de uygun değildir. Ayrıca hâkim sayısını çoğaltmak konusunda hiç bir teklif bulunmamasının yanısıra, mahkeme personelini azaltma çalışmaları da yapılmıştır. Bu şartlar altında hâkimin kontrolündeki yargısal dava yönetiminin işleyip işlemeyeceği ve mahkemelerin küçük talepler usûlü ve seri yargılama usûlü bakımından, davanın açılmasından duruşmaya kadar olması kararlaştırılan otuz haftalık iş/zaman çizelgesini yerine getirip getiremeyecekleri konularında ciddi şüpheler oluşmuştur[530].

Esasında İngiltere ve Galler'de adlî yargı sisteminin belki de aslında reformcuların halkı inandırmak istediği kadar kötü bir kriz durumunda olmadığı, mahkemelerdeki gecikme ve duruşma tarihi verilene kadar geçen süre kesinlikle bazı ülkelerdekinden az olduğu ve İngiliz mahkemeleri ve hâkimlerinin adalet ve doğruluk modelleri olarak nitelendirilmekte olduğu ileri sürülmüştür. Buna rağmen, değişiklik usûlleri ve hukuk kültürünü bugüne uygun hale getirmek için gerekli olduğuna inanılmıştır. Vatandaşların, daha iyi eğitildikleri zaman, haklarını kullanmaya ve tüm yetkili makamların kararlarına itiraz etmeye devam etmek isteyecekleri ve

[529] **Burn**, s. 226.
[530] **Burn**, s. 226 vd.

mahkemelerin ve avukatların, bir yandan aynı zamanda daha düşük masraflar ve daha az taraf hâkimiyetinin egemen olduğu uzlaşma metodları geliştirip sunarken, diğer yandan kullanımı kolay, erişilebilir ve karşılanabilir bir uyuşmazlık çözüm sistemi de sağlamaları gerektiği belirtilmiştir. Mahkemelerde usûlî reformun ancak bu şekilde hedefe ulaşabilmesi mümkün görülmüştür.

c. Reformun İşleyişine Dair Bulgular

2002 yılının Ağustos ayında İngiliz Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Sonraki Gözden Geçirme Raporunda (*Further Findings*) elde edilen genel bulgular şöyle sıralanabilir[531]:

- Genel olarak bakıldığında, özellikle de 1999 yılının Nisan ayında kabul edilen Yeni Usûl Kuralları'ndan en çok etkilenen dava tipleri bakımından, açılan dava sayısında bir düşüş olmuştur.
- Dava öncesi delil inceleme protokollerinin (*pre-action protocols*) uzlaşma ile açıklık ve işbirliği kültürünü geliştirme konusunda iyi çalıştığına dair veriler elde edilmiştir.
- Yeni Usûl Kuralları'nın 36. Bölümü, davaların hızlıca çözülmesi bakımından, özellikle dava açılmaksızın uzlaşılan meseleler ve dava açılmakla birlikte akabinde derhal uzlaşılan meseleler bakımından, tüm ilgililerce gayet iyi karşılanmıştır.
- Mahkeme kapılarında varılan uzlaşmaların azaldığına ve artık duruşma gününden önce yapılan sulhlerin çoğaldığına ilişkin veriler elde edilmiştir.
- Yeni Usûl Kuralları'nın kabul edilmesini izleyen yıl içinde önemli şekilde artış olmasına rağmen, daha sonra alternatif uyuşmazlık çözümlerinin (ADR) uygulanmasında azalma olduğu gözlemlenmiştir.

[531] Further Findings, A Continuing Evaluation of the Civil Justice Reforms, August 2002, s. 2 vd. (www.justice.gov.uk).

- Tarafların birlikte seçip atadıkları bilirkişilik müessesesinin iyi işlediği ve daha erken safhada uzlaşma sağlanmasına yardımcı olduğu görülmüştür.
- Dava yönetimi görüşmelerinin (*case management conferences*), yargılamanın karmaşıklığını azaltmada anahtar faktör olduğu ve başarılı olduğu şüphesizdir.
- Davanın açılması ile duruşma tarihi verilmesi arasındaki süre azalmıştır. Ancak Yeni Usûl Kurallarının kabul edilmesinden bu yana küçük talepler usûlü (*small claims track*) bakımından bu sürenin uzadığı görülmekle beraber bunun da azalacağı sanılmaktadır.
- Yargılama safahatı içinde temyiz oranınında keskin bir düşüş olmuştur.
- Masraflar konusunda kesin bir şey söylemek için henüz çok erken olduğu, istatistiklere ulaşılması zor olduğundan durumun hâlâ göreceli bir bulanıklık içinde bulunduğu tespit edilmiştir.
- Bireysel olarak başvuruda bulunan dava taraflarının sistemi sadece bir defalığına kullanıyor olmaları sebebiyle görüşlerini almanın zor olduğu, bu konuda araştırma yapılırken, mahkemelerin de bu konuda gerekli yardımda bulunduğu da gözlemlenmiştir. Mahkeme Hizmeti Kullanıcı araştırmaları da iyi sonuçları ortaya koymuştur.

Lord Woolf 1996 tarihli Nihai Raporunda (*Access to Justice Final Report*), yargılamanın yeni yapısının aşağıdaki on özelliği taşıması gerektiğini ifade etmiştir. 2001 yılında İngiliz Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Gözden Geçirme Raporunda (*Emerging Findings*)[532] bu özelliklerin altısı ele alınmış ve bunların bazı boyutları yargılama reformlarının başarısını ölçmede kriter olarak kullanılmıştır. 2002 yılında hazırlanan Sonraki Gözden Geçirme Raporunda da (*Further Findings*)[533] bu metoda devam edilmiş, ancak diğer dört alana ilişkin de bazı çalışmalar yapılmış ve edinilen

[532] Emerging Findings, March 2002. (www.justice.gov.uk).
[533] Further Findings, s. 3.

bilgiler ortaya konulmuştur. Buna göre, yeni yapının şu özellikleri taşıması öngörülmüştür[534]:

(1) Dava yolundan mümkün olduğu kadar sakınılması,

(2) Dava sürecinin daha az mücadeleci olması ve daha fazla işbirliğine dayanması,

(3) Dava sürecinin daha az karmaşık olması,

(4) Yargılama takviminin daha kısa ve belirgin olması,

(5) Yargılama giderlerinin daha makûl miktarlarda, daha öngörülebilir ve dava konusunun değeri ve karmaşıklığıyla orantılı olması,

(6) Malî olanakları kısıtlı kişilerin, yargılamaya daha eşit şekilde katılabilmeleri,

(7) Adlî ve idarî mercilerin medenî yargı sistemi üzerindeki sorumluluklarının açıkça belirlenerek birbirinden ayrılması,

(8) Mahkemelerin yapılanması ve hâkimlerin dağılımının, dava açan kişilerin ihtiyaçlarına uygun olacak şekilde gerçekleştirilmesi,

(9) Hâkimlerin, davaları, yeni kurallara ve protokollere uygun olarak yönetebilecek şekilde eğitilmeleri ve görevlendirilmeleri,

(10) Medenî yargılama sisteminin tarafların ihtiyaçlarını karşılaması.

Bir kaç istisna haricinde 2001 tarihli Gözden Geçirme Raporunda *(Emerging Findings)* ortaya konulan tablo, reformların iyi işlediği yolundadır. Çeşitli araştırmalarda methedilmek için seçilmiş kültür değişimi, davaların azalması gibi spesifik alanlar vardı. Bazı çevrelerden yargılamanın yavaşladığına ve daha pahalı olduğuna dair eleştiriler yapılmasına rağmen, bu azınlıkta kalan bir görüştür. Bu rapora eklenen veriler, davanın açılmasından duruşmaya kadar geçen sürenin azalmaya başladığını ve masraflar konusunda karışık veriler olduğunu göstermektedir. Genel olarak, reformun genel atılımı konusunda görüşler pozitiftir. Yeni Usûl Kuralları'nın ilk yürürlüğe girmek üzere olduğu zaman Hukuk Cemiyeti (*Law Society*)[535] Woolf Ağı Nisan 1999'da kurulmuştur.

[534] Further Findings, s. 3

[535] İngiltere'de avukatlık mesleği, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nin tarihsel geçmişinden kaynaklanan iki belirli sınıfa ayrılmıştır: *Barrister* ve *Solicitor*. *Barrister* olarak adlandırılan avukatlar daha ziyade danışmanlık yapmakta iken, *solicitor*lar duruşma avukatlığı icra

Reformların uygulamada nasıl işlediğine dair yılda iki kez anket çalışması yapmayı taahhüt eden 130 kadar avukattan oluşmuştur. Bu çalışma daha sonra yılda bir keze düşürülmüştür.

2001 yılı Şubat ayında yapılan üçüncü araştırmada, reformla ilgili genel olarak çok pozitif yanıtlar gelmiştir. Araştırmaya katılanların %80'i reformların eski sistemi iyileştirici etkisi olduğunu söyleyerek," reformun uzlaşmayı ve işbirliği ruhunu arttırdığı" ve "süreci hızlandırdığı ve taraf hâkimiyetinden kurtardığı" yorumunu yapmışlardır. Şubat 2002'de yayınlanan dördüncü araştırmada, araştırmaya katılanlara bu aşamada reformun etkisi sorulduğunda, %25'i iyi işlediğini, %69'u ise bazı çekincelerle iyi işlediğini söylemişlerdir. Sadece %6'sı iyi işlemediğini ifade etmiştir. Araştırmaya katılanların %84'ü yeni usûllerin daha hızlı olduğunu, %70'i ise daha etkin olduğunu ifade ederken, %81 gibi büyük bir çoğunluğu yeni usûllerin müvekkilleri bakımından hiç de daha ucuz olmadığını belirtmişlerdir. Dördüncü araştırmanın sonuçları üzerinde yorumlar yapan o tarihteki Hukuk Cemiyeti (*Law Society*) Başkanı, Woolf reformlarının hiç kuşkusuz adlî yargı sistemini iyileştirdiğini ve somut başarılar sağladığını belirtmiştir. Ancak müvekkiller ve bireysel başvuru sahibi vatandaşların sistemden yararlanmaları için, uygun kaynakların sağlanması gerektiğini ve dava öncesi delil inceleme protokollerinin (*pre-action protocols*) icra edilmeme sebebiyle ayağının kaydırılmaması gerektiğini de ifade etmiştir. Daha tutarlı olunabilmesi için, masraf tahakkuku konusunda kılavuzlar hazırlanması gerektiği ifade edilmiştir. Bazı endişelere rağmen, kültür değişimi olduğu konusunda geniş bir fikir birliği ve reform programlarının ortak çalışmalarla sürdürülmesi konusunda isteklilik oluşmuştur.

---

etmektedirler. İngiltere Barosu *barrister*lardan oluşmaktadır. *Solicitor*lar da zamanla biraraya gelerek kendi meslek oluşumlarını kurmuşlar ve 1903 yılında bu oluşum Hukuk Cemiyeti (Law Society) adını almıştır. Halihazırda, İngiltere ve Galler'de 70.000 *solicitor* bu meslekî oluşumun üyesidir Bu hususta ayrıntılı olarak **King**, Edward/**Hawley**, Joseph: "İngiliz Common Law'unun Gelişmesi (http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/342/3520.pdf).

D. REFORM'A KARŞI GÖRÜŞLER

Doktrinde Lord Woolf'un reformlarının uygulanmasının, durumu daha da kötü hale getireceği konusunda görüşler ileri sürülmüştür[536]. Reform'un gündemde olduğu günlerde, hem İngiltere'de hem de diğer Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkelerindeki yaygın ruh halinin, Amerika liderliğinde yargısal dava yönetimi *(judicial case management*) bayrağı altında bir reform havasına girmek olduğu ifade edilmiştir. Başka alternatif olmadığı inancının çok yaygın olduğu; Hazine'nin maliyet korkusu ile müdahale etmedikçe, muhtemelen reformların deneneceği; ancak işlemez olduğunun anlaşılacağı ve sonra birşey yapılması gerektiği çığlıkları yükseleceğini belirtilmiştir. Ancak bu süreçte belki de bir çok değer kaybedileceğini ve haklı çıkıldığı takdirde buna karşın çok az menfaat elde edileceğini de eklemektedir. Reformlara karşı görüşte olan Profesör Zander bunun önemsiz bir konu olmadığını, Lord Woolf Raporları'nın medenî yargılamanın yönetimi sorumluluğunun temelden yer değiştirmesini ve tüm ilgililer bakımından radikal bir kültür değişikliğini öngördüğünü ve bu açıdan bakıldığında, Lord Woolf'un çok büyük oynadığını söylemenin yanlış olmayacağını ifade etmiştir. Profesör Zander'e göre, ilk soru, problemin tanımındadır; masrafların çok ağır olması, gecikmenin çok büyük olması ve çok karmaşıklık bulunduğu gibi şeyler Profesör Zander'e göre hepsi birer klişedir. Her üç olgunun da tüm hukuk sistemlerinde dert olduğu, ancak bunların aynı zamanda hukukî çarelerin sınırlanmasındaki etkileri bir noktaya kadar da yararlı olduğunu da belirtmiştir. Vahşi batıda tabancaya sarılındığı gibi vatandaşların hukukî çareye sarılmaları istenemez. Can alıcı soru, bunların ne boyutta sorun oluşturduğu olmalıdır. Bu sorunun yanıtı, meselenin önemi konusunda ipuçları verecektir. Mesele önem kazandıkça, temel reformların bunlarla uğraşması daha da uygun olacaktır. Oysa ki, mesele çok da önemli değilse, radikal olarak bunlarla uğraşılması çok da uygun olmayacaktır. Zander, masraf ve gecikmeye ilişkin gerçeklere pek vakıf olunmadığını ifade etmektedir. Masraflar ele alındığında, yargılama masrafları konusunda göze çarpan bir kaç çalışma mevcut olduğunu, ancak bunların yeterli olmadığını, hangi orandaki davalarda masrafların

[536] **Zander**, Micheal: "Why Lord Woolf's Proposed Reforms of Civil Litigation Should be Rejected?" (ed. **Zuckerman**, A. A. S./Cranston, Ross) Reform of Civil Procedure-Essays on Access to Justice, Oxford University Press, 1995, s. 79 ila 95.

normdan saptığı bilinmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca, vergilendirilmiş davalardan çok fazla sayıda olan vergilendirilmemiş veya adlî yardım sağlanmamış davalardaki masrafların da bilinmesi gerekir. Ancak bu davalara ilişkin masraflarla ilgili bilgi mevcut değildir[537].

Woolf Raporu'nda, uygulanacak usûlün ve masrafların ilgili meselenin doğası ile orantılı olması gerektiği belirtilmiş ve ölçeğin alt kısımlarında orantısız masrafların çok vahim olduğu da ifade edilmiştir. Bu konudaki bazı analizlerden elde edilen rakamlara bakıldığında, bazen zarar miktarı düşükken, masrafların sözkonusu zararın çok büyük bir oranında olduğu ve hatta bazen zaradan da yüksek olduğu, bazen de zararın yüksek olmasına rağmen, masrafların çok daha düşük oranda olduğu görülmüştür. Bu her zaman masrafların orantısız olduğu anlamına gelmez. Yapılan işe göre fazlasıyla orantılı bile sayılabilir. Esas soru hangi bakış açısına göre orantılı olduğu olmalıdır. Aynı şey gecikme bakımından da geçerlidir. Zander bugün medenî yargılamanın temel gerçeklerini anlamakta çok ilerlenmiş sayılınmadığını, esasında sorunun büyük mü, küçük mü olduğundan hala habersiz olunduğunu ifade etmektedir. Ne yargılama masraflarındaki artışın sebeplerinin anlaşıldığını, ne de yargılamada ne kadar gecikilmesinin eleştiri konusu olacağının bilinmediğini belirtmektedir. Lord Woolf'un Raporu, birşeyler yapılması gerektiği konusunda açık ve nettir ve "mahkemelerde dava yönetimi ihtiyacı" başlığı altında altında çözümler sunulmuştur. Masraf, gecikme ve karmaşıklığın azaltılması hedeflerine ulaşılması için medenî yargılamanın yönetilmesi sorumluluğunun, davanın tarafları ve vekillerinden alınıp mahkemeye verilmesi suretiyle esaslı şekilde yer değiştirmesinden başka alternatif bulunmamaktadır. Zander, bu tedavinin hastalıktan daha kötü olabileceğine inanmasını sağlayan muhtelif sebepler mevcut olduğunu ifade etmektedir. Zander'e göre; birçok davaya müdahale edilmesi gerekmemektedir, zira, bunlarda uzlaşma mümkün olabilir. Mahkemelere davanın yönetilmesi rolü verilmesi sistemin etkinliğini artırmayacaktır. Sisteme göre hâkim heyetleri ve mahkeme reisleri tarafından yapılacak dava yönetimi etkin ve verimli olamayacaktır. Duruşma öncesi gözden geçirilmesi duruşma hâkimi tarafından yapılacak

[537] **Zander**, s. 79 vd.

olursa, sistemin genel verimliliği düşecektir. Duruşma öncesi gözden geçirmedeki vekil ile duruşmadaki vekil aynı ise, sistemin yine verimliği ortadan kalkacaktır. Çok yönlü yargılama için önerilen iki ara yargısal yönetim duruşmasının uygun maliyetli olacağı söylenemez. Taraflar dava yönetimi sorumluluğunu mahkemenin almasını istemeyeceklerdir. Tüm bu sebeplerle, Zander, Lord Woolf'un temelde yanıldığı sonucuna varılmasının mümkün olduğunu, hukuk davalarını yargısal dava yönetimine tâbi kılmanın gerekli olmadığını, ayrıca bunun istenmediğini ve genel kanının aksine, böyle radikal bir çözümü hakedecek denli bir sorunun olduğuna dair maddî bir veri mevcut olmadığını üzerine basarak ifade etmiştir[538].

IV. MEDENÎ YARGILAMANIN HALİHAZIR DURUMU

A. GENEL OLARAK

İngiliz medenî yargısının hızlı bir şekilde evrimleşmiş olduğu söylenebilir. İngiltere'deki değişiklikler dört nedenle ilginçtir. Zira bu değişiklikler öncelikle büyük bir hukuk sisteminin modern ihtiyaçlara verdiği bir yanıttır; ikinci olarak, İngiliz yargılaması, Amerikan ve Avrupa sistemleri arasında yarı yolu oluşturmaktadır, üçüncüsü ise, İngiltere, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nin atasıdır ve son olarak da bu değişiklikler esasında global kapsamın ancak bir parçasını oluşturmaktadır. Burada kısaca İngiliz medenî yargısının iç değişimi ve uluslarötesi uyuşmazlık çözümü dünyasındaki bağlantısı ele alınacaktır[539].

B. İNGİLTERE'DE USÛL DEĞİŞİKLİKLERİNE İLİŞKİN YOĞUN DÖNEM: 1996-2007

Son on yılda, hem İngiliz medenî yargılamasında , hem de uluslarötesi medenî yargıda önemli değişiklikler olmuştur. Bu zaman içinde İngiltere iki yeni başlangıca tanıklık etmiştir; bunlardan bir tanesi Yeni Usûl Kuralları (*Civil Procedure Rules*)[540] diğeri de yeni bir tahkim kanunudur. Her ikisinde de yargılamanın felsefesi, genel

[538] **Zander**, s. 79 ila 95.
[539] **Andrews**, IAPL , s. 289.
[540] Bkz. yukarıda **§** 11, IV, C, 1.

amaçları ve tarzları yeniden tanımlanmıştır. Ayrıca temel bir uyuşmazlık çözümü olan arabuluculuk itici bir güç olarak ortaya çıkmıştır. İngiltere ve Galler'de yargılamayı düzenleyen Yeni Usûl Kuralları'nın çerçevesini çizen Lord Woolf'un Adalete Erişime İlişkin Nihai Raporu'nun (*Access to Justice Final Report*)[541] yayınlanmasından bu yana on yıldan fazla süre geçmiştir. 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu'nun yasalaşmasının üzerinden de on yıldan fazla zaman geçmiştir. Son on yıl içinde, İngiliz şirketleri ve avukatlar, uyuşmazlıkları çözmede mahkemeye gitmek veya duruşmaya girmek yerine, arabulucuğu tercih eder olmuşlardır. Bütün bunlara ilaveten, AB Üye Devletleri mahkemeleri arasında işbirliğini artırıcı ve ortak yargılama araçları ortaya konulmasında dengeli Avrupa insiyatifleri oluşmuştur. 2006 yılında Cambridge Üniversitesi tarafından, UNIDROIT/ALI Uluslarötesi Medenî Usûl Prensipleri ve Kuralları[542] yayınlanmıştır. Bu model, prensip olarak mahkemelerde kullanılmak üzere medenî yargıya ilişkin global bir vizyon sunmuştur[543].

C. İNGİLİZ MEDENÎ YARGISINDA ADLÎ ETKİNİN AZALMASI

1. İlk Derece Hâkiminin Yetkileri

İngiliz hâkimi, bugün artık yüzyıllardır olduğunun aksine yargılamanın çeşitli safhalarında daha etkin hale gelmiştir. Bunun yanısıra, davanın hakkaniyete uygun şekilde yürütülmesi için, avukatların da işbirliğinde bulunması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Yeni Usûl Kuralları'nın (CPR) I. Bölümünde, taraflara eşit şekilde davranılması ve fırsat verilmesi, davanın somut olayın değer ve önemine göre şekillendirilerek yürütülmesi, zamanlamanın planlanması ve mahkemenin ve tarafların enerjilerinin davanın arzettiği temel özellikler üzerinde yoğunlaştırılması düzenlenmiştir. Duruşmalarda hâkimler artık yardımcı hâkimler ve jüri üyeleri olmaksızın tek başlarına karar vermektedirler. Kararların temyiz edilmesi, ilk derecedeki hâkimin veya temyiz mahkemesinin iznine[544] bağlanmıştır[545].

---

[541] Bkz. yukarıda § 11, III, A.
[542] Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. ileride § 17. Kuralların çevirisi için bkz. **Yeşilırmak**, Ali: "Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarasi Enstitü'nün Uluslarötesi Hukuk Usûlü Prensipleri", Legal MİHDER 2005/II, s. 391 vd.
[543] **Andrews**, IAPL, s. 290.
[544] Bkz. yukarıda § 11, IV, C, 1, e.

2. Usûl Sisteminin Bütünü İçinde Adlî Etki

İngiltere'de hâkimler, medenî yargılamanın ve daha geniş bir ifadeyle ise adlî yargının genel gelişiminde dikkate değer bir etki sahibi olmuşlardır. Bunun, tarihi, kurumsal ve entellektüel nedenleri sözkonususdur. Bu hâkimler yeni usûller, yeni tedbir tipleri oluşturan ya da benimsenmeyen uygulamaları ortadan kaldırmaya ilişkin ortak hukuk yetkilerini kullanmışlar ve yazılı kuralları amaca uygun ve yaratıcı bir biçimde yorumlamışlardır. İngiliz medenî yargılaması üzerinde, üniversite etkisi geleneği bulunmamaktadır. Fakat her nesilde, bu fikrî açığı kapatan yargılama dehaları olmuştur. Ancak bu durum son zamanlarda değişmekte olup, akademisyenler tarafından analitik çalışmalar yapılarak bu alana katkıda bulunulmaya başlanmıştır. Mesele uluslarötesi bir boyut da barındırdığı için, sözkonusu akademik çalışmalar özellikle önem arzetmektedir. Hâkimler, mahkeme salonunun dışında da, usûlî yenileşme konusunda lobi yapmışlardır. Dahası, adlî etki sadece mahkemelerdeki yargılama ile sınırlanmamış, ticarî tahkimde de ortaya konulmuştur. Hâkimlerin bir çoğu arabuluculuğun yaygınlaşması için çaba göstermiş, hatta bizzat tarafların arabulucu atamaları gerekliliği bakımından alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin kararlar vermiş ve başarılı olunmaması halinde mahkemeye rapor verilmesini istemişlerdir. Mahkemelerin, arabuluculuğa karşı koyanlar hakkında düzenli olarak masraf yaptırımları bile uygulamış oldukları görülmüştür[546].

3. Alternatif Etkiler

Uzun vadeli faktörlerin, usûlî gelişme üzerindeki adlî algılamayı azalttığı gerçektir. Bu kısmen mahkeme merkezli uyuşmazlık çözümünün azalmakta olmasından, kısmen de İngiliz ve uluslarötesi uyuşmazlık çözümü teknikleri düzeni içinde hâkimlerin üstünlük durumunun aleyhe değişmesinden kaynaklanmaktadır. İlk aşamada, asliye mahkemelerine hâkim atanmanın cazibesini yitirdiği, yeni atamaların kalitesi yüksek olmakla birlikte, artık başarılı avukatların asliye mahkemelerine atanmayı kariyerlerinin doruğu olarak nitelendirmedikleri görülmektedirler. Halihazırda asliye mahkemelerinde bundan elli yıl önce olduğundan çok daha fazla sayıda hâkimin görev yapması

[545] **Andrews**, IAPL, 291. İngiliz medenî yargılamasında temyize ilişkin olarak bkz. yukarıda § 11, II, 8.
[546] **Andrews**, IAPL, s. 291.

sebebiyle, elitizm duygusu ve hâkimin kendi markasını oluşturma fırsatı neredeyse ortadan kalkmıştır. Ayrıca hâkim olarak atanmanın, hâkimlerin hem bakacakları davalar hem de bulunacaları yer bakımından meslekî yaşamları üzerindeki kontrollerini kaybetmelerine neden olduğu da bir gerçektir. Diğer taraftan çok kazanan avukatların mesleğe devam etme veya ticarî hayatta önemli kademelere gelme, yüksek seviyeli hakemler veya arabulucular olma gibi istekleri gibi ekonomik sebepler de ortaya çıkmaktadır. Nihayet, duruşma hâkimlerinin meslekî izolasyon yaşama olasılıklarının da kaçınılmaz olduğu da açıktır. Mahkeme odaklı adaletin göreceli düşüşünde bir diğer neden de, orta ölçekli veya büyük davalarda artık mahkemelerin tercih edilmemesidir. Yargılamadaki bu düşüşün daha genel bir sebebi olarak ise, mahkemelerin uyuşmazlık çözümü üzerinde tekele sahip olmamaları gösterilebilir. Muhtemel uyuşmazlık tarafları çeşitli uyuşmazlık çözümü imkanlarından birini seçip uygulayabilmektedirler. Adli yetkinin uzun vadeli azalışındaki bir diğer neden ise, mesleğin duruşma avukatlığını (*solicitor)* icra eden kesiminin danışma avukatı/hukuk uzmanı kesimine meydan okur hale gelmesidir. Duruşma avukatlarının sayısı çok fazladır ve büyük hukuk bürolarında yüksek maaşlarla ve sigorta olanakları ile istihdam edilmektedirler. Hatta, büyük hukuk bürolarının kadrolu danışma avukatı/hukuk uzmanı dahi istihdam ettikleri görülmektedir. Danışma avukatı olmayan birçok uygulamacı ise danışman, arabulucu, hakem ve hatta kısmî süreli hâkim olarak bile çalışabilmektedir. Bu durum hukuk öğrencileri bakımından akut bir açmaz olarak görülmektedir. Avrupa Komisyonu da, Üye devletlerin adlî yargı sistemleri üzerinde düzenlemelerini genişleterek adlî olmayan etkinin bir başka kaynağını oluşturmaktadır. Nihayet, Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının[547], İngiliz adlî yargısının gelişimi üzerindeki dış etkilerin bir başka kaynağını oluşturduğu da ifade edilmelidir[548].

[547] Bkz. §11, I, A.
[548] **Andrews**, IAPL, s. 293 ve 294.

§12. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI

I. YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

Federal bir hükümet ile, elli eyaletten oluşan bir cumhuriyet olan Amerika Birleşik Devletleri'nde, her eyalet, o eyaletin anayasası ve federal anayasa'nın kurallarına uygun olarak kendi mahkeme sisteminin işleyişinden sorumludur. Federal devlet de, benzer olarak federal anayasa ile kurulması zorunlu kılınan federal mahkeme sisteminin işleyişini sağlamakla yükümlüdür. Mahkemelerin kuruluşu ve işleyişine ilişkin eyalet ve federal anayasa kuralları, eyalet yasama organı ve Federal Kongre tarafından kabul edilen mevzuat ile tamamlanmaktadır. Federal mahkemeler (*Federal Courts*) ve eyalet mahkemeleri (*State Courts*), Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Sistemi'ne göre işlemektedir. Eyalet mahkemelerinde genel olarak, eyalet yasama organı tarafından kabul edilen mevzuatı yorumlamak üzere daireler oluşturulmuştur. Federal mahkemeler de aynı şekilde Federal Kongre tarafından kabul edilen mevzuatı benzer dairelerde yorumlar. Eyalet mahkemeleri ve federal mahkemelerin çakıştığı bir kaç alan bulunmakta olup, federal kurallar uyarınca belirli davalar eyalet mahkemelerinden federal mahkemeye gönderilir[549].

Amerikan hukuk sistemi, büyük ölçüde İngiliz hukuk sistemine dayanmaktadır. Bu açıdan, Anglo-Sakson hukukunun temel özelliklerinden biri olan hâkimlerin eski davalar ile benzer olaylara ve hukukî temellere dayanan yeni davaları, eski davalarla oluşturulan hukuk prensiplerini kullanarak çözmeye çalıştığı içtihat doktrini (*case law*), Amerikan hukukunun kaynağında da yeralmaktadır[550]. Ancak, Amerika'da mahkeme kararlarının hukuk kaynağı olarak oynadıkları rol, İngiltere'de olduğundan biraz farklıdır. 19. yüzyıl sonundan bu yana, kanunlarla düzenlenmiş hukuk alanları artmaya

[549] **Grubbs**, R. Shelby/**DeCambra**, Esther: United States, Miller and Martin LLP, (ed. **Grubbs**, R. Shelby) International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law, 2004, s. 781.
[550] Amerika Birleşik Devletleri'nde Federal Yargılama Sistemi ve Bu Sistem İçinde Cezai Yargının Yeri ve İşleyişi El Kitabı, s. 11 (www.uscourts.gov/library/turkish.pdf)

ve içtihada dayanan hukuka oranla önem kazanmaya başlamıştır. Diğer taraftan, müdahaleci gelişmeler de, ülkede kanunun rolünü giderek arttrmıştır. Hukukun gelişimi giderek yasama organının kontrolü altına girmiştir. Amerika'da bir hukuk kuralı, somut bir olayda verilmiş ve hiç bir yoruma gerek duyulmayacak biçimde bu seviyede kendi çözümünü getiren içtihat kuralıdır[551]. Bugün, Amerikan hukuku, ne tamamen içtihat hukukuna ne de tamamen kanunlara veya bir kodifikasyona dayanır. Esasında bu anlamda, kanunlara dayalı hukuktan içtihatlara dayanan hukuka doğru bir gelişim gösteren Kıta Avrupası hukukundan pek farklı olduğu söylenemez. Ancak yine de, Amerikan hukukunda içtihada dayalı niteliğin ağır basmakta olduğunu, kanunlarla düzenlenmiş alanda dahi içtihada ağırlık verildiğini ve Kıta Avrupası'nda olduğu gibi bir sistematikten sözetmenin mümkün olmadığını söylemek gerekir[552]. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nin en önemli özelliği, alt derecedeki mahkemelerin üst derece mahkemelerinden çıkan kararlarda yeralan ilkelerle daima bağlı olmalarıdır *(stare decisis* ilkesi) [553]. Ancak dikkat çekici bir özellik olarak, Amerika'da yüksek mahkemelerin (Amerikan Yüksek Mahkemesi ve Eyaletler Yüksek Mahkemesi) kendi içtihatları ile bağlı olmamaları, önceden kendileri tarafından verilmiş bir içtihadı uygulamaktan kaçınabilmeleri mümkündür[554]. Bu bakımdan Amerika'da kendine özgü bir hukuk oluştuğu, izlenen hukuk metodolojisi Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ile aynı olmasına rağmen, maddî hukuka ilişkin kuralların büyük ölçüde değişikliğe uğramış olduğu ifade edilmektedir[555].

Eyalet yargılaması, eyaletten eyalete farklılıklar gösterdiği için, çalışmamızda sadece genel olarak federal mahkemelerde izlenen usûller incelenmeye çalışılacaktır[556]. Ancak yine de birçok eyalet mahkemesindeki sistemin genellikle federal mahkeme sistemine benzediğini de söylemek gerekir.

---

[551] **David**, Renee (çev. Köteli, Argun): Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, İstanbul 1985, s. 389.
[552] **Oğuz**, s. 293.
[553] **Oğuz**, s.295.
[554] **David**, s. 389; **Oğuz**, s. 296.
[555] **Oğuz**, s. 287 ila 292 ve ayrıca bkz. yukarıda § 10, II, A.
[556] Çalışmamızda, "Amerika Birleşik Devletleri Hukuku", "Amerikan hukuku" olarak, "Amerika Birleşik Devletleri yargılama hukuku" ise "Amerikan yargılama hukuku" olarak adlandırılmıştır.

A. YARGILAMANIN FARKLI ÖZELLİKLERİ

Amerikan yargılama hukuku, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) yargılamasının ortak özelliği olan taraf hâkimiyeti (*adversarial*) esasına dayanır. Sistem, dava taraflarının uyuşmazlık konusunu tarafsız bir mahkemeye sunma ve orada görülmesini sağlaması üzerine kurulmuştur. Taraflar yargılamaya aktif olarak katılırken, hâkim daha çok pasif bir role sahiptir. Amerikan hukuk geleneğinde, mahkeme önünde hasımların çarpışması, jüri veya hâkimin maddî gerçeği tespit etmesine ve uyuşmazlığı çözmesine olanak sağlar. Amerikan sisteminde, delillerin toplanması ve mahkemeye ibraz edilmesi, dava taraflarının ve vekillerinin sorumluluğunda olup, mahkemenin bu konuda bir dahli sözkonusu değildir. Dava malzemesinin hazırlanması, mahkemeye sunulması ve mahkemede tartışılması gibi konularda hâkimin sınırlı yetkileri sözkonusudur. Bu sistemde hâkimin gerçeği araştırma ödevi bulunmayıp, hukuku da re'sen uygulamakla yükümlü değildir[557]. Amerikan yargılama sistemi, tarafların iddia ve savunmalarını en iyi şekilde sunabilmelerini amaçlar. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne dahil bulunan Amerika Birleşik Devletleri'nde, hukuk yargılaması Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nden çok farklı özellikler taşımaktadır. Sözkonusu farklı özelliklerin en önemlileri olarak; (1) hukuk davalarında jürili duruşmalar, (2) Federal Medenî Usûl Kuralları, (3) delil keşfi usûlü (*discovery*), (4) ön yargılama aşaması (5) masrafların yükletilememesi sayılabilir.

1. Jürili Duruşmalar

Amerikan hukuk yargılamasında jüri sistemi halen devam etmektedir. Amerikan Anayasası'nda yapılan bir değişiklikle eklenen 7.ek madde uyarınca, tarihsel olarak geçmişte Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde o meseleye ilişkin olarak jürili duruşma yapılıyor idiyse, bugün de aynı meseleye ilişkin olan bir davada jürili bir duruşma yapılmasının mümkün olduğu düzenlemesi getirilmiştir. Taraflardan birinin talep etmesi halinde, davanın jürinin yeraldığı yargılama safahatı içinde görülmesi zorunludur. Jüri yargılaması hakkından feragat edilmesi de

[557] **Mecham**, Leonidas Ralph: Understanding the Federal Courts, Administrative Office of the US Courts, s. 16.

mümkündür. Federal mahkemelerde görülen hukuk davalarında, çeşitli vakıalara ilişkin olgular en az altı, en çok oniki jüri üyesi tarafından ele alınır. Kural olarak jürinin sekiz kişiden oluşması öngörülür ve jüri üyelerinin çıkarılması veya mazeretleri sebebiyle hazır bulunamadıkları durumlarda, en az altı üye ile karar verilmesi esastır. Genel olarak jüri vakıaları inceleme (*fact-finding*) konusunda yetkilidir; ancak hukukî meseleleri (l*aw-finding*) sadece hâkim takdir eder. İhtiyati tedbir yargılamasında ve deniz hukukundan kaynaklanan meselelere ilişkin davalarda jüri bulunmaz. Jürili duruşmalar, Kongre tarafından onaylanan kanunlarda düzenlenmiştir[558].

2. Federal Medenî Usûl Kuralları ("FRCP")

Federal Medenî Usûl Kuralları, federal mahkemelerdeki yargılamayı düzenler ve genellikle yargılamanın üç aşamalı olarak ilerlemesini öngörür: (1) layihalar ve savunmaya ilişkin dilekçeler verilmesi, (2) tarafların elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklattırılması (*disclosure* ve *discovery*), (3) duruşmalı olarak veya duruşma yapılmaksızın davanın sonuçlandırılması[559].

3. Delil Keşfi (*Discovery*) ve Delillerin Açıklattırılması (*Disclosure*)

Bu kurum, Amerikan hukukuna 1938 yılında Federal Medenî Usûl Kuralları'nda yapılan değişiklikle girmiştir. Bu kurumun, iki amaca hizmet ettiği söylenmektedir. Birincisi, duruşma aşamasından önce tarafların karşılıklı olarak delillere göz atma olanağına sahip olmaları ve böylece hukukî dayanaktan yoksun taleplerin duruşma aşamasından önce ortadan kaldırılabilmesi; ikincisi ise, karşı tarafın kontrol alanında bulunan delillere dayanmak isteyen tarafa, delil keşfi (*discovery*) kurumu çerçevesinde düzenlenmiş kurallar gereğince bu delillerin yargılamaya getirilmesini talep etme imkânı verilmesidir[560]. Amerika Birleşik Devletleri dışında muhtemelen dünyanın başka hiç bir yerinde, karşı taraf hakkında bu derecede bilgi edinilmesi imkânı ve karşı tarafın

[558] **Grubbs/DeCambra**, s. 782; **Göksu**, MİHDER, s. 269.
[559] **Grubbs/DeCambra**, s. 782.
[560] **Parker**, s. 8; **James./Hazard/Leubsdorf,** s. 287 vd. Bu hususta bkz. **Göksu**, MİHDER, s. 269 vd. Yazar, Amerikan hukukundaki bu kurumun Türk Hukuku'ndaki delillerin tespiti kurumuna benzediğini ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **Grubbs/DeCambra**, s. 782.

bu derecede açıklamada bulunması yükümlülüğü bulunmamaktadır. Tarafların ellerindeki bilgi ve belgelerin "tamamen açık" olması teorisi, tarafların bilgiye tamamen erişebildikleri zaman, davaların uzlaşma ile sonuçlanabileceği fikrîne dayanmaktadır. Ancak, sistem masraflarının ve yükünün çok ağır olduğu söylenmektedir[561].

4. Ön Yargılama Safhası (*Pre-trial*)

Amerikan hukuk yargılamasında yargılama faaliyeti, dava dilekçesinin mahkemeye verilmesi ile başlamakta, ancak duruşmaya geçilmeden önce bir ön yargılama (*pre-trial*) safhası bulunmaktadır. Taraflar uyuşmazlığa ilişkin vakıaları ve vakıalarını dayandırdıkları delillerini bu safhada sunarlar[562]. Bu safhada tarafların birbirine yönelteceği veya mahkemeye yönelteceklerı talepler (*motion*) ile bir çözüme ulaşılamaması halinde duruşma safhasına geçilir. Bu durumda toplanan deliller duruşmada değerlendirilir. Uyuşmazlık çözülüp bir karar verilinceye kadar duruşma arka arkaya oturumlar halinde (*single-episode trials*) devam eder. Jüri, yargılamada maddî vakıaların tespiti (*fact-finding*) ve buna ilişkin karar verilmesi için çalışırken, hâkimin görev ve yetkileri hukukun tespitine (*law-finding*) ve hukukî konularda karar verilmesine yöneliktir. Ancak, hangi maddî vakıaların tespitinin jüriye bırakılacağı kararı da hâkime aittir. Jüri, hâkimin denetimi altındadır. Jürinin vakıalara ilişkin olarak vereceği kararında etki altında kalmaması için, örneğin hukuka aykırı veya caiz olmayan delilleri öğrenmemelerine çaba gösterilir. Bu sebeple, Amerikan hukukunda delillerin

---

[561] **Parker**, s. 8 vd.; **Grubbs/DeCambra**, s. 782. Bu meselenin eleştirisi için bkz. **Stürner,** s. 80. Yazar, Amerikan hukukunda maddî vakıaların kötüye kullanımının, vakıaların ve ispat araçlarının yeterince detaylı açıklanmasına ilişkin yükümlülüğün eksikliğine dayanmakta olduğunu ifade etmiştir.

[562] **James/Hazard/Leubsdorf**, s. 287 vd. Amerikan yargılama sistemindeki ön yargılama aşaması ile benzerlik arzeden bir aşama olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ile yargılama hukukumuza ön inceleme aşaması (Tasarı m. 142/I) şeklinde bir yenilik getirilmiştir. Buna göre dilekçelerin verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra ancak tahkikata geçilmeden önce, dava şartları ve ilk itirazların inceleneceği, uyuşmazlık konularının tam olarak tespit edileceği, tahkikat için gerekli hazırlık işlemlerinin yapılacağı, tarafların sunmadıkları, eksik bıraktıkları delilleri sunmaları sağlanarak, gereken işlemlerin yapıldığı ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunacakları davalarda onların sulh olmaya veya arabuluculuğa başvurmaya teşvik edildiği bir aşama olarak ön inceleme aşaması kabul edilmiştir (**Özekes**, Muhammet: "Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama; HMK Tasarısı'nda Ön İnceleme, HPD 2006/8, s. 107). Ayrıca bkz. **Göksu**, MİHDER s. 267.

kabul edilmesi (*admissibility*) ile delillerin değerlendirilmesi ve delillerin ağırlığı (*weight*) faaliyeti birbirinden ayrılmıştır[563].

5. Masrafların Yükletilememesi

Çalışmamızda ele alınan Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılama sistemlerinde masrafların yükletilmesi (vekâlet ücretleri dahil) neredeyse olağan bir uygulama iken, Amerikan sisteminde bu bir kural değil, istisnadır[564].

B. MAHKEME TEŞKİLÂTI

Amerikan mahkeme sistemi, federal yapıya göre belirlenmektedir. Sistemin en önemli özelliği, federal mahkemeler ve eyalet mahkemelerinin yanyana faaliyet göstermesidir. Eyaletlerde genel yetkili mahkemeler (*Superior Courts/Circuit Courts*) görev yapar. Federal sistem içinde Federal Kongre tarafından her eyalet içinde belirlenmiş coğrafi bölgelerde federal ilk derece mahkemesi olarak görev yapan mahkemeler, asliye mahkemeleri (*District Court*)'dir. Kalabalık eyaletlerde birden fazla asliye mahkemesi mevcuttur. Bu mahkemelerde asliye mahkemesi hâkimleri (*district judges*) ve sulh hâkimleri (*magistrate judges*) bulunur. Asliye mahkemesi hâkimleri, Amerikan Senatosu'nun muvafakatı ile Amerika Birleşik Devletleri Başkanı tarafından ömür boyu görev yapmak üzere atanırlar. Sulh hâkimleri ise, o bölgede bulunan tüm asliye hâkimlerinin ortak görüşü ile sekiz yıl görev yapmak üzere atanır. Sulh hâkimleri, hukuk davalarında bilgi ve belgelerin açıklattırılması usûlünde uyuşmazlıkları, talep, başvuru ve dilekçeleri incelemekle görevlidir. Amerika'da mahkemeler konularına göre teşkilâtlanmamıştır; mahkemelerin tümü her tür hukuk, ceza, ticaret vs. uyuşmazlıklarına bakmakla görevli kılınmıştır. Asliye mahkemeleri, Kongre ve Anayasa ile belirlenmiş bulunan sınırlar dahilinde, hukuk veya cezaya ilişkin hemen hemen tüm federal dava türlerine bakmaya yetkilidir[565]. Halihazırda, Amerika'da 94 adet federal

[563] **Parker**, s. 10 vd.; **James/Hazard/Leubsdorf**, s. 444, 450 ve 452; **Göksu**, MİHDER, s. 268.
[564] **Parker**, s. 10; **Grubbs/DeCambra**, s. 782.
[565] **Grubbs/DeCambra**, s. 782.

yargı bölgesi mevcut olup, her bölgede ayrıca asliye mahkemelerinin bir birimi olarak iflas mahkemeleri görev yapmaktadır.

Federal seviyede özel yetkili iki mahkeme bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi, ülke genelinde tüm uluslararası ticaret ve gümrük davalarına bakmakla görevli olan Uluslararası Ticaret Mahkemesi (*The Court of International Trade*); diğeri ise, Anayasa'ya aykırılıklara, Federal Kongre tarafından kabul edilmiş herhangi bir Kanun'a, herhangi bir resmî merci ve makamın düzenlemelerine ve Amerika Birleşik Devletleri'ni doğrudan ya da dolaylı olarak ilgilendiren sözleşmelere bakmakla görevli Amerika Birleşik Devletleri Federal Talepler Mahkemesi (*The United States Court of Federal Claims*)'dir. Bu mahkeme özellikle, Amerika Birleşik Devletleri aleyhindeki maddî tazminat taleplerine, federal sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklara, federal hükümet tarafından el konulan özel mülklere ilişkin uyuşmazlıklara ve Amerika Birleşik Devletleri'ne karşı yapılan sair taleplere bakmakla görevlidir[566].

Asliye mahkemesi kararları, belli eyaletlerde bulunan 12 adet Bölge Temyiz Mahkemesi'nden (*Regional Circuit Courts of Appeal*) birinde temyiz incelemesine tâbi tutulmaktadır. Bölge Mahkemesi hâkimleri; Amerikan Senatosu'nun muvafakatı ile Amerika Birleşik Devletleri Başkanı tarafından ömür boyu görev yapmak üzere atanmaktadırlar. Ülke genelinde özel davalara bakmakla görevli Uluslarası Ticaret Mahkemesi ve Federal Talepler Mahkemesi gibi federal yetkili mahkeme kararlarına karşı temyiz başvurusu ise Temyiz Mahkemesi'ne (*U.S. Court of Appeals*) yapılır. Temyize başvurulması için herhangi bir izne ihtiyaç bulunmamaktadır. Bölge Temyiz Mahkemesi kararlarına karşı, mahkemeler teşkilâtı hiyerarşisinde tüm mahkemelerin en üstünde yeralan Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi'nde (*U.S. Supreme Court*) temyiz başvurusunda bulunulur[567]. Esasında bu mahkeme Federal Kongre tarafından belirlenmiş ilkeler doğrultusunda ve kendi takdirinde olmak üzere, yıl içinde belirli sayıda davayı üst incelemeye tâbi tutar. Bu davalar federal veya eyalet

[566] **Mecham**, s. 8
[567] **Grubbs/DeCambra**, s. 785 vd.; **Hay**, Peter: Introduction to US Law, 2nd Edition, 1991, s. 36 vd.

mahkemelerinde görülmüş ve genellikle Anayasa'ya veya federal hukuka ilişkin önemli hususlar içeren davalardır[568].

Her eyalette federal mahkeme bulunmasına rağmen, esasında hukukî uyuşmazlıkların çoğunluğu eyalet mahkemelerinde görülmektedir[569].

II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI

A. KANUNİ GEREKLİLİKLER

Davanın açılmasından önce karşı tarafa davanın açılacağına dair ihbarda bulunulmasına gerek yoktur; dava dilekçesinin davacı vekili tarafından imzalanması yeterlidir. Dilekçeleri imzalayabilmek için vekilin, sözkonusu dilekçelerin ibraz edileceği mahkeme nezdinde temsile yetkili olması gereklidir. Amerika Birleşik Devletleri dahilinde belli bir yargılama çevresi içinde yetkili bulunan avukatların, başka bir yargılama çevresi içinde belirli bir dava bakımından *(pro haec vice)* yetkili kılınabilmesi mümkündür. Ancak kural olarak, davanın görüldüğü belirli bir eyalet veya federal bölgede ikamet eden bir avukatın, o eyalet veya federal bölgedeki dilekçeleri imzalayıp, duruşmalara girebilmesi mümkündür[570].

B. DAVA EHLİYETİ

Bazı eyaletlerde, şirketlerin o eyalette ticarî faaliyette bulunmuş olmadıkça orada dava açmalarına izin verilmezken, genellikle, gerçek ve tüzel kişilerin orada faaliyette bulunma veya sair dava ön şartları aranmaksızın, o eyalet ve federal mahkemelerde dava açabilmeleri mümkündür. Amerikan Anayasası'na göre, yabancı ülke vatandaşları da (şirketler ve tüzel kişiler dahil) federal mahkemelerde Amerikan vatandaşlarına karşı

---

[568] **Mecham**, s. 9.
[569] Örneğin, eyalet mahkemelerinde boşanma, velayet, vasiyet ve veraset meseleleri, emlak meseleleri vs. gibi işler görülür. Ayrıca eyalet mahkemeleri birçok ceza davasına, sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklara, trafik kurallarının ihlalinden kaynaklanan meselelere ve bedeni zararlara ilişkin davalara bakmakla görevlidir (**Mecham**, s. 12).
[570] **Grubbs/DeCambra**, s. 783.

dava açma hakkına sahiptirler. Ancak bu hak, değeri 75.000 Doları geçen uyuşmazlıklar bakımından tanınmıştır[571].

C. ÖN YARGILAMA SAFHASI

1. Davanın Açılması

Yargılama, "davacı" olarak nitelendirilen şikayetçi tarafın, Federal Medenî Usûl Kuralları (FRCP) çerçevesinde "davalı" olarak nitelendirilen karşı tarafa yönelttiği bir dava dilekçesi ile başlatılır. Davanın görülmesi için resmî şekilde dilekçe verilmiş olması gerekliliği mevcut değildir. Davanın açıldığına ilişkin bir bildirimde bulunulması ve vakıalara ilişkin genel açıklamaların verilmesi yeterlidir. Dava dilekçesi, davanın açılmasına ilişkin zamanaşımı sürelerini keser. Federal Medenî Usûl Kuralları'nın (FRCP) 15. maddesi uyarınca, dava dilekçesinin değiştirilmesi genellikle yargılamanın erken safhalarında mümkündür. Davalı, resmî olarak davanın açıldığından, dava dilekçesinin Federal Medenî Usûl Kuralları'nda (FRCP) belirtilen şekillerde "mahkeme davetiyesi" ile birlikte tebliğ edilmesi ile haberdar olur. Davalı, belirlenen süre içinde cevap dilekçesini vermeye yönlendirilir. Mahkeme davetiyesi, davacının avukatı tarafından hazırlanır, ancak mahkemece tebliğe çıkarılır ve mahkeme katibinin imzası ve mührünü taşır. Ancak, Amerika Birleşik Devletlerinde, tebligatın yapıldığı belirli eyalette geçerli olan başka bir tebligat usûlü ile de mahkemeye davet ve dava dilekçesi tebliğ edilmesi mümkündür. Alternatif olarak, davalının resmî tebligat usûlünden feragat ettiğini belirten bir form eşliğinde, mahkeme davetiyesi ve dava dilekçesi, posta ile veya sair güvenilir vasıtalarla da tebliğ edilebilir (Federal Medenî Usûl Kuralları 4(d)(1). Amerika'da ikametgahı bulunmayan kişilere tebligat Adlî ve Adlî Olmayan Belgelerin Tebliğine İlişkin Lahey Konvansiyonu hükümleri uyarınca yapılır[572].

---

[571] **Grubbs/DeCambra**, s. 783.

[572] **Grubbs/DeCambra**, s. 783 vd. Yazarlar, Konvansiyon'un evrakların "Merkezi Makam"a, "Tebliğ Talebi" ile birlikte gönderilmesini düzenlemiş olduğunu, Merkezi Makam'ın evrakların tebliğini sağlayacağını belirtmişlerdir. Davacı Amerika Birleşik Devletleri'nde ikametgahı bulunmayan bir kişiye, varsa Amerika'da bulunan yavru şirketinde tebligat yaptırmayı deneyebilir, ancak, sözkonusu yavru şirket tebligat kabul etmeye yetkili değilse, bu yolla tebligat yeterli olmayacaktır.

2. Davaya Cevap Verilmesi

Dava dilekçesine cevap verilmesi süresi, dava dilekçesinin mahkeme davetiyesi ile birlikte ne şekilde tebliğ edilmiş olduğuna bağlı olarak değişir. Davalı bir devlet dairesi veya kurumu değilse ve mahkeme davetiyesi ile dilekçe elden tebliğ edilmişse, süre tebliğ tarihinden itibaren yirmi gündür. Mahkeme davetiyesi, dava dilekçesi ve tebligat usûlünden feragat edildiğine dair talep, davalıya Amerika Birleşik Devletleri içinde posta ile gönderilmişse ve davalı da feragat formunu elden göndermişse, cevap süresi feragat formunun posta ile gönderildiği tarihten itibaren altmış gündür. Mahkeme davetiyesi, dava dilekçesi ve tebligat usûlünden feragat edildiğine dair talep davalıya Amerika Birleşik Devletleri dışından posta ile gönderilmişse, cevap süresi feragat formunun posta ile gönderildiği tarihten itibaren doksan gündür[573].

Davalı, dava dilekçesine ya kanunda belirlenen sürelerde cevap verir ya da cevap verememesine ilişkin mazeretlerini içeren geçici bir dilekçe verir. Cevap öncesi geçici dilekçeler: (1) göreve ve husumete ilişkin itirazları, (2) tebliğ vasıtalarına veya tebliğata ilişkin itirazları, (3) yetkiye ilişkin itirazları kapsar. Cevap layihası kısa ve özet olarak iki hususu içermelidir. İlkin, hangi meselelere itiraz edileceği açıkca belirlenmesi açısından dava dilekçesindeki iddiaların kabul veya inkâr edilmesi gerekir. İkinci olarak, cevap dilekçesinde savunmaya ilişkin vakıa ve olgular bulunmalıdır. Uyuşmazlığa ilişkin meselelerin ortaya konulabilmesi açısından, cevap veren tarafın cevabında dava dilekçesinde ileri sürülen hususları tek tek kabul veya inkar ettiğini belirtmesi gerekir. Davalı, dava dilekçesinde ileri sürülen bir hususta yeterli bilgiye veya ileri sürülen hususun doğruluğu konusunda yeterli inanca sahip değilse, cevabında bunu da belirtmelidir. Cevap layihasında ehliyete ve taraf sıfatına da itiraz edilebilir. Cevap layihasının yanısıra, davalı, karşı dava (*counterclaim*) ve çapraz dava (başka bir davalıya karşı dava açılması *cross-claim*) açabilir veya davayı bir üçüncü kişiye yöneltebilir (*third-party claim*) (davalı bu durumda tazmin yükümlülüğü altında bulunan üçüncü bir kişiyi davaya dahil eder). Bu dava ve taleplere de cevap verilmesi gerekir. Dava konusu ile aynı işlem veya olaydan kaynaklanan konularda cevap dilekçesi içeriğinde karşı dava

[573] **Grubbs/DeCambra**, s. 784.

(*counterclaim*) açılması zorunludur. Açılmadığı takdirde bu haktan feragat edilmiş sayılır. Cevap, karşı dava ve sair layihalar, Federal Medenî Usûl Kuralları'nın 15. maddesi uyarınca ön yargılama aşamasında değiştirilebilir[574].

3. Ön Yargılama (Pre-trial)

Ön yargılama oturumları[575], Federal Medenî Usûl Kuralları (FRCP) m. 16'da düzenlenmiştir. Bu oturumlar ile davanın erken aşamada kontrol edilmesi ve yönetilmesi, gecikmenin engellenmesi, gereksiz işlemlerin önlenmesi, yargılamanın kalitesinin sağlanması, davanın sulh ile çözümlenmeye çalışılması ve duruşmaya hazırlık yapılması amaçlanmıştır[576]. Bu aşamada yargılama akışının belirlenmesi için sürelere ilişkin düzenleyici kararlar (*scheduling orders*) alınır ve duruşma planlanır. Ön yargılama oturumlarında, dava ve cevap dilekçelerindeki ilgisiz iddia ve savunmaların mahkeme tarafından dikkate alınmamasına karar verilerek, uyuşmazlık konusu meseleler tespit edilir. Dava ve cevap dilekçelerinde değişiklik yapılmasına karar verilebilir. İkrar elde edilmesi ve delillerin kabul edilebilirlik şartları (*admissibility*) incelenerek, hangi delillerin kabul edileceği tespit edilir. Bu aşamada yapılması gereken oturumların tarihleri ve duruşma tarihi belirlenerek, delil ikamesi ve tahkikatın yapılması ve yürütülmesi kontrol edilir. Delillerin sunulmasının makûl sürelerle sınırlandırılabilmesi mümkündür. Taraflarca yapılan itirazlar değerlendirilir ve karara bağlanır. Uyuşmazlığın çözümü özel yöntemlerin uygulanmasını gerektiriyorsa, özel yöntemlere karar verilir. Karşı dava ve 3. kişinin müdahalesi sözkonusu ise, ayrı bir oturumda ele alınır. Ayrıca, mahkeme sulh konusunda beyanlarda bulunmak üzere tarafların veya vekil ve temsilcilerinin oturumlara katılmalarını zorunlu kılabilir. Kısacası hızlı, etkin ve en az masrafla yargılamanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması için gereken her karar bu aşamada alınır. Son olarak, duruşma öncesinde yapılan son oturumda (*pre-trial conference*) taraflar sulhe teşvik edilir ve davanın sulh ile sonuçlandırılması mümkün

---

[574] **Grubbs/DeCambra**, s. 785.

[575] Amerikan hukukunda duruşma, kural olarak ön yargılama safhasından sonra yapılan tek bir oturumu ifade ettiğinden, çalışmamızda ön yargılama safhasında yapılan duruşmalar için "oturum" teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

[576] **Miller**, Arthur R./**Friedenthal**, Jack H.: Civil Procedure, 6th Edition, 2005, s. 107 vd.; **James/Hazard/Leubsdorf**, s. 354; **Grubbs/DeCambra**, s. 791 vd.

olursa, duruşma yapılmaksızın karar verilir. Aksi takdirde, sözkonusu son oturumda duruşmada delillerin sunulması usûlü belirlenir ve duruşma planlanır ve buna ilişkin olarak bir ara karar (*pre-trial order*) verilir[577].

4. Delil Keşfi –Tahkikat (*Discovery*)

Amerikan yargılama hukukunun en önemli özelliklerinden biri olan delil keşfi (*discovery*) kurumu[578], duruşma aşamasına geçilmeden önce delil araştırması yapılmasına imkân verir. Bu yargılama ve tahkikat şekli, delillerin ve emarelerin bulunmasını ve araştırılmasını düzenleyen bir hukukî kurumdur ve Amerikan yargılama hukukunun önemli özelliklerinden biridir. Delillerin keşfi, taraflar arasında gerçekleşir. Bu bakımdan, bu aşamada mahkemenin müdahalesi en az düzeydedir. Delil keşfi, tanıkların yeminli ifadeleri (*deposition*), taraflara yöneltilen yazılı soru ve cevaplar (*interrogatories*), belge ve sair delil niteliği taşıyan vasıtaların sunulması, duyu organları ile yapılan fiziksel ve zihinsel muayene ve ikrar gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle yapılır. Elektronik deliller de bu kapsama dahildir. Delil keşfi, tamamen gerçeğin ortaya çıkarılmasına ilişkin kapsamlı bir faaliyettir. Bu aşamada karşı tarafın elinde ve kontrolünde bulunan delillerin sunulmasının talep edilmesi de mümkündür. Ancak, bunların belirli bir çerçeve içerisinde talep edilmiş olması ve belirli bir hedefe hizmet etmesi gereklidir. Bu şekilde yapılmayan talepler mahkemelerce reddedilmektedir. Zira bu tarz talepler, balık avında rastgele ağ atılmasına (*fishing expedition*) benzetilmekte ve hedefsiz olduğu kabul edilmektedir[579].

---

[577] **Grubbs/DeCambra**, s. 791; **Miller/Friedenthal**, s. 241; **James/Hazard/Leubsdorf**, s. 355.

[578] **James/Hazard/Leubsdorf**, s. 287 vd. ve **Göksu**, MİHDER, s. 268. Yazar, Amerikan Hukukunda duruşmalara geçilmeden önce bir ön inceleme safhası bulunduğunu ve bu aşamada tarafların kozlarını ortaya koyduklarını ve her iki tarafın da uyuşmazlık ile ilgili vakıalarını ve vakıalarını dayandırdıkları delilleri bu aşamada sunduklarını, böylece bir tarafın diğerini ölçmesinin mümkün hale geldiğini belirtmiştir.

[579] **Grubbs/DeCambra**, s. 792; **James/Hazard/Leubsdorf**, s. 288 vd. **Göksu**, MİHDER, s. 271. **Göksu**, Amerikan hukukunda delil keşfinin sınırları konusunda önemli bir sorun olarak hukuk düzeni tarafından korunan sırların ortaya çıktığını, Amerikan hukukunda çok sıkı biçimde korunan bu sırların (örn. avukat-müvekkil veya doktor-hasta arasındaki gizli bilgiler gibi) delil keşfi sırasında bilinçli veya bilinçsiz olarak ortaya çıkabildiğini, ancak bunlara ilişkin olarak da önceden bir takım anlaşmalar yapılmasının yaygın olduğunu belirtmiştir.

Delillerin keşfi kurumu, 1993 yılında Federal Medenî Usûl Kuralları (FRCP)'de yapılan delillerin açıklattırılması (*disclosure*)[580] düzenlemesi ile desteklenmiştir. Delillerin açıklattırılması düzenlemesine göre, ilk önce taraflar karşı tarafa, dava ve cevap dilekçelerinde ileri sürdükleri vakıalara ilişkin tüm belge ve bilgileri ve sözkonusu vakıalar ile ilgili bilgi sahibi olabilecek kişilerin isimlerini sunarlar. İkinci olarak, yargılamada yardımcı olacak uzman bilirkişilerin isimlerini bildirirler ve duruşmaya geçilmeden önceki üçüncü aşamada ise, duruşmada kullanacakları tüm deliller hakkında bilgi verirler[581]. Federal yargılamaya göre, tanıklar, belgeler, bilirkişiler ve sigorta sözleşmelerine ilişkin belli bilgilerin açıklanması zorunluluğu vardır. Dava dilekçesinin mahkemeye verilmesinin hemen akabinde, ön delil açıklaması (*preliminary disclosure*) yapılır. Bilirkişi açıklamaları (*expert disclosures*) ve son açıklamalar (*final disclosures*) ise, tahkikat esnasında hâkimin belirleyeceği tarihlerde yapılır[582].

D. DURUŞMA (TRIAL)

Çalışmamızın ileriki bölümlerinde ele alınacak olan ve yargılama hukuklarında benimsenmiş bulunan yapısal modellerden biri olan duruşma modeli (*trial model*), geleneksel olarak Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne dahil olan ülkelere özgüdür ve günümüzde en çarpıcı örneği Amerika Birleşik Devletleri'nde görülmektedir[583].

Dilekçelerin (*pleadings*) verilmesi safhası tamamlandıktan sonra taraflardan her biri duruşma yapılması talebinde bulunabilir. Belli bazı meselelere öncelik verilen özel durumlar dışında, davalar duruşma takvimine alınır ve duruşma tarihi verilir. Jürili davalar ayrı bir takvimde yeralır. Amerikan yargılama hukukunda, kural olarak hukuk davaları jüri olmaksızın tek hâkimle görülür. Duruşmada jüri bulundurulmasına ilişkin anayasal ya da kanunî bir düzenleme bulunmuyorsa, taraflarca jürili duruşma yapılmasından feragat edilmişse ya da taraflar duruşmanın jüri bulunmaksızın

[580] Bkz. yukarıda § 12, I, A, 3.
[581] **James/Hazard/Leubsdorf**, s. 304
[582] **Grubbs/DeCambra**, s. 792.
[583] Ayrıntılı olarak bkz. § 19, I, A.

yapılmasına açıkca muvafakat etmişlerse, hâkim jürisiz duruşma yapılmasına karar verebilir. Jürisiz davaların duruşmaları daha hızlı bir şekilde takvime alınmaktadır. Dava jürili görülecekse, ilk önce jüri seçiminin yapılması gerekir. Bunun akabinde duruşmada olağan sıra takip edilir. Diğer bir deyişle, sıra şu şekilde cereyan eder; davacı ve davalının açılış beyanları, davacı ve davalının doğrudan delilleri sunmaları, davacı ve davalının mukabil delilleri sunmaları, davacının ve davalının dava hakkındaki son beyanları, hâkimin jüriyi görevlendirmesi, jürinin konuyu müzakere etmesi ve hükmün verilmesi. Duruşma sürecinde, özelliği olan davalar bakımından hâkimin takdiri doğrultusunda ufak değişiklikler yapılması sözkonusu olabilir. Duruşmada deliller öncelikle davacı tarafından sunulur. Daha sonra davalı da delillerini sunar ve akabinde, taraflar birbirlerinin delillerine karşı delillerini sunarlar. Tanıklar, öncelikle onları çağıran tarafça sorgulanır; daha sonra karşı tarafça çapraz sorgulamaya (*cross-examination*) tâbi tutulur. İspat yükü iki hususu kapsar; bunlardan bir tanesi delil gösterilmesi ve ikamesi, diğeri ise sunulan deliller ve karşı tarafın sunduğu deliller çerçevesinde iddia edilen veya savunulan hususun ispat edilmesidir. Aksi takdirde, uyuşmazlık konusu mesele hakkında karşı taraf lehine karar verilir. Kural olarak, delil ikamesi de, ispat faaliyeti de aynı tarafın yükümlülüğündedir, ancak bunun bazı istisnaları mevcuttur[584].

E. DURUŞMA SONRASI USÛLLER VE KANUN YOLLARI

Duruşma sonrasında karar ve hükümdeki yanlışlıkların düzeltilmesi mahkemeden talep edilir. Hükümdeki yazım hataları, tarafların talebi üzerine mahkemece her zaman düzeltilebilir. Kararın verilmesinden itibaren on gün içinde, mahkemenin hukuk ve vakıa tespitinde (Federal Medenî Usûl Kuralları 58 ve 59) hata etmiş olduğu veya yeni deliller elde edildiği iddia edilerek, hukuk ve vakıa tespitlerinin değiştirilmesi veya yeniden duruşma açılması ve delillerin değerlendirilmesi için başvurulması mümkündür. Ayrıca kararın verilmesinden itibaren bir yıl içinde, hata, ihmal, yeni delil elde edilmesi, hile,

[584] **Miller/Friedenthal**, s. 277 vd.; **Kötz**, s. 72.

karşı tarafın yalan beyanları ve suistimali gibi sebeplerle kararın değiştirilmesi (Federal Medenî Usûl Kuralları 60 (a) talep edilebilir[585].

Mahkeme kararları verildiği tarihte kesinleşir ve icra edilebilir hale gelir. Temyiz süresi de kararın verildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Kural olarak, kararın verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde temyiz ihbarında bulunulması ile temyiz süreci başlatılır. Sadece nihaî kararların temyiz edilebilmesi mümkündür. Federal mahkemeler uygulamasında temyiz, Bölge Temyiz Mahkemesi'ne (*Circuit Court of Appeals*) yapılır. Temyiz incelemeleri giderek mürafaasız yapılmaya başlamıştır. Ancak, tarafların talebi üzerine mürafaa yapılması da mümkündür. Alt derece mahkemelerinde tek hâkimle verilmiş kararlar, yeniden hukukî incelemeye tâbi tutulur. Bu kararların ancak hukukî vakıaların takdirinde açıkca hata bulunması halinde bozulması mümkündür (Federal Medenî Usûl Kuralları m. 52 (a)). Jürinin bulunduğu davalarda verilen kararlar, kural olarak ancak yeterli delillerle desteklenmemiş oldukları takdirde bozulabilir[586].

F. MASRAFLARIN YÜKLETİLEMEMESİ

Mahkemenin takdirine bağlı olarak[587], kazanan taraf lehine vekâlet ücreti dışında diğer yargılama masraflarına hükmedilir (Federal Medenî Usûl Kuralları 54 (d) (1)). Amerikan hukukunda kaybeden taraftan vekâlet ücreti alınmasına ilişkin bir düzenleme bulunmaz. Ancak bu kuralın çok sınırlı istisnaları da mevcuttur[588].

---

[585] **Grubbs/DeCambra**, s. 797. Ancak, duruşma esnasında mevcut olan delillerin ileri sürülmesinin veya duruşmada ele alınan meselelerin yeniden tartışılması ve ele alınmasının mümkün olmadığı da ifade edilmiştir.
[586] **Grubbs/DeCambra**, s. 798.
[587] Bkz. yukarıda §12, I, A, 5.
[588] **Grubbs/DeCambra**, s. 799.

III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI[589]

A. MASRAF

Amerika'da yargılama masrafları, İngiltere ve Avustralya'da olduğu kadar yüksek olmakla birlikte, durum biraz daha farklıdır. Amerika'da yargılama masraflarının yüksek olmasının birçok sebebi vardır. Tarafların elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklattırılması (*discovery*), ön yargılama safhasında tahkikat sırasında taraflara yöneltilen soru ve cevaplar (*interrogatories*) ve sair belge talepleri, belki de İngiltere ve Avustralya'da olduğundan çok daha masraflıdır. Amerika'da yargılama masraflarının karşı tarafa yükletilmesine ilişkin bir kural da mevcut değildir. Davayı kazanan taraf, kaybeden taraftan vekâlet ücreti almaya hak kazanamaz. Bazı masraflar (örn. dosya masrafları, fotokopi masrafları) genellikle karşı taraftan alınabilirken, bunlar vekâlet ücretleri ile karşılaştırıldığında çok önemsiz oldukları açıktır. Bu sebeple, masraf konusu önemli bir mesele olarak yerini korumaya devam etmektedir. Bu durum özellikle tarafların elindeki bilgi ve belgelerin açıklanması (*discovery*) aşamasında karşı taraf ile ilgili bilgi toplanması için önemli miktarlarda masraf yapmak durumunda kalan tarafı (sıklıkla davalı taraf) rahatsız etmektedir. Vekalet ücretinin karşı tarafa yükletilmesine ilişkin kural bulunmaması, sınırlı imkanlara sahip ve yargılamanın yürütülmesi için ihtiyaç duyulan yüksek miktarları karşılayamayan dava tarafları bakımından engel oluşturmaktadır. Ancak bu durum dava kazanıldığı takdirde ödenmesi kararlaştırılan vekâlet ücreti sözleşmeleri (*contingency fee*) ile biraz olsun iyileştirilmiştir. Bu sisteme göre, davacı davayı kaybederse, avukata hiç bir ücret ödenmez. Ancak, davacı davasında başarılı olursa, avukat kazanılan meblağın önemli bir oranını almaya hak kazanır. Davalılar herhalûkarda kendilerini vekil ile temsil ettirebilmek için ücret ödemek durumundadırlar. İngiltere ve Avustralya'daki meslektaşları gibi Amerikalı avukatlarda saat ücreti alırlar. Amerikan kanun koyucusu da bu durumun adalete erişimi aksattığının farkındadır. Buna göre, yargılamanın bazı kategorilerinde adalete erişimin kolaylaştırması için, masrafların yükletilmesine ilişkin özel emredici kurallar

[589] **Zuckerman**, s. 19.

getirilmektedir. Örnek verilmesi gerekirse, istihdamda ayrımcılık ve çevrenin korunmasına ilişkin davalar sayılabilir[590].

Amerika Birleşik Devletlerinde, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne dahil bulunan başka hiç bir ülkede olmadığı şekilde, hukuk davaları jüri ile görülür. Hatta, taraflardan birinin talebi ile dava, jüri marifetiyle görülmek zorundadır[591]. Jüriler, davacı lehine hükmedilmesi gereken miktarları ve hatta tazminat miktarlarını dahi belirleyebilmektedirler. Büyük meblağlı davaları kazanma ihtimali, dava kazanıldığı takdirde ödeneceği kararlaştırılan vekâlet ücreti ile anlaşılmış olan davaları üstlenmede avukatları teşvik edici olmaktadır. Avukatlar hükmedilen meblağın belirli bir bölümünü alacaklarından, davada mümkün olan en yüksek meblağın hükmedilmesine çaba göstermektedirler. Bununla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri'nin dava meraklısı bir toplum haline geldiği ve yargılamanın Amerikan ekonomisi üzerinde aşırı bir yük oluşturduğu ifade edilmektedir[592].

B. GECİKME

Amerika Birleşik Devletleri'nde gecikmeler eyaletten eyalete farklılık göstermektedir ve hatta aynı eyalet içindeki farklı mahkemeler bakımından bile farklılık göstermektedir. Amerikan Hukuk Birliği (*ABA*)[593], medenî yargılamadaki gecikmeleri azaltmak için bazı hedefler koymuştur. Bu hedeflerde mevcut davaların yüzde 90'ının bir yıl içinde ve tamamının iki yıl içinde tamamlanması önerilmiştir. Ancak bu hedeflere ulaşılamamıştır. Buna ilişkin olarak 39 şehirde yapılan çalışmada, mahkemelerin gecikme konusunda Amerikan Hukuk Birliği (*ABA*) standartlarını yerine getirmede ulaştığı başarı bakımından konulan hedeflerle çok önemli farklar tespit etmiştir.

---

[590] **Zuckerman**, s. 20.
[591] **Göksu**, MİHDER, s. 269.
[592] **Zuckerman**, 20-21.
[593] Amerikan Hukuk Birliği (ABA), 21 Ağustos 1878'de kurulmuş bulunan, avukatlar ile hukuk öğrencilerinin üye olabildiği, tüm eyaletler üzerinde bir yapıya sahip ve halihazırda 410.000 üyesi bulunan gönüllü bir oluşumdur. En önemli faaliyetleri arasında hukuk fakültelerine akademik anlamda fayda sağlanması ve hukuk mesleğine ilişkin model etik kuralların formüle edilmesi yeralmaktadır (www.abanet.org).

Mahkemelerin hiç biri, Amerikan Hukuk Birliği (*ABA*)'nin bahsedilen standartlarından birini bile yakalayamamış, ancak bazılarının yine de çok yaklaştığı görülmüştür[594].

Amerika Birleşik Devletleri'nde yargılamanın felsefesi ve adlî teşkilâtın işlevi yeniden değerlendirilmiştir. Buna göre, usûlî üst yapının altında yatan liberal düşüncenin karşı konulamaz ve değiştirilemez olmadığı sonucuna varılmıştır. Adlî yargı reformunun temel içeriğini, davanın kontrolünün taraflardan alınıp, mahkemeye yüklenmesi oluşturur. Davanın erken safhalarında gerçekleştirilen dava yönetiminin yargılamanın süresini kısalttığı ancak tüm dava masraflarının azaltılması üzerinde bir etkisinin bulunmadığını göstermiştir. Karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklatılmasına ilişkin sürelerin sınırlandırılmasının, hem gecikmeyi hem de masrafları azaltması öngörülmüştür. Hâkimlerin davalarda daha aktif bir rol üstlenmelerinin ilerleme sağlayacağı açıktır. Amerika'da trend hâkimlerin davayı kontrol etmeleri yönünde gelişmiştir[595].

IV. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN REFORM ÇALIŞMALARI

Amerika Birleşik Devletleri'nde medenî yargılamaya ilişkin reform hareketleri tarihinde üç esaslı reform yeralmaktadır. Birincisi 1848 yılında, ikincisi ise 1938 yılında ulusal hükümetin Federal Medenî Usûl Kuralları'nı (CPR) kabul etmesi ile gerçekleşmiştir. Bu kurallar ile şimdilerde Amerikan medenî yargılamasının bir özelliği olarak kabul edilen geniş çaplı ve kontrolsüz bir bilgi ve belgelerin açıklanması (*disclosure*) ve delil keşfi usûlü *(discovery)* kabul edilmiştir[596] .

[594] **Zuckerman**, s. 20.
[595] **Zuckerman**, s. 21.
[596] **Stiefel**, Ernst C./**Maxeiner**, James R.: "Civil Justice Reform in the United States-Opportunity for Learning from Civilized European Procedure Instead of Continued Isolation?", AJCL, Vol. 42, No: 1, 1994, s. 147 vd.

1970'li yılların başından itibaren Amerikan medenî yargılama sisteminin reforme edilmesine ilişkin olarak yeniden bir baskı ortaya çıkmıştır. 1984 yılında Amerikan Hukuk Birliği (*ABA*) Komisyonu tarafından, 1989 yılında özel bir kuruluş olan Brookings Enstitüsü tarafından, 1990 yılında Kongre Komitesi tarafından, 1991 yılında Başkanlık Komisyonu tarafından ve nihayet 1992 yılında Amerikan Hukuk Birliği (*ABA*) Komitesi tarafından hazırlanan raporlar bu baskıyı ortaya koymaktadır. Son olarak 1990 yılında Konge Komitesi tarafından RAND kuruluşuna[597] hazırlatılan Rapor ile, 1992 yılında Amerikan Hukuk Birliği (*ABA*) Komitesi tarafından hazırlanan Rapor[598] dışında tüm raporlar, Amerikan medenî yargılama sisteminde aşırı masraf ve gecikmeden kaynaklanan bir kriz olduğu konusunda mutabık kalmışlardır. Tarafların elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklattırılması aşaması, gecikme ve masrafın temel sebebi olarak görülmüştür. Raporlarda en çok tartışılan hususlar; (1) kamusal adlî yargı sistemi vasıtasıyla ihtilaf çözümüne olan talebin azaltılması, (2) etkinlik ve verimliliğin artırılması için yargısal dava yönetiminin teşvik edilmesi, ve (3) masrafların kaybeden tarafa yükletilmesi suretiyle ücretlendirme sisteminin değiştirilmesidir.

A. 1990 TARİHLİ ADLİ YARGI REFORMU KANUNU

1934 tarihli Kanun Yapılması Kurallarına İlişkin Kanun'a göre, Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi (*U.S. Supreme Court*), uygulamaya ilişkin kuralları koymakla görevlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından görevlendirilen Danışmanlar Komitesince hazırlanan kurallar, 1938 tarihli Federal Medenî Usûl Kuralları'nın (CPR) temelini oluşturmuştur. Bu tarihten sonra Danışmanlar Komitesi'nin çeşitli tavsiyeleri ile Temyiz Mahkemesi, Federal Usûl Kuralları'nda çeşitli değişiklikler yapmıştır. Hukuk davalarının genellikle pahalı ve zaman alıcı olmasından dolayı, 1990 yılı Ağustos ayında, Amerikan Kongresi, bu sorunların çözülmesi için Adli Yargı Reformu Kanunu'nu *(Civil Justice Reform Act of 1990, "the CJRA")*[599] yürürlüğe

[597] RAND, araştırma ve analiz yapılması suretiyle politikalar ve karar oluşturma süreçleri geliştiren kâr amacı gütmeyen bir kuruluştur (www.rand.org).
[598] Amerikan Hukuk Birliği (*ABA*) Raporu ise mevcut krizin, sistemin arızalarına mal edilmemesi gerektiğini, bilakis "uzun süreli ihmal ve adlî sistemin bütününe ilişkin yetersiz fonlardan" kaynaklandığını savunmuştur.
[599] Pub. L. No. 101-650, tit. I, 104 Stat. 5089-98.

koymuştur. Bu Kanun özünde masraf ve gecikmeye odaklanmıştır. Kanun, bununla birlikte federal mahkemelerde kural yapılması sürecinden de çarpıcı şekilde uzaklaşmıştır. Amerikan Senatosu, Adli Yargı Reformu Kanunu'nun "zengin, yoksul, gerçek veya tüzel kişi, davacı ya da davalı konumundaki tüm vatandaşların ihtilaflarını federal mahkemelerde adil, hızlı ve masrafsız bir şekilde çözmelerine" hizmet etmek için kabul edildiğini ifade etmiştir. Adli Yargı Reformu Kanunu'nun veto edilmeksizin geçişi ile Kongre de sürece katılmıştır. 1990 tarihli Adli Yargı Reformu Kanunu'nun, 1938'den beri yürürlükte olan yargılama kurallarının ulusal yeknesaklığı prensibinden ayrılarak, "balkanlaşma" modelini teşvik etmiş olduğu ifade edilmektedir[600].

1990 yılında Federal Kongre, federal mahkemeler tarafından uygulanan kuralları kontrol etme yetkisini kullanma fırsatı bulmuş ve saygınlığı olmakla birlikte, ideolojisi bulunmayan bir beyin takımı olan RAND Kuruluşu'nu bağımsız bir değerlendirme yapması için görevlendirmiştir. Federal Kongre, aynı zamanda bir devlet kuruluşu olan Federal Adli Merkez'den de dava yönetimi sistemlerini ve alternatif uyuşmazlık çözümü deneme programlarını değerlendirmelerini talep etmiş ve bunun yanısıra Reform Kanunu'nu uygulayan tüm federal bölge mahkemelerinin uygulamalarını incelemiştir.

[600] **Chase**, Oscar G.: "Reflections on Civil Procedure Reform in the United States: What Has Been Learned? What Has Been Accomplished?", (ed. **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo), Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective 2003, s. 163 vd. ve 169 vd. Yazar, 1990 tarihli Adlî Yargı Reformu Kanunu'nda; a) Her federal bölge mahkemesinin (94 adet bulunmaktadır) masraf ve gecikmeyi azaltmak için kendi danışmanlar kurulu yönetiminde bir "Adlî Yargı Masraf ve Gecikme Azaltma Planı" oluşturmasının ve her federal bölgedeki danışmanlar kurulunun, federal mahkeme reisi tarafından atanacak ve hâkimler, hukuk profesörleri, katipler ve halktan kişilerden oluşmasının öngörüldüğünü, b) Federal bölge mahkemelerinin on tanesinin pilot mahkeme olarak seçildiği ve bu mahkemelerde Reform Kanunu'nda düzenlenen (i) ayırt edici özelliği olan dava yönetimi, (ii) erken adlî yönetim, (iii) karmaşık davaların kontrolü, (iv) gönüllü ve işbirliğine dayalı uygun maliyetli bilgi ve belgelerin açıklattırılması usûllerinin (*discovery*) teşvik edilmesi (v) dilekçe ile başvuruda bulunulmadan önce, bilgi ve belgelerin iyiniyetli çabalarla açıklatılmasına çalışılması, (vi) uygun davaların alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile çözülmesine çalışılması, şeklindeki altı prensibin etkinliğinin tespit edilmek üzere laboratuar görevi görmesi kararlaştırıldığını, her pilot mahkemenin, 1995 yılına kadar, sözkonusu prensipleri ortaya koyan kurallar oluşturmasının öngörüldüğünü, c) Pilot mahkemelerdeki sonuçların, diğer mahkemelerdeki gecikme ve masrafa ilişkin sonuçlar ile karşılaştırılacağını, d) Tüm bölge mahkemelerinin Reform Kanununda düzenlenen yönetim tekniklerini değerlendirmeleri ve planlarına almalarının öngörüldüğünü, e) Her federal mahkeme ve dairenin altı ayda bir hâkimlerin takvim durumunu bir rapor halinde yayınlamaları ve bu raporda üç yıldır sürmekte olan davaların dahi belirtilmesini, f) Federal adlî sistemi yöneten Amerikan Adlî Konferansı, Reform Kanunu çerçevesindeki uygulama sonuçlarını gözden geçirmekle ve diğer tüm federal bölge mahkemelerine de bu uygulamaları tavsiye edip etmeme konusunda inceleme yapmakla görevlendirilmiş olduğunu belirtmiştir.

RAND Kuruluşu bulgularını dört ciltten oluşan bir rapor halinde sunmuştur. RAND'ın ulaştığı genel sonuç, pilot programın, mahkemelerin karar verme süresi, masraflar ve avukatların sonuçtan tatmin olmaları veya en azından hakkaniyetli bulmaları gibi hususlar üzerinde çok az etkisi olduğu ve pilot mahkemelerce yapılan uygulamalarla diğer mahkemeler arasındaki uygulamalar arasında adlî performans tedbirleri bakımından çok önemli bir fark bulunmadığı yönündedir. RAND, Reform Kanunu'nda yeralan altı prensibi dörde indirgeyerek, Reform Kanunu ile bu prensiplerde öngörülen politikanın mahkemelerin karar verme süresi, masraflar ve elde edilen sonuçtan tatmin olma veya sonucun hakkaniyetli olması gibi süreçler üzerinde nasıl etkili olduğunu incelemiştir. RAND tarafından elde edilen sonuçlar, erken dava yönetimi, duruşma programının erken belirlenmesi, bilgi ve belgelerin açıklatılmasına ilişkin sürenin azaltılması ve uzlaşma toplantılarında tarafların bizzat hazır bulundurulması ya da telefonda hazır bulundurulması gibi dava yönetimine ilişkin usûllerin, mahkemelerin karar verme sürecinin süresi üzerinde önemli etkileri bulunduğunu göstermiştir. RAND aynı zamanda mahkemelerin danışma kurullarının taraflar ve mahkeme arasında iletişimin sağlanması bakımından olumlu etkisi bulunduğunu da tespit etmiştir[601].

B. ADLİ YARGI REFORMU KANUNU'NUN ETKİLERİ

RAND'ın değerlendirmesinin ardından Amerikan Adli Konferansı, RAND çalışmasında olumlu etkisi olduğu görülen seçilmiş teknikleri desteklediğini içeren raporunu Kongre'ye sunmuş, adlî teşkilâta, kanun koyucuya ve Federal Kongre'ye birtakım tavsiyelerde bulunmuştur. Bu tavsiyelerin başlıcaları; danışma kurulu sürecine devam edilmesi, hâkimler ve mahkemelerin dosya raporlamasına devam ettirmeleri, karmaşık davalarda duruşma tarihlerinin erkenden belirlenmesi, bilgi ve belgelerin açıklattırılması sürelerinin kısaltılması, etkin dava yönetiminin değeri ve metodları konusunda hukuk toplulukları içinde eğitimin yaygınlaştırılması, her bölgedeki baş hâkimin rolü konusunda ileri araştırmalar yapılması, hâkimlerin geçici görevlendirilmelerindeki esnekliğin arttırılmasına ilişkin ileri araştırmalar yapılması, elektronik iletişim teknolojilerinin kullanılması olarak sayılabilir. Federal Kongre'ye

[601] **Chase**, s. 170.

yöneltilen tavsiyeler ise; adalet teşkilâtı içindeki boşlukların doldurulması, yeni hükümlerin federal adlî dosyalar üzerindeki etkilerinin gözönüne alınması, mahkemelerde yeterli mahkeme salonları sağlanması gibi hususlardan ibarettir[602].

C. 2000 YILI DEĞİŞİKLİKLERİ

1990 tarihli Adli Yargı Reformu Kanunu'nun aksine, delillerin açıklattırılması usûlüne *(discovery)* ilişkin olarak Federal Medenî Usûl Kuralları'nda 2000 yılında yapılan değişiklikler, iyi bir emekle hazırlanmış ve deneysel araştırmaya dayandırılmıştır. Bu değişiklikler, Kongre tarafından başlatılmamış ve 1990 tarihli Reform Kanunu gibi politik süreç içinde de gerçekleşmemiştir. Amerikan medenî yargılama sürecinin önemli bir kısmı, duruşma öncesinde karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklattırılması *(pre-trial discovery*) suretiyle bilgi edinilmesinden oluşur. Geleneksel olarak bu süreç, davanın açılmasından sonra, tarafların birbirlerinden belge ve bilgi talep ettikleri anda başlar. Talepte bulunulmaması, bilgi edinilememesi anlamına gelir. Bu süreçte, 1993 yılında dramatik bir değişiklik yapılarak, Federal Medenî Usûl Kuralları (FRCP) ile, taraflardan her birinin karşı taraftan ilgili belgeleri ve duruşmada tanıklık yapacak kişilerin isimlerini bildirmesini talep etmeyi mümkün hale getirmiştir. Bu değişiklikle, talep edilmemiş olsa da, avukatlar aleyhe açıklamalarda bulunmakla yükümlü tutuldukları için, avukatlar müvekkilleri ile ihtilaf içine sokulmuştur. Sonuçta, her federal bölgeye bu yeni kuralı uygulamama tercihi tanınmıştır. Çoğu mahkeme de esasında bu kuralı uygulamamıştır. 1997 yılı başında, Usûl Kuralları Danışma Komitesi, bu kuralların revize edilmesi ihtiyacını ve otomatik açıklama kuralını incelemek üzere bir alt komite kurmuştur. Yapılan araştırmada, esasında bu kuralın dava masraflarını azalttığı, karar verilmesine kadar olan süreci kısalttığı ve bu konudaki ihtilafları azalttığı ve ayrıca usûlî hakkaniyeti ve dava sonucunun hakkaniyetini artırdığı ve uzlaşma ihtimallerini güçlendirdiği anlaşılmıştır. Böylece, 2000 yılı değişiklikleri ile, federal mahkemelerin sözkonusu kuralı uygulamama opsiyonu kaldırılmış ve tüm mahkemeler bakımından bu usûl zorunlu hale getirilmiştir. Aynı zamanda bilgi ve belgelerin açıklattırılması talebi *(discovery request)*

[602] **Chase**, s. 178.

beklenmeksizin, açıklanması gerekli olan bilginin kapsamı daraltılmıştır. Taraflar artık sadece dava ve savunmalarını desteklemek üzere tanıklara ve delillere ilişkin bilgileri açıklamakla yükümlü hale getirilmiştir. Bu emredici kuralın etkilerinin ortaya konulabilmesi için zamana ihtiyaç olduğu söylenmekle birlikte, yapılan araştırmanın sonuçlarının önemli bir kural değişikliğine sebep olduğu da belirtilmiştir[603].

D. SONUÇ

Davanın sevk ve idaresi sürecinde, karar verme sürecini kısaltan yönetimsel yargılama tekniklerinin sanıldığının aksine, dava tarafları üzerine ek masraflar yüklediği görülmüştür. Birçok sebeple, ulusal mahkeme sistemi üzerinde başarılı etkisi olabilecek usûlî değişiklikleri mikro seviyede tasarlamanın son derece zor olduğu anlaşılmıştır. Yerel hukukî gelenekler arasındaki farklılıkların, dava yükünün tipi ve boyutunun ve hâkimlere tanınması gerekli olan hareket özgürlüğünün zorluklar oluşturduğu açıktır. Masraf ve gecikme sorunlarının ötesinde, usûlün geliştirilmesinde esas olan doğruluk ve meşruluk gibi hususların da ele alınıp, incelenmesi gerektiği ve mahkeme uygulamalarının dikkatli ve kapsamlı şekilde deneysel olarak analiz edilmesinin, reform önerilerinin daha sağlıklı temellere oturtulmasını sağlayabileceği görülmüştür[604].

§13. AVUSTRALYA MEDENÎ YARGI SİSTEMİ VE REFORM ÇALIŞMALARI

I . MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

Avustralya, 1901 tarihli Uluslar Topluluğu Anayasası ile kurulmuş bir federasyondur. Uluslar Topluluğu (*Commonwealth* veya Federal) hükümeti, altı eyalet hükümeti ve üç adet kendi kendini yöneten bölgesi (Avustralya Başkent Bölgesi, Kuzey Bölgesi ve Norfolk Adası) bulunmaktadır. Federal yapı mahkeme sistemi, eyalet yargılaması ve federal yargılama şeklinde ayrılmıştır. Avustralya, parlamento sistemini

[603] **Chase**, s. 181 vd.
[604] **Chase**, s. 183.

ve adlî sistemini İngiltere'den almıştır. Avustralya'daki adlî sistem Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'dir. Bunun sonucu olarak, mahkemeler, Eyalet Parlamentosu ve Federal Parlamento tarafından tarafından kabul edilen mevzuatın yanısıra, hâkim tarafından yapılan hukuku (ortak hukuk ya da genel hukuk olarak tanımlanır) yorumlayıp, geliştirir ve uygularlar[605].

A. FEDERAL YARGI TEŞKİLATI

Federal yargı içindeki mahkemeler, federal mahkemeler (*Federal Court*), yüksek mahkemeler (*High Court*), aile mahkemeleri (*Family Court*) ve federal hukuk mahkemeleri (*Federal Magistrates' Courts*) dir. Avustralya Federal Mahkemesi, Federal Parlamento'nun 1976 tarihli yasama faaliyeti ile kurulmuştur. Yüksek Mahkeme ise, ülkenin temyiz mahkemesidir.

B. MAHKEME TEŞKİLÂTI

Avustralya'da bir tanesi federal olarak oluşturulmuş, diğeri de eyaletler ve bölgeler tarafından oluşturulmuş ikili mahkeme sistemi mevcuttur. Federal olarak oluşturulan mahkemeler federal mahkemeler olarak anılmakta olup, federal anayasa'dan kaynaklanan yargı yetkisini kullanarak, federal hukuku uygularlar. Eyalet mahkemeleri, federal yargı tarafından yetkilendirilen eyalet hukukunun tevdi ettiği yargı yetkisini kullanır. Bölge mahkemeleri ise, federal hukuk ve bölge hukuku tarafından kendilerine verilen yargı yetkisini kullanır.

1. Federal Mahkemeler	***2. Eyalet ve Bölge Mahkemeleri***
Avustralya Yüksek Mahkemesi	Eyalet ve Bölge Yüksek Mahkemeleri
Avustralya Federal Mahkemesi	Eyalet ve Bölge Ara Mahkemeleri
Avustralya Aile Mahkemesi	Tek Hâkimli Eyalet ve Bölge Mahkemeleri
Avustralya Endüstriyel İlişkiler Mahkemesi	Küçük Talepler Mahkemeleri
Federal Hukuk Mahkemeleri	

[605] **Chesterman,** Scott/ **Ellison:** Avustralya, Minter Lawyers, (ed. **Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law, 2004, s. 29.

II. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI

A. YARGILAMANIN BAŞLATILMASI

Kural olarak davanın açılmasından önce yerine getirilmesi gereken kanunî bir gereklilik bulunmamaktadır. Ancak, genel uygulama, davacının dava açmadan önce davalıya, davadan önceki mektup (*letter before action*) olarak adlandırılan bir talebi göndermesidir. Bu talep, davacının şikayetini ortaya koyar ve genellikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulması önerisinde bulunur. Bunun yanısıra meselenin belirli bir tarihte gündeme getirilip çözülmesi, bu mümkün olmuyorsa hukukî yollara başvurulacağı ihtarını içerir[606].

B. KANUNİ GEREKLİLİKLER

Açılan her davaya uygulanmak üzere mahkemelerin genel yargılama kuralları (Usûl Kuralları) bulunmaktadır. Usûl kuralları, tarafların bu kurallarda düzenlenen şekilde dava açıp, yürütmelerini düzenler[607]. Geçerli bir dava sebebi bulunan herkes, bir Avustralya mahkemesinde dava açma hakkına sahiptir. Bazı davalar bakımından, kişilerin dava açabilmek için "müsaade" olarak adlandırılan bir izin almaları gerekir. Ayrıca, Usûl Kuralları gereğince hazırlanmamış bir dava dilekçesinin mahkeme tarafından reddedilmesi de mümkündür[608].

C. DAVANIN AÇILMASI

Yargılama, Usûl Kuralları'nda belirlenmiş şekildeki form ile mahkemeye başvurulması ile başlatılır. Bu formlar her mahkemede bulunmaktadır. Dava dilekçesinin genel olarak bir kaç özelliği vardır: (i) davalıya davayı ihbar eder, (ii) belirli bir zaman dilimi içerisinde davalının mahkemede bulunması ve davaya cevap vermesi zorunluluğu getirir. Mahkemeye ve uyuşmazlığın türüne bağlı olarak, bir çağrı formu veya dava dilekçesi şeklinde bir dava açma talebinde bulunulabilir. Davalı, davanın açıldığı eyalet veya bölge yetki çevresi dışında ise, ek veya alternatif evraklar gerekebilir. Dava

[606] **Chesterman/Ellison**, s. 30.
[607] **Chesterman/Ellison**, s. 30.
[608] **Chesterman/Ellison**, s. 30.

hasımsız ise veya Usûl Kuralları'nda açıkca düzenlenmişse, davanın dava dilekçesi ile açılması zorunludur. Diğer durumlarda, davanın açılması için çağrı formu yeterlidir. Çağrı formu ekinde, dava içeriğinin de gönderilmesi gerekir. Davaların çoğu, davanın belli bir zaman içerisinde açılmasını gerektiren zamanaşımı mevzuatına tabidir[609]. Davayı başlatan evrak, dava dilekçesi veya çağrı formu, mahkeme kaydına verilir, davalıya tebliğe çıkarılmazdan önce burada imzalanıp, mühürlenir ve numara verilir. Davayı başlatan evrakın mahkemeye ibraz edilmesi ile dava açılmış sayılır. Dava açılması masrafları belirli dava türüne ve mahkemeye göre değişir. Kazanan taraf, mahkeme masrafları da dahil masraflarını karşı taraftan alır[610].

D. DAVAYA CEVAP VERİLMESİ

Davalının tayin edilen bir süre içinde davaya cevap vermesi gerekir. Davalı savunma yapacaksa, önce mahkemede hazır bulunacağına ilişkin bir beyanda bulunmalıdır. Beyanda bulunulmadan davalının mahkemede herhangi bir faaliyette bulunması mümkün değildir. Davalı, mahkemede hazır bulunacağına ve davada yeralacağına ilişkin davanın açıldığı mahkemeye bir ihbarname gönderir. Bu ihbarnamede davalının tam adı, adresi, imzası ve bulunacağı tarih belirtilir. İhbarname, davanın açıldığı mahkemedeki kayıt memuruna ibraz edilmeli ve orada mühürlenmelidir. Mühürlendikten sonra, ihbarnamenin bir nüshası davalı tarafından davacıya tebliğ ettirilir[611].

---

[609] Davaların çoğunluğunda, zamanaşımı dava sebebinin meydana geldiği tarihten itibaren altı yıldır. Ancak, dava sebebine ve davacının şartlarına bağlı olarak farklı zamanaşımı süreleri sözkonusu olabilir. Zamanaşımı süresi dolmuşsa, dava açılabilir, ancak mahkeme ilgili dava sebeplerini dikkate almaz (**Chesterman/Ellison**, s. 30).

[610] **Chesterman/Ellison** , s. 31; **Epstein**, Judd: "The Quiet Revolution in Australia-The Changing Role of the Judge in Civil Proceedings", (ed. **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenze) Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective, Florence 2003, 207.

[611] **Chesterman/Ellison** , s. 31.

E. ÖN YARGILAMA SAFHASI

1. Düzenleyici Kurallar ve Kararlar (*Administrative Rulings, Scheduling Orders*)

Avustralya mahkemelerinde "dava yönetimi" kavramının[612] benimsenmesi ile davanın açılmasından sonuçlanmasına kadar olan süreçte mahkemelerin gözetimi ve katılımı artmıştır. Büyük meblağlı davalarda, duruşmaya hazırlık ve uyuşmazlığa ilişkin gerçek meselelerin duruşma öncesinde ortaya konulabilmesi için, davaya ilişkin detaylara, tarafların elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklanmasına, çeşitli sorulara, verilen dilekçelerdeki değişikliklere ilişkin olarak bir dizi sözlü ara oturum yapılır. Genellikle tarafların ara oturumlarda verilen kararları yerine getirebilmeleri için belirli aralıklarla oturumlar belirlenir. Avustralya medenî yargılama hukukunda ihtiyati tedbir ve malvarlığı üzerinde ihtiyati haciz uygulanması gibi geçici hukukî koruma tedbirleri de mevcuttur[613].

2. Delillerin Toplanması

Yargılama sürecinde delillerin toplanması aşamasında, delil keşfi (*discovery*), taraflara yöneltilen soru ve cevaplar (*interrogatories*), tanık ifadeleri (*oral examination of witnesses*), kayıt ve belgelerin incelenmesi, davaya taraf olmayan kimselerin kontrolünde bulunan delillerin keşfi (*discovery from non-parties*) gibi çeşitli araçlardan yararlanılır[614].

3. Delil Keşfi –Tahkikat (*Discovery*)

Delil keşfi (*discovery*)[615], tarafların birbirine deliller ile ilgili açıklamada bulunduğu bir dizi usûlden ibarettir. Delil keşfinin amacı, tarafların duruşmada karşılaşacakları durumun farkına varmalarına olanak sağlamaktadır. Delil keşfi, tarafların elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklanması (*disclosure*) ve karşı tarafa

---

[612] Bu hususta ayrıntılı olarak bkz. **Gündüz,** s. 25 vd.
[613] **Chesterman/Ellison**, s. 46 vd.
[614] **Chesterman/Ellison**, s. 41.
[615] Bu kurum hakkında ayrıntılı olarak bkz. yukarıda § 10, II, B, 3.

yöneltilen soru ve cevaplar (*interrrogatories*) sürecini kapsar[616]. Belgelerin açıklanması aşamasında, taraflar karşılıklı olarak ellerinde bulunan ilgili belgeleri açıklarlar. Federal Mahkeme, Kuzey Bölgesi, Güney Avustralya ve Victoria Yüksek Mahkemesi de dahil olmak üzere çoğu mahkemede delil keşfi yapılması için mahkemenin iznine ihtiyaç yoktur. Delil keşfi, layihaların verilmesinden sonraki aşamada yapılır. Davaların büyük çoğunluğunda, delil keşfi talebinde bulunan tarafın buna ilişkin olarak karşı tarafa ihbarname göndermesi gerekir. Karşı tarafa, ilgili belgelerin listesini hazırlaması için belli bir süre verilmelidir. Belge listesi, Usûl Kuralları'nda belirtildiği şekilde hazırlanır. Kendisinden açıklama istenen tarafın elinde bulunan veya bulunmuş olan veya erişme imkanı bulunan davadaki çekişmeli meselelerle ilgili tüm belgelerin belirtilmesi gerekir. Belge kavramı son derece geniş anlaşılmaktadır. Teyp ve video kayıtları, diskte saklanan veya ses ve görüntü elde edilebilen tüm ortamlar buna dahildir. Davanın tarafı olmayan kişilerden de delil açıklaması istenebilir.

F. DURUŞMA

Avustralya'da duruşma, çalışmamızın ileriki bölümlerinde incelenecek olan geleneksel olarak Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne dahil olan ülkelere özgü bulunan ve en çarpıcı uygulaması Amerika Birleşik Devletleri'nde görülen duruşma modeli çerçevesinde yürütülmekte ve diğer Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) ülkeleri medenî yargılamasında olduğu gibi, taraf hâkimiyetine (*adversarial*) dayalı olup, aşağıdaki özellikleri göstermektedir:

- Duruşma öncesinde mahkemeye verilen ve karşı tarafa tebliğ edilen dilekçeler vasıtasıyla, taraflar aralarındaki uyuşmazlığın kapsamını belirlerler.
- Duruşma öncesinde ve duruşma esanasında, taraflar durumlarını destekleyen delilleri ibraz ederler.
- Duruşmalarda jüri bulunmaz.

[616] **Epstein**, s. 207 vd.

- Mahkemeler kendi kendilerine soruşturma yapmazlar, yalnızca ibraz edilen delillere dayanarak karar verirler.

Avustralya'da uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunun duruşma yapılmaksızın çözüme ulaştırıldığı da bir gerçektir[617] .

G. DURUŞMA SONRASI USÛL VE KANUN YOLU

Ara kararlarda belirli şartlar altında değişiklik yapılabilmesi mümkündür. Ancak, mahkeme kararlarında Usûl Kuralları'nda belirtilen şartların varlığı halinde değişiklilik yapılabilir. Esasen, Avustralya medenî yargılama hukukunda temyiz hakkı mevcut değildir. Ancak belirli şartların gerçekleşmiş olması halinde mevzuat, temyiz incelemesi yapma yetkisi bulunan mahkemelerde sınırlı bir temyiz imkânı tanınmıştır. Bu şartlar arasında, temyizde bulunmak için "izin" alınmış olması en başta aranan şarttır. Diğer şartlar ise, mahkeme kararından zarar görülmüş olması, kararda hata bulunması ve hatanın temyiz başvurusunda bulunmayı gerektirmesidir[618].

III. YARGILAMA SİSTEMİNİN TEMEL SORUNLARI

A. GENEL OLARAK

Avustralya yargılama sistemini İngiltere'den almıştır. Ancak Avustralya'da, taraf hâkimiyetine dayalı *(adversary)* sistem, İngiltere ve Galler'den daha da katı uygulanır hale gelmiştir. Taraf hâkimiyetine dayalı sistemde, tarafların yarışı kendi kulvarlarında yürütmeleri esastır. Herşeyden önce, bu sistemde yargılama, devlet tarafından sağlanan mahkemeler önünde bazı kurallara dayalı olarak yürütülen ve fakat tamamen taraflara ait bir meseledir[619]. Hâkimler hükümet tarafından yüksek kademedeki kıdemli danışmanlar arasında seçilir. Adli teşkilâta atanmak, sınırlı sayıdaki kişinin bulunduğu prestijli bir

[617] **Epstein**, s. 210.
[618] **Chesterman/Ellison**, s. 49.
[619] Taraf hâkimiyetine dayalı (*adversary*) sistemin eleştirisi için bkz. **Davies**, G. L.: "Civil Justice Reform: Why We Need To Question Some Basic Assumptions", CJQ 2006, 25 (Jan), s. 36 vd. Yazar, taraf hâkimiyetine dayalı sistemin yargılamada gerçeğin bulunmasına değil, tarafların zafer elde etmesine dayandığını, yargılama masraflarını artırdığını ve yargılama sürecinin adil işlemesine mani olduğunu ifade etmiştir.

mesleğe davet anlamındadır. Adli teşkilât kendi görevlerini belirleyen bağımsız bir kurumdur. Hâkimler, 20. yüzyılın ilk 80 yılında, yani Avustralya'nın federe hale geldiği 1901 yılından bu yana sadece dava üzerinde yoğunlaşmıştır. Hüküm vermenin hâkimin tüm zamanını alması esastır ve bu yüzden bazı eyatlerde hâkimlerin hukuk reformları ve kamusal tartışmalarla ilgilenmesi açıkca yasaklanmıştır. Gecikme ve masrafların yüksekliği gibi medenî yargılamanın geleneksel sorunlarının belki de bunun bir sonucu olarak ortaya çıktığı söylenmektedir[620].

Avustralya medenî yargılama sisteminin, İngiliz medenî yargılama sistemine benzerliği sebebiyle bu sistemde karşılaşılan sorunlar da benzerdir[621]. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılamasında, masraf ve gecikmenin en önemli iki sorun olduğu ve esasında bunların arasında sıkı bir bağlantı bulunduğu, gecikmenin masrafı artırdığı her zaman ifade edilmiştir[622]. Bir çok davada, dava masrafları ihtilaf konusu miktar ile son derece orantısızdır. Ortalama ekonomik seviyedeki taraflar için davayı kaybetme ihtimali ve karşı tarafın masraflarını ödeme mecburiyeti çok sıkıntı verici olduğundan, kimse risk almak istememektedir. Kaybeden tarafça ödenecek toplam masraflar sıklıkla hükmedilen asgari miktarı geçmektedir. Çok büyük davalar dışında tüm davalarda, dava konusu miktar ile karşılaştırıldığında masraflar kabul edilemez şekilde yüksek olduğu için vatandaşların çoğunluğu bunu karşılayamamaktadır. Avustralya'da yargılama süreci, kaba hatlarıyla İngiltere ile benzerlik gösterir, ancak farklı eyaletler arasında ciddi farklılıklar da mevcuttur. İngiltere'de olduğu gibi, Avustralya'da da yargılamanın adlî kontrolüne doğru bir kayma gözlemlenmekte ve yeni bir karar verme kültürünün ortaya çıktığı görülmektedir. Hâkimler önlerindeki meselede çok daha fazla insiyatif sahibi olup, taraflara hangi usûlî adımların atılması gerektiğini ve bunların hangi sürelerde yapılması gerektiğini dikte ettirmeye fazlasıyla hazır hale gelmişlerdir. Usûl ekonomisinin sağlanması için yeni kurallar kabul edilmektedir. Örneğin, Queensland eyaletinde yeni kurallar, tahkikatı sadece doğrudan ilgili olan belgelerle sınırlandırmıştır. Tahkikat kurallarındaki bu değişikliğin, hükümde hataların

[620] **Epstein**, s. 185 vd.
[621] **Zuckerman**, s. 18.
[622] **Davies**, s. 32.

çoğalmasına neden olmaksızın bu usûle ilişkin masrafların önemli ölçüde düşmesine sebep olduğu görülmüştür. New South Wales eyaletinde tahkikat kurallarından yararlanmak sınırlıdır. Hem İngiltere'de hem de Avustralya'da, sözlü usûl bugün daha da önemsizdir. Tüm davalarda, duruşma öncesinde yargılamaya ilişkin meselelerin yazılı şekilde ele alınmasına çalışılmaktadır[623].

Mahkemelere genel olarak şirketler veya arkalarında sendika veya sigorta şirketleri bulunan bireysel davacı ve davalılar tarafından başvurulmaktadır. 1990'lara kadar adlî yardım özel hukuka ilişkin meselelerde destek sağlamıştır. Taraf hâkimiyetine dayalı (*adversary*) sistemin iyi işlediği efsanesi, sınırsız kaynaklar, eşit temsil olanağı ve eşit ahlaki bütünlük masalına dayandırılarak bugüne kadar sürdürülmüştür[624].

B. MEDENÎ YARGILAMA VE DAVA YÖNETİMİNE İLİŞKİN REFORMLAR

1980'ler ve 1990'larda dikkatler mahkemelere, personele ve mahkemelerin uyguladıkları yöntemlere çevrilmiştir. Mahkemelerin çok yavaş, adaletin çok pahalı ve yargıçların da gidişattan kısmen de olsa kabahatli oldukları düşünülmüştür. Modern toplum karmaşıklaştıkça, hukukun da karmaşıklaşması ve duruşmaların daha da zor olması ve zaman alması beklenmiştir. Hükümet, adlî yargı sisteminin krizde olduğu ve bu krizin aşırı taraf hâkimiyetinden kaynaklandığı sonucuna varmıştır[625]. Temel sorunların artan iş yükü ve yetersiz kaynaklar olduğu belirlenmiştir. Mahkeme usûlleri mahkemeler tarafından bile araştırılır olmuş, buna hükümet ve akademisyenler de katılmıştır. Araştırmaların sonuçlarına göre, aşırı masraf ve gecikme konusunda büyük bir sorun olmadığı, ancak mahkemelerin daha etkin ve verimli çalışabileceği belirlenmiştir[626].

---

[623] **Zuckerman**, s. 19
[624] **Zuckerman**, s. 19 vd.
[625] **Bamford**, D.: "Managing Justice- A Report into Federal Civil Litigation in Australia", CJQ 2000, 19, s. 213.
[626] **Epstein**, s. 187.

Reformların hedefleri, gecikme, yüksek masraf ve etkin olmama sorunlarının üstesinden gelinmesi olarak belirlenmiştir. Amaç, zamanı dengeli kullanabilen, adil, tarafsız, ahenkli çalışan, erişilebilir, merasimsiz ve masrafların etkin şekilde ayarlanabildiği, uygun kaynaklara sahip mahkemeler oluşturulması olmuştur. Bir kesim tarafından adaletin özelleştirilmesi ve masrafların, devlet yerine tarafların cebinden çıkmasını dahi önerilmiştir. Ancak reformların genel olarak, hâkimler vasıtasıyla gerçekleştirileceğine inanılmıştır. Avustralya'da hâkimlerin kural koyma yetkileri çok uzun zamandır mevcut olmuş ve yargılama kurallarını ve adaletin yönetimini de hâkimler şekillendirmiştir. Parlamentonun kanun yapması çok yaygın olmamakla beraber ve ancak kanunî haklarda değişiklik yapılacağı zaman veya bir mahkemenin kendisini reforme etmesi çok yavaş olacağının tahmin edilmesi halinde, Parlamento'nun devreye girmesi esası kabul edilmiştir. Reformlar sıklıkla işbirliği oluşturulmasına yönelik olmuş ve Esas işbirliğinin hükümet ile mahkemeler arasında yapılması amaçlanmış, ancak diğer işbirliği olasılıkları da gözönüne alınmıştır[627].

Avustralya'da her mahkemenin büyük ölçüde birbiri ile benzerlik taşıyan, ancak kendine özgü oldukça farklı kuralları mevcut olup, tüm mahkemeler aynı hızda ve aynı yönde hareket etmemektedir. Yüksek Mahkeme, Federal Mahkeme ve Anayasa Mahkemesi'nin ve alt derecedeki mahkemelerin ayrı kuralları vardır. Davacı ve davalıların tasarruf etmelerini sağlamak üzere, çeşitli seviyelerdeki işlerin görülmesi için mahkemeler oluşturulmuştur. Sıradan kişilerin bankalar veya sair büyük ticarî işletmelerin ihtilaflarında kullandıkları usûlleri kullanmalarının beklenemeyeceği düşünülmüştür. Avustralya'nın fiziki büyüklüğü de gözönüne alındığında, mahkemelerin birçoğu merkezden idare edilmemekte ve uzak şehirlerde yürütülmesi gerekli yargılama, hâkimlerin sıkça büyük şehir merkezlerinde duruşma yapması suretiyle kolaylaştırılmaktadır.

Reformların çoğu, hâkimin rolünün yeniden düzenlenmesine ilişkindir. Yargılama sürecinin yalnızca taraflara ait bir mesele olmadığı, aynı zamanda

[627] **Epstein**, s. 188.

mahkemenin de meselesi olduğu anlaşılmıştır. Duruşmaya çıkmak isteyen davalı ve davacıların menfaatlerine zarar verilmemesi için, mahkemelerin duruşma listelerindeki karışıklıkların hâkim tarafından kontrol edilmesi gerektiği öngörülmüştür. Hâkimler sistemin eleştirisi altında ezilmişlerdir. En çok üzerinde durulan noktalar, meselelerin duruşma aşamasına gelmesinde beklenmeyen gecikmeler, bazı duruşma süreçlerinin anormal uzunluğu, adalet yönetiminin genel maliyetidir. Reformlardan ilki, dava yönetimi sürecinin (*case management process*) düzenlenmesidir. Hâkim sadece görmekte olduğu dava bakımından değil, duruşma listesinden de sorumlu hale gelmiştir. İkinci reform dalgası, alternatif uyuşmazlık çözüm metodlarının (*ADR*)[628] kabul edilmesi olmuştur. Mahkemelerde tüm davaların duruşma aşamasına kadar götürülmesinden önce alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvurulmasını zorunlu kılan pilot programlara gidilmiştir. Düzenlenmesi gerekli alternatif uyuşmazlık çözüm metodlarına, uyuşmazlık çözümünde hâkimin rolüne, alternatif uyuşmazlık çözüm süreçleri masraflarını kimin karşılayacağı ve alternatif uyuşmazlık çözümünün en etkin işlediği aşamanın ne olduğuna ilişkin tartışmalar ortaya çıkmıştır ve hala da devam etmektedir[629].

Davanın duruşmaya hazırlanmasına kadar olan süreçteki ara usûlleri düzenleyen mahkeme kuralları da mercek altına alınmıştır. Davaların büyük çoğunlukla duruşma aşamasına gelmediği düşünüldüğünde, duruşma öncesi aşamalarda yapılacak değişikliklerin dava akışı yönetiminde etkisi olacağı öngörülmüştür. Reformlar arasında başı çekenlerden biri layihalara ilişkin olan süreç, diğeri de tarafların elindeki bilgi veya belgenin açıklanması sürecidir. *Queensland* eyaleti yargılama reformları örneğin, reformların kapsam ve odağı bakımından fikir vericidir. Bu bakımdan sözkonusu reform ana hatlarıyla burada ele alınacaktır. Öngörülen reformların temel amaçları olarak;

a) ihtilafın taraflarının mümkün olduğunca erken zamanda hangi meselelerin ihtilaflı olduğu konusunda mutabık kalmalarını ve birbirlerine meseleye ilişkin tüm vakıaları açıklamaları,

[628] **Davies**, s. 41 vd.
[629] **Epstein**, s. 190.

b) erken aşamada tarafların uyuşmazlığı mümkünse anlaşma yoluyla çözmelerinin teşvik edilmesi,

c) duruşma öncesi usûller bakımından gereksiz masraf veya sair baskıların, özellikle tarafların elindeki bilgi ve belgelerin açıklattırılması, sorgu ve taleplere ilişkin olanların ortadan kaldırılması veya en azından azaltılması,

d) gerekli olduğu takdirde, duruşma öncesi sürecin adlî denetiminin sağlanması,

e) mahkeme tarafından atanan bilirkişilerden görüş alınması,

f) daha kısa duruşma yapılmasının, (i) bazı davalarda soruşturma ve çapraz sorgu ihtiyacının azaltılması suretiyle, (ii) vakıaların ispat usûllerine dair mahkemelere daha fazla tanımak suretiyle teşvik edilmesi,

olarak sayılabilir[630].

Layihaların verilmesi aşamasının sona ermesinden sonra, duruşma öncesinde vakıaların tespitine (*pre-trial fact finding*) ilişkin yöntemler doğrudan İngiltere'den alınmıştır[631]. Bu yöntemler, bilgi ve belgelerin açıklanması (*discovery*) ve taraflara yöneltilen soru ve cevapları (*interrogatories*) kapsamaktadır, ancak yeminli ifadeleri (*depositions*) içermemektedir[632]. Reformu yapanlarca belirlenen sorunlar, genelde sözkonusu bu iki yöntemin sonucunda elde edilen faydadan çok masraf ve zaman harcandığıdır. Birçok olayda belge ve bilgilerin açıklattırılması usûlünün (*discovery*) kapsamı daraltılmış, sorular yöneltilmesi ya tamamen kaldırılmış ya da masraflardan tasarruf edilmesi veya erken aşamada uzlaşma sağlanması koşuluna bağlanmıştır. Taraflardan hangisinin masraflara katlanacağını düzenleyen masraf sistemi de İngiltere'den alınmadır. Tarafların yaptığı masraflar, kazanan tarafın kaybeden taraftan kısmî bir telafi elde edeceği beklentisine dayandırılarak yapılmaktadır. Dava kazanıldığı takdirde ödenecek vekâlet ücretlerine ilişkin anlaşmalar genellikle kanuna aykırı bulunmuş ve liberal hukuk mesleği etiği ile bağdaşmayacağı düşünülmüştür[633].

---

[630] **Epstein**, s. 191.
[631] Bkz. yukarıda § 11, II, B, 4, d.
[632] **Epstein**, s. 207.
[633] **Epstein**, s. 191.

Yargılama sürecinde tarafların neleri yerine getireceği konusunda da dikkat çekici değişiklikler yapılmıştır. Mahkemeler, yeni reformlarla birlikte hâkimleri belli yüklerden kurtarmak için mahkeme görevlilerini ve idarecilerini daha fazla kullanmaya başlamış, müdür ve kayıt görevlileri dahil adlî görevlilere, daha önce hâkimler tarafından üstlenilmiş olan birtakım işler yüklenmiştir. Hâkimlere, yargılamanın tamamını veya yargılamaya ilişkin bazı meseleleri hakemlere bırakma konusunda serbesti getirilmiştir. Evvelce, uygulamacıların takdirine bırakılmış meseleler artık adlî inceleme altına alınmıştır. Son reformlar ile, Avustralya hukukuna bilirkişi tanık (*expert witness*) kurumu da getirilmiştir. Teknoloji kullanımı, yargılama reformlarına eşlik ya da belki de liderlik etmiştir. İletişim teknolojisi, mahkemelerin kamuya daha iyi hizmet etmesi için emrine sunulmuştur. Elektronik dosyalama, belgelerin ve mahkeme emirlerinin elektronik ortama aktarılması, hâkim yetkisinin işyüküne uydurulmasında istatistik kullanılması kabiliyeti, bir davanın seyrinin sorumluluğunu uygulamacılardan hâkime doğru kaydırmıştır[634].

C. SONUÇ

Avustralya'da, salt taraf hâkimiyetine dayalı sistemin pasif karakteri ortadan kalkmış ve diğer Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkelerinde olduğu gibi hâkimin rolü değişmiştir. Hâkimlerin daha davanın en başında sorumlulukları başlamaktadır. Her davaya azami adlî özen gösterilmekte olup, hâkimler yargılama sürecinden sorumlu hale gelmişlerdir. Davaların sonuçlandırılması yöntemleri fazlalaşmıştır. Hâkimin, tarafları alternatif uyuşmazlık çözümüne (*ADR*) yönlendirebilmesi ve bazı durumlarda alternatif uyuşmalık çözüm celselerini yürütebilmesi mümkün hale gelmiştir. Kanun koyucu, hâkimin aktif rolünü, sınıf davalarında, vakıların ele alınmasında ve sair süreçlerde hâkimin daha fazla katılımının sağlanması olarak ifade etmektedir. Bununla birlikte, reformların başarılı olduğunu söylemenin zor olduğu, bazı duruşma listelerinin hâlâ felaket durumda olduğu, bazı hâkimlerin yönetimsel görevlere karşı koymaya devam ettikleri ifade edilmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözümünün (*ADR*) rolü ve bağlantısı, uzlaşma ve hüküm

[634] **Epstein**, s. 192 ve 210.

verilmesi gibi usûller, halen tam doğru şekilde uygulanamamaktadır. Ancak yine de, taraf hâkimiyeti sisteminin sertliğine veya hâkimin pasif rolüne dönmekten sözedilmemektedir. Reformların içselleştirilmiş ve benimsenmiş olduğu açıktır. Araştırma kurumları, adlî kurumlar ve uygulamacılar ile meslek kuruluşlarının işbirliği devam etmektedir. Sonuçlar ortaya konulmaya devam etmekte ve reformlar üzerinde çalışılmaya devam edilmektedir. Avustralya medenî yargılamasının bu hali bile, Avustralya hukuk sisteminin bir başarısı olarak nitelendirmemekte ise de, yine de çoğu kişi tarafından eskisinden daha iyi olduğu kabul edilmektedir[635].

§ 14. ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMİ BAKIMINDAN GENEL DEĞERLENDİRME

I. MEVCUT SORUNLAR

Yukarıda ele almış bulunduğumuz Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Medenî Yargılama Sistemine dahil olan İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya gibi ülkelerdeki sorunlara genel olarak bakıldığında, ülkeler bazında olmak üzere çalışmamızda aşağıdaki tespitlere varılmıştır:

İngiltere'de esaslı sorunların; medenî yargılama sisteminin pahalı, yavaş, karmaşık olduğu, yargılama sürecinin ise sorunlu olduğu, yargılama usûllerinin yeterli olmadığı ve yeterli şekilde adalete erişimin sağlanamadığı yönünde olduğudur. Medenî yargılama sisteminin temeline ilişkin esaslı değişiklikler yapılması gerektiği, vatandaşların ihtiyaçlarını karşılayacak, erişimi kolay ve masrafları makûl bir sisteme ihtiyaç olduğu kabul edilmiştir.

[635] **Epstein**, s. 214.

Amerika Birleşik Devletleri'nde yargılama masrafları yüksektir. Tarafların elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklattırılması (*discovery*), ön yargılama safhasındaki tahkikat esnasında taraflara yöneltilen soru ve cevaplar (*interrogatories*) ve sair belge talepleri son derece masraflıdır. Yargılama masraflarının karşı tarafa yükletilmesine ilişkin bir kural da mevcut değildir. Masraf konusu önemli bir mesele olarak yerini korumaktadır. Amerika Birleşik Devletlerinde, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne dahil bulunan başka hiç bir ülkede olmadığı şekilde, hukuk davaları jüri ile görülmektedir. Jürilerin, davacı lehine hükmedilmesi gereken miktarları ve hatta tazminat miktarlarını dahi belirleyebilecek kadar mahkeme üzerinde etkisi vardır. Diğer yandan, gecikme de eyaletten eyalete farklılık göstermekle birlikte, yargılama sisteminde önemli bir sorun olarak gösterilmektedir.

Avustralya medenî yargılama sisteminin, İngiliz medenî yargılama sistemine benzerliği sebebiyle karşılaşılan sorunların da benzer olduğu tespit edilmiştir. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılamasında her zaman sorun olan masraf ve gecikme, bu ülkede de kendini göstermiştir. Bir çok davada, dava masraflarının uyuşmazlık konusu miktar ile orantısız ve aşırı şekilde yüksek olduğu belirlenmiştir. Mahkemelerin etkin ve verimli çalışmaması da esaslı bir sorun olarak gösterilmiştir. Yargılamanın adlî kontrolüne doğru bir kayma meydana gelmiş ve yeni bir karar verme kültürü ortaya çıkmıştır. Hâkimler yargılamada çok daha fazla insiyatif sahibi olarak hareket etmeye başlamışlar ve taraflara yargılama sürecinde atmaları gereken usûlî adımları dikte ettirir hale gelmişlerdir.

II. SON REFORMLARDAKİ TEMEL NOKTALAR

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) yargılama sistemine dahil ülkelerde son yıllarda gerçekleştirilmiş reformlara genel olarak bakıldığında, bu reformların temel noktaları aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

İngiltere'de tespit edilen sorunların ortadan kaldırılabilmesi için İngiltere ve Galler hukuk sisteminde yargılama kurallarının tamamen değiştirilmesine ilişkin olarak esaslı bir reform yapılmıştır. Reformun bu hukuk sisteminde yapılmış en köklü değişiklik olduğu belirtilmiştir. Reform ile getirilen yeni sistem ile küçük talepler usûlü *(small claims track)*, seri yargılama usûlü *(fast track)* ve çok yönlü yargılama usûlü *(multi-track)* gibi üç aşamalı bir sisteme geçilmiş, usûlün basitleştirilmesi amacıyla hem asliye mahkemeleri hem de ilçe mahkemelerine uygulanacak olan yargılama hukuku kuralları tek bir metod halinde düzenlenmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının (*ADR*) teşvik edilmesi, davaların sıkı zamanlama çizelgelerine tâbi tutulması, davanın yürütülmesi üzerinde daha fazla kontrol sahibi olması öngörülen hâkimin yargısal dava yönetimini gerçekleştirmesi, davanın taraf hâkimiyetinin egemenliğinden uzaklaştırılması, davaların ele görülmesi sırasında oranlılığın gözetilmesi, iletişim teknolojisinden yararlanılması, davacıların da uzlaşma teklifinde bulunabilmesi gibi yenilikler öngörülmüştür.

Amerika Birleşik Devletleri'nde addli yargı reformunun temel içeriğini, davanın kontrolünün taraflardan alınıp, adlî teşkilâta yüklenmesi, yargılama süresinin kısaltılması amacıyla davanın erken safhalarında dava yönetiminin gerçekleştirilmesi, karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklattırılmasına ilişkin sürelerin sınırlandırılması ve hâkimlerin davalarda daha aktif bir rol üstlenmeleri oluşturmuştur. Bütün değişiklikler ile, yargılama sisteminin sorunları olan gecikmenin ve masrafların azaltması öngörülmüştür. Ancak bununla birlikte dava yönetiminin tüm dava masraflarının azaltılması üzerinde bir etkisinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

Avustralya'da reformlar, gecikme, yüksek masraf ve etkin olmama sorunları ile mücadeleye yönelik olarak gerçekleştirilmiştir. Hedef zamanı dengeli kullanabilen, adil, tarafsız, ahenkli çalışan, erişilebilir, merasimsiz ve masrafların etkin şekilde ayarlanabildiği, uygun kaynaklara sahip mahkemeler oluşturulması olmuştur.. Avustralya'da hâkimlerin kural koyma yetkileri çok uzun zamandır mevcut olduğu ve yargılama kurallarını ve adaletin yönetimini de hâkimler şekillendirmiş oldukları için

reformların genel olarak, hâkimler vasıtasıyla gerçekleştirileceğine inanılmıştır. Reformların çoğu, hâkimin rolünün yeniden düzenlenmesine ilişkin olarak gerçekleştirilmiştir. Diğer taraftan, yargılama sürecinin yalnızca taraflara ait bir mesele olmadığı, aynı zamanda mahkemenin de meselesi olduğu anlaşılmış ve dava yönetimi sürecinin (*case management process*) düzenlenmesine çalışılmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözüm metodları (*ADR*) kabul edilmiş ve mahkemelerde tüm davaların duruşma aşamasına kadar götürülmesinden önce alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvurulmasını zorunlu kılan pilot programlara gidilmiştir. Davanın duruşmaya hazırlanmasına kadar olan süreçteki ara usûlleri düzenleyen mahkeme kuralları ele alınarak, duruşma öncesi aşamalarda, dava akışı yönetiminde etkili değişiklikler yapılmıştır. Taraflarca verilecek layihalara ve tarafların elindeki bilgi veya belgenin açıklanması sürecine ilişkin olarak değişiklikler yapılmıştır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
MEDENÎ YARGI ALANINDA ULUSLARÜSTÜ GELİŞMELER

§15. AVRUPA BİRLİĞİ'NDEKİ GELİŞMELER

I. AVRUPA BİRLİĞİ İÇİNDEKİ ÇALIŞMALARIN KISA TARİHÇESİ

Avrupa medenî yargılama hukuku kırktan fazla farklı ulusal hukuk sisteminden oluşmuştur. Bunların tümü Avrupa hukuku olarak adlandırılır. Tüm Avrupa ülkeleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraftır. Sözkonusu sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen genel bir prensip tüm Avrupa ülkeleri bakımından geçerlidir. Bu genel prensibe göre, herkes makûl bir süre içinde bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil ve kamuya açık bir şekilde yargılanma hakkına sahiptir. Avrupa yargılama hukukundan sözedildiğinde, çoğu zaman bu Avrupa Birliği içindeki bütünleşmiş *(unified)* veya yeknesak *(harmonized)* olarak ifade edilebilecek yargılama hukukunu da kapsar[636]. Avrupa Birliği, medenî yargılamanın yeknesaklaştırılmasının en ileri seviyeye ulaştığı uluslarüstü bir topluluktur. Ortak ve temel yargılama kurallarının ortak pazarın ayrılmaz bir parçası olarak nitelendirilmesi sebebiyle, Avrupa'da yargılama hukukunun yeknesaklaştırılması tartışmaları esasında neredeyse otuz yıl önce başlamıştır. Mevzuat seviyesinde resmî yeknesaklaştırma durağan olmasına rağmen, en azından tüm üye devletler ve Birlik müesseseleri tarafından kabul edilen ve uygulanan yeknesak yargılama prensiplerinin, örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesi gibi, ortak esası bakımından ele alındığında bir Avrupa yargılama hukukundan sözedilmesi yine de mümkündür[637].

---

[636] **Gottwald** , Peter: "The European Law of Civil Procedure", RLR, No: 22, 2005, s. 36 vd .; **Crifo**, Carla: "First Steps Towards the Harmonisation of Civil Procedure: The Regulation Creating an European Enforcement Order for Uncontested Claims", CJQ 2005, 24 (APR), s. 200 vd.; **Hodges**, Christopher: "Europeanization of Civil Justice: Trends and Issues", CJQ 2007, 26 (JAN), s. 96 vd.

[637] **Lupoi**, s. 208.

Avrupa Birliği içinde bütünleşmiş bir hukuk yaratılmasına ilişkin ilk adım, 27 Eylül 1968 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel Sözleşmesi ("Brüksel I") ile atılmıştır. İlk bakışta bu Sözleşme, ülkeler arasında mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin geleneksel bir andlaşma olarak imzalanmışsa da, yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra, sadece tanıma ve tenfize ilişkin kurallar değil, aynı zamanda yeknesak Avrupa yargılama hukuku yolunda çekirdek oluşturacak yetkiye ilişkin yeknesak kurallar içerdiği de anlaşılmıştır. Böylece, bir kaç yıl içinde Brüksel Sözleşmesi'ne değinilirken, artık Avrupa Usûl Hukukundan da sözetmek olağan hale gelmiştir. Amsterdam Antlaşması'nın[638] yürürlüğe girmesinden hemen sonra, Konsey (halihazırda Avrupa Parlamentosu ile birlikte) Avrupa tüzükleri[639] adı altında doğrudan 25 ülkeyi bağlayıcı (Danimarka hariç olmak üzere) hukukî düzenlemeler getirmiştir. Bu tüzükler[640]: (1) Brüksel Konvansiyonu'nu ortadan kaldıran, 22 Aralık 2000 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve

[638] Avrupa Birliği Antlaşmasını ve Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmayı Değiştiren Antlaşma, Amsterdam'da 2 Ekim 1997'de imzalanmıştır, bkz. OJ C 1997 340/1. 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması, Avrupa Birliği Antlaşması ile kurulan çatıyı değiştirmeksizin, Avrupa Topluluklarını kuran antlaşmalara ve Avrupa Birliği Antlaşmasına değişiklikler getirmiş ve özel hukuka ilişkin meselelerde adlî işbirliğinin düzenlenmesi, usûl hukukunun yeknesaklaştırılması için etkin bir işbirliğinin sağlanmasına yönelik engellerin ortadan kaldırılmasına ilişkin ayrıntılı bir temel oluşturmuştur (www.dpt.gov.tr) . Bu hususta ayrıca bkz. **Gottwald**, RLR, s. 37; **Crifo**, s. 201; **Lupoi**, s. 208.

[639] Topluluk kurumlarının Antlaşmaları temel alarak geliştirdikleri yasal araçlara ikincil mevzuat adı verilmektedir. İkincil mevzuat araçları, Avrupa Birliği'ne amaçlanan hedeflerle orantılı uygun mevzuat önlemleri alma imkânı tanımaktadır. Tüzükler (*Regulations*) bu araçlardan ilkini oluşturur. Tüzükler tüm üye devletler için tamamen bağlayıcı nitelikte olup, doğrudan uygulanabilir etkiye sahiptir. Bunların uygulanması için üye ülkelerin ayrıca uygulama mevzuatı çıkartması gerekmez. Tüzükler, üye ülke vatandaşlarına ulusal yasalarda olduğu gibi hak ve yükümlülükler getirir. Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde (OJ) yayınlanır ve Tüzük çerçevesinde belirlenen zamanda yürürlüğe girer. Eğer Tüzük içerisinde böyle bir zaman belirtilmemişse Tüzük, Birlik Resmî Gazetesi'nde yayınlandığı günü izleyen 20. günde yürürlüğe girmektedir (www.abpe.org.tr). Bu hususta ayrıca bkz. **Ünal**, Şeref: Avrupa Birliği Hukukuna Giriş, Ankara 2007, s. 82.

[640] Avrupa Birliği Mart 1957'de Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun kurulmasına ilişkin Konvansiyon ile başlamıştır. 1965 yılında Avrupa Toplulukları ortak komisyonu kurulmuş ve Birliğin ilk asıl üyeleri Belçika, Fransa, İtalya, Lüksemburg, Hollanda ve Almanya olmuştur. 1973'te İngiltere, Danimarka, İrlanda Topluluğa katılmış, 1981'de Yunanistan, 1986'da İspanya ve Portekiz katılmıştır. 1992 yılında Üye Devletler arasında Avrupa Birliğini kuran konvansiyon imzalanmıştır. 1995'de Avusturya, İsveç ve Finlandiya Birliğe katılmıştır. 1 Mayıs 2004'den bu yana Avrupa Birliğine 10 yeni üye daha katılmıştır. Bunlar, Çek Cumhuriyeti, Kıbrıs, Estonya, Letonya, Litvanya, Malta, Slovak Cumhuriyeti ve Slovenya. Medenî usûle ilişkin yürürlükte bulunan tüm Avrupa tüzüklerinin, katılımların yürürlüğe girmesi ile bu ülkelerde de uygulanmaya başlaması esastır (**Gottwald**, RLR, s. 38).

Tenfizine ilişkin Konsey Tüzüğü (AB) No. 44/2001 ("Brüksel I Tüzüğü")[641], (2) 29 Mayıs 2000 tarihli Üye Devletlerde Hukuki ve Ticarî Konulara ilişkin Adli ve Adli Olmayan Evrakın Tebliğine ilişkin Konsey Tüzüğü (AB) No. 1348/2000[642], (3) 28 Mayıs 2001 tarihli Üye Devletler mahkemeleri arasında Hukuki ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Delillerin Toplanmasında İşbirliğine ilişkin Konsey Tüzüğü (AB) 1206/2001[643], (4) 29 Mayıs 2000 tarihli İflasa ilişkin Konsey Tüzüğü (AB) No. 1346/2000[644], (5) 27 Kasım 2003 tarihli Evliliğe ve Velayet Sorumluluğuna ilişkin Meselelerde Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin Konsey Tüzüğü (AB) No. 2201/2003 ("Brüksel II Tüzüğü")'dür.

Bunlar tabii ki, Avrupa yargılama hukukunda atılan son adımlar olmamıştır. Tampere Finlandiya'da Ekim 1999'da Avrupa Konseyi, hukukî ve ticarî konulara ilişkin mahkeme kararlarının karşılıklı tanınması prensibinin dönüştürülmesi üzerinde bir programda anlaşmıştır. Bu program, 2001 yılında somut hale getirilmiş, küçük talepler yargılama usûlüne tâbi tüketici alacaklarına veya ticarî alacaklara, koruma tedbirlerine ve itiraza uğramamış alacaklara *(uncontested claims)* ilişkin sınır ötesi yargılama usûllerine dair basitleştirilmiş ve hızlandırılmış ortak kurallar düzenlenmiştir. Bu bakımdan ilk adım, itiraza uğramamış alacaklarda Avrupa belgesi alınmasına dair taslak yönetmelik olmuştur. Programın ileri adımları, evlilik birliği malları ve miras davalarına ilişkin taleplerin düzenlenmesine ilişkindir[645].

Tüzüklere ilaveten usûlî içerikli direktifler[646] de mevcuttur. 27 Ocak 2003'te sınır ötesi ihtilaflarda adlî yardım veya medenî yargılamanın malî boyutlarına ilişkin asgari

---

[641] Bkz. OJ L 2001 12/1. 1 Mart 2002'de yürürlüğe girmiştir.
[642] Bkz. OJ L 2000 160/37.
[643] Bkz. OJ L 2001 174, 27 Haziran 2001.
[644] Bkz. OJ L 2000 160/1. Bu Tüzüğün kapsamı sadece sınır ötesi iflas problemlerine ilişkindir.
[645] **Gottwald**, RLR, s. 38.
[646] Direktifler (*Directives),* Avrupa Birliği'nin ikincil mevzuat araçları arasında yeralan kaynaklarındandır. Tek bir üye devletle ilgili olabilecekleri gibi tüm ülkeleri bağlayıcı da olabilmektedir. Uygulama şekil ve metodlarının seçimi ulusal makamlara bırakılmıştır. Diğer bir ifadeyle, Direktiflerin uygulanabilmesi için ulusal hukuka uyralanmaları gerekmektedir. Tüm üye devletlere yönelik direktiflerin Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde (OJ) yayınlanması gerekmektedir. Direktiflerin yürürlüğe girişleri de tıpkı Tüzükler gibidir. Eğer Direktif içerisinde yürürlüğe giriş tarihine ilişkin bir hüküm bulunmuyorsa direktifler de

ortak kurallar konularak adalete erişimin geliştirilmesine ilişkin Konsey direktifi yayınlanmıştır. Daha birçok direktif, örneğin reklama, haksız sözleşme maddelerine, tüketici menfaatlerinin korunmasına ilişkin tedbirlere, malî hizmetlere ilişkin direktifler, Avrupa Birliği'nin tüm üye devletlerinde "grup davalarına" ilişkin düzenlemenin yapılmış ve uygulanabilir olması ön şartına dayandırılmıştır. Nihayet Aralık 2002'de konsey kararı ile, medenî hukuk meselelerinde Avrupa Yargısal Ağı *(European Judicial Network*) tesis edilmiştir. Bu üye devletler arasında bilgi değişiminin kolaylaştırılmasına ve somut davalar bakımından işbirliğinde bulunularak sorunların çözülmesine yarayan bir ağdır[647].

Avrupa medenî yargılaması, adlî işbirliğini geliştirme yolundaki siyasî niyetler sebebiyle dinamik bir mesele olmaya devam etmekte olup, esasında henüz tam anlamıyla çözümlenememiştir[648]. Muhtemel ileri adımlar olarak, Avrupa alacak tahsilatı usûlünün[649] tanıtılması ve küçük taleplerin konusuna giren ihtilafların basitleştirilmiş ve hızlı halli usûlüne[650] ilişkin tedbirlerin düzenlenmesi düşünülmüştür. Bunlara ilişkin Tüzükler[651] çıkartılmıştır. Bir diğer olasılık Avrupa belgesi uygulamasının koruma tedbirlerine teşmil edilmesidir. Ayrıca hazırlanmakta olan evlilik birliği malları ve miras davalarında yetki, uygulanacak hukuk ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin bir tüzük bulunmaktadır. Bu anlamda nihaî adımın, üye devletlerde tenfize ilişkin var olan usûllerin tamamen kaldırılmasına dair olması kararlaştırılmıştır[652]. Bu alanlarda Avrupa Birliği içinde kaydedilen gelişmeler, çalışmamızın aşağıdaki bölümlerinde ele alınacaktır.

Birlik Resmî Gazetesi'nde yayınlandıkları günü izleyen 20. günde yürürlüğe girmektedir. Avrupa Birliği'nde Direktiflerin kullanımı oldukça yaygındır. Bunun nedeni, bu yöntemin hukukî sonuçlarla ilgili karar verme ve bu hedefleri ulusal mevzuatta uyarlamayı üye ülkelere bırakma imkânı tanımasıdır (www. abpe.org.tr). Bu hususta ayrıca bkz. **Ünal**, s. 82.

[647] **Gottwald**, RLR, s. 38 vd.

[648] **Gottwald**, RLR, s. 38 vd.

[649] Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. ileride II B 4 a, b.

[650] Ayrıntılı bilgi için bkz. ileride II B 4 a, b.

[651] Bkz. ileride §15, II, C, 5, a, b.

[652] **Gottwald**, RLR, s. 39; **Lupoi**, s. 214 vd.

II. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNU YEKNESAKLAŞTIRMA ÇALIŞMALARI

A. GENEL OLARAK

1 Mayıs 1999'da Amsterdam Antlaşması'nın[653] yürürlüğe girmesi ile birlikte Avrupa medenî yargılaması, Avrupa Birliği içinde yeknesaklaştırmanın en önemli başlıklarından biri haline gelmiştir. Amsterdam Antlaşması ile bu alanda bir çok yenilik getirilmiştir. İlk dört yıl içinde, medenî yargılamaya ilişkin birçok kural (tüzükler) konulmuş ve daha birçok kural sevk edilme aşamasına gelmiştir. Bunların hepsi, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 65. maddesine[654] dayandırılmıştır. 65. madde, özel hukuk konularında adlî işbirliğinin anlamına açıklık getirmektedir. 65. madde çerçevesinde, Avrupa Birliği'nde özel hukukta adlî işbirliği konularını üç kategoriye ayırmak mümkündür: Bu kategoriler arasında ilk olarak; mahkeme kararlarının tebliği, delil toplanması ile mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi; ikinci olarak kanunlar ihtilafı ve mahkemelerin milletlerarası yetkisi; üçüncü olarak ise üye devletler medenî yargılama kurallarının uyumunun geliştirilmesi yer almaktadır. Sözkonusu usûlî araçlar, ilk etapta iç pazarın iyi işlemesini sağlayacak hukukî işbirliğinin gerçekleştirilmesini ve geliştirilmesini amaçlamıştır. Bu kuralların hedefi, ulusal kuralların uyumu ve yeknesaklaştırılması olmamasına rağmen, bunların üye devletlerin iç yargılama hukukuna el uzatır hale gelmesi sonucunda, söz konusu kurallar Avrupa yeknesaklaştırmasına hız kazandırmış ve bunun sonucu olarak Avrupa medenî yargılama hukukunun doğuşuna sebep olmuştur. Avrupa medenî yargılamasının

---

[653] O J C 340, 10 Kasım 1997.

[654] Amsterdam Antlaşması ile değişik Avrupa Topluluğu Antlaşması Madde 65-Sınır ötesi etkilere sahip özel hukuk meselelerinde adlî işbirliği alanındaki tedbirler, Madde 67'ye uygun olarak ve iç pazarın uygun şekilde faaliyet göstermesi için gerekli şekilde alınacak olup, bu tedbirler:

(a) adlî ve adlî olmayan belgelerin uluslar arası tebligatı sisteminin, delil toplanmasında işbirliğinin, hukukî ve ticarî konulara ilişkin kararların ve hatta mahkemeler tarafından verilmemiş kararlar da dahil olmak üzere tanınması ve tenfizinin geliştirilmesi ve basitleştirilmesini;

(b) üye devletlerin kanunlar ihtilafı ve milletlerarası yetkiye ilişkin kurallarının birbirine uyumunun geliştirilmesini,

(c) gerektiğinde üye ülkelerin hukuk usûlü kurallarının birbirine uyumunun geliştirilmesi yoluyla, hukuk yargılamasının iyi şekilde işlemesine engel olan etkenlerin ortadan kaldırılmasını,

kapsayacaktır.

yeknesaklaştırılmasına sadece Avrupa medenî yargılama belgelerinin değil, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin de önemli katkısı olmuştur. Hukuki dinlenilme hakkı, tarafların eşitliği ve makûl sürede yargılanma hakkı gibi hakların ulusal hukuk sistemleri içinde önemi artmaya başlamıştır[655].

B. AMSTERDAM ANTLAŞMASI'NDAN ÖNCE AVRUPA MEDENÎ YARGILAMA HUKUKU

Avrupa Birliği içinde gelişen ve artan ekonomik faaliyetler, Avrupa sınır ötesi işlemlerinde de artışa sebep olmuştur. Bu artışın yapısında ise sınır ötesi ihtilafların fazlalaşması yer almaktadır. Avrupa'da medenî yargılama hukuk sistemlerinin çeşitliliği[656] uzun zamandır varolan ve mahkemelere etkin erişimi engelleyen bir sorunu ortaya koymuştur. Medenî yargılama hukukunun bir kısmını yeknesaklaştırmak suretiyle bu sorunu çözme fikrîne ancak son zamanlarda ulaşılmıştır. Kural olarak, medenî yargılama hukukunun yargı yetkisiyle ve yargı yetkisi bulunan devletin kendine has kültürel ve geleneksel özellikleri ile yakından ilgili olduğu düşünülmüş ve bu nedenle medenî yargılama hukuku yeknesaklaştırmaya uygun görülmemiştir. Halihazırda bile uygulanacak yargılama kurallarına yetkili mahkeme karar vermekte olup, bu da her zaman ulusal hukuktur[657].

Avrupa Birliği içinde medenî yargılama hukukunun kısmî yeknesaklaştırılmasına doğru ilk başarılı adım, 1968 yılında, Hukuki ve Ticarî Konularda Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfiz Edilmesine İlişkin Brüksel Sözleşmesi'nin ("Brüksel I") kabul edilmesi ile atılmıştır[658]. Bu Sözleşme, Avrupa Birliği içinde yetkiye ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin ortak kurallar koymuştur. Bu Sözleşme'nin

---

[655] **Freudenthal**, Mirjam:"The Future of European Civil Procedure", EJCL Volume 7.5, December 2003, s. 1. (www.ejcl.org/ejcl/75/art75-6.html); **Lupoi**, s. 212.

[656] Halihazırda 17 farklı usûl hukuku sistemi mevcuttur. Birleşik Krallıkta bile üç farklı sistem mevcuttur, bu usûllerden bir tanesi İngiltere ve Galler'de, bir tanesi İskoçya'da üçüncüsü ise Kuzey İrlanda'da uygulanmaktadır.

[657] **Freudenthal**, s. 2.

[658] **Kramer**, Xandra E.: "A Major Step in the Harmonization of Procedural Law in Europe: the European Small Claims Procedure, Accomplishments, New Features and Some Fundamental Questions of European Harmonization", s. 256 (ed. **Jongbloed**, A.W.) The XIIIth World Congress of Procedural Law: The Belgian and Dutch Reporters 2008, Antwerpen, Intersentia, s. 253 vd.

pozitif etkilerine rağmen –ki bu önemli etkilerin büyük bir kısmı Lüksemburg da bulunan Adalet Divanı'nın yeknesak yorumu sayesinde ortaya çıkmıştır- medenî yargılamanın yeknesaklaştırılması ancak 1990'dan sonra ivme kazanmıştır. 1992 tarihli Maastricht Antlaşması[659], medenî yargılama meselelerinde Avrupa işbirliğinin ve mevzuatının kapılarını açmıştır. Antlaşma'nın VI numaralı Başlığı altında, Avrupa Birliği'nin o zaman oluşturulmuş 3. şart çerçevesinde, özel hukuka ilişkin meselelerde adlî işbirliği ortaya konulmuştur. Söz konusu 3. şart çerçevesinde, üç Sözleşme kaleme alınmıştır. Bunlardan bir tanesi, Avusturya, Finlandiya ve İsveç'in 1968 tarihli Brüksel I Sözleşmesi'ne katılımına ilişkin; diğeri, aile hukukuna ilişkin meselelerde yetki ve mahkeme kararların tenfizine ilişkin ve sonuncusu ise, tebligata ilişkindir. Bu üç Sözleşme'den sadece katılıma ilişkin olanı yürürlüğe girmiştir. 1992 tarihli Maastricht Antlaşması'nın VI numaralı Başlığının pozitif içeriğine rağmen, üye devletler, medenî yargılamanın yeknesaklaştırılmasına karşı açık bir isteksizlik göstermişlerdir. Bu durum ticarî işlemlerde geç ödemelerle mücadeleye ilişkin direktifin ortaya çıkışını izah edebilir. Bu direktif Alman "*Mahnverfahren*" usûlü ve hukukumuzdaki ilamsız icra gibi, basit, ucuz ve hızlı özel bir alacak tahsil usûlü içermekteydi. Ancak, bu kadar geniş kapsamlı bir usûlî yeknesaklaştırma, Konsey içindeki medenî hukukun ve medenî yargılama hukukunun yeknesaklaştırılmasına karşı olan direnç sebebiyle kabul görmemiştir. Avrupa Birliği Antlaşması'nın 95. maddesine dayandırılarak medenî yargılamaya ilişkin geniş kapsamlı tedbirler alınması konusundaki yetkilendirmeye bile karşı çıkılmıştır[660].

1 Mayıs 1999'da Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinin ardından özel hukuka ilişkin meselelerde adlî işbirliği, Avrupa Birliği Antlaşması'nın yeni 65.

[659] Esasında bu antlaşma 7 Şubat 1992'de Maastricht'te imzalanan ve 1 Kasım 1993'de yürürlüğe girmiş olan Avrupa Birliği Antlaşması'dır. Maastricht Antlaşması ile Avrupa Ekonomik Topluluğu terimi "Avrupa Birliği" olarak değiştirilmiştir. Aynı zamanda bu Antlaşma Üye Devletler arasında savunma, adalet ve içişleri alanında yeni işbirliği yollarını düzenlemiş ve tanıtmıştır (http://europa.eu/abc/treaties/index_en.htm). Esasında Avrupa Topluluklarını kuran antlaşmalara değişiklik getiren diğer antlaşmalardan farklı olarak, yeni bir çatı ve yapı oluşturan Antlaşma'nın, bu özelliğini yansıtması sebebiyle, Maastricht Antlaşması yerine, Antlaşmanın resmî adı olan "Avrupa Birliği Antlaşması" nın kullanılmasının daha uygun olduğu düşünülmektedir (www.dpt.org.tr).

[660] **Freudenthal**, s. 3.

maddesi ile etkin bir hukukî dayanak kazanmıştır. Adli işbirliği, hükümetler arası işbirliğinin artık 3. şartı olmaktan çıkmış, ancak Komisyon için önemli görevler içeren bir Avrupa Birliği meselesi ve Avrupa Parlamentosu açısından da bir ortak karar hakkı haline gelmiştir. Medenî yargılama meselelerinde yeknesaklık sağlama beklentisi de böylece artmıştır; örneğin Avrupa Birliği Antlaşması'nın 65. maddesine dayandırılmış yeknesak bir alacak tahsilatı prosedürü gibi[661].

Yargılama hukukunu da kapsayan özel hukuka ilişkin Avrupa mevzuatı meselelerindeki kurumsal gelişmelerden bağımsız olarak, 1990 yılında akademik bir proje de başlatılmıştır[662]. Bu proje raporu, proje başkanı Profesör Storme'un adı ile anılmış ve proje ile Avrupa'da yargılama hukukunun yeknesaklaştırılması ihtiyacına vurgu yapılarak, önem taşıyan konular tespit edilmiştir. Bu raporun ortaya çıkışını izleyen ilk yıllarda, rapor göreceli olarak çok az ilgi çekmiş olmasına rağmen, daha sonra özellikle Amsterdam Antlaşması'ndan sonra kabul görmüştür[663].

C. AMSTERDAM ANTLAŞMASI

1. Genel Olarak

Amsterdam Antlaşmasına göre, Avrupa Yargısal Alanı, Birliğin bağımsız hedefidir. Bu hedefe ulaşılmasındaki hukukî dayanak olarak 65. madde benimsenmiştir. Bu madde, sınır ötesi etkileri olan, medenî yargılamayı da kapsayan, özel hukuk meselelerinde ve ticarî meselelerde işbirliği alanında kullanılabilecek hukukî tedbirlere

---

[661] **Freudenthal**, s. 3. Bkz. ileride II, B, 4, a, b.

[662] Bu konuda bkz. **Storme**, Marcel: Approximation of Judiciary in the European Union, Martinus Nijhoff Publishers 1994; **Crifo**, s. 205. 1987 yılında yapılan Sekizinci Uluslararası Usûl Hukuku Kongresinde, Avrupa Birliği'ne üye oniki ülke usûl hukukçuları özel bir çalışma grubu oluşturmuş ve Belçikalı Profesör Marcel Storme başkanlığında 1988 yılında çalışmanın ana hatlarını ve ortak bir Avrupa Usûl Kanunu zorunluluğunu tespit etmiştir. Bu çalışma grubu, kendilerine yapılan ikinci talep üzerine 1992 yılında bir model kanun tasarısı hazırlamıştır. Daha sonra 1993 yılında ise, çalışma grubu tarafından tasarının madde gerekçeleri hazırlanmıştır (**Storme**, Marcel: "A Single Civil Procedure for Europe: A Cathedral Builder's Dream", RLR No. 22, 2005, s. 88 vd.).

[663] **Freudenthal**, s. 3; **Crifo**, s. 202 ve 204 vd.; **Kramer**, s. 255.

ilişkindir. Bu tedbirler, belgelerin sınır ötesi tebliğinin geliştirilmesi ve basitleştirilmesine, delillerin toplanmasında işbirliğine, özel hukuka ilişkin meselelerde ve ticarî meselelerde alınan mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkindir. 65. madde ayrıca yargılamanın iyi işlemesi için engelleri ortadan kaldırmaya yönelik tedbirlerin alınmasına, gerektiğinde üye devletlerde uygulanan yargılama kurallarının uyumunu artırmak suretiyle, hukukî bir temel oluşturan genel bir yargılama kuralı da içermektedir. Esasında, yargılama hukukunun yeknesaklaştırılmasının Avrupa Birliği'nin görevi olduğunu düzenleyen Amsterdam Antlaşması'nın 65. maddesi yenidir. Bu maddenin anlamı ise, Viyana Eylem Planı[664] ile kavranmıştır. Alınacak genel tedbirler arasında, her ikisi de yetkili mahkeme ve uygulanacak hukuk konusunda katiyetle garanti edilecek hukukî kesinlik ve mahkemelere eşit erişim yeralmaktadır. Bunu, hızlı ve adil yargılanma usûlleri ve sonrasında verilecek kararların etkin bir şekilde icrası takip edecektir. Bu hedeflere ulaşılması için Avrupa Birliği'nin, yerindelik ve oranlılık prensipleri ile uyumlu hukukî tedbirler alabilmesi mümkündür. Bunu müteakip, Tampere Sonuç Bildirgesi'nde[665] Avrupa Konseyi bu genel tedbirlerin daha açık bir yorumunu yapmış ve böylece Avrupa yargılama hukuku mevzuatının yeknesaklaştırılmasına ilişkin gerçek gelişmeler başlamıştır. Tampere Sonuç Bildirgesi, yargılama hukukunun 65. maddeye dayandırılacak bazı özel unsurlarına işaret etmekte olup ve hatta bunların acil olarak, bazılarının da çok hızlı bir şekilde gerçekleştirilmeleri gerektiği belirtilmiştir. Bunlar arasında küçük talepler ve itiraza uğramamış alacaklar bakımından basitleştirilmiş ve hızlandırılmış usûller, tenfiz usûlünün (*exequatur*) kaldırılması suretiyle mahkeme kararlarının basitleştirilmiş şekilde tenfizi ve Avrupa İcra Emri'nin tanıtılması yeralmıştır. Bunlara ek olarak, yetkili ulusal merciler ağı vasıtasıyla kolayca erişilebilir bir hukukî bilgi sistemi oluşturulması fikrî geliştirilmiştir. Halihaırda bu konuların bir kaçı gerçekleştirilmiş, bir kaçı da gerçekleştirilme aşamasındadır. Ayrıca, Tampere Sonuç Bildirgesi'nde ele alınmayan başka konular da

[664] Bkz. OJ C 19/01 23 Ocak 1999. Viyana Eylem Planı olarak anılan bu plan, Avrupa Birliği içinde bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı yaratan Amsterdam Antlaşması hükümlerinin en iyi şekilde uygulanmasının sağlanması için hazırlanan 3 Aralık 1998 tarihli Konsey ve Komisyon eylem planıdır. Konsey ve Komisyon tarafından 1999 yılı Ocak ayında kabul edilmiştir.

[665] Bkz. Başkanlık Sonuçları no-28-39 (no 30) Avrupa Konseyi Tampere Sonuç Bildirgesi, 15-16 Ekim 1999 15/16 Ekim 1999 (EU Bulletin 10-1999, s. 7-15).

ortaya konulmuştur; örneğin sınır ötesi hukukî yardım ve sınır ötesi haciz işlemlerinin basitleştirilmesi gibi. 65. madde temelinde yeknesaklaştırmanın önündeki önemli bir engel, Danimarka'nın Amsterdam Antlaşmasına şerh koymak suretiyle, 65. maddeye dayandırılan hukukî yeknesaklaştırmada işbirliğinden kaçınmasıdır. İngiltere ve İrlanda mevzuat çalışmalarına katılımda serbest bırakılmıştır, her iki ülke de olumlu yönde görüş bildirmişlerdir. İngiltere ve İrlanda'nın katılımı sadece politik bir bakış açısından değil, aynı zamanda hukukî açıdan da önemlidir. Zira, bu iki üye devlet, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne tabidirler ve bu hukuk sistemi Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nden çeşitli farklılıklar göstermektedir. Bu iki yeknesak Avrupa hukuk belgelerinin hazırlanmasında bu ülkelerin katılımının, Avrupa medenî hukuk mevzuatının başarısında çok özel bir rolü olacağı açıktır[666].

2. Hazırlanan Hukuki Belgeler

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Maastricht Antlaşması kapsamındaki üç konvansiyondan sadece biri gerçekleştirilmiştir. Diğer ikisi, Tebligata ilişkin Sözleşme ve Aile Hukukuna ilişkin Meselelerde Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tenfizine ilişkin Sözleşme yürürlüğe girmemiştir. Aynı durum İflasa İlişkin Avrupa Sözleşmesi için de geçerlidir. Bu Sözleşme, resmî olarak hiç bir zaman kabul edilmemiştir. Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden sonra, Komisyon bu mevcut üç hükümetlerarası Sözleşmeyi üç Birlik belgesi ile yeniden çerçevelendirmeyi kararlaştırmış ve kısa bir süre içinde, medenî hukuka ilişkin ilk üç düzenleme ortaya çıkmıştır. Uluslararası Sözleşmelerin meydana getirilmesi ve yürürlüğe sokulması sırasındaki zorluklarla karşılaştırıldığında, Avrupa Birliği'nin hukukî belgelerinin daha az zaman alıcı görüşmelere ihtiyaç gösterdiği, hızlı bir şekilde yürürlüğe girebildiği ve aynı anda tüm Avrupa Birliği üye devletlerinde uygulanabilir hale geldiği görülmektedir.

Maastricht Antlaşması sürecinde, 1968 tarihli medenî hukuka ilişkin ve ticarî meselelere ilişkin mahkeme kararlarında yetki ve tenfize ilişkin 1968 tarihli Brüksel I Sözleşmesi'nin revize edilmesi görüşmeleri yapılmıştır. Amsterdam Antlaşması'ndan

[666] **Storme**, RLR, 88; **Freudenthal**, s. 3-4 vd; **Lupoi**, s. 210 ve 213. Bkz. ileride II, B, 4 a, b.

sonra, Komisyon bu müzakerelerin sonuçlarını Brüksel I Tüzüğü teklifine aktarmış ve bu Tüzük[667] çok kısa süre sonra kabul edilerek, Mart 2002'de yürürlüğe girmiştir. 29 Mayıs 2000 tarihli ve 31 Mayıs 2001 tarihinde yürürlüğe giren Üye Ülkelerde Hukuki ve Ticarî Konularda Adli ve Adli Olmayan Belgelerin Tebliğine ilişkin (AB) No. 1348/2000 sayılı Konsey Tüzüğü[668], Amsterdam Antlaşması sürecinde yürürlüğe girmiş olan Avrupa yargılama mevzuatının başlangıcıdır. Medenî hukuka ilişkin düzenlemelerin 5 numaralı olanı, 28 Mayıs 2001 tarihli Üye Devletler arasında Hukuki ve Ticarî Konularda Delillere İlişkin İşbirliğine Dair (AB) 1206/2001 sayılı Konsey Tüzüğü'dür[669]. Amsterdam Antlaşması ile değişik Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 65. maddesine dayandırılan beş tüzük yanında, medenî yargılamaya ilişkin iki direktif çıkarılmıştır. Bunlar ticarî işlemlerde geç ödemelere ilişkin 29 Haziran 2000 tarih ve 2000/35 sayılı Direktif[670] ve sınır ötesi ihtilaflarda adlî yardıma ilişkin asgari genel şartlar oluşturulması suretiyle adalete erişimin arttırılmasına ilişkin 27 Ocak 2003 tarih ve 2002/8 sayılı Direktif'tir[671].

Sınır ötesi ihtilaflarda uygulama sorunlarının azaltılması için, ulusal hukuk sistemlerine ilişkin yararlı bilgilerin edinilmesi için Konsey bir Avrupa Yargısal Ağı tesis edilmesini kararlaştırmıştır. Bu sebeple, Brüksel II Tüzüğü'nün revize edilmesine ilişkin Komisyon teklifi ve Avrupa İcra Emri Tüzüğü üzerinde çalışılmıştır. Bu aşamada Avrupa yargılama hukuku meselelerine ilişkin iki önemli belge hazırlanmıştır. Bunlar "Alacak Tahsiline ilişkin Usûl" ve "İtiraza Uğramamış Alacaklar ve Küçük Taleplere" ilişkin belgeler'dir. Bunlar tüm ilgili tarafların konu üzerindeki görüşlerini tartışmak üzere çağrıldıkları Yeşil Kitap'ta[672] ele alınmıştır. Bir başka Yeşil Kitap üzerinde de ihtiyati haciz, haciz ve mal beyanı meselelerinin düzenlenmesine ilişkin olarak çalışılmıştır. İngiliz Parlamentosu, sıklıkla sınır ötesindeki davaların takip edilmesine

[667] 22 Aralık 2000 tarih ve 44/2001 sayılı Tüzük, OJ L 12/1 16 Ocak 2001.
[668] 29 Mayıs 2000 tarih ve 1348/2000 sayılı Tüzük, OJ L 160/37 30 Haziran 2000.
[669] 28 Mayıs 2001 tarih ve 1206/2001 sayılı Tüzük, OJ L 174/1 27 Haziran 2001.
[670] OJ L 2000/35 8 Ağustos, 2000.
[671] **Storme**, RLR, s. 90; **Freudenthal**, s. 4.
[672] Yeşil Kitap, 20 Aralık 2002 COM(2002) 746 nihaî (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0746en01.pdf).

ilişkin masrafları, karmaşıklığı, verimsizliği azaltmak suretiyle sıradan insanların menfaatlerine hizmet edilmesini sağlayacak tedbirlere ilişkin tekliflere hükümetin pozitif baktığını, ancak bu tedbirlerin iç pazarın uygun şekilde işlemesine yönelik gerekli tedbirler olduğu konusunda emin olunması gerektiğini belirtmiştir. Avrupa yargılama hukukuna ilişkin teklifler arasında "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü'ne" ilişkin olanlar da bulunmaktadır, buna ilişkin çalışmalar yine bir Yeşil Kitap'ta[673] yayınlanmış ve 21 Mayıs 2008 tarih ve 2008/52 Sayılı Tüzük[674] kabul edilmiştir. Mahkeme dışı ihtilaf çözümlerine dair Avrupa Mahkeme Dışı Ağı *(European Extra-Judicial Network)* da bu teklifler arasında yeralmıştır[675].

3. Avrupa Medenî Yargılama Hukukunun Yeknesaklaştırılması Çalışmaları

Taraf devletler arasında yargılama hukukuna ilişkin hukukî hizmetlerin düzenlenmesini amaçlayan Sözleşmelerden biri olan Usûl Hukukuna ilişkin ilk Lahey Sözleşmesi'nden neredeyse bir yüzyıl sonra, Avrupa Birliği bütün bu meselelerin büyük bir kısmını spesifik hukukî belgelere bağlamıştır. Lahey Sözleşmesi'ne katılınmaması, ancak bu konuların bağımsız olarak düzenlenmesine ilişkin Avrupa Birliği arzusunun, esnek bir yargısal işbirliği ve iç pazarda ticaretin gelişmesi için mahkemelere açık erişimin sağlanması için daha etkin ve daha verimli olunması fikrînden kaynaklandığı açıktır. Avrupa Birliği'ne göre, bu amaçların belli bir bölge içindeki sınırlı sayıdaki devlet arasında gerçekleştirilmesi daha kolay olmasına rağmen, yargılamada istenen basitleştirme ve ivme Avrupa içinde dahi 1965 tarihli Lahey Tebligat Sözleşmesi ile gerçekleştirilememiştir. Bu sebeple 1993 yılında Hollanda, üye devletler arasında ticarî ve medenî hukuka ilişkin meselelerde basit ve hızlı tebligat yapılmasını sağlayacak bir Sözleşme müzakerelerini Avrupa Birliği içinde başlatmıştır. Bu amaçla 1997 yılında

---

[673] Yeşil Kitap, 19 Nisan 2002 COM (2002) 196 nihaî (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0196en01.pdf).
[674] OJ L 2008 136, 25 Mayıs 2008.
[675] **Freudenthal**, s. 4.

Avrupa Tebligat Sözleşmesi akdedilmiştir. Ancak bu Sözleşme hiç bir zaman yürürlüğe girmemiştir[676].

a. Tebligat

Tebligata ilişkin 1997 tarihli Avrupa Tebligat Sözleşmesi, maddî içeriği itibarıyla Lahey Tebligat Sözleşmesi'ne dayanmaktadır. Başlangıç noktası, adalete erişilmesinde karşılıklı açıklık ve güvendir. Basitlik ve hızlılığın, Lahey Sözleşmesi'nde merkezi makamlarca yapılması öngörülen tebligat sisteminin, herhangi bir merkezden idare edilmeyen makamlarca doğrudan yapılması sistemi ile ülke içinde yapılan tebligat sistemine benzer şekilde değiştirilmesi suretiyle gerçekleştirilmesi planlanmıştır. Bir yenilik ise, tebligat tarihinin belirlenebilmesine ilişkin metottur. Birlik içinde tebligat sistemlerindeki farklılıklar yeknesak bir sisteme ihtiyaç göstermiştir. Bazı devletlerin ulusal hukuku, milletlerarası tebligatta tebliğ tarihini gerçek tebliğ tarihi olarak kabul ederken, bazı diğer devletler evrakın savcılığa teslim edildiği tarihi tebliğ tarihi olarak kabul etmekteydiler. Avrupa Tebligat Yönetmeliği, AB üyesi devletlerde 1965 tarihli Lahey Tebligat Sözleşmesi ile Medenî Usûle ilişkin Lahey Sözleşmesi yerine geçmiştir. Bu, Avrupa Topluluğu Sözleşmesi'nin 65. maddesi temelinde ortaya çıkan hukuksal işlemlere katılmayan Danimarka haricinde geçerlidir[677]. 1997 tarihli tebligata ilişkin Avrupa Sözleşmesi ile neredeyse özdeş olan Avrupa Tebligat Yönetmeliği'ne göre ise, tebligat ancak muhataba ulaşmışsa yapılmış sayılmaktadır. Böylece, Fransız, Belçika, Lüksemburg ve Hollanda medenî yargılamasında o güne kadar kabul edilmiş bulunan fiktif tebligat usûlünün, bundan böyle Avrupa içinde tebligatın tesliminde geçerli kabul edilmesi kararlaştırılmış olmaktadır[678].

---

[676] **Freudenthal**, s. 5 vd.

[677] **Konstanz**, **Stadler** Astrid (çev. **Ruhi**, Ahmet Cemal): "Yeni Avrupa Tebligat Hukuku", AÜEHFD 2002, C. VI, S. 1-4, s. 353. Danimarka açısından diğer AB ülkeleri ile ilişkilerde Lahey Tebligat Sözleşmesi, Avusturya ile olan ilişkilerde ise Lahey Medenî Usûle İlişkin Sözleşme geçerliliğini korumaktadır. Buna karşın İrlanda ve İngiltere katılım opsiyonlarını kullandıkları için, bu ülkeler bakımından Yönetmelik doğrudan uygulanacaktır.

[678] **Freudenthal**, s. 6.

Tebligat Yönetmeliği, yeknesaklık bakımından o tarihe kadar tamamen kullanılamamış olan fırsatlar ortaya koymuştur. Bir merkezden idare edilmeyen makamlarca resmî usûldeki tebligatın yanı sıra Yönetmelik, teslime ilişkin daha az resmî iki düzenleme getirmiştir. Bunlardan birisi Yönetmeliğin14. m.de yer alan posta ile teslim; diğeri ise, Yönetmeliğin 15. maddesinde düzenlendiği şekliyle muhatabın ikametgâhındaki tebligattan sorumlu makama doğrudan evrakın teslimi suretiyle yapılır. Başlangıçtan itibaren, Avrupa Komisyonu, Avrupa Birliği içinde tebligatın basitleştirilmesi ve ivme kazandırılması için posta ile Avrupa tebligatının öneminin altını çizmiştir. Yönetmelik, adlî ve adlî olmayan belgelerin, üye ülkelerde bu şekilde tebliğinin kabul edilmesini mecburi hale getirmiştir. Üye devletlerin bu usûlü göz ardı etmeleri mümkün değildir. Ancak, davalıların korunması için üye devletler kendi bölgelerinde bu posta tebligatının hangi şartlarla gerçekleştirileceğini düzenleyebilmeleri mümkündür. Ancak, bu şartlar devletten devlete değişlik arz edeceği için yeknesaklığa engel olması muhtemeldir. Bazı devletlerde; örneğin Hollanda gibi, posta ile teslim kabul edilmemektedir, bu devletlerde 14. maddenin uygulaması yoktur. Ancak posta ile tebligat yapılmasında, gerçek bir Avrupa hukuk alanı oluşturulmasının giderek daha fazla önem kazanacağı açıktır. Bu bakımdan, Hollanda'da en azından özellik arz eden davalarda uluslararası posta tebligatının yerleştirilmesine çalışılmaktadır[679].

b. Delillerin Elde Edilmesi

Avrupa Birliği Komisyonu, 22 Mayıs 2001 tarihinde hukukî ve ticarî uyuşmazlıklarda delillerin toplanmasında üye devlet mahkemelerinin işbirliği üzerine 28 Mayıs 2001 tarih ve (AB) 1206/2001 sayılı bir Tüzük yayınlamıştır. Delil Tüzüğü[680], Avrupa Birliği dahilinde 1970 tarihli Lahey Delil Sözleşmesi'nin işlevini üstlenmiştir. Tüzük, çıkış noktası olarak, Delil Sözleşmesi'nin sistemini kullanmaktadır. Bu sistem delillerin toplanmasında Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ile Kıta Avrupası Sistemi arasındaki farklar bakımından köprü görevi üstlenmiştir. Lahey Delil Sözleşmesi, yurtdışında delillerin toplanmasında Anglo-Amerikan

[679] **Freudenthal**, s. 6 vd.; **Konstanz, Stadler**, s.354.
[680] Tüzük (AB) No. 1206/2001, OJ L 2001 174, 27 Haziran 2001.

metodunu kabul etmişti. Bu sistemde deliller yerel mahkeme tarafından bu amaçla atanan bir uzman veya temsilci vasıtasıyla toplanmaktadır. Üye Devletlerin, bu şekilde doğrudan delil toplama yöntemini kabul etmeme hakları vardır; zira yabancı bir mahkeme tarafından atanan bir uzman tarafından delil toplanması egemenliğin ihlali olarak nitelendirilmektedir. Kıta Avrupası hukukunda hala tanıkların mahkeme tarafından sorgulanması esası mevcuttur. Delil Tüzüğü, bu kuralı kapsamına giren davalar bakımından mecburiyet olmaktan çıkarmıştır. Delillerin mahkeme görevlileri, temsilciler veya diğer şahıslarca toplanmasına müsaade etmektedir. Bu bakımdan, Tüzük, bazı üye devletlerin ulusal medenî yargılama kuralları ile açıkça çatışmaktadır. Üye devletler arasında işbirliği, egemenlik prensibinden daha önemli addedilmiştir. Uygulama bakımından, bu ilâve sınır ötesi tanık sorgulaması metoduna yaklaşım gösterilmesi mümkün görülmüştür. Avrupa Yargısal Alanı içinde, yeni bir işbirliği modeli öne çıkmıştır. Bu model, adlî olarak yardım alınmadan yapılan sınır ötesi usûlî faaliyetlere izin vermektedir. Halihazır fiili durum göz önüne alındığında, tanıkların bu şekilde sorgulanması usûlünün, entegrasyon sürecinde gerçek bir gelişme olması beklenmektedir[681].

Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) hukukuna dahil ülkelerin medenî yargılama hukuklarına ilişkin hukuk kültürü farklılıkları sadece çeşitli şekillerde delil toplanmasında değil, fakat aynı zamanda bunların kullanılması sıklığında da kendini göstermektedir. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) usûlündeki önemli bir özellik, duruşma öncesi *(pre-trial phase)* safha ile duruşma safhası *(trial phase)* arasındaki katı ayırımdır. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) hukuk geleneği, duruşma öncesi safhada delil toplanmasını düzenler. Bu süreç, çok yakın bir geçmişte tarafların elindeki bilgi veya belgelerin, yani delillerin keşfi *(discovery)* olarak adlandırılmaktayken, bugün "delillerin açıklattırılması" olarak *(disclosure)* ifade edilmektedir. Amerikan avukatlarının, duruşma öncesi tahkikat safhasında delil araştırmaya ilişkin geniş yetkileri, Lahey Delil Sözleşmesi'ne, İngiliz Hükümetinin teklifi ile duruşma öncesi belgelerin açıklanmasına ilişkin hakları saklı tutma konusunda

[681] **Freudenthal**, s. 7.

düzenleme getirilmesine neden olmuştur. Avrupa Delil Tüzüğü, bu örneği takip etmiş, bilgi ve belgelerin açıklanması kuralına bir sınırlama getirmiştir; diğer bir deyişle, belirli bir hedefi olmadan yapılan incelemeler kapsam dışında bırakılmıştır. Yargılama için gerekli olmadığı halde bilgi toplanmasının hedeflenmiş olması halinde, delil toplanması talebinin reddi mümkündür. Avrupa Birliği içinde böylece yargılama içinde belirli bir hedefi olmadan yapılan incelemeler azaltılmıştır. İngiliz hukukundaki Yeni Usûl Kuralları (*Civil Procedure Rules 1998*)[682], delillerin toplanması işinin taraflar yerine mahkemeye bırakılması ile bilgi ve belgelerin açıklanmasına ilişkin farklı opsiyonları azaltmıştır. Diğer taraftan, 2002 yılı Ocak ayında Hollanda'da yürürlüğe giren yeni Usûl Kuralları, yargılamada önemi olan belgelerin ibrazına vurgu yapmıştır. Bu bakımdan Hollanda yasama organının İngiliz sisteminden etkilendiği açıktır. Storme Raporu[683] da benzer bir kural önermiştir[684].

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 1968 tarihli Brüksel I Sözleşmesi Avrupa Medenî Usûl hukukunda kısmî yeknesaklığı başlatmıştır. Bu kısmî yeknesaklık esasen karşılıklı tanıma kavramı vasıtasıyla ortaya çıkmıştır. Tampere Avrupa Zirvesi'nin Kapanışı'nda, sözkonusu karşılıklı tanıma kavramının geliştirilmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Brüksel I Tüzüğü, tenfiz usûlü (*exequatur)* prosedürünün basitleştirilmesi ile karşılıklı tanımanın önemini ortaya koymuştur. Tüzük uyarınca, verildiği devlette icra kabiliyetini haiz bir mahkeme kararı, davacının talebi üzerine, belli bazı formaliteleri karşılaması şartıyla, başka bir üye devlette de icra edilebilir sayılmıştır. Ancak tenfiz (*exequatur)* kararından sonra, karşı tarafın itiraz sebeplerini bildirmek şartıyla tebligata itiraz edebilmesi mümkündür. Avrupa İcra Emri'ne ilişkin Tüzüğün bu gelişmeleri bir adım daha ileriye götürmesi beklenmektedir. Tüzük ile tenfiz prosedürünün ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Yargılamada elde edilen hakkın, her üye devlette, bir takım aracı tedbirler olmaksızın icra edilebilmesi mümkündür[685].

---

[682] SI 1998/3132, yürürlük tarihi 26 Nisan 1999. Kanuni temeli İngiliz Parlementosu'nun 1997 tarihli Usûl Kanunu (Civil Procedure Act 1997) yasama çalışmasına dayanır (**Loughlin,/Gerlis**, s. 9).
[683] Bkz. ileride II, C.
[684] **Freudenthal**, s. 7; **Crifo**, s. 205.
[685] **Freudenthal**, s. 7.

1968 tarihli Brüksel I Sözleşmesi'nde, bir davanın açılması, ilgili ülke mahkemelerinin hukukuna göre belirlenmekteydi. Brüksel I Tüzüğü, bu sistemi sona erdirmiş ve yeknesak ve bağımsız bir çözüm getirmiştir. Temel sorun, davanın açılması ile ilgili olarak Avrupa'da halihazırda iki farklı sistem bulunmasıdır. Sistemlerden bir tanesi, Almanya ve İngiltere ve diğer ülkelerin kullandığı davanın mahkemeye kayıt yapıldığı anda açılması; diğer sistem ise, Hollanda ve Fransa'da ve sair ülkelerde kullanılan, davanın davalıya tebliğ edilmesi ile açılmış sayılmasıdır. Brüksel I Tüzüğü'nün 30. maddesinde de iki sistem arasında bir uzlaşma sağlanmıştır. Önceki sistemde, dava evrakının mahkeme kaydına ulaştığı anda davanın açıldığı kabul ediliyordu. Sonraki sistemde, davalının bulunduğu ülkede tebligattan sorumlu makamın başvuru evrakını aldığı anda açıldığı kabul edilmiştir.

4. Amsterdam Antlaşması ve Sonrası

Medenî yargılamanın yeknesaklaştırılmasına ilişkin siyasî hava çok kısa bir süre sonra değişmiştir. Amsterdam Antlaşması, sınır ötesi etkileri bulunan özel hukuk meselelerinde yargısal işbirliği alanındaki uluslararası pazarın gerektiği şekilde işleyişi için ihtiyaç duyulan tedbirleri düzenleyen Avrupa Birliği Antlaşması'nın 65. maddesini tanıtmıştır. 65. maddenin (a) ve (b) bentleri, sınır ötesi tebligata, delillerin toplanmasına, tanıma ve tenfize, kanunlar ihtilafı ve yetkiye ilişkin tedbirlere ilişkindir; (c) bendi ise, medenî yargılamanın iyi şekilde işlemesine engel olan mahzurların, gerekirse üye devletlerde medenî yargılama kurallarının uyumunun arttırılması suretiyle ortadan kaldırılmasına ilişkin tedbirleri düzenlemiştir. 65. maddenin (c) bendi, Avrupa Ödeme Emri ve Avrupa Küçük Talepler Usûlü'nün[686] de temelini oluşturmuştur[687].

Avrupa'da medenî yargılamanın yeknesaklaştırılması, Avrupa Konseyi'nin Ekim 1999 Tampere Sonuç Bildirgesi ile desteklenmiştir. Bu Bildirge'de, sınır ötesi meseleler bakımından yeni usûlî mevzuatın hazırlanması suretiyle, adalete erişimin geliştirilmesi,

[686]Yeşil Kitap, 20 Aralık 2002 COM(2002) 746 nihaî (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0746en01.pdf).
[687] Kramer, s. 256.; **Storskrubb**, Eva: Civil Procedure and EU Law,Oxford University Press, 2008, s. 39 vd.

mahkeme kararlarının karşılıklı tanınması ve medenî hukukun yakınlaştırılması ihtiyacı ortaya konulmuştur. 2000 tarihli Karşılıklı Tanıma Programı da buna ilişkindir. Buna göre, Avrupa Birliği'nin önceliklerinden biri olarak itiraza uğramamış alacaklarda tenfiz usûlünün (*exequatur)* kaldırılması amaçlanmış ve yine itiraza uğramamış alacaklar *(uncontested claims)* ve küçük talepler *(small claims)* bakımından sınır ötesi yargılamanın basitleştirilmesi ve hızlandırılmasına çalışılmıştır. 2002 yılı sonunda, Komisyon Avrupa Ödeme Emri'ne ve Küçük Taleplere ilişkin bir Yeşil Kitap[688] hazırlamıştır. Bu Kitapta, Komisyon iki aşamalı yaklaşımının ilk katmanı olarak, Avrupa Birliği içinde itiraza uğramamış alacaklar bakımından tenfiz usûlünün (*exequatur)* kaldırılmasını ve ikinci katmanı olarak ise, itiraza uğramamış alacakların tahsiline ilişkin yeknesak bir usûl oluşturulması meselesini ortaya koymuştur. Komisyon, küçük taleplere ilişkin orantısız masraflar ve yargılamanın süresine vurguda bulunarak, küçük talepler yargılamasının basitleştirilmesi ve hızlandırılmasına ilişkin tedbirler önermiştir. Bu Yeşil Kitap'ta nihayet Storme önerileri kabul görmüş ve ödeme emrine ilişkin öneriler olumlu bulunarak, Avrupa Ödeme Emri'nin düzenlenmesinde değerli bir esin kaynağı olarak nitelendirilmiştir. 2004 tarihli Lahey Programı nihaî olarak vatandaşlar için bir Avrupa yaratılması ihtiyacını ortaya koymuş ve bu amaçla Avrupa Adalet Alanı'nın yaratılması gerekliliğinin altını çizmiştir. Sonraki yıllardaki öncelikler olarak, karşılıklı tanıma, asgari yargılama kurallarını da kapsayacak şekilde hukukun yakınlaştırılması, sınırlar ötesinde medenî yargılamanın kolaylaştırılması ve özel hukuk meselelerinde Avrupa Yargısal Ağı vasıtasıyla işbirliğinin sağlanması olarak belirlenmiştir[689].

5. Avrupa Medenî Yargılamasında Halihazır Durum

a. Avrupa İcra Emri (21 Nisan 2004 tarihli ve 805/2004 sayılı Tüzük)

[688] Yeşil Kitap, 20 Aralık 2002 COM(2002) 746 nihaî (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0746en01.pdf).
[689] **Kramer**, s. 257; **Crifo**, s. 205; **Lupoi**, s. 217; **Storskrubb**, s. 39 vd.

Avrupa Birliği'nde uluslararası özel hukuk ve yargılama hukukundaki gelişmeler 2000 yılından bu yana son derece tartışmalı olmuştur. Uluslararası özel hukukun genişlemesi, Uluslararası Avrupa Birliği Özel Hukuku gibi yeni bir uzmanlaşma alanını oluşturmuştur. İki aşamalı yaklaşımın ilk katmanı olarak Yeşil Kitap'ta ele alınan hususlardan itiraza uğramamış alacaklar *(uncontested claims)* bakımından Avrupa İcra Emri (21 Nisan 2004 tarihli ve 805/2004 sayılı Tüzük) *(European Enforcement Order)* düzenlemesi getirilmiştir. Komisyon, 18 Nisan 2002 tarihinde itiraza uğramamış alacaklar bakımından bir Avrupa icra emri düzenlemesi yapılmasına ilişkin bir teklif sunmuştur. Tüzüğün 21 Ocak, 2005'de yürürlüğe girmesi, ancak öncesinde 21 Ekim 2005 tarihi itibariyle uygulanması kararlaştırılmıştır. Tüzüğün hukukî temeli Avrupa Birliği Antlaşması'nın 61 (c) ve 65. maddelerine dayandırılmıştır[690]. Bu Tüzük kararların tanınması ve tenfizinde olduğu kadar, Avrupa medenî yargılamasında da yeni bir çağın habercisi olmuştur. Avrupa İcra Emri'nin kapsamı, hukukî ve ticarî meselelerle sınırlandırılmış ve gelirlere, gümrüğe ve idari hususlara ilişkin meseleler kapsam dışı bırakılmıştır. Tüzüğün sadece itiraza uğramamış[691] alacak talepleri bakımından uygulanması kararlaştırılmıştır[692]. İlk olarak, Avrupa İcra Emri, itiraza uğramamış alacaklar bakımından tenfiz usûlünü (*exequatur)* kaldırmıştır. Tüzüğün 3. maddesi kapsamında bir alacağa itiraz edilmemiş olması halinde, mahkemenin belirli asgari usûlî şartların yerine getirilmesi halinde, verdiği kararı, talep üzerine Avrupa İcra Emri olarak tasdik etmesi prensibi getirilmiştir. Avrupa İcra Emri olarak onaylanan bir kararın, diğer Üye Devletlerde tenfiz kararına gerek olmaksızın ve tanımaya itiraz edilmesi olasığı bulunmaksızın tanınıp tenfiz edilebilmesi mümkün hale getirilmiştir (madde 5). Kamu düzeni gibi geleneksel red sebeplerinin artık uygulama alanı bulunmamaktadır. Diğer taraftan, Avrupa İcra Emri Tüzüğü ile, tebligata ilişkin asgari şartlar, borçluya alacak hakkında gerekli bilginin verilmesi ve kararın gözden

[690] **Storskrubb,** s. 153 vd.
[691] İtiraza uğramamış terimi, Tüzüğün uygulanması bakımından çok önem taşımakta olup, ilkin borçlu tarafından açıkca kabul edilmiş veya sulh olunmuş alacakları ve ikinci olarak da ilgili usûli gereklilikler mucibince borçlu tarafından itiraz edilmemiş alacakları ve üçüncü olarak da başlangıçta borçlu tarafından itiraz edilmiş olmakla birlikte sonradan mahkemede hazır bulunmadığı alacakları ifade eder. Dördüncü kategori ise, borçlunun imzası tasdik olunmuş bir belgede açıkca kabul ettiği alacakları kapsar (**Storskrubb**, s. 157).
[692] **Storskrubb**, s. 156 vd.

geçirilmesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Sözkonusu asgari standartlar, Üye Devletleri usûlî kurallarını adapte etme konusunda zorlamamaktadır, ancak bunun Avrupa İcra Emri'nin tasdiki bakımından zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Özellikle tebligata ilişkin belirli asgari şartlar ve kararların gözden geçirilmesi düzenlemesi Avrupa yargılama hukukunda yeralan yeni unsurlardır[693].

b. Avrupa Ödeme Emri (Ödeme Usûlüne İlişkin Avrupa Emri 1896/2006 Sayılı Tüzük) ve Avrupa Küçük Talepler Usûlü (861/2007 Sayılı Tüzük)

aa. Genel Olarak

Yeşil Kitap yaklaşımının ikinci katmanı, Avrupa Ödeme Emri *(European Order for Payment)* ve Avrupa Küçük Talepler Usûlünden *(European Small Claims Procedure)* oluşmuştur. Avrupa Ödeme Emri[694], 12 Aralık 2008 tarihinden itibaren; Avrupa Küçük Talepler Usûlü[695] ise, 1 Ocak 2009 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır. Uygulama, Danimarka haricinde tüm Üye Devletlerde kabul edilmiştir. Bu düzenlemelerde, geleneksel uluslararası özel hukuk kurallarından farklı bir yaklaşım yeralmaktadır. Bu usûller sadece ulusal usûlleri koordine etmekle kalmayıp, bağımsız Avrupa usûlleri, diğer bir deyişle, bütün Avrupa Birliği ülkelerinde doğrudan uygulanma imkanı bulunan usûller getirmektedirler. Avrupa Ödeme Emri ve Küçük Talepler Usûlü, mevcut ulusal usûller yanında opsiyonel araçlardır. Bu konuda davacıya tercih hakkı tanınmıştır. Ayrıca, Avrupa usûllerinin ancak sınır ötesi ihtilaflarda uygulama alanı bulması öngörülmüştür. Bu sınırlamalar, yerindelik ve oranlılık prensibinden ve Avrupa Birliği Antlaşması'nın 65. maddesinden kaynaklanmaktadır. Özellikle sınır ötesi ihtilaflara ilişkin sınırlama çok tartışılmıştır. Avrupa Ödeme Usûlüne ilişkin, 2004 tarihli ilk Komisyon teklifi ve Avrupa Küçük Talepler Usûlü teklifi tümüyle ulusal meselelere de teşmil edilmiştir. Konsey görüşmeleri neticesinde ve Avrupa Parlamentosu'nun kararları ile, kapsam sınır ötesi ihtilaflarla sınırlanmıştır. Avrupa

---

[693] **Kramer**, s. 256; **Crifo**, s. 207; **Lupoi**, s. 223; **Storskrubb**, s. 220 vd.
[694] OJ L 2006 399/1. Tüzüğün tam çevirisi için bkz. **Meriç**, Nedim: "Bir Avrupa Ödeme Emri Usûlü Yapılmasına İlişkin 12 Aralık 2006 Tarihli Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu'nun 1896/2006 Sayılı Tüzüğü", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 331 vd.
[695] O J L 2007 199/1.

Ödeme Emri, itiraza uğramamış alacakların tahsiline ilişkin basit bir usûl öngörmektedir. Alacaklının standart bir form doldurarak Avrupa Ödeme Emri'ne başvurabilmesi ve doğrudan posta ile veya elektronik posta ile yetkili mahkemeye verebilmesi (m. 7) düzenlenmiştir. Resmi gereklilikler yerine getirilirse ve dava yerinde görülürse, mahkeme Avrupa Ödeme Emri'ni otuz gün içinde hazırlayacaktır (m. 8-12). Davalının kendisine tebliğ edilmiş bulunan Avrupa Ödeme Emri ekindeki standart formu doldurmak suretiyle otuz gün içinde itiraz etme imkânı vardır (m. 13-15). Davalı itiraz etmezse, Avrupa Ödeme Emri icra edilebilir hale gelir (m. 18) ve diğer Üye Devletlerde tenfiz usûlüne (*exequatur)* gerek olmaksızın veya icra edileceği devlette herhangi bir itiraza uğrama ihtimali olmaksızın (m. 19) tanınıp, tenfiz edilebilecektir. Avrupa Küçük Talepler Usûlü ise taraf egemenliğine dayanan bir usûldür[696].

Avrupa Ödeme Emri ve Avrupa Küçük Talepler Usûlünden sonra, yine bir Yeşil Kitap'ta düzenlenen banka hesaplarının haczedilmesine ilişkin, üçüncü bir Avrupa usûlü[697] de müzakere edilmektedir. Bu meyanda Avrupa'da yargılamayı desteklemesi için düzenlenen muhtelif araçlardan da bahsedilecek olursa; öncelikle 2003 tarih ve 2003/8 numaralı sınır ötesi ihtilaflarda adlî yardıma ilişkin asgari standartları düzenleyen Adalete Erişim ve Sınır Ötesi İhtilaflarda Adli Yardım Tüzüğü (*Access to Justice and Legal Aid in Cross-Border Cases*)[698] çıkarılmıştır. Hukuki ve Ticarî Meselelerde Arabuluculuğa ilişkin 21 Mayıs 2008 tarihli ve 2008/52 sayılı Tüzük[699] kabul edilmiştir. Bu bağlamda, önemli bir gelişme olarak hukukî ve ticarî meselelerde Avrupa Yargısal Ağı'nın *(European Judicial Network)*[700] 2001 yılında kuruluşundan da sözedilmesi gerekir.[701]

---

[696] **Kramer,** s. 258, dn. 29; **Kramer**, Xandra E.: "The European Small Claims Procedure: Striking the Balance Between Simplicity and Fairness in European Litigation", Zeitschrift für Europaiches Privatrecht 2008, No. 2, s. 355 vd.; **Crifo**, s. 216; **Storskrubb**, s. 221 vd.

[697] Avrupa Birliğinde İlamların İcrasının Etkinliğinin Arttırılmasına Dair Yeşil Kitap, Banka Hesaplarının Haczi, 24 Ekim 2006, COM (2006) 618 nihaî.

[698] OJ L 2003 26.

[699] OJ L 2008 136.

[700] 28 Mayıs 2001 tarihli hukukî ve ticarî meselelerde Avrupa Yargısal Ağı kurulmasına ilişkin Konsey Kararı (OJ L 2001 174/25 (www. ec.europa.eu/civiljustice/index_en.htm); **Lupoi**, s. 218.

[701] **Kramer**, s. 260.

Yeni Avrupa usûlleri, yargılamayı basitleştirmeyi, hızlandırmayı ve masrafları azaltmayı hedeflemektedir. Bu düzenlemeler ile üye devletlerin medenî yargılama hukuku sistemlerini yakınlaştırma yolunda somut bir atılım yapılmıştır. Bu ilerlemenin nedeninin usûllerin aynılıkları ve tekdüzelikleri içinde aranması gerekir. Zira, bu usûller, Avrupa Birlik Hukuku tarafından yaratılmış ve tüm üye devletler bakımından eşit ve aynı şekilde uygulanmaktadır. Tüm üye devletlerde, icra edileceği devlette verilmiş bir karar ile aynı şartlarda icra edilebilir olan bir Avrupa Ödeme Emri alınması için aynı yeknesak usûl kullanılabilecektir[702]. Usûl hukukunun yeknesaklaştırılmasına ilişkin başlangıçtaki politik gönülsüzlük bakımından ele alındığında ise, bu usûller aynı zamanda fazlasıyla dikkat de çekicidir[703]. Yukarıda genel olarak kısaca bahsettiğimiz bu usûller aşağıda daha ayrıntılı şekilde ele alınmaya çalışılacaktır:

bb. Avrupa Ödeme Emri (Ödeme Usûlüne İlişkin Avrupa Emri 1896/2006 Sayılı Tüzük)

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, 12 Aralık 2006 tarihinde Ödeme Usûlüne İlişkin Avrupa Emri'ni[704] (Avrupa Ödeme Emri) (AB 1896/2006 sayılı Tüzük) kabul etmişlerdir. Bu tüzüğün temel amacı, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde bulunan, sınır ötesi taraflar arasındaki itiraza uğramamış alacakların tahsili sürecinin standartlaştırılması ve hızlandırılması suretiyle kolaylaştırılmasıdır. Mevcut usûller dahilinde, üye bir devlette alınan bir mahkeme kararı başka bir üye devlette otomatik olarak icra edilememekteydi. Bu durum alacaklıları genellikle zor durumda bırakmakta, kararı alışkın olmadıkları yabancı bir mevzuata göre icraya koymak zorunda kaldıkları gibi, çok da masraf etmeleri gerekmekteydi. Avrupa Ödeme Emri ile itiraza uğramamış sınır ötesi alacakların tahsiline yönelik yeknesak bir usûl getirilmiştir. Avrupa Ödeme Emri ulusal usûllerin tamamlayıcısı olarak, sınır ötesi hukukî ve ticarî meselelere uygulanan ve belli bir limiti olması gerekmeyen vadesi geçmiş para alacaklarının tahsili

[702] **Kramer**, s. 253.
[703] Bkz. Storme çalışma grubunun Komisyona 1993 yılında sunduğu tekliflerinin politik nedenlerle dikkate alınmamasına ilişkin olarak, **Storme, Marcel** (ed.) Approximation of Judiciary in the European Union, Martinus Nijhoff Publishers 1994.
[704] OJ L 2006 399/1.

için düzenlenmiştir. Bu usûlün amacı, borçlunun belirlenen sürede bir itirazda bulunmaması halinde, Avrupa Birliği'nin herhangi bir üye devletinde (Danimarka hariç) icra edilebilir olan bir Avrupa belgesi alınmasıdır. Ancak borçlunun alacağa itiraz etmesi halinde, yargılamanın alacağın tahsile konulduğu ülkedeki yetkili ve görevli mahkemeler tarafından orada cari olan yargılama kurallarına göre yürütülmesi esası öngörülmüştür. Bu yeknesak usûl ve tebliğine ilişkin asgari kuralların düzenlenmesi ile birlikte, itiraza uğramamış bir alacağa dayanan bir emrin icra edilebilmesi için gerekli olan tenfiz usûlü de (*exequatur*) gerekli olmaktan çıkmıştır. Avrupa Ödeme Emri, herhangi bir icra edilebilirlik beyanına gerek olmaksızın ve tanımaya itiraz edilmesi olasılığı bulunmaksızın, diğer üye devletlerde tanınıp tenfiz edilebilecektir. İcra edileceği devlette, maddî bakımdan incelenmesi mümkün olmayıp, sadece kesin hüküm *(res judicata)* sebebiyle veya borcun halihazırda zaten ödenmiş olduğu gerekçesiyle reddedilebilecektir[705].

Avrupa Ödeme Emri kuralları ve uygulaması standart olduğu için, her kesinleşmiş ödeme emri, üye devletlerde ara usûllere ve icra edilme beyanına bağlı olmaksızın kolayca tanınacaktır. Ancak, iflasa ve acize ilişkin meselelerde uygulanması mümkün değildir. Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi bu Direktif'in gerek şirketler gerekse de şahıslar bakımından vadesi geçmiş alacakların tahsilinde masrafları en aza indireceği ve ulusal tebligat makamlarının masraf yükünü azaltacağını umut etmektedirler. Böylece, Avrupa Ödeme Emri ile hızlı, basit ve etkin bir usûl getirilmiştir. Ancak Avrupa Parlamentosu, maliyet etkinliğinin belirlenmesi açısından bu Tüzüğün beş yıl içinde gözden geçirilmesini talep etmiştir[706].

cc. Avrupa Küçük Talepler Usûlü (861/2007 sayılı Tüzüğü)

Avrupa Küçük Talepler Usûlünün kabul edilmesi, iç pazarın talepleri doğrultusunda gerçekleşmiştir. Yargısal işbirliği alanında gerekli tedbirlerin alınmasının ön şartı olarak, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 65. maddesinde de bundan sözedilmiştir.

[705] **Storskrubb**, s. 205 vd.; **Amigo**, Luis Gomez: "European Order for Payment Procedure: An Example of Harmonisation of Civil Procedure in Europe", International Association of Procedural Law, 2009 Toronto Conference, s. 1
[706] **Amigo**, s. 2 vd.

Avrupa Birliği'ne dahil ülkelerdeki ulusal küçük talepler usûlleri arasındaki farkların, iç pazardaki rekabetin bozulmasına yol açtığı, bu nedenle Avrupa Küçük Talepler Usûlü'nün malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına ilişkin engellerin ortadan kaldırılmasına yardımcı olacağı ifade edilmiştir. Avrupa Küçük Talepler Usûlü'nün amacı, yargılamanın basitleştirilmesi ve hızlandırılmasıdır. Üye devletlerde bu zamana kadar bunun yeterince gerçekleştirilememiş olduğu belirtilmiştir. Uluslararası özel hukuk kuralları ile uluslararası yargılamayı basitleştirmek için birtakım şartlar oluşturulabilir. Ancak oluşturulan bu şartların yurt dışında davalaşılırken iki avukat tutulması gerekliliğine, yabancı yargılama usûllerine aşina olunmamasının getirdiği rahatsızlıklara ve tercüme masraflarına ilişkin sorunları çözmesi mümkün değildir. Öte yandan, ulusal küçük talepler usûlleri, uluslararası ihtilaflarda kullanılmak üzere tasarlanmamıştır. Bu alandaki sorunların masrafları ve yargılamanın süresini azaltmaya katkıda bulunacak hükümler içeren basit ve yeknesak usûller tesis edilmesi suretiyle azaltılabileceği ifade edilmiştir[707].

Avrupa Küçük Talepler Usûlü'nü düzenleyen bu Tüzük, Avrupa Ödeme Emri'nden sonraki ikinci bağımsız, diğer bir deyişle bütün Avrupa Birliği ülkelerinde doğrudan uygulama imkânı bulunan Avrupa usûlüdür. 15 Mart 2005 tarihli Avrupa Küçük Talepler Usûlü'ne ilişkin Komisyon teklifi yoğun olarak tartışılmış, Konsey ve Avrupa Parlamentosu[708] tarafından birçok değişiklik teklifinde bulunulmuş, ancak usûlün özüne dokunulmamıştır. Avrupa Küçük Talepler Usûlü, adalete erişimi kolaylaştırmak için 2000 Euro'yu geçmeyen talepler bakımından geliştirilmiş basit bir usûldür. Bu usûlde küçük talepler yargılaması basitleştirilmiş, hızlandırılmış ve masrafları azaltılmıştır. Bununla birlikte adil yargılanma hakkının[709] muhafaza edilmesine özen gösterilmiştir. Avrupa Küçük Talepler Usûlü'nün 1. maddesinde bu usûlün çift yönlü hedefi ifade edilmiştir. Tüzük, küçük talepler yargılamasını

[707] **Kramer**, s. 260 vd.; **Kramer**, *Striking the Balance*, s. 356.
[708] Avrupa Parlamentosu, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Avrupa Küçük Talepler Usûlü Tüzüğü oluşturulmasına ilişkin teklifi üzerine yasama kararı (COM) 20050087, 14 Haziran 2006.
[709] Avrupa Küçük Talepler Usûlü Gerekçe l, 7 ve 8; bkz. **Kramer**, s. 260 vd.; ayrıca **Kramer**, *Striking the Balance*, s. 355 vd; **Cortes**, Pablo: "Does the Proposed European Procedure Enhance the Resolution of Small Claims?" (http://ssrn.com/abstract=983527).

basitleştirmeyi ve hızlandırmayı ve aynı zamanda masrafları azaltmayı amaçlamaktadır. Avrupa Küçük Talepler Usûlü'nün, mahkeme veya divanın nevi ne olursa olsun usûl, sınır ötesi ihtilaflara ilişkin özel hukuk ve ticaret hukuku meselelerine uygulanması ve fakat gelirlere ilişkin, gümrükle ilgili ve idari meselelere veya devlet otoritesinin ("*acta jure imperii*") kullanılması sırasındaki fiillerinden veya ihmalinden dolayı devletin sorumluluğunun gerektiği durumlarda uygulanmaması kararlaştırılmıştır. Bunun yanında, diğer üye devletlerde tanıma ve tenfizi mümkün kılan gerekli ara tedbirleri de ortadan kaldırmaktadır[710].

6. Avrupa Konvansiyonu

Avrupa Birliği Antlaşması'nın 65. maddesinde ifadesini bulan Avrupa yargılama hukukunun yeknesaklaştırılması hareketinin, Avrupa Konvansiyonu[711] yürürlüğe girdiğinde de aynı seviyede devam edeceğine mutlak gözüyle bakılmaktadır. 1 Aralık 2009 tarihinde yürülüğe giren Konvansiyon'un ilgili maddesi (Madde III – 165) Tampere'nin sonuçlarını bünyesine alarak, adlî işbirliğini ve daha geniş bir mahkeme erişimini garanti altına almayı amaçlayan tedbirler alınmasını düzenlemek suretiyle yeni boyutlar ortaya koymaktadır. Bu maddeye göre, hukukî işbirliği, sınır ötesi meseleler bakımından ulusal mevzuatın karşılıklı adaptasyonunu dahi içermektedir. Bu hedefe ulaşmak için, Avrupa'da mevcut hukuk düzenleri, mevzuat, yönetmelik ve direktifler bakımından, adalete erişimi en yüksek düzeyde sağlayacak ve medenî yargılamanın adaletli şekilde uygulanmasını garanti altına alacak yeni terminolojiler kabul edilebileceği gibi, üye devletlerde yürürlükte olan medenî yargılama kurallarının uyumunun arttırılması da sağlanacaktır. Hukuki işbirliğine ilişkin Avrupa Konvansiyonu'nun sözkonusu maddesi açıkça medenî yargılama kurallarının karşılıklı uyumunu düzenlemektedir. Bu bakımdan Konvansiyon'un Avrupa medenî yargılama

---

[710] **Kramer**, s. 260 vd.

[711] Avrupa Anayasası oluşturulmasına ilişkin olarak 29 Ekim 2004 tarihinde Roma'da AB üye ülkeleri tarafından imzalanan Konvansiyon. Yürürlüğe girmesi tüm üye ülkeler tarafından tasdik edilmesine bağlı tutulmuştur. Bu sürecin iki yıl alacağı tahmin edilmiş ancak Fransa ve Hollanda'da yapılan referandumlar sonucu tasdik süreci gerçekleştirilememiş ve belirsizliğe girmiştir. Daha sonra revize edilmiş şekli 2007 yılında Lizbon Antlaşması olarak imzalanmış ve 27 ülke tarafında da tasdik edilmiştir. Antlaşma, 1 Aralık 2009 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Lizbon Antlaşması, Avrupa Topluluğu ve Avrupa Birliği Antlaşmalarını tadil etmektedir (http://europa.eu/lisbon_treaty/index_en.htm).

hukukunun daha da fazla yeknesaklaştırılmasına ilişkin bir temel önermekte olduğu şüphesizdir[712]. Ayrıca, Avrupa Konvansiyonu'nda, Avrupa Birliği genelinde adalete erişime verilen önemi de görmek mümkündür. Buna ilişkin olarak Konvasiyonun 107. maddesinin son fıkrasında, adlî yardımın yeterli imkânlardan yoksun kişilere, etkin şekilde adalete erişimin sağlanması için gerekli olduğu ölçüde sunulması düzenlemesi getirilmiştir[713].

D. AVRUPA MEDENÎ USÛL MODEL KANUNU ÇALIŞMASI

Avrupa Birliği Antlaşması'nın 3. Bölüm V. Başlık 3. Kısım başlığı "Hukukların Yakınlaştırılması" dır. Antlaşma'nın 100. maddesi uyarınca, üye devletlerde hukukun yakınlaştırılması için Konseye tüzük çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu yetkiye dayanarak ancak herhangi bir taahhüt altına girmeksizin Avrupa Toplulukları Komisyonu 22 Şubat 1990 tarihli bir sözleşme ile bir grup uzmandan Avrupa Birliği içinde yargılama hukukunun yakınlaştırılmasına ilişkin olarak bir çalışma yapılmasını talep etmiştir[714]. Esasında 1987 yılında yapılan Sekizinci Uluslararası Usûl Hukuku Kongresinde, Avrupa Birliği'ne[715] üye oniki ülke yargılama hukukçuları özel bir çalışma grubu oluşturmuş ve Belçikalı Profesör Marcel Storme başkanlığında 1988 yılında çalışmanın ana hatlarını ve ortak bir Avrupa Usûl Kanunu zorunluluğunu tespit etmiştir. Bu çalışma grubu, kendilerine yapılan ikinci talep üzerine, 1992 yılında bir Model Kanun Tasarısı hazırlamıştır. Daha sonra 1993 yılında ise, çalışma grubu tarafından Tasarı'nın madde gerekçeleri hazırlanmıştır. Profesör Storme ve çalışma grubu, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 3(h), 5, 8a, 100 ve 100a maddeleri çerçevesinde üye devletlerin yargılama hukuklarının yakınlaştırılmasına cevaz verildiğini ve davaların formüle

---

[712] **Freudentha**l, s. 8.
[713] **Özbek**, MİHDER, s. 923.
[714] **Storme**, RLR, s. 87; **Lupoi**, s. 210; **Kerameus**, Kostantinos: "Procedural Harmonization in Europe", AJCL, Vol. 43, No. 3 Summer 1995, s. 409 vd.
[715] Usûl hukukunu da kapsayan medenî hukuka ilişkin Avrupa mevzuatı meselelerindeki kurumsal gelişmelerden bağımsız olarak, 1990 yılında bu alanda akademik bir proje de başlatılmıştır. Bu projenin raporuna proje başkanı Storme'un adı verilmiştir ve proje ile Avrupa'da hukukun yeknesaklaştırılmasına vurgu yapan önemli konular tespit edilmiştir.

edilmesi, delillerin toplanması ve karar usûlüne ilişkin usûlî meselelerde yeknesaklaştırmanın mümkün olduğunu ortaya koymuşlardır[716].

Model Kanun Tasarısı[717], üye ülkelerin esas almaları ve kendi ülkelerindeki millî kanunlarını bu kanuna uydurmaları gereken ve yine millî kanunlarındaki eksiklikleri bu model kanuna göre giderecekleri bir kanun olarak kabul görmüştür. Model Kanun Tasarısı, 14 Bölüm ve 127 maddeden oluşmuştur. Birinci Bölüm uzlaştırma, İkinci Bölüm davanın açılması, Üçüncü Bölüm dava konusu, Dördüncü Bölüm senetlerin mahkemeye verilmesi, Beşinci ve Altıncı Bölüm tanıkla ispat ve mekanik şekilde tutulan tutulan tutanaklar, Yedinci Bölüm feragat ve davanın geri alınması, Sekizinci Bölüm gıyap, Dokuzuncu Bölüm genel hükümler ve yargılama giderleri, Onuncu Bölüm koruyucu önlemler, Onbirinci, Onikinci ve Onüçüncü Bölümler icra takibi ile ilgilidir. Ondördüncü Bölümde süreler ve hesaplanması,eski hale getirme, hatalı usûl işlemleri, hâkimin reddi ve kanun yollarına başvuru ile ilgili çeşitli hükümler düzenlenmiştir. Bazı konular, özellikle mahkemeler teşkilâtı ve mahkemelerin yetkisi gibi konular model kanunda düzenlenmemiştir. Bu konular üye ülkelerin takdirine bırakılmıştır. Tahkim, fiil ehliyeti, aile hukukuna ilişkin özel yargılama usûlleri ve adlî yardım konuları da düzenlenmeyerek, üye ülkelerin düzenlemesine bırakılmıştır. Diğer taraftan üçüncü kişinin davaya katılması ve dava açması hali konusunda da, farklı hukuk düzenlerinde birbirinden farklı düzenlemeler mevcut olduğu için ortak düzenlemeye gidilmemiştir. Model Kanun Tasarısı üzerinde 1987 yılından beri çalışılmaktadır. Avrupa Birliği'ne dahil olan ülkelerin, Tasarı kabul edildiği takdirde, burada yer alan ilkeler çerçevesinde kendi millî kanunlarında değişiklikler yapması ve eğer gerekiyorsa yeni hükümler getirmeleri öngörülmüştür.

E. AVRUPA BİRLİĞİ POLİTİKASI OLARAK ADALETE ERİŞİM

Hem Avrupa Komisyonu hem de ulusal hükümetler adalete erişimi geliştirme konusunda siyasi bir politika benimsemişlerdir. Bunun gerekçesi, vatandaşların,

---

[716] **Storme**, RLR, s. 88; **Kerameus**, s. 410; Principles of Transnational Civil Procedure, ALI/UNIDROIT, Giriş s. 3.

[717] Bkz. **Pekcanıtez**, Hakan/**Yeşilova**, Bilgehan: "Avrupa Medenî Usûl Model Kanunu Tasarısı ve Değerlendirmesi", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, s. 335-367.

işletmelerin ve iş sahiplerinin haklarını kullanmalarına imkân sağlanması ve hatta esasında bunun teşvik edilmesidir. Toplumun ve ekonomik sistemin dinamizminin ancak bu şekilde sağlanabileceği düşünülmektedir. Tüketicilerin adalete yeterince erişememesi sorunu, Avrupa Birliği bağlamında 1984'den önce gündeme getirilmiş ve 1993 yılında öncelikleri dört perspektiften ortaya koyan Yeşil Kitap'ın[718] hazırlanmasına neden olmuştur. Bu perspektifler, kuralların basitleştirilmesi, mahkeme dışı çözümler, kollektif menfaatlerin korunması ve adlî yardımın artırılması şeklinde sayılabilir. Komisyonun esas politikası, her zaman olduğu gibi öncelikle Avrupa ekonomisinin geliştirilmesidir. Ancak, yine her zaman olduğu gibi önemli politik akımlar sahnededir. Temel meselelerden biri Üye Devletlerden mal ve hizmet satın alınmasının özendirilmesi suretiyle, tüketicilerin Birliğe olan güvenlerini artırmaktır. Tüketicilerin kendi ülkeleri dışından mal satın alırken güvensiz hissetmelerinin ana nedenlerine ilişkin 2002 tarihli araştırma, şikayet, mal iadesi, para iadesi ve garanti gibi satış sonrası problemleri ve bunlara ilişkin mahkemelerde yasal işlem başlatılması sorunlarını ortaya koymuştur[719]. 2006 yılında tekrarlanan araştırmaya göre ise, Avrupalı tüketicilere onları en iyi koruyacak tedbirlerin ne olduğu sorulduğunda, satıcı ve sağlayıcılar aleyhine mahkemede yasal işlem başlatma ve bunun yanısıra diğer tüketicilerle birlikte hareket etme gibi haklar en son sırada yeralmıştır. Buna rağmen, 2006 yılında yapılan çalışma, Avrupa'lıların %42'sinin, sağlayıcılar aleyhine devlet mahkemelerinde veya bağımsız mahkemelerde dava açmayı daha kolay bulduklarını ortaya koymaktadır, ancak bu

---

[718] Yeşil Kitaplar, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından belirlenmiş bir konuda çıkarılan tanışma ve tartışma sürecini başlatmak amacıyla yayımlanan dokümanlardır. Komisyon tarafından belli bir konuyu Avrupa Birliği ülkeleri düzeyinde tartışmaya açmak ve bütün tarafların fikir üretmelerini sağlayarak konuyu olgunlaştırmak amacıyla hazırlanırlar. Bu danışma süreci sonucunda Birliğin faaliyetlerini yönlendirmek amaçlı Beyaz Kitap meydana çıkabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında Yeşil Kitap, Avrupa Birliği Komisyonu'nun bir "niyet göstergesi" olup mevcut politikalar açısından uyulması zorunlu bir belge değildir, ancak "Beyaz Kitap" haline dönüşmesi durumunda bağlayıcı olabilmektedir. Yine de gelecekteki politikaların oluşumuna basamak teşkil eden en önemli belge olarak Yeşil Kitap süreci önemli bir süreç sayılır (www.ab.org.tr).

[719] Standard Eurobarometer 57.2, "Public Opinion in Europe: Views on Business-to Consumer Cross-Border Trade", 14 Kasım 2002, s. 3, 20, 39 vd. (http://europa.eu.int/comm/consumers/cons int/safe shop/fair bus pract/greeen pap comm/studies/gfa report en. pdf).

oranın bazı üye devletlerde, özellikle Orta Avrupa'daki anket sonuçları neticesinde düşme olasılığı da vardır[720].

Adalete erişim, Avrupa Birliği açısından hala politik önceliğini en yüksek derecede korumaktadır. Avrupa sathında yargılama hukuku sistemlerinin modernleştirilmesi çabaları esasen, masrafların azaltılması, daha oranlı hale getirilmesi ve davaların daha çabuk görülmesi suretiyle adalete erişimin arttırılmasını hedeflemektedir. Diğer bir deyişle, masraflar düşük olabildiği sürece, malî olarak sisteme girebilecek daha fazla dava olması muhtemeldir[721].

§16. AVRUPA KONSEYİ'NDEKİ GELİŞMELER

Avrupa Konseyi[722], taraf devletlerde etkin bir adalet sisteminin oluşturulması için harcanan çabaları desteklemektedir. Bu durum Avrupa Konseyi'nce bu konu üzerinde önemle durulduğunun ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Avrupa Konseyi'nin sair belgelerinde açıklanan demokratik yönetim şeklinin ve insan onuruna saygı anlayışının benimsendiğinin göstergesidir. Adalet hizmetlerinin etkinliğinin artırılması ve daha etkili bir adalet sistemine ulaşılması için alınabilecek tedbirler üzerinde çalışan Adaletin Etkinliği Hakkında Uzmanlar Komitesi ve Çalışma Grubu 2000 yılında bir rapor[723] hazırlamıştır. Bu rapor, yargı sisteminin etkinliğini ve veya verimliliğini arttırmaya dair, Konseye üye olan ülkeler yanında diğer ülkelerce de kullanılabilecek kapsamlı görüşler içermekte olup, Rapor'da adalet hizmetlerinin etkinliğinin artırılması

[720] Eurobarometer Special Report 252, "Consumer Protection in the Internal Market", European Commission 2006 (www.europa.int/rapid/cgi/rapcgi.ksh).
[721] **Hodges**, s. 97 vd.
[722] Avrupa Konseyi *(Coucil of Europe),* 1949 yılından beri toplanan, Avrupa çapında başta hukuk ve insan haklarının korunması, eğitim ve kültür alanlarında anlaşmalar kabul eden hükümetlerarası bir kuruluştur. Avrupa Birliğinden farklı bir örgütlenmedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Avrupa Konseyi'ne bağlıdır. Avrupa Konseyi'ne Belarus, Kazakistan, Kosova ve Vatikan hariç tüm Avrupa ülkeleri üyedir. Oysa Avrupa Birliği sadece 27 üyeli bir ekonomik birlikteliktir. Konseyin çalışma alanları insan hakları, hukukî işbirliği, medya, sosyal dayanışma, sağlık, eğitim, kültür, spor, gençlik, yerel demokrasiler, sınırötesi işbirliği, çevre ve bölgesel planlamadır (http://tr.wikipedia.org/wiki/Avrupa_Konseyi,)
[723] European Committee on Legal Cooperation, 23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken by States to Increase the Efficiency of Justice, London 2000, s.7.

için önerilen tedbirler ve çeşitli Avrupa ülkelerinde bu amaçla yapılan düzenlemeler ele alınmıştır. Ancak, bu üye ülkelerin tümü tarafından benimsenmesi zorunlu olmayan bir uygulamadır. Avrupa Konseyi çalışmalarının esas temelini adalet ve hukuk devleti oluşturduğu için, Avrupa Adalet Bakanları Konferanslarında genellikle adalet ve hukuk devletiyle ilgili konular incelenmektedir. Özellikle, bu Konferansların 1996 yılında yapılan yirmincisinde yargı sisteminin adilliği ve etkinliğini geliştirmek ve gecikmeleri önlemek için alınabilecek tedbirler ele alınmış, bunun yanısıra hukuk devletinin ve adalet sisteminin geliştirilmesi hedefi Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri bakımından işbirliği programının önemli bir parçası haline getirilmiştir. Avrupa Konseyi'nde 1989 yılından beri Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri için, amacı bu programlardan yararlanan ülkelerin kurumsal, yasal ve idari reformlarının sürdürülmesine yardımcı olmak olan ve ilgili ülkelerin yetkili mercileri ile birlikte çalışan yasal işbirliği programları yürütülmektedir[724].

Diğer taraftan, üye ülkelerde yargı sistemine yönelik Avrupa standartlarının yerleştirilmesi ve yargı sisteminin etkinliğinin arttırılması amacıyla, 2002 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, esas amacı yargının sorunları hakkında pragmatik çözümler üretmek için çalışmak olan Adaletin Etkinliğine İlişkin Avrupa Komisyonu'nu (*The European Commission for the Efficiency of Justice* (CEPEJ) kurmuştur. Komisyon, Avrupa Konseyi'ne üye olan 46 ülkenin uzmanlarından oluşmuştur. Komisyon'un esas çalışma alanı, üye ülkelerin yargı sistemlerinin etkinliği ve işlevselliğinin düzeltilerek vatandaşların adalet sistemine güvenlerinin artırılması, Avrupa Konseyi adalet hizmetlerinin etkinliğinin sağlanması ve ilgili uluslararası hukuk belgelerinin daha iyi uygulanmasına olanak verilmesidir. Bu amaçla Komisyon, araştırmalar yaparak, istatistiğe dayalı kriterleri ve diğer değerlendirme metodlarını kullanarak üye ülkelerin yargı sistemlerini incelemekte, mevcut çözümleri belirleyerek üye ülkelerin ihtiyaçlarına uygun somut çözüm yolları önerilerinde bulunmaktadır. Komisyon yargı sistemlerini yargı sistemlerini karşılaştırıp, işleyişleri hakkında bilgi alışverişinde bulunmakta ve

[724] **Özbek**, Mustafa: "Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması İçin Öngörülen Tedbirler", AÜHFD 2006, C. 55, S. 1, s. 210 vd.

adalet sistemlerinin kalite ve verimliliğinin arttırılmasına çalışmaktadır. Komisyon bu konuda hazırladığı raporunu 2004 yılında[725] yayınlamıştır. Komisyon, daha sonra, 2002 yılından bu yana Komisyon tarafından yürütülen süreçlerle aynı paralelde olmak üzere Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerdeki adalet sistemlerinin işleyişine dair 2008 tarihli bir Rapor[726] yayınlamıştır. Komisyon Başkanı tarafından, bu Rapor'un en başta adaletin etkinliğinin ve kalitesinin arttırılmasını amaçlayan bir kamu düzeni aracı olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Rapor'da, Adaletin Etkinliğine Avrupa Komisyonu süreçleri değerlendirilmiş, mahkemeler, koğuşturma sistemlerine ve adlî yardıma ilişkin kamu harcamaları, adalete erişim, mahkemelere başvuruda bulunulması, mahkemeler, alternatif uyuşmazlık çözümleri, hâkimler, diğer yargı mensupları, adil yargılanma ve mahkeme faaliyetleri, savcılar, hâkim ve savcıların kariyer ve statüleri, avukatlar, mahkeme kararlarının icra edilmesi, noterler, adlî reformlar ve Avrupa adalet sistemlerinin etkinliği ve kalitesi ele alınmıştır.

Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkeler, kişilerin adalete erişimini kolaylaştırmasının yargılama usûllerinin sadeleştirilmesine bağlı olduğunu kabul etmektedirler. Konsey Bakanlar Komitesi de bu yönde Tavsiye Kararları almaktadır. Alınan tavsiye kararlarından bazıları örnek oluşturması açısından, aşağıda kısa başlıklar halinde ele alınacaktır:

- Konsey Bakanlar Komitesinin R (81) 7 Sayılı Tavsiye Kararı'nda[727], alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve uzlaştırmanın kullanılmasının yanında ve yargılamanın sadeleştirilmesi önerilmiştir. Bu Karar'da davaların daha hızlı görülmesi ve mahkeme kararlarının icrasını sağlayacak yöntemler belirtilmiş ve basit muhakeme usûlleri ve özel usûllerin kullanılması öngörülmüştür. Ayrıca, medenî yargılamanın iyileştirilmesi için ülkelerin kabul etmeleri gereken örnek ilkeler de belirtilmiştir.

[725] European Commission on the Efficiency of Justice, European Judicial Systems 2002: Facts and Figures on the Basis of a Survey Conducted in 40 Council of Europe Member States.
[726] European Commission on the Efficiency of Justice, European Judicial Systems, Edition 2008 (data 2006): Efficiency and Quality of Justice (http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/default_en.asp).
[727] Recommendation No. R (81) 7 of the Committee of Ministers to Member States on Measures Facilitating Access to Justice (European Committee on Legal Cooperation, s. 90).

- Bunlara ek olarak R (95) 5 sayılı Tavsiye Kararı'nda[728] hukuk davalarında ve ticarî davalarda, temyiz sistem ve usûllerinin işleyişinin düzeltilmesi ve yargısal kontrol hakkıyla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.
- Mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına ilişkin tedbirler, özellikle yargıya gerekli kaynakların tahsis edilmesi ve üye ülkelerin hükümetlerinin uygun ve belirli tedbirleri almasına ilişkin öneriler ise, Bakanlar Komitesinin R (86) 12 sayılı Tavsiye Kararı'nda[729] yeralmaktadır.
- Konsey Bakanlar Komitesinin R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararında ise yargı bağımsızlığını güvence altına alacak bazı temel ilkeler düzenlenmiştir[730].

§17. AMERİKAN HUKUK ENSTİTÜSÜ (ALI) VE ÖZEL HUKUKUN BÜTÜNLEŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI ENSTİTÜ'NÜN (UNIDROIT) ULUSLARÖTESİ HUKUK USÛLÜ PRENSİPLERİNE İLİŞKİN ÇALIŞMALARI

I.YARGILAMA HUKUKUNUN ULUSLARARASI YEKNESAKLAŞTIRILMASI

Ulusal hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları azaltma çabası, genel olarak yeknesaklaştırma *(harmonization)* olarak anılmaktadır. Farklılıkları azaltmanın bir diğer metodu ise, yakınlaştırmadır (*approximation*). Bu metod ile muhtelif hukuk sistemlerine ilişkin kuralların birbirine yakınlaştırılması için reforma tâbi tutulması amaçlanmaktadır. Yeknesaklaştırma ve yakınlaştırmaya ilişkin çabaların çoğunluğu, özellikle ticaret ve

[728] Recommendation No. R (95) 5 of the Committee of Ministers to Member States Concerning the Introduction and Improvement and Functioning of Appeal Systems and Procedures in Civil and Commercial Cases (European Committee on Legal Cooperation, s. 111). Tam tercümesi için bkz. Devlet Planlama Teşkilâtı, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Adalet Hizmetlerinde Etkinlik, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000, s. 94-98.
[729] Recommendation No. R (86) 12 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Measures to Prevent and Reduce the Excessive Workload in the Courts (European Committee on Legal Cooperation, s. 97).
[730] **Özbek**, AÜHFD, s. 211 vd.

finans hukukuna, yani maddî hukuka ilişkindir. Usûl hukukunun yeknesaklaştırılması alanında da, sınırlı olmakla birlikte az çok ilerleme kaydedilmiştir[731]. İnsan haklarına ve medeni haklara ilişkin bazı Konvansiyonlar temel usûlî garantiler içerir; örneğin, mahkeme önünde eşitlik ve bağımsız bir mahkeme önünde adil, etkin, kamuya açık duruşma ile yargılanma hakkı gibi. Bu temel usûlî garantiler ortak uluslararası standartları ve usûlî yeknesaklaştırmaya ilişkin dünyaca tanınmış temelleri oluştururlar[732]. Bütünleştirilmiş (*unified)* yargılama kurallarına ilişkin dünya çapında normatif bir teşekkül olmasa bile, demokratik ve etkin adlî uyuşmazlık çözümüne dayanak oluşturan temel yargılama prensipleri genel olarak tanınmaktadır. Bu temel prensipler gerek uluslararası hukukta gerekse de iç hukukta bulunmaktadır. Bu konuda 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 (1) maddesinden ve 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın[733] 47. maddesinden sözetmek gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 (1) maddesi, bireylerin bağımsız ve tarafsız bir hâkim önünde, makûl bir sürede adil yargılanmak suretiyle hüküm elde edebilmelerine ilişkin temel hakkı düzenler. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesinde de buna benzer prensiplerin yanısıra adil yargılanma, etkin çare, makûl süre, bağımsız ve tarafsız hâkim ve adlî yardım gibi hususlar da düzenlenmiştir. Esasen yeknesaklaştırma farklı hukukî (usûlî) düzenlerin yakınlaşmasına yardımcı olur ve tarafların etkin çare arama hakkı ve etkin savunma haklarının korunmasında işlev gösterir[734]. Ancak, yeknesaklaştırma çalışmaları bu güne kadar ulusal hukuk sistemlerinin birbirinden çok farklı olduğu ve bu farklılıkların ülkelerin siyasi tarih ve kültürel geleneklerine dayandırılmış olduğu varsayımı ile engellenmiş ve hukuk sistemleri arasındaki

[731] ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, Cambridge University Press, 2007, Giriş s. 1 vd.; **Yeşilırmak**, s. 391; **Gidi**, Antonio/**Hazard**, Geoffrey/**Taruffo**, Michele, **Stürner**, Rolf: "Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, University of Houston Public Law and Legal Theory Series 2007-A-42, s. 769 vd.

[732] Transnational Principles of Civil Procedure, Giriş, s. 2; Gidi/Hazard/Taruffo/Stürner, s. 770.

[733] 7 Aralık 2000 tarihinde Nice'deki Avrupa Konseyi Toplantısında Avrupa Parlamentosu Başkanları tarafından imzalanarak duyurulmuştur. (www.laweuropa.com/36-Nice Antlasmasi). Ayrıca bkz. **Steiner**, Josephine/**Woods,** Lorna/**Twigg-Flesner**, Christian: EU Law, 9th Edition, Oxford University Press 2006, s. 12.

[734] Lupoi, Michele Angelo: The Harmonization of Civil Procedural Law within the EU, s. 206 (www.judicium.it/news/ins_08_11_05/013_lupoi.pdf).

farklılıkları azaltmaya veya uzlaşmaya izin vermeyecek şekilde çok derinden yerel politik tarihe ve kültürel geleneğe gömülmeye çalışılmıştır[735].

Bununla birlikte, son on yıl içinde dünyada hukukun yeknesaklaştırılmasına ilişkin global bir hareket ve muhtelif hukuk düzenleri arasındaki temel farklılıkların ortadan kaldırılması yolunda büyük bir görüş birliği oluştuğu görülmektedir. Hukukun bütünleşmesi, diğer bir deyişle dünya üzerinde hukukun aynılaştırılması ya da en azından hukukun belirli bazı özel alanlarında bütünleşme sağlanması yönünde görüş birliğine ulaşıldıysa da, ulusal mahkemelerin resmî olarak bütünleşmiş kurallar üzerinde farklı yorumda bulunma ihtimallerin her zaman mevcut bulunmaktadır. Bir başka yönden bakıldığında ise, bütünleşmiş bir yaklaşımın muhtelif teorik dezavantajlarının da mevcut olduğu açıktır. Hukuk geleneği, bir toplumun kültürel dışavurumu ve kendisini ifade ediş tarzıdır. Hukuksal farklılıklar salt global standardizasyon uğruna ortadan kaldırılabilecek değerler değildir. Bununla birlikte, bütünleşme yaklaşımının tamamen gözardı edilmesi de mümkün değildir. Temel hukukî prensiplerin daha yaygın şekilde yeknesaklaştırılması uygulamasının bir aracı olarak bütünleşme, farklı hukukî kültürlerde genel bir uzlaşma sağlanması için belli bazı coğrafi ve hukukî alanlarda gerçekleştirilmeye çalışılmalıdır[736]. Akademik alanda da yeknesaklaşmaya ilişkin bu global harekete katılımın yoğun olduğu görülmektedir.

II. AMERİKAN HUKUK ENSTİTÜSÜ'NÜN (ALI) ÇALIŞMALARI

Model Kanun'un mimarı Profesör Storme'un[737] öncü çalışmaları ve bu alanda çaba gösteren diğer hukukçuların katkıları, davaların formüle edilmesi, delillerin toplanması ve karar verme usûllerinde yeknesaklaştırmanın mümkün olduğunu göstermiştir. Uluslarötesi Usûl Hukukuna ilişkin Prensipler ve Kuralların geliştirilmesi, yoğun olarak Profesör Storme'un grubunun çalışmalarına dayandırılmıştır. Çalışma,

[735] Transnational Principles of Civil Procedure, Giriş, s. 2 vd.
[736] **Lupo**i, s. 199 ve 201.
[737] Bkz. yukarıda §15, II, D.

1997 yılında bir Amerikan Hukuk Enstitüsü (ALI)[738] projesi olarak başlatılmıştır. Global seviyede yargılama hukukunun yeknesaklaştırılmasına ilişkin en iddialı proje olduğu ifade edilmektedir[739]. Kıta Avrupası Hukuku ve Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) gelenekleri kaynaştırılarak, uluslararası ticarî ihtilaflar bakımından yeni yargılama usûlleri getirilmeye çalışılmıştır. Çalışmada tanınmış bir uluslararası enstitütü ile işbirliğinde bulunulması gerekliliği ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Uluslararası Enstitü (UNIDROIT)[740]'nün de Kurallar'a ilişkin proje başlatma önerisi ortaya çıkınca, 1999 yılında Amerikan Hukuk Enstitüsü (ALI), Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Uluslararası Enstitü (UNIDROIT) ile işbirliği başlatmış ve proje, Kurallardan Prensiplere doğru odaklanmaya başlamıştır[741].

Bu proje, uluslararası ticarî işlemlerden kaynaklanan ihtilafların karara bağlamasına ilişkin olarak bir ülkenin kabul edebileceği yargılama prensip ve kurallarının kaleme alınması çabalarından oluşmaktadır. Proje kısmen Profesör Storme tarafından yönetilen yakınlaştırma projesinden, kısmen Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün Uluslarötesi Acz Hali Projesi'nden ve kısmen de yarım yüzyıl kadar önce Amerika'daki birbirinden farklı yargılama sistemlerinin Federal Usûl Hukuku Kuralları'nın (FRCP)[742] kabulü ile tek bir yargılama hukuku altında toplanmasına ilişkin başarılı çabadan esinlenmiştir. Uluslarötesi Usûl Hukukuna ilişkin Prensipler ve Kurallar ihdas etme

[738] Amerikan Hukuk Enstitüsü, 1923 yılında hukukun ve adalet yönetiminin geliştirilmesi amacıyla bir grup hâkim ve üniversite profesörü tarafından kurulmuştur (ALI Hakkında, www.ali.org).

[739] Bu hususta Bkz. **Lupoi**, s. 205. Bu proje sınır ötesi ihtilaflar bakımından gerçek bir usûl modeli öngörmektedir. Proje, Pennsylvania Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Profesör Geofrey Hazard ve Pavia Üniversitesi'nden Michele Taruffo tarafından başlatılmış olup, yıllar içinde geniş bir uluslararası usûl hukuku uzmanları topluluğunun katkıları olmuştur (bkz. Transnational Principles of Civil Procedure, Giriş, s. 3).

[740] UNIDROIT'nın açılımı "International Institute for Unification of Private Law" şeklinde olup, "Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü" şeklinde Türkçe'ye çevrilebilir. 1926 yılında kurulmuş, bağımsız bir hükümetlerarası teşkilât olup, merkezi Roma'dadır. Amacı, üye ülkeler arasında özel hukukun ve özellikle ticaret hukukunun modernleştirilmesi, yeknesaklaştırılması ve koordine edilmesi itiyaçlarının tespit edilmesi ve buna ilişkin metodlar geliştirilmesidir (www.unidroit.org).

[741] Principles of Transnational Civil Procedure, Giriş, s. 3; **Gidi/Hazard/Taruffo/Stürner**, s. 771; **Lupoi**, s. 205 vd.

[742] Federal Usûl Hukuku Kuralları, 48 farklı yarı egemen eyalette bulunan ve her birinin kendi usûl hukuku ve usûl kültürü bulunan federal mahkemelerde uygulanmak üzere tek bir usûl ihdas etmiştir. Federal Kurallar imkânsızı, yani dört düzine farklı hukuk toplumu için tek bir usûl sistemini gerçekleştirmiştir.

projesi ulusal sınırlar dışında bir yargılama usûlü tesis edilmesinin de denemeye değer olduğunu ortaya koymuştur[743].

III. ÖZEL HUKUKUN BÜTÜNLEŞTİRİLMESİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI ENSTİTÜ'NÜN (UNIDROIT) İŞBİRLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Globalleşmenin etkisi ile 20. yüzyılın son on yılında Amerikan Hukuk Enstitüsü (ALI), uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözümüne uygulanacak yargılama hukuklarının yeknesaklaştırılmasının yararlı ve mümkün olduğu fikrîni ortaya atmıştır[744]. Amerikan Hukuk Enstitüsü (ALI), bu projeye Kurallar'ın hazırlanması ile başlamıştır[745].

2000 yılında, Profesör Rolf Stürner'in[746] olumlu fizibilite çalışması ve raporu üzerine, Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Uluslararası Enstitü (UNIDROIT), Amerikan Hukuk Enstitüsü'ne (ALI) bu projede katılmıştır[747]. Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Uluslararası Enstitü (UNIDROIT), Prensipler'in hazırlanması ihtiyacı ve gerekliliğinin altını çizmiş ve nihayetinde her iki enstitü de Prensipler'in hazırlanması ve kabul edilmesi fikrînde birleşmiştir. Kurallar'ın ise belirli bir hukuk düzeninde Prensipler'in nasıl uygulanması gerektiğini gösteren bir model olarak tasarlanması kararlaştırılmıştır. Projede Profesör Rolf Stürner, 2001 yılından itibaren UNIDROIT tarafından atanmış bir Raportör olarak çalışmıştır. Uluslarötesi Usûl Hukuku Prensipleri'nin (Transnational Principles and Rules) hazırlanması UNIDROIT'nın insiyatifinde olmuş, bunun akabinde proje, Prensipler ve Kurallar üzerinde odaklanmış ve ALI/UNIDROIT değişik ülkelerden katılan çok sayıda

---

[743] Principles of Transnational Civil Procedure, Giriş, s. 3; **Gidi/Hazard/Taruffo/Stürner**, s. 771; **Lupoi**, s. 205 vd.
[744] Priciples of Transnational Civil Procedure, Giriş, s. 4; **Yeşilırmak**, s. 392.
[745] Priciples of Transnational Civil Procedure, Önsöz, s. xxxi.
[746] Freiburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
[747] **Lupoi**, s. 205; **Yeşilırmak**, s. 392.

uzmanın[748] yardımı ile 2005 yılında Uluslarötesi Usûl Hukuku Prensipleri ve Kurallarını[749] hazırlamış ve yayınlamıştır. Prensipler genel olarak uygulama ilkelerini belirlerken, Kurallar ise sözkonusu Prensipler'in tavsiye edilen uygulama şeklini düzenlemektedir[750].

Ulusal yetki kurallarının üzerinde yeralacak ve uluslarötesi ticarî işlemlerden kaynaklanan ihtilafların çözümünü kolaylaştıracak evrensel yargılama kurallarına ihtiyaç olduğunun farkedilmesi sonucu, Uluslarötesi Usûl Prensipleri ve Kuralları ile global olarak kabul edilecek ve uygulanacak yargılama kuralları ve prensipleri ortaya konulmuştur. Prensip ve Kurallar yargılama hukukunun evrensel kurallarının geliştirilmesine önemli katkıda bulunacak bir çalışmanın ürünü olmuştur. Medenî yargılamanın tanınmış standartları olarak, Uluslarötesi Usûl Prensipleri ve Kuralları, adlî yargılamada kullanılabileceği gibi tahkim yargılamasında da kullanılabilecektir. Prensiplerin formüle edilmesi genel olarak özel hukuk mentalitesine dayanmıştır. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi avukatları bu çeşit bir genellemeye pek alışkın değillerdir. Prensip ve Kurallar aynı anda geliştirildiği için, genellik ve özellik arasındaki ilişki daha keskindir. Usûl hukukunun daha ayrıntılı unsurları olan Prensipler, Kuralları yorumlamaya yarayan rehberlerdir. Prensipler'in aynı zamanda mevcut ulusal yargılama hukuku kanunlarının yorumlanmasına ilişkin prensipler olarak da kabul edilebilmesi mümkündür. Buna mukabil, Kurallar, tamamen alınıp kabul edilmesi ya da yargılama düzenine uyarlanması için Prensiplerin bir örneği ya da uygulaması olarak değerlendirilebilir. Her ikisinin de iç mevzuat bakımından reform modeli olarak da kabul edilebilmesi de mümkündür[751].

---

[748] Çalışma grubu; N. Andrews (Cambridge Üniversitesi, İngiltere), A. R. Kemelmajer de Carlucci (Mendoza, Ajantin Temyiz Mahkemesi), F. Fernand (Jan Moulin Üniversitesi, Fransa), G. C. Hazard Jr. (Pennsylvania Üniversitesi Hukuk Fakültesi), M. Kawano (Nagoya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Japonya), P. Lalive (Cenevre Üniversitesi, İsviçre), R. T. Nhlapo (Bakan, Güney Afrika), R. Stürner (Freiburg Üniversitesi, Almanya), M. Taruffo (Pavia Üniversitesi, İtalya)'dan oluşmuştur (http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure)

[749] Bu Prensiplerin tam çevirisi için bkz. **Yıldırım**, Kamil: ALI/UNIDROIT'nın Uluslararası Medenî Yargılama İlkeleri (http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-turkish.pdf,)

[750] **Yeşilırmak**, s. 392.

[751] Principles of Transnational Civil Procedure, Giriş, s. 4.

ALI/UNIDROIT Çalışma Grubu, dört yıl boyunca Roma'daki Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Uluslararası Enstitü (UNIDROIT) merkezinde uzun toplantılar yapmıştır. Amerikan Hukuk Enstitüsü (ALI) Danışmanları ve Danışmanlar Grubu Üyeleri bu konuda altı toplantı yapmış ve taslaklar beş yıl boyunca Amerikan Hukuk Enstitüsü (ALI)'nın yıllık toplantılarında ele alınmıştır. Ek tartışmalar ise, son yedi yıl içinde çeşitli ülkelerdeki uluslararası konferanslar vasıtasıyla yapılmıştır. ALI/UNIDROIT 2005 yılında "Uluslarüstü Usûl Hukuku Prensipleri ve Kuralları"nı hazırlamış ve yayınlamıştır[752].

B. HAZIRLIK AŞAMASINDA PRENSİP VE KURALLAR'A YAPILAN ELEŞTİRİLER

Toplantılar ve taslakların hazırlanması esnasında, Prensip ve Kurallar çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin bir kısmı, uluslarötesi ticarî yargılamaya ilişkin yeknesak yargılama hukuku kurallarına ihtiyaç bulunmaması, kuralların uygulanabilirliği ve uygunluğu bakımından yapılmıştır. Diğer eleştiriler ise, belli bazı kuralların kaleme alınması sırasında yapılmış olan belirli tercihlere ilişkindir. Diğer taraftan Proje'nin İngilizce dilinde yazılmış olmasının getirdiği linguistik, teknik ve kültürel kökenlerden kaynaklanan yanlış anlaşılmalar da eleştirilmiştir[753]. Kıta Avrupası hukukçuları, Proje'yi Kıta Avrupası hukukundan farklılık gösterdiği alanlara odaklanmak suretiyle eleştirmişler ve Proje'yi yabancı bir yaklaşımın reprodüksiyonu olarak nitelendirmişlerdir. Kıta Avrupası hukukçuları tarafından Projedeki bir çok kavram olumsuz bulunmuştur. Hatta, Kıta Avrupası hukukçuları Kuralları esasen şok edici bulmuşlardır. Bu durum gerek İngilizce teknik jargondan gerekse de Amerikan hukuk sistemi içindeki ortak hukuk kavramlarından kaynaklanmıştır. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) alanındaki hukukçular da Kurallar'ın kendi yargılama hukuku mefhumlarına uyumsuz boyutları bakımından huzursuzluk duymuşlar ve Proje'yi yabancı bir yapı olarak nitelendirmişlerdir[754].

---

[752] Principles of Transnational Civil Procedure, Giriş, s. 4 ve s. 13, dn. 14; **Yeşilırmak**, s. 392.
[753] **Gidi**, Antonio: "Notes on Criticizing the Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", ULR, NS-vol. 6, no. 4 (2001), s. 821 vd.
[754] **Gidi**, s. 824.

C. HAZIRLIK AŞAMASINDA PRENSİP VE KURALLAR'A İLİŞKİN OLARAK ÖNE SÜRÜLMÜŞ OLAN İHTİRAZÎ KAYITLAR

Şüpheci yaklaşımlara sahip olan bazı akademisyenler, Prensip ve Kurallar ile ilgili olarak, hazırlık aşamasında birtakım ihtirazi kayıtlar öne sürmüşlerdir. Bir grup akademisyen, Kıta Avrupası Hukuku ve Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi arasındaki temel farklılıkların aşılamaz olduğunu, hatta, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi içinde bile, esasen Amerikan yargılama sisteminin yapısındaki özelliklerin işi karmaşıklaştırdığını ileri sürmüşlerdir. Ancak, ALI/UNIDROIT Çalışma Grubu, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ile Kıta Avrupası Hukuk Sistemi arasındaki farklılıkların abartıldığını ortaya koymuşlardır. Farklılıkların dogmatik şekilde iddia edildiği üzere uzlaşılamaz bir düzeyde olmadığını belirlemişlerdir. Kıta Avrupası hukuku ile Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) hukuku arasındaki farklılıkların üstünde, yargılama hukukunun temel prensipleri mevcuttur[755]. İngiltere'de yapılan Woolf Reformları[756] bu anlamda olayı en iyi şekilde ifade eden örnektir. Bu anlamda Prensip ve Kurallar, bu iki hukuk sistemi arasında geniş bir eksende yakınlaşmanın mümkün olduğunu ortaya koymuştur[757].

IV. PRENSİP VE KURALLARIN AMACI

Uluslarötesi Usûl Hukuku Prensip ve Kuralları ile uluslarötesi ticarî işlemlere ilişkin davalar bakımından hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların etkisinin azaltılması amaçlanmıştır. Amaç, olağan hukuk sürecinin esaslı unsurlarını içeren evrensel bir yargılama modelinin ortaya konulmasıdır. Kurallar ve Prensipler'in, ticarî alanda evrensel adil bir sürecin oluşturulmasını öngördüğü ve adalete erişimde gerçek bir eşitlik sağlanmasına farklı bir katkısı olduğu ifade edilmiştir. Proje dualist bir yapıya sahiptir; yargılama hukukuna ilişkin temel Prensipler yanında spesifik Kurallar'ı kapsamaktadır. Bu yapı iki temel hukuk sisteminin önemli ihtiyaçlarını

[755] Principles of Transnational Civil Procedure, s. xxxvi; **Gidi**, s. 821.
[756] Bkz. yukarıda § 11, IV, A.
[757] Principles of Transnational Civil Procedure, Önsöz, s. xxxvi.

bağdaştırmaktadır. Somut kurallar bakımından Anglo-Sakson tercihi ile soyut prensipler formüle edilmesi bakımından Kıta Avrupası, Latin Amerika ve Asya vurgusu esas alınmıştır. Bu kültürel çeşitlilik gözönüne alındığında, dualist yapının farklı hukuk sistemlerine daha uyumlu bir şekilde kaynaşma sağladığı da bir gerçektir. Prensiplerin formule edilme tarzı, bölgesel veya evrensel insan hakları konvansiyonları ve yorumları ile karşılaştırıldığında oldukça yenilikçidir[758]. Diğer taraftan Kurallar'ın Prensipler'in gelişimini ortaya koymaktan da öte bir görevi vardır. Kurallar, hukuk kültürleri bakımından farklılık gösteren çeşitli Prensiplerin yorumlanmasından maksatlı olarak kaçınmakta ve bu suretle projenin amacını oluşturan standardizasyonun temel prensibinin tanınmasını garanti altına almaktadır[759].

Uluslarötesi Usûl Hukuku Prensip ve Kuralları'nın amacı, uluslarötesi ticarî işlemlerden kaynaklanan hukukî ihtilaflarda, ihtilaf taraflarına adil bir yargılama sistemi sunulmasıdır. Prensip ve Kurallar, yargılamaya aşina olmayan ancak bununla birlikte dava tarafı olmak zorunda kalan kişiler bakımından belirsizliği ve huzursuzluğu azaltmaya yöneliktir. Hukuk sistemlerindeki farklılıkların azaltılması, diğer bir deyişle genel olarak hukukun "yeknesaklaştırılması", hak ve nesafetin sağlanmasının bir boyutudur. Ancak, kurallar sistemi adil bir usûlün ancak bir boyutunu oluşturabilir. Uygulamaya yönelik bir mesele olarak bundan daha da önemlisini, hâkimlerin yetkinliği, bağımsızlığı ve tarafsızlığı ve vekilin yetkinliği ve dürüstlüğü oluşturmaktadır. Bütün bunlara rağmen, yargılamanın yürütülmesinde yargılama kurallarının etkili olduğu da açıktır. Prensip ve Kurallar, tarafsız yargılama idealinin gerçekleştirilmesi amacını taşımaktadır. Bu bakımdan, farklı hukuk sistemlerindeki mahkemelerin birbirine yardımda bulunduğu yargısal işbirliği meselelerinde kurallar ortaya koyabilmeleri mümkündür. Burada ortaya konulan standartların, bir hukuk sistemindeki uygulamacıların; hâkimlerin ve avukatların kendi sistemlerini yerel bir bakış açısından değerlendirmeye ilişkin engellenemez eğilimlerini yumuşatabilmesi beklenmektedir. Özellikle dava dilekçesi, delillerin sunulması ve toplanması, hukukî

[758] Principles of Transnational Civil Procedure, Önsöz, s. xxxv.
[759] **Pfeiffer**, Thomas: "The ALI/UNIDROIT Project: "Are Principles Sufficient, Without the Rules?", ULR, NS-vol.6, no. 4 (2001), s. 1033.

argüman ve nihaî karara ilişkin Prensip ve Kurallar'ın tahkim yargılamasında da uygulanabilmesi veya bunlara atıfta bulunabilmesi mümkündür Aynı zamanda herhangi bir mahkeme, kendi yargılama hukuku ile çelişmedikçe, medenî yargılamanın genel kabul gören kuralları olarak Prensip ve Kuralları uygulayabilir. Kabul edilmesi ve uygulanabilir olması halinde, Prensip ve Kurallar, ülkelerin kendi özel yargılama kuralları yanında, iflasa, iş uyuşmazlıklarına, terekenin yönetilmesine ve devlet dairelerine karşı açılan özel hukuk davalarında paralel olarak uygulanacak özel yargılama kuralları olacaktır. Yetkili mahkemenin bulunduğu yer hukuku bakımından izin verildiği ölçüde, mahkemenin muvafakatı ile, bu Kuralların yargılamada uygulanması tarafların kabulü ile mümkün olabilecektir[760].

V. PRENSİP VE KURALLARIN KAPSAMI, UYGULAMA ALANI VE İÇERİĞİ

Esas olarak Prensipler, uluslarötesi *(transnational)* ticarî uyuşmazlıkların karara bağlanmasına ilişkin olarak kaleme alınmıştır. Bununla birlikte ticarî olmayan hukukî uyuşmazlıklar bakımından da kabul edilmesi ve uygulanması mümkündür. Her ülke Prensip ve Kuralları kendi gelenekleri doğrultusunda yorumlayacağı için, Prensip ve Kuralların birbirini tutmayan yorumlarının oluşması olasılığı da mevcuttur. Bununla birlikte, uyuşmazlık çözümüne ilişkin ortak bir usûlün, uluslarötesi yargılamanın hususuzluğunu ve güvensizliğini azaltacağı da muhakkaktır. Diğer taraftan Prensip ve Kurallar'ın esas amacı, usûlün daha şeffaf hale getirilmesi ile uluslararası ticarî ilişkilerin teşvik edilmesidir[761]. 31 maddeden oluşan Prensipler, uluslarötesi uyuşmazlıkların iç hukuka kıyasla özelliklerini gözönünde bulundurarak muhtelif ulusal yargılama hukuku kuralları arasındaki farklılıkları uyumlaştırmayı hedeflemiştir. Prensiplerin içeriği aşağıdaki hususlardan oluşmuştur[762]:

---

[760] Principles of Transnational Civil Procedure, Giriş, s. 11 vd.
[761] **Gidi**, s. 820.
[762] Principles of Transnational Civil Procedure, s. 16 vd.; **Yeşilırmak**, s. 393 vd.; **Yıldırım**, ALI/UNUDROIT, s. 1 vd.

1.Bağımsızlık, Tarafsızlık ve Mahkeme ve Hâkimlerin Nitelikleri, 2. Taraflar Üzerinde Yargılama Yetkisi, 3. Tarafların Usûle İlişkin Eşitliği, 4. Avukat Tutma Hakkı, 5. Kanuni Bildirim ve Dinlenilme Hakkı, 6. Dil, 7. Adaletin Zamanında Sağlanması, 8. Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, 9. Yargılamanın Yapısı, 10. Taraflarca Hazırlama ve Yargılamanın Kapsamı, 11. Taraf ve Avukatların Yükümlülükleri, 12. Talep ve Tarafların Çokluğu, Müdahale, 13. Mahkemeye Yardım Sunumu, 14. Yargılamanın İdaresi ile İlgili Olarak Mahkemenin Sorumluluğu, 15.Davanın Reddi ve Taraflardan Birisinin Yokluğunda Karar Verilmesi, 16. Bilgi ve Delillere Erişim, 17. Müeyyideler, 18. Delillere İlişkin İmtiyazlar ve Muafiyetler, 19. Sözlü ve Yazılı Sunumlar, 20. Yargılamanın Kamuya Açıklığı, 21. İspat Yükü ve Ölçüsü, 22. Vakıa ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi ile İlgili Sorumluluk, 23. Karar ve Gerekçesi, 24. Uzlaşma, 25. Masraflar, 26. Kararların Derhal İcra Edilebilir Olması, 27. Temyiz, 28. Derdestlik ve Kesin Hüküm, 29. Etkin İcra, 30. Tanıma ve Tenfiz, 31. Milletlerarası Adli Yardımlaşma.

Kurallar ise aşağıdaki konu başlıkları altında Prensiplerin uygulanmasına ilişkin kuralları ortaya koymaktadır[763]:

A. Yorum Prensipleri, B. Kuralların Uygulama Alanı, C.Yetki Kuralları, Birleştirme ve Müdahale, D. Mahkemenin Oluşturulması ve Mahkemenin Görevi, E. Hazırlık Safhası, F. Duruşma, G. Kanun Yolları.

VI. PRENSİP VE KURALLARIN TANINMASI

Prensipler, modern hukuk sistemlerinde mevcut hukukî uyuşmazlıkların çözülmesine ilişkin temel hak ve nesafet kavramlarını açıklamaktadır. Modern hukuk sistemlerinin çoğunun, Prensipler'i kendi hukuk sistemlerinde küçük değişiklikler yaparak uygulamaları mümkündür. Karşı taraftan delil elde edilmesi imkanı bulunmayan sistemlerde daha esaslı değişiklikler yapılması gerekecektir. Raportörler tarafından

[763] **Hazard**, Geoffrey C./**Taruffo**, Michele/**Stürner**, Rolf/**Gidi** Antonio: "Rules of Transnational Civil Procedure", University of Houston Law Center, Public Law and Legal Theory Series 2007-A-44, s. 793 vd.

hazırlanan ancak resmî olarak UNIDROIT veya Enstitü tarafından benimsenmemiş bir model olan Kurallar, Prensipler'in önerilen uygulamasını içermektedir. Prensipler ve Kurallar, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) hukuk geleneğinin taraf hâkimiyetine dayalı (*adversarial*) usûlüne ilişkin en önemli unsurlarını, Kıta Avrupası hukukunun hâkim merkezli usûlünün en önemli unsurları ile birleştirmeye çalışmaktadır. Tüm hukuk geleneklerinde özümsenmesi mümkün olan kavramlar ve terminoloji dahilinde açıklanmışlardır. Bu Prensip ve Kurallar'ın, tahkim usûlünde de uygulanması mümkündür. Prensip ve Kuralların uygulanması bir iç hukuk ve uluslararası hukuk meselesidir. Prensip ve Kurallar, uluslararası Konvansiyonlar vasıtasıyla kabul edilebileceği gibi, ulusal devletlerin mahkemelerinde uygulanmak üzere yetkili makamlarınca da kabul edilebilir. Ayrıca, muhtelif yargılama hukuku sistemleri bakımından ileride yapılacak reformlar bakımından model de oluşturabilmeleri mümkündür[764].

§ 18. ULUSAL SEVİYELERDE VE AVRUPA BİRLİĞİ SEVİYESİNDE REFORMLARDA TEMEL ANLAYIŞ

I. GENEL OLARAK

Avrupa Birliği üyesi devletlerin yargılama kuralları ile bu kuralların uygulama etkinliği arasında esaslı sapmalar bulunduğu iyice anlaşılmış bulunmaktadır. Hız ve etkinlik sağlama ve daha düşük ve oranlı masraflar oluşturabilme konularında, son zamanlarda medenî yargılama hukuku kurallarına ilişkin önemli reformlar gerçekleştirmiş olan devletler arasında İspanya, Almanya, İngiltere, Hollanda ve Danimarka bulunmaktadır[765]. İsveç ve İsviçre[766] gibi ülkeler de kurallarını gözden geçirmektedir. Karmaşıklık, masraf ve gecikmenin azaltılması için hatırı sayılır bir çabanın olduğu İtalya ve Yunanistan gibi bazı devletlerde ise, yargılama çok yavaştır.

[764] Principles of Transnational Civil Procedure, Giriş, s. 10 vd.
[765] Bkz. İspanya için yukarıda § 7, IV, Almanya için § 2, IV, İngiltere için § 11, IV, Hollanda için § 5, IV.
[766] Bkz. yukarıda § 4, IV.

Avrupa Komisyonu tarafından, ulusal usûller arasındaki büyük sapmaların, ülkelere özgü geleneklerin ürünü olduğunu saptanmıştır. Esasında, yargılama kuralları bir bütün olarak hassas bir dengeyi temsil etmektedir. Bu bakımdan, yargılama kurallarının ancak yavaş yavaş ve fakat azami tedbirli şekilde yeknesaklaştırılabilmeleri mümkün olabilir[767].

Çalışmamızın yukarıdaki kısımlarında da ele almış olduğumuz gibi, Avrupa Birliği'nin medenî yargılama sistemleri alanına girişi[768] 1999 yılında, Amsterdam Antlaşması'na, "Özgürlük, Güvenlik ve Adaletin Oluşturulması" hedefi[769] konulması ve Avrupa Konseyi ile buna ilişkin bir anlaşma yapılması ile başlamıştır. O zamandan beri Komisyon, Avrupa yargısal alanının temel amacının, Avrupa Birliği içinde hukukî şartlar ve çerçevenin basitleştirilmesi ve sadeleştirilmesi olduğunu ifade etmektedir. Basitleştirme, masrafları azaltacak ve böylece ekonomiyi geliştirecektir. Bu oldukça genelleştirilmiş siyasi politikanın kilit hedeflerinden birinin de, adalete daha iyi bir erişim sağlanması olduğu söylenmektedir. Adalete daha iyi erişim sağlanması, üye devletlerin hukuk ve idari sistemlerinin uyumsuzluğu veya karmaşıklığı sebebiyle, bireylerin ve işletmelerin haklarını elde etmelerinin ve kullanmalarının engellenmemesi ya da heveslerinin kırılmaması olarak ifade edilmiştir. Bu oldukça çekingen ifade, üye devletlerin medenî yargılama kurallarının yeknesaklaştırılmasına ilişkin dile getirilmemiş pozitif bir politika olduğu gerçeğini gizlemektedir. Komisyon tam yeknesaklaştırmaya karşı tedbirli şekilde ve peyderper bir tutum içinde hareket etmektedir. Sürecin yıllar alacağı, ilerlemenin yavaş, ancak çetin ve acımasız olacağı net olarak görülmektedir[770].

---

[767] **Hodges**, s. 109 vd.
[768] Ayrıntılı olarak bkz. yukarıda § 15, II, A ve C.
[769] Avrupa Birliği'nin işbirliği alanlarından birisi de adalet ve içişlerinde işbirliği politikasıdır. Bu nedenle, 15-16 Ekim 1999 tarihinde Tampere Avrupa Konseyi'nde özel olarak adalet ve işbirliği politikaları ele alınmış, buna ilişkin bir eylem planı kabul edilmiş ve 2004 yılına kadar bir "özgürlük, güvenlik ve adalet alanı"na dönüştürülmesi planlanmıştır (**Ünal**, s. 56).
[770] **Hodges**, s. 110.

II. YARGILAMA REFORMLARINA İLİŞKİN TESPİTLER

Bugüne değin, Avrupa Birliği ülkelerinde medenî yargılama sistemleri kemikleşmiştir. Bazı üye devletler medenî yargılama sistemlerinin modernize edilmesi için, çoğunluğu 19. yüzyılda ortaya çıkmış kanunlarını reforme etme konusunda son zamanlarda kararlı ve önemli reformlar yapmışlardır. Ancak, daha bir çok üye devletin bu konuya eğilmesi gerektiği açıktır. Ulusal sistemlerin yeknesaklaştırma reformuna kolayca tâbi olabilmek için fazlaca karışık olduğu yönünde genel bir görüş oluşmuştur. Fakat bu görüşün artık değişmekte olduğu ve genel Avrupa Birliği politikası perspektifinden bakıldığında, çok açık bir hedef olarak görünen bir düzeltme mekanizması içinde yeknesaklaştırılmış bir iç pazarın oluşturulması hedefinin, artık olanaksız olmadığı idrak edilmektedir. Yine de, her ulusal sistemin hassas bir denge mekanizması içinde olduğu ve değişikliklerin azami seviyede dikkatle empoze edilmesi gerektiği tartışmasızdır. Hızlı, aceleci ve üzerinde yeterince düşünülmemiş değişikliklerin Avrupa medenî yargılama sistemlerinin dengesini bozabileceği her zaman gözönünde tutulmaktadır[771].

Ulusal sistemler dahilinde kuvvetli bir nesafet ve adalet geleneği mevcuttur. Oranlılık denilen yeni bir değer, reform yapmış ülkeleri son zamanlarda yönlendirmektedir. Yargılama masraflarının azaltılması da, basitleştirilmiş küçük talepler usûlü mekanizmaları *(small claims mechanisms)* ve alternatif uyuşmazlık çözümü mekanizmalarının gelişimini, Avrupa Birliği seviyesinde ön plana çıkartmıştır. Avrupa rekabetini destekleyen politikaya karşı, etkinlik ve oranlılığın yanısıra, dengeli bir adalete erişim odaklanmasının, geleneksel karmaşıklıkların üstesinden gelerek ilerleme sağlayabilmesinin mümkün olup olamayacağı görülecektir. İki üye devlet, İngiltere ve İspanya'nın bu bağlamda geleneksel karşı koyucu yaklaşımlarından pragmatizm, adalet ve maliyet etkinliğine dayanan orta yollu bir zemine doğru yönelmiş oldukları dikkat çekici şekilde görülmektedir[772]. Bu ülkelerden birinin Anglo-Amerikan

[771] **Hodges**, s. 114.
[772] **Hodges**, s. 114.

(Common Law-Ortak Hukuk), diğerinin Kıta Avrupası yargılama alanına dahil olması ve her ikisinin de Reformları'nda[773] başarılı sayılabilecek bir süreci izlemiş olması dikkatle değerlendirilmesi gereken bir durumdur.

III. ADALETE ERİŞİM YA DA DAVA KÜLTÜRÜ

Yargılama sistemlerinin değişmekte olduğu, bunun etkilerinin ve sonuçlarının ne olacağı, dava hacimlerinde gelecekte meydan gelecek değişikliklerle başedebilip edilemeyeceği şimdiden kestirilememektedir. Bu arada, dava masraflarının finansmanına ilişkin geleneksel sistemler de değişmektedir. Bunlar adalete erişimi sınırladığı gibi, ekonomiye de ket vurmaktadır. Diğer yandan, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin adlî yardıma ilişkin giderlerin artırılması yoluyla adalete erişiminin teşvik edilmesine dair Komisyon çabaları desteklenmemiş ve başarıyla sonuçlanamamıştır. Bunun yerine, yürürlükte olan ekonomi politikası, üye devletleri hukuk hizmetinin özelleştirilmesine yönlendirmiştir. Özellikle bu trendin dava kazanıldığında ücretin ödeneceğine ilişkin anlaşmaların yaygınlaştığı Orta Avrupa ülkelerinde önemli bir yeri vardır. Zira, daha sofistike ulusal sistemler varolmadığına göre, bunların ancak adalete hızlı erişim sağlanması taleplerini karşılayabileceği açıktır. Dava kazanıldığı takdirde ücret ödenmesine ilişkin anlaşmalar *(contingency fee agreements)* ile ilgili İngiliz deneyimi, uzlaşmacı bir çözüm sergilemekle birlikte, sürdürülebildiği takdirde bunun çok karmaşık bir hal alıp almayacağını veya diğer üye devletler bakımından çekici olup olmayacağını kestirmek için henüz çok erken olduğu ifade edilmektedir. Ancak, deneyimler, talep edilen zararlar ile karşılaştırıldığında hukukî masrafların orantılı olması ihtiyacına işaret etmektedir. Bu oranlılığı korumanın önemi yaygın bir şekilde kavranamamıştır ve belki de mevzuat yoluyla bir düzenleme yapılmasını gerektirebilecektir. Orta Avrupa ülkelerinin veya diğer ülkelerin, dava kazanıldığı takdirde ücret ödeneceğine dair anlaşmaları veya sair tarz ücret anlaşmalarını empoze etmek konusunda etkin bir düzenleme yapıp yapamayacakları görülecektir. Masrafların finansmanı sistemlerindeki

[773] Bkz. İngiliz Reformu için yukarıda § 11, IV ve İspanya için § 7, IV.

değişikliklerin, kaybeden masrafları öder kuralının ortadan kaldırılmasında tazyik edici olabilmesi muhtemeldir[774].

Ulusal medenî yargılama kuralları, daha hızlı ve daha ucuz adalet sağlanmasına ilişkin reformlar doğrultusunda bir çok üye devlette yoğun bir modernleştirmeden geçmektedir. Ancak bu konuda ne açık detaylı projeler ne de evrensel yaklaşımlar mevcuttur. Bu bakımdan yeknesaklaştırmanın zor durumda olduğu çok açıktır. Bununla birlikte, İngiliz deneyimi bu açıdan son derece yararlı olup, nasıl çalıştığına dair sağlıklı araştırmalar da yapılmaktadır. Yine de, İngiliz kurallarının basitleştirilmesi, bu güne kadar henüz davaların, yargılamanın ucuzlaması sonucunu ortaya koyamamıştır. Ulusal reformlar, Avrupa Birliği seviyesindeki büyüyen girişimlerle eşleştirildiğinde, özellikle "arabuluculuk" ve "ombudsman" gibi alternatif uyuşmazlık çözümleri benimseyen tüketici talepleri bakımından ucuz ve basit uyuşmazlık çözüm usûlleri öne çıkmıştır[775].

Bu nedenlerle, bir adalet sistemini desteklemesi gereken prensipler üzerine tartışmayı sürdürme gerekliliği açıktır. Ne kadar adalete erişimin yeterli olduğu, medenî yargılama sistemlerinin ne kadar hızlı ve etkin ve ne kadar masraflı olması gerektiği, oranlılığın önemli olup olmadığı, dava masraflarının finansmanının ne kadarının özel olması, ne kadarının devletten sağlanması gerektiği, yargı sisteminin düzenleme amaçlı kullanılmasının gerekli olup olmadığı gibi ciddi dikkat ve geniş bir tartışma gerektiren önemli meseleler mevcudiyetini korumaktadır[776].

[774] **Hodges**, s. 120.
[775] **Hodges**, s. 121.
[776] **Hodges**, s. 121.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

§ 19. YARGILAMA SİSTEMLERİNİN YAPISI İLE SİSTEMLER ARASINDAKİ FARKLILIK VE BENZERLİKLER

I. YARGILAMA HUKUKUNDA TEMEL MODELLER

İki büyük hukuk sistemi, diğer bir deyişle Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ile Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi arasındaki ayırıma ilişkin olarak günümüzde hala birçok gerekçe öne sürülebilmesi mümkündür. Ancak, yargılamanın yapısı noktasından bakıldığında, bu ayırım değerini kaybetmektedir. Bunun sebebi, bir çok ülkenin medenî yargılama hukukunda yapılan reformların, esasında yargılamanın yapısı üzerinde benzer sonuçları ortaya koymuş olmasıdır. Bu gelişme, haklı olarak yeni ve gerçekten çok şey vaadeden temel bir modelin ortaya çıkışı olarak değerlendirilmiştir. Bu açıdan ele alındığında; yargılama hukuku içinde duruşma modeli (*trial model*), İtalya-Kanonik model (*Italian-Canonical model*) ve ana oturum (*main hearing model*) şeklinde üç yapısal modelin mevcut olduğu söylenebilir. Her üç modelde de; yargılamanın bünyesinde, davacının davasını ortaya koyduğu, davalının da cevabı ile karşı koyduğu başlangıç veya layihalar safhası olarak adlandırılabilecek safhayı, bunun ardından ara safha olarak adlandırılabilecek olan ve genel olarak son safhaya hazırlık amacını taşıyan safhayı ve nihayetinde, önceki safhaların devamı olarak nitelendirilebilecek ve ve tipik olarak mahkemenin kararı ile sona eren son safhayı barındırdığı görülmektedir. Sözkonusu üç model, belirtilen bu safhaların amacı ve içeriği bakımından farklılık gösterirler[777]. Reform hareketlerinin, yargılama modellerinin sınıflandırılmasında kullanılmakta olan farkları azaltmış olduğu ve yargılamanın yapısı

[777] **Stürner**, Rolf/**Kern**,Christoph: "Comparative Civil Procedure-Fundamentals and Recent Trends", Haluk Konuralp Anısına Armağan, 2009, C. I, s. 1001.

bakımından yukarıda bahsettiğimiz hukuk sistemleri arasındaki ayırımın değerini kaybettiğinin ortaya konulabilmesi açısından, sözkonusu yapısal modeller aşağıda kısaca ele alınacaktır:

A. DURUŞMA MODELİ (TRIAL MODEL)

Günümüzde en çarpıcı örneğini Amerika Birleşik Devletleri'nde gördüğümüz, Avustralya'da ve Kanada'da da benimsenmiş olan duruşma modeli, esasında geleneksel olarak Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne dahil olan ülkelere özgüdür.

Başlangıç safhası, genellikle davacının ana hatlarıyla davanın neye ilişkin olduğuna dair açıklamada bulunduğu, ancak taleplerine ilişkin ayrıntıların ve buna ilişkin vakıaların belirtilmesine gerek olmayan bir dilekçenin (*notice pleading*)[778] sunulması ile karakterize edilmiştir. Yargılamanın bu safhasında, davalının davanın neye ilişkin olduğundan haberdar edilmesi yeterlidir. Duruşma modelinde, yargılamanın ara safhası (ön yargılama safhası) tarafların ellerinde bulunan delillerin açıklattırılması, delil keşfi (*discovery*) sürecinden oluşur. Bu aşamada, ilgili tüm vakıaların ve delil vasıtalarının ileri sürülmesi ve açıklanması; diğer bir deyişle, tanık ifadelerinin alınması (*deposition*), karşı tarafın elinde bulunan davayı ve savunmayı destekleyen bilgi ve belgelerin talep edilmesi, tanık bilirkişilerin (*expert witness*) seçilmesi, tanık bilirkişiler eşliğinde ilgili mahallerde araştırma yapılması gibi hususlar, artık tarafların işi ve sorumluluğudur. Bu safhanın amacı, münhasıran tarafların iddia ve savunma hakkında bilgilendirilmesine ilişkindir. Bu safhada mahkeme, tarafların elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklanmasında sadece destek olur. Mahkemenin yargılamaya son veren nihaî bir rol oynadığı safha, son safha olan duruşma safhasıdır. Bu safhada taraflar, delillerin açıklattırılması sürecinde elde ettikleri bilgi ve belgeleri ve davayı, vakıaların tespiti ve karar verilmesi için mahkemeye sunarlar. Davanın ve delillerin sunulması sıkı uygunluk

[778] Bkz. Amerikan Federal Usûl Kuralları (FRCP) Kural 8 ve 12 (b) (6); ayrıca bkz. **Friedenthal/Miller**, s. 267 ila 275.

ve kabul edilebilirlik şartlarına (*admissibility*)[779] bağlıdır. Bu modelde uygunluk ve kabul edilebilirlik şartlarının, jüri bulunsun bulunmasın tüm duruşmalarda uygulanması esas haline gelmiştir[780] .

B. İTALYAN-KANONİK MODEL (ITALIAN-CANONICAL MODEL)

İtalyan-Kanonik[781] model, 20. yüzyılın neredeyse ilk yetmiş yılında Kıta Avrupası'nda ve bu hukuk sistemlerinden etkilenmiş ülkelerde uygulanmış olan geleneksel medenî yargılama usûlü modelidir. Günümüzde bu modelin temsilcileri olarak İtalya, Fransa ve Lâtin Amerika ülkelerinin bir çoğu sayılabilir[782]. 1086 Sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzda düzenlenen ilk derece yargılamasının temel aşamalarına bakıldığında, Kanunumuzun da bu modelin temsilcisi olduğu görülmektedir.

Bu modelde de başlangıç safhası, dava ve cevaptan oluşur. Bu modelde, her ne kadar dava dilekçesinin ana hatlarıyla davanın neye ilişkin olduğuna dair bir açıklama (*notice pleading*) içermesinin yeterli sayılması mı gerektiği, yoksa dava dilekçesininin talep olunan sonucu ve talebi destekleyen vakıaları *(fact pleading)* da tam olarak içermesinin gerekli olduğu biraz müphem kalmışsa da, modelin uygulandığı ülkelerde, uygulamada zaman içinde, dava dilekçesinin talep sonucunu ve bunu destekleyen vakıaları içerecek şekilde (*fact pleading*) hazırlanması yönünde bir tercih oluşmuştur. Modelin ara safhası, naip hâkim önünde yapılan ve duruşma olarak adlandırılan bir dizi oturumdan ve bu oturumlarda delil incelenmesinden oluşur. Mahkemenin doğrudan sevk ve idaresi sözkonusu olduğu ve mahkeme taraflarla davayı tartışıp delilleri incelediği için, başlangıç safhası gerekliliklerinin yumuşatılabilmesi mümkündür. Bu safhayı bir

---

[779] Bu şartların, vakıaların tespitinde hâkimi ve geleneksel olarak sıradan halktan oluşan jüriyi korumak ve etki altında kalmasını önlemek amacıyla geliştirilmiş olduğu ifade edilmiştir. (**Stürner/Kern**, s. 1004)

[780] **Stürner/Kern**, s. 1005.

[781] **Yıldırım**, Mehmet Kamil: Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 7 vd. Yazar, Lombard'ların İtalya'yı istilası ile, Cermen Hukuku'nun, Roma Hukuku üzerinde etkili olduğunu, Klasik sonrası dönemde ispat kuralı sistemi oluşturulduğunu ve bu dönemde kilisenin de etkisi ile otoriteye olan inanç ve skolastik felsefenin ürünü olan şüpheciliğin kanuni ispat kurallarını doğurmuş olduğunu belirtmektedir.

[782] **Stürner/Kern**, s. 1005.

heyet önünde cereyan eden ve naip hâkimin davayı heyete sunduğu son aşama olan son duruşma safhası takip eder. Heyet tarafların son beyanlarını dinler, delilleri değerlendirir, hukukî vakıalar üzerinde karar verir ve davayı sonuçlandırır[783].

C. ANA OTURUM MODELİ (MAIN HEARING MODEL)

Bu model, yukarıda da bahsedildiği gibi temel modeller arasında en yenisidir, ancak bir çok hukuk çevresinden takipçileri oluşmuştur. Almanya'nın ve son reform hareketinden sonra İspanya'nın ve hatta bir Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkesi olarak İngiltere'nin bile bir dereceye kadar bu modelin takipçisi olduğu söylenebilir[784]. Ülkemizde de 2008 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ile bu modelin takipçisi haline gelindiğini söylemek yerinde olacaktır.

Başlangıç safhasında talep sonucunun ve talep sonucunu destekleyen vakıların ayrıntılı şekilde ortaya konulduğu bir dava dilekçesi (*fact pleading*)[785] verilmesi esastır. İkinci safha hazırlık safhasıdır. Bu aşamada taraflar ve hâkim uygulanacak hukukun, davaya ilişkin maddî vakıların, dava temelinin ve ilgili delillerin ortaya konulmasına çalışırlar. Bu delillerin ibrazı ve teati edilmesi, mahkeme tarafından yaptırılacak bilirkişi incelemesi ve tanık ifadelerinin alınması suretiyle gerçekleştirilir. Üçüncü safhayı oluşturan ana oturum[786], hazırlık safhasında ortaya çıkan ve elde edilen sonuçların sunulması ile başlar. Delillerin değerlendirilmesi[787] ve hazırlık safhasında açıklığa kavuşturulamamış meselelerin aydınlatılmasına çalışılması ile devam eder. Tipik olarak hazırlık safhasını sevk ve idare eden hâkim; karar aşamasında da bulunur, hatta ana oturumu tek hâkim olarak idare eder[788].

---

[783] **Stürner/Kern**, s. 1005-1006.
[784] **Stürner/Kern**, s. 1006.
[785] İngiltere'deki uygulama için bkz. Medenî Usûl Kuralları (CPR) Kural 16.2(1) ve **Andrews**, s. 252 vd.; İspanya'daki uygulama için bkz. Medenî Usûl Kanunu (LEC) m. 399, 437; Almanya için bkz. Alman Medenî Usûl Kanunu (ZPO) §§253, 130 ve ayrıca **Murray/Stürner**, s. 194-195, dn. 5.
[786] Bkz. Alman Medenî Usûl Kanunu §§ 278, 279, 285 ve ayrıca **Murray/Stürner**, s. 249, dn. 5.
[787] Ayrıntılı olarak bkz. **Yıldırım**, Mehmet Kamil: Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
[788] **Stürner/Kern**, s. 1006-1007.

II. TEMEL MODELLERİN KISA GEÇMİŞİ

Duruşma modeli ele alındığında, bu modelde hâkimin ilk iki safhadaki, diğer bir deyişle başlangıç safhası ve ara safhadaki pasifliği ve duruşma aşamasındaki sınırlı rolü, bir taraftan taraf hâkimiyeti (*adversarial*) sistemi ile açıklanabilirken, diğer taraftan da duruşma modelinin yapısı jüri duruşmalarının bir sonucu olarak açıklanabilir[789].

İtalyan-Kanonik modelin yapısının ise skolastik rasyonaliteye bağlılıkla açıklanması mümkündür. Bu modelde, naip hâkim tarafından yapılan vakıa tespiti ile bünyesinde naip hâkimin bulunmadığı heyet tarafından verilen hüküm ayırımının, gözleri bağlı adalet tanrıçası *Justitia* düşüncesini somutlaştırdığı söylenmektedir. Hüküm veren hâkimlerin dosya içeriğini ve naip hâkimin raporunu bilmesinin yeterli sayılması ve delillerin incelenmesi aşamasında hüküm veren hâkimlerin doğrudan yeralmalarının gerekli görülmemesi, rasyonaliteye tam güveni ifade etmektedir. Bununla birlikte, uygulamada bu modeli takip eden ülkelerin çoğunda, gecikmeyi önlemek için kısa yargılama usûlleri kullanılmakta olduğu ve çoğunlukla nihaî hükümler yerine geçici koruma tedbirlerine karar verildiği görülmektedir[790].

Ana oturum modeline gelince, bu model bir çok hukuk geleneğinden taraftar toplamakta olan oldukça pragmatist bir yaklaşımın açıklamasıdır. Bu model, esasen ilk defa 1970'li yıllarda Almanya'da uygulanmaya başlamışsa da[791], yine de Alman modelinin eşi görülmemiş bir model olduğunu söylemek doğru olmaz. Uluslararası

[789] **Stürner/Kern**, s. 1007.
[790] **Stürner/Kern**, s. 1007.
[791] Bu modelin tanıtılması ve kabul edilmesi tanınmış usûl hukukçusu Fritz Baur sayesinde olmuştur. O dönemdeki sistemin gereksiz masraf ve gecikme yaratan bir dizi ara oturumdan kaynaklanan aksaklıklarının giderilmesi için, Fritz Baur davaların iyi ve yeterli şekilde hazırlık yapılmış tek bir ana oturumda çözümlenmesi gerektiğini öne sürmüştür. Frizt Baur'ın iyi ve yeterli hazırlık kavramı, o dönemde Stuttgart mahkemelerinde denenen ve başarılı olan yoğun dava yönetimi sürecini de kapsamaktadır. Bu bakımdan yeni Alman yaklaşımı "Stuttgart Modeli" olarak da anılmış, yoğun ilgi ve kabul görmüştür (**Stürner/Kern**, s. 1010 vd.).

tahkimde[792] tercih edilen yargılama modeli de buna benzerdir. Bu bakımdan, İngiltere ve İspanya'da medenî yargılama hukukuna ilişkin reformlar yapılırken, sözkonusu ülkelerin bu modele dönmüş olduklarına şaşmamak gerektiği ve fakat ana oturum modeline dönüşün dünyaca kabul edilen bir trende dönüşüp dönüşmeyeceğinin ise zaman içinde ortaya çıkacağı belirtilmektedir[793].

III. YARGILAMA HUKUKLARININ TEMEL BENZERLİKLERİ

Medenî yargılama hukukunun uluslararası yeknesaklığının gerçekleştirilmesi için, öncelikle yargılama hukukları arasındaki temel benzerlikler ve temel farklılıkların ortaya konulması gereklidir. Zorlukların temel farklılıklardan kaynaklanmakta olduğu açıktır. Bununla birlikte, esasında tüm modern yargılama sistemlerinin temel benzerliklerinin bulunduğu da gözardı edilmemelidir. Bu benzerlikler, bir yargılama sisteminin yapısında doğuştan varolan muhtelif gerekliliklere yanıt vermesi gereğinden ortaya çıkmaktadır. Bu gerekliliklerin tanınması ve kabul edilmesi, farklı hukuk sistemlerindeki fonksiyonel benzerliklerin tespit edilmesi işini kolaylaştıracağı gibi, aynı zamanda yargılama sistemlerinin birbirinden ayrılma yöntemlerinin de daha keskin bir perspektiften ele alınabilmesine yardımcı olacaktır[794].

Yargılama sistemleri arasındaki temel farklılıkların; yetkiyi düzenleyen normlar, tarafsız bir hâkime ilişkin özellikler, davalıya tebligat yapılmasına ilişkin usûller, davaların formüle edilmesine ilişkin kurallar, uygulanacak maddî hukukun ortaya konulması ve belirlenmesinin kimin işi olduğu, vakıların ispat yoluyla ortaya konulması, bilirkişi delili, müzakereye, hüküm verilmesine ve kanun yolu incelemesine ilişkin kurallar, kararların nihaî ve bağlayıcı olmasına ilişkin kurallar arasındaki farklar olarak özetlenebilmesi mümkündür. Bunlardan yetkiye, tebligata ve kararların tanınmasına

[792] Jürisiz yapılan ve birden çok ara oturumdan oluşmayan, ancak verimli ve etkin bir hazırlık aşaması olan ve oldukça etkin ve yönetici konumdaki hakemlerin yürüttüğü yargılama bu durumu ortaya koymaktadır (**Stürner/Kern**, s. 1011).
[793] **Stürner/Kern**, s. 1008 ila 1011.
[794] **Stürner/Kern**, s. 1011 vd.

ilişkin kurallar, bunların uluslararası uygulama ve resmî konvansiyonlar yoluyla maddî çözümlere yatkın olmaları sebebiyle ülkeler arasında zaten benzerlik gösterirler. Tarafsız bir hâkime ilişkin özellikler ise, tüm hukuk sistemlerinde bir hâkimin veya yargılama yetkisi olan kişinin tarafsız olmasının garanti edilmesine ilişkin kuralların düzenlenmesi ile ortaya çıkar. Benzer olarak, bir yargılama sisteminde nihailik prensibinin de yer alması gerekir. Buna göre, her ne kadar bazı hukuk sistemlerinin bir kararın tekrar ele alınmasına, diğer hukuk sistemlerinden daha liberal olarak izin vermekte olduğu görülmekte ise de, "kesin karar" kavramı genel olarak kabul görmektedir. Kararların karşılıklı tanınmasına ilişkin "sonuç" kavramı da evrensel olarak benimsenmektedir[795].

IV. YARGILAMA SİSTEMLERİ ARASINDAKİ FARKLILIKLAR

Yargılama sistemleri arasındaki farklar çalışmamızda, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ile Kıta Avrupası Hukuk Sistemi arasındaki farklılıklar olarak sistematize edilmeye çalışılacaktır. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi; İngiltere'den çıkmış ve Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Güney Afrika, Hindistan, Amerika Birleşik Devletleri, İsrail, Singapur ve Bermuda'yı içine almıştır. Kıta Avrupası sistemi ise Avrupa kıtasında ortaya çıkmış ve kaynaklarını Roma Hukuku (Justinianus Kanunu'nda yasalaşmış bulunan Roma İmparatorluğu Hukuku) ve Kilise Hukuku'nda (Roma Katolik Kilisesi Hukuku-Kanonik Kurallar[796]) bulmuştur. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi; Türkiye de dahil olmak üzere, Fransa, Almanya, İtalya, İspanya ve diğer Avrupa ülkelerini içine alır ve gerek intisap gerekse de göç yoluyla Latin Amerika, Afrika, Asya'da da benimsenmiştir. Bu sistem, Brezilya, Arjantin, Meksika, Mısır, Rusya, Japonya ve Çin'i de içine almıştır[797].

---

[795] ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, s. 4 vd.
[796] Bu kavram başlıca Roma Katolik Kilisesi, Doğu Ortodoks Kilisesi ve Anglikan Kilisesi tarafından olmak üzere, ekümenik konsuller tarafından kabul edilen kilise kanun ve kurallarından (kanonlardan) bahsederken kullanılmaktadır (www.wikipedia.org/wiki/Canonic).
[797] ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, s. 5.

Çalışmamızda evvelce de ele alındığı üzere, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ile Kıta Avrupası Hukuk Sistemi medenî yargılaması arasında önemli farklılıklar kısaca aşağıdaki şekilde özetlenebilir[798]:

- Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde hâkim, delillerin toplanması ve kararı etkileyecek hukuk kavramlarının ortaya konulmasında birincil sorumluluğa sahiptir. Ancak Kıta Avrupası hukuk sistemleri arasında da, bu sorumluluğun hangi tarzda ve şartlarda kullanılacağına dair önemli farklar mevcuttur.
- Kıta Avrupası yargılamasında, dava dosyasına konulmak ve daha sonra incelenmek, değerlendirilmek ve karar verilme aşamasında kullanılmak üzere delil toplanması için yapılan, her biri bazen bir saatten az süren bir seri duruşma oturumu mevcuttur. Aksine, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Sistemi'nde başlangıç veya ön yargılama safhası olarak ifade edilebilecek duruşma öncesi hazırlık safhası ve daha sonra tüm delillerin ardarda ortaya konulduğu bir duruşma, hatta bazen birden fazla duruşma yeralır.
- Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde, ilk derece yargılaması genellikle ikinci derece mahkemesinin istinaf incelemesine tâbidir, bu inceleme hem hukuka uygunluk ve hem de vakıalar bakımından yapılır.
- Kıta Avrupası Sistem'inde hâkimler başlangıçtan itibaren hâkim olarak yetiştirildikleri halde, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde hâkimler Baroların yüksek seviyelerdeki avukatları arasından seçilir. Bu bakımdan Kıta Avrupası hâkimleri avukatlık tecrübesinden tamamen yoksundur[799].

Esasında, ne Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ne de Kıta Avrupası Hukuk Sistemi kendi içlerinde yekpare bir yapıya sahip olmadıkları için, bu iki sistem arasında teoride önemli görülen farklılıkların, uygulamada pek de

[798] ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, s. 6.
[799] ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, s. 6.

öneminin olmadığı ve hatta iki sistemin de belli ölçüde birbirinden etkilenerek bazı kurumları aldığı veya benzerlikler geliştirdiği bir gerçektir[800].

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne baktığımızda ise, bu sistem içinde Amerika Birleşik Devletleri'nin kendine özgü bir tarz geliştirdiği görülmektedir. Amerikan tarzı sistemi ele alacak olursak[801]; (1) Amerikan federal ve eyalet mahkemelerinde jüri duruşmasının yaygın olarak kullanılan bir hak olduğu, başka hiç bir ülkede rutin olarak jürinin kullanılmadığı, (2) Tarafların elinde bulunan belge ve bilgilerin açıklattırılmasına (*discovery*) ilişkin kuralların potansiyel olarak da olsa, ilgili olabilecek bilgilerin ve delillerin ortaya çıkarılmasına geniş bir imkân sağladığı, (3) Taraf hâkimiyetine dayanan (*adversarial*) Amerikan sisteminin genellikle avukatların talep ve iddiayı sunmalarına diğer Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne tâbi ülkelerde olduğundan daha fazla imkân sağladığı, (4) Amerikan sisteminde taraflardan her birinin kendi avukat ücretini ödediği ve kaybeden taraftan alamadığı bir masraf sistemine göre çalıştığı, (5) Amerikan hâkimlerinin seçilmelerinde politik bağlantıların önemli bir rol oynadığı Amerikan tarzının, hâkimlerin meslekî standartlara göre seçilmesi esasının uygulandığı diğer çoğu Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkelerinden farklı yönleri olduğu görülmektedir. Esasında, Amerika ile diğer Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi yargılamaları arasındaki farkların Amerikan yargılamasında jüri kullanılmasından kaynaklandığı, jüri olmaksızın yürütülen Amerikan yargılamasının diğer Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkelerindeki yargılama ile son derece benzer olduğu da ifade edilmektedir[802].

[800] **Parker**, s. 4.
[801] Bu hususta ayrıca bkz. yukarıda § 12, I, A.
[802] ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, s. 6-7; **Parker**, s. 4. Bu hususta bkz. yukarıda II, B, 1, a.

§20. KITA AVRUPASI İLE AMERİKAN MEDENÎ YARGI SİSTEMLERİNİN YAKINLAŞMASI

I. GENEL OLARAK

Politik, ekonomik ve kültürel değerler, esasında Batı dünyası içinde tüm ulus devletler ve siyasal ekonomiler tarafından paylaşılan ortak değerlerdir. Modern siyasal ekonomilerde, adlî yargı sistemleri benzer roller üstlendiği ölçüde bunların işlevlerinin incelenebilmesi ve verimli bir şekilde karşılaştırma yapılabilmesi mümkün olabilecektir. Toplum genel olarak daima bir gelişme içinde bulunduğu için, geçmişte birbirinden çok farklı olan kurumlar arasında uyum ve yakınlaşma belirtileri oluşması esasında şaşırtıcı değildir[803]. Bu bakımdan çalışmamızın aşağıdaki bölümünde, bu gelişmeler ışığında medenî yargının amaç ve rolünde, medenî yargı kurumlarındaki ve sistemler arasındaki uyum ve yakınlaşma belirtilerinden bahsedeceğiz.

II. UYUM VE YAKINLAŞMA

A. MEDENÎ YARGININ AMAÇ VE ROLÜNDE ve MEDENÎ YARGI KURUMLARINDA UYUM VE YAKINLAŞMA

1. Medenî Yargının Amaç ve Rolünde Uyum ve Yakınlaşma

Modern toplumda medenî yargının rolü ve amacı üzerinde genel bir görüş birliği daha da yaygınlaştıkça, amaç ve işlev bakımından medenî yargılama usûlleri ve kurumları, bu gittikçe büyüyen ortak görüşün ışığında evrimleşmeye devam edecektir. Kıta Avrupası hukuku ile Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) bakımınından ele alındığında, yargılamanın amacının farklı olduğu görüşü ifade edilmiştir. Kıta Avrupası hukukunda medenî yargılamanın amacının adaletin sağlanması ve subjektif hakların gerçekleştirilmesi olduğu ifade edilirken[804], Anglo-Amerikan (Common Law-

[803] **Murray/Stürner**, s. 632 vd.
[804] **Yıldırım**, Kamil: "Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usûlleri Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 467 vd.

Ortak Hukuk) hukukunda, hâkimler uyuşmazlıkta sunulan vakıalara göre hüküm tesis ettikleri için, korunacak objektif bir hukuk ve hatta subjektif bir hak da sözkonusu olmadığından, hak ancak hâkimin hükmü ile gerçek anlamda ortaya konulabildiği ve hakkın ortaya çıkarılması ile uyuşmazlık çözülebildiği için, "uyuşmazlığın çözülmesi teorisinin" ağırlıkta olduğu ifade edilmiştir[805]. Aksi görüş taraftarları ise, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde de gerçeği arama amacının bulunduğunu, ancak izlenen metodun farklı olduğunu belirtmektedirler[806]. Hukukumuzda, medenî yargılamada amaç konusunda uzun süren tartışmalar yapılmış ve genel olarak medenî yargılamanın amacının; hukukî barışı sağlamak ve/veya korumak, hukukî güvenliği ve kesinliği gerçekleştirmek, maddî gerçeğe ulaşmak ve tespit etmek, adaleti yerine getirmek, taraflar arasında mevcut hakları tespit etmek, hakları ve özel hukukça korunan menfaatleri gerçekleştirmek, taraflar arasındaki uyuşmazlığı ortadan kaldırmak, hukukun gelişimini sağlamak, ihkakı hakkın ikamesi olmak ve nihayet hukuk düzenini gerçekleştirmek olduğu ifade edilmiştir[807].

Farklı kurumların, benzer genel amaç ve işlevleri yerine getirmeye devam edeceği şüphesizdir. Hatta, belirli bir yaklaşımın bu amaç ve fonksiyonları daha etkin ve fakat daha az masraflı şekilde yerine getirmesi mümkün görülüyorsa, tüm sistemlerin muhtemelen bu yaklaşıma yönelecek olması da doğaldır. Gelenek, yerellik ve mevcut sistemlerdeki menfaatler engel teşkil etse de, eninde sonunda yargılama sistemlerinin beklenen fonksiyonları, en iyi şekilde ve en az masrafla gerçekleştiren bu yaklaşıma doğru evrimleşmesi kaçınılmazdır. Modern ulus devletler arasında etkileşim arttıkça, evrim sürecinin de ivmelenmesi beklenmektedir. Avrupa Birliği içinde, otuz yıl gibi göreceli olarak kısa sayılabilecek bir zaman diliminde, çok farklı yargılama sistemlerinin yeknesaklaştırılmasına doğru dikkat çekici bir ilerleme kaydedilmiştir. Son zamanlarda

---

[805] **Gaul**, Hans Friedhelm (çev. **Yıldırım**, Nevhis Deren): "Yargılamanın Amacı, Güncelliğini Koruyan Bir Konu", İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, (derleyen, Yıldırım, M. Kamil) 3. Baskı, İstanbul 2002.

[806] **Malleson**, s. 13; **Jolowicz**, s. 283.

[807] **Taşpınar**, Sema: "Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu", Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 763; **Üstündağ**, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 12 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 47 vd.; **Aşçıoğlu**, Çetin: "Özel (Medenî) Hukuk Yargılamasında Yargıç ve Avukatın Etkinliği", HFSA, 6. Kitap, İstanbul 2003, s. 96 vd.

gerçekleştirilen ve çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak ele almış bulunduğumuz İngiliz Adlî Yargı Reformu[808], Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde yapılanlarla[809] sıkı bir uyum içinde olup[810], tutucu Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi taraftarlarını şaşırtmaktadır. Yine çalışmamızın önceki bölümlerinde incelenmiş olan[811], geçtiğimiz yüzyılın yarısında, yargılama sistemleri birbirinden tamamen farklı olan, ancak Federal Medenî Usûl Kuralları'nın kabulünden sonra önemli ölçüde birbiri ile uyumlulaşan muhtelif Amerikan eyaletleri arasında medenî yargılama usûlleri ve kurumları bakımından benzer bir uyum ve yakınlaşma da görülmüştür. Amerika ve Avrupa'nın aynı kültürel mirasa ve aynı siyasî fikirlere sahip oldukları ve ekonomilerinin gittikçe birbirini sarmalamakta olduğu bir gerçektir. Modern Batı kültürü ulusal sınırları aşmaktadır. Bu nedenle, zaman içinde Amerikan ve Avrupa adlî yargı kurumları arasında önemli bir uyum ve yakınlaşma gerçekleşeceğine muhakkak gözüyle bakılmaktadır[812].

2. Medenî Yargı Kurumlarında Uyum ve Yakınlaşma

Toplumlar değişip geliştikçe, bu toplumlar içinde varolan çeşitli kurumlar da değişime uğramaktadır. Bu doğal olarak medenî yargı kurumları[813] için de geçerlidir. Politika ve devletler bakımından sabit olan tek şey, değişimdir. Devlet sosyal, ekonomik ve siyasî problemlerin üstesinden gelmek için çeşitli mekanizmalar denerken, temel değerlerin ve ortak menfaatlerin ortaya konulması ve korunmasında diğerlerinden daha başarılı olacak çarelerin ancak tecrübe ile bulunması mümkün olacaktır. Sosyal ve siyasi kurumların temel yapısı ve karışımı uyum ve yakınlaşma eğilimi gösterirken, bu karışım içinde medenî yargının rolü ve fonksiyonu ulus devletleri arasında daha benzer hale

---

[808] Ayrıntılı olarak bkz. yukarıda § 11, IV, A, B.
[809] Bkz. Alman Reformu için yukarıda § 2, Avusturya için § 3, İsviçre için § 4, Hollanda için § 6, İspanya için §7 ve Japonya için § 8.
[810] **Andrews**, Neil: "A New Civil Procedure Code for England: Party-Control 'Going, Going, Gone", 4 ZZPInt (1999), s. 3.
[811] Bkz. yukarıda § 12, IV.
[812] **Murray/Stürner**, s. 635.
[813] Örneğin, Demokratik Alman Cumhuriyeti 1990 yılında Federal Almanya ile birleştiğinde, ortadan kaldırılan sosyalist kavram ve kurumların yerini, Federal Alman medenî yargılamasının kavram ve kurumları almıştır (**Murray/Stürner**, s. 633).

gelmeye başlamıştır. Çalışmamızın yukarıdaki bölümlerinde de ele aldığımız gibi[814], yeknesaklaştırma sürecinin, üye devletlerin ortak sorunlara karşı farklı yaklaşımlarının rasyonelleştirilmesine ilişkin bilinçli çabaların gösterildiği Avrupa Birliği gibi kurumlarca ivmelendirilmesi mümkündür. Ancak, geniş bir açıdan ve uzun bir zaman aralığında ele alındığında, siyasi ve sosyal evrim, Avrupa ve Amerika'yı da içine alan batı dünyasını kuşatmştır. Batı toplumunun muhtelif siyasi kurumlarının, siyasi, kültürel ve ekonomik değerler bakımından giderek az çok kendi devletlerinin muhtelif organ ve kurumlarının benzer rol ve fonksiyonlarına bürüneceği söylenebilir. Yerel şartların, kültür, tarih, dil ve benzeri faktörlerin uyumlulaşmanın derecesini etkileyeceği ve tam bir homojenizasyonu engelleyeceği açıktır. Ancak, evrim prensiplerine göre, zaman içinde tüm devlet yapılarının, tüm sosyal grupların paylaştığı temel değerlerin en iyi şekilde gerçekleştirileceği ve korunacağı bir yapıya yöneleceği de bir gerçektir[815].

Esasında, son yüzyılda Batı Yarımküresinde temel devlet yapısında ve özgürlük, ekonomik canlılık ve özgür irade gibi belirli ortak değerlerin geliştirilmesine ilişkin olarak güç ve sorumlulukların dağılımında, kendi kendini yöneten uluslar arasında dikkat çekici bir uyum ve yakınlaşma oluşmuştur. Bugün Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri olarak anılan yerlerde bundan 500 yıl önce, despot monarşilerden yapılanması henüz tamamlanmamış demokrasilere, teokrasilere ve komünlere kadar her çeşit toplumsal organizasyon mevcut olmuştur. Bugün artık tüm Batı uluslarında, devlet güçlerinin yürütme, yasama ve yargı arasında bölünmesi ve kişilerin haklarını elde etmek için adlî yargıya başvurmaları gerektiği ve son zamanlarda mahkemelerin vatandaşlar ile devlet kurumları arasında gerekli ilişkilerin sağlanması ve korunmasında rol oynadıkları kabul edilmiştir. Adaletin geniş alanında, hukuk yargısının, ceza yargısından ayrılması gerektiği, vatandaşlarca erişilebilir olması gerektiği, adaletin tarafsız kişilerce dağıtılması gerektiği, adaletin rüşvete, siyasi etki veya kaba güce değil kanuna dayanması gerektiği konusunda bugün artık bir görüş birliği oluşmuştur[816].

[814] Bu hususta ayrıntılı olarak bkz. § 15, II.
[815] **Murray/Stürner**, s. 633 vd.
[816] **Murray/Stürner**, s. 634.

B. SİSTEMLER ARASINDAKİ UYUM VE YAKINLAŞMA BELİRTİLERİ

Amerikan ve Kıta Avrupası yargılama sistemlerinin şekil ve kurumlarında temel farklılıklar olduğu kabul edilmekle birlikte, bunlar arasında bazı yakınlaşma belirtileri oluştuğu gözlemlenmiştir. Amerika'da akademisyenler ve mahkemeler, mahkeme tarafından atanan bilirkişilerin (*court appointed experts*) avantajlarını tartışmaya ve tarafsız bilirkişilerden yararlanılması gerekliliğini öne sürmeye başlamışlardır. Avrupa'daki akademisyen ve reformcular ise, Amerikan hukukundaki topluluk davaları da dahil toplu yargılama üzerinde çalışmakta ve bu faaliyetlerin Avrupa adalet sistemlerine teşmil edilmesine çalışmaktadırlar. Birçok akademisyen, Amerikan ve Avrupa yargılama sistemlerinin farklarından çok, benzerlikleri üzerinde çalışmaya başlamışlardır. Medenî yargılamanın değerleri, rolü ve amacı üzerinde giderek büyüyen uluslararası görüş birliğinin, gitgide onu ortaya koyan sistemlerin işlevsel yakınlaşması sonucunu doğurduğuna ilişkin bugün artık önemli veriler mevcuttur. Bu bakımdan ele alındığında, Amerikan hâkiminin rolünde son zamanlarda meydana gelen değişikliklerin ve Avrupa'da vakıaların geliştirilmesi ve tarafların elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklattırılması (*disclosure*) usûlüne olan ilginin artık açıkça ortaya konulması gereklidir[817].

1. Amerika'da Hâkimin Değişen Rolü

Amerika'da bugün artık yargılamanın, tarafların ve vekillerinin hür iradesine bırakılamayacağı ve hâkimin hukuk davalarının şekillendirilmesinde daha etkin rol oynaması gerektiğine ilişkin yaygın bir görüş oluşmuştur[818]. Reformcular, aşırıya kaçan taraflı vekilliğin kontrol altına alınması ve davaya ilişkin meseleler üzerinde odaklanılabilmesi için, etkin ve yönetici hâkim (*managerial judge*)[819] ihtiyacını dile

[817] **Murray/Stürner**, s. 636.
[818] Ayrıntılı olarak bkz. § 10, II, B, 2.
[819] Hâkim artık taraflar ile yakın iletişim içerisinde davayı başından sonuna kadar yönetmekte, diğer bir deyişle yalnızca uyuşmazlığın esası olan maddî hukuk kuralları ile ilgilenmemektedir. Bu yönetimsel rolün Amerikan hukukundaki ön yargılama aşamasında yapılan tahkikat faaliyetinde duyulan ihtiyaçlardan ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Hâkimin bu etkin katılımı bir yandan yargılamayı hızlandırmakta, diğer yandan da tarafları sulh olmaya sevketmektedir (Bu hususta bkz. **Gündüz**, Okan: Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medenî Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Ankara 2009, s. 80).

getirmişlerdir[820]. Hâkimler gitgide geleneksel pasif hakemlik rollerinden sıyrılarak, davanın yürütülmesi konusunda daha fazla sorumluluk almaktadırlar. Bazı jürisiz hukuk davaları Avrupa'daki muadillerine benzemeye başlamıştır[821]. Aktif şekilde yargılamaya katılan etkin ve yönetici hâkimlik, jüri geleneği olmayan yeni kurulan mahkemelerde çoktan yerini almıştır. Hatta hâkimler, dava tutanaklarını inceleyerek, tanıkları sorgulayarak ve taraflarla doğrudan konuşarak, Avrupa'daki muadilleri ile benzer şekilde çalışmaktadırlar[822].

2. Avrupa'da Vakıa Tespitine *(Fact Discovery)* İlişkin Denemeler

Avrupa'da akademisyenler, tarafların elindeki bilgi ve belgelerin açıklanmasına ilişkin Amerikan usûllerinin (*discovery*), özellikle karmaşık ve zor davalarda, daha önce Avrupa usûllerinde olmadığı şekilde ilgili vakıaların açığa çıkarılmasına ve tespitine[823] yardımcı olacağını farketmişlerdir. Bununla birlikte Avrupa'lılar, bu Amerikan usûlünün fazla masrafından ve gayet iyi bilinen aşırılıklarından da çekinmektedirler. Esasında, İngiltere'de son reformlarla bu usûlün genişletilmek yerine sınırlandırıldığı da bir gerçektir[824]. Son yıllarda Alman medenî yargılama reformcuları da, medenî yargılamada

---

[820] 1990 Tarihli Adlî Yargı Reformu Kanununu *(Civil Justice Reform Act 1990)* ile özellikle Amerikan asliye mahkemelerinde (*District Court*) yönetici hâkim *(managerial judge)* modeline ilişkin düzenleme yapılmıştır (**Murray**, Peter L.: "Civil Justice Reform in America: The 1990 Civil Justice Reform Act And Its Consequences", 3 ZZPInt (1998), s. 319; **Marcus**, Richard L: "Malaise of the Litigation Superpower", (ed. **Zuckerman**, A.A.S.), Civil Justice in Crisis, s. 71 ve 110). Bu hususta ayrıca bkz. yukarıda § 12, IV.

[821] Bununla birlikte, Amerikan yargılama hukukunda etkin ve yönetici hâkimliğin üç şekilde sınırlandırılmış olduğundan da bahsedilmesi gerekir. Bunlardan ilki, uyuşmazlığa ilişkin vakıaların tespitinin jüri tarafından yapılması gerekliliğine ilişkin olarak hâkim ile jüri arasındaki Amerikan Anayasa'sından kaynaklanan geleneksel sorumluluk ayırımına dayanır. İkinci sınırlama, Amerikan medenî yargılamasının halihazır yapısının, dava hazırlığı ve vakıaların tespitinde hâkime ihtiyacı olan bilginin verilmesine izin vermemesi sonucunda ortaya çıkmaktadır. Son sınırlama ise Amerika'da her bir davaya çok fazla mesai harcamaya yetecek sayıda hâkim bulunmaması gerçeğinden kaynaklanmaktadır. (**Murray/Stürner**, s. 638 vd).

[822] **Murray/Stürner**, s. 636; **Parker** s. 5 vd.

[823] **Oğuz**, s. 296. Yazar, Amerikan hukukunun Kıta Avrupası hukukuna göre vakıa ile yakından ilişkili olduğunu, hiç bir vakıanın diğeri ile aynı olmadığını ve bu nedenle avukatların vakıaları birbiriyle kıyaslama ve elindeki vakıa için uygun içtihatları bulma zorunluluğu olduğunu ve bu durumda davada hukuki argümanların ağırlıklı olarak karşılaştırmalı vakıa analizlerinden oluştuğunu ve doğal olarak böyle bir sistemin hukukun gelişimini sağladığını belirtmiştir.

[824] **Murray/Stürner**, s. 639. Yazarlar bu sınırlamanın Woolf reformlarına ilişkin Adalete Erişim Geçici Raporu'nda (Access to Justice *Interim Report*) belirtildiği üzere delillerin açıklattırılması (*discovery*) müessesesindeki "sıkı bağlantı bulunması kuralı" nın güçlendirilmesi ve birçok davada delillerin açıklattırılmasının ve ikamesinin hâkimin muvafakatına tâbi tutulması suretiyle gerçekleştirildiğini belirtmişlerdir (**Murray/Stürner**, s. 639, dn. 210).

mahkemeler ve davanın tarafları bakımından vakıalara ilişkin bilgiye erişimin arttırılması yolunda tedbirli adımlar atmışlardır[825].

§ 21. MEDENÎ YARGILAMA SORUNLARINA VE REFORM ÇALIŞMALARINA GENEL BAKIŞ VE DEĞERLENDİRME

I. KITA AVRUPASI MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMLERİ VE ANGLO-AMERİKAN (COMMON LAW-ORTAK HUKUK) MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMLERİNE İLİŞKİN SORUNLARA VE ÇÖZÜM ARAYIŞLARINA GENEL BAKIŞ

A. GENEL OLARAK MEDENÎ YARGI SİSTEMLERİNDE SORUNLAR VE GELİŞMELER

Medenî yargı sistemlerinde karşılaşılan sorunlara, gelişmelere ve yapılan reformlara ilişkin olarak, 1999 yılında Avustralya, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere üç Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkesi ve Almanya, Hollanda, İtalya, Japonya, İsviçre, İspanya, Portekiz, Brezilya, Fransa ve Yunanistan olmak üzere on Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ülkesi esas alınarak yapılan araştırmanın sonuçları bir kitap halinde yayınlanmıştır[826].

Araştırma yapılan ülkelerin hepsinde adalet sisteminin işleyişinin düzeltilmesi için çalışmaların sürdürülmekte olduğu, ancak ülkelerin çoğunda reformların geçmişinin pek de iç açıcı olmadığı belirtilmiştir. Bu ülkelerde uzunca bir süredir bu yönde

---

[825] Bu hususta ayrıntılı olarak bkz. yukarıda § 2 IV. Bu adımların en önemlileri, Medenî Usûl Kanunun 142 ve 144. maddelerinde 2001 yılında yapılan değişikliklerdir. Mahkemeler artık taraflardan olduğu kadar dava ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerden de ellerinde bulunan ve hükme etkisi olacak meselelerle ilgisi olan belgeleri incelenmek üzere mahkemeye sunmalarını isteyebildiği gibi, taraflar da karşı tarafın veya üçüncü kişilerin elinde bulunduğundan haberdar oldukları ve dava bakımından değeri olan belgelerin sunulmasının istenmesini mahkemeden talep edebilmektedirler. Bu genişletmeye ilişkin olarak henüz yorumda bulunmanın erken olduğu söylenmesine rağmen, mahkemelerin ve benzer şekilde tarafların vakıa tespiti yetkisini, üçüncü kişilere ve yargılama sürecine yük getirmeksizin genişletmek bakımından yararlı bir işlevi olacağı ifade edilmektedir (**Murray/Stürner**, s. 639).

[826] Bkz. **Civil Justice in Crisis:** Comparative Perspectives of Civil Procedure (ed. **Zuckerman**, A.A.S), Oxford University Press, 1999.

girişimlerde bulunulmasına rağmen, sorunların çözümünün zor olduğu ortaya konulmuştur[827]. Bu araştırma sonucunda, bir yandan davaların masraflı olmasının ve uzun sürmesinin nedenleri arasında hukukçuların ekonomik menfaatlerinin bulunduğu[828] ve bunun aşılmasının zor olduğu, diğer yandan da hem Kıta Avrupası hem de Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkelerinde, dava sürecinin yargısal kontrolüne[829] giderek daha çok başvurulduğu ortaya çıkmıştır. Ortaya çıkan diğer bir sonuç ise, uyuşmazlıkların çözülmesi için ayrılan kaynakların, uyuşmazlık konusu menfaatle orantılı olması (oranlılık) ve kaynakların sistem çapında bütün uyuşmazlıklara adil bir şekilde dağıtılmasını (ölçülülük) öngören yeni bir medenî yargılama hukuku teorisidir. Adalete erişim, araştırma yapılan ülkelerin hepsinde üzerine en çok vurgu yapılan konudur. Adalet devletin temeli olduğuna göre, herkesin adalete erişiminin sağlanması ve kolaylaştırılması gerektiği fikrinden hareket edilmektedir. Adalete erişimin, hak arama özgürlüğü ve hukukî korunma talebi ile yakın bağlantısı mevcuttur. Temelini Anayasa'larda bulan temel ve soyut bir hak olan hak arama özgürlüğü, herhangi bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde hukukî korunma talebi ile somut bir hale gelir. Adalete erişim, hukukî korunma talebi ihtiyacının ortaya çıktığı andan itibaren kullanılabilen, farklı imkanları içeren, etkin ve sonuca götüren bir adalet mekanizmasını gerekli hale getirmektedir. Diğer bir deyişle adalete erişim, hukukî korunma talebinin gerçekten, etkili, en az maliyetle, basit ve kolay şekilde kullanılması anlamına gelir[830]. Ancak, genel olarak adalete erişim fikri ulaşılmaya çalışılan bir

[827] Ülkemiz bakımından da reform yapılmasının şart olduğu doktrinde her zaman ileri sürülmüştür. Bu konuda bkz. **Kuru**, Baki: "Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler", İBD 1984/4-6, s. 166; **Yılmaz**, Ejder: "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", ABD 1984/2, s. 472, **Yılmaz**, Ejder: "Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler", Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan 1996/1-2, Konya s. 65; **Pekcanıtez**, Hakan: "Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler", İzBD 1995, Y. 60, S. 2, s. 103 ve ayrıca bkz. Devlet Planlama Teşkilâtı Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Adalet Hizmetlerinde Etkinlik Özel İhtisas Komisyon Raporu, Ankara 2000, s. 13 vd.

[828] Bkz. **Elveriş**, İdil: "Avukatlığa İlişkin Mevcut Düzenlemeler ve Yarattığı Adalete Erişim Sorunları", Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 181 vd.; **Özkan,** Sungurtekin Meral: "Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Avukatların Rolü", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 146; **Kuru**, İBD, s. 173.

[829] **Gündüz**, s. 25 vd.

[830] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 44 vd.

idealden öteye gidememektedir. Zira, yargılama giderleri[831], kişilerin mahkemelere erişimini engellemektedir. Yoksul kişilerin mahkeme giderlerinin karşılanması, diğer bir deyişle adlî yardım[832] amacıyla kurulan kamu fonları ciddi sorunlarla karşılaşmakta veya yetersiz kalmaktadır. Buna ilişkin örneklere İngiltere'de, Avustralya'da ve Amerika Birleşik Devletlerinde sıkça rastlanmaktadır. Öte yandan, adlî yardım imkanının Kıta Avrupası ülkelerinin bir çoğunda daha da kötü olduğu bununla birlikte Almanya ve Hollanda'da iyi işleyen sistemler bulunduğu da ayrıca araştırmada ortaya konulmuştur. Araştırmada Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkelerinde yargılama giderlerinin çok yüksek olduğu ve genellikle uyuşmazlık konusu hak ve alacağın değerini aşabildiği ve hatta zaman zaman büyük farklarla fazla dahi olabildiği belirlenmiştir. Oysa, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ülkelerinde böyle bir durum mevcut değildir. Bu ülkelerde ise, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkelerinde genellikle rastlanmayan gecikmeden kaynaklanan sorunlar bulunmaktadır[833]. Öte yandan, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkeleri ile Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ülkeleri arasındaki yargılama usûlü kuralları arasında son derece sınırlı yapısal farklılıklar bulunduğu, sanıldığı gibi derin ayrılıklar bulunmadığı da belirlenmiştir. Diğer bir deyişle, her iki hukuk sistemi de medenî yargılama hukukunun temel ilkelerine dayanmaktadır. Ayrıca, bu kanunların temel yapılarının da esasında basit olduğu ve yargılama usûlü kurallarının karmaşık düzenlemeler içermediği de bir gerçektir. Araştırma yapılan ülkelerden alınan ulusal raporlarda, karmaşık kuralların veya yargılama usûllerinin nedenlerinin, genellikle taraflardan birinin davayı uzatmakta menfaati olmasından ve hukukçuların karmaşık ve uzun dava sürecindeki ekonomik menfaatlerinden kaynaklandığı belirtilmiştir[834].

---

[831] Doktrinde yargılama giderlerinin yüksek olmasının hak arama özgürlüğünü sınırladığı, hakkın kullanılmasını önlediği ve güçlüler ile güçsüzler arasında ekonomik bakımdan eşitsizlikler yarattığı ifade edilmektedir (**Yılmaz**, ABD, s. 224).

[832] Adlî yardım konusunda ayrıntılı olarak bkz. Türkiye'de Adlî Yardım, Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar (derleyen **Elveriş**, İdil), İstanbul 2005.

[833] Bu hususta bkz. **Özbek**, AÜHFD, s. 213 vd; **Özbek,** MİHDER, s. 907 vd.; **Zuckerman**, s. 4; Reforming Civil Justice Systems: Trends in Industrial Countries, The World Bank PremNotes, Oct. 2000, Number 46, s. 1.

[834] **Zuckerman**, s. 4; **Özbek**, AÜHFD, s. 215.

Araştırma konusu ülkelerin hepsinde hukukçuların ekonomik menfaatlerine karşı tehdit oluşturan reform hareketlerine direndikleri de belirlenmiştir. Bazı ülkelerde hukukçular tarafından reformlar engellenmiş, bazılarında ise, zarar verilmek suretiyle başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olunmuştur. Reformların başarılı olmasının hukukçuların işbirliğine bağlı olduğu ancak menfaatlerini tehdit ettiğinde ise, bu işbirliğinin sağlanamadığı ifade edilmiştir. Bu nedenle yasama organlarının çoğunun sözkonusu ekonomik menfaatlere zarar vermekten kaçınan yöntemleri içeren reform hareketlerini tercih ettikleri belirlenmiştir[835].

Araştırmada ayrıca bugün hukuk sistemlerinin hepsinde yaygın olarak dava süreci üzerinde tarafların tasarruf serbestisi kısıtlanarak, yargısal kontrolün arttırılması eğilimi görüldüğü ortaya çıkmıştır. Bu eğilimde dava süreci üzerinde ve yargılamanın devamında hâkimlere daha önce sahip olmadıkları yetkiler verilmektedir[836]. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nin uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri, bu eğilime öncülük etmiş ve eğilim İngiltere ve Avustralya'da da yaygınlaşmıştır. Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ülkelerinde de hâkimin dava süreci üzerindeki kontrolü ve tasarruf yetkisinde artış görülmektedir. Kıta Avrupası ülkelerindeki hâkim düşünce, zaten dava sürecinin işlevsel ve etkin yönetiminin mahkemece yönetilmesi ile sağlanabileceği yolundadır. Böylece, yeni bir teori, dava yönetimi teorisi[837] ortaya atılmıştır. Bu yeni teorinin en açık ve ayrıntılı düzenlemesi, İngiltere'de Yeni Usûl Kuralları *(Civil Procedure Rules 1999)*[838] ile yapılmıştır. Araştırma yapılan ülkelerin pek çoğunda bu yeni dava yönetimi *(court management)* eğilimi tespit edilmiştir[839].

Diğer yandan, hem Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde, hem de Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde oranlılık ve kaynakların adil

---

[835] **Özbek**, AÜHFD, s. 216.
[836] **Murray/Stürner**, s. 636; **Gündüz**, s. 80 ve 81 ve özellikle yukarıda § 20, II, B 1.
[837] Ayrıntılı olarak yukarıda bkz. § 11, IV, B, 1.
[838] Bkz. § 11, IV, C, 1.
[839] **Özbek**, AÜHFD, s. 217; World Bank PremNotes 46, s. 2; **Gündüz**, s. 25 vd.

dağılımı (ölçülülük) ilkelerinin giderek yaygınlaşmakta olduğu da belirlenmiştir. Araştırma yapılan ülkeler arasında, yargılama sistemin en düzenli şekilde Almanya ve Hollanda'da işlediği, dava yolunun süratli olduğu ve makûl düzeyde masraf gerektirdiği belirlenmiştir[840].

B. MEDENÎ YARGI SİSTEMLERİNDE REFORM HAREKETLERİ

Mahkemeler hukuk devletinin belkemiğini oluşturur. Ancak, hukukî sorunların çözülmesi hemen hemen dünyanın her yerinde vatandaşların erişimini engelleyecek ve medenî yargıya kamunun güvenini sarsacak kadar aşırı pahalı ve haddinden fazla sürüncemede bırakılmış haldedir. Sanayileşmiş ülkelerde medenî yargı reform çabalarının, adalete erişimin zor olması, masraf ve gecikmenin ve hukukçuların statikocu davranışları gibi ortak sorunlarla karşı karşıya olduğu görülmektedir. Tüm vatandaşların eşit şekilde mahkemelere erişmesi gerektiği kabul edilmesine rağmen, birçok ülkede erişim sadece bir özlem seviyesinde kalmıştır. Bazı ülkelerde yargılama masrafları, mahkemeleri, çoğu vatandaşın erişimi dışında bırakmaktadır. Yoksullara yardımn sağlanması için devlet tarafından desteklenen fonlar ciddi sorunlar yaşamakta veya çökmüş durumdadır. Adli yargının yönetilmesi bakımından krizin evrensel olmamakla birlikte yaygın olduğu gözlemlenmektedir. Hemen hemen tüm ülkelerin, adlî yargı sisteminin işleyişinde zorluklar yaşamakta oldukları bir gerçektir. Bu zorlukların, ister aşırı masraflar şeklinde isterse de aşırı gecikmeler şeklinde ortaya çıksın, ciddi sonuçları olduğu görülmüştür. Masraflar sınırlı imkânları olan vatandaşların adalete erişimini engellemekte; gecikme ise, adalete erişimi faydasız hale getirebilmektedir. Bu fenomenlerin her biri sosyal yapı bakımından çok çeşitli ve değişken sonuçlar meydana getirir. Yoksulların adalete ulaşamamaları, mahrumiyete ve sosyal yabancılaşmaya yol açmaktadır. Gecikme, hakların hukukî korunmasını etkisiz hale getirebilir, hakların değerini düşürebilir, ekonomik faaliyeti ters yönde etkiler, ekonomik bozulmaya yol açar. Adaletin her zaman masrafa ilişkin sonuçları ve gecikmeleri kaçınılmazdır. Ancak, masraf ve gecikmeler adalet sistemini bir bütün olarak tehdit edecek oranlara ulaştığında, hiç bir toplumun buna ilgisiz kalamayacağı da açıktır. Örneğin, İngiltere'de

[840] **Özbek**, AÜHFD, s. 218; **Zuckerman**, s. 3; World Bank PremNotes 46, s. 3

medenî yargılama içinde masraf ve gecikme uzun bir süredir tartışılan bir konudur. Yargılama masrafları yalnızca yüksek değil, aynı zamanda öngörülemez ve çoğunlukla orantısızdır. Esasında, taraflardan her birine düşen masrafın ihtilaf konusu meselenin değerini aşması bile mümkün olabilmektedir. Durumun aciliyeti, İngiliz hükümetinin masrafların azaltılması için halihazırda adlî yargının yönetilmesine ilişkin olarak gerçekleştirmeye çalıştığı reformlardan da anlaşılmaktadır. Diğer Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkelerinde de durum pek farklı değildir. Avustralya'da özellikle son kırk ya da elli yıldır yargılama hacminde ve karmaşıklığında büyük bir artış olmuştur. Halihazır sistemin bununla başa çıkması mümkün değildir. Sistemin çok fazla işgücüne dayanan, çok masraflı ve çok yavaş bir yapısı vardır. İngiltere'de olduğu gibi, adlî yardım bütçesi sürdürülemez hale gelmiştir. Bunun sonucu olarak, Avustralya adlî yardımın kullandırılmasını esaslı şekilde azaltmıştır. Amerika'da durum daha da karmaşıktır. Yargılamanın maliyeti yüksektir, ama bunun sosyal sonuçları biraz olsun dava kazanıldığında alınacak olan ücretlerle yumuşatılmıştır. Ancak bu sistem de kendi kendini ciddi problemlere sürüklemiştir[841].

Kıta Avrupası Hukuku Sistemi'nin egemen olduğu ülkelerde de, yargılamanın yönetilmesinin gündemde bulunan bir konu olduğu tespit edilmiştir. Örneğin, İtalya'da gecikme sorunu akut olduğu, sıradan davalar bakımından bile, davacıların ihtilafları konusunda nihaî bir karar elde etmek için neredeyse on yıl kadar bir süre beklemek zorunda kalabildikleri ifade edilmektedir. İtalyan medenî yargılaması, vatandaşların adalet aramasını faydasız hale getirmektedir. Kusurlu olan taraf, bu çok uzun sürecin ardına gizlenerek sorumluluktan kurtulabilmektedir[842]. İspanyol sistemi ise, en azından Reform'a kadar çağdışı karmaşıklıkla ve yerel kural ve özel usûllerle kuşatılmış, tüm bunlar ise kaynaklar üzerinde baskı oluşturmuş ve gecikmelere sebep olmuştur. Bütün bunlara rağmen, bazı Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ne dahil olan ülkelerde durumun Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne nispeten daha iyi

[841] **Zuckerman**, s. 12 vd.

[842] Bir İtalyan Senato Komite üyesi, medenî yargı sürecinin, bulanık ve yakışık almayan ritüllerin karmaşık kutlaması haline gelmiş olduğunu ve bu durumun adaleti geciktirdiğini ifade etmektedir (**Zuckerman**, s. 13 vd.).

olduğu gözlemlenmektedir. Japonya'da dava oranı, diğer gelişmiş ülkelere göre çok düşüktür. 1980'li yıllarda Japon sistemi amansız eleştirilere hedef olmuş, bunu bir dizi reform izlemiş ve reform hareketleri 1998 yılında yürürlüğe girmiş olan Usûl Kanunu ile sonuçlanmıştır. Almanya'da sistem göreceli olarak iyi işlemektedir. Bütün bu ülkeler arasında, Hollanda gerçekten pozitif bir manzara sergilemektedir. Genel olarak, Hollanda'da çok düşük bir dava oranı mevcut olup, komşularına oranla mahkemelerde rastlanan izdiham nadiren sözkonusudur. Bu durum, mahkeme sürecine nazaran daha iyi ve hızlı işleyen ve ihtilafın tarafları bakımından daha az masraflı alternatifler geliştirmek suretiyle çözüm bulunmuş olması gerçeğine dayanır[843].

Hukuk Sistemlerinin medenî yargılamanın yönetilmesinde ciddi sorunlar yaşamakta oldukları bir gerçektir. Bu sebeple, hemen hemen her ülkede, yargılamanın yönetilmesinin topluma sağlayacağı yararların arttırılması için çaba sarfedilmektedir. Çeşitli ülkelerde alınan tedbirler sadece sorunlar bakımından öneriler getirmeyip, aynı zamanda neden ve etkilerin farklı şekilde algılanmasına ve farklı önceliklere sahip olmasına da neden olmaktadır. Reformların, medenî yargılama kadar eski bir tarihçesi vardır. Usûl sistemleri sonuca ilişkin vasıtalardır. Ancak, her zaman amaçlarına bakılarak yargılanmışlardır. Hiç bir sistem mükemmel olmadığına göre, gelişme sağlanabilmesi için, her zaman buna ilişkin bir baskının olduğu açıktır. Ancak, reformların tarihçesi hiç de cesaret uyandırıcı değildir. Her sistem bir çok değişiklikten geçmiştir, hatta bazıları oldukça da temel değişikliklerdir. Ancak, reformların tam olarak hedeflerine ulaştıklarını söylemek pek de mümkün değildir. Medenî yargılama sürecini basitleştirmenin zor olduğu, en azından bunun çok uzun zaman alacağı açıktır. Yargılamanın süresini kısaltmanın da zor olduğu anlaşılmıştır, ancak tüm bunların ötesinde esasen dava masraflarını azaltmanın zor olduğu ispatlanmıştır. Yargılamanın maruz kaldığı sorunların tabiatı ne olursa olsun, bunları çözmenin zor olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, diğerlerinden daha iyi çalışan sistemler olduğu gerçeği ile

[843] **Zuckerman**, s. 13.

sistemlerde varolan sorunlara çözüm bulma istekliliği birleştiğinde, hala iyimser olabilmek için nedenler bulunduğu da bir gerçektir[844].

II. REFORM HAREKETLERİNİN ORTAYA KOYDUĞU SONUÇLAR

2003 yılında İtalya'nın Floransa kentinde yapılan "Karşılaştırmalı Bakış Açısından Medenî Usûl Reformları" konulu uluslararası Konferansın kapanış bildirisinde, bu Konferansa çeşitli ülkelerin önde gelen yargılama hukukçuları tarafından sunulmuş olan reform hareketlerine ilişkin ulusal raporlar çerçevesinde dünya çapındaki reform hareketlerinden çıkarılan sonuçlar ortaya konulmuştur. Karşılaştırmalı bir bakış açısından Alman, İspanyol, Japon, Hollanda, İngiliz, Amerikan, Avustralya ve İtalyan medenî yargılama reformlarını yansıtan bu raporların son derece çarpıcı sonuçlarını burada ele almaya çalışacağız[845].

A. YARGILAMA SİSTEMLERİNİN UYUM VE YAKINLAŞMASI

Raporlardan ortaya çıkan ilk husus, reform hareketlerinin, yargılama modellerinin sınıflandırılmasında kullanılmakta olan farkları azaltmış olduğudur. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne dahil ülkelerin yargılama sistemleri, genellikle taraf hâkimiyetinin egemen olduğu (*adversarial)* sistemler olarak nitelendirilirse de, çalışmamızın yukarıdaki bölümlerinde de incelenmiş olduğu gibi, yargılamanın yürütülmesi bakımından bugün artık hâkimin rolü ve yetkilerine daha da önem verir hale gelmişlerdir. Hâkimin rolü ve sorumluluğu, uyuşmazlığın özelliklerine ve delillerin toplanmasına bağlı olarak, izlenecek yargılama şeklinin kontrol edilmesine kadar varmıştır[846]. Taraf hâkimiyetine dayalı olmayan, yargılamanın hâkimin sevk ve idaresinde yürütüldüğü araştırmacı (*inquisitorial*) Kıta Avrupası sistemleri ise, sadece taraf insiyatifine ve taraf egemenliğine dayanan (*adversary*) usûllere bağlılıklarını açıkça ortaya koymakla kalmamış, zaman zaman, çapraz sorgulama (*cross-examination*),

---

[844] **Zuckerman**, s. 13 vd.
[845] **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo: "Concluding Remarks", (ed. Trocker, Nicolo/Varano, Vincenzo) The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective 2003, s. 244.
[846] **Murray/Stürner**, s. 636; **Gündüz**, s. 80 ve 81 ve özellikle yukarıda § 10, II, B, 1 ve § 20, II, B, 1.

tarafların elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklattırılması usûllerinin *(discovery)* giderek benimsenmesi[847] veya duruşma öncesi/duruşma ayırımına dayandırılan yargılamanın ikiye ayrılmasına yönelme gibi[848], Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nin tipik kurumlarını benimseyerek neredeyse karakterlerini yeniden şekillendirmişlerdir. Bütün bunların, kendi toplumlarının sorunlarının çözülmesi için başka yerlerde neler olduğunu ve neler yapıldığını gözlemleyen, ancak doğrudan oradan alma veya taklit etme yolunu seçmeyen kanun koyucuların müzakere ve çabaları sonucunda oluştuğu bir gerçektir. Bu bakımdan, bütün soyut ayırımlar gibi, sistemler arasındaki ayırımdan da kaçınılması gerektiği, zira bir analiz aracı olarak bunun gereksiz olduğu gibi, bunun medenî yargılama sistemlerinin boyutlarını kavramaya da uygun olmadığı ifade edilmektedir[849].

Yargılama modellerinin karşılaştırılmasından çıkarılan ikinci sonuç ise, adlî yargının sorunları tartışılıp, çözüm aranırken, "özel" ve "kamu" ya da "liberal" ve "otoriter" gibi kategori ve kavramlar oluşturmaktan kaçınılması gerektiğidir. Bu sınıflandırmaların sadece tarihi geçmişleri sözkonusu olup, karşılaşılan sorunları çözmede veya yaşanılan diğer tecrübeleri anlamada bir faydaları yoktur. Bu bakımdan örneğin, hâkimin rolünü güçlendiren İngiliz yargılama hukuku Reformu'nun[850], "özelden" "kamu yargılama modeline" yönelişi değil, ancak daha fazla işlerliği olan ve daha masrafsız bir yargılama modeline olan ihtiyacı yansıttığını ifade etmek doğru olur. Hâkimin yargılamanın yürütülmesindeki yeni rolü bakımından, İngiliz ve diğer Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) sistemi avukatlarının, "dava yönetimi" ve "yönetimsel" gibi[851] daha çok iş hayatına ilişkin ifadeleri kullandıkları görülmektedir. Diğer taraftan, geleneksel olarak karakterinde baskın şekilde sözlü yargılama özelliklerini barındıran Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkelerinin yazılı usûle doğru kaydıkları da tespit edilmiştir. Çalışmamızın önceki

[847] Bkz. yukarıda § 20, II, B, 2.
[848] Bkz. Bkz. yukarıda Almanya bakımından § 2, II, C ve Japonya bakımından § 8, III ve ayrıca ileride § 21, II, D.
[849] **Trocker/Varano**, s. 244.
[850] Bkz. yukarıda §11, IV.
[851] Bkz. **Gündüz**, s. 25 vd.

bölümlerinde ele alınmış olduğu gibi[852] ve Konferans'ta sunulan raporlardan da anlaşıldığı üzere, Japonya'da bugün artık sözlü yargılamanın üstün geldiği, İspanya'da ise 2000 tarihli Yeni Usûl Kanunu (LEC)[853] ile yazılı usûlden sözlü usûle başarılı bir geçiş yapıldığı görülmektedir. Genel bir gözlem olarak, Amerika'da yargılamanın sadece bir araç olduğu ve yargılama kurallarının toplumun ve tarafların ihtiyaçlarına cevap vermeye hazır olması gerektiği ve bu sebeple, adaletin sorunlarına faydacı bir yaklaşım gösterilerek, reformların somut tecrübeleri, çözülmeyi bekleyen sorunları ve ihtiyaçları ortaya koyabilecek nitelikteki deneysel araştırmalara dayanılarak hazırlanması gerektiği ifade edilmiştir[854].

B. REFORM HAREKETLERİNDE EĞİLİMLER VE İZLENEN POLİTİKA

Birçok reformda dikkat çekici olan nokta; makûl sürede, makûl masraflarla hakların etkin olarak korunması şeklindeki medenî yargılama hedefine, her davada uygulanması öngörülen aynı yargılama modeli ile ulaşılmasının mümkün olmadığıdır. Hedefe ancak esneklik ve her bir davanın özelliğine göre uygulanması mümkün olan yargılama modelleri ile ulaşılabilir. Çalışmanın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenmiş bulunan dava değeri ve karmaşıklığına göre küçük talepler usûlü (*small claims track*), seri yargılama usûlü (*fast track*) ve çok yönlü yargılama usûlü (*multi track*) olmak üzere üç farklı yargılama ve dava yönetimi usûlü öngören İngiliz reformu[855] buna en iyi örneği oluşturmaktadır. Hâkim ve taraflar, davanın başında biraraya gelerek davaya en uygun yargılama ve dava yönetimi usûlünü seçmektedirler. Alman sistemine bakıldığında, uyuşmazlıkların özelliklerine adapte edilebilen esnek bir yargılama modeli fikrînin 1977 reformundan[856] beri takip edildiği görülmektedir[857].

---

[852] Japon Medenî Usûl Kanunu'nda yapılan değişiklikler bakımından bkz. yukarıda §8, III, B.
[853] İspanya ile ilgili olarak bkz. yukarıda §7, IV, B, C.
[854] **Trocker/Varano**, s. 245 vd.
[855] Bkz. yukarıda §11, II, B, 4 ve özellikle IV, A, 1.
[856] Bkz. yukarıda §2, IV.
[857] **Trocker/Varano**, s. 248.

İngiltere ve Almanya'dakinin aksine, İtalya'da 1990 ila 1995 yılları arasında gerçekleşen reformlarda[858] her ihtilaf için gecikme ve masraflar bakımından felaket sayılabilecek aralıklarla önceden bir seri ara oturum belirlenmesi suretiyle belli bir katılık (örn. m. 180, 183, 184, 189) tercih edilmiştir. Esneklik yolunda tek küçük adım, davaların tek hâkim veya heyet arasında paylaştırılması aşamasında atılmıştır. Ancak burada da yargılama modeli sadece usûlün son safhasında farklılaşmaktadır ve bununla birlikte tek hâkim ile heyet arasındaki seçimin davanın şartlarına bağlı olmadığı görülmektedir[859].

C. HAKİM VE YARGILAMANIN RİTMİ

Esnek yargılama modellerinin en önemli özelliği, sürelerin, kanunda düzenlenmiş olsalar bile hâkim tarafından ayarlanabilmesidir[860]. Çalışmamızın yukarıdaki bölümlerinde ele almış olduğumuz İngiliz Reformu'nda[861], Yeni Usûl Kuralları'nın (CPR) kabulü ile geleneksel olarak adaletin esasına öncelik verme arzusunun hâkim olduğu İngiltere'de, artık somut adaletin sadece orantılı kaynaklar kullanılması suretiyle ve makûl bir sürede dağıtılmasına çalışan yeni bir "çok boyutlu" statejiye doğru kaydığı söylenebilir. Bunun yanında, İngiltere'de hâkimlerin dava yönetimi yetkilerini kullanmakta duraksamaları ve usûlî gerekliliklere uymayan taraflara yaptırım uygulanmasında kültürel zorluklar da mevcuttur. İngiliz Reformu'nun önceki yaklaşımı ve yargılamanın ruhunu nasıl derinden etkilediği gözönüne alındığında bunun hayret verici olmadığı ifade edilmektedir[862]. Diğer yandan, dava yönetimi için gerekli olan takdir hakkının kullanılmasına ilişkin açık kurallar bulunmaması gibi teknik

---

[858] Bkz. yukarıda §6, IV.

[859] **Trocker/Varano**, s. 249. Yazarlar, İtalyan Usûl Kanununun 180, 183 ve 184. maddelerinde düzenlenen önceden katı bir şekilde belirlenmiş, süreci uzatan ve somut ihtilafın özelliklerine duyarlı olamayan bir dizi ara oturumun kaldırılmasını öngören Vaccarella Komitesi reform teklifinin onaylanması gerektiği, öte yandan usûlün başlangıç safhasının idaresini tarafların, diğer bir deyişle vekillerinin ihtiyarına bırakan aynı Komite tarafından hazırlanmış olan bir başka teklife ise şüpheyle yaklaşılması gerektiği ifade etmişlerdir.

[860] Örneğin, Alman Usûl Kanununda (ZPO) duruşmanın *(Hauptverhandlung)* "mümkün olduğunca çabuk" yapılması (m. 272, f.3) veya taraflardan herbirinin iddia ve savunmalarını zamanında vermeleri ve duruşmadan önce karşı tarafı iddia ve savunmalar ile ilgili mümkün olan en hızlı şekilde haberdar etmeleri düzenlenmiştir. (**Trocker/Varano**, s. 250).

[861] Bkz. ayrıntılı olarak § 11, IV, A ve C, 1.

[862] **Zuckerman**, s. 145 vd.

zorluklar da bulunmaktadır. Başka bir zorluğun ise, 1998 tarihli İnsan Hakları Yasası ile İngiliz Hukukunun bir parçası haline gelmiş olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin katı ve şekilci yorumu olduğu söylenmiştir. Bazı İngiliz mahkemeleri, tarafların usûlî gerekliliklere uymamalarının, örneğin, engelleyici davranışlar ve usûlî hakların kullanılmasının ağırdan alınması, sürüncemede bırakılması gibi, yaptırımlara tâbi tutulmasının adil yargılanma hakkının ihlâli sonucunu getirebileceğini, usûlî adalet adına bunların mahkeme tarafından korunamayacağını düşünmeye başlamıştır. Ayrıca takdir hakkının kullanılması ve dava yönetimi yetkilerine karşı temyizdeki artışlardan kaynaklanan sorunlar da üzerinde durulan diğer bir husustur. Bunlar hâkimle taraflar arasındaki düellonun kaçınılmaz sebepleridir ve fakat makûl sürelerde ve makûl masraflarla gerçekleştirilemeyen yargılamaların çoğalmasına sebep olmaktadır. Bu sonuçların, takdir hakkının, yargılama sürecinin esnek şekilde yürütülmesine uygun bir araç olarak değil, ancak otoritenin zayıflaması olarak nitelendiren kişilerce ciddi olarak ele alınması gerektiği ifade edilmektedir[863].

D. İKİ AŞAMALI YARGILAMA EĞİLİMİ

Çalışmamızın yukarıdaki bölümlerinde ele alınmış bulunan Japon medenî yargılama reformunun[864], hem kanun hem de uygulama bakımından Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi medenî yargılama hukuklarında benimsenmiş olan ön yargılama safhasına benzer şekilde, yargılamada duruşma öncesi ve duruşma safhası gibi ikili bir ayırım[865] öngörmüş olduğu görülmektedir. İki aşamalı yargılama modeline doğru olan bu eğilimin, diğer bir deyişle yargılamanın dava hazırlığı safhası ve sonrasında delil toplama ve karar safhası olarak ayrılması, yargılamanın rasyonalizasyonu ihtiyacını karşılaması düşünülmüştür. Buradaki amaç, her biri sadece dilekçelerin verilmesi veya verilme tarihlerinin belirlenmesi ve delillerin toplanmasından ibaret olan bir dizi ara oturumlarla zamanın boşa harcanmasının

[863] **Zuckerman,** s. 159 vd.
[864] Bkz. yukarıda § 8, III,.
[865] Bkz. yukarıda § 19, I, A.

önlenmesidir. Zira, bu ara oturumlarla ara oturum kavramı yıprandığı gibi, hâkimin kanaatinin oluşmasında da bir yabancılaşma meydana gelmektedir[866].

Diğer yargılama sistemlerinin bu tarz bir ikili yargılama modeli edinmiş olmaları da şaşırtıcı değildir. Bir seri reformu müteakiben, Alman yargılama sisteminin yapısal olarak, delillerin doğrudan toplanmasının ve sözlülüğün yaygınlaştırılmasının temin edilmesi için duruşma faaliyetlerinin tek bir olayda yoğunlaştırılması suretiyle, Anglo-Amerikan iki aşamalı duruşma öncesi/duruşma safhasına benzerlik göstermiş olduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır[867]. İspanya'da ise, 2000 yılı başından beri yürürlükte olan yeni yargılama kanunu ile iki aşamalı modelin kabul edildiği ve bu modelin sözlülük ve doğrudanlık ilkelerine dayandırıldığı belirtilmektedir[868]. Ancak buradan İspanyol kanun koyucusunun Kıta Avrupası sistemini terk ettiği anlamını çıkarmak doğru olmaz, sadece İspanyol medenî yargılamasının ana oturum modeline yönelmek suretiyle, diğer yargılama sistemleri ile ortak yanlarının azaldığı sonucuna varılması mümkündür.

E. HAZIRLIK AŞAMASI VE HAKİMİN AKTİF ROLÜ

Tarafların usûlî garantileri gözardı etmeksizin yeterli bir etkinlik seviyesi hedefleyen yargılamanın hazırlık safhası aşırı hassas bir safhadır. Hazırlık safhasına ilişkin olarak Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) hukuk kültürlerinde, özellikle tarafların ve hâkimin rolü ve onlara tanınan yetkiler bakımından çok hararetli tartışmalar yapılagelmiştir. Tarafların elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklattırılması (*discovery*) kavramı ve hâkimin aydınlatma yükümlülüğü, hazırlık safhasına ilişkin olarak farklı yaklaşımların göstergesi olmuş ve nihayet esasında Kıta Avrupası ile Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) yargılama modelleri ve felsefeleri arasında temel karşıtlığı oluşturmuştur. Çalışmanın önceki bölümlerinde de ele alındığı üzere, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) yargılama modeli ön-

[866] **Tanuguchi**, s. 101 vd. ve ayrıca yukarıda § 8, III, A.
[867] **Walter**, s. 72 vd.; **Murray/Stürner**, s. 223 ve özellikle yukarıda § 2, II, C ve § 12, II, D. Ayrıca karşılaştırınız § 19, I, C.
[868] **Gimenez**, s. 42 vd. ve ayrıca bkz. yukarıda § 7, I, B ve IV, A, 1.

yargılama aşaması (*pre-trial stage)*, özellikle Amerikan modelinde olduğu şekliyle, tamamen taraf kontrolünde olup, hâkimin pasif bir katılımı ve rolü sözkonusudur. Kıta Avrupası medenî yargılaması hazırlık safhası ise, Alman ve Avusturya modellerinde olduğu gibi, yargılamayı yapılandırma ve uyuşmazlık konusu meseleleri aydınlatma yükümlülüğü bulunan hâkim tarafından yönetilir. Yargılama hukukumuza, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ile yapısal olarak esasen Amerikan modelinde mevcut olmakla birlikte, şu anda Japon, Alman ve İspanyol Reformları ile de Amerikan yapısına benzer şekilde kabul edilmiş olan ön yargılama aşaması ile benzerlik arzeden bir aşama olarak, ön inceleme aşaması (Tasarı m. 142/I) şeklinde bir yenilik getirilmiştir. Dilekçelerin verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra, ancak tahkikata geçilmeden önce, hâkimin dava şartları ve ilk itirazları inceleyeceği, uyuşmazlık konularını tam olarak tespit edeceği, tahkikat için gerekli hazırlık işlemlerini yapacağı, tarafların sunmadıkları, eksik bıraktıkları delilleri sunmaları sağlayarak, gereken işlemlerin yapıldığı ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunacakları davalarda hâkimin onların sulh olmaya teşvik edeceği bir aşama olarak ön inceleme aşaması kabul edilmiştir[869].

Evvelce de çalışmamızın çeşitli kısımlarında ele almış olduğumuz gibi, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılama modelinin son zamanlarda geçirdiği evrim ve bunun sonucunda ön-yargılama aşaması kavramından ve özellikle yargılama öncesinde aşırıya kaçan araştırma ve tahkikat müessesinden (*discovery*) uzaklaşılması, yargılamanın hazırlık safhasının yapısını, hâkimi önemli kontrol ve insiyatif yetkileri ile donatarak esaslı şekilde değiştirmiştir[870]. Bu bakımdan, burada sadece Kıta Avrupası'nda değil, hemen hemen her yerde, taraf hâkimiyetinin aşırılıklarının, uyuşmazlık konusu meselelerin zamanında aydınlatılması suretiyle, etkin bir şekilde ve hızlıca yargılamanın kalbine ulaşma amacı taşıyan hazırlık aşamasında

[869] **Özekes**, HPD, s. 107.
[870] Bkz. özellikle yukarıda § 10, II, 2.

hâkimin aktif bir rol oynaması ihtiyacını doğurmuş olduğunu söylemek yerinde olacaktır[871].

F. TARAFLARIN ELİNDE BULUNAN BELGE VE BİLGİLERİN AÇIKLATTIRILMASI VE DELİL KEŞFİ (DISCOVERY) USÛLLERİNİN YAYILMASI

Bugünkü Avrupa kanunlarının temelini oluşturan 19. yüzyıl Avrupa kanunları, taraflardan hiç birinin karşı tarafa araştırmasında yardım etmek zorunda olmadığı ve karar verilmesinde gerekli olacak delil unsurlarının ortaya çıkarılmasını sağlayacak vasıtaları temin etmek zorunda olmadıkları prensibine katı bir şekilde bağlıydılar. Son zamanlarda, yargılamanın uyuşmazlık konusu meselelerde mümkün olduğunca gerçeğe ulaşmayı hedeflediği gözönüne alınarak, tarafların tasarrufunda bulunmayan delillere erişimlerinin mümkün olabildiği tekniklere yer verilmesi gerektiği fikri yerleşmiştir. Esasen karşı tarafın elindeki bilgi ve belgelere ulaşmak doğrudan doğruya hukuki dinlenilme hakkı ile ilişkilidir. Zira hukuki dinlenilme hakkının, iddia etme, iddiaları ispatlama, diğer bir deyişle delil gösterme hakkını da içerdiği kabul edilmektedir. Davanın tarafının, davayı sonuçlandıracak tüm delillerin karşı tarafın elinde olması sebebiyle iddiasını ispatlayamaması ve hak kaybına uğraması mümkündür. Ayrıca, tarafın adil ve hukuka uygun yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi için bu delillere ulaşması da gereklidir. Diğer taraftan, şüphesiz kendisinden delil sunması talep edilen tarafın haklarının da korunması ve tarafların menfaatlerinin dengelenmesi şarttır[872]. Usûl ekonomisi açısından bakıldığında ise, yargılamanın ilk aşamalarında tarafların ellerindeki belgeleri paylaşmaları, davanın çabuk şekilde sonuçlanmasını sağlayacağı gibi, ileriki aşamalarda oluşacak masrafların en aza indirilmesini de mümkün kılacaktır. Bunun yanısıra, yargılama sırasında tarafların doğruyu söyleme ve dürüst davranma

---

[871] **Trocker/Varano**, s. 253. Ancak yazarlar, bu ortak eğilimin aksine, İtalya'da tartışılmakta olan tekliflerin hazırlık, delil toplanması ve karar aşamalarına ilişkin daha keskin ayırımlar getirmekte olduğunu ve hazırlık aşamasının yürütülmesinin sorumluluğunu hâkimin herhangi bir müdahalesi olmaksızın münhasıran taraflara ve vekillerine bıraktığını ifade etmektedirler.

[872] **Özekes**, Hukuki Dinlenilme, s. 125; , Süha: "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", Makalelerim I, Ankara 2005, s. 230; **Pekcanıtez**, Hakan: "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 777.

yükümlülüğüne ilişkin dürüstlük kuralı, delillerin getirilmesinde de geçerli olup, karşı tarafın elindeki belgelere delil olarak başvurulabilmesi hususu ile de yakından ilişkilidir[873]. Evvelce de belirttiğimiz gibi, Alman Usûl Kanunu'nda yapılan 2001 tarihli değişiklik *(Zivilprozessnovelle)*, hâkime tarafların veya üçüncü kişilerin ellerinde bulunan ve davaya ilişkin vakıaların belirlenmesinde yararlı olacak belgeleri açıklatma yetkisini düzenlemiştir. Alman Usûl Kanunu'nun 142. ve 144. maddelerinin yeniden düzenlenen ifadesi, reformun en anlamlı değişikliği olarak nitelendirilmiştir. Belgelerin ibrazına ilişkin olarak yapılan bu yeni düzenleme, Alman Usûl Kanunu geleneği bakımından neredeyse devrim sayılabilecek niteliktedir. Bu düzenlemenin Anglo-Amerikan duruşma öncesi bilgi ve belgelerin açıklattırılması usûlüne *(discovery)* benzerliğine de dikkat çekilmektedir[874]. İngiliz ve Amerikan hukuklarında karşı tarafın elindeki bilgi ve belgelere ulaşılması kurumu, adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi bakımından üzerinde önemle durulan bir konudur[875]. Hukukumuzda[876] karşı tarafın elindeki belgelere delil olarak başvurulabilmesi yönündeki eğilime ilişkin olarak, 2008 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın[877] karşı tarafın elindeki belgelere delil olarak başvurulabilmesi ile ilgili 225. ve 226. maddelerinden sözetmek gerekir. Tasarı'nın 225. maddesi, "Tarafların belgeleri ibraz zorunluluğu" başlığını taşımakta ve tarafların, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorunda oldukları düzenlenmiştir. Tasarı'nın 226. maddesi ise, tarafın belgeyi ibraz etmemesinin yaptırımını düzenlemiştir[878].

---

[873] **Göksu**, s. 257.
[874] **Trocker/Varano**, s. 255; **Göksu**, s. 269 vd. Bu hususta ayrıca ayrıntılı olarak bkz. yukarıda § 2, IV.
[875] **James/Hazard/Leubsdorf**, s. 287 vd.
[876] Halihazırda HUMK m. 326'da yeralan ve "senedatın ibrazı mecburiyeti" üst başlığını taşıyan düzenleme hukukumuzda karşı tarafın elindeki belgelere delil olarak ulaşabilme amacına yönelmiş düzenlemelerden en önemlisidir. Bunun yanısıra, TTK m.79 ila 81'de, HUMK'un senedatın ibrazı mecburiyeti hükümlerinden ayrı olarak ve fakat bunları tamamlayıcı mahiyette olmak üzere teslim ve ibraz mükellefiyeti düzenlenmiştir. Yine TTK m. 82'de düzenlenmiş bulunan ticarî defterlerin ispat kuvveti, sözkonusu defterlerin tacirin aleyhine kullanılmak istenilmesi halinde, karşı tarafın elindeki belgelere delil olarak dayanma haline bir örnek oluşturmaktadır (**Göksu**, s. 258-265).
[877] Tasarı'nın, TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metni esas alınmıştır.
[878] **Göksu**, s. 266 vd.

Hollanda Usûl Kanunu'nda da 2002 tarihli Usûl Hukuku Reformu Kanunu'nu müteakiben, karşı tarafın veya üçüncü şahsın işbirliği olmaksızın (m. 22) tarafların sunması mümkün olmayan delillerin elde edilmesinin teminine ilişkin olarak yeni bir teknik düzenlenmiştir. Ayrıca Reform'un, tarafların ve vekillerinin hâkimin kararında etkili olan hususlarda tam ve doğru veriler ortaya koymaları gerekliliğine ilişkin devrimci bir düzenleme yaptığı da ifade edilmektedir[879]. Yeni Usûl Kanunu ile düzenlenen İspanyol çözümü ise, taraflardan her birinin hâkime müracaat etmeksizin karşı taraftan elinde bulunan belgelerin açıklattırılması talebinde bulunabilmesine ilişkindir[880]. Bu Amerikan yaklaşımına uygun bir düzenlemedir.

Burada son Avrupa yargılama reformları ile tanıtılan tüm araçların, delillerin toplanması safhasının bir parçası olması açısından ortak bir karakteri olduğundan sözedilmelidir. Bunlar, yargılamanın ilerleyen safhalarında tartışma konusu olan belirli vakıaların tespitine yarayacak bilgilerin elde edilmesini hedeflemektedir. Japonya'da 1996 yılında kabul edilen ve taraflardan birinin karşı taraftan bilgi alabilmesine imkân sağlayan taraflar arası soruşturma olarak ifade edilen yeni bir kavram, 2003 yılı kanun değişikliğinde, henüz dava açılmadan bile karşı taraftan veya üçüncü şahıslardan bilgi ve delil elde edilebilmesine ilişkin bir düzenleme yapılmasına da sebep olmuştur[881]. İngiltere'de Yeni Usûl Kuralları ile kabul edilen dava öncesi delil inceleme protokolleri (*pre-action protocols*) (Yeni Usûl Kuralları 26.4, 31.16) bu bakımdan çok önem taşımaktadır. Zira, bu protokoller yargılamanın başlamasından evvel müstakbel taraflar arasında davaya ilişkin bilgilerin teati edilmesine ve bu çerçevede uzlaşma sağlanmasına olanak sağlamaktadır[882]. İtalya'da da Vaccarella Komitesi'nin teklifinde benzer bir düzenlemeye rastlanmaktadır; avukatlara, resmî makamların ellerinde bulunan belgelerin verilmesi için başvurulması, tanık dinlenmesi ve yazılı ifadelerin alınması ve resmî makamlardan beyan alınması gibi muhtemel yargılamaya ilişkin delil niteliğinde bilgi toplanmasına imkânı sağlanmıştır. Bu şekilde toplanan malzemeler yargılama

[879] Bkz. yukarıda § 5, IV, B ve C.
[880] **Trocker/Varano**, s. 255 vd. Bkz. ayrıca § 5, IV, B.
[881] Bkz. Yukarıda § 8, III, A.
[882] Bkz. yukarıda § 11, IV, A.

safahatında serbestçe kullanılabildiği gibi, hâkim tarafından da serbestçe takdir edilebilir. Ancak hâkim ön delil toplanmasına ilişkin bu faaliyetlerin yenilenmesine de karar verebilir. Açıkcası, bu düzenlemelerin ve eğilimlerin doğrudanlık ilkesini esaslı şekilde yıpratması tehlikesi mevcuttur[883].

Bu bakımdan, esasen tipik olarak Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) sistemi yargılama modellerinde yeralan bir kavram olan belge ve bilgilerin açıklattırılması, delil keşfi *(discovery)* teknikleri ele alınırken, Kıta Avrupası sistemlerinde bu kavramın yeralmadığı sonucuna varılması mümkün değildir. Bu sebeple, herhangi bir hukuk sisteminde, sistem bir bütün olarak gözönüne alınmadan sistemin bireysel unsurlarını karşılaştırmak doğru olmaz. Esasında hukuk sistemlerinin tümünde, özel hukukî ilişkiler kapsamında "bilgilendirme hakkı" tanıyan muhtelif önemli maddî hukuk hükümleri bulunmaktadır[884]. Maddî hukuka ilişkin bu haklar icra edilebilmekte ve yargılamanın başlatılması için kişilerden ve kurumlardan olaylara ilişkin bilgi edinilmesinde fayda sağlamaktadır. Genel olarak dilekçelerde vakıalara yer verildiğini, dava dilekçesinin dava konusunu, davanın temelini ve elde edilmek istenen sonucu açıkca olarak koyması gerektiği gözönünde tutulduğunda, esasında bunlara ilişkin hazırlıkların dava açmazdan önce davayı ortaya koyacak yeterli olguların varlığını doğrulamak durumunda olan avukatlar tarafından yapıldığı açıktır[885].

G. YARGILAMA REFORMLARI VE BAROLARIN ROLÜ

Raporlarda İngitere bakımından adlî yargının kalitesinde iki faktörün işlevi olduğu ifade edilmiştir. Bunlardan birincisi, yargılamanın tasarımı; ikincisi ise, yargılama kurallarının mahkemeler tarafından ne derecede uygulandığı ve taraflarca ne derecede gözetildiğidir. Bu ifadeden adalet mekanizmasının iyi işlemesinin

---

[883] **Trocker/Varano**, s. 257-258.

[884] Buna bir örnek olarak Alman Medenî Kanunu'nun 810. maddesi verilebilir. Bu madde sözleşme görüşmelerine ilişkin genel bir yükümlülük içermektedir. Buna göre hukukî menfaati olan herkes başkasının elinde bulunan bir belgeyi, belegenin kendi lehine düzenlenmiş olması veya taraf olduğu hukukî ilişkiyi belgelendirmesi veya kendisinin taraf olduğu hukukî işleme ilişkin görüşmelere ilişkin olması halinde inceleyebilir. Bu maddeye göre mektup, makbuz, sigorta poliçesi vs. ibraz edilmesi bir yükümlülüktür (**Trocker/Varano**, s. 258, dn. 38)

[885] **Trocker/Varano**, s. 258.

sağlanmasında ve reform ile getirilen kuralların başarısında baronun önemli bir rol üstlendiği şeklinde bir sonuç çıkarılmaktadır[886]. Japon hukuk sistemi bakımından da bu konunun önemi bulunduğu ifade edilmiştir. Son yirmi, otuz yıl içinde Japonya'da hukuk mesleğinin çok değiştiği, prestijli, kazançlı, teknik olarak iyi eğitilen ve sosyal fonksiyonunun bilincinde bir meslek haline geldiği belirtilmektedir. Bu değişim adlî yargının kalitesinin artmasına, eski önyargı ve güvensizliklerin ortadan kalkmasına ve hâkimlerle avukatlar arasında yapıcı ve olumlu bir havanın yaratılmasına katkıda bulunmuştur. Hatta, avukatların yeni imajı reformların yapılmasında gerekli olan ve geçmişte hukuk mesleğinin yetersiz yapısına bağlı olarak oluşamamış olan etik ve sosyal şartları geliştirmiştir[887].

Yukarıda örnekleri verilen hukuk düzenlerinde baroların, adlî yargı sisteminin sorunlarının ve ihtiyaçlarınının gerektiği şekilde ele alınabilmesi için gerekli bir faktör olarak, yargılama içinde önemli bir rol üstlendikleri açıktır. Elbette ki, kuralların ve kanunların reforme edilmesinin ilk adım olduğu, ancak bununla birlikte, reformcuların yargılama kurallarının sadece yeniden yazılmasından çok, adalet mekanizmasının bütünün işleyişini gözönünde bulundurmaları gerektiği ifade edilmektedir. Salt kanunların reforme edilmesinin, adlî yargının kalitesi üzerinde somut bir etki yaratmada yeterli olmayacağı açıktır[888].

H. KAYNAKLARIN RASYONALİZASYONU VE MODERNLEŞTİRİLMESİ

Raporlardan anlaşıldığı üzere, reform yapılan ülkeler bakımından adli kaynakların rasyonalizasyonuna büyük bir ihtiyaç bulunmakta olduğu açıktır. Son zamanlarda özellikle Kıta Avrupası Sistemi'ne dahil hukuk sistemlerinde bu ihtiyaç ilk derece yargılamasında tek hâkimli mahkemelerin giderek artması şeklinde giderilmeye çalışılmaktadır. Bu eğilim, Fransa ve İtalya gibi ülkelerde görülmektedir. Almanya'ya bakıldığında, asliye mahkemelerinde temyiz aşamasında bile heyet, dava zor ve karmaşık değilse, dosyayı karar için üyelerinden birine tevdi edebilmektedir.

[886] **Zuckerman**, s. 148 vd.
[887] **Trocker/Varano**, s. 261.
[888] **Trocker/Varano**, s. 262.

Rasyonalizasyon arayışı, hâkimin mümkün olduğunca çok, esas görevi olan karar verme misyonuna yoğunlaşması için serbest bırakılmasını da gerektirmektedir. Bu bakımdan, bazı ülkelerde hâkimi iş yükü ve yoğunluktan kurtarmak amacıyla normal usûllerin yanısıra getirilen gerek bir dizi basitleştirilmiş yargılama usûlleri gerekse itiraza uğramamış uyuşmazlıkların çözümünde hukukçu olmayan adliye memurlarının görevlendirilmesi gibi çözümler dikkat çekici ve olumludur. Japonya'daki mahkeme görevlileri ve Avusturya'daki alacak tahsilatı usûlünü *(Mahnverfahren)* uygulayan görevliler gibi[889].

İkinci husus olarak, yargılamanın yönetiminin, usûlî formalitelerin basitleştirilmesinde ve mahkemelerin iş yükünün azaltılmasında, teknolojinin yaygın olarak kullanımı ile modernleştirilmesi mümkündür. Örneğin Almanya'da, Alman Usûl Kanunu'nun reforme edilmiş 128a maddesinde, tarafların vekillerinin, tanıkların veya bilirkişilerin görüntü, resim ve ses göndermek suretiyle oturumda etkin olarak yeralabilecekleri video konferanslara olanak sağlanmıştır. Genel olarak, ifade edilmesi gerekirse, yargılama yönetimi için gerekli olan kaynakların fiziksel şartlarının, personel ve elektronik donanımının uygunluğunun temini, hâkimlerin sadece kendi işlerine konsantre olabilmeleri için şarttır. Aynı zamanda, mahkemelerin yönetimi sorunu da acilen ele alınmalıdır. Mahkemelere iş gözüyle bakılarak, dışarıdan getirilecek yöneticiler vasıtasıyla verimli hale getirilmeye çalışılmalıdır. Zira, mahkemelere başkan olarak atanan hâkimlerin iyi yöneticiler olmasının beklenmesi mümkün değildir[890].

I. TEMYİZ

Geleneksel olarak temyiz, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ile Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi arasındaki en önemli farkların yeraldığı alanlardan biridir. Esasen, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nde Yüksek Mahkeme'ye ancak kanunda düzenlenmiş hakların ihlâli halinde başvurulmaktadır. Üst mahkemelerin yapısı ve oluşumu, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi

[889] **Trocker/Varano**, s. 262 vd.
[890] **Trocker/Varano**, s. 263.

ülkelerinden farklıdır. Bu konuyu ortaya koyacak bir kaç örnek verilmesi gerekirse, çalışmanın önceki bölümlerinde de belirtmiş olduğumuz gibi İtalya'da Yüksek Mahkeme her biri beş hâkimden oluşan hukuk ve ceza heyetlerine ayrılmıştır. Yüksek Mahkeme'de toplam olarak 140 hâkim görev yapmaktadır. Farklı yapısının sonuçları arasında otoritenin daha yaygın olmasına rağmen, kararlarının emsal teşkil etmesi bakımından daha zayıf olduğu söylenebilir. Ayrıca iş yükü ve birikmiş dosya sayılarına bakıldığında da üst mahkeme işlevini yerine getiremediği, hukukun doğru uygulanması, yeknesak şekilde yorumlanması, günün ihtiyaçlarına uygun hale getirilmesi ve taraflar arasında adaletin sağlanması görevlerini yapamadığı açıktır[891]. Yakın zamana kadar Kıta Avrupası geleneği dahilindeki diğer üst mahkemelerin durumu da oldukça benzerdir, ancak bu durumun giderek değişmekte olduğu görülmektedir. Örneğin, Almanya'da 2001 yılında yapılan reformda, Usûl Kanunu'nun 543. maddesi değiştirilerek, Federal Mahkeme'nin görevlerinde değişiklik yapılmıştır. Almanya'da artık Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkelerinin üst mahkemelerinde geleneksel olarak yüzyıllardır uygulanan izin sistemi uygulanmaya başlamış ve Federal Mahkeme temyize izin verme yetkisi ile[892] donatılmıştır. Bu durumun mahkemenin işi üzerinde yoğunlaşmasına ve bütünleşmiş bir içtihat hukuku oluşturulmasına hizmet etmesi umud edilmiştir. İspanya'da 2000 yılında kabul edilen Kanun[893] ile Temyiz Mahkemesi'ne başvuru belli rakamlarla sınırlanmış, ya da temel hakların ihlali veya hukukî menfaatin bulunması şartları aranmaya başlamıştır. 2002 tarihli Avusturya reformunda[894] ise, iş ve sosyal güvenlik davalarında ancak önemli sayılabilecek usûlî ya da maddî hukuka ilişkin hukukî bir sorun bulunduğu takdirde başvurulması kuralı getirilmiş ve Yüksek Mahkeme'nin hukukun bütünleştirilmesi, yüksek mahkeme kararlarının içtihat değerinin arttırılması, hukuk güvenliği ve hukukun gelişmesi fonksiyonlarına vurgu yapılmıştır[895]. Ülkemiz bakımından ele alındığında ise, adlî yargıda artan iş yükü ve iki dereceli yargılama sisteminde temyiz yolu ile sağlanmak istenen kontrol fonksiyonunun gerektiği

[891] Bkz. yukarıda § II, E ve IV, B.
[892] Bkz. yukarıda §2, IV.
[893] Bkz. yukarıda §7, IV, G.
[894] Bkz. yukarıda § 3, IV, C.
[895] **Trocker/Varano**, s. 264.

gibi yerine getirilemeyişi, Yargıtay'ın çoğalan iş yükü, bunun yargılamaya etkileri ve beklenen ölçüde gerekçeli ve tatmin edici kararlar vermekte zorlanışının sonucu olarak, istinaf bir zorunluluk haline gelmiş ve bu amaçla 5236 Sayılı Kanun ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuza 426/A ila 426/U maddeleri arasında istinafla ilgili hükümler eklenmiştir[896].

İ. YARGILAMA REFORMLARI VE ULUSLARÖTESİ VE ULUSLARÜSTÜ YARGILAMA

Öncelikle burada ülkemizi de doğrudan ilgilendiren ve çalışmamızın önceki bölümlerinde incelenmiş olan Avrupa Birliği içinde reforma katkıda bulunan yeknesaklaştırma sürecine bir kez daha vurguda bulunulması yerinde olacaktır[897].

Ancak burada esasen Avrupa Birliği'nde hakların hukukî korumasının etkinleştirilmesine ilişkin olarak Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın[898] içtihat hukuku ile sağlanan katkıdan bahsedeceğiz. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, giderek daha fazla oranda ilkeler yaratmakta, münferit mevzuat boşluklarını doldurmakta ve bunları yeknesak bir yorum altında biraraya getirmektedir. Esasen, genel hukuk ilkelerine atıf yapmak ve yenilerini yaratmak suretiyle Avrupa Birliği hukukunun gelişimine katkıda bulunmaktadır[899].

Ulusal hukuklar üzerinde Avrupa Birliği hukukunun etkileri ele alınırken, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından yapılan müdahale örnekleri ele alınmakta ve Divan'ın, hukuk devleti ilkesinin uygulanmasının temin edilmesi ve böylece yargılama hukukunu Avrupa hukukunun etki alanına çekmesi için, Antlaşma'nın yorumcusu olarak rolünü yerine getirmesi gerektiği ancak ulusal yargılama hukuku sistemlerinin Topluluk

---

[896] **Akkaya**, s. 39 vd. ve s. 42; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 599 vd.
[897] Bkz. yukarıda § 15, II.
[898] Kısaca ATAD olarak anılmaktadır. ATAD, AB Mevzuatının tüm üye devletlerde birlik içinde uygulanması bakımından işlevi olan uluslarüstü bir mahkemedir. Üye devletlerin ulusal mahkemelerinin kararlarını gözden geçirip, denetleyen bir üst mahkeme değildir (Bkz. **Özkan** Sungurtekin, Meral: Avrupa Birliği/Avrupa Topluluğu Usûl Hukukuna Giriş, Ankara 2009, s. 60).
[899] **Basedow**, Jürgen (çev. **Oğuz**, Arzu): "Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu", AÜHFD 2003, C. 52, S. 3, s. 13.

hukukunun icrasını garanti etmek gibi çok önemli bir işlevi de olduğu ve belli bazı prensiplerin (örneğin *res judicata*) zaman zaman Avrupa Birliği hukukunun etkisi üzerine ilerine sürülen argümanlara galip geldiği belirtilmektedir[900].

Diğer taraftan, Avrupa ülkeleri ve Avrupa dışında bulunan ülkelerde uluslarötesi yargılamaya ilişkin olarak yapılan yargılama reformlarının etkilerinin de gözönüne alınması şarttır. Sözkonusu yargılamaların temel özelliği ve aynı zamanda da giderek artan en büyük problemi, yargılama hukukunun yerelliği sebebiyle, yargılamanın belki de birbiri ile çelişen çok çeşitli kanunlara tâbi olmasıdır. Son yıllarda artan sayıda uluslararası konvansiyonun, egemenlik ve yargılama hukukunun yerelliği ilkesini yeniden değerlendirdiği ve hukuk, ceza ve idarî meselelerde uluslararası işbirliğini geliştirdiği de bir gerçektir. Hukuk sistemleri arasındaki yakınlaşma eğilimlerinin uluslarötesi yargılama üzerinde de olumlu etkisi olacağı şüphesizdir. Yargılama hukukları arasındaki farklılıklardan kaynaklanan engellerin, gelenek, örf ve adetin üstesinden gelinmesine katkıda bulunacağı da açıktır. Bunun yanısıra, reform hareketlerinin ve bunların ilham kaynağını oluşturan kültür ikliminin, ALI/UNIDROIT gibi önemli ve iddialı, ancak gerçekleşmesi çok da kolay olmayan bir projenin[901] başarısında gerekli temel bir faktör olduğu da tartışmasızdır[902].

[900] **Trocker/Varano**, s. 265 vd.
[901] Bkz. yukarıda § 17.
[902] **Trocker/Varano**, s. 266 vd.

BEŞİNCİ BÖLÜM
TÜRKİYE BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

§22-TÜRK MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMİNE GENEL BAKIŞ

I. CUMHURİYET ÖNCESİ DÖNEM

Tanzimat döneminden önce Osmanlı İmparatorluğu'nda şer'î esaslara dayanan tek bir muhakeme usûlü cariydi ve İslam hukukunun yargılama hukuku ile ilgili sistemi aynen uygulanmaktaydı. Bu muhakeme usûlünde hukuk usûlü ile ceza muhakeme usûlü ayırımı mevcut değildi[903]. İslâm'da yargı, hilafete dahil dini görevlerle bağlantılı sayıldığı için yargı (kazâ) işine büyük önem verilmiştir[904]. İlk zamanlarda hilafet makamına geçenler yargı ve hüküm işini bizzat kendileri yerine getirdikleri halde, İslâm'ın genişlemesi ile birlikte davalara bakmak ve hüküm vermek üzere vekâlet yoluyla (*niyabet)* kadılar tayin etmiş ve göndermişlerdir[905]. İslâm hukukunda genel olarak muhakeme usûlü[906] kuralları tespit edilmiştir. Bu kurallar hâkimin yargılama esnasında uymaya mecbur olacağı prensipler halinde vazedilmiştir. Hâkimlerin uyguladıkları yargılama usûlünde nesafet ve adalet ölçüleriyle yargılama yapılması, tahkikatın normal ölçüler içerisinde yürütülmesi ve davaların özelliğine göre yargılama usûlü uygulanması esastır[907].

---

[903] **Hanağası,** Emel: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tarihsel Gelişimi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001, s. 3 vd.; bu hususta ayrıca bkz. **Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, 4. Bası, Ankara 2002, s. 332 ve 336 ve **Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usûlleri, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 11; **Yıldırım**, Deliller, s. 26.

[904] Hak ve adl üzere hüküm etmenin en kuvvetli bir farîze olduğu (*elkazâu bil hakkı min akval ferâizi*) belirtilmiştir (**Ansay**, s. 330 vd.)

[905] **Ansay**, s. 330.

[906] Hz. Peygamber'in uyguladığı yargılama usûlüne göre mahkemelerde davayı ispat etmek davacıya düşmektedir. Hâkimler davacının getireceği deliller ile bağlı kalarak hüküm vermek zorundadır. İslam yargılama hukukunda davalıya da savunma hakkı tanınmıştır (**Atar,** Fahreddin: İslâm Adliye Teşkilâtı, Ankara 1979, s. 183).

[907] **Atar,** s. 168 vd.

Tanzimat döneminde ise, kanunlaştırma hareketleri birbirini takip etmiş, yürürlükteki dinsel hukuk düzenini modernleştirmek suretiyle daha çok medenî hukuk alanında kanunlaştırmalar yapılmıştır. Zamanın en ileri ülkesi olarak kabul edilen ve dili de devlet adamlarınca bilinen Fransa'nın ticaret, ceza ve usûl kanunları tercüme edilerek, Osmanlı hukuk sisteminin parçası haline getirilmiş ve bu kanunları uygulamak üzere mahkemeler ve üst yargı organları oluşturulmuştur. Ancak yeni kanunları uygulamak üzere kurulan nizamiye ve ticaret mahkemelerinin yanısıra, Osmanlı'da varolan şer'iye mahkemeleri[908], cemaat mahkemeleri[909] ve konsolosluk mahkemelerinin[910] korunması yargı teşkilâtını daha da karmaşık bir hale getirmiştir. Resepsiyon yoluyla ülkeye giren kanunların mevcut hukukla uyumu sağlanamamış ve yargı sisteminde birlik gerçekleştirilemiş, bu sebeplerle hukuk alanında istenilen amaca ulaşılamamıştır[911].

Cumhuriyetin ilânına kadar olan dönemdeki medenî yargılama hukukunun durumu ele alınacak olursa, öncelikle medenî yargılama hukukundaki ikilikten sözetmek gerekir. Yeni kanunları uygulamak üzere kurulan nizamiye mahkemeleri yanında, zaten mevcut olan şeriat mahkemelerinin faaliyetine devam etmesi ve mahkemelerde uygulanan farklı yargılama hükümlerinden dolayı, medenî yargılama hukuku alanında ikilik ortaya çıkmıştır. Bu dönemdeki medenî yargılama hukukunun özelliklerine değinmek gerekirse; bir istinaf teşkilâtı mevcuttur ve toplu mahkeme sistemi geçerlidir. Maddî hukuk alanındaki bazı kanunlar medenî yargılama hukukuna ilişkin hükümler

---

[908] Şer'iye mahkemeleri, Osmanlı yargı örgütünün ceza ve özel hukuk işlerine bakmakla görevli tek kadıdan oluşan mahkemeleridir (**Akgündüz**, Ahmet: "Osmanlı Devletinde Adlî Teşkilât ve Yargılama Usûlleri", Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996, S. 10, s. 966). İslam adliye teşkilâtında mahkemeler tek dereceli olarak yargılama yetkisini kullanmışlardır. Mahkemelerde verilen kararlar kesin hüküm (kaziye-i muhkem) teşkil ettiğinden, ikinci derecede bir mahkeme tarafından, yani istinaf mahkemeleri tarafından tekrar görülmeleri mümkün değildir (**Atar,** s. 150)

[909] Cemaat mahkemeleri, kendilerine bağlı garımüslim grupların özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarını kendi dini hukuklarını uygulayarak çözen mahkemelerdir (**Hanağası,** s. 3).

[910] Konsolosluk mahkemeleri kapitülasyonlar gereği çalışan ve devlet topraklarında bulunan tüm yabancılar arasındaki hukuk ve ceza davalarını kendi kanunlarına ve dini adetlerine göre çözen mahkemelerdir (**Hanağası**, s. 3).

[911] **Hanağas**ı, s. 9; bu hususta ayrıntılı olarak bkz. **Üçok**, Coşkun**/Mumcu**, Ahmet**/Bozkurt**, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2008, s. 358 vd. ve ayrıca bkz**. Cin**, Halil**/Akyılmaz**, Gül: Türk Hukuk Tarihi, 3. Baskı, Konya 2009, s. 151 vd.

içermektedir. Gıyabî hüküm müessesesi mevcuttur ve gıyabi hükmü veren mahkemeye itiraz hakkı bulunmaktadır. Davada taraf olmayan ve davaya müdahale ya da ihbar yoluyla iştiraki de mümkün olmayan üçüncü kişinin hakkına etkili bir hüküm verilmişse, hükme itiraz etme hakkı düzenlenmiştir[912].

II. CUMHURİYET DÖNEMİNE GEÇİŞ SÜRECİ

Lozan Konferası'nda kapitülasyonların ve Türkiye'de yaşayan gayrımüslim azınlıklara tanınmış imtiyazların sürdürülmesi fikri büyük devletlerce ileri sürülmüştür. Türk temsilciler ise kimseye ayrıcalık tanınmayacağını, bilakis Türkiye'de yaşayan herkese laik bir hukuk sisteminin uygulanacağını ortaya koymuşlardır. Uzun çabalardan sonra, kanunların, adalet teşkilâtının ve cezaevlerinin çağdaş koşullara uydurulması için hukuk reformu komisyonları kurulması ve bu komisyonlarda Türk hükümetinin beş yıldan az olmamak üzere I. Dünya Savaşı'na katılmamış ülke hukukçuları arasından Adalet Bakanı'na bağlı olmak ve Türk memurları statüsünde olmak üzere danışmanlık hizmeti almasına karar verilmiştir. Ancak hukuk reformu komisyonları başarılı olamamıştır. Bundan sonra, 19 Mayıs 1924 tarihinde kurulan yeni komisyonların da başarı gösterememesi üzerine, hukukta reform değil, devrim yapılması ve eski hukukun bırakılması gerekliliği kavranmış ve Batı ülkelerinden resepsiyon yoluyla hukuk sisteminin yenilenmesine karar verilmiştir. Öncelikle İsviçre Medenî Kanunu bazı değişikliklerle, ancak bir bütün halinde iktibas edilmiş ve Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu 4 Ekim 1926'da yürürlüğe girmiştir. Diğer temel kanunlar da Avrupa ülkelerinin kanunlarından iktibas yoluyla kabul edilmiştir[913]. Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu'nun İsviçre'den alınması üzerine, özel hukuk alanındaki bu yeni kanunları yürütecek yeni bir yargılama kanununa ihtiyaç duyulmuş ve bu kanunun da İsviçre'den alınması kararlaştırılmıştır. İsviçre'de 25 kantonda ayrı yargılama kanunu bulunduğu[914]

[912] **Hanağası**, s. 10; **Yıldırım**, s. 26.
[913] **Hanağası,** s. 12 vd.; **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s. 373 vd.; **Cin/Akyılmaz**, s. 472.
[914] Bu kanunların federal düzeyde birleştirilmesine ilişkin olarak bkz. yukarıda §4, IV, A.

için, Neuchatel kantonunun[915] 1925 tarihli Medenî Hukuk Yargılama Usûlü Kanunu seçilmiş ve bu kanuna yetki, şahadet ve senetlere ilişkin olarak Alman ve Fransız hukuk ve kanunlarından alınan hükümler katılmış ve birtakım ilaveler yapılarak kabul edilmiştir[916].

Görüldüğü gibi Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz, Neuchatel Kantonu Medenî Usûl Kanunu hükümleri ağırlıklı olmak üzere, bazı bölümlerinde Alman ve Fransız Kanunları hükümlerinin de yeraldığı bir kanun olarak kabul edilmiştir. Usûlî hükümler tek bir kanunda ve bir sistem altında toplanmış, çağdaş hükümler ve yeni prensipler getirilmiştir. Davanın seyrinde hâkimin yetkileri kuvvetlendirilmiş ve davaların hızlı, güvenli ve en az masrafla görülmesi için tedbirler alınmıştır. Ancak, özellikle zaman içinde meydana gelen değişikliklerle birlikte mehaz Neuchatel Kantonu Medenî Usûl Kanunu ile arasında ciddi anlamda farklılıklar bulunmaktadır[917].

III. BUGÜNKÜ MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMİMİZE GENEL BAKIŞ

A. GENEL OLARAK

Medenî Yargılama Hukukumuzdaki ilk derece yargılamasının temel aşamaları yazılı yargılama usûlü[918] esas alınarak aşağıda kısaca ele alınacaktır. Hukukumuzda ilk derece yargılaması kural olarak dört temel aşamadan oluşur. Bunlar; dilekçelerin

---

[915] Neuchatel kantonunun medenî yargılama kanununun seçilmesinin sebebi olarak, o zamanlar Lozan Antlaşması gereğince Türkiye'ye getirilmiş olan İsviçreli, Hollandalı, İsveçli ve İspanyol dört adlî danışmandan İstanbul Hukuk Fakültesinde medenî hukuk dersleri veren Neuchatel kantonu Hukuk Fakültesi Profesörü Sauser Hall'ın etkisi ve Neuchatel kantonunun o tarihte İsviçre'nin en yeni usûl kanununa sahip olması gösterilmiştir (**Ansay**, Hukuk Yargılama Usûlleri, s. 14).

[916] **Ansay**, Hukuk Yargılama Usûlleri, s. 13. Bu Kanun 4 Ekim 1927 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 18 Haziran 1927'de kabul edilmiştir. Ayrıca bkz. **Postacıoğlu**, s. 20 vd.

[917] Bu farklılıklar için bkz. **Hanağası,** s. 13 vd. Neuchatel Medenî Yargılama Usûlü Kanunu'na yapılan eleştiriler için bkz. **Ansay**, Hukuk Yargılama Usûlleri, s. 14 vd.

[918] Halen yürürlükte olan 1086 Sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzda (HUMK); yazılı, basit, sözlü ve seri yargılama usûlü şeklinde dört çeşit yargılama usûlü düzenlenmiştir. Kanunda, yazılı yargılama usûlü ayrıntılı olarak düzenlenmiş, diğer yargılama usûllerinde kural olarak farklı noktalar belirtilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda HUMK'da dört farklı şekilde düzenlenen yargılama usûlü ikiye indirilmiş ve asıl yargılama usûlü olarak yazılı yargılama usûlü; bunun dışındaki hallerde de basit yargılama usûlü kabul edilmiştir (**Özekes**, Muhammet: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Yargılama Usûlleri bakımından Getirilen Yeniliklere Genel Bir Bakış", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 783 vd.).

karşılıklı olarak verilmesi (teatisi), tahkikat, sözlü yargılama ve hükümdür. Ancak uygulamada bu aşamaların hepsinin neredeyse içiçe geçtiği, biri tamamlanmadan diğerine geçildiği, bu durumun ise gereksiz ve Kanuna uygun olmayan işlemler yapılması sonucunu doğurduğu ve yargılamada gecikmelere neden olduğu görülmektedir[919].

B. YARGILAMANIN TEMEL AŞAMALARI

1. Davanın Açılması ve Cevap

Dava bir dilekçe ile açılır. Dava dilekçesinde mahkemenin adı, tarafların ad, soyad ve adresleri, dava konusu (müddeabih), dava sebebi (vakıalar) dayanılan deliller, hukukî sebepler, cevap süresi talep sonucu ve imza yeralır. Hukuki sebepler ve cevap süresi dava dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurlardan değildir. Kanunda zorunlu unsurlardan birinin bulunmaması halinde bunun ancak davalı tarafından ilk itiraz olarak ileri sürülebileceği düzenlenmiştir (m. 187, b.7). Bunun üzerine mahkeme dilekçenin iptaline karar verir. Dava dilekçesinin bir nüshası davalıya tebliğ edilir. Bunun üzerine davalı, davayı kısmen ya da tamamen kabul edebilir (m. 92), davaya belli cevap süresi içinde cevap vermeyebilir, ki bu taktirde davayı inkar etmiş sayılır ya da dava dilekçesine belli bir süre içinde cevap layihası sunmak suretiyle cevap verebilir. Cevap dilekçesinde maddî hukuktan ya da yargılama hukukundan kaynaklanan savunmaların belirtilmesi gerekir. Cevap layihasının bir nüshası da davacıya tebliğ edilir. Davacının cevap layihasına karşı belli bir süre içinde cevaba cevap (replik) ve davalının cevaba cevaba cevap (düplik) dilekçesi vermesi mümkündür. Dilekçelerin verilmesi aşaması böylece tamamlanmış olur. Böylece davanın ilk aşamasını dilekçelerin teatisi (karşılıklı olarak verilmesi) aşaması oluşturur[920].

---

[919] **Pekcanıtez,/Atalay/Özekes,** s. 343 vd.

[920] **Postacıoğlu**, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 425 vd. **Üstündağ**, s. 495 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 293 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 305 vd.; **Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Yıldırım**, Deren Nevhis: Medenî Usûl Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 221 vd. ve s. 257 vd.

2. Tahkikat Aşaması ve Sözlü Yargılama

Dilekçelerin verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra davanın en uzun süren aşaması olan tahkikat aşamasına geçilir (m. 213 vd). İstisnaen gerçekleşmekle birlikte, mahkeme dilekçelerin verilmesi aşamasından sonra, dilekçeleri ve ekli olarak verilen delilleri inceleyerek, davanın yeterince aydınlandığı kanaatine vararak, davaya mevcut haliyle karar verebilir. Ancak dilekçelerin verilmesinden ve mahkemece incelenmesinden sonra davanın yeterince aydınlanmadığı anlaşılırsa, mahkeme tahkikat aşamasına geçer. Tahkikat, mahkemenin tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları ile, bunların ispatı için gösterilen delillerin toplanması ve incelenmesidir[921]. Hukukumuzda tahkikat duruşmalarda yürütülür. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi medenî yargılamasında olduğu gibi, yargılamanın tahkikat ve duruşma gibi iki safhada yürütülmesi sözkonusu değildir. Tahkikat aşamasında hâkim, tarafların dilekçelerinde ileri sürdükleri vakıaların doğru olup olmadıklarını araştırır. Bu arada getirtilmesi gerekli belge ve dosyaların getirtilmesi için gerekli yazışmalar yapılır. Tahkikat kural olarak delillerin toplandığı, delillerin incelenip tartışıldığı bir yargılama safhasıdır. Delillerin tartışılması için duruşmalar açılır. Keşif veya bilirkişi incelemesi için oturumlar yapılır. En sonunda tarafların tüm yargılamayı değerlendirmeleri için sözlü yargılamaya davet edilmeleri gerekir. Bütün bu safahatın ardından hükmün verilmesi kuraldır[922]. Ancak uygulamada henüz daha dilekçelerin verilmesi aşaması tamamlanmadan tahkikat için duruşma günü tebliğ edildiği, tahkikat duruşmaları devam ederken dilekçelerin daha yeni tebliğ edilmekte olduğu ve hatta dilekçelerin verilmeye devam ettiği, bu sebeple gereksiz şekilde bir çok duruşma yapıldığı, deliller toplanmadan tahkikata geçildiği ve duruşma yapılmaya başlandığı için duruşmaların bir çoğunun delil toplamakla geçtiği, tahkikatın tamamlanması ile sözlü yargılama safhasının cereyan etmeden hükmün verilmesi aşamasına geçildiği görülmektedir. Yargılama aşamasında izlenen bu yol hukukî düzenlemeye uygun olmadığı gibi,

---

[921] **Postacıoğlu**, s. 500 vd.; **Üstündağ**, s. 594 vd. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s.343 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 353 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, s. 282; **Ansay**, Hukuk Yargılama Usûlleri, s. 247 vd.

[922] **Postacıoğlu**, s. 709 vd.; **Üstündağ**, s. 787 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 343 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 472 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, s. 282; **Ansay,** Hukuk Yargılama Usûlleri, s. 248.

doktrinde de haklı olarak eleştirilmekte ve yargılamayı uzatmaktan, iş yükünü artırmaktan ve gereksiz işlem ve masraflar yapılmasına yol açmaktan öteye gitmemektedir[923].

3. Hükmün Verilmesi

Tahkikat aşamasının tamamlanması üzerine sözlü yargılamaya davet edilen tarafların iddia ve savunmaları dinlendikten sonra yargılamanın bittiği bildirilerek hükmün verilmesi ve hüküm sonucunun tefhim edilmesi[924] esastır (m. 381). Mahkeme kararının kanunen sonuç doğurması için tefhim edilmesi yeterli olmakla birlikte, yazılı yargılama usûlünde tebliğ edilmesi de gerekir. Hâkim hükmünü açıkladıktan sonra artık bu hükümle bağlıdır[925]. Hükümde her iki tarafın ileri sürdüğü iddia ve savunmaların özeti, uyuşmazlık konuları, bu konular hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması, ret ve üstün tutma sebepleri sabit görülen vakıalarda bunlardan çıkarılan sonuç ve hukukî sebep yeralır. Kararda hüküm sonucu ve varsa kanun yollarının da belirtilmesi gerekir. Karar yazıldıktan ve imzalandıktan sonra taraflara tebliğ olunur[926].

4. Kanun Yolları

Hükmün verilmesinden sonra, mahkeme kararlarının hatalı ve noksan olması sebebiyle veya karar doğru olmakla birlikte taraflar kararın bir üst mahkeme tarafından incelenmesi ve hukuka uygunluğunun denetlenmesini isteyebilirler. Hukukumuzda olağan kanun yolu olarak temyiz (m.427 vd.) ve karar düzeltme (m. 440 vd.), olağanüstü kanun yolu olarak ise, yargılamanın yenilenmesi[927] (m. 445 ve 446) düzenlenmiştir[928].

---

[923] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 339 vd.
[924] Ancak duruşmaya gelmeyen tarafa karar tebliğ edilir (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 499).
[925] Bu duruma kararın "olumsuz bağlayıcı etkisi" adı verilir (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 500)
[926] Postacıoğlu, s. 710 vd.; **Üstündağ**, s. 797 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 378 vd. ve 499; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 473; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, s. 435 vd.; **Ansay**, Hukuk Yargılama Usûlleri, s. 320.
[927] Ayrıntılı olarak bkz. **Arslan**, Ramazan: Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977.
[928] **Postacıoğlu**, s. 719 vd.; **Üstündağ**, s. 816 vd.; **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 545 ila 572; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 633 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, s. 445 vd.; **Ansay**, Hukuk Yargılama Usûlleri, s. 344 vd.

Halihazırda düzenlemesi yapılmış ve Kanun[929] yürürlüğe girmiş olmakla birlikte, bölge adliye mahkemeleri kurulup göreve başlamamış olduğundan, olağan kanun yolu olan istinaf (m. 426A vd.) henüz uygulanmaya başlamamıştır. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasıyla, temyiz ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı başvurulan bir kanun yolu olmaktan çıkarak, bu kararlara karşı ilk önce bölge adliye mahkemelerine başvurulacak, buradaki istinaf incelemesi üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulacaktır. Diğer bir deyişle temyiz artık bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı başvurulan bir kanun yolu olacaktır. Bölge adliye mahkemelerinin kuruluşu ile birlikte olağan kanun yolu olan karar düzeltme de kalkacaktır. Halihazırda uygulanmakta olan olağan kanun yolu temyizde, ilk derece mahkemesinin uyuşmazlık hakkında verdiği kararın hukuka ve kanuna uygunluk denetimi yapılır. Karar düzeltme ise, kendine özgü bir olağan kanun yoludur. Zira Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonunda verilmiş kararlarına karşı bir kanun yolu olmakla birlikte, karar düzeltme incelemesini daha önce temyiz incelemesini yapmış Yargıtay hukuk dairesi yapacağından, esasında bu kanun yolu bir üst mahkeme tarafından incelenme özelliğine sahip değildir. Bu kanun yolu tamamen hukukumuza özgü bir kurumdur. Kanunumuzda bulunmasının nedeni[930], ülkemizde istinaf mahkemelerinin kurulamamış olması ve bununla birlikte tek dereceli yargı sisteminde de kalınmak istenmemesidir[931].

---

[929] 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5235 Sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (RG. 7 Ekim 2004). Kanun, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş ve iki yıllık süre içerisindebölge adliye mahkemelerinin kurulması için gerekli hazırlıklar yapılmıştır. Adalet Bakanlığı'nın 5 Haziran 2007 gün ve 26543 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan kararı ile bölgelerin coğrafi durumu ve iş yoğunluklarına göre dokuz bölge adliye mahkemesi (İstanbul, Bursa, İzmir, Ankara, Konya, Samsun, Adana, Erzurum ve Diyarbakır) kurulmuş ve aynı tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararı ile kurulan bölge adliye mahkemelerinin yargı çevreleri belirlenmiştir. Ancak, Adalet Bakanlığı tarafından, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihi ilan edilmediği için, mahkemeler henüz fiilen göreve başlamamıştır (**Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 600).

[930] **Yılmaz**, İstinaf, s. 17. Yazar, 19. yüzyıldaki batılılaşma hareketlerinin sonucunda, Türk hukukuna istinafın "nizamiye mahkemeleri" ile girmiş olduğunu belirtmiştir. Bu mahkemelere ilişkin ayrıntılı olarak bkz. **Akgündüz**, s. 975 vd. Ayrıca bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 571 vd. Yazarlar, bu kanun yolunun eski Usûlü Muhakemei Hukukîye Kanunu'nda düzenlenmiş olduğunu ve oradan da halen yürürlükte olan 1086 Sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na alınmış olduğunu ifade etmektedirler.

[931] Bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 545 ila 572.

§ 23-TÜRK MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNDAKİ TEMEL SORUNLAR VE REFORM ÇALIŞMALARI

I. GENEL OLARAK TÜRK MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNUN SORUNLARI

A. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNUN TEMEL SORUNLARI

Ülkemizde yargılama hizmetinin iyi işlemediği, yargılama sisteminde temel sorunlar mevcut olduğu bilinen bir gerçektir. Hukuk yargılaması sisteminin bugünkü temel sorunlarının, ağır iş yükünden kaynaklanan verimli çalışamama ve adaletin dağıtımında gecikme olduğu ifade edilmektedir[932]. Yargı organları, taşınması mümkün olmayan iş yükü altında ezilmektedir[933]. Yargı bağımsızlığı[934] ve tarafsızlığı[935]

---

[932] **Tanrıver**, Süha: "Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Bu Bağlamda Alınması Gereken Temel Önlemler", Yargı Reformu Sempozyumu, Ankara, 18-20 Haziran 2008, s. 201 vd.; **Tanrıver,** Süha: "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine", AÜHFD, 2000/1-4, s. 67 vd.

[933] **Görgün**, Şanal: "Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Hâkim, Taraf ve Avukatların Rolü", İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 171; **Pekcanıtez**, İzBD, s. 106 vd.; **Yılmaz**, Ejder: "Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler", Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, s. 63 vd.; **Ertaş**, Şeref, Geciken Adalet Paneli, Manisa Barosu Dergisi 1987, Y. 6, S. 20, s. 17 vd.

[934] **Yılmaz**, Halit: Türkiye'nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları, Ankara 2009, s. 37 vd. ve 85 vd. Yazar, yargı bağımsızlığına ilişkin en önemli güvencenin, yargı bağımsızlığının bizzat Anayasa'da belirlenmiş olması ile sağlandığını, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının bu konuda tatmin edici ölçütleri barındırmakla birlikte, ideal bir yargı bağımsızlığından uzaklaşan hükümleriyle de eleştiriye açık olduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından, yargı bağımsızlığı şu şekilde açıklanmıştır. Bu karar için bkz. **Anayasa Mahkemesi, 27.04.1993, E. 1992/37, K. 1993/18**; "İki organ arasındaki ilişkinin niteliğini açıklayan bağımsızlık kavramından, bir organın işlevsel yönden diğer bir organ ya da organ gruplarının etki ve müdahalesi olmaksızın faaliyet gösterebilmesi anlaşılır. Yargı bağımsızlığı da yargının hiç bir organ ve makama bağlı olmadan, emir ve talimat almadan görevlerini özgür biçimde yerine getirebilmesidir. Yargı görevine ilişkin olarak mahkemelere hiç bir telkin ve tavsiyede bulunulamaz ve genelge gönderilemez. Herhangi bir baskının yapılması kadar, yapılabilme olasılığı da yargı bağımsızlığını zedeler. Yargı bağımısızlığından yargının yalnızca yürütme karşısındaki bağımsızlığı anlaşılmaz. Bu bağımsızlığın yürütme organı yanında yasama organı ile devlet ve toplumda etkili olan sosyal-ekonomik baskı grupları karşısısında da gerçekleştirilmesi gerekir. Yasamaya, yürütmeye ya da öteki güçlerin denetimine bağlı ve etkisi açık olan, yargı bağımsız olamaz" (**anayasa.gov.tr**).

[935] **Giegerich**, Thomas: "Yargının Bağımsızlığı-Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler", Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği, Uluslararası Sempozyum, Ankara 10-11 Aralık 2009, s. 21 vd. Yazar, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerinin birbiriyle yakın ilişki içinde olduğunu ve tarafsızlığın hâkimler için içsel bir erdem ve önde gelen bir vasıf olduğunu ve bunun ancak yargısal görevlerin yerine getirilmesinde bir tarafın lehine davranmama veya ön yargılı olmama şeklinde gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir.

konusundaki zafiyet, yargılama sürecinin hızlı ve etkin işlememesi, ağır iş yükü, davaların makûl sürede bitirilememesi, yargıda insan kaynaklarına ilişkin nitelik ve nicelik eksikliği, fiziki altyapının henüz tamamlanamamış olması, yargıda medya ve halkla ilişkilerin etkin yürütülememesi gibi hususlar yargılama hizmetinin iyi işlemediğini ortaya koymakta ve kamuoyunda adalete olan güveni etkilemektedir[936]. Oysa, hukuk devleti ilkesinin en önemli unsuru, kamuoyunun yargıya güvenidir[937]. Bu durumun, hukuk yargısının etkin korunmayı[938] sağlama amacını gerçekleştirememesi sonucu da doğurduğu açıktır. Etkin hukukî korumanın ancak yargılama kuralları ile teminat altına alınması mümkündür. Medenî yargılama hukukunda etkin hukukî koruma, iyi işleyen bir mahkeme teşkilâtı ve bu teşkilât tarafından uygulanacak yargılama kuralları ile, yargılama hukuku kurallarını gerektiği gibi uygulayan ve maddî hukuktan doğan hakların gerçekleştirilmesini sağlayan hâkimler ve makûl sürede gerçekleştirilen yargılama ile sağlanabilir. Etkin hukukî korumanın gerçekleştirilmesinin bir aracı da yargılamanın hızlandırılmasıdır. Zira, hukukî koruma ancak makûl sürede, daha doğru bir deyişle tam zamanında sağlanırsa etkili olur. Hukukî koruma geç sağlanırsa, etkinlikten sözedilmesi pek de mümkün olmayacaktır. Kısaca belirtmek gerekirse, etkin hukukî korumanın sağlanabilmesi için, ihtiyaçlara yanıt veren bir yargılama kanunu ve iyi işleyen bir yargılama şarttır[939].

Türkiye'de mevcut olan temel sorunların yanısıra, kaliteli yargılamanın koşullarından olan yargılama hizmetinin etkin ve saygın olması koşulu da yerine getirilememektedir. Ülkemizde yargının önemli sorunlarından bir diğeri de, yargılama kurallarının gereği gibi bilinmemesi ve uygulanmamasıdır. Yargılama kuralları adeta istenirse uygulanan kurallara dönüşmüş, her hâkimin her avukatın ayrı bir yargılama

[936] Yargı Stratejisi Reformu 2009, s. 31.
[937] **Giegerich**, s. 22.
[938] Etkin hukukî korumanın temeli, Anayasa'da yeralır. Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi, 36. maddesinde hak arama özgürlüğü ve bu çerçevede adil yargılanma hakkı, mahkemelerin görevleri dahilinde kendilerine gelen talepler hakkında karar verme zorunluluğu, 40. maddesinde anayasal hak ve hürriyetlerin ihlal edilmesi durumunda hakkı ihlal edilen kimsenin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı, 125. maddesinde ise idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu düzenlenmiştir (**Akkan**, s. 37 vd).
[939] **Akkan**, s. 38 vd., 42 vd. ve 57 vd.

kuralı mevcut hale gelmiştir. Hâkim ve avukatlarda, alışkanlıkları kuralların önüne geçirme davranışı oluşmuş, mahkemeler dayanağı belli olmayan ve hatta bazıları açıkca kanuna aykırı olan da birtakım prensip kararları almaya ve uygulamaya başlamışlardır. Mahkemelerde gözlemlenen bir diğer sorun da, Yargıtay içtihatları dışına çıkılamama ve kanunlar değişse de eski alışkanlıkların sürdürülmesidir. Toplumumuzda işlerin yargıya götürülmeden çözülmesi alışkanlığı da bulunmamaktadır. Yolsuzluklar da yargının önemli bir sorunudur[940]. Adalet; devletin temeli, toplumun sağlığı ve yetkinliği olduğuna ve bu sebeple hukukun temel idesini oluşturduğuna göre, yargıda yozlaşmanın, adalet fikrinden uzaklaşma ve kopuşa neden olacağı çok açıktır. Şüphesiz, bu uzaklaşma ve kopuş, toplumda büyük acı ve yıkımlara zemin hazırlayacaktır. Yolsuzluk, yozlaşmanın önemli boyutlarındandır. Ülkemizin en büyük kenti bakımından yapılan istatiksel bir araştırmada, adli yargıda varolan yolsuzluk sorununun en önemli nedenleri olarak, "iş hacminin kapasitenin çok üstünde olması, kolluk, icra daireleri ve yazı işlerinde çalışan personelin hukuk bilgisi ve meslekî beceri düzeylerinin yetersizliği, devlet memurluğunun iş ahlakı ilkeleri ve değerleri hakkında yeterli bilinç düzeyine ulaşılamaması, yolsuzluğun kamuoyunca zımnen meşru sayıldığı yolunda kanaatin bulunması, adlî ve idarî denetim mekanizmasının yapısal bozukluğu ve aynı biçimde yozlaşmış bulunması, vatandaşların hak arama bilincinin yetersizliği, hâkim, savcı ve avukatların hukuk bilincinin çağdaş düzeye ulaşmaması, adalete ayrılan bütçe payının sürekli düşük ve yetersiz düzeyde kalması" gösterilmiştir[941].

Ülkemizde adalet hizmetlerinin tıkalı olduğu, yalnızca ilk derece mahkemelerinde değil, Yargıtay'da da dosyaların gereğince okunmadan ve yeterli zaman ayrılmadan karar verildiği bir gerçektir. Bunun temel sebebinin, hâkim başına

[940] **Özekes**, Muhammet: "Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu", Eskişehir Barosu Dergisi, Y: 2005, S. 6, Ayrı Bası, s. 3 vd. ve ayrıca bkz. (www.barobirlik.org.tr/yayınlar/makaleler); **Özekes,** Muhammet: "Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Gözünden Yargılamanın Sorunları ve Değerlendirmesi", Yargı Reformu Sempozyumu, Ankara, 18-20 Haziran 2008; s. 246 vd.; **İlhan**, Cengiz: "Hukuk Yargısında Gecikme/Tarafların ve Yargıcın Kendini Bağlaması, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 5-6-7-8 Nisan 2000, s. 130 vd.; **Uyar**, Talih: "Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Özellikle İcra Hukuku Açısından Hâkim, Taraf ve Avukatların Rolü, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 5-6-7-8 Nisan 2000, s. 152 vd.; **Görgün,** s. 175 vd.

[941] **Ökçesiz**, Hayrettin: İstanbul Barosu Çevresi Adlî Yargıda Yolsuzluk Araştırması, HFSA-Hukuk Felsefesi ve Yayınları: 5, İstanbul 2001, s. 73 vd.

düşen dosya sayısının fevkalade çok olmasından kaynaklanmakta olduğu, çözümünün ise hâkim sayısını artırmaktan geçtiği ifade edilmiştir[942].

Hukuk yargılamamızda süre de önemli bir sorun olarak yerini korumaktadır. Yargılama sürecinin uygun şekilde yönetilememesi ve sistemin işleyişinde yeralan kişilerin davranış ve tutumlarının da yargılamanın süresini olumsuz şekilde etkilediği bir gerçektir. Yargılamanın makûl sürede sonuçlandırılamamasının hak ihlallerine neden olduğu ve adaleti geciktirdiği açıktır. Diğer taraftan mahkemeler ağır iş yükünden dolayı verimli şekilde çalışamamakta ve kararlardaki isabet derecesi de giderek azalmaktadır[943]. Davayı açarken avukatların yargılamayı en kısa sürede bitirecek şekilde tüm önlemleri almamaları, dava taraflarının bizzat kendileri veya vekillerinin savunma araçlarını çoğu zaman sırf yargılamayı geciktirmek için amacıyla kullanmaları, yargılamanın gecikmesindeki temel nedenlerden biridir[944].

Türkiye'de yapılan kamuoyu araştırmaları ve gözlemler, ülkemizin evrensel ve güncel yargılama sorunları yanında; enflasyon, tasarruf tedbirleri, eğitim, toplumsal alışkanlıklar, gelenekler sebebiyle ortaya çıkan kendine has sorunlar da yaşamakta olduğu gerçeğini ortaya koymaktadır. Bu kendine has sorunların siyasal etki, baskı ve tartışmalar sonucu hâkimlerin bağımsızlıklarının zedelenmesi, yargılamanın çok yavaş işlemesi ve fakat buna oranla uyuşmazlıkların çoğalması ve devredilen dosyaların kabarması, teknik altyapı eksikliklerinin giderilememesi, kaliteli personel sağlanamaması gibi sorunlar olduğu ifade edilmektedir[945].

---

[942] **Yılmaz**, Toplantı V, s. 174 vd.
[943] **Yücel,** Mustafa Tören: Türkiye'de Yargının Etkinliği, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, s. 181 vd.; **Yılmaz**, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, s. 56 vd.; **Kuru**, İBD, s. 167 vd.
[944] **Özkan**, Sungurtekin Meral: "Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Avukatların Rolü", İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 5-6-7-8 Nisan 2000, s. 137 vd.; **Görgün**, s. 175; **İlhan**, s. 133 vd.; **Kuru**, İBD, s. 172 vd.
[945] Yargılama Düzeninde Kalite, TÜSİAD, Yayın No. TÜSİAD-T/98-11/237, Kasım 1998, s. 17 vd.

B. YARGININ KALİTESİ

Ülkemizde yargılama sisteminin mevcut temel sorunlarının yanısıra, kaliteli yargılamanın koşullarının da gerçekleştirilemediği bir gerçektir. Kaliteli yargılamanın koşulları olan yargılama hizmetinin etkin ve saygın olması koşulları karşılanamamaktadır. Yargılamanın kalitesinin gerçekleştirilememesinde, uzun süreden beri Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na atfedilen bir takım aksaklıklar vardır. Bu aksaklıkların Kanun'un bazı hükümlerinin, mahkemelerin ağır iş yükü sebebiyle gereği gibi uygulanamamasından kaynaklandığı, ancak bununla birlikte Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nu hükümlerinin iyileştirilmesi gerekliliği de öteden beri ifade edilmektedir[946]. Ancak salt yeni ve iyi bir kanun yapılması ile adaletin iyi yürümesi sonucunun elde edilmesi mümkün değildir. Bunun için kuralları gerektiği gibi uygulayacak ve yargılama sürecinin hakkıyla yürütülmesini sağlayacak hâkimlere ve avukatlara ihtiyaç bulunmaktadır[947].

Kalitenin gerçekleştirilememesinde etken olan diğer konular olarak, yargılamanın süratlendirilememesi, iş yükünün hafifletilememesi, hâkimin uzlaştırıcı işlevinin unutulmuş olması ve hâkimin ihtisaslaşamaması sayılmaktadır[948].

Yargılamanın kalitesinin artırılmasının, sadece yargılama teşkilâtı, personeli, araçları ve usûllerindeki iyileştirme ile sağlanamayacağı, kalitedeki artışın bunların yanısıra, toplumsal ve bütüncül iyileştirmenin, eğitim[949] ve uygulamanın ürünü olacağı da ifade edilmektedir[950].

---

[946] Yargılama Düzeninde Kalite, TÜSİAD, s. 19; **Pekcanıtez**, Hakan: "Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı", Medenî Usûl ve İcra –İflas Hukukçuları Toplantısı V-Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değerlendirmesi, Ankara 8-9 Eylül 2006, s. 3 vd.; **Pekcanıtez**, HPD, s. 69 vd.; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 174 vd.

[947] **Yılmaz**, Toplantı V, s. 177.

[948] Yargılama Düzeninde Kalite, TÜSİAD, s. 20 vd.; **Kuru**, İBD, s. 166 vd.;**Yılmaz**, Toplantı V, s. 177; **Pekcanıtez**, İzBD, s. 103 vd.

[949] Bkz. Yargı Stratejisi Reformu 2009, s. 25.

[950] Yargılama Düzeninde Kalite, TÜSİAD, s. 19 vd.; **Yılmaz**, İyileştirme, s. 55 vd.

II. REFORM ÇALIŞMALARI VE ÇÖZÜM ARAYIŞLARI

A. GENEL OLARAK

Etkin hukukî korumanın[951], hak arama mekanizmalarının oluşturulması ve işler durumda tutulması, bu mekanizmalara başvuru hakkının güvence altına alınmış olması, sürecin verimlilik içinde ve makûl bir zaman kesiti içinde tamamlanması ile sağlanması mümkündür. Hükümet programlarında ve kalkınma planlarında adalet hizmetinin durumu ve sorunları ele alınarak, teşkilât yapısının gözden geçirilmesi, hukuk eğitiminin yeniden değerlendirilmesi, hukuk kurallarının iyileştirilmesi, hâkim savcı ve yardımcı hizmetlerdeki kadro açığının giderilmesi ve alt yapının modernizasyonu gibi çözüm arayışları ortaya konulmaktadır. Öte yandan adil, hızlı, etkin ve ekonomik sonuçlar elde edilmesi için istinaf mahkemelerinin kurulması ve medenî yargılama usûllerini düzenleyen kanunların değiştirilmesi ve yeni düzenlemeler yapılması, yargılama sisteminin modern araç ve gereçlerle desteklenmesi, bilgisayar teknolojisi kullanımının yaygınlaştırılması öngörülmektedir.

B. REFORM ÇALIŞMALARI VE HUKUK YARGILAMASINDA ÇÖZÜM ARAYIŞLARI

1. Genel Olarak

1927 yılında yürürlüğe girmiş bulunan 1086 Sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz 26 kez değiştirilmiş ve bu değişikliklerin tamamında da yargının hızlandırılması ve daha basit ve ucuz şekilde sağlanması amaç edinilmiştir. Genellikle bu değişikler şikâyet konusu hususların ve uygulamada rastlanılan aksaklıkların ortadan kaldırılmasına yönelik olarak, belirli maddelerin veya kurumların değiştirilmesi ve Kanun'a yeni maddeler eklenmesi suretiyle yapılmıştır. Kanun'un yürürlüğe girmesinden kısa bir zaman sonra bile yeni Medenî Usûl Kanunu Tasarıları hazırlanmaya başlanmıştır. 1946 yılında hazırlanan ilk Tasarı'nın kanunlaşması mümkün

[951] **Akkan,** s. 29 vd. Yazar, etkin hukukî korumanın, bireylere tanınmış hakların gerek özel hukuk gerekse de kamu hukuku alanında Devletin yargı organları aracılığıyla etkili ve etkin şekilde gerçekleştirilmesini amaçladığını, medenî yargılama hukukunun amacı ile uyumlu olarak, medenî yargılama hukuku alanı ile de yakından bağlantısı mevcut olduğunu ifade etmektedir.

olmamıştır. Bu Tasarı, "Hukukta Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı" olarak 1952 yılında Meclis'e sunulmuş ancak yine kanunlaşamamıştır. 1955 yılında bu Tasarı'dan esinlenerek "Hukukta Muhakeme Usûlü Kanunu Layihası" hazırlanmış ve Meclis'e sunulmuştur, ancak bu da görüşülememiştir. Ardından 1967, 1971 ve 1993 yıllarında hazırlanan Tasarıların da kanunlaşması mümkün olmamıştır. 1993 yılından sonra Hukuk Usûlü Muhakemesi Tasarısı çalışması yapılmamıştır[952].

2. Yapılan Kanun Değişiklikleri

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda doğrudan doğruya değişiklik yapan kanunların[953] reform oluşturacak nitelikte olmadığı, reform çalışması adı altındaki

---

[952] **Postacıoğlu**, s. 21; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 6; **Pekcanıtez**, HPD, s. 69; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 171; **Yüksel**, Kemalettin: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkındaki İncelemeler", Bankacılar Dergisi, Sayı. 67, Y. 2008.

[953] **a. 2606 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler** Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunundaki ilk büyük ve önemli değişiklik 1934 yılında 2006 Sayılı Kanun (22.12.1934 Tarih ve 2886 Sayılı Resmî Gazete) ile yapılmıştır. Yargılamayı uzatan ve yargılamada çabukluk ve kolaylık ilkelerini temin edemeyen tahkikat ve gıyap hükümleri gözden geçirilmiş, basit, seri ve sözlü yargılama usûlleri genişletilerek, uygulamadaki ihtiyaçları karşılayacak yargılamanın hızlandırılmasına yönelik hükümler getirilmeye çalışılmıştır. Ayrıca istinaf ile ilgili bir fasla da yer verilmiştir. **b. 5464 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler** Kanunlaştığı zamanda 2006 Sayılı Kanun ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun mükemmelleştirildiği düşünülmesine rağmen, aradan geçen kısa sürede en basit davaların bile uzayıp gitmesi sonucunda doktrinde ve uygulamacılar arasında eleştirilmeye başlanmış ve halk arasında da şikayetlere neden olmuştur. Bunun sonucu olarak hazırlanan "Hukukta Yargılama Usûlü Tasarısı", 1948 yılının Şubat ayında TBMM'ye gönderilmiş ancak 700 maddeden oluşan Tasarı'nın incelenmesinin uzun zaman gerektirmesi, buna karşılık sorunların acilen giderilmesi ihtiyacı karşısında Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun sadece beş maddesinin tadiline karar verilmiş ve buna ilişkin 5464 Sayılı Kanun (27 Aralık 1949 Tarihli Resmî Gazete) 1949 yılında kabul edilmiştir. Bu Kanun ile, asliye hukuk mahkemelerinin iş hacimlerinin azaltılması amaçlanarak, sulh hukuk mahkemelerinin görev sınırı arttırılmış ve böylece Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 8. maddesi değiştirilmiştir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 81. maddesi değiştirilerek, tatil günlerinde de keşif yapılabilmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Basit davaların süratle sonuçlandırılmasını sağlamak amacıyla, kesin kararların sınırını belirleyen 427. maddedeki para sınırı arttırılmıştır. Yargıtay'ın işleri daha süratli sonuçlandırabilmesi için duruşma talep edebilme sınırları değiştirilmiş, görev ve yetkiye ilişkin kararların incelenmesinde duruşma yapılamayacağı kabul edilmiş ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 438. maddesi bu esasa göre değiştirilmiştir. **c. 6769 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklik** Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 5464 Sayılı Kanun ile değiştirilen tatil günlerinde de keşif yapılabilmesine izin veren 81. maddesi değiştirilmiş ve 11 Temmuz 1956'da yürürlüğe girmiştir. **d. 338 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler** 3 Ekim 1963 tarihinde yürürlüğe giren 338 Sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun , boşanma işlerinde sulh teşebbüsü ve evlilik birliğini himaye tedbirleri başlığını taşıyan 7. Babının 2. Faslında yeralan 494, 495, 496, 497, 498, 499 maddeleri ve 187. maddesinin 6. bendi yürürlükten kaldırılmıştır. **e. 1711 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklik** 28 Nisan 1971'de 606 maddeden oluşan, "Hukuk Yargılama Usûlü Kanunu Tasarısı" adı altında bir Tasarı hazırlanarak TBMM'ye sunulmuştur. Ancak yine bu Tasarı'nın incelenmesinin uzun sürecek olması ve fakat medenî yargılamanın acil ihtiyaçlarının süratle karşılanabilmesi amacıyla, iş yükünün hafifletilmesi, yargılamanın

hızlandırılması ve davaların çabuk sonuçlandırılmasına yönelik olarak Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 8, 9, 176, 288, 289, 290, 409, 427, 438, 440 ve 507. maddelerinde değişiklik yapılmış, basit yargılama usûlünün uygulama alanı genişletilmiş ve ayrıca ihtiyati tedbire aykırı davranışa müeyyide getirilmesine ilişkin olarak Kanun'a 113/A maddesi ilâve edilmiştir. Kanun 30 Nisan 1973'de kabul edilmiş ve 8 Haziran 1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir. **f. 2248 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler** Yargıtay ve ilk derece mahkemelerindeki iş yükünün artarak devam etmesi ve bu durumun da adalet hizmetlerindeki aksamaları sürdürmesi üzerine, Yargıtay'ın hukuk ve içtihat yaratmak ve kanunların uygulanmasında birliği sağlamak şeklindeki asli görevini tam olarak ifa edebilmesine olanak vermek ve genel mahkemelerdeki işlerin hızlı bir şekilde sonuçlanmasını sağlamak amacıyla Ceza Kanunu, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Ceza Muhakemeleri Kanunu, Cezaların İnfazı hakkında Kanun ve Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'da değişiklik yapılmasına karar verilmiştir. Bu değişikliklerin birbiriyle ilişkili ve birbirini tamamlar nitelikte olması sebebiyle, bir bütün halinde tek bir Tasarı hazırlanmış ve Tasarı'da ceza ve yargılama hukukunun genel ilkelerinin korunması suretiyle, uygulamada kolaylık ve çabukluğu sağlayacak düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 427. maddesindeki temyiz sınırı arttırılarak, madde değiştirilmiş ve Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması amaçlanmıştır. Yine 443. maddeye hükmün kesinleşmesine ilişkin yeni bir madde eklenmiştir. 2248 Sayılı Kanun, 22 Haziran 1979 tarihinde (22 Haziran 1979 tarih ve 2248 Sayılı Resmî Gazete) yürürlüğe girmiştir. **g. 2494 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler** Yargılamanın yavaşlığının genel bir şikayet sebebi olarak varlığını sürdürmesi, Yargıtay'daki ve mahkemelerdeki iş yükünün gittikçe artması sonucunda Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun tümden ele alınarak yeniden düzenlenmesi gereği yeniden gündeme gelmiştir. Ancak yine her zamanki gibi, geniş kapsamlı bir tasarının hazırlanıp, kanunlaştırılmasının uzun zaman alacağı gerekçesiyle bundan vazgeçilerek, davaları hızlandırmak ve sebepsiz yere uzamalarını önlemek için Kanun'un bazı maddelerinde değişiklik yapılması ve bazı eklemeler yapılması tercih edilmiştir. 2494 Sayılı Kanun 17 Temmuz 1981 tarihinde kabul edilmiştir. **h. 3156 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler** 2494 Sayılı Kanun'dan sonra birkaç yıl içinde mahkemelerin iş yükü yeniden artmıştır. 2494 Sayılı Kanun ile de istenilen sonuca ulaşılamamış, adalet sistemine ilişkin temel şikayetler devam etmiştir. Bu sebeple kanun koyucu yeniden değişiklik yapmaya yönelmiş ve yine aynı gerekçelerle kapsamlı bir tasarı hazırlanamamış ve bir kez daha davalara sürat kazandırmak, tarafların davaları sebepsiz yere uzatmalarını önlemek, ekonomik ve sosyal şartlardaki değişikliklere uyum sağlamak ve 2494 Sayılı Kanun ile yapılan değişikliklere adapte etmek amacıyla amacıyla Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda değişiklikler yapılması ve yeni madde eklenmesi yoluna gidilmiştir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki görev sınırı arttırılmış ve 8. madde kapsamından tedbir nafakasının çıkarılması ile değişiklik yapılmıştır. Yine 25. maddede yapılan değişiklikle, göreve ve yetkiye ilişkin mahkeme kararlarının temyiz incelemesinde geçmeksizin kesinleşmesi halinde, görevli ve yetkili mahkemenin tayininde ortaya çıkacak uyuşmazlığın Yargıtay tarafından çözümleneceği düzenlemesi getirilmiştir. 179. maddede yapılan değişiklikle dava dilekçesinin içeriği daha daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiş ve delillerin dava dilekçesinde belirtilmesi esası getirilmiştir. 200. maddede cevap dilekçesinin içeriği ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve madde metninde yeralan ve fakat Tebligat Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 115 ve 116. maddeleri kapsamındaki hususûlar madde metnine eklenmiştir. Kanun'un 202. maddesinde ise, 2494 Sayılı Kanun ile getirilen ilk itirrazların da cevap dilekçesinde bildirileceğine ilişkin olarak hükümle çelişen ifade, çelişkiyi giderecek şekilde yeniden düzenlenmiştir. 213/1'deki tarafların bilgi alınmak üzere mutlaka birlikte ve birbirlerinin yüzüne karşı bulunmaları şartı hâkimin takdirine bırakılmak suretiyle kaldırırılarak, madde metni sadeleştirilmiş ve gıyap müessessesinin kaldırılmış olması nedeniyle yeni bir fıkra eklenmiştir. Madde metnine ayrıca yargılamanın kötüniyetle uzatılmasını engellemek için yeni bir fıkra da eklenmiştir. Kanun'un 381. maddesinde yapılan değişiklikle, hüküm sonucunun duruşma tutanağına yazılarak tefhimi düzenlenmiştir. Ayrıca gerekçeli kararın on beş gün içinde yazılması da zorunlu hale getirilmiştir. 381. maddede yapılan değişikliğe uygun olarak 489. maddede yeniden düzenlenmiştir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun gıyap ile ilgili 398 ila 408 ve 410, 411 ve 412. maddeleri ve bu müessese ile ilgili olan 563 vve 564 maddeleri yürürlükten kaldırılmış, 510/2 değiştirilmiş ve 11. Fasıl Başlığı "İşlemden Kaldırma ve Davanın Açılmamış Sayılması" olarak değiştirilerek, 409. madde buna göre yeniden düzenlenmiştir. Bu maddenin 3. fıkrasındaki bir yıllık süre üç aya indirilmiş, gıyaba değinen

girişimlerin kanun değişikliklerinden öteye gidememiş olduğu, bu değişikliler bakımından esasen temelde bir değişimin hedeflenmediği, genelde değişikliklerin yanlış uygulamaları yasallaştırmaya yönelik olduğu görülmektedir. Bununla birlikte yine de bazı değişikliklerin isabetle yapıldığı söylenebilir[954].

3. Hukuk Usûlünde Çözüm Arayışları

Önceki dönemlerle kıyaslandığında, 2004 yılı itibariyle hukuk yargılamasında çözüm arayışı sürecinin ivme kazanmış olduğu ve çözüm arayışlarının; sistem ve yargılama teknikleri bakımından düşünülen ve önerilen yeniliklere, sistem ve yargılama teknikleri açısından önerilen değişikliklerin düşünsel temellerine ve nihayet Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun bütününü değiştirmeye yönelik olarak Adalet Bakanlığı bünyesinde yürütülen çalışmalara odaklanmış olduğu görülmektedir.

Sistem ve yargılama teknikleri bakımından düşünülen ve bir nebze de olsa gerçekleştirilen yeniliklerin kapsamında, istinaf derecesinin oluşturulması, çekişmesiz yargı işlerinde düşünülen yenilikler, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelinmesi ve icra dairelerinde yapısal değişiklikler yapılması düşünceleri yeralmıştır[955].

---

ifade çıkarılmış, harç alınması gereken süre bir aya indirilmiştir. Bunlara paralel olarak 5. fıkra yeniden düzenlemiş ve son fıkrada ilk yenilemeden sonra takipsiz bırkma imkânı bire indirilmiştir. 440. maddedeki karar düzeltme sınırı arttırılmıştır. **ı. 3222 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler** 3222 Sayılı Kanun Tasarısı 6 Haziran 1985 tarihinde kanunlaşmış ve 15 Aralık 1985'de yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun "Evlilik birliğinin sıyaneti için Kanunu Medenîde mevzuubahis olan tedbirler, iki taraftan birinin talebi üzerine diğeri cebedildikten sonra sulh hâkimi tarafından ittihaz olunur" şeklindeki 500. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. **i. 4146 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklik** Kanun 20 Haziran 1996 tarihinde kabul edilmiş ve 21 Haziran 1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yine sulh hukuk mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki iş yükünün dengelenmesi ve yargıdaki tıkanıklığın giderilmesi amaçlanmıştır. Bu Kanun ile görev sınırı, senetle ispat sınırı, temyiz sınır, Yargıtay'da duruşma sınırı ve karar düzeltme sınırı ve sulh mahkemesinde basit usûle göre çözülecek uyuşmazlıkların değeri arttırılmıştır. Bunların yanısıra, Kanun'a eklenen bir madde ile, görev, kesin hüküm, Yargıtay'da duruşma, karar düzeltme, senetle ispata ve sulh mahkemelerindeki taksim davalarında yargılama usûlünün belirlenmesine ilişkin maddelerdeki parasal sınırların belirlenen tarihlerden sonra iki katı ve dört katı olarak uygulanması düzenlenmiştir (**Hanağası**, özellikle s. 46, 59, 80, 83, 85, 126, 131, 175, 215, 217 vd.).

[954] **Yücel**, s. 171.

[955] **Konuralp**, Çözüm Arayışları, s. 68 vd. Yazar, bu değişikliklerin düşünsel temellerinin dört sınıflamaya tâbi tutulduğunu ifade etmiştir. Bunlardan ilki, ekonomik ölçütlere dayalı çözüm arayışları, ikincisi yerelleşme ve merkezi idareden uzaklaşma anlayışı, üçüncüsü yargı birliğine yöneliş ve idari yargıya bakış açısından çözüm arayışları ve son olarak da uluslararası ekonomik ilişkilerden kaynaklanan çözüm arayışlarıdır.

Çözüm arayışlarının şüphesiz en kapsamlı ve önemli ölçüde hukukî alt yapısı oluşturulmuş olanı istinaf derecesinin[956] oluşturulmasıdır. Avrupa yargılama sistemlerinde, tarihsel temelleri ile ayakta duran istinaf derecesi, ülkemiz hukukçularının bir kısmı tarafından hukuk devletinin gereği ve insan hakları açısından atılması gerekli bir adım olarak nitelendirilirken[957], aksi görüşteki hukukçular tarafından ise sistemi tıkayacağı, uzatacağı ve ağırlaştıracağı ve masrafları artıracağı gerekçeleriyle eleştirilmiştir[958]. Ancak Bölge Adliye Mahkemeleri ve istinaf derecesi ile ilgili kanuni düzenlemeler tamamlanıp, Resmi Gazete'de yayınlanmasından sonra, istinaf karşıtı tutumlar yerini bu fikrîn benimsenmesine ve Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulması için ciddi bir talebe bırakmıştır. Hukuk kültürümüze yabancı ve yeni bir kurumun katkı getirebilmesi, elbette uygulayıcıların bilgi düzeyi ve benimsemesine bağlıdır. Uygulayıcıların bilgi düzeyi bu konuda yapılacak çalışma, araştırma ve yayınlar ile artırılabilir; benimsenme ise ancak uygulama süreci ve anlayışı içinde şekillenecektir. Diğer yandan, Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlaması ile Yargıtay'ın iş yükünün azalacağı ve gerçek işevini yerine getirebilir hale geleceği muhakkaktır[959]. Hukukumuzda istinaf kanun yolunun kabul edilmesi ile birlikte, yargılama sistemimizde yeni bir dönemin başlayacağını da söylemek yanlış olmaz. Bölge adliye mahkemelerinin fiilen faaliyete başlaması ve istinaf yolunun uygulanmaya başlaması ile, yargılamanın tüm aşamalarında; özellikle ilk derece yargılamasında şimdiye kadar bir kısmı yanlış olan uygulama alışkanlıkları ile değil, yargılama kurallarının tam uygulanması ile doğru bir karara varılabilmesi, istinafta ilk derece mahkemelerinin kararlarının vakıa ve hukukî denetim yapılması suretiyle ve nihayetinde temyiz aşamasında ise hukukî denetim yapılarak, hukukun doğru uygulanmasının sağlanması ve Yargıtay'ın içtihat mahkemesi

[956] 5235 Sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile kabul edilmiştir (RG. 7 Ekim 2004). İstinaf mahkemeleri, 5235 Sayılı Kanun'da, "Bölge Adliye Mahkemeleri" olarak ifade edilmiştir.

[957] **Kuru**, Baki: "İstinaf Mahkemeleri Kurulurken", AD Y. 1963, S. 5, s. 548 vd.; **Öktem**, İmran: "Üst Mahkeme-İstinaf", Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay Anısına Armağan, Ankara 1964, s. 91 vd.; **Berkin**, Necmettin: Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 274 vd.

[958] **Erem**, Faruk: "İstinaf Mahkemeleri", AÜHFD Y. 1950, S. 1-2, s. 9 vd.; **Bilge**, Necip: "Üst Mahkemeler", Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay Anısına Armağan, Ankara 1964, s. 68.

[959] **Yılmaz**, Ejder: İstinaf, Ankara 2005, s. 26; Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 6 vd.; **Konuralp**, Çözüm Arayışları, s. 69; **Özekes**, Muhammet: "Yargıda Etkinlik ve Güvenilirlik Bakımından İstinaf Sistemi", Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği, Uluslar arası Sempozyum, Ankara 10-11 Aralık 2009, s. 184 vd.

haline getirilmesi şeklinde yeni bir yaklaşımın sergileneceği açıktır[960]. İstinaf, yargının etkinliği, işlerliği ve güvenilirliğinin gerçekleştirilmesi bakımından da gerekli bir kanun yoludur. Zira, istinaf ile gerçek bir maddî vakıa denetimi yapılmak suretiyle, daha güvenilir bir yargılama gerçekleştirilerek, adil yargılanma hakkı daha iyi sağlanacaktır[961].

Diğer bir çözüm arayışı ise, çekişmesiz yargı[962] işleri ile ilgilidir. Bu işlerin mahkemelerin görev alanından çıkarılarak, karşılaştırmalı hukukta bazı ülkelerde olduğu gibi sulh mahkemeleri nezdinde görev yapacak özel meslek içi eğitime tâbi tutulan adalet yüksek okulu mezunlarına ve noterlere verilmesi yaklaşımı etkili olmuştur. Böylece mahkemelerin iş yükünde ciddi bir azalma olması ve mahkemelerin gerçek yargılama faaliyetine daha çok zaman ayırmak suretiyle yargılamanın etkinliğinin artacağı düşünülmüştür[963].

Yargılama düzenindeki reform arayışlarının en önemli unsurlarından bir diğeri de, Türk hukuk sisteminde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına[964] yöneliştir. Siyasal iktidarlar ve adalet bürokrasisi de alternatif uyuşmazlık çözüm yolları konusunda yeni arayışlara girmişlerdir. Bunun temelinde yeralan düşünce, uyuşmazlıkların hiç olmazsa

---

[960] Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, Önsöz, s. 1; **Yılmaz**, İstinaf, s. 28.
[961] Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı, s. 9; **Özekes**, Sempozyum, s. 188 vd.
[962] Çekişmesiz yargıya ilişkin olarak ayrıntılı olarak bkz. **Kuru**, Baki: Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 6 vd.; **Budak**, Ali Cem: "Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı (Türkiye Barolar Birliği 2004), s. 281; **Budak**, Ali Cem: "Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı" Medenî Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı – IV, Ankara 2005, s. 128 vd.
[963] **Budak,** Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı, s. 149 vd.
[964] Bu çalışmanın hazırlandığı zamanlarda, hararetli bir şekilde tartışılmakta olan Arabuluculuk Kanun Tasarısı, tali bir komiyon olan TBMM AB Uyum Komisyonu'nda 28 Ocak 2010 tarihinde kabul edilmiştir. Kamuoyunda, "Mahkemesiz Adalet Projesi" olarak nitelendirilen ve hukuk uyuşmazlıklarının "Arabuluculuk" yoluyla çözümünü öngören düzenlemenin, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanması öngörülmektedir. Tasarıyla, tarafların, dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurabilmesi ve mahkemenin de, tarafları arabulucuya başvurmak konusunda teşvik edebilmesi mümkündür (http://www.abvizyonu.com). Tam metni için bkz. (www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/arabuluculuk.pdf). Türkiye Barolar Birliği'nin Tasarı'nın bu haliyle kanunlaşmasına karşı görüş ve eleştirileri için bkz. (www.arabulucu.com)

bir kısmının mahkemeler dışında çözülmesiyle, tasarruf edilecek emek ve zamanın adalet sisteminin işleyişinde yararlı sonuçlar getirmesidir[965].

4. Yargı Reformu Stratejisi 2009

a. Hazırlanma Süreci

Türkiye'de son yıllarda yargı alanında ancak acil ihtiyaç duyulan alanlardaki eksikliklerin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak önemli çalışmalar gerçekleştirilmiştir. Bu bakımdan gerçekleştirilmesi düşünülen reform çalışmalarının bir plan çerçevesinde ve öngörülebilirlik ilkesine göre yapılması gereği ortaya çıkmıştır. Bu amaçla AB'ye tam üyelik süreci ile paralellik gösteren 2007-2013 dönemini kapsayan Dokuzuncu Kalkınma Planı ve Adalet Bakanlığı tarafından hazırlatılan ve Türk yargısının sağlıklı ve çağdaş bir biçimde işlemesine yönelik olarak atılması gereken somut adımları gösteren Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu'nda öngörüldüğü şekilde, Adalet Bakanlığı tarafından Strateji Geliştirme Başkanlığı'nın öncülüğünde 2008-2013 yıllarını kapsayacak bir Yargı Reformu Stratejisi Taslağı hazırlanmıştır. Bu süreçte 24 Ocak 2008 tarihinde Taslak hakkında Avrupa Komisyonu'nun katkıları alınmıştır. Taslak hakkında 14 Kasım 2008 tarihinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'ndan, Anayasa Mahkemesi'nden, Yargıtay'dan, Danıştay'dan, Askeri Yargıtay'dan, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nden, Milli Savunma Bakanlığı'ndan, Türkiye Barolar Birliği'nden, Türkiye Noterler Birliği'nden, Barolar ve Hukuk Fakülteleri'nden görüş ve öneriler alınmıştır. Akabinde 8-10 Haziran 2008 tarihlerinde bir çalıştay düzenlenerek Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Milli Savunma Bakanlığı, Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Noterler Birliği ve Yüksek Öğretim Kurumu temsilcilerinin katılımıyla Taslak tartışılmış ve ilkeler üzerinde mutabık kalınmıştır. 18-20 Haziran 2008 tarihinde Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenen üniversite öğretim üyeleri ve hukukçuların katıldığı Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu Sempozyumu'nda da Taslak çeşitli yönleriyle ele alınmış, tartışılmış ve

[965] **Konuralp**, Çözüm Arayışları, s. 71 vd.; **Yılmaz**, s. 66 vd.

eleştirilmiştir[966]. Yapılan eleştiriler doğrultusunda Taslağa son şekli verilerek 7 Temmuz 2009 tarihinde Avrupa Komisyonu Taslak hakkında bilgilendirilmiştir. Taslak ardından Bakanlar Kurulu'nun onayına sunulmuş ve Bakanlar Kurulu'nca "Yargı Reformu Stratejisi 2009"[967] şeklinde 2009-2014 yıllarını kapsayacak şekilde kabul edilmiştir. Yargı Reformu Stratejisi 2009, Avrupa Komisyonu'na sunulmuştur[968].

b. Yargı Reformu Stratejisi Taslağı'nın İçerdiği Amaçlar ve Eylem Planı

Yargı Reformu Stratejisi Taslağı temelde şu hususları içermektedir:

(1) yargı bağımsızlığının güçlendirilmesini,

(2) yargının tarafsızlığının geliştirilmesini,

(3) yargının verimliliğinin ve etkinliğinin arttırılmasını,

(4) yargıda meslekî yetkinliğin artırılmasını,

(5) yargı örgütü yönetim sisteminin geliştirilmesini,

(6) yargıya güvenin artırılmasını,

(7) adalete erişimin kolaylaştırılmasını,

(8) uyuşmazlıkları önleyici nitelikteki tedbirlerin etkin hale getirilmesi ve alternatif çözüm yolları geliştirilmesini,

(9) ceza infaz sisteminin geliştirilmesini,

---

[966] Bkz. Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu Sempozyumu**,** 18-20 Haziran 2008 Ankara, TBB Yayınları: 151. Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nün, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne yapmış olduğu talep üzerine sunduğu görüş ve eleştirilerinde **Özekes**, Taslak'da yer alan görüşlerin dünyadaki gelişmelere uygun olduğunu ve ülkemiz bakımından yargının ilerlemesine ve sorunların çözülmesine katkı sağlayacak nitelikte olduğunu, ancak Taslak'ta somut olarak göze çarpan önemli iki eksiklik bulunduğunu; bunlardan birinin avukatlık mesleğinin iyileştirilmesine yönelik tam bir başlığın bulunmaması ve diğerinin de hukuk eğitimine gereği gibi yer verilmemesi olduğunu belirtmiştir.

[967] Tam metni için bkz. http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs.html ve Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2009, s. 2771.

[968] Bkz. Adalet Bakanlığı Stateji Geliştirme Başkanlığı resmî web sitesinde (http://www.sgb.adalet.gov.tr) Yargı Reformu Stratejisi 2009, Hazırlanma Süreci, s. I ve Giriş, s. 1. Ayrıca bkz. Legal Hukuk Dergisi, Y. 7, S. 81, Eylül 2009, s. 2769 vd. Bu hususta bkz. Avrupa Komisyonu'nun 14 Ekim 2009 tarih ve 186 No.lu 2009 Türkiye İlerleme Raporu ve Genişleme Stratejisi Belgesi (http://www.resmî-gazete.org/gundem/duyurular/disisleri-bakanligi/no--186--14-ekim-2009--avrupa-komisyonu-2009-turkiye-ilerleme-ra.html).

(10) ülkemizin ihtiyaçları ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum sürecinin gerektirdiği mevzuat çalışmalarına devam edilmesini[969].

Yargı Reformu Stratejisinin, içeriğinde yeralan amaç ve hedeflere ulaşılabilmesi için yapılması gereken faaliyetleri, faaliyet takvimi ve gerekli bütçeyi içerecek şekilde hazırlanacak bir Eylem Planı ile uygulanması hedeflenmiştir. Ayrıca belirlenen amaç ve hedeflerin gerçekleşme durumuna göre, Adalet Bakanlığı'nca gerektiğinde ilgili kurum ve kuruluşların da görüşleri alınmak suretiyle her yıl gözden geçirilmesi de öngörülmüştür. Bunlara ilişkin Eylem Planı da hazırlanarak yayınlanmıştır[970].

§ 24. DÜNYADAKİ GELİŞMELER ÇERÇEVESİNDE TÜRK MEDENÎ YARGILAMA SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. GENEL OLARAK

Çalışmamızda Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılama hukuklarındaki sorunların, gelişmelerin ve reformların ayrıntılarıyla incelenmesinin amacı, bu ülkelerdeki sorunların ve gelişmelerin tespit edilmesi ve karşılaştırılması suretiyle ülkemiz açısından sonuçlar çıkarılabilmesi ve önerilerde bulunulabilmesidir. Reform yapmak isteyen kanun koyucu için karşılaştırmalı hukukun zorunlu bir çalışma aracı olduğu kuşkusuzdur. Ulusal hukukun gelişimi ve reformu, daha modern ve etkin kurumlara ilişkin düzenlemelerin getirilmesi, karşılaştırmalı hukuk sayesinde mümkün olabilir. Karşılaştırmalı hukukta bazı sorun ve çözümlerin ortak oluşu, ulusal kanun koyucu bakımından önem taşır. Birçok ülkede yeni kanunların hazırlanmasında karşılaştırmalı hukuk araştırmaları yapılmaktadır[971]. Çeşitli Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne dahil ülkelerde yapılan adalet reformlarının sebepleri, amaçları, ele aldığı sorunlar ve önerdiği çözümlerin, ülkemizin medenî yargılama sisteminin içinde bulunduğu durum ile

[969] bkz. http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs.html ve Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2009, s. 2771.
[970] Tam metni için bkz. http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs.html.
[971] **Pekcanıtez**, Gelişmeler, , s. 36.

benzerlikler gösterdiği bir gerçektir. Bu ülkelerdeki gelişmelerin iyice incelenip, dikkate alınması suretiyle, çağdaş medenî yargı sistemlerince gerekli bulunan değişikliklerin ve bunlara ilişkin alt yapı çalışmalarının ülkemiz bakımından da hayata geçirilmesi gerekmektedir. Böylece, ülkemiz vatandaşları tarafından adalete ulaşmanın kolaylaşması, bu yoldaki engellerin mümkün olduğunca azaltılması, sosyal devlet ilkesinin[972] gereklerinin yerine getirilmesi ve adil yargılamanın temin edilmesi mümkün olabilecektir. Hedef 21. yüzyılda Türk toplumunun ihtiyacı olan çağdaş medenî yargı sisteminin oluşturulmasıdır[973].

Dünyadaki gelişmelerin ülkemiz yargılama sorunlarının çözümünde önemi ve etkileri ve önerilen hal çareleri çalışmamızın ilerideki bölümlerinde ele alınacaktır[974].

II. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARILARI VE GETİRDİKLERİ

A. YENİ BİR USÛL KANUNU TASARISI HAZIRLANMASI SEBEPLERİ

Temel kanunlarımızda, Avrupa Birliği Anayasası olarak kabul edilen Lizbon Antlaşması[975] düzenlemesi gereğince, yeni kanun tasarıları hazırlanarak değişiklik yapılması yoluna gidilmektedir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzun gözden geçirilmesi ve yeni bir kanun hazırlanmasına ilişkin çalışmaların öncelikle kamu yararı açısından değerlendirilmesi gereklidir. Diğer yandan, yargı reformu prensibi ışığında, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda uygulamadan kaynaklanan aksaklıkların

[972] Bu hususta ayrıntılı olarak bkz. **Türk**, Hikmet Sami: "Sosyal Hukuk Devleti", Halkevleri Dergisi, Mayıs 1974, S. 91, s. 11. Yazar, sosyal hukuk devleti kavramını, "sosyal hukuk devleti, devlet iktidarının kaba kuvvet haline gelmeden, kişi hak ve özgürlüklerinin düzenlenebilmesi ve gerekirse sınırlandırılabilmesi anlamına gelir" şeklinde açıklamıştır.

[973] **Özbek**, MİHDER, s. 927.

[974] Bkz. ileride III, B.

[975] Avrupa Anayasası oluşturulmasına ilişkin olarak 29 Ekim 2004 tarihinde Roma'da AB üye ülkeleri tarafından imzalanan Konvansiyon. Yürürlüğe girmesi tüm üye ülkeler tarafından tasdik edilmesine bağlı tutulmuştur. Bu sürecin iki yıl alacağı tahmin edilmiş ancak Fransa ve Hollanda'da yapılan referandumlar sonucu tasdik süreci gerçekleştirilememiş ve belirsizliğe girmiştir. Daha sonra revize edilmiş şekli 2007 yılında Lizbon Antlaşması olarak imzalanmış ve 27 ülke tarafında da tasdik edilmiştir. Antlaşma, 1 Aralık 2009 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Lizbon Antlaşması, Avrupa Topluluğu ve Avrupa Birliği Antlaşmalarını tadil etmektedir (http://europa.eu/lisbon_treaty/index_en.htm).

giderilmesi, davaların ucuz, basit, hızlı ve etkin görülmesinin sağlanması ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelerin, kavram ve kurumların hukuk yargılamasına yansıtılması amacıyla yeni bir kanun tasarısı hazırlanması gerekliliğinin ortaya çıkmış olduğu da bir gerçektir. Bununla birlikte yalnızca Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun tümüyle değiştirilmesi ve yeni bir kanunun yapılmasının yeterli olmayacağı da açıktır. Adalet hizmetlerinin çağdaş ülkelerdeki yargılamaya uygun hale getirilmesi ise ancak günümüz koşullarını etkileyen etkenlerin ortadan kaldırılması ve bir iyileştirme planı içerisinde orta ve uzun vadeli planlar yapılması suretiyle mümkün olabilecektir[976]. Esasen yeni kanun hazırlanmasının amacının, içinde bulunulan medenî yargılamadaki sorunların çözümü, davaların daha iyi bir şekilde, daha adil, daha çabul ve vatandaşa kolaylık sağlayacak şekilde görülmesi olduğu da ifade edilmiştir[977].

1927 yılında yürürlüğe girmiş olan 1086 Sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun dili oldukça eskimiş ve genç hukukçular tarafından anlaşılması zorlaşmış, bazı kavram ve kurumlar, Kanun'un zaman içinde değiştirilmesi sebebiyle farklı terimlerle ifade edilir hale gelmişti. Kanun'un içinde, gerek bazı maddelerin çıkarılması gerekse de yapılan değişiklikler sebebiyle boşluklar oluşmuştu. Bazı yeni prensip ve kurumlar Kanunda yer almıyordu. Öte yandan, adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi ve makûl süre içinde yargılama yapılabilmesi için Usûl Kanunu'ndaki hükümlerin uygun hale getirilmesi ve Kanunda buna engel oluşturan hükümlerin değiştirilmesi gerekiyordu. Ayrıca, mehaz Neuchatel Medenî Usûl Kanunu'nun da yürürlükten kaldırılmıştı. Bu sebeplerle, Adalet Bakanı Olur'u ile bir Komisyon oluşturularak, yargı reformu çerçevesinde olmak üzere, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda uygulamadan kaynaklanan aksaklıkları gidermek, davaların hızlı, basit, en az giderle, etkin bir biçimde görülmesi ve bir kısım uyuşmazlıkların çekişmesiz yargı sulh, uzlaşma gibi yöntemlerle çözümünü sağlamak, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri hukuk yargılamasına yansıtmak amacıyla 2006 yılında yeni bir Kanun Tasarısı

[976] **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 6 vd.; **Pekcanıtez**, HPD, 70 vd;**Yüksel**, s. 94 vd.
[977] **Yılmaz**, Ejder: "Hukuk Muhakemeleri Tasarısı Üzerine Bazı Notlar", Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 8-9 Eylül 2006, s. 173.

hazırlanmıştır[978]. Tasarı, akabinde yapılan bir takım çalışmalardan sonra ancak 16 Nisan 2008 tarihinde TBMM Başkanlığına ve oradan da TBMM Adalet Komisyonu Başkanlığına gönderilmiştir. 2008 Tasarısı incelendiğinde, esasında genel olarak TBMM'ye sevkinden önceki ilk şeklinin esas alınmış olduğu ve bu Tasarı'ya yapılmış olan eleştiriler ve değerlendirmeler sebebiyle bazı ekleme, çıkartma ve düzeltmeler yapıldığı anlaşılmaktadır[979] . Bu durum, Tasarı'nın bu şekline ilişkin olarak çok önemli bildiriler sunulmuş, yazılar ve kitaplar yayınlanmış olması sebebiyle doktrinde eleştirilmiştir. Zira, ne TBMM'ye sevkinden önceki halinde mevcut olan bir düzenlemenin 2008 Tasarısı'nda neden çıkarıldığı veya neden değiştirildiği, ne de ilâvelerin niçin yapıldığı belirtilmiştir. Doktrinde haklı olarak, 2008 Tasarısı'nda yapılan değişikliklerin gerekçelerinin Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekline ilişkin olarak yayınlanan bildiri, makale ve kitaplarda bulunacak olması sebebiyle, yeni Tasarı düzenlemelerinin anlaşılmasının daha kolay olacağı ve önceki şekle ilişkin yapılan yayınlar yok sayılarak bir yere varılmasının zor olacağı ifade edilmiştir[980]. Halihazırda Tasarı, Adalet Komisyonu'nca kabul edilmiş olup[981], TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmektedir.

B. *HUKUK MUHAKEMELERİ TASARISI'NDA ESAS ALINAN İLKELER*

Tasarının hazırlanmasında Komisyon tarafından bazı ilke ve hedefler belirlenmiştir. Öncelikle, 1086 Sayılı Kanun'un temel felsefesinin korunması ve mevcut hükümlerin değerlendirilmesi esas alınmıştır. Zira, Kanun'un yürürlüğünden bu yana oluşan 80 yıllık yargılama hukuku tecrübesi ve kültürünün yok sayılmasının doğru olmayacağı düşünülmüş, yeni bir medenî yargılama kanunu sebebiyle uygulamada

---

[978] Bkz. Genel Gerekçe, s. 2 (www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf); **Pekcanıtez**, HPD, 70 vd.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 6 vd.

[979] **Kuru**, Baki: "2008 Tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme", Legal MİHDER 2009/1, s. 13. Yazar, sanki 2006 yılında hazırlanan şekil hiç yokmuşcasına, 2008 tarihinde bir Tasarı daha hazırlanarak adeta yepyeni bir tasarıymış gibi TBMM Başkanlığına sunulmuş olduğunu eleştirmiştir.

[980] **Kuru**, MİHDER, s. 13 vd.

[981] Bu çalışmada, esas alınan Tasarı metni, Adalet Komisyonu'nun kabul ettiği metindir.

karşılaşılabilecek tereddüt ve içtihat uyuşmazlıkları önlenmek istenmiştir. Bu sebeple, Tasarı'nın esasında 1086 Sayılı Kanun'un gözden geçilmesi ve revize edilmesidir[982].

- Kanun'daki yargılama hukuku kurallarının gözden geçirilmesi, aksayan yönlerin düzeltilmesi, artık güncel olmayan ve ihtiyaca cevap vermeyen kurumların yenilenmesi, uygulamada ortaya çıkan sorunlara temel kavram ve kurumlara zarar vermeden çözümler aranması ilkesi benimsenmiştir. Ancak, yeni kavram, kurum ve kurallara da gerektikçe yer verilmiştir.
- Esaslı tartışmalara yol açmış olan sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemesi ayırımı korunmuştur.
- Güncel ve akıcı bir dil kullanılması ilkesi benimsenmiştir. Ancak yerleşmiş ve herkes tarafından anlaşılan mevcut kavram ve terimler korunmuştur. Esasen doktrin ve uygulamada genel kabul gören terimler kullanılmaya çalışılmıştır.
- 1086 Sayılı Kanun'un madde numaraları, bu Kanun'dan çıkarılmış olan madde boşlukları sebebiyle Tasarı'da korunamamıştır.
- Ayrıntılı düzenlemeler yapılmasından kaçınılmış, zorunlu olmadıkça kazuistik bir yöntem izlenmesinden kaçınılmıştır. Kuruma ve kurala atıf yöntemi kabul edilmiştir.
- Sistematik bakımından yargılama akışına uygun, takibi kolay, mantıklı, sade ve basit bir sistematik anlayışı benimsenmiştir.
- Temel bazı süreler kabul edilerek, bunlara uygun hükümler düzenlenmiştir.
- Mahkeme dışı çözüm yolları, sulh veya uzlaşmayı mümkün kılacak ve teşvik edecek bir alt yapı oluşturulması öngörülmüştür.
- Yargılamanın niteliği ile ters düşmediği ölçüde, teknik gelişme ve kolaylıklardan yararlanılması, deliller bakımından teknik gelişmelerin dikkate alınması kararlaştırılmıştır.
- Tüm hükümlerin düzenlenmesinde, hak arama özgürlüğünü genişleten, yargılama sırasındaki hakları en iyi şekilde güvence altına alacak, yargı organlarının yüceliği ve saygınlığını koruyacak ilkelere yer verilmiştir.

[982] **Pekcanıtez**, HPD, s. 71 vd.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 10 vd.

- Çekişmesiz yargıya ilişkin düzenlemelere Tasarı'da yer verilmiş, ancak alternatif uyuşmazlık çözümleri hakkında düzenleme yapılmamış, bunun Avrupa Birliği ülkelerindeki gibi ayrı bir kanunla düzenlenmesi gereği benimsenmiştir. Ancak, Tasarı'nın "Ön İnceleme" bölümünde hâkimin tarafları bu yola teşvik edebilmesi olanağına yer verilmiştir[983].

C. GENEL OLARAK 2008 TARİHLİ HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISI İLE GETİRİLEN YENİLİKLER

Çalışmamızın bu kısmında, 2008 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ile getirilen yenilikler sadece ana hatlarıyla çok genel olarak ele alınacaktır[984]:

1. Tasarı'da görev ile ilgili bir yenilik getirilmemiş, ancak 1086 Sayılı Kanun'un buna ilişkin maddelerinde tereddüt edilen hususlara açıklık getirilerek, uygulamada kısmî dava açılmasında görevin belirlenmesindeki bazı zorluklar aşılmaya çalışılmıştır[985]. Görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olduğu açıkca yazılmıştır[986].

2. İflas davaları dışında, konkordato ve uzlaşma suretiyle sermaye şirketlerinin yeniden yapılandırılması da sulh hukuk mahkemelerinin görevi dışında tutulmuştur[987].

3. Bir yenilik olarak yetki sözleşmelerinin sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılması kabul edilmiştir. Tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında arasındaki uyuşmazlıklar bakımından bir veya birden fazla mahkemenin yetkili kılınabilmesi ve aksi kararlaştırılmadıkça davanın sadece sözleşmeyle belirlenen mahkemelerde

---

[983] Bkz. Genel Gerekçe, s. 3 vd.

[984] Genel Gerekçe s. 3 vd. ve ayrıca bkz. **Budak**, Ali Cem: Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, 2. Baskı, İstanbul 2009, s. 1 vd.

[985] Kısmi dava açılırken, çoğu zaman kısmî dava açan kişinin saklı tuttuğu kısmın çekişmeli olup olmadığını bilmesinin mümkün olmaması sebebiyle, Tasarı'da basit bir düzenleme yapılarak, alacağın saklı tutulan kısmı da gözönüne alınarak görevli mahkemenin belirlenmesi öngörülmüştür (Genel Gerekçe, s. 5).

[986] Genel Gerekçe, s. 5; **Budak**, Tasarı, s. 10; **Pekcanıtez**, HPD, s. 73 vd.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 17 vd.; **Tanrıver**, Süha: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 1 ila 122. Maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçevede Değerlendirilmesi", AÜHFD, Y. 2008, C. 57, Sa. 3, s. 636.

[987] Genel Gerekçe, s. 5; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 187; **Pekcanıtez**, HPD, s. 73 vd.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 18; **Budak**, Tasarı, s. 10.

açılabilmesi düzenlenmiştir. Bu açıdan olumsuz yetki sözleşmesinin tacirler veya kamu tüzel kişileri bakımından yapılabilmesi öngörülmüştür[988].

4. 1086 Sayılı Kanun'da da düzenlenmiş olan yargılamaya hakim olan ilkelerin daha açık ifade edilmesi yanında, uygulamada kabul edilen, "hukuki dinlenilme hakkı", "yargılamanın sevk ve idaresi", "dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü" gibi yeni ilkeler de Tasarı'da düzenlenmiştir. Aleniyet ilkesi, Anayasa ve AİHS m. 6'ya uygun hale getirilmiştir[989].

5. Tasarı'da hakimlerin sorumluluğu düzenlenmiş ve hakimlerin fiillerinden dolayı Devlet'in birinci derecede sorumluluğu düzenlenmiştir[990].

6. Asli müdahale[991], davaya müdahale maddeleri arasında düzenlenmiştir[992].

7. Dava çeşitleri ve dava şartları ile ilgili yeni hükümler getirilmiştir. Eda, tespit ve inşai davalar dışında, yeni olarak kısmî dava, davaların yığılması, terditli dava, seçimlik dava ve topluluk davası düzenlenmiştir. Dava şartları genel olarak sayılarak, incelenmiştir. Derdestlik dava şartı haline getirilmiştir[993].

8. Tasarı'da ilk itirazların sayısı azaltılmıştır. Dava ve cevap dilekçelerindeki eksikliklerin ilk itiraz olarak ileri sürülmesi kaldırılmış, eksikliğin süre verilerek tamamlanması, tamamlanmadığı takdirde, davanın açılmamış sayılması sonucuna tâbi kılınmıştır. Davaların birleştirilmesi de ilk itiraz olarak kabul edilmemiştir. Ayrıca davaların ayrılması ve birleştirilmesi, daha açık ve tereddütleri ortadan kaldıracak şekilde ele alınmıştır[994].

---

[988] Genel Gerekçe, s. 5; **Budak**, Tasarı, s. 10; **Pekcanıtez**, HPD, s. 74.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 19; **Tanrıver**, AÜHFD 2008, s. 641 vd.

[989] **Pekcanıtez**, HPD, s. 74 vd.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 19; **Tanrıver**, AÜHFD 2008, s. 643.

[990] Genel Gerekçe, s. 5; **Budak**, Tasarı, s. 10; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 189; **Pekcanıtez**, HPD, s. 74.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 19; **Tanrıver**, AÜHFD 2008, s. 646.

[991] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995, s. 14 vd.

[992] Genel Gerekçe, s. 5; **Tanrıver**, AÜHFD 2008, s. 649.

[993] Genel Gerekçe, s. 5; **Budak**, Tasarı, s. 11; **Pekcanıtez**, HPD, s. 74.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 20; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 190; **Tanrıver**, AÜHFD 2008, s. 656 ve 661 vd.

[994] Genel Gerekçe, s. 6; **Budak**, Tasarı, s. 11; **Pekcanıtez**, HPD, s. 74.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 20; **Özekes**, Muhammet: "Hukuk Muhakemesi Tasarısı'nda Yargılama Usûlleri Bakımından Getirilen Yeniliklere Genel Bir Bakış", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009, s. 786; **Tanrıver**, AÜHFD 2008, s. 664.

9. 1086 Sayılı Kanun'da "hadise" olarak düzenlenen ön sorun, Tasarı'da ön sorun olarak düzenlenmiş ve bekletici sorun ile ilgili ise yeni düzenleme getirilmiştir. Böylece, ikisi arasındaki fark ortaya konulmuştur[995].

10. İsticvaba ilişkin açık düzenleme yapılarak, daha etkin kullanılmasına imkân tanınmıştır. Islah konusu yeniden ele alınarak, tarafların sadece bir kez ıslaha başvurabileceği, ıslahın tahkikatın sonuna kadar yapılabileceği, ıslahın etkisi, kısmen ve tamamen ıslah ile kötüniyetli ıslahın sonuçları düzenlenmiştir[996].

11. Önemli bir yenilik olarak, dava dilekçesinin mahkemeye sunulması esnasında, açılan davadan kaynaklanan yargılama giderlerinin yaklaşık olarak hesaplanarak davacıdan peşin olarak tahsili bakımından, davanın açılmasıyla davacıdan avans alınması düzenlenmiştir[997].

12. Yargıtay kararlarında tartışmalı olan iradi taraf değişikliği Tasarı'da kabul edilmiş, karşı tarafın açık rızasına bağlı olarak mümkün kılınmıştır (m. 129)[998].

13. Dava konusunun devri, davacı ve davalı arasında farklı sonuçları olacak şekilde düzenlenmiştir (m. 130). Müddeabihin davacı tarafından devri halinde, devralanın davacının yerine geçerek davaya devam etmesi kabul edilmiştir[999].

14. Hukukumuz bakımından en önemli yenilik, Tasarı'da dilekçelerin verilmesi aşamasından sonra ve tahikattan önce olmak üzere, yargılamamıza "ön inceleme" aşaması getirilmiş olmasıdır[1000].

15. İddia ve savunmanın genişletilmesi konusu yeniden düzenlenmiş, dilekçelerin verilmesi aşamasında, diğer bir deyişle dava, cevap, replik ve düplik dilekçeleri aşamalarında tarafların serbestçe iddia ve savunmalarını genişletip, değiştirebilmeleri kabul edilmiştir. Ön inceleme aşamasında ise karşı tarafın muvafakatı aranmış, bu aşamaya taraflardan birnin mazeretsiz gelmemesi halinde, gelen tarafın karşı

---

[995] Genel Gerekçe, s. 6; **Budak**, Tasarı, s. 11; **Pekcanıtez**, HPD, s. 74.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 20; **Özekes**, Armağan, s. 786.
[996] **Özekes**, Armağan, s. 787.
[997] Genel Gerekçe, s. 6; **Budak**, Tasarı, s. 11; **Pekcanıtez**, HPD, s. 75.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 21; **Özekes**, Armağan, s. 785.
[998] **Budak**, Tasarı, s. 12; **Pekcanıtez**, HPD, s. 75.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 21; **Özekes**, Armağan, s. 785.
[999] **Özekes**, Armağan, s. 785.
[1000] Genel Gerekçe, s. 6; **Budak**, Tasarı, s. 12; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 192; **Pekcanıtez**, HPD, s. 75.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 21; **Özekes**, Armağan, s. 785.

tarafın muvafakatı aranmaksızın iddia ve savunmasını genişletip, değiştirmesi kabul edilmiştir. Ön inceleme aşamasından sonra ise yasak olup, ancak ıslah ve karşı tarafın muvafakatı ile mümkündür[1001].

16. İspat hakkı, ispat yükü ve karşı ispatla ilgili yeni hükümler getirilmiştir. Tasarı'da "senet" yerine "belge ve senet" ibaresine yer verilmiş, delil olarak belge ve senet düzenlenmiştir. Böylece ilk defa hukukumuzda belge ve senet kavramları birbirinden ayrılarak, belge bir üst kavram olarak düzenlenerek, senet kavramını da içine almıştır. Belge ve senet arasında bir ayırım yapılarak, senetle ispat hükümleri yeniden düzenlenmiştir. Hukuki işlemlerin belli bir miktar ve değerin üzerinde olması halinde senetle ispat kuralı korunmuştur. Tamamlayıcı yemine Tasarı'da yer verilmemiş, takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde, hâkimin kanaatini yemin yerine diğer delillerle tamamlaması kabul edilmiştir. Tanıkla ilgili hükümlerde önemli bir değişiklik yapılmamış, bilirkişiye ilişkin olarak ise, bilirkişi Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi kabul edilerek, kasten ve ağır kusuru sonucu düzenlediği gerçeğe aykırı raporun karara esas alınması nedeniyle zarar gören kişilerin devlete karşı sorumluluk davası açabileceği düzenlenmiştir. Keşif ile ilgili olarak, keşfin sadece taşınmazlara ilişkin olmadığı daha açık olarak düzenlenerek, keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin düzenleme getirilmiştir[1002].

17. Seri ve sözlü yargılama usûlleri kaldırılarak, sadece basit yargılama usûlü düzenlenmiştir. Basit yargılama usûlünde, dilekçe aşamasında sadece dava ve cevap dilekçesi verilmesi düzenlenmiş, replik ve düplik çıkartılmıştır[1003].

18. Kanun yollarına ilişkin olarak, Tasarı'da istinaf ve temyiz ile ilgili hükümler aynen korunmuştur[1004].

19. Tasarı'da ilk defa geçici hukuki koruma kavramı yer almıştır. Geçici hukuki korumalar, ihtiyati tedbir ve delil tespiti yeniden düzenlenmiştir[1005].

[1001] **Yılmaz**, Toplantı V, s. 193; **Özekes**, Armağan, s. 786.
[1002] Genel Gerekçe, s. 7, 8 vd.; **Budak**, Tasarı, s. 13; **Pekcanıtez**, HPD, s. 76.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 24 vd.
[1003] Genel Gerekçe, s. 9; **Budak**, Tasarı, s. 16; Özekes, Armağan, s. 787; **Pekcanıtez**, HPD, s. 77.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 27.
[1004] Genel Gerekçe, s. 9; **Budak**, Tasarı, s. 16; Yılmaz, Toplantı V, s. 196; **Pekcanıtez**, HPD, s. 77.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 28.

20. Tasarı ile getirilen uzman görüşü, bu güne kadar Batı ülkelerinde varolan ve uygulamamızda ortaya çıkan bazı tereddütlere son verecek olması açısından getirilmiş bir düzenlemedir[1006].

21. Tasarı'da tahkim hükümleri, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu esas alınarak düzenlenmiştir. Böylece, millî ve milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki fark önlenerek, 4686 Sayılı Kanun ile bir kaç istisna dışında esas alınmış olan Uncitral Tahkim Kuralları, iç tahkim bakımından benimsenmiştir[1007].

22. Tasarı'da, özellikle duruşmanın düzeninin "disiplin hapsi" ve "disiplin para cezası" düzenlenmiştir.

D. 2008 TARİHLİ HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISI VE TASARI'NIN MECLİSE SEVKİNDEN ÖNCEKİ ŞEKLİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Doktrinde 2008 Tasarısı ve TBMM'ye sevkinden önceki şekli, yeni hükümlerin eski hükümler ile uyumlu olması ve bir sistem içinde düzenlenmiş olması, hatta ilk maddesi ile son maddesi arasında bir uyum bulunması, bu durumun esasında da bir kalemden çıkmış izlenimi vermesi, madde gerekçelerinin gerçekten madde hükmünü açıklayıcı netlikte olması, çoğunlukla 1086 Sayılı eski Kanun'un ilgili maddelerinin de zikredilmiş olması, madde numaralarının eğiştirilmiş olması, dilinin güncel ve akıcı, anlaşılır ve öz Türkçe olması gibi sebeplerle genel olarak olumlu bulunmuştur[1008]. Genel olarak yargılamaya hâkim olan ilkeler (Tasarı m. 30-39), asli müdahale (Tasarı m. 71), dava çeşitleri (Tasarı m. 111-119), dava şartları (Tasarı m. 120-121), avans ödemesi (Tasarı m. 126), ön inceleme (Tasarı m. 143-148), ön sorun ve bekletici sorun (Tasarı

[1005] Genel Gerekçe, s. 10; **Budak**, Tasarı, s. 17; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 196; **Pekcanıtez**, HPD, s. 77; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 28.
[1006] **Yılmaz**, Toplantı V, s. 195.
[1007] Genel Gerekçe, s. 11; **Budak**, Tasarı, s. 18; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 196 vd.; **Pekcanıtez**, HPD, s. 78.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 30;
[1008] **Kuru,** Toplantı V, s. 59; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 179, 183 ve 197.

m. 169-171), uzman görüşü (Tasarı m. 299), çekişmesiz yargı (Tasarı m. 388-394)[1009], sözlü ve seri yargılama usûllerinin kaldırılmış olması, derdestliğin dava şartı olması (Tasarı m. 120/1-ı) gibi düzenlemelerin olumlu olduğu ifade edilmiştir[1010]. 2008 Tasarısı'na ilişkin olarak da doktrinde aynı olumlu eleştirilerde bulunulmuştur[1011]. Bununla birlikte, kanunun adının "Hukuk Muhakemeleri Kanunu" olarak değiştirilmesi ve 1086 Sayılı Kanun'da yeralan süre karmaşasına son verilme şansının Tasarı'da iyi kullanılamamış olması eleştirilmiştir[1012]

2. 2008 Tarihli Tasarı ve Tasarı'nın TBMM'ye Sevkinden Önceki Şeklinin Bazı Maddelerinin Esas Bakımından Değerlendirilmesi

2008 Tasarısı ve TBMM'ye sevkinden önceki şekli birlikte ele alındığında;

a. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekline ilişkin olarak sulh–asliye mahkemesi ayırımının kaldırılması ve tek bir hüküm mahkemesi sisteminin benimsenmesi gerektiği, bunun hâkim açığını azaltacağı belirtilmişse de, 2008 Tasarısı'nda bu ayırımın aynen korunmuş olduğu görülmektedir[1013].

b. Görevin kamu düzeninden olması ancak bunun davaların uzamasına sebep olmaması gerektiği ve hatta görevin kamu düzeninden olması ve dava şartı olmasının çok katı uygulanmaması gerektiği ve hiç olmazsa 1086 Sayılı HUMK'un 7. maddesinin son fıkrası hükmünün korunması gerektiği belirtilmiş; ancak 2008 Tasarısı'nda öneriler doğrultusunda herhangi bir değişiklik yapılmamış olduğu görülmektedir.

c. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklin 22 ve 23. maddelerindeki yetki sözleşmesi ile ilgili hükümlerden, 23. maddedeki tacirler ve kamu tüzel kişileri dışındaki kişiler arasındaki yetki sözleşmesinin geçerli olmaması gerektiği görüşü doktrinde ileri sürülmüştür[1014]. Bu görüş 2008 Tasarısı'nda dikkate alınmış ve 23. madde 2008

[1009] **Yılmaz**, çekişmesiz yargı ile ilgili hükümler konulmasını ilke olarak yerinde bulmakla birlikte, benimsenmiş bulunan kazuistik sistemin yanıltıcı olabileceğini ve bu nedenle doğru bulmadığını belirtmektedir (**Yılmaz**, Toplantı V, s. 196).
[1010] **Kuru**, Toplantı V, s. 60, **Yılmaz**, Toplantı V, s. 195.
[1011] **Kuru**, MİHDER, s. 14 vd.
[1012] **Yılmaz**, Toplantı V, s. 180.
[1013] **Kuru**, Toplantı V, s. 63; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 185.
[1014] **Kuru,** Toplantı V, s. 63. vd.; **Yılmaz**, Toplantı, s. 187.

Tasarı'sından çıkarılmış olup, böylece tacirler ve diğer kamu tüzel kişileri dışındaki kişiler arasında yetki sözleşmesi yapılamayacağı esası getirilmiş olmaktadır[1015].

d. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekilde benimsenen (m. 52) hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açılması ikesi ve sonradan Devlet'in hâkime rücu etmesi ve Devletle hâkimin hasım olması durumu yadırganacak bir durum olduğu gibi, yargının güvenilirliğini de zedeleyeceği ifade edilerek, bu düzenlemenin hâkimin sorumluluğu davalarını teşvik edeceği ve rücu bakımından eşitsizliklere sebep olacağı belirtilmiştir. Hâkimlerin hukukî sorumluluğu için, 1086 Sayılı HUMK'da olduğu gibi hâkimlere karşı dava açılabilmelidir[1016]. 2008 Tasarısı'nda aynı düzenleme muhafaza edilerek, Bölge İdare Mahkemesi hâkimleri de 52. madde metnine ilâve edilerek, 53. maddenin son fıkrasına mahkemenin açılan tazminat davasında ilgili hâkime re'sen ihbarda bulunacağı hükmü eklenmiştir[1017].

e. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekil ile avukat ile temsil zorunluluğu (m. 77) getirilmiştir. Ancak doktrinde düzenlemenin öncelikle Anayasa'ya uygunluğu bakımından değerlendirilmesi gerekliliği[1018] ve diğer taraftan da adlî yardım kurumunun yeterince işlemediği ülkemizde adlî yardımın yeterli olmayabileceği, avukat bulunmayan yerlerde nasıl uygulanacağı ve az avukat bulunan yerlerde zor işleyebileceği ve 50.000 lira sınırının az olduğu ve hatta aile ve tüketici mahkemelerinin de istisnalara dahil edilmesi gerektiği gibi nedenlerle eleştirilmiştir[1019]. 2008 Tasarısı'nda avukat ile temsil zorunluluğuna ilişkin bu madde çıkarılmış, ancak Tasarı gerekçesinde ne sebeple çıkartılmış olduğu belirtilmemiştir[1020].

[1015] **Kuru,** MİHDER, s. 17 vd.; **Pekcanıtez**, HPD, s. 74.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 19; **Tanrıver**, AÜHFD 2008, s. 641 vd.

[1016] **Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Yıldırım**- Deren, Nevhis: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu, 2006, s. 41; **Kuru**, Toplantı V, s. 65; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 189. Yazar hâkimin hukuki sorumluluğu konusunda yapılan düzenlemeye tamamen katıldığını ancak mevcut m. 573/7'de yeralan "memuriyet vazifesini yapmakta ihmal ve terahi gösterilmesi veya kanuna göre verilen emirlerin makbul bir sebep olmaksızın yapılmaması" sebebinin Tasarı'da yeralmamasının adil yargılanma bakımından bir eksiklik olduğunu belirtmiştir.

[1017] **Budak**, Tasarı, s. 10; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 189; **Pekcanıtez**, HPD, s. 74.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 19; **Tanrıver**, AÜHFD 2008, s. 646.

[1018] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 49.

[1019] **Kuru**, Toplantı V, s. 65; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 189. Bu hususta tartışmalar için bkz. Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Üzerine Tartışmalar ve Genel Değerlendirme, s. 242.

[1020] **Kuru**, MİHDER, s. 19.

f. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekil m. 98'de yeralan, sürelerin gün olarak belirlenmiş olduğu durumlarda, "tebliğ veya tefhim edildiği günün hesaba katılmayacağı" ve son günün tatil saatinde biteceği yönündeki düzenlemenin, "ilk günün hesaba katılmayacağı" şeklinde düzeltilmesi gerektiği ifade edilmiş[1021], ancak 2008 Tasarısı'nda bu hususta değişiklik yapılmadığı belirtilmiştir[1022].

g. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekilde m. 112'de tespit davası düzenlemesinin yerinde bir düzenleme olduğu, ancak madde metninde kullanılan hak ve hukukî ilişki kavramlarının birlikte kullanılmasının gerekli olmadığı belirtilmiş[1023] ancak 2008 Tasarısı'nda bunun gözönüne alınmadığı ifade edilmiştir[1024].

h. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekil m. 118'de yeni bir kurum olarak düzenlenen grup davası 2008 Tasarısı'nda topluluk davası adını almış, ancak gerekçesinin ayrıntılı olmaması ve muğlak olması gibi nedenlerle eleştirilmiştir[1025].

ı. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekli ile azaltılan ilk itirazlar (m. 121) ve dava şartı haline getirilen derdestlik yerinde bulunmuştur[1026]. Ayrıca niteliği itibariyle bir savunma olan tahkim ilk itirazının ilk itiraz olarak düzenlenmesi isabetli bulunmuştur[1027].

i. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekil m. 123 ile davanın açılma zamanının yönetmeliğe bırakılması, 1086 Sayılı HUMK'da olduğu gibi ilkenin belirlenmemesi tereddütle karşılanmış[1028], dava açılması anının önemi gözönüne alındığında, bu konunda açık bir hükmün getirilmesi gerektiği belirtilmişolmasına rağmen[1029], 2008 Tasarısı'nda bu tereddütlerin giderilmemiş olduğu ve dahası 123. maddeye 2. fıkra eklenerek, dava dilekçesinin kaydına ilişkin hususların da yönetmelikte belirleneceği belirtilmiştir[1030]. TBMM'ye sevkinden önceki şeklin 124. maddesi 2. fıkrası, ğ bendine göre davacının dava dilekçesinde gösterdiği talep sonucunu mahkeme

[1021] **Kuru**, Toplantı V, s. 66.
[1022] **Kuru**, MİHDER, s. 27.
[1023] **Kuru**, Toplantı V, s. 67.
[1024] **Kuru**, MİHDER, s. 28.
[1025] **Kuru**, MİHDER, s. 28.
[1026] **Kuru**, Toplantı V, s. 67; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 190.
[1027] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 64.
[1028] **Kuru**, Toplantı V, s. 68.
[1029] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 70.
[1030] **Kuru**, MİHDER, s. 29.

açık görmezse, tarafa 7 günlük süre vererek talep sonucunu açık hale getirmesini ve getirilmediği takdirde, dava açılmamış sayılacaktır. Ancak mahkemenin dava açılma anında nasıl bir inceleme yaparak bu sonuca varacağı belli olmadığı için ve talep sonucunun açık olmadığı hususunun dinlenilmesine gerek görülmeden tarafa bildirilmesi ve buna önemli usûlî sonuçlar bağlanması ve bu durumun yargılama hukuku esasları ve adil yargılanma ile bağdaşmaması sebebiyle bu düzenleme eleştirilmiştir[1031]. Diğer yandan Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekil m. 124/II'de dava dilekçesindeki eksikliklerin tamamlanması için davacıya verilen süre kesin olarak nitelendirilmişken, m. 135'de cevap dilekçesindeki eksikliklerin tamamlanması için davalıya verilen sürenin kesin olduğu belirtilmemiştir[1032]. 2008 tarihli Tasarı'da bu düzeltme yapılmamıştır. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekil m. 125'de yeralan yargılama giderlerinin avans olarak yatırılmasının zorunluluk haline getirilmesi yerinde bulunmuştur. Bu düzenleme 2008 tarihli Tasarı'da da yeralmıştır[1033].

j. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklin 131 vd. maddeleri, HUMK 200. maddenin 1. fıkrasında olduğu gibi, davalının dava dilekçesindeki vakıaların her biri hakkında aynı sıra numarası ile cevap vermesi düzenlemesi bulunmaması sebebiyle eleştirilmiştir[1034]. 2008 Tasarısı'nda da bu düzenlemenin getirilmediği görülmektedir[1035].

k. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekil'de m. 144, 146/1 ve 146/2 ile, tarafların ikinci dilekçeleri HUMK hükümlerinden tamamen farklı bir niteliğe büründürülmüş[1036], iddia ve savunmanın genişletilmesinin cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesinde mümkün olduğu, ön inceleme aşamasında ise karşı tarafın muvafakatı ile mümkün olduğu, ön inceleme aşamasından sonra ise artık mümkün olmadığı ancak ıslah yolu ile mümkün göründüğü belirtilmiştir[1037]. Doktrinde bu şekilde anlaşılmanın değiştirilmesi gerektiği belirtilmiştir[1038]. Bu durumda davayı değiştirme yasağının, HUMK m. 185/2 ile karşılaştırıldığında, dava ikamesinin usûlî sonuçlarından biri

[1031] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 70.
[1032] **Yılmaz**, Toplantı V, s. 191.
[1033] **Yılmaz**, Toplantı V, s. 190.
[1034] **Kuru**, Toplantı V, s. 69.
[1035] **Kuru**, MİHDER, s. 30.
[1036] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 72.
[1037] **Kuru**, Toplantı V, s. 71.
[1038] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 72.

olmaktan çıkarılmış olduğu ifade edilmiştir[1039]. Islah ile zamanaşımı def'inin ileri sürülemeyeceği hususunun ise hiç olmazsa Tasarı gerekçesinde açıklanmasının faydalı olacağı da belirtilmiştir[1040]. 2008 Tasarısı'nda gerekçesinde yapılan kısa açıklamanın yeterli olmadığı belirtilmiştir[1041]. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklinde düzenlenmiş ve 2008 Tasarısı'nda da korunan 146. madde metninin ilginç bir ödül düzenlemesi getirdiği görülmektedir. Buna göre dilekçelerin teati edilmesinden sonra, ön inceleme oturumuna taraflardan birinin mazeretsiz olarak gelmemesi halinde, diğer taraf iddiasını veya savunmasını serbestçe yeniden değiştirebilecektir. Gelmeyen tarafın bunun sonuçlarına katlanması doğal görüldüğü halde, ancak bu durumun karşı tarafın ödüllendirilmesi için bir sebep olamayacağı bakımından eleştirilmiştir[1042].

l. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklin 142-147. maddelerinde düzenlenen ve 2008 Tasarısı'nda da yeralan ön inceleme olumlu ve kapsamlı bir düzenleme olarak nitelendirilmiş, ancak bunun için hâkimin ön inceleme oturumundan önce dosyayı çok iyi incelemiş ve davaya çok iyi hazırlanmış olması gerektiği, bunun için de mahkemelerin iş yükünün azaltılması yanında, hâkimlere destek olmak üzere hâkim yardımcılığı düzenlemesine yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir[1043]. Karmaşık davalarda ön incelemeyi düzenleyen hükümlerin ciddi güçlükler yaratacağı, tek bir celsede dava şartlarının, ilk itirazların karara bağlanması, uyuşmazlık konularının tam olarak belirlenmesi ve tarafların sulhe teşvikinin güçlük arzedeceği ifade edilmiştir[1044]. 2008 Tasarısı'nda bu eleştiriler dikkate alınmamış ve ön incelemeye ilişkin hükümlerde bir değişiklik yapılmamıştır. Diğer yandan, Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklinin 146. maddesinde, iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağının dilekçeler aşamasından sonra başlatıldığı, bunun esasında ilke olarak tamamen çıkartılması ve

[1039] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 72.
[1040] **Kuru**, Toplantı V, s. 71.
[1041] **Kuru**, MİHDER, s. 32.
[1042] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 72.
[1043] **Kuru**, Toplantı V, s. 72; **Budak**, Tasarı, s. 12; **Pekcanıtez**, HPD, s. 75.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 21; **Özekes**, Armağan, s. 785; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 192. Yazar, ön incelemenin önemi ve fiilen işleyişinin sağlanması için, ön incelemeye ilişkin hükümlere uyulmaması halinde, bu durumun hâkimin sorumluluğu sebeplerinden biri olarak Kanun'da yeralması gerektiğini belirtmiştir .
[1044] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 73.

hâkim tarafından uygun görülmesi halinde her zaman mümkün olması gerektiği doktrinde belirtilmiştir[1045].

m. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklin 152. maddesinde dava ve cevap dilekçelerinin verilmesinden sonra tarafların duruşmaya davet edileceği düzenlenmiştir. Oysa ki, Tasarı'nın 144. maddesinde dilekçelerin karşılıklı verilmesinden ve dava şartları ve ilk itirazlar incelendikten sonra tarafların ön inceleme oturumuna davet edilecekleri düzenlemesi yeralmıştır. Bu konudaki eleştirilerden sonra[1046], 2008 Tasarısı'nda 152. madde düzeltilmiştir. TBMM'ye sevkinden önceki şekilde yeralan dosyanın işlemden kaldırılmasına ilişkin 155. madde, HUMK m. 409'un karşılığıdır ve esas hakkındaki duruşmaya gelmeme halinde uygulanacak gibi görünmektedir[1047]. Ancak burada ön inceleme oturumuna iki tarafın gelmemesi halinde dosyanın işlemden kaldırılıp kaldırılmayacağı konusunun muğlak bırakılmış olduğu ve 2008 Tasarısı'nın 155. maddesinde ve gerekçesinde de aydınlatılmadığı belirtilmiştir[1048].

n. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklin 170. maddesinde ayrı yargı çevrelerindeki mahkemelerde davaların birleştirilmesi ilk itiraz olmaktan çıkarılmış ve her zaman talep edilebilmesi düzenlenmiştir. Birleştirme kararı istinaf ve temyiz de edilebileceğinden davaları çok uzatacağı belirtilerek, ilk itiraz olarak kalmasının uygun olduğu ileri sürülmüştür[1049]. Ancak 2008 Tasarısı'nda da bu görüşler dikkate alınmamış ve aynı düzenleme yeralmıştır.

o. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekilde yeralan ıslah ile ilgili 180. madde düzenlemesi eskisine göre daha açık olmakla birlikte, ıslah ile zamanaşımı def'inin ileri sürülüp sürülemeyeceği ve bozmadan sonra ıslahın mümkün olup olmadığı gibi cevapsız bırakılan meseleler mevcut olduğu ve bunların gerekçede mutlaka belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir[1050]. Ayrıca madde metninde ıslah yolu ile davanın taraflarının değiştirilemeyeceği ifadesine yer verilmediği ve gerekçede de buna ilişkin

---

[1045] **Yılmaz**, Toplantı V, s. 193. Yazar, iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağının kaldırılması halinde ıslah kurumuna da gerek kalmayacağınıa, esasında İsviçre'nin bir iki kantonu ile Anglosakson ülkeleri dışında, Batı ülkelerinde bu kurumun varolmadığını belirtmiştir.
[1046] **Kuru**, Toplantı V, s. 74; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 94.
[1047] **Kuru**, Toplantı V, s. 74; **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 96.
[1048] **Kuru**, Toplantı V, s. 74; **Kuru**, MİHDER, s. 35.
[1049] **Kuru**, Toplantı V, s. 74.
[1050] **Kuru**, Toplantı V, s. 74.

bir açıklama yapılmadığı belirtilmiştir[1051]. 2008 Tasarısı'nın 180. madde gerekçesinin sonuna zamanaşımının ilk itiraz olmayıp ıslah yolu ile de ileri sürülebileceğinden tereddüt etmemek gerekir şeklinde bir ifade eklenmiştir[1052].

ö. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekilde Tahkikatın Sona Ermesi ve Sözlü Yargılama başlığını taşıyan 188-190. maddelerinin 298. maddeden önce gelmesi gerektiği, zira 190. madde 2. fıkradan sonra bir kopukluk olduğu ve hiç olmazsa bu fıkraya "….hükmünü tefhim eder" cümlesinin eklenmesi gerektiği belirtilmiştir[1053]. 2008 Tasarısı'nda da bu fıkraya sözkonusu ekleme yapılmıştır. Ayrıca 190. madde 2. fıkra bakımından, taraflara sözlü yargılama oturumunda son diyeceklerini yazılı bir layiha ile verme imkanı verilmesine ilişkin düzenleme yapılması konusundaki öneriler, 2008 Tasarısı'nda da dikkate alınmamıştır[1054].

p. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklinin 191 vd maddelerinde "ispat ve deliller" konusu günün ihtiyaçları çerçevesinde yeniden ele alınmıştır; ancak doktrinde bazı yazarlarca, Batı ülkelerinin çoğunda olduğu gibi, her türlü delilin serbestçe değerlendirilmesi olanağının getirilmemiş olması eleştirilmiştir[1055]. 193. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağına ilişkin hükmün işi uzatması ihtimali ve giderek senetle ispat zorunluluğunu zora sokabileceği düşüncesi ile eleştirilmiştir[1056]. Doktrinde bazı yazarlarca ise, fıkranın başına kural olarak ibaresinin konulması suretiyle hayat olaylarının zorunlu kılması nedeniyle istisnaların tanınması gerekebileceği, karşılaştırmalı hukukta dahi bu deliller açısından katı kurallar getirilmekten çekinildiği ve gri bir alan tanınmasının zorunlu olduğu görüşünün egemen olduğu belirtilmiştir[1057]. Ancak 2008 Tasarısı'nda da bu görüşlere itibar edilmemiştir. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklinin 203. maddesinde belge kavramının

---

[1051] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 107.
[1052] **Kuru**, MİHDER, s. 35.
[1053] **Kuru**, Toplantı V, s. 75.
[1054] **Kuru**, MİHDER, s. 36.
[1055] **Yılmaz**, Toplantı V, s. 194. Bu hususta tartışmalar için ayrıntılı olarak bkz. Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Üzerine Tartışmalar ve Genel Değerlendirme, s. 243.
[1056] **Kuru**, Toplantı V, s. 75.
[1057] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 114.

kanunda açıkca düzenlenmesinin gerekli olmadığı, bunun senetle ispat zorunluluğunu zora sokabileceği düşüncesi ile eleştirilmiştir[1058]. 2008 Tasarısı'nda ise bu eleştirinin dikkate alınmadığı görülmektedir[1059].

r. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklinde m. 270-291 arası bilirkişi incelemesine ayrılmıştır. Bilirkişilik kurumu uygulamanın kanayan yarası olduğu için, sözkonusu hükümler önemli ölçüde bu konudaki eleştirilere itibar edilerek hazırlanmıştır[1060]. Bilirkişiye ilişkin 270. maddesi hükmü HUMK'daki 275. maddeyi karşılamaktadır. Maddeye "hukuk dışında" ibaresi eklenerek, hâkimlerin hukuk bilirkişisi kullanmaları engellenmeye çalışılmıştır[1061]. Ancak HUMK 281/2'de yeralan, bilirkişilerin birden fazla olması halinde aralarında görüşecekleri hükmü Tasarı'da yeralmamıştır. Bu düzenlemenin yeralamasının gerekli ve çok önemli olduğu, hatta bilirkişilerden birinin hazırladığı raporun diğer bilirkişilere imzalatılması halinde bunun gerçeğe aykırı sayılması ve bilirkişilerin sorumluluğuna gidilmesi gerektiği ifade edilmiştir[1062]. Ancak doktrindeki bu görüşlere 2008 Tasarısı'nda itibar edilmediği görülmektedir[1063].

s. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklin 297. maddesi yeni bir hüküm olan uzman görüşünü düzenlemektedir. Tasarının gerekçesinde Anglo-Sakson kökenli bir kurum olan taraf bilirkişisi veya uzman tanık kurumunun hüküm altına alındığı belirtilmiştir. Buna göre, bir taraf davanın her aşamasında uzman görüşü sunabilecek, karşı taraf da buna karşı bir uzman görüşü sunabilecektir. Bu durum doktrinde bazı yazarlarca uygulamada ortaya çıkan bazı tereddütleri gidermesi açısından olumlu bulunurken[1064], dosyanın incelenmesini güçleştireceği ve bilirkişi incelemesini uzatacağı düşünülerek diğerleri tarafından eleştirilmiştir[1065]. Diğer taraftan doktrinde bu düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı, zaten HUMK bünyesinde yüksek miktarlı davalarda

---

[1058] **Kuru**, Toplantı V, s. 75.
[1059] **Kuru**, MİHDER, s. 36.
[1060] **Yılmaz**, Toplantı V, s. 194 vd.
[1061] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 143.
[1062] **Kuru**, Toplantı V, s. 76. Bu hususstaki tartışmalar için bkz. Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Üzerine Tartışmalar ve Genel Değerlendirme, s. 240.
[1063] **Kuru**, MİHDER, s. 37.
[1064] **Yılmaz**, Toplantı V, s. 195.
[1065] **Kuru**, Toplantı V, s. 77.

tarafların bir ya da birden çok uzmandan mütalaa aldıkları belirtilmiştir. 297. madde 2. fıkrada uzman kişinin çağrıldığı oturumda hâkim ve tarafların sorularına muhatap olabileceği, bu durumun bünyesinde Anglo-Amerikan hukuk sisteminde olduğu gibi çapraz sorgulamayı ve tarafların dava öncesinde delil getirmesini barındırmayan Türk yargılama hukuku ve kültürü açısından sakıncalı olduğu ifade edilmiştir[1066]. Bu eleştirilere rağmen 2008 Tasarısı'nda bu hükümlerin aynen muhafaza edildiği görülmektedir.

ş. HUMK m. 237/1'de yeralan kesin hükmün ancak konusunu teşkil eden husus hakkında geçerli olacağına ilişkin düzenlemesi Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekilde kesin hükmü düzenleyen 307. maddeye alınmamıştır. Bu hükmün Tasarı'ya konulmasının gerekli olduğu şiddetle belirtilmiştir[1067]. Ancak 2008 Tasarısı'nda da bu hükme yer verilmemiş olduğu ve bunun sebebi Tasarı'da HUMK 237/2'de bu hususun daha açık ifade edilmiş olması sebebiyle 237/1'e gerek olmadığı şeklinde açıklandığı ancak bu açıklamanın bu düzenlemeye yer verilmemesi için çok yetersiz olduğu ifade edilmiştir. [1068]. TBMM'ye sevkinden önceki şekil m. 307/4'de yeralan kesin hükmün davanın açılmasından sonra dava konusu şeyin mülkiyetini devralan kişiler hakkında da geçerli olacağı düzenlemesindeki "davanın açılmasından sonra" teriminin "hükmün kesinleşmesinden sonra" şeklinde değiştirilmesi gerektiği belirtilmiş[1069] ve 2008 Tasarısı'nda bu dikkate alınarak düzeltilmiştir[1070].

t. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekil 315. maddede feragat ve kabulün kesin hüküm gibi sonuç doğuracağı düzenlenmiştir. Doktrinde bundan maksadın maddî anlamda kesin hüküm olduğu belirtilmiştir. Ancak bu husus madde düzenlemesinde açıkca yeralmamıştır[1071]. 315. maddenin 2. cümlesinde yeralan, irade fesadı hallerinde feragat ve kabulün iptalinin istenebileceği şeklindeki düzenlemenin birinci cümle ile çelişki halinde olduğu ve çıkarılması gerektiği belirtilmiştir[1072]. Tasarı'nın TBMM'ye

[1066] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 157.
[1067] **Kuru**, Toplantı V, s. 77.
[1068] **Kuru**, MİHDER, s. 38.
[1069] **Kuru**, Toplantı V, s. 77.
[1070] **Kuru**, MİHDER, s. 38.
[1071] **Kuru**, Toplantı V, s. 78.
[1072] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasasrı, s. 169.

sevkinden önceki şeklin 319. maddesinde yeralan sulhun davayı doğrudan doğruya sona erdireceği şeklindeki düzenlemesi, mahkemenin sulh üzerine davayı mutlaka bir kararla sonuçlandırdığı gerekçesi ile eleştirilmiştir[1073]. Ancak 2008 Tasarısı'nda 319. maddeye bu eleştiri doğrultusunda ilaveler yapılmıştır[1074].

u. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şekilde seri ve sözlü yargılama usûlüne yer verilmemiştir[1075]. Bu düzenlemenin isabetli olduğu, zira sözlü yargılama usûlünün uygulamada yazılı yargılama usûlü gibi uygulanmakta olduğu belirtilmiştir. Bunun yanısıra basit yargılama usûlü için de durumun böyle olduğu, uygulamada bu usûlün de yazılı usûl gibi uygulanmakta olduğu ve kaldırılması gerektiği, çekişmesiz yargı bölümüne gerçekten basit bazı usûl hükümlerinin eklenmesi suretiyle bu usûlün kaldırılabileceği, esasında tek bir yazılı yargılama usûlüne göre, mahkemelerin davaların daha çabuk ve düzenli yürütüp, sonuçlandırabilmesinin mümkün olacağı belirtilmiştir[1076]. 2008 Tasarısı'nda bu öneriler dikkate alınmamıştır[1077]. Diğer taraftan HUMK'daki atıf usûlü terkedilerek bu maddede basit yargılama usûlünün tek tek uygulama alanı sayılmıştır. Tasarı'nın 389. maddesinde çekişmesiz yargı işlerinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usûlünün uygulanacağı öngörülmüş olmasına rağmen, bu maddede bu yönde bir atıf ya da düzenleme bulunmaması eleştirilmiştir[1078] .

ü. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklindeki çekişmesiz yargıya ilişkin düzenlemeler yerinde bulunmuş, ancak benimsenmiş bulunan kazuistik sistemin yanıltıcı olabileceği bakımından eleştirilmiştir[1079]. Çekişmesiz yargıya ilişkin bölüme basit bazı usûl hükümleri eklenerek, basit yargılama usûlünün kaldırılabileceği ve bu bölüme yazılı yargılamaya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğine ilişkin bir düzenleme konulabileceği belirtilmiştir[1080]. 2008 Tasarısı'nda bu öneriler dikkate alınmamıştır.

[1073] **Kuru**, Toplantı V, s. 78.
[1074] **Kuru**, MİHDER, s. 42.
[1075] **Budak**, Tasarı, s. 16; **Özekes**, Armağan, s. 787; **Pekcanıtez**, HPD, s. 77; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 27.
[1076] **Kuru**, Toplantı V, s. 79; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 195.
[1077] **Kuru**, MİHDER, s. 43.
[1078] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 171.
[1079] **Kuru**, Toplantı V, s. 80; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 196.
[1080] **Kuru**, Toplantı V, s. 80.

Bununla birlikte TBMM'ye sevkinden önceki şekilde mevcut olan bazı çekişmesiz yargı işlerinin 2008 Tasarısı'ndan çıkarılmış olduğu fakat gerekçesinin açıklanmadığı görülmektedir[1081].

v. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklin ihtiyati tedbirlere ilişkin 393. madde düzenlemesi yerinde bulunmuş, ancak madde düzenlemesinde dava açılmadan önceki ihtiyati tedbirlerin ifade edilemediği, maddeye buna ilişkin bir düzenleme eklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Özellikle ihtiyati tedbir kararına itiraz üzerine verilen karara kanun yoluna başvurma yolunun açılması yerinde bulunmuştur[1082]. Ancak maddede yalnızca HUMK m. 103'de yeralan ihtiyati tedbir nedeni düzenlemesine yer verilmesi nedeni ile de eleştirilmiş ve tasarruf ilkesinin geçerli olmadığı davalarda talep olmaksızın ihtiyati tedbire hükmedileceğinin de vurgulanması gerektiği belirtilmiştir[1083]. 2008 Tasarısı'nın 398. maddesinin 1. fıkrasına, karşı taraf dinlenilmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebileceği düzenlemesi eklenmiştir. Ancak bu düzenleme doktrinde eleştirilmiştir. Zira, ihtiyati tedbir kararının karşı taraf dinlenildikten sonra verilmiş olması halinde, karşı taraf buna itiraz edemeyecek ve dolayısıyla da kanun yoluna başvuramayacaktır. Oysa ihtiyati tedbir kararı verilirken dinlenmemiş olan karşı tarafın olan karşı taraf itiraz bulunabilecek ve bunun reddi halinde, red kararına karşı kanun yoluna başvurabilecektir. Bu da haksız ve çelişik bir durum yaratmaktadır[1084].

y. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklindeki HUMK'daki istinaf ve temyiz ile ilgili hükümler muhafaza edilmiştir (m. 345 vd.) ve Tasarı'nın diğer hükümleri istinaf sistemine göre düzenlenmiştir[1085]. 2008 Tasarısı'nda bu düzenlemelerin korunmuş olduğu görülmektedir. Ancak, 2008 Tasarısı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklinin 371. maddesinin 3. fıkrasında yeralan "kararın kesinleşme

[1081] **Kuru**, MİHDER, s. 44.
[1082] **Kuru**, Toplantı V, s. 81; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 196.
[1083] **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı, s. 198.
[1084] **Kuru**, MİHDER, s. 45.
[1085] **Kuru**, Toplantı V, s. 80; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 195 vd.; **Yılmaz**, İstinaf, s. 47 vd.; **Budak**, Tasarı, s. 16; **Pekcanıtez**, HPD, s. 77.; **Pekcanıtez**, Toplantı V, s. 28.

usûlü" çıkarılmış ve bu durum gerekçede de açıklanmamıştır. Bu usûlün çıkartılması doktrinde eleştirilmiştir[1086].

z. Tasarı'nın TBMM'ye sevkinden önceki şeklin tahkime ilişkin 411. maddesi gerekçesinde, tahkim hakkındaki hükümlerin Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki (MTK) hükümlerin hemen hemen aynısı olduğu, Tasarı'da MTK'daki hükümlerin kabulü ile millî ve milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki farkın önlenmek istediği belirtilmiştir[1087]. Maddeye ilişkin bu gerekçe karşısında, tek bir tahkim kanunu yapılması[1088] ve Tasarı'daki tahkime ilişkin hükümlerin Tasarı'dan çıkarılması gerektiği veya MTK'nın kaldırılarak, her iki tahkimin de Usûl Kanunu'nda UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. MTK ve Tasarı'nın tahkim maddesi aynı kalsın denilirse, bu durumda da ikisi arasındaki farkların kaldırılması gerektiği ifade edilmiştir[1089]. Ancak 2008 Tasarısı'nda bu önerilerin dikkate alınmadığı görülmektedir[1090].

III. DÜNYADAKİ GELİŞMELER ÇERÇEVESİNDE TEMEL ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. BAZI SOMUT ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

1. Yargılamanın Gecikmesine Karşı Alınabilecek Önlemler

Hukukî korunma talepleri; ekonomik krizler ve dengesizlikler, toplumsal ve ekonomik durumun karmaşık hale gelmesi ve zorlaşması, hukukî ilişkilerin ve sosyal karşıtlığın artması, vatandaşların hukukî himaye bilgilerinin artması ve hukuk bilincinin gelişmeye başlaması, toplumumuzda varolan uyuşmazlıkların sulh yolu ile çözümlenmesi yerine mahkeme önüne getirilmesi arzusu ve halkın hırçın ve kavgacı mizacı gibi çeşitli toplumsal ve sosyolojik nedenlerle artmıştır. Bunun yanısıra, dava tarafları, avukatlar ve hukuk kuralları bakımından ele alındığında da hukukî korunma

[1086] **Kuru**, MİHDER, s. 43.
[1087] Gerekçe, s. 153; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 197.
[1088] **Yılmaz**, Toplantı V, s. 197.
[1089] **Kuru**, Toplantı V, s. 82.
[1090] **Kuru**, MİHDER, s. 48 vd.

taleplerinde artış olduğu görülmektedir [1091]. Hukuki korunma taleplerindeki artışın karşılanabilmesi için doktrinde bazı çözüm yolları önerilmiştir. Bu çözümlerden ilki, yargıya olan talebi azaltmak mümkün olmadığı için yargı sistemi dışında alternatif çözüm yollarına başvurulmasına ilişkindir. Bununla birlikte, doktrinde mahkemelerde görülmekte olan pek çok meselenin dava olmaktan ve hâkim tarafından incelenmesi zorunluluğundan kurtarılarak davaların azaltılması yoluna gidilebileceği de öne sürülmüştür[1092]. Artan yargı talebine ikinci çözüm olarak, klasik sistemin devamı niteliğinde olmak üzere araç, gereç, talebe uygun mahkeme ve hâkim sayısının artırılması ve sistemin rasyonelleştirilmesi önerilmiştir. Ancak, bu çözümün zor ve pahalı olduğu da vurgulanmıştır. Üçüncü çözüm önerisi ise, varolan sistemin rasyonelleştirilmesi, formalizmden kaçınılarak kaynakların maksimum düzeyde kullanılması suretiyle basit ve ucuz yargılamanın sağlanması ve gecikmenin önlenmesidir. Burada özellikle önerilen mahkemeye gitmeden uyuşmazlıkların çözümü, mahkeme içi sulhün özendirilmesi ve hâkim/avukat kopukluklarının giderilmesidir. Gün geçtikçe artan dava sayısı azaltılmadan esasen reform düşünülmesi pek de mümkün görülmemektedir[1093].

Yargılama sürecini düzenleyen hukuk kurallarından teknik mükemmelliğinden çok daha fazla önemli olan, sürecin uygun yönetilmesi ve sürecin işleyişinde rol alan kişilerin tutum ve davranışlarıdır. Süreçte yeralanların yeterli hukuk birikimi ve bilincine sahip olmaması, tarafların yargılamanın uzatılmasına yönelik davranışlar içinde bulunmaktan vazgeçememeleri ve çözüme etkili olsun olmasın her türlü delilin toplanmaya çalışılması ve irdelenmesi yargılama süresini uzatmakta olduğu, diğer yandan, hukuk mahkemelerinde açılan seri davalar, davalı sayısı ve davalıların başka şehirlerde bulunmasının da yargılama süresini doğrudan etkilediği belirtilmektedir[1094].

[1091] **Pekcanıtez,** İzBD, s. 107.
[1092] **Yılmaz**, s. 66 vd.
[1093] **Pekcanıtez**, İzBD, s. 109 vd.; **Kuru**, İBD, s. 166 vd. ; **Ertaş**, Geciken Adalet Paneli, s. 15 vd.; Adaletin Hızlandırılması, Manisa Barosu Dergisi 1988, Y. 7, S. 25, s. 14.
[1094] **Özkan**, Sempozyum, **,** s. 146 vd.; **Uyar**, s. 152 vd.; **Görgün**, s. 171 vd.; **Yücel**, s. 181.

Ulusal Yargı Ağı Projesinin gerçekleştirilmesinden önce metropol adliyelerinde açılan davaların görevli mahkemeler arasında orantılı olarak tevzii konusunda rasyonel ölçütler bulunmadığından ve davaların ağırlığı gözönüne alınmadığından bölüşümün pek de adil yapılamadığı bir gerçektir[1095]. Ancak, Ulusal Yargı Ağı Projesi kapsamında adalet sisteminin işleyişinde ciddi şekilde aşama kaydedilmiş olduğunu ifade etmeliyiz.

2. Mahkemeler Teşkilatı İle İlgili Olarak Alınması Gereken Önlemler

5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, adlî yargıda ilk derece yargı yeri olarak görev yapacak olan hukuk mahkemelerini, sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri ve özel kanunlarla kurulan hukuk mahkemeleri olarak belirlemiştir. Kanun'un isabetli düzenlemesine göre, sözkonusu mahkemelerin kuruluşu, il merkezleri ile coğrafi durum ve iş yoğunluğu esas alınarak ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun da görüşü alınarak belirlenecek ilçe merkezlerinde, Adalet Bakanlığı tarafından gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. 5235 Sayılı Kanun ile ayrıca ilk derece mahkemeleri ile temyiz mahkemesi arasında görev yapacak, ikinci derecede yargı yeri olarak istinaf mahkemeleri[1096] Türk hukukuna girmiştir[1097]. Ancak istinaf

---

[1095] **Yücel**, s. 182.

[1096] Ülkemiz bakımından istinafı bir zorunluluk haline getiren temel sorunlardan biri, adlî yargıda artan iş yükü ve iki dereceli yargılama sisteminde temyiz yolu ile sağlanmak istenen kontrol fonksiyonunun artık gerektiği gibi yerine getirilemeyişi ve Yargıtay'ın beklenen ölçüde gerekçeli ve tatmin edici kararlar vermekte zorlanışıdır. Yargıtay'ın çoğalan iş yükü ve bunun yargılamaya etkisi de açıktır . Ayrıca, istinaf yolunun düzenlenmesinin bir diğer nedeni olarak da, Avrupa Birliği'ne üyelik yolunda Türkiye'nin yargı alanında yapması gereken reformlar kapsamında istinafa da yer verilmiş olmasıdır. Avrupa Birliğine üye ve aday ülkeler, usûl hukuku sistemlerini yeknesaklaştırmaya çalışmaktadırlar (**Akkaya**, s. 39 vd. ve s. 42); ayrıca bkz. **Yıldırım**, M. Kamil: "Kanunyolu Olarak İstinaf", İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, TBBD 2003, s. 303 vd. **Yılmaz**, İstinaf, s. 31 vd.

[1097] Bu amaçla 5236 Sayılı Kanun ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununa eklenmiş bulunan 426/A ila 426/U maddeleri arasında istinafla ilgili hükümler düzenlenmiştir. Ayrıntılı olarak **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 599 vd. ve ayrıca bkz. **Konuralp**, Haluk: "Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usûl (Hukuk Davaları Bakımından), İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, TBBD 2003, s. 247 vd.; **Tanrıver**, AÜHFD 2000, s. 71; **Tanrıver**, Sempozyum, s. 206 vd. ve 209 vd. Yazar, henüz fiilen işlerlik kazandırılamamış olan istinaf mahkemelerinin kurulma amacının esasen güvenceli adalet sağlamak olduğu olgusuna vurgu yapılarak, bunların kontrol mahkemesi olma niteliği daha dar tutulup, davayı taleplerle belirlenen sınırlar (dilekçede belirtilen sebepler) dahilinde ikinci kez yeniden görüp gerekiyorsa karara bağlama niteliğine (vakıalara uygunluk denetimine) ağırlık verilerek bu mahkemelere bir an önce işlerlik kazandırılması yarar sağlayacağını belirtmektedir. Ancak, 1086 Sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na 5236 Sayılı Kanun ile getirilen istinaf hükümlerine bakıldığında, istinaf mahkemelerinin esasen bölge adliye mahkemelerinin hukuka uygunluk denetimi, sınırlı olarak da

mahkemelerine bir an önce işlerlik kazandırılması şarttır. Zira, ülkemizde yargı sisteminin iki dereceli olmaktan çıkarılıp, üç dereceli hale gelmesini ve Yargıtay'ın içtihat mahkemesi olma niteliğinin korunmasını sağlayacak olan istinaf, yargılamanın güvenli ve hızlı sonuçlandırılabilmesi için artık bir ihtiyaç haline gelmiştir[1098]. 5235 Sayılı Kanun ile ilke olarak sulh mahkemesi-asliye mahkemesi ayrımının da korunmuş olduğu görülmektedir. Uzmanlaşmanın ürünü olarak ortaya çıkan ilk derece yargı yeri olarak görev yapacak özel kanunlarla kurulan hukuk mahkemeleri ise, aile mahkemeleri, iş mahkemeleri, tüketici mahkemeleri, icra mahkemeleri, kadastro mahkemeleri, fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemeleri ile denizcilik ihtisas mahkemeleridir. Bu tür yargı yerlerinin, sağlıklı yargılama yapılmasına ve doğru kararlar verilmesine katkı sağladıkları gibi, tabii hâkim ilkesine de herhangi bir aykırılık oluşturmadıkları, ancak sözkonusu uzmanlık mahkemelerinin çok sayıda kurulmasının genelin gözden kaçırılması riski sebebiyle yargıda birliği ve bütünlüğü bozucu etki doğurabileceği, bu konuda ölçülü ve hassas davranılması gerektiği ifade edilmektedir. Öte yandan, şahıs varlığı haklarının büyük çoğunluğunu oluşturan aile hukuku uyuşmazlıklarında adeta genel görevli mahkeme gibi işlevde bulunan aile mahkemelerinin ülke genelindeki il merkezlerinde kuruluşları nihayete erdirilmelidir. Ayrıca ülke genelinde, orman kadastrosu işlemlerinin bir an önce tamamlanarak, kadastro mahkemelerine ihtiyacın ortadan kaldırılması ve Yargıtay'ın bu mahkeme kararlarının temyiz incelemesini yapan dairelerinin de başka görevler üstlenmeleri ile belli ölçüde bir rahatlama sağlanması mümkün olabilecektir. Diğer taraftan, özel hukuku ilgilendiren boyutları da bulunan rekabet hukuku uyuşmazlıklarında, uzmanlık mahkemesi olarak rekabet mahkemelerinin örgütlenmesi yerinde olacaktır[1099].

---

vakıalara uygunluk denetimi yapan mahkemeler olarak düzenlendiğini, bunun yanısıra sözkonusu hükümlerin, büyük ölçüde temyize ilişkin hükümlere paralel sevk edildiği de görüldüğünü, Kanun ile getirilen istinafa ilişkin hükümlerin temelde Yargıtay'ın halihazırda yapmakta olduğu genişletilmiş temyiz incelemesini, sınırlı ölçüde ise gerçek anlamıyla istinaf incelemesini içerdiğini söylemenin yanlış olmayacağını da ifade etmektedir.

[1098] **Pekcanıtez/Atalay/Özekes**, s. 600; **Özekes**, Sempozyum, s. 186 vd.

[1099] **Tanrıver**, AÜHFD 2000, s. 70; **Tanrıver**, Sempozyum, s. 202 ve 205 vd.

Mahkemeler teşkilâtı ile ilgili olarak alınması gereken diğer tedbirler olarak mahkeme binalarının sağlıklı yargılamaların sağlanabileceği fiziki yeterliliğe kavuşturulmaları, günümüzün teknoloji ürünleri, araç ve gereçleri ile ve elektronik ortamda tüm resmî kurum ve kuruluşlarla irtibat kuracak imkanlarla donatılmaları gelmektedir. Bu anlamda yeni ve modern adliye binaları inşa edilmiş olup, bu yöndeki çalışmalara devam edilmektedir. Bilgisayar teknolojisi de artık yargı teşkilâtında etkin biçimde kullanılmaktadır. Mahkemelere, sayı ve nitelik bakımından yeterli adlî ara elemanlar, adliye memurları, yani yazı işleri müdürü, zabıt katibi vs. sağlanması da alınacak tedbirler arasında yeralmaktadır. Bunların yasal bağlamda statüye kavuşturulmalarına olanak sağlanması, Adalet Meslek Yüksekokulu mezunlarına öncelik sağlanması, mesleğin cazip hale getirilmesi suretiyle, hizmet içi eğitimlerle bilgilerin tazelenmesi ve yeniliklerin takip edilmesine olanak sağlanması gereklidir. Öte yandan, Yargıtay daire ve genel kurulları kararlarının bilgisayara geçirilip, internete yüklenmesi suretiyle yararlanma olanaklarının genişletilmesi, elektronik ve bilişim teknolojileri alanındaki gelişmelerin Tebligat Kanuna yansıtılması ve PTT bünyesinde gerekli işbirliğinin sağlanması ile tebligat zorluğu nedeniyle yargılamanın sürüncemede kalmasının önlenmesi de mahkemeler ile ilgili olarak alınması gereken önlemlerdendir[1100]. Önerilen sözkonusu önlemlerin bir kısmının gerçekleştirilmiş olduğu, bir kısmının da gerçekleştirilmesine çaba gösterilmekte olduğu gözlemlenmektedir.

3. Yargı Görevlileriyle İle İlgili Olarak Alınması Gereken Önlemler

Yargı görevlilerinin, bu bağlamda yazı işleri görevlileri dışında hâkim, savcı, avukat, noterlerin mesleğe girişlerinin ülke çapında merkezi sisteme dayalı bir sınav yapılarak, hukuk formasyonu yeterli olmayan kişilerin yargı görevlisi olmaları sınırlanmalıdır. Hatta tüm yargı görevlilerinin mesleğe hazırlık aşamasındaki staj evrelerinin daha etkin ve verimli geçirilmesi ve usta-çırak ilişkisi içinde mesleğe

[1100] **Tanrıver**, AÜHFD 2000, s. 71; **Tanrıver**, Sempozyum, s. 211 vd; **Yılmaz**, Ejder: "Medenî Hukuk ve Usûl Reformu, Aksak Adaletten İşleyen Adalete" , Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı, Y. 1996, S. 10, s. 484; **Öztek**, Selçuk: "Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılanma, Aksaklıklar-Çözüm Önerileri, Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı, Y. 1996, S. 10; s. 498.

kazandırılmaları sağlanmalıdır. Esasında sorunların çözümünün insan unsurundan geçtiği ve yargılama sürecinde iyi hakime ve iyi avukata ihtiyaç bulunduğu bir gerçektir[1101]. Yetiştirilirken ve mesleklerini uygularken, hukukçuların hukuk bilincini taşımaları zorunludur. Yargı mensuplarının eğitiminde vazgeçilmez bir önemi bulunan Türkiye Adalet Akademisi'nin kurulması ile hizmet öncesi ve içi eğitimin ivme kazanmış olduğu görülmektedir. Yargı görevlilerinin mesleğe kabul ve sair özlük haklarına ilişkin olarak günümüz koşullarına uygun düzenlemeler yapılmalı, özellikle ilk derece mahkemelerinin sayısı arttırılmalı, atanmada uzmanlığa ve niteliğe riayet edilmeli, hukuk uygulaması ve teori arasında bağlantının kurulabilmesi için akademisyenlerin yüksek mahkemelerde, yüksek mahkeme üylerinin de hukuk fakültelerinde görev almalarına olanak sağlanmalıdır[1102]. Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerinin tam anlamıyla gerçekleştirilebilmesi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bünyesinden Adalet Bakanı ve Müşteşarı'nın çıkartılması ve diğer üyelerinin ise Cumhurbaşkanı devre dışı bırakılarak Yargıtay ve Danıştay Genel Kurullar'nca seçiminin sağlanması ve Kurul kararlarına karşı yargı yolunun açılması ile mümkün olabilecektir. Bugün için geçerliliğini kaybetmiş olmakla birlikte, hâkimlik teminatının en önemli unsurlarından biri olan coğrafi yer ve kürsü teminatlarına da yeniden işlerlik kazandırılması gereklidir[1103]. Hukukun vicdani kanaat bakımından zirve noktası olan hâkimlik mesleğinin iyi hukukçular için cazip hale getirilmesi, iyi hukukçuların hâkim olmaları için mesleğin özendirilmesi, rekabetin sağlanması, hâkimlerin bilgili ve ehil yetişmelerinin ve hukukî gelişmelere ayak uydurmalarının sağlanması, iyi yetişmiş ve verimli çağında olan hâkimlerin çeşitli nedenlerle meslekten ayrılmalarının önlenmesine çalışılmalıdır. Özellikle ilk derece mahkemelerinin çalışkan, dürüst, bilgili ve ehil hâkimlerle donatılması şarttır. Zira, davaların kısa zamanda ve verimli şekilde sonuçlandırılmasının koşullarından biri de budur[1104].

[1101] **Yılmaz**, Toplantı V, s. 176.
[1102] **Tanrıver**, AÜHFD 2000, s. 71 vd.; **Tanrıver,** Sempozyum, s. 213 ve 215.
[1103] **Tanrıver**, AÜHFD 2000, s. 72; **Tanrıver**, Sempozyum, s. 213.
[1104] **Kuru**, İBD, s. 169 vd;**Yılmaz**, Toplantı V, s. 176; **Özekes**, EBD, s. 15; **Öztek**, s. 497.

Diğer yandan, avukatların staj eğitimlerini ciddi şekilde sürdürmeleri için gerekli önlemler alınmalı, bu aşamada stajyer avukatlara hukukî bilgiyi uygulama ve meslek etiğini kazanma yönünde eğitim verilmelidir. Stajını bitirip, avukatlığa yeni adım atmış avukatların hemen kendi başlarına bağımsız olarak dava almaları ve hatta yüksek mahkemelerde duruşmaya çıkmak vs. gibi faaliyetlerde bulunmaları zamana yayılmalı ve bunun için belirli zaman dilimleri konulması şarttır[1105]. Avukat ve noterlerin mesleğe kabullerinin ve staj süresi sonunda yapılacak sınavı başarma koşuluna bağlı tutulması yerinde olacaktır. Hâkimlerin ise atanmaları, staj sonu sınavda başarılı olunmasına ve ek bir koşul olarak hâkim yardımcılığı sürecinin başarıyla tamamlanmasına bağlanmalıdır. Avukatların yargılama öznesi olarak her derecedeki yargı organları önünde hukuk kurallarının tam ve doğru uygulanmasına ve adlî hataların önlenmesine katkı sağlayabilmesi için, öncelikle üst derece yargılamasında bilgi birikimi ve deneyimi bulunan avukatlarla temsil zorunluğu getirilmesi, sonrasında ise bunun ilk derece mahkemelerine de yansıtılması, adlî yardım kurumuna ve hukukî himaye sigortasına işlerlik kazandırılması, kamu avukatlığı kurumunun insiyatif kullanmaya olanak verecek şekilde yeniden yapılandırılması artık günümüz şartlarının gerekliliklerindendir. Diyalektik yargılama sürecinin asli ve vazgeçilmez sujeleri olan avukatların bu fonksiyonlarını yerine getirebilecekleri ortamın sağlanmasına çalışılmalıdır[1106]. Avukatların davadaki görevleri, anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyet uygun şekilde çözümlenmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanması konusunda mahkemelere yardım etmektir. Ancak bu güne kadar ehil olmayan, kendi kendini yetiştirmek için çaba göstermeyen bir çok kişi avukat olabildiği, avukatlık stajı da tam bir usûlî formaliteden ibaret kaldığı için, bu kişilerin bilgi eksiklikleri nedeniyle yargılamada hâkime yardımcı olacak yerde işleri güçleştirdikleri ve davaların uzamasına sebep oldukları bir gerçektir. Kamu hizmeti niteliğinde olan avukatlık görevinin, görevin kutsallığına yakışır şekilde, özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirilmesi gerekir.

[1105] **Özekes**, EBD, s. 12 vd.
[1106] **Tanrıve**r, AÜHFD 2000, s. 73; **Tanrıver**, Sempozyum, s. 216.

Bütün bu hususlara uyan avukatlar tarafından mahkemelerde haksız davalar açılması ve haksız savunmada bulunulması bir nebze de olsa önlenmiş olacaktır[1107].

Hukuki güvenliğin sağlanması ve hukukî ihtilafların önlenmesi için işlemlerin noter aracılığıyla gerçekleştirilmesinin özendirilmesi, imza yetkilerinin noter başkatiplerine devrine son verilmesi, hukukçu kimliği bulunan noter yardımcılığı kurumunun getirilmesi, noterlik sorumluluklarının yeniden düzenlenmesi, Adalet Bakanlığının noterler üzerindeki denetiminin müdahale boyutuna varmamasına özen gösterilmesi ve ve gerçek anlamda idari vesayet denetimi boyutuna çekilmesi, noterlik bürolarının personel ve teknoloji açısından günümüz şartlarına uygun araç ve gereçlerle donatılması ve bu konuda belirli standartlar belirlenmesi gereği de açıktır[1108].

Tüm yargı görevlileri açısından bakıldığında, yargı görevlilerinin ihtiyaçlara ve değişen ve gelişen koşul ve ilişkilere göre, yeni hukukî ilişki tiplerini öğrenmeleri için meslek içi eğitimlere önem verilmesi de yukarıda bahsedilen tüm gerekliliklere ilaveten sayılmalıdır[1109].

Mahkeme yazı işleri müdürleri ve personelinin nitelik ve nicelik bakımından yeterli hale getirilmesi, yasal anlamda statüye kavuşturulması, önceliğin Adalet Meslek Yüksekokulu mezunlarına verilmesi, malî yönden cazip hale getirilmesi, yoğun meslek içi eğitim ve mahkemelerin yeteri kadar personel ile donatılması halinde yargılamanın önemli ölçüde çabuklaşacağı da doktrinde evvelden beri dile getirilen bir husustur[1110]. Ancak belirtmek gerekir ki, önceki yıllara göre yargıdaki personel yetersizliği büyük oranda giderilmeye çalışılmakta ve niteliklerinin artırılması konusunda yoğun çaba harcanmaktadır. Hatta personel açığı bulunan mahkemelerin ihtiyacının karşılanması

[1107] **Kuru,** İBD, s. 173**; Özekes**, EBD, s. 8 vd.; **Özkan,** Sempozyum**,** s. 140 vd.; **Öztek**, s. 501.
[1108] **Tanrıver**, AÜHFD 2000, s. 74; **Tanrıver**, Sempzoyum, s. 216.
[1109] **Tanrıver**, Sempozyum, s. 217.
[1110] **Kuru**, İBD, s. 171.; **Öztek**, s. 498.

bakımından iş yükü çok az olan mahkemelerin kapatılması yoluna dahi gidilmiş olduğu bir gerçektir[1111].

4. Dava Sayısının ve İş Yükünün Azaltılması ve Mahkemelerin Verimliliğinin Artırılmasına İlişkin Önlemler

Bu bağlamda öncelikle alınması gereken önlem, dava hakkının dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılmasına işlerlik kazandırılmasıdır. Uyuşmazlıkların çözümünde tarafların sulh olmaya teşvik edilmesi, tahkime etkin bir biçimde işlerlik kazandırılması, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine, arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarına başvuruların teşvik edilmesinin dava sayısının azaltılmasında çok önemli etkileri olacağı açıktır[1112]. Öte yandan davalıların davayı kaybedince mahkum olacakları faiz ve yargılama giderlerinden korkmadıkları ve davayı uzatmanın işlerine geldiği bir gerçektir. Harçların arttırılması ve böylece haksız dava açmaya prim verilmemesi, kötüniyetli davalılarla mücadele için çeşitli yaptırımlar getirilmesi; örneğin icra inkar tazminatı ve vekâlet ücretinin üç katına kadar hükmedilmesi gibi, dava sayısının azaltılmasında önemli bir önlem olacaktır[1113].

Diğer yandan, bir olgunun veya durumun tespiti ya da bildirilmesi şeklinde olan ve bir anlamda yargılamayı gerektirmeyen çekişmesiz yargı işlerinin, yargı organlarına bırakılmasının sağladığı güvencelere benzer güvenceler sağlanarak mahkemeler dışındaki kurum ve kuruluşlara, örneğin noterlere bırakılması, dava sayısını önemli ölçüde azaltacak ve mahkemelerin daha verimli çalışmasına olanak sağlayacaktır[1114].

[1111] Yargı Reformu Stratejisi 2009, s. 14 (http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs.html).

[1112] **Yılmaz**, Toplantı V, s. 177; **Tanrıver,** Sempzoyum, s. 217 vd. ve 219; **Tanrıver**, AÜHFD, s. 75; **Yücel**, s. 176 vd.; **Görgün**, s. 176.

[1113] **Kuru**, İBD, s. 174; **Öztek**, s. 501. Aksi yönde bkz. **Yılmaz**, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, s. 58 vd. Yazar, buna karşın yargılama giderlerinin yüksek olmasının hak arama özgürlüğünü engelleyici sakıncalar yarattığını, ekonomik açıdan güçsüz olanların mahkemeye başvurmaları açısından ortaya çıkabilecek eşitsizliklerin giderilmesinin ise sosyal devlet anlayışının gereği olduğunu belirtmektedir. Adlî yardım ile bu durumun bir nebze de olsa hafifletildiğini, ancak davanın kaybedilmesi halinde başlangıçta alınmayan harç ve giderler bu kişilerden alınacağından, yoksul kişilerin hak arama özgürlüğünden yararlanabildiklerini söylemenin mümkün olmadığını, adlî yardım sistemindeki geçici bağışıklığın kesin bağışıklığa dönüştürülmesi geretiğini ifade etmektedir (s. 59). Aynı yönde bkz. **Yılmaz,** Yeni Türkiye, s. 476.

[1114] **Tanrıver**, Sempzoyum, s. 222; **Tanrıver**, AÜHFD 2000, s. 75.

Hasımsız davalar bakımından hukukumuzda ayrı bir çekişmesiz yargı usûlü bulunmadığından ve bu işler de dava olarak görüldüğünden, toplam dava sayısının arttığı ve bu işlerin basit ve çabuk şekilde sonuçlandırılamadığı da bir gerçektir. Bu durum iş yükünü arttırmaktadır[1115].

Hâkimlerin taşıyabilecekleri kadar iş yükü üstlenmelerinin sağlanması yargılamanın hızlandırılmasının temel şartlarından biridir. Bununla birlikte, hâkimin davanın açıldığı ilk andan itibaren dosyaya hâkim olması, gereksiz talepleri reddetmesi, gereksiz delilleri toplamaması, usûl hükümlerine uyarak yargılamayı hızlı ve etkin bir şekilde yürütmesi ve karar safhasına çok iş bırakmaması davaların uzamasını ortadan kaldıracaktır[1116]. Diğer bir deyişle, bugün ülkemizde varolan yargılama usûllerinin gereği gibi uygulanması halinde, ilk derece mahkemelerindeki iş yükünün rahatlayacak olmasıdır. İş yükü bakımından dikkat çekilmesi gereken esas nokta, bugün ilk derece mahkemelerinden daha çok, Yargıtay'ın ciddî anlamda bir iş yükü bulunduğudur. İş yükünün azaltılmasında, istinaf derecesinin işlerlik kazanmasının önemli rolü olacağı açıktır[1117].

Hâkim maaşlarının iyileştirilmesi, hâkimlere tanınan maddî olanakların artırılması suretiyle hâkim sayısının artırılması ve hâkim başına düşen dava sayısının azaltılmasına ilişkin önlemler alınmasının da davaların uzamasını engelleyeceği düşünülmektedir[1118].

İş yükü stresinin bir sonucu olarak, bilirkişilik yargı sistemini etkileyen önemli bir sorun haline gelmiştir. Esasında bilirkişilik temel yargılama ilkelerinden birisi olan

---

[1115] **Yılmaz**, Yeni Türkiye, s. 481; **Yılmaz**, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, s. 63 ve 67; **Pekcanıtez**, İzBD, s. 106 vd.; **Ertaş**, Geciken Adalet Paneli, s. 17 vd.; **Yücel**, s. 195. Yazar, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R (86) 12 Sayılı Mahkemelerdeki Aşırı İş Yükünün Önlenmesi Azaltılması Hakkındaki Tavsiye Kararında, hâkimlere verilen yargı dışı işlerin artırılmayıp, bu işlerin başka kişi veya makamlara devri ile tedricen azaltılmasının önerildiğini ifade etmektedir (**Yücel**, s. 195).

[1116] **Görgün**, s. 174 vd. ve s. 177; **Tanrıver**, AÜHFD 2000, s. 72.

[1117] **Özekes**, Sempozyum, s. 190.

[1118] **Yılmaz,** Yeni Türkiye, s. 481; **Yılmaz**, Şakir Berki'ye Armağan, s. 67 vd.; **Yılmaz**, Toplantı V, s. 176 vd.; **Kuru**, İBD, s. 169 vd.; **Öztek**, s. 497.

"adil yargılanma hakkı" ile doğrudan bağlantılıdır. Hâkimin yargılamada ortaya çıkan olgu sorunlarını çözmede doğal bilgi eksikliğini gidermek amacıyla oluşturulmuş bir yargılama hukuku kurumudur[1119]. Yargı hakkının kullanılması her ne kadar hâkime ait olsa da ve bilirkişiliğe çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren meselelerde başvurulması gerekse de, bilirkişilik kurumu yargı kültürümüze mal olmuş ve neredeyse yargı hakkı bilirkişiler tarafından kullanılır hale gelmiştir. Davaların çoğu bilirkişiye havale edilir olmuş, verilen bilirkişi raporları ise tartışılmaksızın karar olarak açıklanır hale gelmiştir. Amacından uzaklaşmış ve saptırılmış bu kurum faydadan öte zarar verir hale gelmiş, yargı organlarının saygınlığını zedeleyici, azaltıcı eleştiri ve yakınmalara neden olmuştur. Gereksiz yaptırılan bilirkişi incelemeleri ve birlikte yapılacak işlerin ayrı zaman ve işlemlerle yapılması, hakkın elde edilmesini geciktirmekte ve taraflara ekstra yargılama gideri yüklemektedir. Bu bakımdan davaların ancak gerektiğinde bilirkişiye gönderilmesi ve muhakkak surette hâkimler tarafından karar bağlanmasının sağlanması gereklidir[1120].

Öncelikle sözleşmelerin hazırlanması safhasında, uyuşmazlıkların çıkmasını önleyici bir tedbir olarak avukatın hukukî yardımının alınması yönünde toplumsal bilincinin geliştirilmesine çalışılmalıdır. Uyuşmazlık çıktığında ise, iş sahibinin hukuken açık bir biçimde haksız olduğunu gördüğü durumlarda, avukatların iş sahibine dava açma yoluna gitmemesi yönünde tavsiyede bulunması iş yükünün azalmasına öncelikle katkıda bulunacaktır. Davaların sürüncemede kalmaması ve yargılamanın gecikmemesi için, avukatların yargılama kapsamında üzerlerine düşen görevleri zamanında ve titizlikle yerine getirmelerinin sağlanması ve yine avukatlar bağlamında uzmanlaşmanın gerçekleştirilmeye çalışılması da şarttır[1121]. Hazine avukatlığı dahil en geniş anlamda kamu avukatlığı kurumunun davaların sürüncemede kalmasını önleyecek

---

[1119] **Aşçıoğlu**, Çetin: "Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları", Samsun Barosu-Türkiye Barolar Birliği, Bilirkişilik Sempozyumu 2001, s. 28.

[1120] **Yücel**, s. 198; **Kuru**, İBD, s. 184; **Öztek**, s. 502; **Deliduman**, Seyit: "Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik", Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, Eskişehir 2003, s. 262; **Arslan**, Ramazan: "Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 190 vd.

[1121] **Tanrıver**, AÜHFD 2000, s. 76 vd. **Tanrıver**, Sempozyum, s. 223; **Görgün**, s. 177 vd.

biçimde statü, yetki ve sorumluluk açısından düzenlenmesi[1122] ve kamu avukatlarının dava açıp açmama konusunda insiyatif kullanmalarını olanak verecek şekilde yeni düzenlemeler yapılması ve bir an önce işlerlik kazandırılması da önemli bir azaltıcı etkiyi beraberinde getirecektir[1123].

Yargılamanın hızla ve makûl sürede gerçekleştirilmesi ve sonuçlandırılmasının hak ihlallerini önleyeceği ve verimliliği artıracağı açıktır. Mahkemelerin verimliliğinde mahkemelerce verilen kararların isabet derecesi de önemli bir unsurdur. Verimliliğin artırılmasında insan unsurunun akıllıca kullanıldığı mevcut tek hâkimli mahkeme uygulamasının sürdürülmesi ve geliştirilmesi yerinde olacaktır. Hatta hâkim yardımcılığı sistemi getirilmesi ve tek hâkimli mahkemelerde yazı işleri personelinin takviye edilmesinin verimliliğe etki edeceği açıktır[1124].

5. Meslekî Etkinliğin Artırılması Bakımından Hukukçuların Yetiştirilmesi Hakkında Öneriler

Yargı hizmetlerinde kalitenin yükseltilebilmesi iyi eğitim ve öğretim görmüş, hukuku özümseyebilmiş, yorum yapabilen, doğru sonuca varabilen, adalet duygusu gelişmiş ve hukukun üstünlüğüne inanan hukukçuların görev almasına bağlıdır. Bu bakımdan hukuk fakültelerindeki eğitimin niteliği büyük önem taşımaktadır. Hukuk bilincini sağlamak için eğitim çok önemlidir. Hukuk öğrencilerinin adaleti bilecek ve bulacak ve bunu kararlarında yansıtabilecek şekilde yetiştirilmeleri zorunludur. Bu sebeple, öncelikle öğrencilerin vicdani kanaat oluşumunu olumlu etkileyip, geliştirecek dersler konulmalı ve uygulamalar yapılmalı, etik değerlere bağlı hukukçular olarak yetiştirilmeleri sağlanmalıdır. Zira, hukuk bilgi ve vicdanla olgunlaşır. Bunun yanısıra, geleceğin çözüm üretebilen hukukçularının yetiştirilebilmesi için hukuk fakültelerinin öğretim programlarının geleceğe yönelik biçimde düzenlenmesi gerekir. Buradaki hedef, hukuk fakültelerinden mezun olmuş kişilerin gerekli nitelikleri kazanmış olmalarının sağlanmasıdır. Küreselleşme, Avrupa Birliği'ne uyum çabaları ve ulusal

[1122] **Görgün**, s. 178.
[1123] **Yücel**, s. 173; **Kuru**, İBD, s. 175.
[1124] **Yücel**, s. 188 ve 196.

hukukun vazgeçilmezliği gerçeği karşısında gelinen noktada, ülkemizde hukuk eğitiminin yenileştirilmesi ve hukuk öğrencilerinin bu çerçevede teçhizatlandırılmaları şarttır. Başta hukuk eğitimi olmak üzere hukukçu yetiştirme süreçlerinin gözden geçirilmesi ve yenilenmesi, hukukçunun kalitesinin arttırılması bakımından zorunluluk arzetmektedir. Öncelikle hukuk fakültesi mezununun yüksek öğrenim görmüş bir kişinin genel kültürüne sahip olması gereklidir. Daha sonra ise, hukukçunun problemleri görebilen ve edindiği meslekî bilgileri esnek bir biçimde bu problemlerin çözümünde kullanabilen, çözüm üretebilen kişi olarak yetişmesinde temel olacak genel hukuk kültürüne sahip olması gerekir[1125].

B. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISI'NDA YERALMASI GEREKEN HUSUSLARA İLİŞKİN ÖNERİLER

1. Küçük Talepler Yargılama Usûlü

Çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılarıyla ele alınmış bulunan Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkelerindeki, kısaca dünyadaki medenî yargılama alanındaki gelişmeler ve yapılan reformlar genel olarak ele alındığında, öncelikle bugün bir çok ülkede önemli bir ihtiyacı gideren, hızlı ve etkin yargılamayı sağlayan halihazırda Avrupa Birliği dahil bir çok ülkede de benimsenmiş ve uygulanmakta olan ve çalışmamızın da çeşitli yerlerinde ele alınmış olan küçük talepler yargılama usûlü şeklinde kısa ve hızlı cereyan eden bir usûlün hukukumuzda da düzenlenmesinin işleri kolaylaştıracağı görüşündeyiz.

2. Yargılamanın Daha İyi İşleyebilmesine İlişkin Öneriler

Dünyadaki gelişmeler gözönüne alındığında, yargılamanın mümkün olduğunca basitleştirilmesi, sulh mahkemeleri ile asliye mahkemeleri arasındaki ayırımın kaldırılması, uzmanlık mahkemeleri dışında tek hâkimli tek mahkeme sisteminin

[1125] **Konuralp**, Haluk: "20. Yüzyıl Sonunda Medenî Usûl Hukuku Sorunlarına Bir Bakış" , Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı, Y. 1996, S. 10, s. 540 vd.; **Özekes**, Sempozyum, s. 254; **Özekes**, EBD, s. 10 vd.; **Ökçesiz, Hayrettin**, Hukuk Eğitimine Genel Bakış, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslararası Toplantı, 9-10-11 Ocak, 2003 Ankara,Türkiye Barolar Birliği, s. 35 vd. **Sirmen**, Lale, Açılış Konuşması, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslararası Toplantı, 9-10-11 Ocak, 2003 Ankara,Türkiye Barolar Birliği, s. 7 vd.

sürdürülmesi ve hâkim yardımcılığı sisteminin getirilmesi ve İngiltere örneğinde olduğu gibi daha yargılamanın başında yargılamanın seyri belirlenerek, uyuşmazlığın önemine göre uygun usûle tahsisinin yapılması ve o usûlde görülmesi ve hatta küçük talepler yargılama usûlünün bu mahkemelerde uygulanmasının sağlanması önerilebilir. Çalışmamızda vurgulandığı üzere, birçok ülkede özellikle ilk derece mahkemeleri tek hâkimlidir, hatta bazen istinaf incelemesi dahi tek hâkimle yapılabilmektedir. Ülkemizde de ticaret mahkemelerinin toplu mahkeme olarak çalışması, beklenen işlevi yerine getirmediği gibi, bugün fiilen işlerin çoğunun da naip hâkime terkedilmiş durumda olduğu bir gerçektir.

Ayrıca görev/işbölümü ilişkisi de yeniden gözden geçirilmelidir. Ya mahkemelerin tümü arasındaki ilişki görev ilişkisi sayılmalı ve asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasında da bu gözetilmeli veya diğer mahkemelerdeki ilişki de işbölümü gibi bir çerçevede ele alınmalıdır. Şu andaki düzenleme kendi içerisinde tutarlı olmadığı gibi, zaman zaman gereksiz ve yargılamaya katkı sağlamayan kararlar verilmesine de neden olmaktadır.

Davanın sevk ve idaresi, diğer bir deyişle Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) hukuk sistemi kaynaklı dava yönetimi usûlünün geliştirilmesi, hâkimin yargılamadaki rolünün aktif hale getirilmesi, hâkimin yargılamanın başında izlenecek yol haritasının belirlemesi ve hatta delillerin baştan sunulmasının sağlanması gerektiği görüşündeyiz.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda son derece isabetli bir şekilde düzenlenen ön inceleme safhasının[1126], kabul edildiğinde etkin olarak uygulanmasına olanak verilmesi ve buna ilişkin tedbirler alınması, mahkemenin ve tarafların

[1126] 2008 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda HUMK'daki yargılamanın temel aşamaları, içeriklerinde bazı değişiklikler yapılmakla birlikte korunmuş, ancak dilekçelerin karşılıklı olarak verilmesi ve tahkikat aşaması arasında "ön inceleme" aşaması adı verilen yeni bir aşama kabul edilmiştir. Bu aşama dilekçelerin verilmesi aşamasının tamamlanmasından sonra ancak tahkikattan önce, tahkikatın daha sağlıklı ve amaca daha uygun yürütülmesini, tahkikatın gerekli olmadığı durumlarda ise yargılamanın uzamadan karar verilebilmesini sağlayacaktır (**Özekes**, HPD, s. 102).

yargılamanın başlangıcında uyuşmazlık konularını, vakıaları, bunlara ilişkin delilleri bilmeleri ve tespit etmeleri ve hatta sunmalarının sağlanması ve böylece yargılamanın bir takım belirsizlik ve tesadüflere bırakılmamasının sağlanması, hatta tarafların üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemeleri ve yargılamayı geciktirme yönündeki faaliyetlerine karşı tedbirler alınması ve yaptırımlar uygulanmasının gerekli olduğu inancındayız.

Yargıtay'ın iş yükünün azaltılabilmesi için, dünyadaki mevcut örneklerde ve uygulamalarda görüldüğü gibi istinaf yoluna bir an önce işlerlik kazandırılması gerekliliğini de bir kez daha vurgulamalıyız. Bu çerçevede, ilk derecenin özellikle küçük talepler bakımından kararları güçlendirilmeli, istinaftan sonra temyiz aşamasına bugün olduğundan daha az başvurulmasını sağlayacak bir yol izlenmelidir.

Adaletin iyi işlemesinde esasında temel unsurun insan olduğu ve hakların kullanılması ve borçların ifasında iyiniyet ve güven ilkesine uygun davranılmasının ihtilafları azaltacağı ve hatta belki de ortadan kaldıracağı bir gerçektir. Bu gerçek gözönüne alınarak, adaletin iyi işlemesi için devletin üzerine düşen, adalete gereken önemin verilmesi, malî kaynak, donanım ve insan kaynaklarının ve mevzuatın çağdaş ölçülere göre sağlanmasıdır. Bu anlamda olmak üzere, adlî personel kalitesinin artırılmasına çalışılmalıdır.Yargılama sürecinin en önemli özneleri olan hâkimlerden beklenen mesleklerini toplumun beklentisine karşılayacak düzeyde ve nitelikte yapmalarıdır. Bu sürecin diğer önemli sujeleri olan avukatlara düşen görev ise, Avukatlık Kanunu çerçevesinde, onurlu bir şekilde, hakkıyla ve titizlikle görev yapmaları ve mesleğin onurunu ve görüntüsünü zedeleyecek davranışlardan kaçınmalarıdır. Diğer taraftan, . 2008 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın TBMM'ye sevkinden önceki halinde yeralmış bulunan, ancak 2008 Tasarısı'ndan çıkarılmış olan "avukatla temsil zorunluluğu" düzenlemesinin de, giderek daha karmaşık hale gelen hukuk alanlarında hak aramanın profesyonel bir hukukî yardıma olan mutlak ihtiyacı gözönüne alındığında, Kanun'da bulunması gerekliliğine dikkat çekmek zorunluluk haline gelmiştir.

Adalet dağıtımındaki gecikme ise, ülkemizin uzunca bir süreden beri devam eden sorunudur. Buna ilişkin olarak reform çalışması adı altındaki girişimler, kanun değişikliklerinden öteye gidememiştir. Yargılamanın hızlanması için bazı sürelerin kısaltılması, bazı müesseselerin kaldırılması veya değiştirilmesinin ve gecikmenin önlenmesi için yeniden düzenlenmesinin başarısız girişimlerden öteye gidemeyeceği açıktır. Zira reform, ciddi ve uzun bir süreci kapsayan önemli bir hazırlık çalışması gerektirir; aynı zamanda hem zor hem de pahalıdır. Oysa kanun değişiklikleri, hızlı, kolay ve ucuz olması bakımından ülkemizde tercih edilen ve alışılmış olan, ancak esasında geçici tedbirlerle çözüm arayan yegane reform hareketleridir. Ülkemizde yargıdaki gerçek gecikme sebeplerini ortaya çıkarabilecek, gerçekten aksayan noktaları saptayacak ciddi çalışmalar yapılmamıştır. Ancak hukukî korumanın, doğru karar verilmesi yanında, hakkın kısa sürede teslimi ve adaletin gecikmeden gerçekleştirilmesi ile sağlanabileceği bir gerçektir. Temel yargılama sorunlarının çözülmesi, bu bağlamda yargılamanın süratlendirilmesi ve yavaşlığın giderilmesi için bir takım köklü tedbirlerin alınması zorunludur. Buna bağlı olarak, yargılamayla doğrudan ilgili olan alanlarda da yeni ve ihtiyaçlara uygun düzenlemeler yapılması, bu konudaki tasarıların bir an önce kanunlaştırılması yerinde olacaktır. Bu çerçevede, Avukatlık Kanunu, Tebligat Kanunu, Noterlik Kanunu, Yargıtay Kanunu gibi düzenlemeler de gözden geçirilmelidir.

3. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Dünyadaki örneklerine bakılarak, alternatif uyuşmazlık çözümlerine ağırlık verilmesi, mahkemenin tarafları yargılama dışında çözüm yolları aramaya, yargılama dışında da uzlaşmaya ve sulhe teşvik etmesi gerektiği görüşündeyiz. 2008 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın TBMM'ye sevkinden önceki halinde ve 2008 tarihli Tasarı'da mahkeme dışı çözüm yolları, sulh ve uzlaşmayı mümkün kılacak ve teşvik edecek bir alt yapı oluşturulması öngörülmüş olmasına rağmen, alternatif uyuşmazlık çözümleri hakkında bir düzenleme yapılmamış olması dikkat çekicidir. Oysa ki, Tasarılarda bu konuya ilişkin bir düzenleme yapılarak, özellikle Arabuluculuk Kanun Tasarısı ile ilişkilendirilmek suretiyle bu kanuna geçiş sağlayan bir takım maddelerin yeralmasının yerinde olacağı görüşündeyiz.

4. Tahkim

Tahkimle ilgili olarak, 2008 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın TBMM'ye sevkinden önceki halinde tahkime ilişkin 411. maddesi gerekçesinde[1127], tahkim hakkındaki hükümlerin Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki (MTK) hükümlerin hemen hemen aynısı olduğu, Tasarı'da MTK'daki hükümlerin kabulü ile millî ve milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki farkın önlenmek istediği belirtilmiştir. Doktrinde bu durumda tek bir tahkim kanunu yapılması ve tahkime ilişkin hükümlerin Tasarı'dan çıkarılması veya MTK'nın kaldırılarak, her iki tahkimin de Usûl Kanunu'nda UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. MTK ve Tasarı'nın tahkim maddesi aynı kalsın denilirse, bu durumda da ikisi arasındaki farkların kaldırılması gerektiği ifade edilmiştir[1128]. Ancak 2008 Tasarısı'nda da doktrindeki bu yöndeki önerilerin dikkate alınmadığını belirtmemiz gerekir[1129]. Biz de çalışmamızda tahkim konusundaki ikili düzenlemelerden vazgeçilmesi gerektiğine yer vermek isteriz.

[1127] Gerekçe, s. 153.
[1128] **Kuru**, İBD, s. 82.
[1129] **Kuru**, MİHDER, s. 48 vd.

SONUÇ

1. Çalışmamızda dünya üzerinde varolan hukuk sistemlerinden en önemli iki tanesinin, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ve Anglo-Amerikan (Common Law/Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne dahil olan belli başlı ülkelerin medenî yargılama sistemleri, sorunları ve bu ülkelerdeki reform çalışmaları incelenmiştir. Böylece, sözkonusu medenî yargılama sistemlerine dahil ülkelerdeki gelişmeler ve reformların temel noktaları tespit edilip, karşılaştırılarak ülkemiz açısından sonuçlar çıkarılmaya ve önerilerde bulunulmaya çalışılmıştır.

Kıta Avrupası medenî yargılamasının, genellikle hâkimin yargılamada maddî anlamda sevk yetkisinin bulunduğu, araştırmacı *(inquisitorial)* bir yapısı vardır. Kıta Avrupası medenî yargılama sistemi, yazılı kural ve prensiplere dayanmaktadır. Hâkimin davayı aydınlatma ve tarafların iddia ve savunmalarını ortaya koymalarını sağlama görevi bulunmasından dolayı, hâkimin daha aktif bir rolü vardır; davanın sevk ve idaresi hâkimin görevidir. Davadaki hukukî meselelerin çözümlenmesi ile ilgili olarak, Kıta Avrupası Sistemi *jura novit curia* prensibine dayanır. Somut olayda hangi hukuk kuralının uygulanacağını bulmak görevi sadece mahkemeye ait bir görevdir. Delil toplanmasının mahkemenin işi olduğu esası benimsenmiştir. Maddî gerçeğin ortaya çıkarılması ve maddî gerçeğin tespiti suretiyle doğru hüküm verme hâkimin temel görevidir. Bu sistemde, vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesi ve re'sen araştırma ilkesi kavramları ortaya çıkmıştır. Kıta Avrupası sisteminde, kural olarak yazılı delillerin sözlü delillere üstünlüğü vardır. Bazı Kıta Avrupası ülkelerinde taraf vekillerinin doğrudan tanığı sorgulamasına izin verilirken, diğer bir çoğunda taraf vekilleri sadece tanığa sorulmasını istedikleri hususları belirleyerek, bunların sorulmasını mahkemeden talep edebilmektedirler. Hâkim tanığa bu soruları yöneltip yöneltmemekte serbest olduğu gibi, bunlar dışında maddî gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için hâkimin tanıklara başka sorular yöneltmesi de mümkündür. Bilirkişiler mahkeme tarafından atanır ve tarafsız olmaları gerekir.

2. Ele alınmış bulunan Kıta Avrupası medenî yargılama sistemine dahil olan ülkelerdeki sorunlara bakıldığında; bu ülkelerde genel olarak gecikmeden kaynaklanan sorunlar yaşandığı görülmektedir. **Almanya'da** sistem genel olarak iyi çalışmaktadır, dava hacminin yüksek olmasına ve iş yığılmaları bulunmasına rağmen, yargılama masrafları düşüktür. Yargılama hızlı, etkin ve verimli olup, makûl sürede sonuçlandırılmaktadır. **Avusturya'da** ise, yargılamanın süresine ilişkin olarak esaslı bir sorun görülmemekte olup, yargılama diğer ülke yargılamalarına oranla göreceli olarak hızlıdır. Avusturya medenî yargılama hukuku tarihi usûli gecikmelere karşı verilen mücadelelerle doludur. Yargılamanın gecikmesinin önlenmesi için sıkı tedbirler alınmıştır. İlk derece mahkemelerinin iş yükü normal seviyelerde seyretmekte, yüksek mahkemelerin iş yükü ise, temyizin sınırlandırılması suretiyle azaltılmış durumdadır. **Hollanda'ya** bakıldığında, yargılama sisteminin iyi işlemekte olduğu, esaslı bir sorun yaşanmadığı görülmektedir. Mahkemelerde makûl sürede, makûl yargılama masrafları ile çözüm elde etmek mümkündür. Mahkemelerde adalete erişim kolay olduğu gibi, dava yoğunluğunun önlenmesi ve mahkeme yargılamasının hızlandırılması için mahkeme dışında da ihtilaf çözümüne ilişkin etkin metodlar geliştirilmiştir. Gecikmeye ilişkin sorun gözlemlenmemekle birlikte, reform planları çerçevesinde gecikmenin tamamen ortadan kaldırılmasına çalışılmaktadır. Yargılama masrafları ihtilafın değeri ile orantılıdır. Buna rağmen, genellikle davacıların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tercih etmekte, dava yoluna çoğunlukla son çare olarak başvurmaktadırlar. **İsviçre** bakımından, çalışmada ele almış olduğumuz Zürih kantonunda yargılama süresi genel bir sorun değildir, ancak diğer kantonlarda yargılama süresine ilişkin sorunlar yaşanmaktadır. Gecikmenin ortadan kaldırılması ve iş yükünün hafifletilmesi için hâkim sayısı arttırılmakta ve daha fazla mahkeme görevlisi istihdam edilmesi öngörülmüştür. Dava yönetimi son derece önem kazanmıştır. Medenî yargılama hukukunun zayıf noktaları, yargılama masraflarının aşırı yüksekliği ve adli yardım sisteminin iyi çalışmamasıdır. Bir diğer sorun ise, kanun yolu sistemidir. Başvurulması mümkün olan birçok kanun yolu mevcuttur ve bunların kapsamını belirlemek ve birbirinden ayırdetmek oldukça zordur. Adli teşkilât içinde de sorunlar mevcuttur. İsviçre'de esasen temel sorun halen yargılama hukukunun federal düzeyde olmamasıdır. Ancak, bu sorunun yargılama

hukukunun federal düzeyde düzenlenmesi prensibinin benimsenmesi, yeknesaklaştırma çalışmalarının tamamlanarak, Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabul edilmesi ve Kanun'un 1 Ocak 2011'de yürürlüğe girmesi ile tamamen aşılması beklenmektedir. **İtalya'da** adalete erişim neredeyse ihtimal dahilinde dahi değildir. Mahkemelerdeki gecikme aşırı boyutlardadır. Sıradan vatandaşların ihtilaflarının olağan usûllerle nihai çözüme ulaştırılması için neredeyse on yıl beklemeleri gerekmektedir. Yargılama sisteminin tamamen yetersiz olduğu söylenebilir. **İspanya'da** yargılama sisteminin temel sorunu yargılamanın aşırı uzun sürmesidir. Mahkeme teşkilâtının yetersiz olması, yeterli sayıda hâkim ve mahkeme personeli bulunmaması, kronik kaynak ve malzeme sorunu mevcut olduğu, diğer yandan medenî yargılama hukukunun tabiatı içindeki hantal ve kullanışsız usûllerin, yargılama hukukunu kaotik bir hale getirmiş olduğu, ancak gerçekleştirilen reformlarla bunların büyük ölçüde giderilmiş olduğu görülmektedir. **Japonya'da** gecikme, masraf ve altyapı sorunlarına reformlar ile büyük ölçüde çare bulunmuş olduğu, hızlı, etkin, kolay ulaşılabilir ve hatta vatandaşlar tarafından erişilebilir bir yargılama sistemine doğru adımlar atılmıştır. Yargılama sisteminde varolan sorunların büyük ölçüde giderildiği söylenebilir.

3. Kıta Avrupası yargılama sistemine dahil ülkelerde son yıllarda gerçekleştirilmiş reformlara genel olarak bakıldığında; **Alman** adli yargı sisteminin en kapsamlı reformu olarak adlandırılan 2002 Reformu ile, ilk derece yargılamasının güçlendirilmesi ve kanun yolları sisteminin yeniden yapılandırılması amaçlanmıştır. **Avusturya'da** da 2002 yılında yapılan kapsamlı değişikliklerle, medenî yargılamanın, özellikle ilk derece yargılamasının hızlandırılmasına ve yüksek mahkemelerin yükünün azaltılmasına çalışılmıştır. Mahkemelerin dava yönetimi yetkileri ile yargılamanın yürütülmesinde tarafların işbirliği içinde olma yükümlülüğü artırılarak yargılamanın başlangıç aşamalarının basitleştirilmesi ve basit ve seri usûlün ise kapsamının yükseltilmesi hedeflenmiştir. Temyiz önemli hukukî meselelerin çözümüne dayanan mahkeme kararlarının gözden geçirilmesi ve incelenmesi ile sınırlandırılmıştır. **Hollanda'da** 2002 yılında gerçekleştirilen temel reform ve 2005 yılında, 2002 yılında yapılan reformların sonucu olan reformlar ile, yargılamanın basitleştirilmesi, formalitelerin ortadan

kaldırılması, hâkim ile taraflar arasındaki ilişkinin modernleştirilmesi, hâkimin yargılamanın yürütülmesinde belirleyici ve aktif rol üstlenmesi, yargılamada etkinliğin sağlanması ve sürdürülmesi, yargılama hukukunun yeknesaklaştırılması amaçlarının gerçekleştirilmesine çalışılmıştır. **İsviçre'de** temel sorun olan yargılama hukukunun halen federal düzeyde olmaması sorunu, 1999 yılında Adalet Reformu ile aşılmaya çalışılmış, medenî yargılama hukukunun federal düzeyde düzenlenmesi prensibi benimsenerek, 12 Aralık 2008 tarihinde Parlamentoda Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu kabul edilmiştir. Kanun, 1 Ocak 2011'de yürürlüğe girecektir. İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu, kantonal yargılama kanunlarının yanısıra, Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Kanun'un *(Gerichtsstandsgesetz)* ve İç Tahkimi düzenleyen *(Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit)* Kanun'un yerini alacaktır. İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile sadece kanton mahkemelerinde uygulanacak yargılama düzenlenecek olup, mahkeme teşkilâtı ve yapılandırılması ve mahkemelerin görevi ise kantonlara bırakılmıştır. Federal Mahkeme usûlleri ise ayrı kanunlarla düzenlenmeye devam edecektir. Yargılama hukukuna ilişkin birtakım merkezi sorunlara da, Federal Mahkeme'nin eski içtihat hukuku uygulanmaya devam edecektir. **İtalya'da** medenî yargıdaki gecikmelerin azaltılması için, 2004 yılında yargılama hukukuna ilişkin yeni bir yargılama kanunu taslağı hazırlanmıştır. Ancak bu taslak hiç bir zaman yasalaşamamıştır. Çalışmada ele alınan birçok ülkede yargılamanın etkin ve verimli hale getirilmesi sorunu, hâkime dava yönetiminde daha geniş ve daha etkin yetkiler verilmesi suretiyle çözülmüş, medenî yargılamadaki gecikmeyle, hâkime davanın yürütülmesi ve yönetilmesinde ve özellikle hazırlık aşamasında aktif rol verilerek başa çıkılmış ve yargılamanın süresi de bu şekilde azaltılmış olduğu halde, İtalyan kanun koyucusu, çeşitli ülkelerde yapılan reformlara açıkca karşı eğilimde olmuştur. **İspanya'da** 2000 tarihinde, medenî yargılamayı basitleştiren, yargılama usûllerini, temyiz sistemini ve geçici hukukî koruma tedbirlerini rasyonalize etmeyi başarmış, yargılama usûllerinin sayısını azaltmayı amaçlayan, yargılama hukukunun teorik kavramlarını bünyesinde barındıran ve sistematik yapısı son derece modern bir Medenî Usûl Kanunu kabul edilmiştir. İspanya'da mevcut sorunların çözümüne ilişkin olarak gerçekleştirilen reform çalışmalarının başarılı olduğu yönünde ciddi sonuçlar vardır. İtalya'daki durumun aksine

bu ülkede Reformlar olumlu sonuçlar elde edilmesini sağlamıştır. **Japonya'da** ise 1 Ocak 1998 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Usûl Kanunu ile, hızlı ve etkin medenî yargılamaya ulaşılması hedeflenmiş, adli yargının daha kolay anlaşılabilir ve erişilebilir hale getirilmesine, daha adil ve hızlı adalete erişimin sağlanmasına çalışılmıştır.

4. Çalışmada Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuku kavramı, geniş anlamıyla, temeli İngiliz hukukuna dayalı olan ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin karşıtı olan hukuk sistemini ifade etmek üzere kullanılmıştır. Dar anlamıyla Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuku ise, İngiltere'de krallık mahkemeleri tarafından yaratılan hukuk anlamına gelir. 11. ila 13. yüzyıllar arasında İngiltere'de kraliyet mahkemeleri tarafından geliştirilen ve bölgesel uygulamaların yerini alan ve sonraları ise, toplumun müşterek duygularına dayanmış olan hukuktur.

Kıta Avrupası Hukuku ile Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuku arasındaki en temel fark, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuku'nun yüksek mahkemeler tarafından yaratılan içtihat hukukuna *(case law)* dayanmasıdır. Genel olarak yüksek mahkemelerin benzer davalardaki önceki kararları, ilerideki olaylarda ve davalarda dikkate alınır ve örnek oluşturur. Bu ilkeye *stare decisis* (*Stare decisis*, Latince bir kavram olup, İngilizce'de "to stand by things decided" olarak karşılığını bulmakta ve karara bağlanmış hususların devam ettirilmesi" anlamına gelmektedir) adı verilmiştir.

5. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde, hukuk hâkim tarafından yaratılır ve geliştirilir. Bu sistem, içtihat hukuku yanında kanunlardan (*statutory law*) oluşur. Uyuşmazlıklar toplumsal ilişkiler gözlemlenerek tartışılmakta, mahkeme kararlarının gerekçeleri soyut ve sistematik olmayan, somut ve tarihsel bir bakış açısına dayanmaktadır. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi medenî yargılaması, genel olarak taraf hâkimiyeti sistemine *(adversarial)* dayanır. Bununla birlikte taraf egemenliği sisteminin (*adversarial*) ortaya çıkmasındaki tarihsel süreç ve etkenler ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilmekte ve taraf hâkimiyeti

sistemi (*adversarial*), Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne dahil ülkelerde aynı şekilde uygulanmamaktadır. Özellikle, Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) hukuk geleneği içinde bulunan Amerikan yargılama hukuku, İngiltere'de ve diğer Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi ülkelerinde olduğundan önemli şekilde farklılaşmıştır. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi yargılamasında mahkemenin görevi, davada vakıadan hareketle hukuk yaratmak, hukuku bulmaktır. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde vakıalar, içtihat hukuku, sözlü deliller, ifadelerin harfiyen zapta geçirilmesi, taraf avukatları tarafından doğrudan ve çapraz sorgulama gibi usûller baskındır.

Sistemin özüne taraf hakimiyeti (*adversary*) felsefesi hakimdir. Taraf hâkimiyeti sisteminin felsefesi, tarafların getirdiği vakıalar ve deliller kulanılmak suretiyle taraflarca mücadele edilerek gerçeğe ulaşılacağı ve bu nedenle uyuşmazlığa hâkimin müdahil olmaması gerektiği fikrîne dayanır. Hâkim davada tarafların uyuşmazlıklarını ortaya koyma aşamasında tarafsız bir hakem gibi hareket eder. Uyuşmazlığın tarafları yargılamayı yürütür. Yargılamanın yürütülmesinde hâkimin durumu pasiftir ve uyuşmazlık konusu hakkında hâkim bağımsız olarak tahkikat yürütmez. Hâkim maddî gerçeğin bulunmasında rol oynamaz. Hâkimin esas görevi yargılamaya ve yargılamanın tüm kurallarına uygun davranılmasına nezaret etmektir. Hâkim tanıkları bizzat sorgulamaz, ancak tarafların tanıklara sorduğu soruların uyuşmazlığa ilişkin olmasını sağlar. Sonuçta, hâkim, davayı daha ikna edici şekilde ortaya koyan taraf lehine karar verir. Hâkimin davaya pasif katılımının, kararın adil ve bağımsız olarak verilmesine olanak sağladığı fikrî kabul edilmektedir. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılamasındaki hâkimin bu durumu zamanla değişmiş ve bugün artık aktif şekilde yargılamaya katılan, etkin ve yönetici hâkim modeli (*managerial judge*) benimsenmeye başlamıştır.

Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde duruşma *(trial),* kural olarak tek bir oturumdan oluşur. Genellikle duruşma öncesindeki ön yargılama

aşamasında (*pre-trial*) hâkim önünde bir dizi görüşme ve ara oturum yapılır. Duruşma öncesi ön yargılama safhasında, taraflara delilllerin toplanması için son derece geniş bir yetki verilmiştir. Deliller, delil keşfi yöntemiyle *(pre-trial discovery)* toplanır. Taraflar ellerinde bulunan ihtilafla ilgili belgeleri, davalarını veya savunmalarını desteklesin ya da desteklemesin karşı tarafın incelemesi için sunmak zorundadırlar. Böylelikle, uyuşmazlığın taraflarının, birbirlerinin elinde bulunan ve duruşmada dayanacakları vakıa ve bilgilere ulaşmaları ve duruşma için hazırlanmaları da mümkün olur. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuku medenî yargılaması delil sistemi, nelerin delil olarak olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin kuralları ve bu kuralların istisnalarını kapsar. Serbest delil sistemi, bu hukuk sistemine yabancıdır Kıta Avrupası sisteminde tartışma konusu olan takdiri deliller, bu sistemde bulunmamaktadır; zira, bu sistemde kanun tarafından yasaklanmadıkça her türlü delilin ikame edilmesi mümkündür. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nin temel prensiplerinden biri de, tanıkların taraflarca çapraz sorgulanabilmesi (*cross-examination*) olanağıdır. Sözlü delillerin dikkate değer bir ağırlığı (*weight)* mevcuttur ve genellikle yazılı delillere üstünlüğü bulunmaktadır. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde hâkimlerin çoğu, önce avukat olarak yetiştirilmekte ve avukatlık faaliyetini bağlı olarak sürdürdükleri baro tarafından seçilmektedir. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nde bilirkişiler, bilirkişi tanık *(expert witness)* olarak adlandırılır ve taraflarca atanır. Ancak dikkat çekici bir gelişme olarak, İngiltere'de Yeni Usûl Kuralları (CPR), tarafların üzerinde mutabık kaldıkları ve müşterek şekilde tayin edilmiş bilirkişi (*single joint expert)* kavramını getirmiştir. Bu şekilde belirlenmiş bilirkişiden alınan raporun mahkemece esas alınması öngörülmüştür. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'ne dahil çoğu ülkede kaybeden taraf yargılama masraflarına katlanma yükümlülüğü altındadır. Ancak, Amerikan yargılama hukuku sisteminde bunlardan farklı olarak kaybeden tarafa masrafların yükletilmesi usûlü yeralmamaktadır.

Geleneksel Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi medenî yargılaması, hem duruşma öncesi ön yargılama safhasında (*pre-trial*) ve hem de

duruşma (*trial*) aşamasında gerçekleştirilen delillerin açıklattırılması, delil keşfi (*discovery*) ve vakıa tespiti süreçleri, avukatların baskın rolü ve jüri duruşmaları sebebiyle zaman alıcı ve pahalı olup, yargılama masraflarının yüksekliği ve yargılama süresinin uzunluğu, adalete erişimi zayıflatmaktadır.

6. Ele almış olduğumuz Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılama sistemine dahil olan İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve Avustralya gibi ülkelerdeki sorunlara genel olarak bakıldığında; esasında bu sistemde yargılama giderlerinin yüksekliğinden kaynaklanan sorunlar bulunduğu görülmektedir. **İngiltere'de** esaslı sorunlar; medenî yargılama sisteminin pahalı, yavaş, karmaşık olmasına, yargılama sürecinin ise sorunlu olmasına, yargılama usûllerinin yeterli olmamasına ve yeterli şekilde adalete erişimin sağlanamamasına ilişkindir. Medenî yargılama sisteminin temeline ilişkin esaslı değişiklikler yapılması gerektiği, vatandaşların ihtiyaçlarını karşılayacak, erişimi kolay ve masrafları makûl bir sisteme ihtiyaç olduğu genel olarak kabul edilmiş ve bu yönde Reformlar gerçekleştirilmiştir. **Amerika Birleşik Devletleri'nde** yargılama masrafları önemli bir sorundur. Tarafların elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklattırılması (*discovery*), ön yargılama safhasındaki tahkikat esnasında taraflara yöneltilen soru ve cevaplar (*interrogatories*) ve sair belge talepleri son derece masraflıdır. Yargılama masraflarının karşı tarafa yükletilmesine ilişkin olarak bu yargılama sistemeninde bir kural mevcut olmaması da yargılama sistemini çıkmaza sokmaktadır. **Avustralya** medenî yargılama sistemi, İngiliz medenî yargılama sistemine benzerliğinden dolayı karşılaşılan sorunlar da benzerdir. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılamasında her zaman sorun olan masraf ve gecikme, bu ülkede de kendini göstermiştir. Bir çok davada, dava masrafları uyuşmazlık konusu miktar ile orantısız ve aşırı şekilde yüksektir. Mahkemelerin etkin ve verimli çalışmaması da esaslı bir sorundur. Yargılamanın adli kontrolüne doğru bir kayma meydana gelmiş ve yeni bir karar verme kültürü ortaya çıkmıştır. Hâkimler yargılamada çok daha fazla insiyatif sahibi olarak hareket etmeye başlamışlar ve taraflara yargılama sürecinde atmaları gereken usûli adımları dikte ettirir hale gelmişlerdir.

7. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılama sistemine dahil ülkelerdeki bu sorunlara karşılık, son yıllarda gerçekleştirilmiş olan reformlara bakıldığında; genel olarak dava sürecinin yargısal kontrolü yönünde değişim ve uyuşmazlıkların çözülmesine ayrılan kaynakların, uyuşmazlık konusu menfaatle orantılı olması ve kaynakların sistem çapında bütün uyuşmazlıklara adil biçimde dağıtılmasına dair gelişmeler göze çarpmaktadır. **İngiltere'de** sorunların ortadan kaldırılabilmesi için İngiltere ve Galler hukuk sisteminde yargılama kurallarının tamamen değiştirilmesine ilişkin olarak 1999 yılında esaslı bir reform yapılmıştır. Bu reform, adalete erişim akımının etkisiyle son yıllarda yapılan hukuk reformlarından en ilgi çekici olanıdır. İngiltere ve Galler hukuk sisteminde Hukuk Usûlü Kuralları ile Adlî Yardım Kanunu'nun tamamen değiştirilmesine sebep olmuştur. Bu Reform, İngiltere ve Galler hukuk sisteminde yüz yılı aşkın bir süredir yapılan en köklü değişikliktir. Reform ile getirilen yeni sistem ile; küçük talepler usûlü *(small claims track)*, seri yargılama usûlü *(fast track)* ve çok yönlü yargılama usûlü *(multi-track)* gibi üç aşamalı bir sisteme geçilmiş, usûlün basitleştirilmesi amacıyla hem asliye mahkemeleri hem de ilçe mahkemelerine uygulanacak olan yargılama hukuku kuralları tek bir metod halinde düzenlenmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının (*ADR*) teşvik edilmesi, davaların sıkı zamanlama çizelgelerine tabi tutulması, davanın yürütülmesi üzerinde daha fazla kontrol sahibi olması öngörülen hâkimin yargısal dava yönetimini gerçekleştirmesi, davanın Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi'nin özelliği olan taraf hâkimiyetinin egemenliğinden uzaklaştırılması, davaların görülmesi sırasında oranlılığın gözetilmesi, iletişim teknolojisinden yararlanılması, davacıların da uzlaşma teklifinde bulunabilmesi gibi yenilikler getirilmiştir. **Amerika Birleşik Devletleri'nde** adli yargı reformunun temel içeriğini, davanın kontrolünün taraflardan alınıp, mahkemeye yüklenmesi, yargılama süresinin kısaltılması amacıyla davanın erken safhalarında dava yönetiminin (*case management*) gerçekleştirilmesi, karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklattırılmasına (discovery) ilişkin sürelerin sınırlandırılması ve hâkimlerin davalarda daha aktif bir rol (*managerial judges*) üstlenmeleri oluşturmuştur. Bu değişiklikler ile, yargılama sisteminin sorunları olan gecikmenin ve masrafların azaltması öngörülmüştür. **Avustralya'da** reformlar,

gecikme, yüksek masraf ve etkin olmama sorunları ile mücadeleye yönelik olarak gerçekleştirilmiştir. Hedef; zamanı dengeli kullanabilen, adil, tarafsız, ahenkli çalışan, erişilebilir, merasimsiz ve masrafların etkin şekilde ayarlanabildiği, uygun kaynaklara sahip mahkemeler oluşturulması olmuştur. Avustralya'da reformların çoğu, hâkimin rolünün yeniden düzenlenmesine ilişkin olarak gerçekleştirilmiştir. Hâkimlerin kural koyma yetkileri çok uzun zamandır mevcut olduğu ve yargılama kurallarını ve adaletin yönetimini de hâkimler şekillendirmiş oldukları için reformların genel olarak, hâkimler vasıtasıyla gerçekleştirileceğine inanılmış, yargılama sürecinin yalnızca taraflara ait bir mesele olmadığı, aynı zamanda mahkemenin de meselesi olduğu anlaşılmış olduğundan dava yönetimi sürecinin (*case management process*) düzenlenmesine çalışılmıştır. Ayrıca, alternatif uyuşmazlık çözüm metodları (*ADR*) kabul edilmiştir.

8. Medenî yargı alanında, uluslarüstü seviyede de gelişmeler meydana gelmiştir. Avrupa Birliği içinde medenî yargılamanın yeknesaklaştırılmasına ilişkin bir süreç yürütülmektedir. Bu yeknesaklaştırmaya ilişkin olarak, Avrupa İcra Emri, Avrupa Ödeme Emri ve Avrupa Küçük Talepler Usulü düzenlemeleri yapılmış ve bunlara ilişkin Tüzükler çıkartılmıştır. Yeknesaklaştırma süreci, Avrupa Konseyi tarafından da desteklenmektedir. Sürecin Avrupa Konvansiyonu ile hızlanması beklenmektedir. Diğer yandan, Avrupa Birliği Antlaşması'nın yargılama hukuklarının yakınlaştırılmasına ilişkin maddeleri çerçevesinde, yargılama hukukunun yakınlaştırılmasına ve yeknesaklaştırılmasına ilişkin olarak Avrupa Medenî Usûl Model Kanunu çalışması yapılmıştır. Ayrıca, Amerikan Hukuk Enstitüsü (ALI) ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü (UNIDROIT) tarafından uluslarötesi hukuk usûlü prensiplerine ilişkin çalışmalar yürütülmüş ve 2005 yılında "Uluslarüstü Usûl Hukuku Prensipleri ve Kuralları" yayınlanmıştır.

9. Yargılamanın yapısı noktasından bakıldığında, Kıta Avrupası ile Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) Hukuk Sistemi medenî yargılaması ayırımının değerini kaybetmekte olduğu, bir çok ülkenin medenî yargılama hukukunda yapılan reformların, yargılamanın yapısı üzerinde benzer sonuçları ortaya koymuş olduğu açıktır. Medenî

yargılamanın amaç ve rolü ile medenî yargı kurumlarında uyum ve yakınlaşma meydana gelmiştir. Sistemler arasında, özellikle Amerikan ve Kıta Avrupası yargılama sistemlerinin şekil ve kurumlarında temel farklılıklar olduğu kabul edilmekle birlikte, bunların esasında sanıldığı kadar derin olmadığı, her iki hukuk sisteminin de medenî yargılama hukukunun temel ilkelerine dayandığı ve sistemler arasında esasen bazı yakınlaşma belirtileri oluştuğu da gözlemlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında, Amerikan hâkiminin rolünde son zamanlarda meydana gelen değişikliklerin ve Avrupa'da vakıaların geliştirilmesi ve tarafların elinde bulunan bilgi ve belgelerin açıklattırılması (*discovery* ve *disclosure*) usûlüne olan ilginin artık açıkça ortaya konulması gereklidir.

10. Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılama sistemlerindeki reform hareketlerine ilişkin sonuçlara göre, yargılama modellerinin sınıflandırılmasında esas alınan farkların azalmış olduğu bir gerçektir. Medenî yargılamanın hedefinin, makûl sürede, makûl masraflarla hakların etkin olarak korunmasının garanti edilmesi olduğu düşüncesi ile, bu hedefe esneklik ve her bir davanın özelliğine göre uygulanması mümkün olan yargılama modelleri ile ulaşılmasının mümkün olduğu anlaşılmıştır. İki aşamalı yargılama modeline doğru bir eğilim gerçekleşmiştir. Anglo-Amerikan (Common Law-Ortak Hukuk) medenî yargılama modelinde yargılamanın hazırlık safhasının yapısı, hâkimin önemli kontrol ve insiyatif yetkileri ile donatılması suretiyle esaslı şekilde değiştirmiştir. Yargılamanın uyuşmazlık konusu meselelerde mümkün olduğunca gerçeğe ulaşmayı hedeflediği esas alınarak, tarafların elinde bulunan belge ve bilgilerin açıklattırılması ve delil keşfi (discovery) usûlleri yayılmıştır. Baroların, adlî yargı sisteminin sorunlarının ve ihtiyaçlarınının gerektiği şekilde ele alınabilmesi için gerekli bir faktör olup, baroların kalitesi ve yargılama içinde üstlendiği rol önemli bir rol oynadıkları belirlenmiştir. Adli kaynakların rasyonalizasyonuna büyük bir ihtiyaç bulunduğu anlaşılmıştır. Yargılamanın yönetiminin ise, usûlî formalitelerin basitleştirilmesinde ve mahkemelerin iş yükünün azaltılmasında, ancak teknolojinin yaygın olarak kullanımı ile modernleştirilmesinin mümkün olduğu görülmüştür. İş yükü ve birikmiş dosya sayılarına bakıldığında, yüksek mahkemeler üst mahkeme işlevini yerine getirememekte,

hukukun doğru uygulanması, yeknesak şekilde yorumlanması, günün ihtiyaçlarına uygun hale getirilmesi ve taraflar arasında adaletin sağlanması görevlerini yapamamaktadırlar. Ancak bu durumun giderek değişmekte olduğu görülmektedir. Yeknesaklaştırma süreci ile, Avrupa Birliği içinde reforma katkıda bulunulduğu ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanın da, giderek daha fazla oranda ilkeler yaratmak, münferit mevzuat boşluklarını doldurmak ve bunları yeknesak bir yorum altında biraraya getirmek suretiyle Avrupa Birliği hukukunun gelişimine katkıda bulunmakta olduğu bir gerçektir.

11. Durum ülkemiz bakımından ele alındığında, yargılama hizmetinin iyi işlemediği açıktır. Yargılama sisteminde temel sorunlar mevcuttur. Bu sorunlar, ağır iş yükü, ağır iş yükünden kaynaklanan verimli çalışamama, adaletin dağıtımında gecikme, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundaki zafiyet, yargılama sürecinin hızlı ve etkin işlememesi, davaların makûl sürede bitirilememesi, yargıda insan kaynaklarına ilişkin nitelik ve nicelik eksikliği, fiziki altyapının henüz tamamlanamamış olması ve yargıda medya ve halkla ilişkilerin etkin yürütülememesidir. Ülkemizde mevcut olan temel sorunların yanısıra, kaliteli yargılamanın koşullarından olan yargılama hizmetinin etkin ve saygın olması koşulları da yerine getirilememektedir. Bu sorunların giderilmesi için, kanun değişiklikleri, temel düzenlemeler ve kanun tasarıları vs. gibi reform çalışmaları yapılmakta ve çözümler aranmaktadır. Çalışmamızda da dünyadaki somut gelişmeler ve reformlar çerçevesinde, birtakım somut çözüm önerileri ve kanun tasarılarında yeralması gereken hususlara ilişkin öneriler dile getirilmiştir.

KAYNAKÇA

Access to Justice Interim Report,
Lord Woolf (Master of the Rolls) 1999.

Access to Justice Final Report, **Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, Overview** (çev. Özbek, Mustafa), London 1996.

Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu Sempozyumu, 18-20 Haziran 2008 Ankara, TBB Yayınları: 151.

Adaletin Hızlandırılması, Manisa Barosu Dergisi 1988, Y. 7, S. 25.

The Agenda for Civil Justice Reform-The English Experience Evolution of an Improved Justice System, or Disguising a Curate's Egg? Civil Justice Council/Law Council of Australia and Australian Legal Assistance Forum.

Analysis of the Woolf Reforms
The Times, May 2, 2000.

Akgündüz, Ahmet: "Osmanlı Devletinde Adli Teşkilat ve Yargılama Usûlleri", Yeni Türkiye Dergisi Yargı Reformu Özel Sayısı 1996, S. 10, s. 966-991.

Akkan, Mine: "Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma", Legal MİHDER 2007/1, S. 6, s. 29-68.

Akkaya, Tolga: Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

Alangoya, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Yıldırım**- Deren, Nevhis: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu, 2006. (Anılış: **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**, Tasarı)

Alangoya, Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Yıldırım**, Deren Nevhis: Medenî Usûl Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009. (Anılış: **Alangoya/Yıldırım/Yıldırım**)

Alangoya, Yavuz: "İsviçre'de Yeni Federal Medenî Usûl Kanunu'na Doğru", Özer Seliçi'ye Armağan, 2006, s. 83-102. (Anılış: **Alangoya**, Armağan)

Alangoya, Yavuz: "İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya (Nizasız Kaza) İlişkin Düşünceler", Medenî Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV, Ankara 2005. (Anılış: **Alangoya**, Çekişmesiz Yargı).

Alangoya, Yavuz: Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979. (Anılış: **Alangoya**, İlkeler).

Albers, Max/**Brusa**, Damiano/**Dickenman**, Philip J.: Switzerland, CMS von Erlach Klainguti Stettler, Wille (ed. **Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law 2004.

ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, Cambridge University Press, 2007.

Amerika Birleşik Devletleri'nde Federal Yargılama Sistemi ve Bu Sistem İçinde Cezai Yargının Yeri ve İşleyişi El Kitabı (www.uscourts.gov/library/turkish.pdf).

Amigo, Luis Gomez: "European Order for Payment Procedure: An Example of Harmonisation of Civil Procedure in Europe", International Association of Procedural Law, 2009 Toronto Conference, s. 1-3.

Andrews, Neil: "A New Civil Procedure Code for England: Party Control 'Going, Going, Gone', 4 ZZPInt (1999).

Andrews, Neil: "English Civil Justice in a Competitive World" (ed. **Masahisa**, Deguchi/**Storme**, Marcel) The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society, Antwerpen/Apeldoorn 2008, s. 289-310. (Anılış: **Andrews**, IAPL).

Andrews, Neil: "English Civil Procedure: Three Aspects of the Long Revolution", Centro di Studi Richerhe di Dritto Comperato Staniero, Diretto da M. J. Bonell, Roma 2001. s. 1-26. (Anılış: **Andrews**, Three Aspects).

Andrews, Neil: "The New English Civil Procedure Rules (1998)", (ed. van Rhee, C.H.) European Traditions in Civil Procedure, Intersentia, Antwerpen 2005. (Anılış: **Andrews**, European Traditions).

Andrews, Neil: English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System, Oxford University Press 2003, s. 343-347. (Anılış: **Andrews**, English Civil Procedure).

Andrews, Neil: "English Civil Procedure: A Synopsis", Ritsumeikan Law Review No: 25, 2008, s. 25-61. (Anılış: **Andrews**, Synopsis)

Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4. Bası, Ankara 2002.

Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usûlleri, 7. Baskı, Ankara 1960. (Anılış: **Ansay**, Hukuk Yargılama Usûlleri)

Arslan, Ramazan: "Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 190-211.

Arslan, Ramazan: Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977.

Aşçıoğlu, Çetin: "Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları", Samsun Barosu-Türkiye Barolar Birliği, Bilirkişilik Sempozyumu 2001, s. 96-106.

Aşçıoğlu, Çetin: "Özel (Medenî) Hukuk Yargılamasında Yargıç ve Avukatın Etkinliği", Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 6. Kitap, İstanbul 2003.

Atalı, Murat: "Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı", Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV, Ankara 2005. (Anılış: **Atalı**, Çekişmesiz Yargı).

Atalı, Murat: "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler", Legal MİHDER 2006/III, s. 607-631. (Anılış: **Atalı**, MİHDER)

Atalı, Murat: "Tarihi Bir Tesadüf: İsviçre'de ve Türkiye'de Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarıları", HPD 2006/8.(Anılış: **Atalı**)

Atar, Fahreddin: İslam Adliye Teşkilatı, Ankara 1979.

Bajons, Ena-Marlis: "Civil Procedure For Austria Revisited. An Outline of Austrian Civil Procedure Reforms", (ed. **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo) Reforms of Civil Procedure in a Comparative Perspective, 2003, s. 117-129.

Bamford, D.: "Managing Justice- A Report into Federal Civil Litigation in Australia", CJQ 2000 19.

Basedow, Jürgen (çev. Oğuz, Arzu): "Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu", AÜHFD 2003, C. 52, S. 3.

Becker-Eberhard, Ekkehard (çev. **Yıldırım**, Nevhis Deren): "Alman Medenî Usûl Hukuku Reformu Hakkında", 21. Yüzyılın Usûl Hukuku Sorunları, İstanbul 2003, s. 59-77.

Berkin, Necmettin: Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.

Bilge, Necip: "Üst Mahkemeler", Prof Dr. Sabri Şakir Ansay Anısına Armağan, Ankara 1964.

Blackstone's Guide to the Civil Procedure Rules, (Editor-in-Chief, Charles **Plant**), London 1999.

Blankenburg, Erhard: "Civil Justice, Access, Cost, Expedition" (ed. Zuckerman, A.A.S.) Civil Justice in Crisis Comparative Perspectives of Civil Procedure, 1999, s. 442-463.

Bosnak, John/**Jonk**, Martina: The Netherlands, CMS Derks Star Busmann (ed. **Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law 2004.

Brown, Henry/**Marriot**, Arthur: ADR Principles and Practice, London 2009.

Budak, Ali Cem: "Prof. Dr. Baki Kuru'nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", 75. Yaş Günü İçin Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği 2004. (Anılış: **Budak**, Değişiklikler)

Budak, Ali Cem: "Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı" Medenî Usûl Hukukunda Çekişmesiz Yargı, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV, Ankara 2005. (Anılış: **Budak** Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı)

Budak, Ali Cem: Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, 2. Baskı, İstanbul 2009. (Anılış: **Budak**, Tasarı)

Burn, Suzanne: "The Civil Justice Reforms in England and Wales: Will Lord Woolf Succeed Where Others Have Failed?", Windors Yearbook of Access to Justice 1999, Vol. 17.

Chappius, Benoit/**Tunik**, Daniel: "Switzerland: Unifying the Swiss Legal Market", International Financial Law Review (IFLR), April 2009, s. 1-4.

Chase, Oscar G.: "Reflections on Civil Procedure Reform in the United States: What Has Been Learned? What Has Been Accomplished?", (ed. **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo) Reforms of Civil Procedure in a Comparative Perspective, 2003, s. 163-184.

Chase, Oscar G.:"American Exceptionalism and Comparative Procedure" (http://ssrn.com/ssrn-id 306759(1).pdf)

Chesterman, Scott: "Australia" Minter Ellison Lawyers, (ed. **Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law 2004.

Chiarloni, Sergio: "Civil Justice and Its Paradoxes, an Italian Perspective", (ed. **Zuckerman,** A.A.S.) Civil Justice in Crisis Comparative Perspectives of Civil Procedure, 1999, s. 263-290.

Cin, Halil/**Akyılmaz**, Gül: Türk Hukuk Tarihi, 3. Baskı, Konya 2009.

Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure (ed. **Zuckerman**, A.A.S), Oxford University Press, 1999.

Cortes, Pablo: "Does the Proposed European Procedure Enhance the Resolution of Small Claims?" (http://ssrn.com/abstract=983527).

Crifo, Carla: "First Steps Towards the Harmonization of Civil Procedure: The Regulation Creating an European Enforcement Order for Uncontested Claims", CJQ 2005 24 (APR), s. 200-223.

David, Renee (çev. Köteli, Argun): Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, İstanbul 1985.

Davies, G. L.: "Civil Justive Reform: Why We Need to Question Some Basic Assumptions" CJQ 2006, 25 (JAN), s. 32- 51.

Deguchi, Masahisa: "Reform of Civil Procedure Law in Japan", Ritsumeikan Law Review, 17 March 2000, s. 15-18.

Deliduman, Seyit: "Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik", Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, Eskişehir 2003, s. 257-318.

Devlet Planlama Teşkilatı, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Adalet Hizmetlerinde Etkinlik, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 2000, s. 13.

Elveriş, İdil: "Avukatlığa İlişkin Mevcut Düzenlemeler ve Yarattığı Adalete Erişim Sorunları", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 179-202.

Epstein, Judd: "The Quiet Revolution in Australia-The Changing Role of the Judge in Civil Proceedings, (ed. **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo) Reforms of Civil Procedure in a Comparative Perspective, 2003, s. 185-216.

Erem, Faruk: "İstinaf Mahkemeleri", AÜHFD Y. 1950, S. 1-2.

Ertaş, Şeref, Geciken Adalet Paneli, Manisa Barosu Dergisi 1987, Y. 6, S. 20.

European Commission for the Efficiency of Justice, European Judicial Systems 2002: *Facts and Figures on the Basisi of a Survey Conducted in 40 Council of Europe Member States,* Strasbourg, 10 December, 2004).

European Order for Payment Procedure, Riki-Lee Ritz, Credit to Cash Advisor e-Newsletter, 27 Sept, 2007.

Frad, Thomas/**Schimka**, Benedict: Austria, CMS Strommer Reich-Rohrig Karasek Hainz (ed. **Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law 2004.

Freudenthal, Mirjam: "The Future of European Civil Procedure", EJCL Volume 7.5 December 2003, s. 1-11. (www.ejcl.org/ejcl/75/art75-6.html).

Further Findings, A Continuing Evaluation of the Civil Justice Reforms, August 2002 (www.justice.gov.uk).

Gaul, Hans Friedhelm (çev. **Yıldırım**, Nevhis Deren): "Yargılamanın Amacı, Güncelliğini Koruyan Bir Konu", İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, (derleyen, Yıldırım, M. Kamil) 3. Baskı, İstanbul 2002.

Gidi, Antonio/**Hazard**, Geoffrey/**Taruffo**, **Michele**/Stürner, Rolf: "Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, University of Houston Public Law and Theory Series 2007-A-42, s. 769-784.

Gidi, Antonio: "Notes on Criticizing the Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", Uniform Law Review, NS-vol. 6, no. 4 (2001), s. 819-826.

Giegerich, Thomas: "Yargının Bağımsızlığı-Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler", Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği, Uluslararası Sempozyum, Ankara 10-11 Aralık 2009.

Gilles, Peter: "2002 Medenî Usûl Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir Medenî Yargının Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi", Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI, İzmir 2007.

Gillespie, Alisdair: The English Legal System, Oxford University Press, 2007.

Gimenez, Picazo Dies Ignacio: "Civil Justice in Spain, Present and Future. Access, Cost and Duration, (ed. **Zuckerman**, A.A.S.) Civil Justice in Crisis Comparative Perspectives of Civil Procedure, Oxford University Press 1999, s. 385-412. (Anılış: **Gimenez**, Civil Justice in Spain).

Gimenez, Picazo Dies Ignacio: "The Principal Innovations of Spain's Recent Civil Procedure Reform", (ed. **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo) Reforms of Civil Procedure in a Comparative Perspective, 2003, s. 33-66. (Anılış: **Gimenez**)

Gladwell, David: "Modern Litigation Culture: The First Six Months of the Civil Justice Reforms in England and Wales", CJQ 2000, 19 (JAN), s. 9-18.

Gottwald, Peter (çev. **Atalı**, Murat/**Göksu**, Mustafa): "2001 Reform Kanunu Ardından Almanya'da Medenî Usûl Hukuku", Legal MİHDER 2006/3, s. 687-704. (Anılış: **Gottwald**, MİHDER).

Gottwald, Peter: "Civil Procedure in Germany after the Reform Act of 2001, CJQ 2004-23 (OCT), s. 338-353.

Gottwald, Peter: "Defeating Delay in German Civil Procedure", The Law's Delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation (Ius Commune Europaeum) (ed. **van Rhee**, C.H.) Intersentia 2004. (Anılış: **Gottwald**, Defeating Delay).

Gottwald, Peter: "The European Law of Civil Procedure", RLR No. 22, 2005, s. 37-67. (Anılış: **Gottwald**, RLR).

Göksu, Mustafa: "Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi, ABD ve İngiliz Hukuk Sistemlerindeki Discovery ve Disclosure Kurumları ile Karşılaştırmalı Olarak", Legal MİHDER 2009/2, s. 251-281. (Anılış: **Göksu**, MİHDER).

Göksu, Mustafa: "Vakıa ve Hukuk", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.I, Ankara 2009, s. 323-350.

Görgün, Şanal: "Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Hâkim, Taraf ve Avukatların Rolü", İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 170-178.

Grubbs, R. Shelby/**DeCambra**, Esther: "United States", Miller and Martin LLP, (ed. **Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law 2004.

Gündüz, Okan: Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medenî Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Ankara 2009.

Haley, John O.: "Heisei Renewal or Heisei Transformation: Are Legal Reforms Really Changing Japan?", Zeitschrift für Japanisches Recht No:19, 2005, s. 1-12.

Hanağası, Emel: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tarihsel Gelişimi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001.

Harmonizing Civil Procedure Legislation in Switzerland, Federal Office of Justice, Federal Department of Justice and Police.

Hasebe, Yukiko: "Civil Justice Reform, Access, Cost and Expedition, The Japanese Perspective (ed. **Zuckerman**, A.A.S.) Civil Justice in Crisis Comparative Perspectives of Civil Procedure, Oxford University Press 1999, s. 235-262.

Hauser, Gregory F.: "The Two Western Legal Systems: Common Law and Civil Law", Wuersch&Gering LLP.

Hazard, Geoffrey/**Taruffo**, Michele/**Stürner**, Rolf/ **Gidi**, Antonio: "Rules of Transnational Civil Procedure", University of Houston Law Center, Public Law and Theory Series 2007-A-44.

Hay, Peter: Introduction to US Law, 2nd Edition, 1991.

Haye, Nicola/**Prevett**, Geoff: "England and Wales", Eversheds (ed. **Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law 2004.

Hodges, Christopher: "Europeanization of Civil Justice: Trends and Issues", CJQ 2007 26 (JAN), s. 96-123.

Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı-AB Eşleştirme Projesi, Ankara 2007.

İlhan, Cengiz: "Hukuk Yargısında Gecikme/Tarafların ve Yargıcın Kendini Bağlaması, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 5-6-7-8 Nisan 2000, s. 129-136.

James, F./**Hazard**, G.C./**Leubsdorf**, C.J.: Civil Procedure, 5th Edition, New York 2001.

Johnson, Adam: "Civil Litigation in England-The Impact of Lord Woolf's Reforms", JIBL 1999, 14 (7), s. 201-203.

Jolowicz, John A.: "Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure", ICLQ Vol. 52, April 2003, s. 281-294..

Jolowicz, John A.: On Civil Procedure, Cambridge University Press, 2000.

Jongbloed, A. W.: "The Netherlands", (ed. **van Rhee**, C.H.) European Traditions in Civil Procedure, Intersentia Antwerpen-Oxford 2005, s. 69-96.

Kagan, Robert: Adversarial Legalism: The American Way of Law, Harvard University Press, 2001.

Karst, Thomas: Federal Republic of Germay, CMS Hasche Sigle, (ed. **Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law 2004.

Kempin, Frederick G.: Historical Introduction to Anglo-American Law, Third Edition, 1990.

Kerameus, Konstantinos: "Procedural Harmonization in Europe", AJCL Vol. 43, No. 3 Summer 1995, s. 401-416.

King, Edward/**Hawley**, Joseph: "İngiliz Common Law'unun Gelişmesi" (http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/342/3520.pdf).

Konstanz, Stadler Astrid (çev. **Ruhi**, Ahmet Cemal): "Yeni Avrupa Tebligat Hukuku", AÜEHFD C. VI, Y. 2002 S. 1-4, s. 353-376.

Konuralp, Haluk: "20. Yüzyıl Sonunda Medenî Usûl Hukuku Sorunlarına Bir Bakış" , Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı, Y. 1996, S. 10, s. 527-542. (Anılış: **Konuralp**, Yeni Türkiye).

Konuralp, Haluk: "Bölge Adliye Mahkemelerinde Uygulanacak Usûl (Hukuk Davaları Bakımından), İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, TBBD 2003, s. 247-265. (Anılış: **Konuralp**, İstinaf Mahkemeleri)

Konuralp, Haluk: Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usûlünde Çözüm Arayışları" Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 14. Kitap, İstanbul 2005, s. 65-79. (Anılış: **Konuralp**, Çözüm Arayışları)

Kötz, Hein: "Civil Justice Systems in Europe and the United States", Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 13.61, Special Issue 2003, s. 61-77.

Kramer, Xandra E.: "A Major Step in the Harmonization of Procedural Law in Europe: The European Small Claims Procedure, Accomplishments, New Features and Some Fundamental Questions of European Harmonization", (ed. **Jongbloed**, A.W.) The XIIIth World Congress of Procedural Law: The Belgian and Dutch Reporters 2008, s. 253-283. (Anılış: **Kramer**)

Kramer, Xandra E.: "The European Small Claims Procedure: Striking the Balance Between Simplicity and Fairness in the European Litigation", Zeitschrift für Europaiches Privatrecht 2008 No. 2, s. 355-373. (Anılış: **Kramer**, Striking the Balance)

Kuru, Baki: "2008 Tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme", Legal MİHDER 2009/1, s. 13-50. (Anılış: **Kuru**, MİHDER).

Kuru, Baki: "Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler", İBD 1984/4-6. (Anılış: **Kuru**, İBD).

Kuru, Baki: Nizasız Kaza, Ankara 1961.

Kuru, Baki: "İstinaf Mahkemeleri Kurulurken", AD Y. 1963, S. 5, s. 548-569. (Anılış: **Kuru**, AD)

Kuru, Baki: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme", Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 8-9 Eylül 2006, s. 58-85. (Anılış: **Kuru**, Toplantı V)

Kuru, Baki/**Arslan**, **Ramazan**/Yılmaz, Ejder: Medenî Usûl Hukuku, Değiştirilmiş 20. Baskı, Ankara 2009.

Lord Woolf (çev. **Özbek**, Mustafa): "Adalete Erişim" Nihai Rapor**,** Legal MİHDER 2006/2, S. 4, s. 989-1002.

Loughlin, Paula/**Gerlis**, Stephen: Civil Procedure, Second Edition, Cavendish Publishing, 2004.

Lupoi, Michele Angelo: "Harmonization of Civil Procedural Law within the EU", (www.judicium.it/news/ins_08_11_05/013_lupoi.pdf).

Malleson, Kate: The Legal System, Oxford University Press, 2007.

Marcus, Richard: "Malaise of the Litigation Superpower", (ed. **Zuckerman**, A.A.S.) Civil Justice in Crisis Comparative Perspectives of Civil Procedure, Oxford University Press 1999.

Matsumato, Hiroyuki: "The Reception and Transmission of the Law of Civil Procedure in Japan-The Experience in Japan", (ed. **Masahisa**, Deguchi/**Storme**, Marcel) The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society, Antwerpen/Apeldoorn 2008, s. 137-148.

Mecham, Leonidas Ralph: Understanding the Federal Courts, Administrative Office of the US Courts, s. 1-52.

Meier, Isaak: "Swiss Civil Justice: With an Emphasis on the Laws of the Canton of Zurich" , (ed. **Zuckerman**, A.A.S.) Civil Justice in Crisis Comparative Perspectives of Civil Procedure, 1999, s. 464- 485.

Meriç, Nedim: "Bir Avrupa Ödeme Emri Usûlü Yapılmasına İlişkin 12 Aralık 2006 Tarihli Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu'nun 1896/2006 Sayılı Tüzüğü", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 331-348.

Michalik, Paul: "Justice in Crisis", (ed. **Zuckerman**, A.A.S.) Civil Justice in Crisis Comparative Perspectives of Civil Procedure, Oxford University Press 1999, s. 117-165.

Miller, Arthur R./**Friedenthal**, Jack H.: Civil Procedure, 6th Edition, 2005.

Murray, Peter L./**Stürner**, Rolf: German Civil Justice, 2004.

Murray, Peter L.: "Civil Justice Reform in America: the 1990 Civil Justice Reform Act And Its Consequences, 3 ZZPInt (1998).

Nottage, Luke: "Civil Procedure Reforms in Japan: The Latest Round", Ritsumeikan Law Review, Volume 22, 2005, s. 81-86.

Oberhammer, P./**Domej**, T.: "Germany, Switzerland, Austria", (ed. **van Rhee**, C.H.) European Traditions in Civil Procedure, Intersentia Antwerpen 2005, s. 103-128.

Oğuz, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003.

Okan, Neval: "İngiliz Hukuk Sistemi İçinde Ticarî Yargı Sistemi", DEÜHFD 2005/2, s. 33-70.

Outline of Civil Litigation in Japan, Supreme Court of Japan http://www.courts.go.jp/english/proceedings/civil_suit.html).

Ökçesiz, Hayrettin: "Hukuk Eğitimine Genel Bakış", Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslararası Toplantı, Ankara 9-10-11 Ocak, 2003, Türkiye Barolar Birliği, s. 35-44.

Ökçesiz, Hayrettin: İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması, HFSA-Hukuk Felsefesi ve Yayınları: 5, İstanbul 2001. (Anılış: **Ökçesiz**, Yolsuzluk Araştırması)

Öktem, İmran: "Üst Mahkeme-İstinaf", Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay Anısına Armağan, Ankara 1964.

Özbek, Mustafa: "Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması İçin Öngörülen Tedbirler", AÜHFD 2006, C. 55, S. 1, s. 207-292. (Anılış: **Özbek**, AÜHFD).

Özbek, Mustafa: "Sosyal Devletin Gereği Adalete Erişim", Legal MİHDER 2006/2, s. 907-927. (Anılış: **Özbek**, MİHDER).

Özekes, Muhammet: "Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu", Eskişehir Barosu Dergisi, Y: 2005, S. 6, Ayrı Bası, s. 1-16. (Anılış: **Özekes**, EBD).

Özekes, Muhammet: "Yargıda Etkinlik ve Güvenilirlik Bakımından İstinaf Sistemi", Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği, Uluslararası Sempozyum, Ankara 10-11 Aralık 2009, s. 184-201. (Anılış: **Özekes**, Sempozyum).

Özekes, Muhammet: "Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Gözünden Yargılamanın Sorunları ve Değerlendirmesi", Yargı Reformu Sempozyumu, Ankara, 18-20 Haziran 2008, s. 231-255.

Özekes, Muhammet: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Yargılama Usûlleri Bakımından Getirilen Yeniliklere Genel Bir Bakış", Haluk Konuralp Anısına Armağan C.I, Ankara 2009, s. 783-788. (Anılış: **Özekes**, Armağan).

Özekes, Muhammet: "Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama; HMK Tasarısı'nda Ön İnceleme, HPD 2006/8, s. 101-110. (Anılış: **Özekes**, HPD)

Özekes, Muhammet: İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999. (Anılış: **Özekes**, İhtiyati Haciz)

Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003. (Anılış: **Özekes**, Hukuki Dinlenilme).

Özkan, Sungurtekin Meral: "Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Avukatların Rolü", İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 137-151.(Anılış: **Özkan**, Sempozyum).

Özkan, Sungurtekin Meral: Avrupa Birliği/Avrupa Topluluğu Usûl Hukukuna Giriş, Ankara 2009.

Öztek, Selçuk: "Hukuk Davalarında Adil ve Çabuk Yargılanma, Aksaklıklar-Çözüm Önerileri, Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı, Y. 1996, S. 10, s. 494-502.

Parker, Jeffrey S.: "Comparative Civil Procedure and Transnational Harmonization: A Law and Economics Perspective", George Mason University Law and Economics Research Paper Series 09-03. (http://ssrn.com/abstract=1325013).

Partington, Micheal: An Introduction to the English Legal System", Oxford University Press 2006.

Pejovic, Caslav: "Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to the Same Goal", (www.austlii.edu.au).

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 8. Bası, Ankara 2009.

Pekcanıtez, Hakan/**Yeşilova**, Bilgehan: "Avrupa Medenî Usûl Model Kanun Tasarısı ve Değerlendirmesi", Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, s. 335-367.

Pekcanıtez, Hakan: "Genel Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı", HPD 2006/8, s. 69-78. (Anılış: **Pekcanıtez**, HPD).

Pekcanıtez, Hakan: "Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı", Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 8-9 Eylül 2006, s. 3-31. (Anılış: **Pekcanıtez**, Toplantı V).

Pekcanıtez, Hakan: "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000.

Pekcanıtez, Hakan: "Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler" İzBD 1995, Y. 60, S. 2., s. 103-113. (Anılış: **Pekcanıtez**, İzBD).

Pekcanıtez, Hakan: "Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usûl Hukukundaki Gelişmeler", İzBD C. 65, S. 4, s. 36-59. (Anılış: **Pekcanıtez**, Gelişmeler).

Peysner, John**/Sereviratne**, Mary: "The Management of Civil Cases: A Snapshot", CJQ 2006 25 (JUL), s. 312-326.

Pfeiffer, Thomas: "The ALI/UNIDROIT Project: Are Principles Sufficient, Without the Rules?, Uniform Law Review NS-vol.6 no. 4 (2001).

Postacıoğlu, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersler, Altıncı Baskı, İstanbul 1975.

Prütting, Hans: "International Sources of German Civil Procedure", (ed. **Masahisa**, Deguchi**/Storme**, Marcel) The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society, Antwerpen/Apeldoorn 2008, s. 249-260.

Quintana, İnigo**/Nadal,** Elisabeth: Spain , Jaime Fernandez Cuatrecasas, (ed. **Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law 2004.

Rechberger, W.H./**Klicka**, Th.: "Accelerating Civil Litigation in Austria in the Twentieth Century" (ed**. van Rhee**, C.H.) Essays on Undue Delay in Civil Litigation (Ius Commune Europaeum), Intersentia 2004.

Rechberger, Walter H. (çev. **Yıldırım**, M. Kamil): "Avusturya Medenî Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması", İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, (derleyen, Yıldırım, M. Kamil) 3. Baskı, İstanbul 2002, s. 1-16. (Anılış: **Rechberger**, İlkeler)

Reforming Civil Justice Systems: Trends in Industrial Countries, The World Bank PremNotes, October 2000, Number 46.

Romano, Gian Paolo**/Vecchi**, Daniele: Italy, Origoni, Grippo and Partners, (ed. **Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law 2004.

Roth, Marianne: "Towards Procedural Economy: Reduction of Duration and Costs of Litigation in Germany", CJQ 2001, 20 (MAR), s. 102-149.

Rutgers, Robert G./**Rutgers**, Jacobien W.: "Reforms of the Code of Civil Procedure in the Netherlands" (ed. **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo) Reforms of Civil Procedure in a Comparative Perspective, 2003, s. 131-141.

Sato, Yasunobu: "The 1998 Civil Procedure Reform in Japan and Its Implications", CJQ 2000, 19 (JUL), s. 224-266. (Anılış: **Sato**, CJQ).

Sato, Tsuneo: Japan, City-Yuwa Partners (ed. **Grubbs**, Shelby), International Civil Procedure, World Law Group Member Firms, Kluwer Law 2004, s. 224-264.

Schilken, Eberhard (çev. **Yıldırım**, M. Kamil): "Medenî Yargılamada Hakimin Rolü", İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul 2002, s. 43-66.

Sherman, Edward F.: "Transnational Perspectives Regarding the Federal Rules of Civil Procedure**",** Tulane University School of Law/ Public Law and Legal Theory Working Paper Series/ Working Paper No:06-15, Dec. 2006 (http://ssrn.com/abstract=1438999).

Sime, Stuart: A Practical Approach to Civil Procedure, Tenth Edition, Oxford University Press 2007.

Sirmen, Lale: Açılış Konuşması, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslararası Toplantı, Ankara 9-10-11 Ocak 2003, Türkiye Barolar Birliği, s. 3-8.

Steiner, Josephine/**Woods**, Lorna/**Twigg-Flesner**, Christian: EU Law, 9th Edition, Oxford University Press 2006.

Stiefel, Ernst C./**Maxeiner**, James R.: "Civil Justice Reform in the United States-Opportunity for Learning from the Civilized European Procedure Instead of Continued Isolation?" AJCL, Vol. 42, No. 1, 1994, s. 147-162.

Storme, Marcel: "A Single Civil Procedure for Europe: A Cathedral Builder's Dream", RLR No. 22, 2005, s. 87-100. (Anılış: **Storme**, RLR).

Storme, Marcel: Approximation of Judiciary in the European Union, Martinus Nijhoff Publishers 1994.

Storskrubb, Eva: Civil Procedure and EU Law, A Policy Area Uncovered, Oxford University Press 2008.

Stürner, Rolf (çev. **Kurt**, Nesibe): "Fransa ve Almanya'da Yeni Usûl Hukuku Reformları-Hakkaniyet ve Ekonomi Arasında", Legal MİHDER 2007/1, s. 77-84.

Stürner, Rolf/**Kern**, Christoph: "Comparative Civil Procedure-Fundamentals and Recent Trends", Haluk Konuralp Anısına Armağan C. I, 2009, s. 997-1029.
Ünal, Şeref: Avrupa Birliği Hukukuna Giriş, Ankara 2007.

Tahiroğlu, Bülent/**Erdoğmuş**, Belgin: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2009.

Taniguchi, Yasuhei: "Japan's Recent Civil Procedure Reform: Its Seeming Success and Left Problems", (ed. **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo) Reforms of Civil Procedure in a Comparative Perspective, 2003, s. 92-116.

Tanrıver, Süha: "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", Makalelerim I, Ankara 2005.

Tanrıver, Süha: "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine", AÜHFD Y. 2000, C. 49, S. 1-4, 67-83. (Anılış: **Tanrıver**, AÜHFD 2000).

Tanrıver, Süha: "Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Bu Bağlamda Alınması Gereken Önlemler", Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu Sempozyumu, Ankara 18-20 Haziran 2008, s. 201-230. (Anılış: **Tanrıver**, Sempozyum).

Tanrıver, Süha: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 1 İla 122. Maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçevede Değerlendirilmesi", AÜHFD Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 635-664. (Anılış: **Tanrıver**, AÜHFD 2008).

Taruffo, Michele: "Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy", (ed. **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo) Reforms of Civil Procedure in a Comparative Perspective, 2003, s. 217-233.

Taşpınar, Sema: "Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu", Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 759-787.

Tetley, William: "Mixed Jurisidictions: Common Law vs. Civil Law Codified or Uncodified", Uniform Law Review, UNIDROIT (www.unidroit.org), s. 877-907.

Trocker, Nicolo/**Varano**, Vincenzo: "Concluding Remarks", (**Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo) The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective, 2003, s. 243-265.

Türk, Hikmet Sami: "Sosyal Hukuk Devleti", Halkevleri Dergisi, Mayıs 1974, S. 91.

Türkiye'de Adli Yardım, Karşılaştırmalı İnceleme ve Politikalar (derleyen Elveriş, İdil), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.

U.S. Department of Justice Programs Bureau of Justice Statistics, State Court Organizations 2004 (August 2006-www.ojp.usdoj.gov.bjs).

Umar, Bilge: "Hukuk ve Adliye Reformu Sorununun Medenî Usûl Hukukunu İlgilendiren Bölümü Üzerine Ön Rapor", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 126-128.

Uyar, Talih: "Yargılamanın Gecikmesi ve Hızlanmasında Özellikle İcra Hukuku Açısından Hâkim, Taraf ve Avukatların Rolü, İzmir, 5-6-7-8 Nisan 2000, s. 152-169.

Üçok, Coşkun/**Mumcu**, Ahmet/**Bozkurt**, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, Ankara 2008.

Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000.

van Rhee, C. H.: "The Dutch Civil Procedure in an International Context", (ed. **Masahisa**, Deguchi/**Storme**, Marcel) The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society, Antwerpen/Apeldoorn 2008, s. 191-211.

Yargı Reformu Stratejisi 2009 (http://www.sgb.adalet.gov.tr/yrs.html) ve (Legal Hukuk Dergisi , Eylül 2009, Y. 7, S. 81, s. 2769-2795.

Walter, Gerhard: "German Civil Procedure Reform Act 2002: Much Ado About Nothing?" (ed. **Trocker**, Nicolo/**Varano**, Vincenzo) Reforms of Civil Procedure in a Comparative Perspective, 2003, s. 67-91.

Ward, Richard/**Wragg**, Amanda: Walker&Walker's English Legal System, Ninth Edition, Oxford University Press 2005.

Wheeler, John: The English Legal System, London 2003.

Yargılama Düzeninde Kalite, TÜSİAD, Yayın No. TÜSİAD-T/98-11/237, Kasım 1998.

Yeşilırmak, Ali: "Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü'nün Uluslarötesi Hukuk Usûlü prensipleri", Legal MİHDER 2005/II, s. 391-405.

Yıldırım, M. Kamil: "Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usûlleri Hakkında Düşünceler", Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003.

Yıldırım, M. Kamil: "Kanunyolu Olarak İstinaf", İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, 7-8 Mart 2003, TBBD 2003, s. 285-317.

Yıldırım, Mehmet Kamil: Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

Yıldırım, Kamil: ALI/UNIDROIT'nın Uluslararası Medenî Yargılama İlkeleri (http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-turkish.pdf,)

Yıldırım-Deren, Nevhis: "Teksif İlkesi Açısından İstinaf", İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı, Ankara 7-8 Mart 2003, s. 267-284.

Yılmaz, Ejder: "Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler", Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996/1-2, s. 54-76. (Anılış: **Yılmaz**, İyileştirme).

Yılmaz, Ejder: "Medenî Hukuk ve Usûl Reformu, Aksak Adaletten İşleyen Adalete", Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı, Y. 1996, S. 10, s. 470-493.

Yılmaz, Ejder: "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", ABD 1984/2.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2001.

Yılmaz, Ejder: İstinaf, Ankara 2005. (Anılış: **Yılmaz**, İstinaf)

Yılmaz, Ejder: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Notlar", Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara 8-9 Eylül 2006, s. 169-209. (Anılış: **Yılmaz**, Toplantı V).

Yılmaz, Halit: Türkiye'nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları, Ankara 2009.

Yücel, Mustafa Tören: Türkiye'de Yargının Etkinliği, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, s. 94-110.

Yüksel, Kemalettin: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkındaki İncelemeler", Bankacılar Dergisi, Sayı. 67, Y. 2008, s. 94-110.

Zander, Micheal: "Why Lord Woolf's Proposed Reforms of Civil Litigation Should be Rejected?", (ed. **Zuckerman**, A.A.S./Cranston, Ross) Reforms of Civil Procedure-Essays on Access to Justice, Oxford University Press 1995, s. 79-96.

Zuckerman, Adrian: Zuckerman on Civil Procedure, Principles of Practice, London 2006. (Anılış: **Zuckerman** on Civil Procedure)