

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**ANGLO-AMERİKAN HUKUKU IŞIĞINDA
MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA DAVA YÖNETİMİ**

Doktora Tezi

OKAN GÜNDÜZ

İstanbul, 2009

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**ANGLO-AMERİKAN HUKUKU IŞIĞINDA
MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA DAVA YÖNETİMİ**

Doktora Tezi

OKAN GÜNDÜZ

Danışman: PROF. DR. M. KAMİL YILDIRIM

İstanbul, 2009

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Doktora öğrencisi OKAN GÜNDÜZ'ün ANGLO-AMERİKAN HUKUKU IŞIĞINDA MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA DAVA YÖNETİMİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 19.02.2009 tarih ve 2009-4/20 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 27.3.2009

1) Tez Danışmanı : PROF. DR. MEHMET KAMİL YILDIRIM

2) Jüri Üyesi : PROF. DR. NEVHİS DEREN YILDIRIM

3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. GÜLCAN (SUNAR) DEMİRHAN

4) Jüri Üyesi : PROF.DR.NUR CENTEL

5) Jüri Üyesi : PROF.DR.YAVUZ ALANGOYA

İS
Mehmet Kamil Yıldırım
Nevhis Deren Yıldırım
Gülcan Sunar Demirhan
Nur Centel
Yavuz Alangoya

ANGLO-AMERİKAN HUKUKU IŞIĞINDA MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA DAVA YÖNETİMİ

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ.....	1
I. Konunun Takdimi ve Sınırlandırılması	1
II. Konunun Ele Alınışı.....	3

BİRİNCİ BÖLÜM DAVA YÖNETİMİ

§1 DAVA YÖNETİMİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER.....	6
I. Dava Yönetimi Teorisi	6
II. İngiliz Yargılama Hukukunda Dava Yönetiminin Ortaya Çıkışı.....	9
III. İngiliz Yargılama Kurallarında (CPR), Temel Esas (Overriding Objective) Prensibi	14
IV. Dava Yönetimi ve Yargılama Usulleri Arasındaki İlişki	17
A. Genel Olarak	17
B. Amerikan ve İngiliz Hukukunda	17
C. Alman, İsviçre ve Avusturya Hukukunda	18
V. Dava Yönetimi Yetkileri ve Zaman Tablosu	20
§2 ÖN-YARGILAMA.....	23
I. Dava Yönetimi ile Ön-Yargılama Aşaması Arasındaki İlişki.....	23
II. Roma Hukukunda	24
III. İngiliz Hukukunda	27
IV. Amerikan Hukukunda.....	28
V. Alman Hukukunda.....	32
VI. İskandinav Hukukunda.....	34
VII. Türk Hukukunda	37
§3 DAVA YÖNETİMİ VE USULÜN AMACI.....	38
§4 DAVA YÖNETİMİ VE TAHKİKAT	47
I. Çekişmeli Sistem (Adversary System)	47
A. Çekişmeli Sistemin Tanımı.....	47
B. Çekişmeli Sistemin Temelleri	49
C. Çekişmeli Sistemde Tahkikatın Yapılması	51
II. Çekişmeli Sistem ve Dava Yönetimi	55
III. Yargılamada Hakimin Rolü	56
A. Kıta Avrupası Hukukunda Hakimin Rolü	56

B. Anglo-Amerikan Hukukunda Hakimin Rolü.....	63
IV. Yargılamada Tarafların ve Avukatların Rolü.....	66
V. Vakıa ve Delillerin Toplanması.....	71
A. İngiliz Hukukunda.....	71
B. Kıta Avrupası Hukukunda.....	76
VI. Delillerin Değerlendirilmesi.....	79
A. Anglo-Amerikan Hukukunda.....	79
B. Kıta Avrupası Hukukunda.....	81
C. Türk Hukukunda.....	82
D. Delillerin Değerlendirilmesi ve Dava Yönetimi Arasındaki İlişki.....	83

İKİNCİ BÖLÜM

ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA YARGILAMA SÜRECİ

§1 İNGİLİZ HUKUKUNDA.....	85
I. İngiliz Yargılama Hukukunun Kaynakları.....	85
II. İngiliz Hukukunun Tarihsel Gelişimi.....	86
III. İngiliz Mahkemeler Teşkilatı.....	87
A. Alt Derece Hukuk Mahkemeleri.....	87
B. Üst Derece Hukuk Mahkemeleri.....	88
1. Yüksek Mahkeme (<i>High Court of Justice</i>).....	88
2. Temyiz Mahkemesi (<i>Court of Appeal</i>).....	89
3. Lordlar Kamarası (<i>House of Lords</i>).....	89
IV. Davanın Açılması.....	89
A. Dava Dilekçesi.....	89
B. Cevap Dilekçesi.....	90
1. Davanın Kabul Edilmesi.....	90
2. Davaya Cevap Verilmesi.....	91
3. Tebligatın Kabul Edilmesi.....	91
C. Replik Dilekçesi.....	91
D. Değişiklik (<i>Amendment</i>) Dilekçesi.....	92
V. Yargılama Usulünün Belirlenmesi.....	92
A. Genel Olarak.....	92
B. Küçük Talepler Usulü (<i>Small Claims Track</i>).....	93
C. Hızlı Yargılama Usulü (<i>Fast Track</i>).....	95
D. Çoklu Yargılama Usulü (<i>Multi Track</i>).....	96
VI. Tahkikatın Yürütülmesi.....	97
A. Terminoloji Sorunu.....	97
B. Delil İkamesi (<i>Disclosure</i>).....	98
1. Genel Olarak.....	98
2. Önceki CPR Döneminde.....	99

3. Yeni CPR Döneminde	100
3.1. Dava Öncesinde Delil İnceleme Protokolü (<i>Pre-action Protocol</i>) ..	104
3.2. Dava Öncesi Delil İncelemesi (<i>Pre-action Disclosure</i>)	105
C. Esas Duruşma	106
VII. Usuli Hakların Kötüye Kullanılması ve Usule Aykırı İşlemler	108
A. Usuli Hakların Kötüye Kullanılması	108
B. Usule Aykırı İşlemlere Uygulanacak Yaptırımlar	114
C. Yaptırımlara Karşı Başvurulacak Hukuki İmkan	115
VIII. İngiliz Hukukunda Yargılamaya Hakim Olan İlkeler	116
A. Adalete Erişim İlkesi	116
B. Temsil Olunma Hakkı	119
C. Usuli Eşitlik İlkesi	119
D. Kötüniyetli İddia ve Savunmalara Karşı Korunma İlkesi	120
E. Yargılama Kurallarının Basit Olması İlkesi	121
F. Yargılamada Alenilik, Açıklık ve Kesinlik İlkesi	121
G. Sözlülük İlkesi	122
§2 AMERİKAN HUKUKUNDA ANA HATLARIYLA MEDENİ YARGILAMA SÜRECİ	124
I. Amerikan Hukukunun Tarihsel Gelişimi	124
II. Genel Olarak	125
A. Jüri	126
B. Hakim ve Jüri Arasındaki Görev Dağılımı	127
C. Modern Jürinin Özellikleri	128
III. Amerika Birleşik Devletleri Mahkemeler Teşkilatı	129
A. Eyalet Mahkemeleri (Bölge Mahkemeleri)	129
B. Federal Mahkemeler	130
IV. Ön-Yargılama Aşaması	130
A. Dilekçeler Safhası	130
B. Ön-Yargılama Aşaması	133
C. Tahkikat (<i>Discovery</i>)	138
V. Amerikan ve İngiliz Medeni Yargılama Hukuku'nun Farklı ve Benzer Yönleri	141

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM TÜRK HUKUKUNDA TAHKİKAT VE ÖZEL YARGILAMA USULLERİ

§1 TAHKİKAT	144
I. Genel Olarak	144
II. Tahkikatın Yapılması	145
III. Hakimin Durumu	148
IV. Tahkikatın Sona Ermesi (Sözlü Yargılama ve Hüküm)	150
§2 ÖZEL YARGILAMA USULLERİ	151

I.	Sözlü Yargılama Usulü	152
II.	Basit Yargılama Usulü	153
III.	Seri Yargılama Usulü.....	154
§3 HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU TASARISINDA ÖN-İNCELEME...		155
I.	Kapsamı	158
II.	Dava Şartları ve İlk İtirazlar Hakkında Karar.....	159
III.	Ön-İnceleme Oturumu.....	159
IV.	Tahkikat.....	160
V.	Tasarı'daki Ön-İnceleme Aşaması Hakkındaki Değerlendirmemiz	162
§4 HUMK'TAKİ DAVA YÖNETİMİNİ ÇAĞRIŞTIRAN BAZI HÜKÜMLER VE TÜRK HUKUKUNDA DAVA YÖNETİMİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ.....		166
I.	Yargılamanın Hızlandırılması	166
II.	Usuli İşlemlerin Hukuka Uygun Yapılması	168
III.	Bilirkişi Tayini.....	169
IV.	Tahkikat Aşamasında Hakim Tarafından Tespit Olunacak Bazı Hususlar	171
	A. Taraflar Arasında Çekişmeli Olan Hususların Saptanması	171
	B. Sürelerin Tayini.....	173
	C. Delilin Kabule Şayan Bulunması	175
	D. Yeni Delil Sunulmasına İzin Verilmesi	177
	E. Delillerin İbraz ve İkamesinin Emredilmesi	178
V.	Yargılamada Dürüstlük Kuralı	179
VI.	Türk Hukukunda Dava Yönetiminin Uygulanabilirliği.....	181

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM TAHKİM'DE DAVA YÖNETİMİ

§1 TAHKİMİN AMACI VE DEVLET YARGISINDAN FARKI	183
§2 TAHKİM YARGILAMASI.....	184
§3 GÖREV BELGESİ.....	186
I. MTO Tahkim Kuralları’nda Görev Belgesi Kavramı	186
II. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda Görev Belgesi	188
III. Görev Belgesinde Yer Alacak Konular	190
A. Taraf İddia ve Savunmalarının Özeti.....	190
B. Kararlaştırılması Gereken Konular	192
C. Usul Kuralları.....	192
IV. Görev Belgesinin Hazırlanması.....	194
V. Görev Belgesi Düzenlenmesinin Hukuki Sonuçları	195
VI. Görev Belgesinin İmzalanması.....	197
§4 DAVA YÖNETİMİ OTURUMU.....	197
SONUÇ	200
EKLER	204
BİBLİYOGRAFYA	219

KISALTMALAR

ABA	: American Bar Association
A.B.A.J.	: American Bar Association Journal
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
A.J.C.L.	: American Journal of Comparative Law
AK	: Avukatlık Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
B.U.L.R.	: Boston University Law Review
C.	: Cilt
Ch.	: Chapter
CJQ	: Civil Justice Quarterly
CPR	: Civil Procedure Rules
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DJCIL	: Duke Journal of Comparative and International Law
dn.	: dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Edition
FRCP	: Federal Rules of Civil Procedure
FLR	: Fordham Law Review
GLJ	: German Law Journal
GWLR	: George Washington Law Review
Harv.Law.Rev.	: Harvard Law Review
Haz.	: Hazırlayan
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IBA	: International Bar Association
ICC	: International Court of Chambers
ICC Arb. Bull.	: International Court of Chambers Arbitration Bulletin
ICLQ	: International Comparative Law Quarterly
Int'l.	: International
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J. Arb. Int'l	: Journal of Arbitration International
JLS	: Journal of Legal Studies
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştınız

Kıs.	: Kısaltılmışı
m.	: Madde
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Dergisi
Minn. L. Rev.	: Minnesota Law Review
MK	: Medeni Kanun
MLR	: Michigan Law Review
N.Y.U.L. Rev.	: New York University Law Review
Ohio St. J. Disp. Res.	: Ohio State Journal of Dispute Resolution
OJLS	: Oxford Journal of Legal Studies
OUCLJ	: Oxford University Commonwealth Law Journal
PD	: Practice Directions
RLR	: Ritsumeikan Law Review
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
UCLA	: University of California in Los Angeles
UK	: United Kingdom
U.P.L.R.	: University of Pennsylvania Law Review
US	: United States
USD	: United States Dollar
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
WL	: West Law
Y.	: Yıl
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	: Zeitschrift für Zivilprozess International

GİRİŞ

I. Konunun Takdimi ve Sınırlandırılması

Adaletin sağlanması, medeni yargılamanın amaçlarından birisi olmuştur. Geçmişte adaletin sağlanması, dava konusu olaya ilgili hukuki normların doğru bir şekilde uygulanması ve davanın bu veriler ışığında karara bağlanması şeklinde anlaşılmaktaydı; günümüzde ise bundan daha fazla bir anlam içermektedir. Eskiden kabul gören ve tek boyutlu şekilde ele alınan davanın esası ile ilgilenilmesi yaklaşımına karşı günümüzde yargı yetkisinin kullanımı sofistike ve detaylı kurallara bağlanmıştır. Yargılamanın davanın esası üzerinden yapılması halen geçerlidir ancak bu yöntemi destekleyen iki amaç daha bulunmaktadır; bunlar, davanın makul süre içerisinde sona erdirilmesi ve yargılama için kaynakların makul kullanımıdır. Eski modelde olduğu gibi, yeni sistem sadece davanın esası yani nasıl karara bağlanacağı ile ilgili değildir. Aynı zamanda, davanın yönetiminin bütün sisteme olan etkilerini de göz önüne almaktadır. Orantılılık sadece belirli bir davanın çözümü ile ilgili bir husus değildir; bundan başka mahkemenin diğer davalar açısından ayracağı zaman ve kaynaklar ile de ilgilidir¹.

Bugün yargılama hukukunda bilinen bir gerçek vardır, o da yargı kaynaklarının sınırlı olduğudur. Kişilerin bir hukuk düzeninde adalete erişim hakları çok temel bir haktır ancak bu mahkeme kaynaklarının zaman ve ekonomik açıdan sınırsızca kullanılması anlamına gelmemektedir. Kişilerin sahip oldukları adalete erişim hakkı, subjektif haklarının mahkeme vasıtasıyla korunması ve sağlanması ile kaynakların adil dağılımına bağlıdır. Orantılılık ilkesine göre mahkeme sadece önündeki davanın en adil ve makul biçimde görülmesi ile ilgilenmez aynı zamanda davada vereceği herhangi bir kararın bütün sistem üzerinde olan etkilerini de göz önüne alarak karar vermelidir.

¹ Zuckerman, A.S. Adrian, “Compliance with Process Obligations and Fair Trial”, The Future of Transnational Civil Litigation, English Responses to the Ali/Unidroit Draft Principles and Rules of of Transnational Civil Procedure (Kıs.: Transnational Civil Procedure), British Institute of International and Comparative Law, s. 127-149, s. 134-135.

Mahkeme, hukuki koruma bekleyen diğer kişilerin haklarını, önündeki davaya gereğinden fazla zaman ve kaynak ayırarak ihlal etmemelidir².

Son dönemde bütün hukuk sistemlerinde yargılamanın hızlandırılmasına yönelik yasal düzenlemeler yapılmaktadır. Geciken adaletin adalet olmadığı, geç elde edilmiş bir hükmün hakkın icrasını ortadan kaldırdığı veya imkansız hale getirdiği bilinen bir gerçektir. Yargılamanın yavaş olması sorunu, Kıta Avrupası'nda tartışıldığı gibi Anglo-Amerikan hukukunun uygulandığı ülkelerde de yaşanan bir olgudur. Bu olguya yol açan etkenler hukuk düzeninin çekişmeli (*adversarial*) veya araştırmacı (*inquisitorial*) olmasına göre farklı nedenlere dayalı olabilirken, bazı noktalarda, her iki sistemde de müşterek uygulamalara dayalı olabilmektedir. Ancak, günümüzde her iki hukuk düzeninin de yargılamanın hızlandırılması amacıyla birleştiği görülmektedir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için sistemlerin eskisine göre mukayeseli hukuktan daha fazla yararlandıkları ve etkilendikleri gözlemlenmektedir. Yeni İngiliz yargılama hukuku kuralları, çekişmeli sistemin uygulandığı İngiltere'de, yargılamanın tarafların kontrolünde yürütülmesi ilkesinden hakimnin kontrolü altında yürütülmesi ilkesine geçişi sağlamıştır. İngiliz yargılama hukukundaki değişim bütün hukuk çevrelerinin halen ilgisini çekmektedir. Bunun en önemli sebebi, bu hukuk düzeninin yargılama hukukunda orantılılık ve kaynakların adil dağılımı şeklinde yeni bir usul felsefesini esas alması ve sistemi bütünüyle sorgulayarak kendine özgü çözüm önerileri ortaya koymasından ötürüdür. Bunlar arasında belki de en önemlileri çalışmada incelenecek olan yargılama usullerinin davaların niteliğine göre mahkeme tarafından belirlenmesi ve davanın henüz başlamamış olduğu bir aşamada tarafların birbirleriyle iletişim içerisinde olmasına imkan tanıyan inceleme protokolleridir. Bu açıdan yargılamanın hızlandırılması sadece hakime ödev ve sorumluluklar yüklenmesi ile sağlanamayacağından, bu amacın sağlanabilmesi için aynı zamanda tarafların mahkeme ve birbirleriyle daha fazla işbirliği yapmaya zorlayacak kuralların bulunması da gerekmektedir.

Hakimin yargılama süresince aktif şekilde davaya katılımını sağlayan ve özünde tahkikatın sınırlarının belirlendiği aşama olarak nitelenebilecek olan ve

² Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure: Principles and Practice, London 2006, s. 8.

Amerikan ve İngiliz yargılama hukuku terminolojisinde kullanılan dava yönetimi ve kuralları, yargılamanın hızlandırılması açısından Kıta Avrupası hukuku çevreleri tarafından ilgiyle izlenmektedir. Türk medeni yargılama hukukuna terim açısından yabancı olan ancak içerdği bazı kurallar açısından yeni açılımlara esas olabilecek dava yönetimi kurallarının Türk hukuku perspektifinden de incelenmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz. Yargılama hukukunda Dünya’da yaşanan gelişmelere paralel olarak, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun değiştirilmesi amacıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda yeni bir yargılama aşaması olarak öngörülen ön-inceleme aşaması, mukayeseli hukukta, birçok hukuk düzeninde kabul edilen ancak yargılama modellerinin farklılığına göre amaçları ve kuralları değişiklik gösterebilen bir yargılama kesitidir. Bazı hukuk sistemlerinde, yargılamaya hazırlık aşaması görülürken, diğer sistemlerde bizzat yargılamanın yapıldığı ön-yargılama aşaması öngörülmektedir. Bu açıdan, bu yargılama kesitinin mukayeseli hukukta nasıl ele alındığının değerlendirilmesi Türk medeni yargılama hukuku açısından da önemlidir.

II. Konunun Ele Alınışı

Çalışmamız dört ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde, dava yönetimi hakkında genel bilgilere yer verilerek bu kurumun ortaya çıkış nedenleri, İngiliz hukukundaki uygulaması ile yargılama usulleri ile arasındaki ilişki açıklanmaktadır. Ön-yargılama aşamasının Kıta Avrupası ile Anglo-Amerikan hukuku ülkelerindeki uygulaması hakkında bilgilere yer verilirken, dava yönetimi ile ön- yargılama arasındaki ilişki de değerlendirilmektedir. Diğer yandan, dava yönetimi ile yargılamanın amacı hakkındaki açıklamalara yer verilen kısımda, Kıta Avrupası ile Anglo-Amerikan hukukundaki amaca ilişkin görüşlere yer verilmiştir. Bu bölüm altında incelenen başka bir konu ise tahkikat ve hakimın yargılamadaki rolüdür. Bu kısım altında hakimın yargılamadaki rolüne bağlı olarak taraf ve vekillerinin rolü de inceleme konusu yapılmış, aynı zamanda vakıaların ve delillerin Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukukunda toplanmasına ilişkin kurallara yer verilmiş ve delillerin değerlendirilmesi hakkında genel açıklamalara yer verilmiştir.

İkinci bölümde, dava yönetiminin uygulandığı İngiliz ve Amerikan hukukundaki yargılama süreci hakkında genel bilgiler bulunmaktadır. Özellikle, İngiliz hukukunda tahkikatın yürütülmesine ilişkin kurallar ve yargılamaya hakim olan ilkeler hakkında bu bölüm altında açıklayıcı bilgilere yer verilmiştir. Böylelikle, Anglo-Amerikan hukukunda ön-yargılamanın ne şekilde işlediğinin ortaya konulması suretiyle, Kıta Avrupası sistemi açısından mukayeseye tabi tutulduğunda farklı ve benzer yanlarının anlaşılmasının yanı sıra hangi uygulamaların Türk hukuku açısından model alınabileceği yönünde fikir vermesi amaçlanmıştır.

Üçüncü bölümde, Türk medeni yargılama hukuku açısından dava yönetimini çağrıştıran kuralların neler olduğu ortaya konulmuş, aynı zamanda tahkikatın işleyişine ve yargılama usullerine ilişkin genel bilgilere yer verilmiştir. Bu bölüm altında Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın tahkikata ilişkin hükümlerine ve özellikle ön-inceleme kesitine ilişkin getirdiği yeni düzenlemelerin dava yönetimi ile mukayeseli hukuktaki ön-yargılama kuralları açısından değerlendirilmesine yer verilmiştir.

Son bölüm olan dördüncü bölümde ise dava yönetimi, tahkim hukuku açısından incelenmiş ve özellikle ön-inceleme kesiti ile benzerlik kurulması nedeniyle görev belgesi hakkında açıklamalara yer verilmiştir.

Çalışmada kullanılan terim ve kelimelerin bir kısmının Türk hukukuna yabancı olması nedeniyle, bu hususa terminoloji açısından açıklık getirme ihtiyacı hissetmekteyiz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda ön-inceleme olarak ifade edilen aşama Anglo-Amerikan hukukunda ön-yargılama olarak ifade edilmektedir. Kıta Avrupası'nda ise bazı ülkelerde ön-yargılama ve ön-inceleme kavramları birlikte kullanılabilir. Bu açıdan yeri geldiğinde ön-yargılama olarak ifade ettiğimiz aşamayı o ülkenin hukuk sistemi gereğince ön-inceleme olarak da telaffuz etmek durumunda kaldık. Benzer şekilde Anglo- Amerikan hukukunda yargılamanın ikinci aşaması olarak adlandırılan yargılama (esas duruşma) aşaması Kıta Avrupası hukukunda duruşma şeklinde ifade edilmektedir. Ne var ki, Anglo-Amerikan hukukunda, ön-yargılama aşamasında da zaman zaman duruşma yapılması söz konusu olmaktadır. Bu durumda birinci aşamadaki duruşmalar (*conference* veya *hearing*) ile ikinci aşamanın kendisi olan yargılama (*trial*) arasındaki ayrımı belirtmek açısından,

kelime anlamı olarak aynı anlama gelmesine karşın³, birinci aşamadaki duruşma için oturum ikinci aşamadaki duruşma için ise esas duruşma kelimesini kullandık.

İngilizcede, medeni yargılama için “civil procedure”, “civil proceedings”, “civil justice”, “civil litigation” gibi kelimeler kullanılmaktadır. “Procedure” ve “proceedings” kelimeleri usul anlamında kullanıldığında daha dar bir anlam verirken “justice” ve “litigation” sadece yargılama usullerini değil yargılama sistemi ve yargı kuruluşlarını da içine alacak genişliktedir. Bu nedenle, bu çalışmamızda, medeni yargılama ismini kullanacağımız gibi yeri geldiğinde zaman zaman medeni usul terimini de kullanacağız⁴.

³ Bkz. Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara 1992, s. 229 ve 702.

⁴ İsim meselesi hakkında Bkz. Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 42-43.

BİRİNCİ BÖLÜM

DAVA YÖNETİMİ (CASE MANAGEMENT)

§1 DAVA YÖNETİMİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. Dava Yönetimi Teorisi

Davaların görülmesinde etkinliği en yüksek seviyede sağlamak için, mahkemelerin davaları yönetmekte kullanacağı yöntemi gösteren medeni usul hukuku kurallarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu usul kurallarının konusu şunlar olabilir: dava konusu olan mal veya hakkın türüne ya da miktar ve değerine bağlı olarak, davayı belirli yargılama usullerine yönlendirme; iddia ve savunma olarak ileri sürülen dava malzemesi hakkında kurallar; tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürebilecekleri süre sınırını belirleyen kurallar⁵; taraflardan birinin geçerli bir mazereti olmadan davaya devam etmemesiyle ilgili kurallar; mahkemenin duruşma için ve duruşma tarihlerini planlaması için hazırlanmasıyla ilgili süre sınırlarına ilişkin kurallar; davaların belirli bir hakime veya hakimlere havale edilmesiyle ilgili kurallar; davanın incelenmesi ve uyuşmazlığın çözülmesine gayret edilmesi için yapılan duruşma öncesi oturumlarla ilgili kurallar; mahkemenin duruşmaların yönetilmesinde izlenecek yolu belirlemesine izin veren kurallar⁶.

Bu usul kurallarına göre taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın, devletin yargı organlarınca, yargılama kurallarına göre çözülmesi için dava açarlarsa, mahkemece bu davanın yargılama şeklinin düzenlenmesi ve gerekirse tarafların dava üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlanması gerekebilir. Tarafların tasarruf yetkisinin sınırlanması sadece ekonomik bir yargılama usulüne ve taraflar arasındaki diğer eşitsizliklerin giderilmesine hizmet etmez; aynı zamanda, tarafların hazırlıkları hakkında süre sınırları ve diğer sınırlamaların belirlenmesi suretiyle, mahkemenin önündeki uyuşmazlıkları

⁵ Tarafların iddia ve savunma araçlarını, belli bir usul kesiti içinde ileri sürmelerine teksif ilkesi denir (Üstündağ, s. 253); Özbek, Mustafa, “Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler” (Kıs.:Tedbirler), AÜHFD, 2006, s. 210-292, s. 264.

⁶ Özbek, Tedbirler, s. 264.

usul ekonomisine uygun olarak (hızlı, ekonomik ve basit bir şekilde) çözmesini sağlar⁷. Dava yönetimi, genel olarak, ön yargılama aşamasının hakim tarafından kontrol altına alınması ve tahkikatın yürütülmesi ile ilgilidir.

Günümüzde, genel olarak bütün hukuk sistemlerinde, dava süreci üzerindeki hakimin kontrolünü arttırma ve tarafların tasarruf yetkisini sınırlama eğilimi mevcuttur⁸. Anglo-Amerikan hukuk sistemi ülkeleri arasında Amerika Birleşik Devletleri'nin öncülük ettiği bu eğilim, İngiltere ve Avustralya'da da görülmektedir⁹. Ortak Hukukun uygulandığı ülkeler¹⁰, geleneksel aşırı pasif mahkeme anlayışlarının ortaya çıkardığı sıkıntıları Avrupa menşeli 'daha aktif mahkeme' yöntemi ile çözmeye çalışmaktadırlar. Bu ülkelerde hakimlere, dava süreci üzerinde ve yargılamanın devamında, daha önceden tanınmamış olan yetkiler verilmektedir. Anglo-Amerikan hukuk sistemi aynı zamanda, tanık beyanları ve iddia ve savunmaya ilişkin sözlü beyanlar yerine, yazılı belgelere giderek daha çok önem vermektedir. Bunun nedeni, yargılama üzerinde kontrole sahip olmak isteyen hakimlerin, yargılama sırasında ortaya koyulacak olan iddialar, vakıalar ve deliller hakkında davanın başında bilgi edinmelerinin gerekli olmasıdır¹¹.

Mahkemenin dava süreci üzerindeki kontrol ve tasarruf yetkisindeki artış Kıta Avrupası hukuk sistemi ülkelerinde de görülmektedir. Fransa, İtalya, Portekiz, İspanya¹² ve hatta Almanya ve Japonya¹³, dava süreci üzerinde mahkemenin kontrolünün arttırıldığı ülkeler arasındadır. Bu ülkelerde hakim olan düşünceye göre,

⁷ European Committee on Legal Co-Operation, 23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken by States to Increase the Efficiency of Justice, London 2000, s. 39.

⁸ Jolowicz, John A., "Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure" (Kıs.: Models of Civil Procedure), ICLQ, Vol. 52, 2003, s. 281-295; Yılmaz, Ejder, Medeni Hukuk ve Usul Reformu, "Aksak Adaletten İşleyen Adalet", Yeni Türkiye, 1996/10, s. 470-493; Yargının hızlandırılmasına ilişkin olarak Avrupa'da yapılan çalışmalar hakkında bkz. Pekcanitez, Hakan, Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu (Kıs.: Yargı Reformu), İzmir 2000, s. 52-74; Özbek, Tedbirler, s. 210-292.

⁹ Konuralp, Haluk, "Adil Yargılanma Hakkı Açısından Hukuk Usulünde Çözüm Arayışları", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 2005/14, s. 65-79, s. 71.

¹⁰ Ortak Hukuk ve uygulandığı ülkeler hakkında bkz. Birinci Bölüm §4 I ve dn. 189.

¹¹ Özbek, Tedbirler, s. 217 (Naklen); Zuckerman, Comparative Dimensions: Civil Justice in Crisis, Comparative Perspectives of Civil Procedure (Kıs.: Civil Justice in Crisis), Oxford University Press, 2003, s. 3, s. 47-48.

¹² İspanya'da, 8 Ocak 2002'de yürürlüğe giren değişikliklerle, İspanyol Usul Kanunu'nda yargılamanın hızlandırılmasına yönelik kapsamlı değişiklikler yapılmıştır (Velayos, M.I., "Measures to Accelerate Spanish Civil Procedure", Essays on Undue Delay in Civil Litigation (Kıs.: Undue Delay), Ed.: C.H. van Rhee, Oxford 2004, s. 315-333, s. 322.).

¹³ Bkz. Miyake, Hiroto, Comparative Legal Analysis of The Reform to the Code of Civil Procedure, The International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization, Collected Reports (Kıs.: The Int'l Symposium), s. 179-195.

dava süreci etkin ve işlevsel bir şekilde yürütülmek isteniyorsa, taraflarca ve taraf vekillerince değil mahkemece yönetilmelidir¹⁴.

Bir davada, sadece yargılama yapan hakimlerin değil, aynı zamanda, davayı yöneten hakimlerin bulunması için bir dava yönetimi teorisine, yani yeni bir usul hukuku teorisine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu yeni teorisinin en açık ve ayrıntılı düzenlenmesini, İngiltere'nin yeni medeni yargılama kurallarında (Civil Procedure Rules) görmek mümkündür. Bu kurallar, yargılamada ölçülülük (orantılılık) ve kaynakların adil dağılımı düşüncesine dayalıdır. Bu düşünceye göre, ortaya çıkan bir uyuşmazlığı çözmek için kabul edilen yargılama usulü, uyuşmazlığın değeri, önemi ve karmaşıklığıyla orantılı olmalıdır. Böylece örneğin, küçük miktarlı ve basit uyuşmazlıklar, mahkeme kaynaklarını daha az tüketen, daha basit ve hızlı usuller kullanılarak çözülebilir. Kaynakların adil dağılımı, adalet yönetimi için tahsis edilmiş olan sınırlı miktardaki kaynakların, sadece mahkemede dava açan taraflar için değil, adalete erişmeye ihtiyacı olan herkes arasında adil biçimde dağıtılmasını gerektirir¹⁵.

Yargılamanın hızlandırılması ihtiyacı uluslararası alanda da giderek daha fazla ifade edilmektedir. ALI/UNIDROIT (Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitünün Uluslarötesi Hukuk Usulü Prensipleri) Medeni Yargılama Hukuku İlkeleri, Yüksek Mahkemeleri de içerecek şekilde, tüm derecedeki mahkemelerin davayı makul bir süre içerisinde çözmeleri gerektiğini öngörmektedir¹⁶. Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6(1) maddesi ile de herkesin adil ve makul süre içerisinde yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmıştır¹⁷. Avrupa Medeni Usul Hukuku'nun bütünleştirilmesi çabaları ölçülük ve kaynakların adil dağılımı esasları çerçevesinde yürütülmektedir¹⁸. İsviçre'de ise yargılama ilkelerinin basitleştirilmesi, kanton

¹⁴ Özbek, Tedbirler, s. 217

¹⁵ Özbek, Tedbirler, s. 217-218; Zuckerman, Transnational Civil Procedure, s. 134-135.

¹⁶ Prensiplerin Türkçe çevirisi için bkz. <http://unidroit.org>. (Çev.: M. Kamil Yıldırım), ALI/Unidroit'in Uluslararası Medeni Yargılama İlkeleri; Daha fazla bilgi için bkz. Stürner, Rolf, "Some European Remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and UNIDROIT", The International Lawyer, Vol. 34, 2000, s. 1071-1091.

¹⁷ Andrews, Neil, "Accelerated Justice under the English Civil Procedure Rules", ZZPInt 7, 2002, s. 79-104, s. 81.

¹⁸ Daha fazla bilgi için bkz. Pekcanitez, Hakan/Yeşilova, Bilgehan, "Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı ve Değerlendirilmesi", Mahmut Tevfik Bırsel'e Armağan, DEÜ Yayını, İzmir 2001, s. 335-365.

hukukları arasında yeknasaklık sağlanması ve adalete erişimin¹⁹ gerçekleştirilmesi amacıyla İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır²⁰.

Bu yeni yaklaşım, aynı zamanda, usul kurallarının, doğru kararlara ulaşmak için esas aldığı yöntemler ile yargılama süresi ve giderler arasında kurulması gereken dengenin yeniden değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Medeni yargı sistemindeki düzenlemelerin farklı öncelikler gerektirebileceği ve yeni fedakarlıkları zorunlu kılacağı giderek daha çok anlaşılmaktadır²¹.

II. İngiliz Yargılama Hukukunda Dava Yönetiminin Ortaya Çıkışı

26 Nisan 1999'da yürürlüğe giren Kanun ile önemli değişikliklere uğrayan İngiliz Medeni Yargılama Kanunu (CPR), bütün hukuk çevrelerinin ilgisini sadece içerik açısından değil, aynı zamanda klasik İngiliz yargılama modeline hakim olan taraf hakimiyeti ilkesinden, davanın hakim kontrolü altında yürütülmesi modeline geçişi yönünden de çekmiştir²².

CPR'daki değişiklikler, Lord Harry Woolf tarafından hazırlanan ara rapor ve nihai rapordaki öneri ve tespitler esas alınarak yapılmıştır²³. Yeni yargılama kuralları, 1870 yılında İngiltere'de ortak hukuk (*common law*) ve hakkaniyet hukukunun (*equity law*) Yüksek Mahkeme bünyesinde birleşmesinden ve geçtiğimiz yüzyılda jüri yargılamasının büyük ölçüde ortadan kalkmasından sonra İngiliz medeni yargılama hukukundaki en büyük değişimdir²⁴. Reform içerisinde yer alan diğer bir kanun değişikliği ise adli yardım, avukatlık ücreti, yargı yollarına başvuru gibi konularda yeni düzenlemeler içeren ve 1999 yılında yürürlüğe giren Adalete Erişim Kanunu

¹⁹ Somut olarak, bir kantonda geçerli olabilecek bir delilin diğer bir kantonda yasaklanmış olabileceği, bazı kararlara karşı kanun yoluna müracaat hakkı bakımından farklı düzenlemeler hak arayanlar bakımından önemli güçlükler yaratmaktadır (Alangoya, Yavuz, "İsviçre'de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru", Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 83-102, s. 85).

²⁰ Alangoya, İsviçre'de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru, s. 84.

²¹ Zuckerman, *Civil Justice in Crisis*, s. 3.

²² Bkz. Jolowicz, *On Civil Procedure*, Cambridge University Press, 2000, bölüm 19 altındaki açıklamalar; Zander, Michael, *The State of Justice*, Hamlyn Lectures, 2000, bölüm 2 altındaki açıklamalar.

²³ Lord Woolf, *Access to Justice*, Interim Report, 1995, (Kıs.:Woolf Interim); Woolf, *Access to Justice*, Final Report, Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales, London 1996 (Kıs.: Woolf Final) (<http://dca.gov.uk>).

²⁴ Bkz. Zuckerman, *The Woolf Report on Access to Justice*, ZZPInt2, 1997, s. 31-42; Zander, *The Government's Plan on Civil Justice*, 1998, Vol. 61, MLR, s. 383-389.

oluşturur²⁵. 28 Mart 1994 tarihinde, dönemin adalet bakanı Lord Mackay tarafından, İngiltere ve Galler'deki hukuk mahkemelerinin kurallarını ve yargılama usullerini incelemek üzere görevlendirilen Lord Woolf, 1995 yılının Haziran ayında, adalete erişim hakkındaki geçici raporunu Adalet Bakanlığı'na sunmuştur. Daha sonra, medeni yargılama kurallarının temelini oluşturan nihai raporunu hazırlayan Lord Woolf, hukuk usulüne yönelik bazı genel ilkeler belirlemiştir²⁶.

Lord Woolf, ara ve nihai raporunda, İngiltere'deki çekişmeli sistem (*adversarial system*) geleneğinin tamamen terk edilmesi ve onun yerine araştırma ilkesine dayalı bir yargılama usulü önermediğini, ancak muhakemenin, daha fazla müdahale eden bir yönetmene ihtiyaç duyduğunu ve sistemdeki çarpıklığın bu şekilde giderilebileceği kanaatinde olduğunu belirtmektedir²⁷. Woolf, dava yönetiminin yargısal bir faaliyet olmadığı yönündeki görüşlerin kabul edilemeyeceğini, uyuşmazlık konularının tespit edilmesi; tahkikatın kapsamının belirlenmesi; usul işlemleri için süreler belirlenmesi gibi dava yönetimi içerisindeki tüm işlemlerin yargısal bir faaliyet olduğunu belirtmektedir²⁸.

Lord Woolf, eski İngiliz yargılama modelinin üç temel sorununun bulunduğu tespit etmiştir. Bu sorunlar, yargılamanın pahalı olması, uzun sürmesi ve karmaşık yapıda olmasıdır. Lord Woolf, ara raporunda, taraflar üzerinde yargısal bir denetim olmaması nedeniyle, çekişmeli yargılama kültürüne özgü olarak, davanın kuralları olmayan bir savaşa dönüştüğüne işaret etmiştir²⁹. CPR'daki değişiklikten önceki dönemde, tahkikat çok kapsamlı yapıldı ve taraflar bu aşamada her türlü belge ve delili inceleme ve yargılamaya getirme hakkına sahipti. Bu durum, mahkemeler üzerinde aşırı iş yükü meydana getirmiş ve yargılamanın pahalı olmasına neden olmuştur. Eski CPR, toplumun bazı sınıflarının, özellikle düşük gelire sahip

²⁵ Andrews, English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System, Oxford University Press, 2003, s. 31.

²⁶ Woolf Final, s. 2 vd.; İngiltere'deki adalet reformu hakkında bilgi için bkz. Wilson, Geoffrey P., "Breaking The Code of Common Law Tradition", Gedächtnisschrift Für Peter Arens, München 1993, s. 431-460.

²⁷ Alangoya, "Dava Temeli, Hakim Dava Malzemesinin Toplanması ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında" (Kıs.: Dava Temeli), Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, 2005, S.:9, s. 83-113, s. 100 (naklen).

²⁸ Woolf, Harry, "Civil Justice in the UK", Vol. 45 A.J.C.L., 1997, s. 709-736, s. 726.

²⁹ Bkz. Lightman, Justice, "Civil Litigation in the 21st Century", 1998 Vol. 17, C.J.Q., 373-394.

kesimlerinin, yargı masraflarının ve avukatlık ücretlerinin yüksek oluşu nedeniyle yargıya erişimlerinde sıkıntılar yaşanmasına yol açmıştır³⁰.

Lord Woolf, bu sorunları aşmak için nihai raporunda beş temel hedef belirlemiştir. Bunlar, sırasıyla, i) yargılamanın hızlandırılması, ii) medeni yargılamanın toplumun bütün sınıfları için yargıya erişim olanağı sağlaması, iii) medeni yargılama dilinin sadeleştirilmesi, iv) sulh ile uyuşmazlığın sona ermesinin teşvik edilmesi ve v) ölçüsüz ve uygunsuz usuli araçların kullanımının engellenerek, medeni yargılamanın daha ucuz ve etkili olmasının sağlanmasıdır. Dilekçelerin çok fazla detay içermesi, tahkikatın gereksiz masrafa yol açacak ölçüde kapsamlı ele alınması, gereksiz şekilde bilirkişi deliline başvurulması, sözlülük ilkesinin amacı dışında kullanılması gibi konular ölçüsüz ve uygunsuz şekilde kullanılan bazı usuli araçlardır³¹.

Sözü edilen hedeflere ulaşmak için Lord Woolf, 1988 yılında yayınlanan medeni yargı incelemesi raporunda, ön yargılama aşamasında mahkemelerin bazı usuli konularda yükümlülük altına sokulmasının, yargılamanın hızlı bir şekilde işlemlerini sağlamak için gerekli olduğunu belirtmiştir. Raporda, davacının her zaman yargılamanın hızlı şekilde yürütmesini sağlayacak şekilde hareket edeceği varsayımının doğru olmadığı ifade edilmiştir³². Woolf, özellikle bilirkişi delilinin yargılamada kullanılması usulünün değiştirilmesi konusunda önerilerde bulunmuştur. Ara raporda, bilirkişinin, mahkeme tarafından atanan tarafsız bir kişi olmasının gerektiği, bugünkü düzende olduğu gibi tarafların kendi bilirkişilerini tayin etmelerinin yargılamanın uzamasına neden olan ve gerçeğin bulunmasına hizmet etmeyen bir durum teşkil ettiğini belirtmiştir. Bilirkişilerin taraflarca tayin edilmesi usulünde, uygulamada, bilirkişilerin çoğunlukla taraf avukatı gibi hareket ettiğini, bu nedenle bu usulün hakime yardımcı olan bir yanının bulunmadığı vurgulanmıştır. Woolf'un diğer önerileri büyük ölçüde kabul görürken, özellikle mahkeme tarafından tarafsız bilirkişi atanması usulüne karşı çıkmıştır. Woolf'un bilirkişi tayini usulü hakkındaki önerilerinin ancak bir kısmı

³⁰ Woolf Interim, bölüm 3, paragraf 22.

³¹ Woolf Interim, bölüm 4, paragraf 2.

³² Andrews, English Civil Procedure, s. 37; Andrews, "The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency", Reform of Civil Procedure, Essays on Access to Justice (Kıs.: Reform of Civil Procedure; Der.: Adrian A.S. Zuckerman/Ross Cranston), Clarendon Press, Oxford, s. 170-183.

CPR'a alınmıştır. Woolf'a göre, hukuk yargılamasının yeni yapısı şu özellikleri taşımalıdır³³:

- dava yolundan mümkün olduğu kadar sakınılmalıdır,
- dava süreci daha az mücadelecı olmalı ve daha fazla işbirliğine dayanmalıdır,
- dava süreci daha az karmaşık olmalıdır,
- yargılama takvimi daha kısa ve belirgin olmalıdır,
- yargılama giderleri daha makul miktarlarda, daha öngörülebilir ve dava konusunun değeri ve karmaşıklığıyla orantılı olmalıdır,
- adli ve idari mercilerin medeni yargı sistemi üzerindeki sorumlulukları açıkça belirlenerek birbirinden ayrılmalıdır,
- davalar, sistemin en uygun bölümünde görülmelidir,
- İlçe Mahkemeleri ile diğer mahkemeler arasındaki farklılıklar azaltılmalıdır³⁴.

Eski CPR döneminde, davalar, ancak, davacının davasını makul bir sürede sona erdirmeye niyeti taşıması, işbirliği içinde hareket edilmesi, tarafların bir avukat ile temsil edilmesi ve avukatların yetkin ve eşit özelliklere sahip olması hallerinde süratli bir şekilde görülebilmekteydi; ne var ki bu durum uygulamada ancak sınırlı sayıdaki davalar için söz konusu olmaktadır. Bu nedenlerle, yeni CPR, hukuk mahkemelerinin aşağıda sayılan görev ve yetkilere sahip olmasını düzenlemiştir³⁵:

- müphem ve çelişkili ifadelerin taraflara açıklattırılması³⁶,

³³ Woolf Final, s. 2 vd.; Woolf, Civil Justice in the UK, s. 709-736; Turner, Robert, "The Proactive Judge and the Provision of a Single Transnational Case Management System and Its Associated Procedures", Transnational Civil Litigation, s. 73-88; Özbek, "Sosyal Devletin Gereği: Adalet Erişim", MİHDER, 2006/2, s. 907.927; Alman Medeni Usul Hukukunda yapılan reforma da benzeri düşünceler egemen olmuş ve yargılama usulü ile mahkemelerin yapısının, vatandaşların ve ekonominin gereksinimlerini karşılamaktan uzak olduğu belirtilmiştir. Alman hukukunda bu konuda getirilen çözümler için bkz. Becker-Eberhard, Ekkehard, "Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında" (Çev: Nevhis Deren-Yıldırım), 21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları, İstanbul 2003, s. 59-77.

³⁴ Reformdan önce İlçe Mahkemeleri ile Asliye Mahkemelerinde farklı usul kuralları uygulanırken, yeni CPR ile bu farklılık ortadan kalkmıştır (Loughlin, Paula/Gerlis, Stephen, Civil Procedure, London 2004, s. 1).

³⁵ Andrews, "The Pursuit of Truth in Modern English Proceedings", ZZPInt 8, 2003, s. 73-74.

³⁶ CPR 18.1; PD (18).

-uyuşmazlık konularının tespit edilmesi, delillerin hazırlanması ve toplanmasının denetlenmesi³⁷,

-duruşma tarihinin belirlenmesi³⁸,

-gerekli olduğu hallerde, bilirkişi delilinin gereksiz kullanımına mahal verilmemesi ve davanın özelliğine göre tarafların üzerinde ittifak edecekleri bilirkişilerin tespit edilmesi,

-tarafların sulhe teşvik edilmesi³⁹,

-delilin mahkemeye sunuluş biçimi hakkında karar verilmesi ve delil ile ispatı gereken konuların belirlenmesi⁴⁰,

-davanın ihtiyaçlarına göre bazı delillerin sunulmasına izin verilmemesi ve çapraz sorgulamanın sınırlandırılması⁴¹.

Mahkemeler, bu görev ve yetkilerini, “Temel Esas” (Temel Hedef) ilkesine uygun şekilde kullanabilirler⁴². Yetkiler, hiçbir zaman adil yargılama ilkelerini ihlal edecek şekilde kullanılamaz⁴³. CPR’deki değişiklikler bazı açılardan eleştirilere de konu edilmiştir. Andrews, yargılamada zaman ve maliyet konusuna çok fazla ağırlık verilmesinin yargılamada doğru sonuca ulaşılmasını etkileyebileceğine işaret etmiştir. Zuckerman ise hakimlerin, CPR tarafından öngörülen yargılama süresine uyma düşüncesiyle, değişiklik dilekçelerine izin verilmesi konusunda bundan böyle müsamahakar olmayacakları kanısındadır⁴⁴. Lord Woolf’un öncülük ettiği reform hareketi çeşitli açılardan eleştirilere⁴⁵ uğramış olsa da, yeni düzenlemelerin yürürlüğe girmesinden sonra yargılama düzeninde olumlu sonuçlar doğurduğu tespit edilmiştir.

³⁷ PD (29) 4.3, 5.3 (1) (2) (6).

³⁸ CPR 32.1 (tüm yargılama usulleri için).

³⁹ CPR 1.4 (2) (f).

⁴⁰ CPR 3.1.

⁴¹ CPR 32.1 (1).

⁴² Bkz. aşağıda §1 Bölüm III.

⁴³ Andrews, *The Pursuit of Truth in Modern English Proceedings*, s. 74; Karş. Damaska, MR, “The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process”, Yale UP, New Haven, 1986, 120-121.

⁴⁴ Marcus, Richard L., “Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context”, Vol. 53, A.J.C.L., 2005, s. 709-740, s. 714.

⁴⁵ Eleştiriler için bkz. Zander, “Why Lord Woolf’s Proposed Reforms Should Be Rejected”, *Reform of Civil Procedure*, 79-95.

Çekişmeli yargılama anlayışının, eskisine göre azalmış olması ve tarafların eskisine göre daha fazla işbirliği içerisinde olmaları, dava öncesi araştırma protokollerinin tarafları sulhe teşvik etmiş olması, bilirkişinin taraflarca ortak şekilde atanması usulünün uygulamada benimsenmiş olması gibi hususlar gözlemlenen bazı olumlu gelişmelerdir⁴⁶. Buna karşılık son dönemde yapılan bir çalışma, Woolf reformlarının öngördüğü şekilde yargılamada hakimnin etkinliğinin arttırılması halinde dava masraflarının da kendiliğinden azalacağı tezinin doğru olmadığını ortaya koymuştur. Bu çalışmaya göre kalite üçgeni (*quality triangle*), hizmetin hızlılığı, üretim maliyeti ve üretim kalitesi unsurlarından oluşur; bu unsurların ikisinin bir arada bulunması mümkündür ancak üçünün bir araya gelmesi nadiren söz konusu olur. CPR'daki yeni düzenlemelerin, yargılamada hızlılık ve kaliteyi sağlamada başarılı olduğu ancak masrafların azaltılması konusunda beklenen sonucu henüz vermediği ifade olunmaktadır⁴⁷.

III. İngiliz Yargılama Kurallarında (CPR), Temel Esas (Overriding Objective) Prensibi

Mahkemelere, ön-yargılama aşamasındaki dava yönetimi kurallarını uygulamada yeni bir usul felsefesi yol gösterici olmaktadır. Eski yargılama sisteminde, mahkemelerin asli görevi, davanın esası hakkında nihai karar vermek ve adaletin yerine getirilmesini sağlamaktı; bu faaliyetleri yerine getirirken de usuli konularda esaslı bir yetkileri bulunmamaktaydı. Bir iddianın veya savunmanın sırf usul kurallarına aykırı olması nedeniyle mahkeme tarafından değerlendirilmemesi uygun görülmemekteydi. Bu yüzden, taraf, her ne kadar usul kurallarına uymamış veya usuli bir yükümlülüğü yerine getirmemiş olsa bile, mahkeme bu aykırılığı davanın esası hakkında karar verirken göz önüne alamazdı. Bu uygulama neticesinde, usul kurallarının etkisi azalmış ve yargılama uygulamada, taraf ve taraf vekillerinin insiyatifine bağlı ve onlar tarafından kolaylıkla sürüncemeye bırakılabilecek bir hal almıştır⁴⁸.

⁴⁶ Zander, Cases and Materials on the English Legal System, LexisNexisUK 2003, s. 128; Aynı yönde Bailey, S.H./Ching, Jane/Gunn, M.J./Ormerod, David, On the Modern English Legal System, London 2002, s. 751.

⁴⁷ Peysner, John/Seneviratne, Mary, The Management of Civil Cases: The Court and Post-Woolf Landscape, Department for Constitutional Affairs Research Series 9/05, 2005, s. 72.

⁴⁸ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure: Principles and Practice, London 2006, s. 29-31.

Yargılamanın uzun sürmesi, pahalı ve zahmetli olması adaletin sağlanmasında sorunlara neden olmanın yanı sıra, elde edilen hükmün icrasını olanaksız hale getirmiş, özellikle uzun bir zaman dilimini içeren yargılamalarda ortaya çıkan dava masrafları, tarafları aslında istememelerine rağmen uzlaşma yapma zorunluluğuna sevk etmiştir. Benzer şekilde, ekonomik açıdan daha güçlü olan taraf, güçsüz konumda olan hasmını, kendi çıkarları doğrultusunda ve dayattığı koşullarda, uzlaşma yapmaya zorlamak için, ekonomik gücünü kullanmıştır⁴⁹.

Temel Esas, dava yönetimi ve yargı yetkisinin kullanımına ilişkin bütün gerekli unsurları içeren ilkelerden oluşur ve CPR'daki diğer maddelerinin yorumu bu ilkelere göre yapılır.

CPR m. 1.1 hükmü şu hususları içermektedir: 1.Temel Esası içeren bu yeni usul hükümleri, mahkemelerin davaları adil şekilde görmelerine imkan tanımaktadır; 2. davaların adil şekilde görülmesi mümkün olduğu ölçüde, i) tarafların yargılamada eşit şekilde muameleye tabi tutulmalarını; ii) masraflardan tasarruf edilmesini; iii) davaların içerdiği miktar, önem, karmaşıklık ve tarafların maddi durumları ile orantılı şekilde ele alınmasını; iv) adil ve hızlı şekilde görülmesini; v) mahkemenin diğer davalar için ihtiyaç duyacağı kaynaklarını ölçülü şekilde kullanması hususlarını içermektedir. CPR m. 1.2, mahkemenin herhangi bir hükmü uygularken ve yorumlarken, Temel Esasın gerçekleşmesini sağlama yükümlülüğünü içerirken, bunun yanı sıra CPR m. 1.3, tarafların, Temel Esasın gerçekleşmesini sağlamak için mahkemeye yardımcı olma yükümlülüğünü düzenlemektedir.

Temel Esasın asli unsurlarından biri usuli adalet ilkesidir. Tarafsız mahkeme önünde yargılanma, hukuki dinlenilme hakkı, adalete erişim hakkı gibi hakları bünyesinde barındıran usuli adalet ilkesi, yüzyıllar boyunca İngiliz hukukunun konusu olmuştur⁵⁰. Usuli adalet ilkesi ile AİHS'nin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkı arasında yakın bir bağ kurulmaktadır⁵¹.

⁴⁹ Zuckerman, Civil Justice in Crisis, s.17.

⁵⁰ Magna Carta'da yargılanma hakkı, kimseye devredilemeyen, inkar edilemeyen ve ertelenemeyen bir hak olarak tanımlanmıştır (Magna Carta, Ch. 40, Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 5).

⁵¹ Zuckerman, Civil Justice in Crisis, s. 2.

Hakim, dava yönetimi kurallarını uygularken önündeki uyuşmazlık için bu kuralları uygulamanın pratik bir etkisi olup olmayacağına bakacaktır. Davaların makul süre içerisinde görülmesi, kaynakların ölçülü kullanılması gibi kurallar zaman mefhumu olmayan ve evrensel nitelikte olan usuli adalet anlayışına yabancıdır. Ancak usuli adalete ilişkin haklar, sınırsız bir şekilde kullanılamaz; örneğin hukuki dinlenilme hakkı ivedi olan hallerde kısıtlanabilir veya duruşmanın aleniliği bir kişilik hakkının korunması amacıyla sınırlanabilir. Buna karşılık, kaynakların adil bir şekilde kullanılması, orantılılık gibi kavramların tanımlanması mümkün değildir. Bir davaya ne kadar zaman ayrılması gerektiğini önceden belirlemek mümkün değildir; bunun yerine her uyuşmazlığın özelliklerine ve ihtiyaçlarına göre makul bir yargılama süresi belirlenebilir. Tarafların yargılamada eşit şekilde muameleye tutulmaları, hakimin bir tarafa ağır usuli yükümlülükler yüklerken diğer tarafa bir avantaj sağlamaması anlamına gelir. Davaların tarafların maddi durumları ile orantılı şekilde ele alınması ise, hakimin dava ile ilgili gider doğuracak işlemlerin mali açıdan daha güçlü olan tarafa yüklenmesini ifade eder⁵².

CPR'nın, Temel Esası düzenleyen hükmünde yargılamada gerçeğe ulaşma amacından bahsedilmemektedir. CPR'nın gerekçesinde, böyle bir ifadeye yer verilmesine gerek olmadığı çünkü yargılamada gerçeğe ulaşma amacının zaten açık olduğu, bunun için kanunda bir hükme yer verilmesinin gereksiz olacağı belirtilmektedir. Yargılamada gerçeğe ulaşma amacının bulunması, mahkemenin dava sonunda mutlaka gerçeğe ulaşacağı anlamına gelmemektedir. Bir fikre göre hiçbir sistem yargılama sonunda mutlaka gerçeğe ulaşılacağını garanti edemez. Bu yüzden mahkemenin görevi, önündeki uyuşmazlığa maddi hukuk kurallarını uygulayarak subjektif hakların teminini sağlamaktan ibarettir⁵³.

⁵² Zuckerman, *Civil Justice in Crisis*, s. 7.

⁵³ Zuckerman, *Civil Justice in Crisis*, s. 7; Jolowicz, *Models of Civil Procedure*, s. 284; Usulün amacı ile ilgili diğer görüşler için bkz. s. 38 vd.

IV. Dava Yönetimi ve Yargılama Usulleri Arasındaki İlişki

A. Genel Olarak

Bir hukuki uyuşmazlığı amaca uygun, hızlı ve en az giderle sonuçlandırabilmek için diğer tedbirlerin yanısıra, yargılamayı hızlandırmaya ve basitleştirmeye yönelik yasal düzenlemelerin de yapılması gerekmektedir. Hakkında karar verilecek hukuki himaye taleplerinin farklılığı, usul kanunlarında birden fazla yargılama şeklinin kabul edilmesini zorunlu kılmaktadır. Yargılama usulünün, uyuşmazlığın konusuna, değerine, tarafların şahsi durum ve menfaatlerine uygun olması, adalet hizmetlerini iyileştirecek, yargılamayı hızlandıracak ve hem taraflar hem de devlet için maliyeti azaltacaktır⁵⁴.

Lord Woolf, ara ve nihai raporunda her davanın aynı yargılama usulünde görülmesinin yargılamanın gecikmesine sebebiyet verdiğini, bu nedenle bazı davalara, miktar ve özelliklerine göre farklı yargılama usullerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Kanunda, bazı istisnalar haricinde, belli tip davalar için, hangi yargılama usulünün uygulanacağını belirtmesi yerine, hangi nitelikteki davaların hangi yargılama usulünde görülmesi gerektiğine dair genel bazı kurallara yer verilmiştir. Hakimler, bu kurallar çerçevesinde davanın tabi olacağı yargılama usulünü takdir yetkilerini kullanarak belirlemektedirler⁵⁵.

B. Amerikan ve İngiliz Hukukunda

Amerikan medeni yargılama hukukunda, kural olarak, davaların belirli bir yargılama usulüne göre görülmesi şeklinde bir usul kuralı bulunmamaktadır. Bu durumun istisnası, küçük nitelikteki ihtilaflardır. Bu nitelikteki davalar, küçük ihtilaflar mahkemesi (*small claims court*) olarak görev yapan mahkemelerde görülmekte ve burada diğer mahkemelerde görülen davalara göre şekli olmayan bir yargılama usulü

⁵⁴ Sunar, Gülcan, Medeni Usul Hukukunda Basit Yargılama (Kıs.: Basit Yargılama), Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002, s. 1.

⁵⁵ Woolf Interim, Bölüm 7, paragraf 7.

uygulanmaktadır. Bunun yanı sıra, uygulamada, karmaşık (*complex cases*) ve karmaşık olmayan dava ayırımı yapılmaktadır⁵⁶.

Karmaşık dava tanımı, genellikle ikiden fazla tarafın bulunduğu, uyuşmazlık konularının sayıca fazla olduğu, maddi değer içeren uyuşmazlıklarda dava tutarının yüksek olduğu, tahkikatta kullanılacak ispat vasıtaları ile incelenecek belgelerin fazla sayıda olduğu davalar için yapılmaktadır. Özellikle karmaşık davalarda, hakimin aktif şekilde yargılamaya katılmasının davanın makul bir sürede bitirilmesi için gerekli olduğu belirtilmekte ve hakimin, bu davalarda davanın yönetimini ele alması beklenmektedir⁵⁷. Woolf'un raporunda da belirttiği gibi, mahkemeler, davaların mahiyetine uygun olan yargılama usulünü re'sen belirlemeli ve gerçekçi bir yargılama takvimi oluşturmalıdır. CPR, yargılama usulü olarak küçük talepler usulü, hızlı usul ve çoklu yargılama usulü olmak üzere üç tip yargılama usulü öngörmektedir. Davanın hangi yargılama usulüne göre görüleceği tespit edildikten sonra dava yönetimi konularının ele alındığı bir oturum yapılmaktadır⁵⁸.

C. Alman, İsviçre ve Avusturya Hukukunda

Alman Medeni Usul Kanununda, basit yargılama usulünü düzenleyen genel hükümlere yer verilmemiş olmakla birlikte, basit yargılama şekli olarak nitelendirilebilecek çeşitli yargılama şekilleri kabul edilmiştir. Bu düzenlemelerden biri, ZPO§495a'da miktar veya değeri düşük uyuşmazlık konuları için öngörölmüş olan yargılama şeklidir. Bu hükme göre mahkeme belli bir değerin altında kalan uyuşmazlıklar için yargılama usulünü kendisi takdir eder. Bu yargılama usulü, sadece sulh hukuk mahkemelerinde uygulanabilir. Bu yargılama usulünde sınırlı delil ikamesi ve ispat hakkı bulunmaktadır. Hakim, takdir hakkını, usul hukukun amacını ve temel yargılama ilkelerini dikkate almak suretiyle kullanmak zorundadır⁵⁹.

⁵⁶ ABD Bölge Mahkemeleri Çok Taraflı Uyuşmazlıklar Komitesi, ilk defa 1960 yılında karmaşık davalarda nasıl bir yargılama usulü izlenmesi gerektiğine dair bir yayın hazırlamıştır. Bu yayın, (Manual for Complex Litigation) Federal Yargılama Merkezi tarafından belirli dönemler halinde güncelleştirilmektedir. (Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 894); Karş. Plotnikoff, Joyce, "Case Control as Social Policy: Civil Case Management Legislation in the United States", CJC, 1991, s. 230-245.

⁵⁷ Civil Litigation Management Manual, The Judicial Conference of the United States, Committee on Court Administration and Case Management, s. 91 vd.

⁵⁸ The Woolf Reforms in Practice, Freshfields Assess the Changing Landscape, London 1998, s. 38 vd.

⁵⁹ Sunar, Basit Yargılama, s. 17 (Naklen).

İsviçre hukukunda ise kantonlara göre farklılık arz eden yargılama usulleri mevcuttur. Burada kanunda belirtilmiş olan yargılama usulleri belli tip davalar için uygulanır⁶⁰. İsviçre Federal Hukuk Mahkemeleri Kanunu Ön Tasarısı'nda⁶¹ ise basit yargılama usulünün yanında iki yargılama usulü daha öngörülmüştür. Bunlar olağan yargılama usulü ile basitleştirilmiş yargılama usulüdür. Aksine düzenleme bulunmadıkça olağan yargılama usulü uygulanır. Ancak, değeri 20.000 İsviçre Frankı'na kadar olan malvarlığı davaları ile bazı uyuşmazlıklarda (kira, nafaka, iş davaları gibi) basitleştirilmiş yargılama usulü uygulanacaktır. Olağan yargılama usulünde, yargılamaya geçilmeden önce kural olarak bir uzlaştırma girişimi zorunlu tutulmaktadır⁶². Asıl yargılamaya (karar yargılamasına) geçişte iki aşamalı dilekçeler teatisi getirilmekle birlikte, istisnai hallerde replik ve düplik aşamalarının duruşmada sözlü olarak yapılmasına izin verilmektedir. Tarafların vakıa ve delil sunmalarına dilekçeler aşamasının tamamlanmasına kadar izin verilmekte, bu aşamadan sonra ise ancak istisnai durumlar için bu imkan tanınmaktadır⁶³.

Basitleştirilmiş yargılama usulünde ise her halükarda önce bir uzlaştırma teşebbüsü vardır. Dava ve cevap dilekçelerinin verilmesini müteakip taraflar asıl duruşmaya davet edilmektedirler. Tarafların beyanlarından sonra deliller incelenir ve nihayet taraflara bu deliller ve esas hakkında görüşleri sorulur. Bu aşamadan sonra yeni vakıa ve delil sunulması kural olarak mümkün değildir⁶⁴. Basit yargılama usulü İsviçre medeni yargısında çok önemli bir yer tutmaktadır. Halen mevcut olan bu durumu muhafaza etmek isteyen Ön Tasarı, söz konusu yargılama usulüne önemli bir yer ayırmakta ve bu işlerin uygulandığı işlerin kapsamını geniş tutmaktadır. Basit yargılama usulünde daha ziyade hızlı sonuç almaya önem verildiği görülmektedir⁶⁵. Karmaşık olmayan, hızlı ve yeni malzemenin kesintisiz getirilmesini sağlamış olan bu yargılama, tasarı müellefleri tarafından “sosyal medeni usul”ün gerçekleştirilmesi olarak ifade edilmektedir⁶⁶. Buna karşılık, usulün sosyal karakterinin sadece belli davalara inhisar

⁶⁰ Sunar, Basit Yargılama, s. 12.

⁶¹ Tasarı metni için bkz. <http://www.admin.ch>; Tasarının Türkçe metni için bkz. “İsviçre Federal Hukuk Mahkemeleri Kanunu Taslağı” (Çev.: Murat Atalı), MİHDER, 2005 S:1, 123-188.

⁶² Alangoya, İsviçre’de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru, s. 93.

⁶³ Atalı, Murat, “İsviçre Federal Hukuk Mahkemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler”, MİHDER, 2006 S:3, s. 593-607, s. 615 (Naklen).

⁶⁴ Atalı, s. 616.

⁶⁵ Atalı, s. 625.

⁶⁶ Alangoya, İsviçre’de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru, s. 97.

ettirilmesinin hatalı sonuçlara yol açabileceği, usulün sosyal karakterinin belli davalar ile sınırlı olmayan medeni usulün bütününe hakim bir değer olduğu belirtilmektedir⁶⁷.

Avusturya hukukunda ise, olağan yargılama usulünün haricinde belli bir meblağa kadar olan para alacaklarına ilişkin davalarda özel bir yargılama usulü uygulanmaktadır. 30.000 Euro'ya kadar olan para alacağı davalarında hakim, belirli yazılı delillerin varlığı halinde duruşma açmaksızın, dosya üzerinden şartlı ödeme emri çıkartılması kararı verebilmektedir. Borçlu bu ödeme emrine karşı tebellüğ tarihinden itibaren dört hafta içerisinde itiraz ederse, bu durumda dava görülmeye başlanır. Uygulamada davaların %10'u kadar bir oranda borçluların ödeme emirlerine itiraz ettikleri tespit edilmiştir. Bu oran, davaların hızlı bir şekilde sonuçlandırılması açısından oldukça iyi bir orandır⁶⁸.

V. Dava Yönetimi Yetkileri ve Zaman Tablosu

İngiliz yargılama hukukunda, dava yönetimi oturumunun konusu, mahkemelerin görmekte olduğu davalarda yargılama sürecinin nasıl işleyeceğine ve konusunun ne şekilde belirleneceğine ilişkin tipik çerçeve kararlar (*standart directions*) veya özellikleri olan karmaşık uyuşmazlıklarda özel nitelikte, *ad hoc* (*special directions*) kararlar vermeleridir. Hakim, bu oturumlarda, dava yönetimi yetkilerini kullanarak, tarafların, davaya etkisi olmayan, orantısız ve gereksiz muamele ve davranışlarını engellemelidir⁶⁹.

CPR, hakimın yönetsel yetkilerine ilişkin iki katalog içermektedir. CPR m. 3.1'e göre mahkeme, bu maddede sayılanlarla sınırlı olmamak kaydıyla, süreleri kısaltabilir veya uzatabilir, oturumları iptal edebilir veya yeni bir esas duruşma tarihi tespit edebilir, çözümü gereken uyuşmazlık konularını belirleyebilir, dava yönetimi

⁶⁷ Alangoya, İsviçre'de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru, s. 98.

⁶⁸ Rechberger, W.H./Klicka, Th., "Accelerating Civil Litigation in Austria in the Twentieth Century", Undue Delay, s. 233-245, s. 236-238; Oberhammer, "Speeding Up Civil Litigation in Austria: Past and Present Instruments", a.g.e. s. 217-232; Rechberger, H. Walter, "Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması" (Çev.: M. Kamil Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku (Kıs.: İlkeler), Der.: M. Kamil Yıldırım, İstanbul 2002, 3. Bası, s. 1-15, s. 4.

⁶⁹ Andrews, English Civil Procedure, s. 338; Chase, Oscar G./Hershkoff, Helen/Silberman, Linda/Taniguchi, Yasuhei/Varano, Vincenzo/Zuckerman, Adrian, Civil Litigation in Comparative Context, Haz.: Chase/Hershkoff, 2007 US, s. 20-21.

oturumu açabilir veya davanın yönetimi için gerekli olacak ve Temel Esası sağlayacak işlemleri yapabilir ve bu yönde gerekli kararları alabilir.

Yönetimsel yetkilere ilişkin ikinci katalog ise hızlı yargılama usulü ve çoklu yargılama usulünde söz konusudur. Bu ikinci katalogu, CPR'ın çeşitli hükümlerinden derleyerek oluşturmak mümkündür⁷⁰. Hakimin yetkilerini içeren katalog şu hususları içerir:

- tarafları işbirliğini teşvik etmek, sulha davet etmek ve alternatif çözüm yollarını kullanmaya sevk etmek, gerekirse bu işlemlerin yapılabilmesi için yargılama faaliyetini geçici olarak durdurmak⁷¹,

- öncelikleri belirlemek, davaya konu vakıaları belirlemek, çözüm bekleyen konuları sırasına göre belirlemek, hangi konuların esas duruşmada ele alınacağını veya önceden çözümleneceğine karar vermek, dava ile ilgili hukuki sebepleri tespit etmek ve uygulanacak maddi hukuka ilişkin kuralı ve ilgili yargı kararlarını belirlemek⁷²,

- özet duruşma (*summary judgement*) yapılıp yapılamayacağını tespit etmek, bazı iddia veya savunmaların tahkikat kapsamı dışında tutulması konusunda karar vermek⁷³,

- zaman tabloları ve başka uygun yollarla dava sürecini kontrol altında tutmak, davayı hızlı ve etkin bir şekilde esas duruşma yapılması aşamasına getirecek kararları almak⁷⁴ ve

- taraflarca önerilen bir usuli muamelenin usul ekonomisine uygunluğunu denetlemek⁷⁵.

Zaman tablosunun üzerinde durmak gerekirse, hakim, dava yönetimi içerisinde yargılamayı hızlı ve etkin bir şekilde yürütmek için bazı usuli muamelelerin bir zaman çizelgesi içerisinde yapılmasını sağlamakla yükümlüdür⁷⁶. Hızlı yargılama usulünde, davaya uygulanacak yargılama usulünün tespit edildiği andan itibaren başlamak üzere

⁷⁰ Turner, s. 82-83.

⁷¹ CPR 1.4 (2).

⁷² CPR 1.4 (2) (a), CPR 1.4 (2) (c), CPR 1.4 (2) (c).

⁷³ CPR 3.1 (2).

⁷⁴ CPR 1.4 (2) (l).

⁷⁵ CPR 1.4 (2) (h) ve 1.1 (2) (c).

⁷⁶ CPR 1.4 (2) (g).

şu şekilde bir zaman tablosu uygulanır: i) yazılı delillerin hasredilmesi: 5. hafta, ii) tanık ifadelerinin taraflar arasında teatisi: 11. hafta, iii) bilirkişi raporlarının taraflara tebliği: 15. hafta, iv) mahkeme tarafından taraflara sorulan hususların listelenmesi: 22. hafta ve v) duruşmanın yapılması ve hüküm verilmesi: 30. hafta⁷⁷. Bu zaman tablosuna alternatif şekilde, taraflar kendi aralarında, mahkeme tarafından da uygun bulunacak bir zaman tablosu üzerinde anlaşabilirler⁷⁸.

Çoklu yargılama usulünde ise, mahkeme esas duruşma gününü mümkün olan en pratik ve hızlı şekilde belirler⁷⁹. Mahkemenin esas duruşma gününü en kısa sürede belirlemesinin, tarafların davaya yoğunlaşmasını sağlayacağı ve onları sulhe teşvik edeceği belirtilmektedir⁸⁰. Tarafların, hakim tarafından belirlenmiş bir esas duruşma tarihini değiştirme yetkileri yoktur⁸¹.

Esas duruşma tarihinin belirlenmesi suretiyle, tarafların ve vekillerinin duruşmaya hazırlanması sağlanabilir. Bunun yanı sıra, tarafların kendi durumlarını, ihtilaf konularını ve dava malzemesini gerçekçi bir bakış açısıyla değerlendirdikleri samimi uzlaşma müzakerelerinde bir araya gelmelerinin önü açılabilir. Esas duruşma tarihinin önceden tespit edilmesi, yargılamanın planlanmasının, yani kaynakların dağılımının etkin şekilde yapılmasını sağlar⁸². Bu işlemde en yüksek faydayı alabilmek için, öncelikle davanın gelişim sürecini doğru bir şekilde tespit etmek gerekir. Bu belirleme çok erken yapılırsa, uzlaşma müzakereleri için daha çok zaman ayrılır. Buna karşılık, belirleme gecikirse, hazırlık süreci uzar ve ön yargılamadan elde edilecek fayda azalır⁸³.

Zaman tablolarını belirlemenin çeşitli şekilleri bulunmaktadır. Bunlar, hızlı, ortaklaşa ve rızai şekilde hazırlanmış zaman tablolarıdır. Birinci durumda, davaya özgü yargılama usulü belirlenince, mahkeme ivedilikle davanın yönetimi için yapılması gereken işlemlere ilişkin yazılı bir açıklamada bulunur ve esas duruşmaya kadar

⁷⁷ CPR ekinde yer alan PD (Practice Directions) (28) 3.12.

⁷⁸ PD (28), 3.5, 3.6, 3.7.

⁷⁹ CPR 29.2 (2).

⁸⁰ Andrews, English Civil Procedure, s. 341; Duruşma tarihlerinin sabitlenmesi, dava sürecinin etkinliğini sağlamakta yararlı olabilir (Woolf, Final Report, s. 34).

⁸¹ Andrews, “A New Civil Procedural Code for England: Party-Control “Going, Going, Gone”, ZZPInt4, 1999, s. 13.

⁸² Özbek, Tedbirler, s. 266.

⁸³ European Committee on Legal Co-Operation, s. 40.

yapılacakları gösteren bir zaman tablosu hazırlar. Mahkemenin yapacağı yazılı açıklama matbu kullanılan bir metin olabileceği gibi bir dava yönetimi oturumu sonrasında hakim tarafından hazırlanan bir metin de olabilir⁸⁴.

İkinci hal, zaman tablosunun yapılacak bir dava yönetimi oturumunda taraflar ve mahkemenin ortak çalışması sonucunda ortaya çıkarılmasıdır. Üçüncü hal ise tarafların bir zaman tablosu üzerinde anlaşması ve hakim tarafından bu tablonun uygun bulunmasıdır⁸⁵. CPR m. 2.11, mahkeme ara kararında veya kanunda aksi kararlaştırılmamış ise, tarafların hakim veya kanun tarafından belirlenmiş süreleri değiştirme yetkisini düzenlemektedir. Ancak, tarafların bu yetkileri hızlı yargılama ve çoklu yargılama usulünde sınırlı olup, daha önce belirlenmiş olan yargılama tarihi, dava yönetimi oturumu tarihi, ön yargılama listesindeki delil ikamesi tarihleri anlaşma ile değiştirilemez.

CPR m. 3.8 (3) uyarınca mahkeme tarafından bir işlemin kesin bir süre içerisinde yapılmasına karar verilmiş ve işlemin yapılmaması halinde bunun sonuçları taraflara anlatılmışsa, tarafların artık böyle bir kararı değiştirme imkanları yoktur. Buna karşılık, CPR m. 3.1 (2)(a) uyarınca hakimin, daha önceden belirlenmiş bir süreyi her zaman uzatma veya değiştirme yetkisi vardır⁸⁶.

§2 ÖN-YARGILAMA

I. Dava Yönetimi ile Ön-Yargılama Aşaması Arasındaki İlişki

Ön-yargılama aşamasının kendine özgü ve yargılama sürecine doğrudan etki eden özellikleri vardır. Ön-yargılamanın özellikle yargılamaya yani esas duruşmaya hazırlık yapılması işlevi yanında, tarafların davadaki pozisyonlarını daha iyi algılamaları neticesinde sulh olunması, avukatların etkin şekilde yargılamaya katılımlarının sağlanması ve uyuşmazlık konularının erken bir safhada tespit edilmesi gibi faydaları vardır⁸⁷. Çekişmeli sistemi uygulayan ülkelerde, ön-yargılama önceki

⁸⁴ PD (29) 4.19.

⁸⁵ CPR 29.4; PD (29) 4.6., 4.7., 4.8.

⁸⁶ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 419-420.

⁸⁷ Ngwasiri, C.N., "Pre-Trial Civil Proceedings in England and France: A Comparative Study", CJK, 1991, s. 289-310, s. 289; Clark, Charles E., "Objectives of Pre-Trial Procedure", Vol. 17 Ohio St. L. J. 163, 1956, s. 163-170, s. 165 vd.

dönemlerde tarafların serbestçe yönettikleri bir aşama iken, yeni anlayışa göre hakimin davaya daha aktif katıldığı ve davayı sevk etme yetkisi ile donatıldığı bir aşama halini almıştır. Çekişmeli sistemi uygulamayan ülkelerde ise ön-yargılama sürekli ve konsantre bir yargılamanın sağlanması için gerekli bir aşama olarak kabul edilmekte ve esas duruşmaya hazırlık işlevi görmektedir. Hakimin ve tarafların, bu sistemde işbirliği gerekmekte ve bu sayede yargılamanın hızlandırılması amaçlanmaktadır. Ön-yargılama aşaması hakimin en etkin olduğu safha olacağından dava yönetiminin uygulanması bu aşamada ağırlıkta olmaktadır. Dava yönetiminin anlaşılabilirliği için, ön-yargılama aşamasının tarihsel bir süreç içerisinde ne şekilde geliştiğinin ve uygulanmakta olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Kuşkusuz, ön-yargılama aşaması, uygulanan yargılama modelinin Kıta Avrupası hukuku ve Anglo-Amerikan hukuku olmasına göre farklılıklar göstermektedir.

II. Roma Hukukunda

Roma Hukukunda, hakların himayesinin gelişmesinde, iki ayrı görüş, iki ayrı usul sistemi yaratmıştır. Yalnız bu usul sistemleri, birden bire birbirlerinin yerini almamış, belirli bir süre birlikte devam etmiş, sonraki diğerinin yerini yavaş yavaş almaya başlamıştır. En eski zamanlardan itibaren, M.S. 284 yılına kadar, hakların himayesi, bazı gelişmelerle birlikte, hususi bir iş olarak kabul edilmekte idi. Bu usule: Ordo Iudiciorum Privatorum: Özel (veya Adi) Mahkemeler ismi verilir. M.S. 284 yılından sonra, hakları devlet himaye eder. Bu usule de: Cognitione Extra Ordinem (Nizam Harici veya Fevkalade Usul) denilmektedir⁸⁸. Özel Mahkemeler yargılaması ise, kendi içinde yasal davalar (legis actio) yargılaması ve formula yargılaması olarak sınıflandırılır. Yasal davalar yargılaması, Krallık döneminin ortalarından M.Ö. 17 yılında İmparator Augustus tarafından çıkarılan lex Iulia'ya kadar, formula yargılaması ise, M.Ö. 17 yılından M.S. 342 yılına kadar uygulanmıştır. Nizam Harici usul ise, M.S. 342'den Iustinianus döneminin sonuna kadar devam etmiştir⁸⁹.

Özel Mahkemeler Nizamında dava, magistra ve hakim önünde olmak üzere iki safhada cereyan ederdi. Davanın iki safhada cereyan etmesinin sebebi çok tartışmalıdır.

⁸⁸ Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 204.

⁸⁹ Sungurtekin Özkan, Meral/Türkoğlu Özdemir, Gökçe, Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Ankara 2008, s. 13.

Bu yüzyılın başlarında hakim olan fikir, iki safhalı yargılamanın en eski devirlerde bile mevcut olduğu şeklindeydi. Bu fikre göre, önceleri taraflar kendi istekleriyle seçtikleri bir hakimin önüne gidiyorlardı. Devlet gücünün artmasıyla bu durum mecburi hale gelmiştir. Diğer bir görüşe göre ise kral bütün yetkileri kendisinde toplayan bir magistra sıfatıyla ihtilafları önceleri tek safhada çözmekteydi, fakat daha sonraları işlerinin yoğunluğu sebebiyle ispat ve karar safhasını sonradan kendisinin belirlediği şahıslara bırakmaya başladı. İlk önce kralın ihtiyarında olan bu durum, cumhuriyetin ilk devirlerinde eski Yunan'daki demokratik fikirlerin etkisiyle mecburi hale geldi. Bu konudaki bir başka görüş, davanın iki safhada görülmesini, eski Yunan ve Doğu'nun mutlak monarşilerinde bile mevcut olan bir ilke ile açıklamaktadır. Bu ilke gerçek bir yargı işlevinden söz edebilmek için, yargı işlevinin idare organlarından ayrı olan kimselerin elinde bulunması gerekliliğidir⁹⁰.

Dava, taraflardan birinin diğerine özel bir bildirimde bulunması ile başladı. Bildirimin davanın esası ile ilgili genel bir bilgi vermesi yeterliydi. Davanın başlangıcının bu haliyle Anglo-Amerikan hukuku ile benzerlik taşıdığı ifade edilmektedir⁹¹. Magistra (*in ius veya in iure*) safhasında hakim önüne gidilmeden önce, davacının talebinin dava edilir olup olmadığı ve hangi esasların karar için gerekli olduğu sonuca bağlanırdı. Magistra, tarafların iddiasını ve cevabını dinler, incelemeye uygun görürse, davacıya bir actio (*dava hakkı*) tanır ve tarafları, bir özel hakem seçmeye davet ederdi. Actio'nun tanınmasından sonra, sınırlarının tayin edilmesi işlemine litis contestatio, yani davanın tespiti denilmektedir. Litis contestatio ile, davalının hangi şartlarda mahkum edileceği kesin olarak saptanır ve dava karar vermesi için hakim önüne gönderilirdi⁹². Bu dönemde delil hukukuna ilişkin çok az kural bulunmaktadır; genel olarak delil serbestisi hakimdir⁹³. Hakim, magistra önünde gerçekleştiğinde kesin delil olarak nitelendirilen ikrar ve yemin delili ile dahi bağlı değildi⁹⁴. Taraflardan biri, diğer tarafın elindeki tüm belgeleri vermesi için yemin teklif

⁹⁰ Tahiroğlu/Erdoğan s. 204, dn. 13.

⁹¹ Buckland, W.W./McNair, D. Arnold, Roman Law & Common Law, A Comparison in Outline, Florida, USA, 1997, s. 317; Bu metod, formula'nın son bulunduğu 3. yüzyılın ortalarına kadar devam etmiştir (Buckland/McNair, s. 317).

⁹² Tahiroğlu/Erdoğan s. 205-206; Di Marzo, Salvotere, Roma Hukuku, İstanbul 1959 (Çev.: Ziya Umur), s. 111-112; Roma Hukukun karşılaştırmalı hukuk açısından incelenmesi için bkz. Watson, Alan, Roman Law&Comparative Law, Georgia, USA 1991.

⁹³ Buckland/McNair, s. 318; Sungurtekin Özkan/Türkoğlu Özdemir, s. 70.

⁹⁴ Kiraz, Taylan Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005, s. 9.

edebilirdi. Davacı da davasını dayandırdığı tüm belgeleri Davalı'ya sunmakla yükümlüydü (*de edendo*)⁹⁵. Daha sonra hakim önündeki ikinci safha başladı. Bu safhada hakim kanaatine göre karar verirdi. Litis contestatio'nun tamamlanmasından sonra, tarafların üç gün içinde hakim önündeki aşamaya geçmeleri gerekirdi. Yargıç önüne gelmeyen taraf, davayı kaybetmiş sayılırdı⁹⁶.

Nizam Harici Usulde ise, dava bir tek safhada görülür. İhtilaf içinde olan taraflar, artık devlet memuru olan bir hakim önüne giderler. Aynı hakim, ihtilafı hallederek karara bağlar. Bu usul, bugünkü hukuk anlayışına yakındır⁹⁷. Roma'nın ilk zamanlarında “sözlülük” ilkesi hakimken, Nizam dışı yargılama usulünde yazılılık ilkesi benimsenmiştir⁹⁸. Sözlülük ilkesinin Roma Hukukunun karakteri olduğu belirtilmektedir⁹⁹. Roma hukukunda, yargılama kurallarında ve kanunların yazımında şekilciliğin çok fazla benimsenmediği ifade edilmiştir¹⁰⁰.

Bir görüşe göre Roma Medeni Yargılamasında, davanın bir günden fazla uzun sürmemesi prensibi uygulanmaktaydı. Bu prensibe göre dilekçelerin sunulması, ispat faaliyeti ve kararın verilmesi işlemlerinin gün batımından önce tamamlanması gerekmekteydi (*one-day- rule*). Eğer gün batımından önce karar verilemezse ertesi gün yargılamaya devam edilirdi ve önceki gün yapılan işlemlerin birçoğunun tekrar edilmesi gerekirdi¹⁰¹.

Roma Usul Hukukunda, özellikle Özel Mahkemeler yargılamasında davanın görülmesi sırasında esas alınan husus, tam anlamıyla gerçeğe ulaşmaktan çok, taraflar arasındaki çekişmeyi sona erdirmek ve bir anlaşma sağlamaktır. Mahkemelerin, çekişme halindeki tarafların karşılıklı olarak serbestçe çarpışabildikleri ortamlar olduğu düşüncesi, imparatorların otoritesinin her alanda artması ve totaliter bir yapının egemen olması sonucu Roma'da silinmeye başlanmıştır. Zamanla sorgunun önemi azalmış ve

⁹⁵ Buckland/McNair, s. 321.

⁹⁶ Sungurtekin-Özkan/Türkoğlu-Özdemir, s. 55.

⁹⁷ Tahiroğlu/Erdoğan s. 206.

⁹⁸ Sungurtekin-Özkan/Türkoğlu-Özdemir, s. 58.

⁹⁹ Metzger, Ernest, Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure, Law and History Review, 2004, <http://www.IusCivile.com>, s. 1-35, s. 23.

¹⁰⁰ Metzger, s. 24.

¹⁰¹ Metzger, s. 25; Metzger, bu kuralın dayanağı olarak genellikle Cicero zamanındaki yargılama kurallarını düzenleyen “Twelve Tables” düzenlenmesine atıf yapıldığını belirtmektedir; One-day rule hakkında daha fazla bilgi için bkz. Metzger, A New Outline of the Roman Civil Trial, Oxford 1997, Clarendon Press, 101-22.

davanın görülmesi sırasında, avukatların rolü çok pasif hale gelmiştir. Tanıklara ve özel belgelere duyulan güvensizlik ise artmıştır¹⁰².

III. İngiliz Hukukunda

İngiliz hukukunda yargılama, sürekliliği olan, vakıaların ve delillerin değerlendirilmesinde sözlülük ilkesinin hakim olduğu, tek bir esas duruşmadan ibaret olan bir süreçtir. Yargılama, tahkikat işlemlerinin yapıldığı ön-yargılama ve esas duruşmanın yapıldığı yargılama aşaması olmak üzere iki bölüme ayrılır¹⁰³. Birinci aşama içerisinde genellikle iki ayrı oturum yapılır; ilk oturumda (*case management hearing*) tahkikat hakimi (*procedural judge*) bulunurken, ikinci oturumda (*pre-trial review*) esas duruşmayı yapacak olan hakim bulunur. Amacı, hakimin dava üzerindeki etkinliğinin sağlanması olan dava yönetimi oturumu¹⁰⁴, ön-yargılama aşamasının her safhasında yapılabilir¹⁰⁵. Asil veya asilin temsilcisi her iki oturuma da katılmak ve mahkemenin izahat istediği hususlarda açıklamada bulunmak zorundadır. Bu duruşmalarda, aynı zamanda o zamana kadar yapılmış olan ve davanın ikinci aşaması olan esas duruşma safhasına geçmesi halinde doğacak olan yargılama giderleri görüşülür¹⁰⁶.

Ön-yargılama aşamasında yapılan hiçbir muamelenin ikinci aşama olan esas duruşma açısından bir kesinlik taşıması söz konusu değildir. Esas duruşma öncesinde yapılacak tüm taraf muameleleri davanın duruşmaya hazırlanmasına yöneliktir. Uygulamada ön-yargılama aşamasında gerçekleştirilen faaliyetlerin önemli bir kısmı usuli işlemlerin yerine getirilmesini içerir. Esas duruşma aşamasında ise artık hiçbir şekilde yeni vakıa ve delil getirilmesi söz konusu olmaz. Esas duruşma aşamasına kadar yürütülen faaliyetler kural olarak taraf kontrolündedir¹⁰⁷ fakat bu faaliyetler üzerinde hakimin denetimi vardır. Hakim, özellikle karmaşık içeriği olan davalarda hangi usuli

¹⁰² Sungurtekin-Özkan/Türkoğlu-Özdemir, s. 59-60.

¹⁰³ Jacob, Jack I.H., *The Reform of Civil Procedural Law and Other Essays in Civil Procedure*, London 1982, s. 261.

¹⁰⁴ Peysner/Seneviratne, s. 24.

¹⁰⁵ Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure*, s. 413; Peysner/Seneviratne, s. 4.

¹⁰⁶ Scott, I.R., “Caseflow Management in the Trial Court”, *Reform of Civil Procedure*, s. 1-31, s. 16, dn. 58; Woolf Final, s. 2.

¹⁰⁷ Jolowicz, *On Civil Procedure*, s. 206; Buna karşın Kıta Avrupasında hüküm için hazırlık vardır (a.g.e., s. 206); Karş. Edward, David, “Fact-Finding: British Perspective”; *The Option of Litigating in Europe* (Kıs.: *Litigating Europe*), *United Kingdom Comparative Law Series Volume 14*, s. 43-57, s. 45.

konuların yerine getirileceğine veya yerine getirilmesine izin verildiğine dair kararlar verir¹⁰⁸.

Küçük miktarlı ve konusu sınırlı uyuşmazlıklar için kesin, standart içerikli zaman çizelgeleri ile usul ekonomisi uygulamalarına yer verilmektedir. İngiliz yargılama hukukundaki bu değişim, yargılamada taraf serbestisini kabul eden, tarafların yargılamanın süresini ve ön-yargılama aşamasının kapsamını belirleyebildikleri önceki sistemden radikal bir sapmadır¹⁰⁹.

IV. Amerikan Hukukunda

Amerikan hukukunda yargılama, İngiliz hukukuna benzer şekilde ön-yargılama ve yargılama aşamalarından oluşmaktadır. Ön-yargılama aşamasında, hakim, taraflar ile bir araya gelerek, dava konusu vakıaları ve delilleri tespit eder, tahkikatın ne şekilde ele alınacağını belirler ve hangi usuli işlemlerin hangi zaman dilimi içerisinde yapılacağına karar verir. Amerikan hukukunda, ön-yargılama ve yargılama arasındaki ayırımın önemi özellikle jürinin katılımı ile yapılan sorumluluk davalarında görülür. Bu tip davalarda vakıaların değerlendirilmesi hukuki değerlendirmeden ayrı olarak ele alınır. Jüri ile bakılan davalarda bu safhanın özel bir önemi vardır çünkü jüri hukuki değerlendirmeden bağımsız bir şekilde dava hakkındaki kararını vakıalar üzerinden vermektedir¹¹⁰. Aslında ön-yargılama aşaması, yargılamanın bizatihi kendisidir çünkü istatistiklere göre davaların büyük çoğunluğu yargılama aşamasına geçmeden bu safhada çözümlenmektedir¹¹¹. Yargılamanın, ön-yargılama ve esas duruşma şeklinde iki safhaya ayrılmasının altında yatan neden, bu sistemde jüri yargılamanın bulunmasıdır. Jürinin katılımı nedeniyle, esas duruşmanın hızlı, kesintisiz ve davaya yoğunlaşmış şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Jüriyi oluşturan kişiler, günlük hayatlarında dava ile bir ilgileri olmayan ve hukukçu olmayan kimseler olup, günlük işlerinden fedakarlık edip dava için zaman ve emek harcamaktadırlar. Jürinin katlanmak olduğu bu durumun

¹⁰⁸ Örneğin eski CPR’da bilirkişi delili getirmek için mahkemenin onayına gerek bulunmazken, yeni CPR’da tüm yargılama usullerinde bu delili getirmek için mahkemenin onayı gerekmektedir. Onayın verildiği durumlarda, mahkeme gerekirse, davayı kaybedecek tarafa yükletilecek yargılama masrafları içerisinde bilirkişi delili masrafını belli bir tutar ile sınırlayabilme yetkisine sahiptir (Andrews, A New Civil Procedural Code for England, s. 15).

¹⁰⁹ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 16.

¹¹⁰ Stürner, Rolf, Why Are Europeans Afraid to Litigate in the United States? (Kıs.: Litigation in US), Saggi, Conferenze Seminari, Roma 2001, s. 1-23, s. 2-3; Jüri hakkında bilgi için bkz. s. 126-128.

¹¹¹ Stürner, Litigation in US, s. 20.

hızlı bir şekilde sona erdirilmesi için davanın esas duruşma safhasının araya fasıllar girmeksizin en kısa sürede sona erecek şekilde oluşturulması gerekmektedir. Bunu sağlamanın yolu da, tahkikatın yapıldığı ön-yargılama ile esas duruşmanın yapıldığı safhaların birbirinden ayrılmasıdır¹¹².

Ön-yargılama kurumu, İngiliz *equity*¹¹³ sisteminden doğmuştur; bu yüzden Roma-Kanonik ve erken dönemlerdeki eski İtalyan usul hukuku ile de benzerlikler taşımaktadır¹¹⁴. Dava yönetimi oturumunun yapılması, ABD’de ilk olarak Detroit, Michigan’daki bir mahkemenin kararı ile başlamıştır¹¹⁵. Bu mahkeme, önüne gelen davaların yarısından fazlasının henüz duruşma yapılmasına gerek kalmadan çözümlendiğini tespit etmiş ve erken yapılacak bir incelemenin tarafları sulhe teşvik edeceğini ve uyuşmazlık konularının sınırlayıcı şekilde tespit edilmesine yardımcı olacağını belirlemiştir. Ancak, Amerika’da yargılama kuralları açısından dönüm noktası, 1938 yılında Federal Medeni Yargılama Kuralları’nda (*Federal Rules of Civil Procedure-FRCP*) yapılan değişiklik olmuştur. Usul kurallarının modernleştirilmesi süreci bu tarihten itibaren başlamıştır¹¹⁶. Bu değişiklikten önce Federal Medeni Yargılama Kuralları bulunmamaktaydı ve Federal Mahkemeler bulundukları eyaletin usul kanunlarına göre karar vermekteydiler. 1938 yılı düzenlemesinin getirdiği başka bir yenilik ise uyuşmazlık noktalarının davanın başlangıcında tespit edilmesi olmuştur. Ön-yargılama aşamasının tarafları sulhe teşvik etme amacı ise 1983’te yapılan değişiklik ile FRCP’ye eklenmiştir. Bu değişikliğin temel felsefesi, ön-yargılamanın sadece davaya hazırlık süreci değil aynı zamanda davanın yönetildiği bir aşama olarak kabul edilmesini sağlamaktır¹¹⁷.

1990 yılında yürürlüğe giren Medeni Yargılama Reform Kanunu ile Bölge Mahkemelerinin kendi bünyelerinde yargı giderlerinin azaltılması ve gecikmelerin aza

¹¹² Ataman-Figanmeşe, İnci, Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2005, s. 181 vd.

¹¹³ Equity sistemi hakkında bilgi için bkz. s. 86 vd.

¹¹⁴ Stürner, Litigation is US, s. 20.

¹¹⁵ James, Fleming/Hazard, Geoffrey C./Leubsdorf, John, Civil Procedure, New York 2001, s. 352.

¹¹⁶ Neubauer, David W., Judicial Process: Law, Courts and Politics in the United States, 1991, s. 280.

¹¹⁷ Jolowicz, On Civil Procedure, s.48-49; Karş. Myers, Robert D., “Reviewing Civil Discovery and Pretrial Procedures: The Need for Active Judicial Management”, The Improvement of the Administration of Justice, ABA, 2002, s. 263-275; Shapiro, David L., “Federal Rule 16: A Look at the Theory and Practice of Rulemaking”, Vol. 137 U.P.L.R., Y. 1988-1989, s. 1969-1998; Clark, s. 165; Schlosser, Peter F., Trial and Court Procedures in Europe, Ed.: Charles Platto, Trial and Court Procedures Worldwide, 1991, IBA, s.77-101, s. 89.

indirgenmesi için dava yönetimi prensipleri belirlemelerinin zorunlu olduğu esası getirilmiştir. Bu prensipler, Bölge Mahkemelerine göre farklılıklar içerebilmektedir. Amerikan medeni yargılama hukukunda, ön-yargılama aşaması içerisinde beş ayrı oturum yapılması mümkündür. Bunlar, i) ön-yargılama oturumu, ii) tahkikat oturumu, iii) özet yargılama oturumu, iv) düzenleyici oturum ve v) son ön-yargılama oturumudur.

Ön-yargılama oturumunun yapılması zorunlu değildir, ancak, hakimlerin, davanın erken bir safhasında uyuşmazlık konusu hakkında bilgi sahibi olmaları ve tahkikat konularını çözümlmek için taraflar ile bir araya gelmesi faydalı olacağından yapılması tavsiye edilmektedir. Uygulamada, Bölge Mahkemelerinde görülen federal davaların büyük çoğunluğunda ön-yargılama oturumu yapılmaktadır¹¹⁸.

Dava yönetimine gereksinim duyulmasının sebebi, ön-yargılama aşamasının bütünüyle tarafların kontrolü ve inisiyatifine bırakılmasının, davaların makul bir süre içerisinde adalete uygun şekilde görülmesine engel olmasıdır. Ön-yargılama aşamasının birinci amacı, uyuşmazlık konularının tespit edilmesidir. Bu amaca bağlı olarak, vakıalar ve belgeler üzerinde ikrar elde edilmesi, daha sonra yargılama aşamasında gereksiz ispat faaliyetinde bulunulması durumunu ortadan kaldıracaktır. Tarafların sulh olmaları, üzerinde anlaşılan konuların tespit edilmesinden sonra bu aşamada daha fazla mümkün hale gelmektedir. Ancak, sulh olma durumunun, süreç içerisinde doğal bir şekilde ortaya çıkması tercih edilir, hakim sulh için tarafları zorlamamalıdır, aksi halde bu niyet adaletsiz durumların doğmasına sebebiyet verebilir. Bilirkişi deliline başvurulmasının sayı itibarıyla sınırlanması da bu aşamanın diğer bir amacıdır. Hakim tarafların vakıalar üzerindeki ikrarlarını ve üzerinde mutabık oldukları konuları anladıktan sonra hangi vakıaların ispata muhtaç olduğunu tespit edecektir ki bu ön-yargılamadan en fazla verimin alındığı aşamadır¹¹⁹.

Taraflar ve vekilleri, genelde iddia ve savunmaları hakkında yargılama başlamadan birbirleriyle görüşmek istemezler. Bunun sebebi tarafların davaları hakkında yeterli hazırlığı yapmamış olmalarından veya bu safhada görüşme yapmayı zayıflık olarak algılamalarından ötürüdür. Eğer taraflar ilk oturuma hazırlıklı bir şekilde

¹¹⁸ Green, Milton D., Basic Civil Procedure, New York 1979, s. 164-165.

¹¹⁹ Clark, s. 167.

gelirler ise hem kendi davaları hem de diğer tarafın iddia ve savunmaları hakkında daha detaylı bilgiye sahip olurlar. Bu ise, uyuşmazlığın çözümlenmesine her açıdan yardımcı olur. Taraflar, erken bir safhada davalarının çok güçlü olmadığını idrak edebilir veya davayı sürdürmenin ekonomik açıdan uygun olmadığını tespit edebilirler¹²⁰. Hakim, bu aşamayı vakıalar hakkında detaylı bilgi sahibi olmak amacıyla da kullanabilir. Vakıalar tüm yönleriyle anlaşıldıktan sonra tarafların dilekçelerinde değişiklik yapmaları gerekecektir. Vakıaların doğru ve tüm yönleriyle ortaya konulması için tarafların dilekçelerinde değişiklik yapmaları bu aşamanın bir başka olumlu yönüdür. Birçok hukuk düzeni, vakıalar hakkında bilgi sahibi olmak için dilekçelere ağırlık verir, ancak bu genellikle vakıalar hakkında tam bir bilgi sahibi olmak için yeterli olmayabilir. Taraflar ile hakimin sözlü şekilde bilgi alışverişinde bulunduğu ve şekli olmayan sözlü tartışmaların yapıldığı sırada, vakıalar hakkında daha derinlemesine bilgi sahibi olunması mümkündür¹²¹. Bu olumlu yönlerine karşılık, dava yönetiminin mevcut yargılama kuralları altında çok fazla verimlilik getirmediği de ifade edilmiştir. Bu durumda gerekçe olarak, Amerikan yargılama hukukunda tarafların dilekçelerinde vakıaları somutlaştırma yükümlülüğünün bulunmaması gösterilmektedir. Böyle bir durumda, hakimin vakıalar hakkında yeterince bilgi sahibi olmadan uyuşmazlık konularını tespit edip tahkikatı yönetmesinin pek mümkün olmadığı ifade edilmiştir¹²².

Tahkikat oturumu, sadece taraflar arasında yapılan zorunlu bir oturumdur. Taraflar bu oturum sonucunda aldıkları kararları mahkemeye sunmakla yükümlüdürler. Özet yargılama (*summary judgement*) oturumu ise, davanın mevcut vakıa ve delil durumuna göre duruşma açılmasına elverişli olmadığı veya olamayacağının anlaşılması hallerinde taraflardan gelecek talep üzerine yapılmaktadır. Bu oturum sonucunda talep kabul edilirse, dava duruşma açılmasına gerek kalmadan kabul veya reddedilir. Talep reddedilirse, yargılama duruşma yapılıp sonuçlanıncaya kadar devam eder.

Düzenleyici oturumun yapılması zorunludur ancak hakim taraflar ile mutlaka fiziken bir araya gelmek zorunda değildir. Oturum, telefon veya video konferans yolu ile de yapılabilir. Bu oturum sonucunda, taraflarca hazırlanan tahkikat planı görüşülür,

¹²⁰ Schwarzer, William W., "Case Management in the Federal Courts", CJC, Vol. 15, 1996, s. 141-149, s. 145.

¹²¹ Shapiro, s. 1978-1979.

¹²² Murray, Peter L., "Civil Justice Reform in America: The 1990 Civil Justice Reform Act and Its Consequences", ZZPInt 3, 1998, s. 336.

delillerin ne şekilde ve hangi süre içerisinde getirileceğine karar verilir. Son ön-yargılama oturumu da yapılması zorunlu olan bir oturumdur ve burada davanın özeti ile tarafların duruşmadaki sunumlarının planlaması yapılır¹²³.

V. Alman Hukukunda

Kökleri İtalyan ve Fransız hukukuna dayalı olan ancak 20. yüzyıldan itibaren daha çok Avusturya-Almanya modelini benimseyen Kıta Avrupası hukukunda, ön-yargılama ve yargılama şeklinde kesin ayırımlar mevcut değildir; Alman hukukunda da durum benzerdir¹²⁴ ve henüz yargılama başlamadan önce delillerin toplanması, tarafların karşılıklı bilgi alışverişinde bulunması ve delillerin diğer tarafın incelemesine hazır edilmesi gibi bir aşama yoktur¹²⁵. Buna karşılık, davaya hazırlık faaliyeti vardır¹²⁶ (ZPO § 275-276).

Duruşmalar açısından da, Anglo-Amerikan hukukundaki gibi ön-yargılama oturumu ve esas duruşma gibi bir ayırım bulunmamaktadır. Alman usul hukuku, sözlü yargılama konusunda iyi tasarlanmış bir modele sahiptir; bununla beraber çekişmeli sistemde uygulandığı şekliyle yargılamada taraf hakimiyeti bulunmaz, dava hakim kontrolü altında görülür. Buna göre, taraflar hakim tarafından belirlenen sürelerle uymak ve ara kararları yerine getirmek zorundadırlar¹²⁷.

Sözlü yargılamaya hazırlanılması için mahkeme ön duruşma açabilir veya buna gerek görmeyip sadece dilekçelerin dava dosyasına sunulması ile yetinebilir¹²⁸ (ZPO § 272/2¹²⁹). Mahkeme bir davayı en iyi şekilde yargılamaya hazır hale getirmek ve en kısa sürede tek bir duruşma ile karara bağlamakla yükümlüdür (ZPO § 272/1). 1977

¹²³ Jolowicz, On Civil Procedure, s. 49; Neubauer, s. 287.

¹²⁴ Stürmer, Litigation in US, s. 3.

¹²⁵ Bkz. Schlosser, s. 84 vd.; Karş. Kaplan/von Mehren/Schaefer, "Phases of German Civil Procedure", Y. 1958, Vol. 71 Harv.Law.Rev., 1193-1246; Koch, Harald/Diedrich, Frank, Civil Procedure in Germany, 1998 München, Kluwer Law International, s. 77.

¹²⁶ Gottwald, Peter, "Defeating Delay in German Procedure", Undue Delay, s. 121-129, s. 126; Chase/Hershkoff, s. 195-196.

¹²⁷ Gottwald, "Fact-finding: A German Perspective" (Kıs.: Fact-finding), Litigating in Europe, s. 67-87, s. 70-71; Karş. Ratliff, John, "Civil Procedure in Germany", CJK, 1983, s. 257-267.

¹²⁸ Taylor, Tim/Cooper, Nigel, European Litigation Handbook, London 1995, s. 57.

¹²⁹ German Code of Civil Procedure in English, s. 260.

yılındaki yargı reformu ile tahkikat ve delillerin toplanması sürecinin birden fazla duruşmaya bölünmemesi amaçlanmıştır¹³⁰.

Dava dilekçesinin mahkeme'ye sunulması üzerine, hakim ilk incelemesinde davanın tek hakim veya üç hakimden oluşan bir heyet tarafından mı görüleceği ve davaya hazırlık sürecinin ön-duruşma ile veya sadece dilekçelerin teatisi yoluyla yapıp yapılmayacağı hakkındaki kararını verir. Hakim, yapacağı ilk incelemede dava şartlarının bulunup bulunmadığını inceler¹³¹. Ön-duruşma yapıp yapılmayacağı konusundaki karar hakimin takdirine bağlıdır. Ön-duruşma yapılması kararı, davanın ileri aşamasında verilecek diğer ara kararların temelini oluşturur. Taraflar, ön-duruşma yapılması kararına itiraz edebilirler¹³².

2002 yılında yürürlüğe giren reform kanunu ile davaya hazırlık aşamasına özel önem verildiği görülmektedir. Hakim, ön duruşma yapılmasına karar verdiği takdirde, tarafların duruşmaya katılmaları zorunludur. Hakim, tarafların kendilerinin duruşmada hazır bulunmaları gerektiğine karar verebileceği gibi davaya esas olan belge ve delillerin de duruşmaya getirilmesine karar verebilir. Hakim, ön duruşmada taraflarca eğer belirlenmiş ise tanıkların dinlenmesine veya bilirkişinin hazır bulunmasına da karar verebilir¹³³.

Ön duruşma, davaya hazırlık niteliği taşır, ancak bazı durumlarda ön duruşmada dahi nihai kararın verilmesi mümkün olabilir. Davaya hazırlık aşaması ile tahkikat ve hüküm aşamaları arasında kesin ayrımlar mevcut değildir¹³⁴. Bu nedenle ön-duruşma, diğer oturumlar ve son duruşma bütünüyle sözlü yargılamanın parçalarıdır ve birbirinden bağımsız değildirler. Ön duruşmada, hakim, muğlak olan konular hakkında taraflara sorular sorar ve uyuşmazlık noktalarını tespit etmeye çalışır ve bu şekilde uyuşmazlığın sınırları çizilir. Bazı durumlarda, hakim, taraflardan hukuki konularla ilgili yazılı açıklamalarda bulunmalarını isteyebilir. Ön duruşmada hazırlanan tutanak,

¹³⁰ Koch/Diedrich, s. 33.

¹³¹ Murray L., Peter/Stürner, Rolf; German Civil Justice, Durham, North Carolina 2004, s. 210.

¹³² Murray/Stürner, s. 213; İspanyol Usul Kanunu m. 137/2 uyarınca -standart sözlü usulde- ön-duruşma açılması zorunludur. Ön-duruşma, burada, delillerin ikamesinden önceki safhadır. Bu safhada deliller henüz ikame edilmez ama hangi delillerin ikame edileceği, ana duruşmanın ne zaman yapılacağı, uyuşmazlık konularının neler olduğu görülür. Taraflar veya vekilleri bu oturuma geçerli bir neden olmadan katılmaz ise dava katılmayan tarafın aleyhine sonuçlandırılır ve yargılama giderlerine mahkum edilir (Velayos, s. 329).

¹³³ Murray/Stürner, s. 223.

¹³⁴ Gottwald, Fact-finding, s. 70.

matbu bir form olmayıp, mahkemece, davanın sonraki aşamalarında esas alınır. Bu tutanak, davanın çözümlenmesi için yol haritası niteliğindedir ve temel işlevi, tahkikatın ve sözlü yargılamanın kısa bir süre içerisinde çözümlenmesini sağlamaktan ibarettir¹³⁵.

VI. İskandinav Hukukunda

Finlandiya Usul Kanununun, 1734 yılında kabul edilip yürürlüğe girmesinden sonra Finlandiya’da 1993 ve 2003 yıllarında iki ayrı reform kanunu yapılmıştır. 1734 tarihli Usul Kanunu, benzer şekilde İsveç’te de uygulanırken, 1948 yılında mülga olmuş ve İsveç’te yeni Usul Kanunu yürürlüğe girmiştir¹³⁶. 1993 reform kanununun hazırlanması sürecinde, büyük ölçüde İsveç Usul Kanunu’ndan yararlanılmış ise de hükümet taslağında da yer verildiği üzere model olarak Avusturya Usul Kanunu esas alınmıştır. 1993 reform kanunu, Finlandiya usul hukukunda, ilk derece mahkemeleri arasındaki görev ayırımını ortadan kaldırmış, Bölge Mahkemeleri ve Şehir Mahkemeleri olarak faaliyet gösteren ilk derece mahkemeleri, bundan sonra sadece yeni Bölge Mahkemeleri adı altında görev yapmaya başlamıştır. Reform kanununun getirdiği yeniliklerden birisi de, sadece ceza davalarında değil kısmen hukuk davalarında da rol alabilen jürinin, hakimin kararını veto etme yetkisinin güçlendirilmesidir. Eski düzenlemeye göre, jüri, sadece oybirliği ile aldığı kararlar ile hakimin kararını veto edebilirken, 1993 düzenlemesi ile bu zorunluluk ortadan kaldırılmış, her bir jüri üyesinin oy hakkı olduğu düzenleme altına alınmıştır. Jüri, bu ülkede, Anglo-Amerikan hukukundan farklı olarak, sadece vakıalar hakkında değil, aynı zamanda davaya uygulanacak maddi hukuk konusunda da karar verme yetkisine sahiptir, ancak jürinin kullanımı İngiliz hukukundaki gibi çok sınırlıdır¹³⁷.

Bu kanunun getirdiği belki de en önemli diğer bir yenilik, yargılamanın, ön-yargılama ve yargılama şeklinde iki aşamalı yapılmasıdır. Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce, yargılamanın en büyük sorunu tarafların hazırlıksız şekilde duruşmalara gelmeleri ve bu nedenle davaların uzaması idi. Sözlü yargılamada ise, taraf vekilleri dilekçelerini tekrar ettiklerinden gerçek anlamda sözlülük usulü

¹³⁵ Murray/Stürner, s. 226-228.

¹³⁶ Ervo, Laura, “The Reform of Civil Procedure in Finland” (Kıs.: Reform of Civil Procedure), CJQ, 1995, s. 56-64, s. 56.

¹³⁷ Ervo, Reform of Civil Procedure, s. 58.

uygulanamıyordu. Dilekçelerin taraflara tebliği ise çoğu zaman duruşmalarda yapıldığından, dilekçeyi alan taraf cevap vermek için mahkemeden süre istediği için davalar gereksiz yere uzayabilmekteydi. Bu nedenlerden ötürü, Finlandiya kanun koyucusu daha konsantre, hızlı ve sözlülük ilkesinin hakim olduğu bir yargılama modeli yaratmayı amaçlamıştır¹³⁸. Yeni sistem, avukatları ön-yargılama aşamasında daha hazırlıklı olmaya zorlamaktadır. Ayrıca bu sistemin başarılı olması için taraflar, avukatlar ve hakim arasında mutlak bir işbirliği gerekmektedir. Hakimin ise yargılamanın sevkı konusunda aktif olması gereklidir¹³⁹. Buna karşılık, ön-yargılama aşamasında getirilmeyen vakıaların daha sonra ileri sürülmesi mümkün olmadığından, taraflar dava ile ilgili olduğunu düşündükleri tüm vakıa ve delilleri yargılamaya getirmişler, bu ise yargılamanın masraflı ve yavaş olmasını yol açmıştır. Yeni sisteme göre, yargılamanın sürekliliğinin sağlanması için bir hakimin yargılama sırasında başka bir mahkemeye tayin olunması durumu ortadan kaldırılmıştır. Daha önceki düzeni değiştirmek adına katı kurallar konulmuş ise de, zamanla kuralların bu derece katı olmasının bir çözüm getirmediği görülmüş ve yeni bir reforma daha ihtiyaç duyulmuştur¹⁴⁰. 1993 reform kanununun başarılı olamamasının en büyük sebebi ön yargılama aşamasının yargılamadan ayrı bir aşama olarak görülmemesi nedeniyle ortaya çıkan sorunlar olmuştur. Katı teksif ilkesi nedeniyle, tarafların tüm vakıa ve delillerini davanın başında yığmaları, bu safhanın yargılamadan ayrı bir aşama olarak ele alınmasına engel olmuştur. Bunun sonucunda, ön-yargılama davaya hazırlık yapılmasından daha çok yargılamanın yapıldığı bir aşama halini almıştır ki, bu durum reformun amacına aykırı bir durum yaratmıştır. 2003 yılında yapılan değişiklik ile tarafların geçerli bir mazeret bildirmeleri halinde sonradan yeni delil getirmelerine izin verilerek katı teksif ilkesi yumuşatılmaya çalışılmıştır. Buna karşılık, tarafların ön-yargılamadan sonra yeni vakıa getirmeleri yasağı mevcudiyetini korumuştur. 1993 düzenlemelerinin sorun yaratan diğer sonucu, hakimlerin esas duruşmanın tek bir duruşma halinde ve konsantre şekilde görülmesi için ön-yargılama aşamasında fazla sayıda duruşma yapmaları olmuştur. 2003 yılında yeni düzenleme ile ön-yargılama aşaması için üç ayrı amaç belirlenmiştir. Birinci amaç, tarafların iddia ve savunmaları

¹³⁸ Ervo, Scandinavian Trends in Civil Pre-Trial Proceedings (Kıs.: Pre-Trial Proceedings), CJK, Vol. 26, 2007, s. 466-483, s. 466-467.

¹³⁹ Ervo, Reform of Civil Procedure, s. 60.

¹⁴⁰ Ervo, Pre-Trial Proceedings, s. 469.

ile delillerinin bu safhada getirilmesinin sağlanmasıdır. İkinci amaç, uyuşmazlığın bu safhada çözümlenmesinin sağlanmasıdır. Eski düzenlemede yalnızca usuli nedenlerin bulunması halinde esas duruşma yapılmadan karar verilmesi mümkün iken, yeni düzenleme ile esas duruşma yapılmasına gerek görülmeyen hallerde hakim davanın esas hakkında karar verme imkanı getirilmiştir. Üçüncü amaç ise taraflar arasında sulh olma olanağının gözetilmesidir¹⁴¹.

Ön-yargılama aşaması da kendi içerisinde yazılı ve sözlü yargılama olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yazılı yargılama safhasına dava dilekçesi ve cevap dilekçesi sunulur, gerek olursa replik, duplik dilekçeleri de verilebilir. Daha sonra ise sözlü usulde yapılan bir ön-inceleme duruşması yapılır. Delillerin hasredilmesi bu aşamada yapılmaz ancak hangi delillerin ikame edileceği ön-yargılamada belli olur. Yazılı deliller esas duruşmanın görülmesinden önce ikame olunur. Sözlü deliller ise ancak esas duruşmada ikame edilebilir. Eğer hakim, ön-inceleme duruşması yapılmasını gereksiz görür ise doğrudan esas duruşmanın yapılacağı yargılama aşamasına geçilmesi mümkündür. Ön-inceleme duruşmasının mutlaka tarafların fiziken bir araya gelmesi ile yapılması zorunlu değildir, telefon veya diğer teknolojik metotlar kullanılarak da bu duruşmanın yapılması olanaklıdır¹⁴².

İsveç medeni yargılama hukukunda ise hakime ön-yargılama aşamasında daha fazla takdir yetkisi tanındığı görülür. Hakim, ön-yargılamanın yazılı veya sözlü yargılama usulünden hangisi ile yürütüleceğini belirlemek konusunda daha geniş bir serbestiye sahiptir. Bu yargılama düzeninde de, ön-yargılamanın amacı sadece esas duruşmaya hazırlık yapılmasıdır, bu yüzden hangi usulün daha etkili olacağına hakim karar vermelidir¹⁴³. Norveç'te ise 1915 yılından beri yürürlükte olan medeni usul kanunu, 1 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe giren yeni medeni usul kanunu ile mülga olmuştur. Yeni usul kanunun en dikkat çeken özelliği, tarafların davanın başlamasından önce zorunlu sulh görüşmeleri yapmaları yönündeki emredici düzenleme olmuştur. Hiçbir İskandinav ülkesinde bulunmayan bu düzenleme, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde itirazlara uğramış olsa da, Norveç Adalet Bakanlığı'nın geri adım

¹⁴¹ Ervo, Pre-Trial Proceedings, s. 471.

¹⁴² Ervo, Pre-Trial Proceedings, s. 472-473.

¹⁴³ Ervo, Pre-Trial Proceedings, s. 478.

atmaması üzerine yasal düzenleme içerisinde yer alarak kanunlaşmıştır. Norveç medeni yargılama hukukunda da, ön yargılamanın hazırlık amacı vardır ve öngörülen yargılama usulü diğer İskandinav ülkelerine çok benzerdir¹⁴⁴.

VII. Türk Hukukunda

Türk hukukunda hakim, maddi anlamda davayı sevk yetkisine sahiptir. Hakim, sadece yargılamada şekli işlemlerle ilgili karar vermekle kalmaz, aynı zamanda getirilen vakıalar ve deliller konusunda da yetkilendirilmiştir (HUMK. m. 75; m. 240). Türk hukukunda, tahkikat duruşmalarda yürütülür. Bu nedenle Anglo-Amerikan hukukunda olduğu gibi davanın tahkikat ve esas duruşma olmak üzere iki ayrı safhada görülmesi söz konusu değildir. Tahkikat ve yargılama işlemleri hakim tarafından yürütüldüğünden, taraflarla birlikte duruşma öncesinde yapılan bir hazırlık faaliyeti bulunmamaktadır. Bu açıdan Türk hukukunda, Anglo-Amerikan hukukundaki gibi bir dava yönetimi aşaması veya Alman hukukundaki gibi bir yargılamaya hazırlık faaliyeti bulunmamaktadır.

HUMK hükümleri incelenirse, taraf hakimiyetinin sadece yargılamanın başlatılması bakımından geçerli olduğu; buna karşılık, dava açıldıktan sonra yargılamanın cereyanına hakim egemen olduğu görülür. Nitekim, HUMK m. 150’de muhakemenin idare işlerinin hakime ait olduğu hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu, yargılamanın idaresinde dikkate alınması gereken esasları da göstermiştir. HUMK m. 77’ye göre hakim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sürat ve intizam dairesinde cereyanına ve beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir. Hakimin yargılamayı sevk ilkesi, sürelerin tayini, duruşma tarihinin tespiti ve tarafların duruşmaya davet edilmesi hakkındaki muhtelif hükümlerde de görülmektedir¹⁴⁵.

Tahkikat konuları ve tahkikatın yürütülmesi Anglo-Amerikan hukukunda Türk hukukuna göre farklılıklar içermektedir. Anglo-Amerikan hukukunda hakim maddi anlamda davayı sevk yetkisi sınırlıdır, bu yüzden tahkikatın yürütülmesiyle ilgili taraflara daha fazla rol düşmektedir. Türk hukukunda ise hakim dava dosyasını

¹⁴⁴ Ervo, Pre-Trial Proceedings, s. 479-480.

¹⁴⁵ Sunar, Basit Yargılama, s. 68.

duruşmadan önce incelemesi veya tetkik hakiminin mahkeme heyetinin incelemesi için rapor hazırlaması bir dava yönetimi aşaması veya hazırlık faaliyeti değildir. Hakim, düzenlediği tensip zaptının da böyle bir niteliği bulunmamaktadır. Dava yönetimi için hakim taraflarla bir araya gelmesi ve davaya konu maddi vakıalar ve deliller üzerinde inceleme yaparak yargılama için bir plan hazırlaması gereklidir.

§3 DAVA YÖNETİMİ VE USULÜN AMACI

Mahkeme kararlarının uygulanabilir ve kişilerce kabul edilebilir olması için, usulün adil ve hakkaniyete uygun olması gereklidir. Usulün asgari gereksinimleri için genel bir anlayışın bulunduğunu söylemek mümkündür. Bunlar, tarafların hukuki dinlenilme hakkı, karar veren makamın tarafsızlığı ile makul kararların verilebilme ortamıdır. Usulün amacının ne olduğu çok eksiden beri tartışılmaktadır. Usulün kullanılması, ortaya çıkan eşitlik, adillik sorunları (“Dağıtıcı Adalet”¹⁴⁶) sosyal bilimlerin konusunu oluşturmuştur. Anglo-Amerikan hukukunun bakış açısına göre, usul, ideolojik farklılıklardan beslendiği gibi liberal toplumun temel prensiplerini inşa eden felsefeden de etkilenmektedir. Rawl’ın Adalet Teorisi isimli eseri liberal felsefik tartışmanın bir ürünüdür. Rawl, adil bir toplum yapısı oluşturmak için ideal usul anlayışını benimsemiştir. O zamandan beri “usuli adalet” (şekli adalet) teorisi değişik bilimlere mensup bilim adamlarının, sosyologların ve değişik politik görüşlere sahip kesimlerin ilgisini çekmiştir. Teubner ve Willke’ye göre toplumun kendi kurallarını oluşturabilmesi için usul kuralları aza indirgenmelidir. Daha sonraları Thibaut ve Walker tarafından sosyo-psikolojik bir araştırma başlatılmıştır. Bu araştırma sonucunda “adil süreç etkisi” keşfedilmiştir. Araştırmaya göre, kişilerin adil usul kurallarına göre yapılan bir yargılama sonucunda ortaya çıkan hükmü benimsedikleri anlaşılmıştır¹⁴⁷. Adil süreç etkisinden anlaşılması gereken ise yargılamada tutarlılık, yargılamanın ve

¹⁴⁶ Dağıtıcı Adaletin, usul hukukundaki görünümünden birisi de hakim kararının, tarafların iddia ve savunmalarının ağırlıkları dikkate alındıktan sonra yapacağı değerlendirmeyi yansımasıdır (Thibaut, John/Walker, Laurens, “A Theory of Procedure”, The International Library of Essays in Law & Legal Theory (Kıs.: Essays in Law & Legal Theory), Procedure, Ed.:Galligan, D.J., 1992, s. 659-685, s. 666).

¹⁴⁷ Röhl, F. Klaus/Machura, Stefan, Procedural Justice, Onati International Series in Law and Society, England 1997, s. 5-6; Stammer, Rudolf, The Theory of Justice, New Jersey 2000; Tyler, Tom R., “What is Procedural Justice?: Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures”, Essays in Law & Legal Theory, s. 685-719, s. 685.

bunun sonucunda nihai kararın kalitesi ile tarafların sürece katılımlarının sağlanmasıdır¹⁴⁸.

Usuli adalet (*procedural justice*) tartışmasında, en iyi dağıtıcı adaleti bulmak için usul kurallarının nasıl oluşturulması gerektiği sorusu ile karşılaşılır. Eğer ortaya çıkan sonuca, uygun usuli yöntemlerle ulaşılmışsa buna dağıtıcı adalet denilmektedir¹⁴⁹. Ancak bu sadece başlangıç noktasıdır zira kişilerin usuli yöntemlerden çok sonuçla, yani ortaya çıkan hükümle ilgilendikleri bilinmektedir.

Usuli adalet, doğru kararın ortaya çıkması için usulün doğru bir şekilde uygulanmasıdır. Maddi adalet ise ortaya çıkan sonucun bizzat kendisidir, ona nasıl ulaşıldığı ile ilgili değildir. Rawl, usuli adaleti dört şekilde ayrıma tabi tutmaktadır. Bunlar, mükemmel; mükemmel olmayan, saf ve saf benzeri (*quasi-pure*) adalettir. Mükemmel adalet, kesin şekilde doğru sonuca ulaştıracağı bilinen usuldür. Mükemmel olmayan adalette ise, usulün doğru uygulanışı vardır ancak ortaya çıkan sonuç garanti edilmez. Bu açıdan bu anlayışın ceza yargılamasındaki amaca benzer olduğu söylenmiştir. Saf adalette¹⁵⁰ ise kesin sonuca mutlaka ulaşılır çünkü doğru sonucun ne olduğu hakkında bağımsız-tekil bir kriter yoktur. Saf benzeri adalette ise kararların çoğunlukla doğru şekilde verildiği anlayışı vardır¹⁵¹.

Yakın zamanda usuli adalet için yeni teoriler de ileri sürülmüştür. Yeni bir fikre göre usuli adalet üçe ayrılmaktadır. Doğruluk teorisine göre, usulün amacı maddi hukukun vakıalara uygulanmasını (altlama faaliyeti) sağlamaktır. Dengeleyici teoriye göre ise usulün amacı yargılama sonunda ortaya çıkan fayda ile yargılama masrafları arasında denge kurulmasıdır. Üçüncü teori olan katılım modeline göre, yargılama

¹⁴⁸ Tyler, s. 689.

¹⁴⁹ Dağıtıcı adaletin de bir eşitlik düşüncesine dayandığı görülmektedir; yalnız, bu eşitlik salt bir eşitlik değil, orantılı bir eşitliktir. Bu bakımdan dağıtıcı adaletin istediği eşitlik, herkesin eşit bir işleme tabi tutulmasını gerektirmemekle beraber yine de ihtiyaç, yetenek ve olanakları açısından aynı olan birden çok kimselerin eşit tutulmasını, tek başına bireyin sahip olduğu özellik ve ayrılığın hesaba katılmamasını öngörmektedir (Aral, Vecdi, “Hukuki Değer Olarak Adalet”, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, Mayıs 1997, s. 329-364, s. 357).

¹⁵⁰ Saf Hukuk Teorisi hakkında daha fazla bilgi için bkz. Kaufmann, A./Hassemer, W, “Hukuk Felsefesine Giriş ve Günümüz Hukuk Teorisi” (Çev.: Nevhis Deren Yıldırım), Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s. 629-650.

¹⁵¹ Röhl, F. Klaus/Machura, Stefan, s. 105-108.

sonucunda ortaya çıkan sonuçtan anlaşılması gereken adil ve eşit bir katılımın garanti edildiği bir sürecin yaşanmış olmasıdır¹⁵².

Doğruluk teorisine göre, uygulanan maddi hukuk önemli değildir, usuli adalet sadece ortaya çıkan sonucun doğru olmasını ifade eder. Tek amaç gerçeğin bulunmasıdır. Bu teorisinin tek başına kullanıldığında sosyal faydayı sağlamayacağı ifade edilmiştir. Gerçeğin bulunması adına sosyal kaynakların eşit ve adil bir şekilde kullanılmasından vazgeçilmemelidir. Bu teorisinin tek başına kullanıldığında kesin bir doğru sonuç vermediğini ortaya koymak için somut davadaki doğruluk ile sistematik doğruluk şeklinde bir ayrıma gidilmiştir. Somut davadaki doğruluktan kastedilen o dava sonucunda doğru karara ulaşıp ulaşılmadığı yani somut olay adaletinin sağlanıp sağlanmadığı hususudur. Sistematik doğruluk ise belirli bir usulün uygulanması halinde kesin doğru veya doğruya yakın sonuca ulaşılmasını ifade etmektedir. Bu iki ayrımın birbirini her zaman tamamlamadığı belirtilmiştir. Örneğin bir davada, bir tarafın elinde bulunması gereken bir delilin kaybolması ya da yok edilmesi durumunda, delili sunmayan taraf aleyhine usuli yaptırımlar uygulanması söz konusu olacaktır. Halbuki, gerçekten delil yargılamaya getirilseydi ve bunu sunması gereken tarafın lehine bir vakıayı ispatlayan bir belge olsaydı, bu durumda yargılama sonucunda ulaşılan gerçeğin değişmesi söz konusu olabilirdi. Bu halde aslında gerçeğe ulaşılması açısından delili sunamayan tarafın aleyhine bir durum bulunmasına rağmen, o taraf yaptırıma tabi tutulmuş bulunmaktadır. Sistematik doğruluk ayrımına göre ise, delillerin yok edilmesi ya da yargılamaya getirilememesi halinde, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen taraf aleyhine yaptırım uygulanması, ileride başka davalarda, tarafları, yükümlülüklerine uymalarını teşvik edeceğinden gerekli bir usuli işlemdir. Bu nedenle sistematik doğruluk ile somut davadaki doğruluktan hangisine üstünlük tanınması sorusu gündeme gelmiştir. Sistematik doğruluğun, somut davadaki doğruluktan daha üstün olduğu ve onu da kapsadığı belirtilmiştir. Usul kurallarının adil ve önceden belirlenmiş olması yeterlidir; somut davadaki taraflar da bu kurallara uymakla yükümlüdürler, bu nedenle bu yükümlülük ile gerçeklik arasında doğrusal bir ilişki bulunmadığı görüşü ileri sürülmüştür¹⁵³. Bu bakımdan yargılama kurallarının adil olup olmadığı davayı

¹⁵² Solum, Lawrence B., Procedural Justice, Research Paper No. 04-02, University of San Diego School of Law, 2004, s. 8 (<http://ssrn.com/abstract=508282>).

¹⁵³ Solum, s. 50-63.

sonuçlandıran kararlar belli olabilir. Yargılama hukuku kuralları hiçbir zaman bizatihi gaye değildirler, aksine dava ile güdülen gayeye erişmek için bir vasıta olmak durumundadırlar¹⁵⁴.

Dengeleyici teori ise usulün ekonomik analizini yapmaktadır. Bu teorideki bir görüşe göre usulün amacı, yargılama masraflarının iki şekilde azaltılmasıdır. Birincisi yanlış kararların yol açtığı masraflar, diğeri ise usul sisteminin işleyişi ile ilgili masraflardır. Usul sisteminin işleyişi ile ilgili masraflar, yargı giderleri, harçlar, avukatlık ücretleri gibi toplum üzerinde yük oluşturan masraflardır¹⁵⁵. Ekonomik analiz, toplumun hukukunu ekonomik akılcılığa göre araştırmak ve düzenlemek, mevcut kaynak ve maddi olanakları mümkün oldukça mantıklı bir biçimde paylaşmak ve bu şekilde amaca yönelen davranış biçimlerini destekleyerek kamu yararına hizmet etmek amacını taşır. Çekişmenin ortadan kaldırılmasının bir aracı olarak medeni yargı, sonuçta, bu amacı yerine getirecek olan taraf davranışına uygun kuralları içerecek biçimde düzenlenmelidir. Eğer bütün giderler mümkün olduğu ölçüde aynı biçimde cüz’i tutulur ve oluşacak giderler doğru tarafa yüklenir ise, bu durumda medeni yargılama hukukunun ekonomik anlamda rasyonel düzenlendiği sonucuna varılabilir. Bu amaçla, bizatihi usul yasalarının, dava sayısına ve yargılama usullerine ne gibi etkilerinin olduğu araştırılmalıdır. Böylece yargılama hukuku, analitik bir model incelemesine tabi tutularak, bu eleştirilerden hukuk politikası ve stratejisi bakımından bir kısım normlar elde etmek mümkün olacaktır¹⁵⁶.

Katılım teorisine göre, usulün amacı hukuki dinlenilme hakkının sağlanmasıdır. Ortaya çıkacak karardan bağımsız olarak, kişilerin yargılamaya katılmaları imkanının sağlanması, usul kurallarının adil olduğunu ortaya koyar. Robert Bone, Amerikan yargılamasında, katılımın, kişilerin kendi yararlarına hizmet ettiğini ve ortaya çıkacak kararın doğru veya kaliteli olması amacını taşımadığını ifade etmektedir. Buna bağlı olarak katılımın, eşitliği, bireyselliği ve tasarruf yetkisini ifade ettiği

¹⁵⁴ Henckel, Wolfram, “Yargılama Hukuku Kurallarının Adalet Değeri Üzerine” (Çev.: Ergun Önen), AÜHFD 1969, C. 26, sayı 1-2, s. 231-246, s. 235.

¹⁵⁵ Bkz. Kaplow, Louis, “The Value of Accuracy in Adjudication: An Economical Analysis”, Vol. 23, JLS, 1994, s. 307-403.

¹⁵⁶ Gottwald, “Medeni Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz” (Çev.: Sema Taşpınar), AÜHFD 2002, C. 51, sayı 1, s. 1-17, s. 2.

belirlenmektedir¹⁵⁷. Katılım, sadece objektif açıdan doğru bir karara ulaşmayı temin etmez, aynı zamanda kişilerin ortaya çıkan kararın subjektif olarak doğru olduğu şeklinde bir algıya varmalarını da sağlar¹⁵⁸.

Bütün yargılama sistemlerinin ortak hedefi hukuki uyumsuzlukların adil bir çözüme ulaşmasını sağlamaktır. Bunun mutad anlamı, uygulamada, vakıalar belli olur olmaz, maddi hukukun kendisine hak verdiği kimse lehine davayı sonuçlandırmaktır. Fakat bu demek değildir ki her meselede mutlaka maddi hukukun kendisine hak verdiği taraf istediği sonuca ulaşır. Çünkü her ne kadar, adaletin araştırılmasına önem verilmesi temel mahiyette bir değer, bütün medeni toplumların istediği bir değer ise de, kendilerine hizmet edilmesi gereken başka sosyal değerler de vardır. Adaletin bütün topluluk için sağlanması, bazen özel durumlarda adaletin sağlanmasından vazgeçmek suretiyle elde edilebilir; çünkü bütün usul sistemleri adil sonuçlar sağlamaktan öte başka değerlere de hizmet ederler. Bütün hukuk sistemleri, daha önce karara bağlanmış bulunan dava ve ihtilafların her zaman yenilenebilmesine engel olan bu kaideleri tanırlar ve tatbik ederler. Bunu yaparken de, böylece reddedilen iddianın esas bakımından haklı olmasına önem vermezler¹⁵⁹. Bu suretle hukuki kesinliğin tesisi, hukuki güvenliği de sağlamış olmaktadır. Burada artık, yargılamanın gerçeğe ulaşma amacı, hukuki barışı sağlama gerekçesi ile sınırlandırılmış olacaktır¹⁶⁰. Bir diğer görüş, usulün amacının adaletli karar vermek olduğunu, adaletli kararın ise taraflar arasındaki uyumsuzluğun tarafları tatmin eder biçimde ortadan kaldırılmasının yanında ve ondan çok daha önemli olarak, toplumsal barışı sağlamaya yönelik olması gerektiğini belirtir¹⁶¹. Capelletti, usulün saf bir şekilden ibaret olmadığını, çatışmaların, ilkelerin ve fikirlerin bulunduğu bir alan olduğunu belirtmektedir¹⁶². Bu haliyle usul hukukundaki değişimlerin nedeni araştırıldığında, tarihsel süreçlerin ürünü oldukları, sosya-ekonomik

¹⁵⁷ Bone, Robert G, "Rethinking the Day in Court Ideal and Nonparty Preclusion", 67 N.Y.U.L. Rev. 193(1992), s. 193-293; Bone, "Personal and Impersonal Litigative Forms: Reconceiving the History of Adjudicative Representation", 70 B.U. L. Rev. 213, 1990, s. 213-307.

¹⁵⁸ Armstrong, Nick, "Making Tracks", Reforms of Civil Procedure, s. 97-118, s. 100-101.

¹⁵⁹ Maurice Rosenberg, "Amerikan Medeni Usul Hukukunun Temel Karakteri ve Meziyetleri" (Çev. Bilge Umar, İHFM 1963/1-2), s. 727-728.

¹⁶⁰ Üstündağ, s. 14

¹⁶¹ Yılmaz, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 1982, s. 6 ve son; Yılmaz, İstinaf, Ankara 2005, s. 15.

¹⁶² Armstrong, s. 108.

ve entellektüel değişikliklerden beslendikleri ve toplumsal menfaatlerden ayrı düşünülmemeyeceği ifade edilmiştir¹⁶³.

Bir fikre göre usul hukuku, maddi hukukun bir tamamlayıcısı, onun ayrılmaz bir parçasıdır; maddi hukuk kuralları iyi dizayn edildiği sürece usul kuralları etkili olabilir. Maddi hukuk olmasa idi usul hukukuna ihtiyaç duyulmazdı, bu nedenle usul hukukunun işlevi hükmün icrasını sağlaması ve maddi hukukun uygulanmasıdır. Usul hukuku maddi hukukun bir cüz'ü ve onun içinde mevcut olan bir parçası olduğuna göre, usul hukukunun kendine özgü ayrı özellikleri olmayıp, sadece maddi hukukun tanıdığı hakları teminat altına alarak tespit ettiği göz önünde bulundurulduğunda, usul hukukunun bir hakkı tanımasından önce, bir hakkın varlığından söz edilemez. Bu görüşe, hukukun sadece sosyal faydanın sağlanması işlevini göz önüne aldığı, oysa hukukun başka işlevlerinin de bulunduğu düşünüldüğünde, usulün sadece maddi hukukun uygulanmasını yarayan bir araç olmadığı, kişilere haklarını temin için bireysel tercihler sunan ve uyumsuzlukları sona erdiren bir yönü olduğu gerekçesiyle karşı çıkmıştır¹⁶⁴. Yine bir görüşe göre, usul hukuku sadece maddi hakların uygulanmasını sağlayan bir araç olamaz çünkü usul hukukunun aynı zamanda usuli hakların korunmasını sağlayan bir yönü de vardır¹⁶⁵. Başka bir görüş ise maddi hukuk ile usul hukukunun bir birlik oluşturmadan birbirlerini tamamladığını ileri sürer¹⁶⁶.

Alman hukukunda ise usul hukukunun amacı hakkındaki tartışmaların seyri şu şekilde olmuştur: 19. yüzyıl anlayışında, önemli olan doğrunun elde edilmesi değil, mevcut hükümler çerçevesinde varılması gereken sonuçtur. Tarihi gelişimden, kanuni ispat teorisinin uygulandığı dönemlerde şekli hakikatin daha sonraları ise maddi hakikatin ortaya çıkarılmasının amaç kabul edildiği görülmektedir. Usulün amacının hukuki düzeni sağlamak ve hukuki barışı korumak olduğu fikri de ileri sürülmüştür¹⁶⁷. Diğer bir görüşe göre, gerçeğin bulunması amacı açısından, medeni usul ile ceza usulü

¹⁶³ Wangerin, Paul T., "The Political and Economic Roots of the Adversary System of Justice and Alternative Dispute Resolution", Vol. 9 Ohio St. J. on Disp. Resol. 203 1994, No. 2, s. 203-242.

¹⁶⁴ Postema, Gerald J., "The Principle of Utility and The Law of Procedure: Bentham's Theory of Adjudication", Procedure, s. 29-60, s. 32 vd. ve orada adı geçen Bentham'ın görüşü.

¹⁶⁵ Jolowicz, "On the Nature and Purposes of Civil Procedural Law" (Kıs.: Purposes of Civil Procedural Law), CJK, 1990, s. 262-279, s. 264.

¹⁶⁶ Arslan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 42 ve son.

¹⁶⁷ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 32; Karşı, Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001, s. 115-116.

arasında bir fark yoktur ve bir usul hukukunda hakime dava malzemesi açısından bir diğerine nisbetle daha fazla yetki tanınması bu amacı değiştirmez. Birden fazla usulün varlığı birden fazla gerçek olmasından değil, fakat bu gerçeğe varmak için her usulde ona uygun bir metodun varlığına bağlıdır¹⁶⁸.

Bugün ağırlıkta olan görüş, usulün amacının subjektif hakların korunması yoluyla teminat altına alınmasını sağladığı şeklindedir. Ancak bu görüş, usulün gerçeği arama amacının bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Gaul, bu hususta, gerçeğin bulunmasının bir amaç değil bir araç olduğunu vurgulamaktadır. Gaul'e göre gerçeğin olmadığı yerde adaletten de bahsedilemeyecektir, bu nedenle yargılamanın amacı gerçeğin temel alınması suretiyle somut hakkın sağlanmasıdır¹⁶⁹. Usulün amacının gerçeğin bulunması olmaması halinde toplumun yargılama faaliyetine olan güveninin kalmayacağı belirtilmiştir. Gerçeğe ulaşma amacının asli amaç olmayan bir şekle dönüşmesi halinde toplum bunu ortaya çıkaracak ve yargılamanın gerçek merkezli olmasını talep edecektir¹⁷⁰. Gerçeğin ne olduğu konusunda ise bu soruya verilecek cevabın izafî olduğu, maddi gerçeğe hiçbir zaman ulaşamayacağı, bu nedenle şekli gerçeklik ve dava sonucunda ortaya çıkan hüküm ile yetinilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür¹⁷¹. Bir başka görüş ise gerçeğin tarafların hangisinin haklı olup olmadığıyla ilişkilendirmemiş, doğru bir şekilde tespit edilmiş vakıalar üzerine inşaa edilmiş nihai kararın gerçek olduğunu belirtmiştir¹⁷². Bazı yazarlara göre ise iki tarafın bulunduğu bir davada taraflara hukuki himayenin sağlanması gerçeğin tespit edilmesinden başka bir yolla sağlanamaz. Bu yazarlar, gerçeğin bulunmasının medeni usulün temel görevi

¹⁶⁸ Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler (Kıs.: Vakıalar), İstanbul 1979, s. 87 ve orada anılan Niese, Gaul ve Döhring isimli hukukçular; “*Medeni Yargılamada maddi hukuk ve şekli hukuka ilişkin hükümler ile amacı ve çerçevesi sınırlandırılmış bir gerçeği arama faaliyeti ve bu haliyle yargılama teorisinin gerçek anlayışından farklı usuli bir gerçek söz konusudur. Medeni Yargılama Hukuku’nda şekli, Ceza Yargılaması Hukuku’nda ise maddi gerçek kavramını kullanmak hatalıdır. Ceza davası ile aradaki tezat amaçta değil en fazla gerçeği aramada kullanılan metottadır*” (Gaul, H.F., “Yargılamanın Amacı, Güncelliğini Koruyan Bir Konu” (Çev.: Nevhis Deren-Yıldırım), İlkeler, s. 82-117, s. 108).

¹⁶⁹ Gaul, s. 102; Alangoya, Vakıalar, s. 91, dn. 286.

¹⁷⁰ Armstrong, s. 109 ve orada zikredilen R.S. Summers’ın “On the Adversary System and Justice” isimli eserindeki görüşü.

¹⁷¹ Asimow, Michael, Popular Culture and the American Adversarial Ideology, Research Paper, UCLA School of Law, <http://ssrn.com/abstract=481282>, s.1-35, s.5.

¹⁷² Jolowicz, Models of Civil Procedure, s. 284 ve orada anılan Lord Denning.

olduğunu, zira etkin bir hukuki himayenin ve hukuk düzeninin korunmasının ancak gerçeğe yönelmiş bir yargılama ile mümkün olabileceğini kabul etmektedirler¹⁷³.

Bir görüşe göre ise gerçeğe ulaşma amacı uyuşmazlığın çözümünde çok önemli değildir. Davaya uygulanacak maddi hukuk kurallarının saptanması ve olaya uygulanması gerçeğe ulaşmak için tek başına yeterli olamaz, bunun için öncelikle doğru ve gerçek vakıaların tespit edilmesi gereklidir. Eğer davaya esas olan vakıalar iyi anlaşılamazsa, kararın herhangi bir amaca uygun düşmesi söz konusu olamaz. Yargılama sadece bir altlama faaliyetinden ibaret değildir. Vakıaların doğru bir şekilde sınıflandırılması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Yapılacak değerlendirme yanlış olursa ulaşılabilecek sonuç da yanlış olacaktır. Bu nedenle gerçeği arama ideali usulün tek amacı olamaz. Bu durum yargılamayı pahalı yapacağı gibi uyuşmazlıkların çözümlenmesi ile de doğrudan ilgili değildir. Uyuşmazlık çözümü, hem maddi hukuku hem de usul hukukunu içerisine alan bir bütündür. Bu görüşe göre, maddi hukukun ve usul hukukunun ayrı şekillerde ele alınması mümkün değildir ve usulün birden fazla amacı vardır¹⁷⁴. Bunlar, yargılamada en ucuz şekilde en doğru karara ulaşılması, diğer bir deyişle usulün ekonomik analize uygun olması ile usul kurallarının, yargılamanın, sonucuna olan etkilerinden bağımsız şekilde bir değer ifade etmesidir. Usul kurallarının değerler ile ilişkisi iki şekilde ortaya çıkar: usul kuralları, sosyal değerlerin teminatıdır ve aynı zamanda kişilerin bireysel haklarını korurlar¹⁷⁵. Yargılamanın adil olması, makul sürede sona erdirilmesi, alternatif uyuşmazlık yollarına açık olması, tarafların yargılama sürecine katılımlarının sağlanması¹⁷⁶, usul kurallarının basit ve anlaşılır olması ve kesin hüküm sağlaması usulün amacına hizmet eden değerlerdir¹⁷⁷.

Yargılamanın amacının Kıta Avrupası hukuku ile Anglo-Amerikan hukuku arasında farklı olduğu görüşü de ifade edilmiştir. Kıta Avrupası'nda, medeni yargılamanın işlevinin subjektif hakların korunması olduğu; asli amacının ise somut olaydaki maddi adaleti sağlamak ve bu meyanda subjektif hakları gerçekleştirmek

¹⁷³ Alangoya, Vakıalar, s. 91, dn. 286 ve oradaki Stürner'in görüşü.

¹⁷⁴ Bayles, Michael, "Principles for Legal Procedure", Essays in Law & Legal Theory, s. 3-29, s. 9-10.

¹⁷⁵ Galligan, D.J., Due Process and Fair Procedures, Oxford 1996, s. 31.

¹⁷⁶ Galligan, s. 243 vd.

¹⁷⁷ Bayles, s. 41 vd.

olduğu ifade edilir¹⁷⁸. Bir fikre göre Kıta Avrupası’nda yargılamanın amacı, gerçeğin temel alınması suretiyle somut hakkın temini, maddi hukukun ortaya konulmasıdır¹⁷⁹. Anglo-Amerikan hukukunda ise uyuşmazlığın çözülmesi teorisinin ağırlıkta olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁰. Bu görüşün doğru olmadığı, çekişmeli sistemde de gerçeği arama amacının bulunduğu ancak izlenen metodun farklı olduğu söylenmektedir¹⁸¹. Cappelletti, Anglo-Amerikan hukukunda, özellikle Amerikan hukukunda, gerçeğe ulaşılması yönünde derinlemesine bir araştırma yapıldığını ve vakıaların ileride incelenecek olan “discovery” gibi çeşitli tathkikat yöntemleriyle, çapraz sorgulamayla, tanıkların sorgulanmasıyla ayrıntılı araştırıldığını ve bu tahkikat yöntemlerinin hepsinin katı müeyyideler ile de desteklendiğini ifade etmektedir¹⁸². Jolowicz de, yargılamada gerçeğin bulunmasının zor olmasının, yargılamada gerçeğin aranmasına engel teşkil etmediğini belirtmektedir¹⁸³. Buna karşılık bir başka görüş, yargılamanın devamlılığının esas olması ve sözlü usulün uygulanmasının, gerçeğin bulunmasına engel olduğunu ve son duruşmanın tahkikatın üzerinden uzunca bir zaman geçtikten sonra yapılmasının tanıkların dava konusunu hatırlamaları açısından gerçeğe ulaşma yönünde bir sorun oluşturduğunu ifade etmektedir¹⁸⁴. İngiliz hukukunda ise, medeni yargılamanın gerçeğin bulunmasına hizmet etmesi için, yargı bağımsızlığı, alenilik, hukuki dinlenilme hakkı, yargılama sürecinin denetimi, avukatlardan hukuki yardım alma, dava öncesinde delillerin araştırılması ve yargılamanın etkinliği gibi prensiplerin varlığının gerektiği söylenmektedir¹⁸⁵. İngiliz Temyiz Mahkemesi bir kararında yargılamanın öncelikli amacının gerçeğin bulunması olduğunu belirtmiştir¹⁸⁶.

Objektif hukuku zamanında gerçekleştirmek amacıyla nisbi hakikat ile yetinilmelidir. Amaç, insanın yapabileceği ölçüde adaleti sağlamaktır. Hakikat, diğer

¹⁷⁸ Yıldırım, M. Kamil, “Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler” (Kıs.: Teksif ve Sözlülük), Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s. 467.

¹⁷⁹ Gaul, s. 82-117.

¹⁸⁰ Gaul, s. 86.

¹⁸¹ Malleson, Kate, *The Legal System*, Oxford University Press, 2003, s. 13; Aynı yönde Armstrong, s. 108 ve Jolowicz, *Models of Civil Procedure*, s. 283.

¹⁸² Cappelletti, Amerikan yargılama hukukunu, İtalyan yargılama hukukuna göre daha “inquisitorial” yani araştırmacı bulmaktadır (Trocker, Nicolò, “Mauro Cappelletti”, s. 13-36, s. 20-21, IAPL, In Honorem Mauro Cappelletti, Kluwer International Law 2005).

¹⁸³ Jolowicz, “The Woolf Report and the Adversary System”, *CJQ*, Vol. 15, 1996, s. 198-210, s. 199-200.

¹⁸⁴ Eggleston, Richard, “What is Wrong with the Adversary System”, *The Austrial Law Journal*, Vol. 49, 1975, s. 428-438.

¹⁸⁵ Andrews, *The Pursuit of Truth in Modern English Proceedings*, s. 76; Jolowicz, *Purposes of Civil Procedural Law*, s. 270 vd.

¹⁸⁶ *Air Canada v. Sec. of State for Trade* [1983] 2.A.C. (Jolowicz, *The Woolf Report*, s. 199).

hukuk ilkeleri ile değerleri de nazara alan ölçülülük ilkesi ışığında araştırılacak ve ispat hukuku alanındaki sınırlamalar caiz görülecektir¹⁸⁷. Kanaatimize göre, usulun amacı orantılılık ve kaynakların adil dağılımı ölçüsünde gerçeğin esas alınarak subjektif hakların temin edilmesidir. Usulun amacı olan subjektif hakların temin edilmesine ulaşırken kullanılacak araç gerçeğin esas alınmasıdır. Ne var ki, bu araç günümüzde sadece bundan ibaret değildir. Orantılılık ve kaynakların adil dağılımı gerçeğin esas alınmasını sınırlayan diğer araçlardır.

İdeale ulaşmak yolunda halen sorunlar mevcuttur. Bu yolda münferit düzenlemelerin uyuşmazlıkları çözmek için gerçekten uygun olup olmadığını araştırmak ve bunların somut biçimleriyle uyuşmazlıkların çözümüne katkı sağlayıp sağlamadığını sorgulamak gerekir. Yargılamanın hızlandırılması ve basitleştirilmesi konuları, çoğunlukla “usul ekonomisi” kavramı adı altında tartışılmıştır. Oysa bu konular, usulün ekonomik analizinin sadece bir alanını oluşturur. Usulün ekonomik analizi ile, yargılamanın etkin bir şekilde sürdürülüp sürdürülmediği; usul hukukunun amaçlarına mümkün olduğu ölçüde az bir giderle ulaşip ulaşmadığı tespit edilecek ve uyuşmazlıkları çözme konusunda davadan önce veya dava dışında yeterli bir kısım araçlar ve olanaklar bulunabilecektir¹⁸⁸. Dava yönetimi, bu amacın sağlanmasındaki araçlardan biri olmaya adaydır.

§4 DAVA YÖNETİMİ VE TAHKİKAT

I. Çekişmeli Sistem (*Adversary System*)

A. Çekişmeli Sistemin Tanımı

Çekişmeli sistem, Ortak hukukun¹⁸⁹ uygulandığı ABD (Louisiana eyaleti hariç), İngiltere, Büyük Britanya Krallığı devletleri (İskoçya, Galler, Kuzey İrlanda),

¹⁸⁷ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 35 ve orada anılan Rödig ve Wolf’un görüşleri.

¹⁸⁸ Gottwald, Ekonomik Analiz, s. 3-4 (Naklen).

¹⁸⁹ Ortak hukuk iki farklı anlamı içerecek şekilde kullanılmaktadır. Birinci anlamı, burada da ifade edilmek istenilen şekliyle içtihat hukukudur. İchtihat hukuku daha önce verilen kararlara dayanan bir sistemdir. Bu sisteme göre, yeni verilecek bir karar, kendisinden önce benzer konularda verilmiş kararlara dayanmalıdır. *Stare-Decisis* olarak da adlandırılan bu sistem, daha önce verilen kararlara uyulmasını öngörür (Oğuz, Arzu, Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s. 268). Ortak hukuk aynı zamanda temeli İngiliz hukukuna dayalı olan ve Kıta Avrupası hukukunun karşıtı olarak kullanılan hukuk sistemini ifade etmek üzere de kullanılabilir (Black’s Law Dictionary, s. 221). Ortak hukuk yine bazen Anglo-Amerikan hukuk sisteminin tümünü ifade etmek için kullanılmıştır (King, Edward/Hawley, Joseph, İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi, Çev.: İlhan Lütem, AÜHFD 1959, s. 178-233, s. 180). Dar anlamda

İrlanda, Avustralya, Yeni Zellanda ve Kanada gibi ülkelerde uygulanan taraf hakimiyetine dayalı bir hukuk sistemidir¹⁹⁰.

Çekişmeli sistemin, geleneksel olarak iki anlamı vardır. Klasik anlayışa göre, ideal hakim, davada hakem rolünde olan hakimdir. Sosyal devlet ve liberal düşünce taraftarları ise hakimin rolünü farklı bir şekilde yorumlamıştır. Bu düşünceye göre, hakim taraflar arasındaki mücadeleye müdahil olmalıdır. Ancak, müdahil olma şekliyle ilgili olarak fikir ayrılıkları mevcuttur. Bir görüş, avukatın rolünün etkisizleştirilmesiyle hakim ve taraflar arasındaki denge ve uyumun sağlanabileceğini ifade ederken, diğer görüş hakimin yetkilerinin arttırılması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁹¹.

Çekişmeli sistemin, belirgin olan iki özelliği, şekli hukuksal çekişmeye ve tarafların ağırlıkta olduğu yargılama faaliyetlerine konu olmasıdır. Şekli hukuksal çekişme, tarafların yarışan hakları, yükümlülükleri ile güçlü cebri icra işlemleri ve tedbirleri ile desteklenmiş usul hukukuna ilişkin düzenlemelerdir. Yargılama faaliyetleri ise tarafların iddia ve savunmaları ile delillerini, genellikle avukatları vasıtasıyla ileri sürmelerini ve yargılama sırasındaki ispat işlemlerini konu alan işlemlerdir. Çekişmeli sistemin diğer uyuşmazlık çözümlerinin benimsediği prensiplerin yanında iki temel hukuksal boyutu vardır; bu olgular, karar verme makamının hiyerarşik bir organizasyon içerisinde katılımcı olması ve karar verme biçiminin şekli ve şekli olmayan bir yapı arasında bulunmasıdır. Çekişmeli sistemin olumlu ve olumsuz yönleri bir denge içerisinde, ancak bir görüşe göre yavaş, pahalı ve karmaşık olması gibi olumsuz özellikleri daha fazladır¹⁹². Bu sistemin temellerinin, özellikle ABD’de, hukuksal ve siyasal süreçlerle yakın bağları olduğu ifade edilmektedir¹⁹³.

Ortak hukuk ise İngiltere’de krallık mahkemeleri tarafından yaratılan hukuk anlamına gelir. Bu hukuk bir yandan yazılı hukuktan, yani parlamento tarafından kabul edilen kanunlardan ayrılırken, diğer yandan *Equity* olarak adlandırılan ve *Court of Chancery* adı verilen özel bir mahkeme tarafından yaratılan maddi hukuktan da ayrılmaktadır (Oğuz, s. 258).

¹⁹⁰ Sharma, Deepak, Clash For Truth in Adversary System, <http://ssrn.com/abstract=1154379>, s. 1-5, s. 1.

¹⁹¹ Sharma, s. 2.

¹⁹² Bkz. Kagan, Robert A., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, 2001, Harvard University Press, s. 9.

¹⁹³ Kritzer, Herbert M., “American Adversarialism”, *Law & Society Review*, Vol. 38, Number 2, 2004, s. 349-383, s. 351.

B. Çekişmeli Sistemin Temelleri

Çekişmeli sistem, genel olarak bütün Ortak hukuk ülkelerinde aynı şekilde uygulanmamaktadır. Modelin ortaya çıkmasına neden olan tarihsel süreç ve etkenler, ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilmektedir. Bugün İngiltere'deki sistem ile ABD'de uygulanan çekişmeli sistem arasında belirgin farklılıklar vardır. Çekişmeli sistemin halen klasik şekliyle uygulandığı ülkenin ABD olması nedeniyle, bu başlık altında sadece bu ülkeye özgü çekişmeli sisteme dair konulara yer verilmektedir.

ABD'ye büyük çoğunluğu göçmenlerden oluşan ilk kolonistler yerleştiklerinde, otoriter-baskıcı rejimlerden kaçarak Amerika kıtasına gelmişler ve İngiliz egemenliğinden bağımsız-otonom bir model oluşturmuşlardır. Amerikan bağımsızlık hareketini, büyük bir toplum mutabakatı sonucunda ortaya çıkan federal gücün merkezileştirilmesi süreci izlemiştir. Bu dönemden beri Amerikalılar hükümet birimlerine ve devlet erklerinin yetkilerine kuşkuyla yaklaşmaktadırlar. Bu düşüncelerle idari yapılanma içerisinde yer alan hakimlerin, uyuşmazlık çözümünde aktif rol alması fikri yakın bir tarihe kadar kabul görmemekteydi¹⁹⁴. Çekişmeli sistemin başlangıcı sanıldığı kadar çok eski tarihlere gitmemektedir. Federal Anayasa'da 7. değişiklik ile jüri sisteminin kabul edilmesi, bu sistemin doğuşu olarak kabul edilmektedir. Jürili yargılamadan önce meditasyon gibi bugünkü alternatif uyuşmazlık çözümleri içerisinde düşünülebilecek yöntemler uygulanırdı. Çekişmeli sistemin temellerinin büyük ölçüde aydınlanma çağının yaşandığı 18. yüzyılda ve 19. yüzyılın başlarında ve yine bu dönemde ortaya çıkan serbest piyasa ekonomisine yön veren düşünceler ile atıldığı kabul edilir. Bazı görüşler çekişmeli sistemin bu dönemde ortaya çıkan bireycilik (*individualism*) ve klasik liberalizm düşünceleri ile ilgili olduğunu da ortaya koymaktadır. Klasik liberalizm'e hakim olan yarışmacı ve bireyci anlayış, bugün işbirliğine dayalı hümanizme daha çok yaklaştığı için çekişmeli sistemin klasik şekilde uygulanması anlayışının azaldığı söylenmektedir¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Asimow, s. 22-23; Son dönemde yapılan araştırmalar bu güvenin giderek son jenerasyon üzerinde giderek azaldığını göstermektedir (a.g.e., s. 23).

¹⁹⁵ Wangerin, s. 207-224; Chase, Oscar G., "American Exceptionalism and Comparative Procedure", Vol. 50 A.J.C.L., s. 277-301, s. 279.

Kagan tarafından, çekişmeli sistemin temellerinin bir sistemden öte ideolojik bir anlayışa dayalı olduğu görüşü ileri sürülmüştür¹⁹⁶. Aynı yazar, bu ideolojinin Amerikan politik geleneklerine, davranışlarına, yapısal düzenlemelerine ve menfaat gruplarının oluşturduğu baskı gücüne dayalı olduğunu ifade etmektedir. Bu ideolojik düşüncenin, devletten, ciddi hukuka aykırılıklara, adaletsizliklere ve çevresel tehditlere karşı güçlü korunma tedbirleri talep eden bir anlayışı temsil eden taraf ile devlet yapılarının bir güç odağı haline gelmesini sınırlamayı isteyen taraflar arasındaki gerilimi gidermeye çalıştığı görülür. Diğer bir deyişle, devletin, yasa koyucunun, hükümetin ve bürokrasinin modern toplumun ihtiyaçlarını karşılamadaki etkisizliği ve zayıflığı karşısında, çekişmeli sistem, mahkemeler aracılığıyla adaletin sağlanması için alternatif bir düzen oluşturur¹⁹⁷. Çekişmeli sistem ideolojisinin iki yönü vardır; bunlar, hukuk politikasının ve yargılama kurallarının oluşumuna ilişkin yönü ile yargılamanın taraf egemenliğinde yürütülmesine ilişkindir¹⁹⁸. ABD’de çekişmeli sistemin bir alternatifi olamayacağı şeklinde katı bir fikrin egemen olduğu hatta bunun aksi olan bir düşüncenin kabul görmesinin mümkün dahi olmadığı söylenmektedir¹⁹⁹.

Amerikan toplumu, güçlü bir sosyal koruma talep ederken (bu korumalar sosyal devlet ilkesini çağrıştıran sosyal ve özel sigorta uygulaması veya çeşitli kamusal haklardır), aynı zamanda bu korumayı gerçekleştirecek olan devlet erkinin mahkemeler aracılığıyla denetlenmesini de istemektedir. ABD’de son dönemde, sadece menfaat grupları için değil toplumun bütününe kapsayan ve herkes için adalet (“Total Justice”) şeklinde isimlendirilen bir adalet talebinin bulunduğu ifade edilmektedir. Bu talebin ise siyasal iktidardan çok mahkemeler aracılığıyla karşılanmasının mümkün olabileceği söylenmektedir. ABD’yi diğer Ortak Hukuk ülkelerinden farklı kılan en belirgin özellikler, temel ilkelere bağlı bir siyasal parti oluşumunun olmaması, zayıf bir merkezi bürokrasi teşkilatına sahip olması ve sosyal politika anlayışının bulunmamasıdır²⁰⁰.

¹⁹⁶ Buna karşın, Kritzer, Kagan’ın bu görüşünün doğru olmadığını, Kagan tarafından inquisitorial sistemler ile yapılan karşılaştırmaların yetersiz ve gerçeği yansıtmadığını belirtmektedir (Kritzer, s. 376).

¹⁹⁷ Kritzer, s. 352; Kagan, çekişmeli sistem ideolojisini “adversary legalism” şeklinde isimlendirmektedir. Yazar, adversary legalism’in Hollanda ve Japonya gibi işbirliğine açık ülkelerde uygulanabileceğini belirtmektedir (Kagan, s. 12).

¹⁹⁸ Kagan, s. 3.

¹⁹⁹ Asimov, s. 20.

²⁰⁰ Kritzer, s. 352-353.

Çekişmeli sisteminin uygulanmasındaki bir başka gerekçe ise Amerika’da liberal anlayışın son derece etkin olması ve toplumun genelinde kabul görmesidir. Kişilerin kendi hayatlarıyla ilgili kararları kendisinin vermesi klasik bir Amerikan yaklaşımıdır. Diğer yandan liberalizm düşüncesi Amerikan ekonomisine de egemendir ve piyasa risk alınıp alınmayacağı kararını piyasadaki aktörlerin kendisine bırakır. Bir görüşe göre devletin kişilere müdahalesi ancak kişinin bir başkasına fiili zarar vermesi durumunda mümkün olabilir. Kişinin düşünsel bir davranışı hiçbir zaman müdahale için yeterli bir gerekçe değildir. Toplumun kişilerin karar alma sürecine müdahil olması çok genel varsayımlara dayalı olduğu için doğru değildir²⁰¹. Bu nedenle davanın tarafı olmayan kişilerin, o davanın koşullarını yaşamadan ve bilmeden dışarıdan müdahil olmalarının yanıltıcı sonuçlara neden olacağı ileri sürülmektedir²⁰².

C. Çekişmeli Sistemde Tahkikatın Yapılması

Çekişmeli sistemde tahkikatın temel özelliği, delillerin araştırılması ve toplanması ile delillerin değerlendirilmesi ve karar verilmesi fonksiyonlarının birbirinden ayrılmasıdır. Böyle bir ayırımın temelinde ise, karar veren makamın, aynı zamanda aktif bir araştırmacı rol üstlenerek delilleri toplamasının, kendisinin tarafsızlığını ortadan kaldıracağı düşüncesi bulunmaktadır. Sorunun temeli, delil toplanılması aşamasında, henüz tüm deliller hakkında bütünüyle bilgi sahibi olmadan, doğal insan refleksi olarak, hakimin erken bir hüküm verme davranışı içerisine girmesi ile ilgilidir²⁰³.

Klasik çekişmeye dayalı olan sisteminin üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar, tarafsız ve pasif bir karar verici makamın bulunması, delillerin taraflarca getirilmesi ve çok detaylı düzenlenmiş bir prosedürün kullanılmasıdır²⁰⁴. Pasif karar vericiden ilk

²⁰¹ Mill, John Stuart, *Utilitarianism, On Liberty, Considerations on Representative Government*, London (Geraint Williams, ed.) 1993, s. 144.

²⁰² Asimov, s. 21-22.

²⁰³ Burnham, William, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 1999, West Group, s. 78.; Daha fazla bilgi için bkz. *Professional Responsibility, Report of the Joint Conference*, 44 A.B.A.J. 1159; Fuller, Lon, “The Forms and Limits of Adjudication”, Vol. 92, *Harv.Law.Rev.*, 1978, s.353-410.

²⁰⁴ Taniguchi, Yasuhei, “Between Verhandlungsmaxime and Adversary System-In Search for Place of Japanese Civil Procedure”, *Festschrift für Karl Heinz, Geburtstag*, 1990, s. 487-501, s. 490; Jolowicz, *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, *ICLQ*, Volume 52, Number 2, April 2003, s. 281-295(15); Neubauer, s. 32; Shreve, Gene R./Raven-Hansen, Peter, *Understanding Civil Procedure*, 2002, s. 3 ve son.

görünüşte anlaşılması gereken jüridir²⁰⁵. Bu sistemde taraflar kural olarak serbesttirler; davanın açılması, sona ermesi (feragat, kabul, sulh) gibi muamelelerde taraflar söz sahibidirler. Davanın yürütülmesinde büyük ağırlığı taraflara veren çekişmeli sistemin felsefesi, gerçeğin tarafların getirdiği vakıalar ve deliller ile onların savaşının sonunda ortaya çıkacağı ve bu nedenle uyuşmazlığa hakim müdahil olmaması şeklinde özetlenebilir. Bu, biraz da, yargının taraflara hizmet verdiği anlayışına dayanmaktadır²⁰⁶. Yargının davanın taraflarına özel bir hizmet vermediği, aslında davanın görülmesi ile kamuya hizmet verildiği gerekçesiyle bu görüşe karşı çıkmıştır. Bu fikre göre yargının görevi, taraflara hizmet vermek değil, hukuk kurallarına göre adaletin yönetilmesini sağlamaktır. Bu açıdan yargının faaliyeti, yasalar çıkaran parlamentodan farklı değildir²⁰⁷.

Özel menfaatlerin en yüksek seviyede koruma görmesi, bu sistemde uyuşmazlık çözümünün felsefesidir²⁰⁸. Hakimin pasif olması, yargılamada kullanılacak olan delillerin asimile edilmemesini sağladığı gibi aynı zamanda yargılamada hatalı bir sonuca ulaşılmasını engeller²⁰⁹. Çekişmeli sistemde, tahkikatı yapacak olan makam ile kararı verecek olan makamın aynı kişiler olmaması gerektiği, bu şekilde, tahkikatın bir makamın istekleri doğrultusunda belli bir istikamete yönlendirilmemesinin sağlanabileceği belirtilmektedir. Hakim, tahkikatın bu modele göre yapılması halinde sadece taraflarca getirilecek delillere daha rahat yoğunlaşabilecektir²¹⁰. Aksi takdirde, hakim, davayı tarafların gördükleri açının dışından, farklı bir noktadan görürse, tarafların iddia ve savunmaları ile hakim kararı arasında illiyet bağı sağlanamayacaktır²¹¹.

Tahkikatın tarafların sorumluluğunda (*party control* veya *party prosecution*) bulunmasının iki olumlu yönü bulunmaktadır. Birincisi, taraf hakimiyeti altında yapılan

²⁰⁵ Taniguchi, s. 491.

²⁰⁶ Alangoya, Dava Temeli, s. 100; James/Hazard/Leubsdorf, s. 5; Karş. Thomas, Richard, "Civil Justice Review: Treating Litigants As Consumers", 1990, 9 CJC, s. 51-60.

²⁰⁷ Jolowicz, Models of Civil Procedure, s. 285.

²⁰⁸ Armstrong, s. 105.

²⁰⁹ Thibaut/Walker, s. 666.

²¹⁰ Burnham, s. 79; Neubauer, s. 32-33; Gross, Samuel R., "The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation", Michigan Law Review, Vol. 85 1987, s. 734-757, s. 743.

²¹¹ Thibaut/Walker, s. 667.

tahkikat, hakime vakıalar hakkında daha fazla bilgi sunabilmektedir²¹². Tarafların kendi lehlerine olan delilleri toplamalarında menfaatleri vardır. Taraflar bu şekilde tahkikatın yükünü hafifletirler çünkü sadece kendi lehlerine kullanabilecekleri delillere yoğunlaşmış durumdadırlar. Eğer taraflar arasında bir vakıanın gerçek olduğu hususunda mutabakat var ise mahkemenin bu vakıanın doğru olup olmadığını araştırma ödevi bulunmamaktadır²¹³.

Bu sistemin faydalı görülen diğer bir özelliği ise, delillerin taraflarca tüm yönüyle incelemeye alınabilmesidir. Tahkikatın sadece bir makam tarafından yürütülmesi durumunda ise, hakimin birbiriyle ihtilaf halinde olan dava teorilerini eşit derecede ele alması ve daha sonra bu teorileri dava sonuna kadar belli bir dengede tutması olanaksızdır. Hakimin delilleri nasıl değerlendireceği konusu çoğunlukla hakimin bu deliller hakkında nasıl bilgi sahibi olduğu hususuyla ilgilidir. Parçalar halinde toplanan delillerin bırakacağı etki, mantıksal ve düzgün bir silsile içerisinde bir bütün olarak ortaya getirilen delillerin bırakacağı etki ile aynı olmayacaktır. Tarafların en iyi şekilde delillerini toplamaları ve hasretmeleri, hakimin bu deliller ile ilk kez karşı karşıya kaldığında yapacağı değerlendirmeyi dengeleyecektir²¹⁴.

Taraf vasıtasıyla yapılan tahkikatın sağlayacağı diğer fayda ise gerçek anlamda adaletin sağlanmasıdır. Hakimin tahkikatı yürütürken aynı zamanda delilleri değerlendirmesi, kendisinin dava hakkında ön yargısı olduğu sonucunu doğurabilir. Bunun en tipik göstergesi, yargılama öncesi ifadesi alınan tanığın ifadesinin, yargılama sırasında değişmesi halidir. Bütün bu hallerde sorun, dışarıdan, hakimin tarafsız olmadığı şeklinde algılanıyor olmasıdır. Medeni yargılamada, kimin haklı olup olmadığına taraf fikirlerinin çarpışması sonucunda jüri veya kamu adına bu gücü kullananlar verir. Eğer hakim, jüri olmadan bu kararı vermiş olursa, bu durumda delillerin ön yargılı değerlendirildiği izlenimi doğacaktır. Birbiriyle çatışan karşı fikirler çekişmeli sistemin temelidir. Taraf fikirlerinin çarpışması prematüre kararların

²¹² Haubold, Samuel A., Trial and Court Procedures in the United States, Worldwide, s. 242-253, s. 243; Chase, s. 292-296.

²¹³ Armstrong, s. 109; Buna karşın Alman hukukunda ZPO§288 eğer taraflardan birinin yaptığı ikrarın doğru olmadığı kanısına varılır ise hakimin bu ikrar ile bağlı olmadığını düzenlemektedir (a.g.e, s. 109); Türk hukukunda ise hakim re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ikrar ile bağlı değildir (Kiraz, s. 234); Karş. Jacob, s. 62-64.

²¹⁴ Burnham, s. 79; Neubauer, s. 33.

doğmasını engelleyecektir. Çekişmeli sistem, taraf delillerinin ve fikirlerinin sunulmasının birbirinin alternatifi olması modeli üzerine kuruludur. Taraflardan biri tarafından yapılan delil ikamesini belli bir süre sonra diğer tarafın yapacağı delil ikamesi izler veya tanığın taraflardan biri tarafından yapılan sorgulamasını diğer tarafın yapacağı çapraz sorgulama izler. Bu alternatifli yapı içerisinde her fikre karşı bununla yarışma içerisinde olan karşı bir fikir var olur²¹⁵. Çekişmeli sistemde, tarafların vakıa ve deliller üzerinde çok fazla hakimiyetinin bulunmasının, sürprizle karşı karşıya kalma tehlikesini de beraberinde getirdiği ifade edilmiştir. Bu durumu dengelemek ve tarafı sürprizle karşı karşıya bırakmamak için tahkikatın kapsamlı yani içerikli olmasına önem verilmiştir. Ancak, tahkikatın bu şekilde yapılması zaman kaybı ve yargılamanın masraflı olması sorununa yol açmıştır²¹⁶.

Delil ve tartışmanın doğrudan doğruyalığı, çekişmeli yargılamada, delillerin çatışmasını genişletmeye ve adaleti sağlamaya hizmet eder. Bu ise yazılı delil yerine sözlü delil ve tartışmanın tercih edilmesini getirmektedir²¹⁷. Delilin doğrudanlığı, sadece delilin içeriği ile sınırlı değildir. Delilin ortaya konuluş biçimi de önemlidir. Örneğin bir tanığın ifade verdiği sıradaki davranışları da onun inandırıcılığı üzerinde rol oynar. Temyiz mahkemeleri, delilin birinci elden mahkeme tarafından değerlendirilmiş olması nedeniyle, temyiz incelemesinin sınırlı bir çerçeve içerisinde yapılması gerektiğine vurgu yapmaktadırlar²¹⁸.

Karşı fikirlerin çarpışması ise sürekli ve konsantre bir yargılama ile sağlanmaktadır. Eğer duruşmalar aralıklı olarak yapılırsa fikirlerin çarpışmasından ortaya çıkacak sonucun etkisi azalabilir veya jürinin dava hakkındaki bilgisi zayıflayabilir. Çoğu zaman jürisiz yapılan yargılamalarda dahi duruşmanın sürekliliği sağlanmaktadır. Tüm deliller toplanmış halde hakim, jüri, asiller ve avukatları bir araya gelirler ve yargılama nihai hüküm verilene kadar devam eder²¹⁹.

²¹⁵ Burnham, s. 80; James/Hazard/Leubsdorf, s. 4-5.

²¹⁶ Taniguchi, s. 492.

²¹⁷ Çekişmeli yargılamada ağırlıklı olarak sözlü delilin tercih edilmesinin gerekçelerinden biri de jürinin yazılı delili okuma ve anlama yeteneğinin sınırlı olmasıdır (Burnham, s. 81).

²¹⁸ Burnham, s. 81.

²¹⁹ Burnham, s. 82.

II. Çekişmeli Sistem ve Dava Yönetimi

Dava yönetimi, hakimin aktif bir şekilde yargılamaya katılmasını benimsediğinden, geleneksel anlamdaki çekişmeli sisteme yabancıdır. Dava yönetiminin ihdas edilmiş olmasının çekişmeli sistemin başarısızlığının bir sonucu olup olmadığı sorusu ortaya atılmıştır. Çekişmeli sistem, yukarıda açıklandığı üzere tarafların yargılamaya etkin şekilde katılacakları ve sonuca ulaşmak için tarafların işbirliği içerisinde hareket edecekleri varsayımı üzerine kuruludur. Ancak taraflara veya kendilerini temsil eden avukatlara özgü bazı nedenler (bilgi ve tecrübe yetersizlikleri, avukat-müvekkil ilişkisinden kaynaklanan nedenler vb.) yargılamanın her zaman arzulandığı gibi etkin ve hızlı olmasına engel teşkil edebilir. Etkin bir yargılama yapılması fikri üzerine inşa edilmiş dava yönetimi, bu anlamda çekişmeli sistemdeki boşluğu doldurmak için ortaya çıkan kendine özgü bir kurum ve modeldir²²⁰. ABD’de, davaların tek başına ele alındığı zaman detaylı bir tahkikata tabi tutulduğu ve yargılamanın kaliteli olduğunu söylemek mümkündür, ancak genel sonuca bakıldığında dava sürecinin yavaş işleminin sorunlara neden olduğu görülmektedir. Bu açıdan, ABD’deki sistemin usulün sosyal yönünü ihmal ettiği ifade edilmiştir²²¹. Diğer yandan çekişmeli sistemin hakların yarışması felsefesi üzerine kurulu olduğu ancak günümüz anlayışının her iki tarafın eşit haklara sahip olmasını öngören bir anlayışı kabul ettiği belirtilmektedir²²².

Dava yönetiminin, yeni bir yargılama modeli oluşturma amacına karşı duyulan olumlu bir tavır olup olmadığı sorulmuştur. Aktif hakim modelinin, kamunun özel haklara müdahalesi yönündeki bir baskının yansıması olduğu ve özel hakların bu şekilde sosyal adalet anlayışı ile buluştuğu görüşü ifade edilmiştir²²³. Dava yönetimi ise kişilerin bireysel haklarına karşı kamunun menfaatlerinin korunması yönündeki talepler üzerine ortaya çıkmıştır. Bireysel hakların mı yoksa kamusal hakların mı öncelikli olduğu konusu uzun zamandan beri tartışılan bir konudur. ABD’de bireysel hakların

²²⁰ Armstrong, s. 106-107.

²²¹ Kaplan, Benjamin, “Civil Procedure-Reflections on the Comparison of Systems”, *Essays in Law & Legal Theory*, s. 229-253, s. 246.

²²² Meadow, Carrie Menkel, Is the Adversary System Really Dead? Dilemmas of Legal Ethics as Legal Institutions and Roles Evolve (<http://ssrn.com/abstract=746485>), s. 84-111, s. 99.

²²³ Armstrong, s. 110 ve orada anılan Cappelletti’nin “Social and Political Aspects of Civil Procedure” adlı eserindeki görüşü ve Abram Chayes ile Donald Horowitz isimli hukukçuların görüşleri.

daha üstün olduğu çünkü mahkemelerin bireylere hizmet vermek için varolduğu ve bireylerin de bu hizmet için bir bedel ödedikleri görüşü ileri sürülmüştür. Benzer şekilde kamusal menfaat tanımı da sorgulanmıştır²²⁴. Bir fikre göre İngiltere böyle bir tartışma sürecinden geçmeden daha çok içsel olmayan etkilerle ve pratik mülahazalarla dava yönetimi kurumunu ihdas etmiştir. Ancak, durum böyle olsa bile hakimlerin yargılamadaki yeni rolünün, kamunun menfaatlerini de gözetmek olduğu yadsınamaz bir gerçektir²²⁵.

III. Yargılamada Hakimin Rolü

A. Kıta Avrupası Hukukunda Hakimin Rolü

Hakim ve taraflar arasındaki güç dengesi, her zaman usul hukuku doktrininin tartışılan konularından olmuştur²²⁶. Bu hususta, en temel konulardan biri ise, tarafların maddi hukuktaki serbestileri ile yargılamada taraf serbestisi ilkesinin hangi ölçüde usul kuralları ile paralellik taşıyabileceğidir. Tarafların uyuşmazlık konusunun belirlenmesindeki serbestisi (*ne procedat iudex ex officio*), maddi hukuktaki taraf serbestisinin usul hukuktaki görünümü olarak kabul edilmiştir. 19. yüzyıl usul hukuku doktrini, taraf serbestisinde ikili bir ayırıma gitmiştir; bu ayırım tarafların dava konusu üzerindeki tasarruf yetkileri (*Dispositionsmaxime*) ile dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine (*Verhandlungsgrundsatz*) dayalıdır²²⁷. Görülmekte olan bir davada hakimin işlevlerinden biri yargılamanın yürütülmesidir. Bu işlev gereğince, hakim, hem şekli hem de maddi açıdan yargılamayı yürütme görevi içinde, uyuşmazlığın hızlı çözüme kavuşturulması için davayı hızlandırma ve davanın uygun şekilde sonuçlanmasını sağlamakla yükümlüdür²²⁸. Geçmişte, taraf serbestisinin çok geniş bir şekilde yorumlanması, hakimi pasif bir role büründürmüştür ve ilk dönemlerde hakime vakıaların ve delillerin toplanmasında herhangi bir inisiyatif verilmemiştir²²⁹.

²²⁴ Armstrong, s. 110.

²²⁵ Armstrong, s. 112; Yazar, CPR'daki değişikliklerin en azından İngiliz hukukundaki değişime açık olma potansiyelini ortaya koyduğunu söylemektedir (a.g.e, s. 112).

²²⁶ Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford 1989, s. 252.

²²⁷ Oberhammer/Domej, "Germany, Switzerland and Austria" (CA. 1800-2005), *European Traditions*, s. 103-305, s. 295; Koch/Diedrich, s. 27.

²²⁸ Eberhard, Schilken, "Madeni Yargılamada Hakimin Rolü" (Çev.: Nevhis Deren-Yıldırım), *İlkeler*, s. 43-66, s. 53.

²²⁹ Oberhammer/Domej, s. 296.

Daha sonraları, Kıta Avrupası'nda delil ikamesinin mahkemenin işi olduğu benimsenmiştir ve burada vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesi ve re'sen araştırma ilkesi kavramları ortaya çıkmıştır. Bu durum Anglo-Amerikan hukukundan farklıdır. Çekişmeli (*adversarial*) model ve araştırmacı (*inquisitorial*²³⁰) model kavramları, tüm delil ikamesinin esas duruşmanın hazırlığına hizmet ettiği bambaşka bir yargılama kültürüne sahip bir sisteme aittir²³¹. Bu farklılık, kuşkusuz her iki sistemin tarihsel geçmişine ve kültürel mirasına bağlı olarak ortaya çıkmıştır²³². Ancak, her iki sistemin birlikte uygulandığı ya da bir sistemde diğersinin etkilerinin görüldüğü modeller de mevcuttur²³³.

Roma ve Kanonik (Kilise) hukuku temeller üzerine kurulu olan Kıta Avrupası hukukunu, Anglo-Amerikan hukundan ayıran en önemli unsur jüri yargılamasının bulunmamasıdır. Kıta Avrupası hukukunda, Anglo-Amerikan hukukundaki ön yargılama ve yargılama kavramlarını tam anlamıyla karşılayacak bir ifade bulunmamaktadır. Yargılama (*trial*) sözcüğünün kendisi İngilizceden bir başka dile çevrildiğinde aynı anlam ve içeriği vermez. Kıta Avrupası hukukçuları, yargılama kelimesini, dava sürecini bir bütün olarak ifade etmesi amacıyla yargılama anlamına gelecek şekilde kullanmaktadırlar²³⁴. Anglo-Amerikan hukukunda ise, *trial* kelimesi, yargılamanın yapıldığı esas duruşma anlamında kullanılmaktadır.

Kıta Avrupası'nda yargılamanın yürütülmesi ile duruşmaların yürütülmesi ayrımı mevcuttur. Yargılamanın yürütülmesine yönelik hakimın tasarrufları, davanın ikamesine bağlı ve sözlü muhakemenin dışında kalan kesite ilişkindir. Alman kanun koyucusu, hakimın yargılamayı yürütmesi anlayışını, medeni yargılamanın hızlandırılması amacıyla gittikçe geliştirmiştir. Örneğin, sürelerle ilişkin taraf anlaşmaları, tanınan sürelerin kaldırılması ve davanın müracaata bırakılması önem

²³⁰ Inquisitorial tanımı, genel olarak Kıta Avrupası hukukunda hakimın yargılamada maddi anlamda sevk yetkisinin bulunduğu hukuk sistemleri için kullanılmaktadır (Black's Law Dictionary, Seventh Ed., s. 796). Inquisitorial, İngilizcede sorgulamak manasına gelen "inquiry" kelimesinin bir türevidir (Sharma, s. 4).

²³¹ Yıldırım, "Avrupa İspat Hukuku Tablosu", Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul, 2006, s. 801; Bkz. Kötz, Hein, "Civil Justice Systems in Europe and the United States", DJCIL, Vol. 13, 2003, s. 61-77; Dodson, Scott, "The Challenge of Comparative Civil Procedure" (<http://ssrn.com/abstract=1177784>).

²³² Malleson, s. 14; Chase, s. 279.

²³³ Örneğin Japon Usul Hukukunda, Amerikan ve Alman Usul Hukukundan alınmış kurumlar mevcuttur. Alman ve Avusturya Hukukunda da Fransız Usul Kanunda yer alan bazı kuralları görmek mümkündür (Gottwald, "Comparative Civil Procedure", RLR, No. 22, 2005, s. 23-35, s. 25).

²³⁴ Jolowicz, On Civil Procedure, s. 205; "Trial" sözcüğünün bu anlamda kullanılmasının tehlikelerine dikkat çekilmektedir (Bkz. Gottwald, Fact-finding, s. 69).

taşınamakta, vakıaların geç ileri sürülmesi onların sukutuna yol açmamaktadır. Duruşmanın yürütülmesi mahkemenin yargılamayı yürütmesinin çok önemli bir parçasını ve sözlü yargılama safhası gibi medeni yargılamanın çekirdeğini oluşturan bir bölümüne ilişkindir²³⁵. Kıta Avrupası'nda büyük ölçüde hakim hukuku re'sen uygular ilkesi geçerlidir²³⁶.

Yargılamanın maddi ve şekli anlamda yürütülmesi ayrımı yapılmaktadır. Bazı durumlarda bu ikisinin iç içe geçtiği ve bir bütün oluşturduğu ifade edilir. Yargılamanın şekli yürütülmesinden anlaşılması gereken sürelerin tayini, duruşma disiplininin sağlanması, davaların birleştirilmesi veya ayrılmasına karar verilmesi gibi hakim'in yetki ve tasarrufunda bulunan işlemlerdir. Maddi anlamda yargılamanın yürütülmesinden ise mahkemenin taraf muamelelerin sınırları içinde ve tarafların sunduğu malzeme ışığında hukuki uyumsuzluğun içeriğine uygun çözümü bulması anlaşılmalıdır. Bu bağlamda, yalnız şekli olarak değil, maddi bakımdan da, hakim'in aydınlatma ve tarafların dikkatini çekme yükümlülüğü çerçevesinde, davayı bütün cephesiyle ele alması, hukuki uyumsuzluğun hızlı çözüme kavuşturulması için davayı hızlandırması ve davanın uygun biçimde sonuçlanmasını sağlaması yükümlülüğünden söz edilmektedir²³⁷.

Alman medeni yargılama kanunu, 2002 yılında yürürlüğe giren reform kanunu ile bazı değişikliklere uğramıştır²³⁸. Federal hükümetin düşüncesine göre, günümüze kadar geçerli olan hukuk düzeninin sulh yoluyla davanın sonuçlandırılması ve hakimlerin sulh yöntemlerini kullanmaları açısından bazı eksiklikleri mevcuttu. Yeni hukuk düzeninde, medeni yargılamadaki sulh düşüncesi kurumsallaştırılacaktı. Sulh görüşmesi, reform kanunu ile zorunlu hale getirildiğinden duruşmalar başlamadan önce tarafların bir araya gelip sulh imkanlarını değerlendirmeleri söz konusudur. Bu değerlendirme genellikle bir ön duruşma sırasında yapılır. Sulh görüşmesinin başarıya ulaşma şansı kuşkusuz tarafların bu konudaki tutumuna bağlıdır. Sulh görüşmesinin yapıldığı oturumda, davayla ilgili hukuki ve maddi vakıalar tartışılır ve hakim, taraflara

²³⁵ Schilken, Medeni Yargılamada Hakim'in Rolü, s. 51-52.

²³⁶ Oberhammer/Domej, s. 302.

²³⁷ Schilken, Medeni Yargılamada Hakim'in Rolü, s. 53.

²³⁸ Becker-Eberhard, Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında, s. 59-77.

bu açıdan sorular yöneltebilir²³⁹. Federal hükümet ayrıca medeni yargıya ilişkin davaların ikinci derece mahkemelerinde sonuçlandırılmasının fazla sık olduğu görüşündeydi. Reform ile davaların ilk derece mahkemeleri önünde çözülmesi amaçlandı. Bunun gerçekleşmesi amacıyla ilk derece mahkemesi bir dizi önlemle güçlendirildi. Hakimin hüküm vermesi daha şeffaf olmalıydı. Böylece tarafların hükmü kabullenmeleri sağlanacak, çözümü kanun yollarında aramalarının önüne geçilecekti. Bu amaç çerçevesinde ZPO § 139'daki hakimin aydınlatma ve tarafların dikkatini çekme ödevinin önemi arttırılmıştır²⁴⁰.

ZPO § 139/1 hükmü²⁴¹ “Maddi Bakımdan Yargılamanın Yürütülmesi” başlığını taşımaktadır: “Mahkeme başkanı, olayın ve hukuki uyuşmazlığın olgusal ve hukuksal boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflarla birlikte ele almak ve sorular sormak zorundadır. Mahkeme başkanı, tarafların zamanında ve uyuşmazlığın çözümü için önemli vakıaların tamamı hakkında açıklama yapmalarını sağlamak, özellikle ileri sürülen vakılardaki eksiklikleri tamamlamak, delilleri ikame ettirmek ve gerekli taleplerin ileri sürülmesini sağlamak zorundadır”. ZPO § 139/4, bu yükümlülüğün mümkün olduğunca erken yerine getirilmesini ve tutanağa geçirilmesini düzenlemiştir. Bu zorunluluk, yargı politikası bakımından tartışmalıdır²⁴². Ancak bugün açık ve işbirliği içeren bir dava yönetim sisteminin, modern Alman medeni yargılamasının sorunsuz işlemesi için bir ihtiyaç olduğu gözle görülür hale gelmiştir²⁴³.

Maddede anılan müzakere ve soru sorma yükümlülüğü, eski düzenlemede yer aldığı gibi tarafları dava malzemesini tamamlamaya ve uygun talebi yöneltmeye sevk yükümlülüğü olmaktan çıkmıştır. Bu yükümlülük genel bir müzakere ve soru sorma yükümlülüğüne dönüşmüştür. Artık hakimin, yargılamayı maddi bakımdan yürütme

²³⁹ Rühl, Giesela, “Preparing Germany for the 21st Century: The Reform of the Code of Civil Procedure”, GLJ, Vol. 06 No. 06, s. 910-942.

²⁴⁰ Becker-Eberhard, s. 64-65; Gottwald, “2001 Reform Kanunu’nun Ardından Almanya’da Medeni Usul Hukuku” (Kıs.: 2001 Reform Kanunu; Çev.: Murat Atalı/Mustafa Göksu), MİHDER, 2006, S.:3, s. 687-704, s. 688-689; Makalenin İngilizcesi için bkz. “Civil Procedure in Germany After the Reform Act of 2001”, CJQ, Vol. 4, 2004, s. 338-353.

²⁴¹ German Commercial Code & Code of Civil Procedure in English (Çev.: Charles E. Stewart), New York 2001, s. 229.

²⁴² Kanunun çıkmasından hemen sonra ilk derece hakimleri, tarafları bu noktalar konusunda yönlendirme görevinin duruşmaları uzatacağı ve kendilerini çok geniş çaplı ve anlamsız tutanaklar hazırlamak zorunda bırakacağı yönünde itirazda bulundular. Bu noktaları tutanağa geçirme konusundaki itiraz göstermektedir ki, bugüne kadar pek çok hakim bu aydınlatma görevini ciddiye almamıştır. Bu yüzden, mahkeme tarafından açıklamaların vakitlice yapıldığı kapsamlı bir ilk duruşmaya hazırlık çalışması pek görülmemektedir (Gottwald, 2001 Reform Kanunu, s. 689).

²⁴³ Gottwald, 2001 Reform Kanunu, s. 689; Gottwald, Defeating Delay in German Procedure, s. 129.

yükümlülüğü vardır. Maddi bakımdan yargılamanın yürütülmesi yükümlülüğü hakime yapılan önemsiz bir çağrıdan ibaret değildir, soru sorma ve işaret etme yükümlülüğü gibi hukuki bir yükümlülüktür²⁴⁴. ZPO § 141 ve 144'ün yeniden düzenlenmesiyle, Alman kanun koyucu, bilim adamlarının, taraflara delil sunmaları yönünde genel ve usuli bir yükümlülüğünün getirilmesi yönündeki taleplerini bir ölçüde yerine getirmiştir. Fakat bu reform, mahkemenin belgelerin sunulmasını emretme ve onları re'sen inceleme yönündeki yetkilerin genişletilmesi ile sınırlı kalmıştır. Bununla birlikte reform, taraflara mahkemenin bir emri olmaksızın uyuşmazlıkla ilgili tüm vakıaların diğer tarafa sunulması yönünde bir yükümlülük getirememiştir. Bu sebeple Alman medeni usulünde otomatik bir delil sunma kuralı bulunmamaktadır²⁴⁵.

Avusturya usul hukukunda ise, usul hukukçusu Franz Klein'in etkilerini görmek mümkündür. Klein, güçlü bir hakim modeli üzerine kurulmuş olan etkili ve hızlı bir yargılama yapılmasını, usul maksimlerinin ise pragmatik bir şekilde ele alınması görüşünü benimsemişti. Klein, davaları, olumsuz sosyal bir fenomen olarak görmekteydi, onun düşüncesine göre yargılama usulü hızlı ve etkili bir yöntem öngörmeliydi. Klein, bunu sağlamak için usuli itiraz yollarının sınırlandırılmasını, özellikle mahkemenin yargılama yetkisine ilişkin kuralların basitleştirilmesini, yargılamanın mümkün olduğu ölçüde tek bir duruşma ile yapılmasını, sürelerin kısaltılmasını ve tarafların talebi ile duruşmaların ertelenmesi gibi hususların ortadan kaldırılmasını önermiştir. Klein'in etkili yargılama usulü modelinin merkez noktasını ise hakimin güçlendirilmesi ve hakime yargılamayı maddi anlamda sevk yetkisinin tanınması oluşturur²⁴⁶. Esasında Klein'dan önce güçlü hakim modeli 1793 tarihli Prusya Usul Kanunu'nda görülmekteydi. Ancak, Prusya Usul Kanunu'nun Klein'ı ne derece etkilemiş olduğu konusu tartışmalıdır²⁴⁷.

Klein'in önerilerinin bir kısmı yirminci yüzyılda *Zivilprozessordnung*'a esas alınmıştır. Klein tarafından hazırlanan 1895 tarihli Avusturya Usul Kanunu, Almanya'da da dikkatleri çekmiştir ve hakimin davada etkin bir role sahip olması fikri

²⁴⁴ Becker-Eberhard, s. 69-70.

²⁴⁵ Gottwald, 2001 Reform Kanunu, s. 691.

²⁴⁶ Oberhammer/Domej, s. 121.

²⁴⁷ Oberhammer/Domej, s. 298.

Almanya’da bu tarihten sonra gelişmiştir²⁴⁸. 1933 tarihindeki reformdan sonra, hakimın maddi anlamda sevk yetkisine sahip olması Avusturya usul hukukunun karakteristik bir özelliği olmuştur. Bu reform ile aynı zamanda, tarafların doğruyu söyleme ödevi öngörölerek hakimın yükünün hafifletilmesi öngörölmüştür. ZPO § 182’de yer alan hakimın soru sorma ve tarafların dikkatini çekme yetkisi Alman hukukundakine benzerdir. Avusturya usul hukukunda son yıllarda yapılan değişikliklere rağmen yargılamanın uzun sürmesi sorunu tam anlamıyla sona erdirilememiştir. Ancak, yine de birçok Avrupa ülkesi ile karşılaştırıldığında, prosedürün hızlı bir yargılamayı sağladığını söylemek mümkündür. Alınan tedbirlerden en önemlisi, Alman hukukunda görüldüğü gibi, geç delil ikamesinin sınırlanmasıdır. ZPO § 179’un eski düzenlemesine göre, yargılamayı geciktirmek için delil ikame edilmesi yasağı dışında sözlü duruşmaya kadar vakıa ve delil ikame etmek mümkündü. Ancak bu düzenleme olumlu bir sonuç vermemiştir çünkü uygulamada tarafın yargılamayı geciktirme niyetini saptamak mümkün olmamıştır. 2002 yılında yapılan değişiklik ile bu madde tarafın ağır kusuru olmaması durumunda geç delil ikamesine izin veren bir şeikle dönüştürölmüştür²⁴⁹.

Ortak Hukuk’un uygulandığı ülkelerde hakimın rolü, sadece davanın yönetimine ilişkin olmayıp, nadiren de olsa hakimın araştırma ve kendiliğinden delil toplama yetkilerine kadar zaman zaman uzanabilmektedir. Araştırmacı sistemin uygulandığı Kıta Avrupası’nda da, taraf hakimiyeti ve tasarruf ilkesi güçlendirilmekle beraber Ortak Hukuka özgü olan çapraz sorgulama, bazı tahkikat yöntemleri ve yargılamanın ön-yargılama ve yargılama şeklinde iki aşamalı olması gibi bazı kurumların kullanılması suretiyle yeniden şekillendirildiğı görölmektedir²⁵⁰.

Yargılamanın yönetimine ilişkin olarak hakimın konumunun güçlendirilmesi özellikle Almanya ve Fransa’da yapılan yeni yargılama hukuku reformları ile daha belirgin hale gelmiştir. Hakimın yargılamanın yönetimine ilişkin yükümlölüğü, geleneksel olarak, Almanya’da Fransa’da olduğundan daha katıdır. Buna karşılık, her iki hukuk düzeni, hakimın yükümlölüğünün belirlenmesinde, düzenli bir yargılama akışı sağlamaya çalışmaktan hareket etmektedir. Fransız Usul Kanunu, maddi vakıalardaki

²⁴⁸ Gottwald, *Defeating Delay in German Procedure*, s. 122; Schlosser, s. 82.

²⁴⁹ Oberhammer/Domej, s. 123.

²⁵⁰ Trocker, s. 30, dn. 38.

eksikliklere işaret edilmesine ilişkin olarak mahkemeye takdir yetkisi tanırken, Alman usul hukukunda, belirsiz ve eksik maddi vakıalar ve ispat araçlarına dikkat çekilmesi hususunda kesin bir yükümlülük verilmiştir. Re'sen delil ikamesi imkanı ve tarafların yeni hukuki nitelendirmeler hakkında görüş açıklamasına olanak sağlama yükümlülüğü her iki ülkede de vardır. Alman reformu, hakimi, bu gibi uyarıları yazılı olarak vermeye veya tutanaklarda açıkça belirlemeye zorlamaktadır. Bunun gibi bir yazılı belge bulunmuyorsa, şüpheli hallerde, yargılama eksiklik içermektedir²⁵¹. Alman hukukunda, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı aile hukukuna ilişkin davalar dışında hakimnin kendiliğinden doğruyu araştırma ödevi yoktur, hakim taraflarca getirilen vakıa ve deliller üzerinden kararını verir²⁵².

Fransız hukukunda, hakimnin rolü çeşitli tarihsel evrelerden geçerek bugünkü konumuna gelmiştir. 1806 tarihli Usul Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, hakimnin rolü çekişmeli sistemdekine benzer şekilde pasiftir ve yargılamada tarafların hakimiyeti esastır. O dönemdeki yargılamaya ilişkin sorunlar bugünkü çekişmeli sistemin sorunlarından farklı değildi. 1935 yılındaki Usul Kanunu'nda yapılan değişiklik ile asıl yargılamaya kadar usuli işlemleri yönetecek ve süreleri tayin edecek bir hakimnin (*juge chargé de suivre la procédure*) bulunması kabul edilmiştir²⁵³. Ancak, hakimnin, tarafları bağlayıcı nitelikte kararlar vermesi ve davanın esasını ilgilendirecek konularda bir işlemde bulunması mümkün değildi. 1965 yılında bu düzenlemede değişikliğe gidilmiş ve hakimnin rolü taraflar hakkında bağlayıcı kararlar verme ve onlar üzerinde yaptırımlar uygulayabilme yetkilerini içerecek şekilde genişletilmiştir. Ayrıca yeni düzenlemelerde, tarafların yargılamada gerçeğe ulaşılması adına hakim ile işbirliği içerisinde olmaları bir yükümlülük haline getirilmiştir. Hakimnin, hukuku re'sen uygulaması ilkesi bu hukuk düzeninde de geçerlidir ve hakime davayı aydınlatma ödevi verilmiştir. Hakim, her iki tarafın iddia ve savunmaları dahilinde kalmak üzere vakıaların veya delillerin toplanması ile ilgili her türlü işlemi yapabilir veya re'sen tanık, keşif, bilirkişi gibi delillere başvurabilir. Bu hukuk düzeninde de yargılama ön yargılama ve esas duruşma olmak üzere iki aşamaya ayrılır. Ön-yargılama aşaması tahkikat hakimi

²⁵¹ Stürner, "Fransa ve Almanya'da Yeni Usul Hukuku Reformları-Hakkaniyet ve Ekonomi Arasında" (Çev.: Nesibe Kurt), MİHDER, 2007/1 S:6, s. 77-85, s. 79 (Naklen).

²⁵² Koch/Diedrich, s. 28.

²⁵³ Ngwasiri, s. 295 vd.

olarak isimlendirilen *juge de la mise en état* kontrolünde yapılır. Ön-yargılama aşaması hakimin tahkikatın bittiğine ilişkin kararı (*Ordonnance de Clôture*) ile sona erer ve ikinci aşama olan esas duruşmaya geçilir²⁵⁴. 1998 yılında yapılan bazı değişiklikler ile de hakimin yargılamadaki yüklerinin azaltılması amacıyla dilekçelerin hazırlanmasında taraflara bazı yükümlülükler getirilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, taraflar dava ve cevap dilekçelerinde tüm maddi vakıalar ile bu vakıalara esas hukuki sebepleri göstermek zorundadırlar²⁵⁵.

İsviçre hukukunda ise hakimin yargılamadaki rolü kantonlara göre değişiklik göstermektedir. Ancak hakimin rolünün burada Almanya ve Avusturya hukukundaki kadar güçlü olmadığı söylenebilir. Hakimin davayı aydınlatma yükümlülüğü, İsviçre hukukunda bulunmakla beraber, bu yükümlülük tarafların ortaya koyduları vakıa ve delillerin yeterince açık ve anlaşılır olmaması hallerine münhasırdır²⁵⁶. İsviçre hukukundaki güncel gelişmeler ise daha çok hakime sorumluluk yüklemek yerine yetkisinin korunmasına yöneliktir. İsviçre Federal Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı m. 51'deki hakimin soru sorma hakkının, sorumluluktan ziyade hakime verilen bir yetki olduğu anlaşılmaktadır²⁵⁷.

B. Anglo-Amerikan Hukukunda Hakimin Rolü

Anglo-Amerikan hukukunda mahkemenin görevi davada vakıadan hareketle hukuku bulmak, hukuku yaratmaktır, yoksa hukuku uygulamak değildir. Anglo-Amerikan hukukunda pozitif hukuk yoktur, doğal hukuk caridir²⁵⁸.

Yakın bir zamana kadar, Amerikan hukuk sisteminde, hakimin, davaya aktif katılımı söz konusu değildi. Hakimin davaya pasif katılımının, kararının adil ve bağımsız olarak verilmesine olanak sağladığı fikri kabul görmekteydi. Hakimlerin pasif katılımları, zamanla değişmiş ve bugün aktif şekilde yargılamaya katılan yönetici-etkin

²⁵⁴ Ngwasiri, "The Role of the Judge in French Civil Proceedings", CJQ, 1990, s. 167-185, s. 167 vd.

²⁵⁵ Jolowicz, Models of Civil Procedure, s. 290-295; Jolowicz, The Woolf Report, s. 204-208; Bkz. Cadiet, L., "The New French Code of Civil Procedure", European Traditions, s. 49-68.

²⁵⁶ Oberhammer/Domej, s. 299.

²⁵⁷ Atalı, s. 616-617; Tasarı m. 51: "Taraflardan birinin beyanının açık olmaması, eksik olması, çelişkili yahut belirsiz olması durumunda mahkeme, uygun sorular aracılığıyla, ona beyanını açıkça sunma imkanı verebilir" (Atalı, s. 617).

²⁵⁸ Yıldırım, Teksif ve Sözlük, s. 469.

(*managerial*²⁵⁹) hakim modeli ortaya çıkmıştır. Hakimler artık sadece uyuşmazlığın esası olan maddi hukuk kuralları ile ilgilenmemekte, aynı zamanda taraflar ile yakın iletişim içerisinde davanın başından sonuna kadar yönetimini yapmaktadırlar. Bu yönetsel rol büyük ölçüde, ön-yargılama aşamasında yapılan tahkikat faaliyetinin ihtiyaçlarından ötürü ortaya çıkmıştır. Her ne kadar, duruşma öncesinde yapılan tahkikat faaliyeti tarafların kontrolünde yürütülmekte ise de, taraflar bu aşamada ortaya çıkacak sorunları çözecek bir makama ihtiyaç duymuşlardır. Hakimler de bu aktif katılımı, dava üzerinde daha fazla kontrole sahip olmaları nedeniyle yararlı bulmuşlardır. Hakimlerin bu etkin katılımları yargılamanın hızlanmasını sağlarken, aynı zamanda taraflar açısından sulh olma imkanlarının daha fazla değerlendirilmesine yol açmıştır²⁶⁰.

Amerikan medeni yargılamasında, hakimin taraflara göre ikincil bir rol üstlendiği kabul edilir. Bazı hakimler pasif bir rol üstlenirken, sadece yargılama öncesindeki safhada ortaya çıkacak karar verilmesini gerektiren durumlarla ilgilidirler. Bazı hakimler ise çok aktif bir rol üstlenirler; özellikle uyuşmazlık konularının erken tespit edilmesi, tahkikat ile ilgili konularda veya tahkikatın gecikmesine neden olan durumlarda konuya müdahil olurlar. Ancak, belirtmek gerekir ki, hakimler, Kıta Avrupası'nda olduğu gibi konu açısından geniş bir role sahip değildirler. Amerika'da jüri yargılamanın halen geçerli olmasının bu durumda etkisi vardır²⁶¹. Amerikan hukukunda, hakim, taraflarca getirilen vakıalarla ilgilenir ve kural olarak tanıkların dinlenmesine ve çapraz sorgulamaya katılmaz ancak avukatlar tarafından tanıklara sorulan sorulara ek olarak bazı sorular sorabilir. Hakim, vakıalarla ilgili ek delil sunulmasını talep edemez; ancak ispat faaliyeti yeterince yerine getirilmemişse, sadece bu faaliyeti yerine getirmeyen tarafın aleyhine karar vermekle yetinir²⁶². Hakim, yargılamanın son aşamasında, jüri için delillerin detaylı bir incelemesini yapamaz, bu faaliyet avukatlar tarafından yerine getirilir. Jürisiz yapılan yargılamada da hakim aynı

²⁵⁹ Aktif hakim terimi, İngilizcede aynı zamanda “ad hoc procedural activism by judges” şeklinde de kullanılabilir (Taniguchi, s. 493).

²⁶⁰ Resnik, Judith, “Managerial Judges”, Harvard Law Review, 1982, S. 374, s. 2-70.

²⁶¹ Yüksek mahkemelerin vakıaların denetimini yapması da Amerikan hukukunda sınırlandırılmıştır (Resnik, s. 7); Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Merry, “Scope of the Supreme Court’s Appellate Jurisdiction: Historical Basis”, 47 Minn. L. Rev. 53, 1962, vs. 61-63; Johnson, Earl, National Report on American Law: “Preserving Justice in an Era of Global Economic Competition”, The International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization, Collected Reports, Tokyo 1992, s. 211-232, s. 215.

²⁶² Hazard/Taruffo, American Civil Procedure-An Introduction, Yale University Press 1993, s. 89.

şekilde inceleme yapmaz ancak avukatlar tarafından bu hususta yapılan açıklamaları dinler²⁶³. Hakimin delil ikamesine veya avukatların sözlü açıklamalarına sık sık müdahale etmesi veya tanıkların dinlenmesi esnasında yönlendirici müdahalesi, Amerikan temyiz mahkemeleri tarafından hukuka aykırı bulunmuştur²⁶⁴.

İngiliz hukukunda ise hakimin rolü Amerikan hukukunda olduğundan daha farklıdır. 1833 yılından itibaren jürinin giderek etkisini kaybetmesi ve jüri yargılamaya istisnai bazı davalar dışında başvurulmaması, hakimi bu ülkede daha etkin bir rol içerisine sokmuştur²⁶⁵. CPR m. 32.1 hakime, davayı sevk ve deliller üzerinde kontrol yetkisi vermektedir. CPR m. 32'ye ilişkin diğer açıklamalar ileride İngiliz hukukunda vakıa ve delillerin toplanması başlığı altında yer almaktadır. Ancak, burada şu hususu belirtmeliyiz ki, İngiliz hukukundaki hakime tanınmış olan maddi anlamda davayı sevk yetkisini, Kıta Avrupası hukukundaki gibi özellikle de Avusturya, Alman ve Türk hukukundaki maddi anlamdaki sevk yetkisi şekliyle anlamamak gerekir²⁶⁶. İngiliz hukukunda, hakimin davayı aydınlatma ödevi yoktur ve yetkileri sadece davanın CPR'daki Temel Esasa uygun görülmesine yöneliktir. Ortak hukukun uygulandığı Avustralya hukukunda da hakimin pasif rolde olması anlayışı terk edilmiştir. Hakimler, burada da dava süreci ile yakından ilgilidir ve davayı kontrol altında tutma bilinci içersindedirler²⁶⁷.

İngiliz hukukunda hakimin hukuku re'sen uygulamasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. 1873-1875 yılları arasında yürürlüğe giren *Judicature Acts* kapsamındaki bir dizi yasal değişiklikten önce tarafların vakıaların yanı sıra olaya uygulanacak hukuki sebepleri de göstermeleri zorunluydu. Bugünkü düzende, uygulanacak hukuki sebebi belirtmek zorunlu olmasa da, uygulamada, mahkemelerin bu geleneği sürdürdükleri ve hukuki sebeplerin tartışılmasını taraflara bıraktığı görülmektedir. Taraflar, dava konusu olaya belirli bir hukuki kuralın uygulanması konusunda açıkça anlaşmışlarsa, hakimin bunu değiştirme yetkisi yoktur ve bu hukuki

²⁶³ Hazard/Taruffo, s. 9; Karş. Chase, s. 296-300.

²⁶⁴ Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, Civil Procedure-Cases and Materials, St. Paul 2001, s. 1034.

²⁶⁵ Verkerk, R., "England and Wales", European Traditions, s. 307-316, s. 309.

²⁶⁶ Bkz. Peysner/Seneviratne, s. 25.

²⁶⁷ Cairns, Bernard, Australian Civil Procedure, 6th Ed., 2005, s. 42; Sackville, Ronald, Reforming the Civil Justice System: The Case for a Considered Approach, Beyond the Adversarial System, Ed.: Helen Stacy/Michael Lavarch, Sydney 1999, s. 34-68, s. 60 vd.

kuralı önündeki uyuşmazlığa uygulamakla yükümlüdür. Ancak tarafların açık bir anlaşması yok ise hakim tarafların gösterdikleri hukuki sebepler ile bağlı değildir, vakıya uygulanacak olan hukuki sebebi re'sen tespit edebilir²⁶⁸.

Hakimin hukuku re'sen uygulamamasının ne dereceye kadar geçerli olacağı tartışmalıdır. Temyiz mahkemesi, *Goldsmith v. Sperrings*²⁶⁹ davasında, tarafların gösterdikleri hukuki sebeplerin dava konusu olaya uygulanmasının açıkça söz konusu olmadığı hallerde, hakimin, sırf tarafların gösterdikleri maddi hukuk kurallarını uygulayarak davayı çözümlemesinin doğru olmayacağına karar vermiştir. Bu kararın karşı oy gerekçesinde ise, hakimin tarafların tartışmadıkları bir hukuki sebebi uygulamasının, “*audi alteram partem*” (*çekişmeli yargılama hakkı*) ilkesine aykırı olacağı, taraflara öncelikle uygulanması düşünülen hukuki sebep üzerinde açıklamada bulunma olanağının tanınması gerektiği belirtilmektedir. Temyiz mahkemesi, bir başka kararında ise mahkemenin tarafların göstermedikleri bir hukuki sebebi uygulamaya karar vermesi halinde, öncelikle bu hukuki sebep hakkında taraflara açıklamada bulunmaları için söz hakkı tanınması gerektiğine işaret etmiştir. Sonuç olarak söylenebilir ki, teorik açıdan hakimin hukuku re'sen uygulama yetkisi var ise de, uygulamada bu husus daha çok taraflara bırakılmaktadır. Eğer hakim taraflarca gösterilmeyen bir hukuki sebebi olaya uygulamak isterse, öncelikle taraflara bu konuda söz hakkı tanınmalıdır²⁷⁰.

IV. Yargılamada Tarafların ve Avukatların Rolü

Usul Kanunları, yargılamadaki inisiyatif hakimin eline ya da tarafların egemenliğine vermiş olabilirler. Birinci yol benimsenmişse, hakimin yargılamayı sevk etmesi, diğer yol seçilmişse yargılamayı tarafların sevki prensibinden bahsedilir. Modern usul hukukçuları da, yargılamanın yürütülmesine kimin, yani tarafların mı yoksa hakimin mi egemen olması şeklinde özetleyebileceğimiz bu sorunla yakından ilgilenmektedirler²⁷¹. Medeni yargılama hukukunun tarihsel gelişmesi ve bugünkü durumu göstermektedir ki, yargılamaya hakim olan ilkelerin bir medeni yargılama

²⁶⁸ Verkerk, s. 315.

²⁶⁹ [1997] 1 W.L.R. 478 (Verkerk, s. 315); Bkz. Graef, s. 45-46.

²⁷⁰ Verkerk, s. 315; Graef, s. 45.

²⁷¹ Üstündağ, s. 263.

sisteminde bütün tutarlı sonuçları ile etkin olmaları söz konusu olmamıştır. Yani getirdiği hükümlerle dava malzemesinin toplanması bakımından tarafa ağırlık vermiş olan bir sistem, bu konuda hakime de yetkiler tanımıştır, aksi sistemi kabul etmiş bir sistemde de böyle olmuştur²⁷². ALI/UNIDROIT'in yayınladığı Uluslararası Hukuk Usulü Prensipleri ve Kurallarında da her iki sistemin kendilerine has kurumlarının varlığını görmek mümkündür²⁷³.

Kıta Avrupası'nda, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi hakimdir. Bu ilke ise yargılamanın hızlandırılması ve davanın makul bir süre içerisinde görülmesi amacıyla bazı istisnalara tabidir. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi, hakimin gerçeği arama arzusu önünde bir sınır oluşturur. Bu nedenle de, medeni yargılama hukukunda bu prensip istisnasız kabul edilmiş değildir²⁷⁴. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi, iddianın ve savunmanın dayanağı olan vakıaların ve delillerinin taraflarca mahkemeye bildirilmesi anlamını taşır. Bu ilkeye göre, hakim incelemesini taraflarca kendisine bildirilmiş olan dava malzemesi üzerinde yapar. Hakim, tarafların bildirmediği vakıaları kendiliğinden inceleyemez ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz. Hakim, tarafların kendisine bildirdikleri vakıalara göre dava konusu olayı tespit eder ve ona gerekli hukuk kurallarını uygular. Hakim, sadece taraflar arasında çekişmeli olan vakıaları araştırma konusu yapabilir. Taraflar arasında çekişmeli olmayan vakıalar, kural olarak hakim tarafından araştırılmaz; hakim olayı tespit ederken ve hükmünü verirken, bu çekişmesiz vakıaların doğru olduğu varsayımından hareket etmek zorundadır²⁷⁵.

Bir fikre göre, bu ilkenin kabul edilmesini, medeni yargılama hukukunun özel hukuka ilişkin hakların gerçekleşmesini ve korunmasını amaçladığını belirterek açıklamak mümkündür. Tarafların, dava malzemelerinin tam ve eksiksiz olarak mahkemeye getirilmesinde menfaatleri vardır. Özel hakların gerçekleşmesinde kural

²⁷² Alangoya, Vakıalar, s. 7 ve son; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2005, s. 209; Resnik de hiçbir sistemin saf bir şekilde adversarial veya inquisitorial olamayacağını belirtmektedir. Amerikan hukukunda da hakimin belirli durumlarda tanıkları sorgulayabileceği veya bir tanığın dinlenmesine izin vermemesi söz konusu olabilir (Resnik, s. 8).

²⁷³ Bkz. Yeşilirmak, Ali, "Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitünün Uluslararası Hukuk Usulü Prensipleri", MİHDER 2005, S.2, s. 391-407, s. 392; Bu konuda daha fazla bilgi için bkz Transnational Civil Procedure.

²⁷⁴ Üstündağ, s. 238.

²⁷⁵ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder; Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2004, s. 405-406; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 205.

olarak devletin bir çıkarının olmayışı, kamu yararının bulunmayışı, bu konuda dava malzemelerinin taraflarca getirilmesini gerektirmiştir²⁷⁶. Alman hukukunda, avukat, dava açılmadan önce müvekkilinden iddialarıyla ilgili tüm bilgi ve belgeyi istemek zorundadır. Eğer dava açılmasına imkan verecek nitelikte bir dava sebebi veya bu sebebi destekleyecek deliller bulunmuyor ise, avukat, müvekkiline bu şekilde dava açılmasının meydana getireceği olası sonuçlar hakkında bilgi vermek zorundadır. Yeterli bir dava sebebi veya delil bulunmadan dava açılmasının en mühim sonucu, müvekkilin dava masraflarını da içerisine alan bir tazminat sorumluluğu ile karşılaşması olabilir²⁷⁷. Yargılamada taraflar ayrıca, davanın kesintisiz bir şekilde görülmesini sağlama konusunda yükümlülük altındadır²⁷⁸ (ZPO § 282).

Anglo-Amerikan hukukunda, taraflar, dava malzemesinin getirilmesi ve mahkeme önünde tartışılması konusunda daha fazla etkindirler; bunun yanı sıra tahkikatın kapsamını belirleme yetkileri vardır. Tahkikat süresince taraflar arasında anlaşmazlık olmadıkça hakimin, delilin kabule şayan olup olmadığına karar vermesi gibi, davaya müdahalesi ve yargılamadaki etkinliği sınırlıdır. Tarafların davaya ön-yargılama aşamasında kapsamlı bir hazırlık yapmaları ile sürprizle karşı karşıya kalınmaması sağlanır. Avukatların ise yargılamada önemli fonksiyonları vardır; davanın sonucu büyük ölçüde onların hazırlık ve sunumlarına bağlıdır²⁷⁹. Amerikan hukukunda küçük uyuşmazlıklara bakan mahkemeler dışında bir avukatın katılımı olmadan yargılamayı sürdürmek neredeyse olanaksızdır. Bunun sebebi, tarafın, bir avukatın katılımı olmadan sulh müzakerelerini yapabilecek ve ön-yargılama aşamasını tamamlayabilecek bilgi ve deneyimden yoksun olmasıdır. Avukatların maddi hukuku tespit edip uygulamaları temsil ettikleri tarafın menfaatleri açısından önemlidir. Amerikan yargılama hukukunda, özellikle jüri yargılamasının yapıldığı hallerde, avukatın yetenekleri ve taktiksel davranışları davanın sonucuna etki edebilecektir.

²⁷⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 205.

²⁷⁷ Waltjen, Dagmar Coester/Zuckerman, Adrian A.S., “The Role of Lawyers in German Civil Litigation”, CJK, Vol. 18, 1999, s. 291-310, s. 294-295.

²⁷⁸ Waltjen/Zuckerman, s. 299.

²⁷⁹ MacDonald, Rodney, Legal Culture, Civil Justice Reform Working Group, 2005, s. 4 (www.bcjusticereview.org/working_groups/civil_justice/cjrwg_paper); Anglo-Amerikan hukukunda avukatlık hakkında bkz. Markovits, Daniel, “Adversary Advocacy and The Authority of Adjudication”, FLR, Vol. 75 2006, s. 1367-1395; Chase, s. 294-295.

Jürinin seçimi, duruşmada jüriye açılış konuşması yapılması, konuşmanın zamanlaması, tanıklara sorulacak olan sorular gibi hususlar bunlardan bazılarıdır.

Amerikan hukukunda, avukatların esas duruşmadaki faaliyetlerinin adeta bir sanat olduğu belirtilmektedir²⁸⁰. Bu husus, yargılamada sözlülük ilkesinin geçerli olması ile yakından ilgilidir zira tarafların duruşmadaki açıklama ve davranışlarına özel bir önem atfedilmektedir. Ancak, sözlü usulde, delil ikamesi açısından durumun Kıta Avrupası'ndan farklı olduğunu belirtmek gerekir. Amerikan hukukunda, esas duruşma aşamasında delil ikamesi söz konusu değildir.

İngiliz hukukunda, tarafların yargılamada usuli hak ve yetkilerini kötüye kullanmamaları için avukatların dürüstlüğü ve uzmanlıkları önemli bir rol oynar. İngiliz hukukunda eğer taraflardan biri hiçbir temeli olmayan bir davayı sırf hasmını rahatsız etmek için açarsa, avukat, böyle bir davanın açılmayacağı yönünde görüş vermek ve vekillik yapmayı reddetmekle yükümlüdür. Eğer bu nitelikte bir dava açılırsa, mahkeme olayın özelliğine göre yargılamadaki masrafların avukat üzerine yükletilmesine karar verebilir²⁸¹. Yargılamada tarafların ve avukatların dürüst davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Avukatlar, müvekkillerin haklarını korurken adaletin menfaatlerine uygun hareket etme yükümlülüğü altındadırlar²⁸². CPR m. 1.3 uyarınca da, taraflar, mahkeme ile işbirliği yapmak zorundadırlar. İngiliz hukukunda, son değişiklikler çerçevesinde hakimle tarafların işbirliği ilkesinin hakim olduğunu söylemek mümkündür²⁸³. Özellikle, Avukatlık Meslek Kuralları, avukatların doğruyu söyleme ödevine ilişkin detaylı kurallar içermektedir. Bunlardan en önemlisi, avukatın, dava ile ilgili tüm emsal mahkeme kararları ve uygulanabilecek hukuki normları, vekillik yaptığı tarafın aleyhine dahi olsa, mahkeme'ye bildirme yükümlülüğüdür. Avukat, doğruyu söyleme ödevi kapsamında vakıaları da mahkeme'ye doğru ve objektif bir şekilde

²⁸⁰ Eski Yunan'da Çiçeron, mahkemeyi etkilemenin son konuşmayla mümkün olduğunu vurgulayarak, iyi bir savunman olabilmek için; a. geniş edebiyat bilgisi, b. sağlam felsefe temeli, c. hukuk uzmanlığı, d. strateji yeteneği ve e. jüriyi etkileme yeteneğinin olması gerektiğini belirtmiştir (Çelik, Adil Giray, Mesleğin Tarihçesi-Cumhuriyet Döneminde Savunma-Avukatlıkta Meslek Öncesi Eğitim, 2000, İstanbul Barosu Staj Konferansı, s. 2).

²⁸¹ Andrews, The Pursuit of Truth in Modern English Civil Proceedings, s. 79; Çoğu zaman usuli hak ve yetkilerin kötüye kullanılması ile davanın temelsiz açılması halleri arasında kesin bir ayırım yapmanın mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Three Rivers DC v Bank of England (No 3) [2001] 2 All ER 513 (Andrews, English Civil Procedure, s. 213, dn. 37, HL; Andrews, The Pursuit of Truth in Modern English Civil Proceedings, s. 80, dp. 80).

²⁸² Access to Justice Act 1999, s. 42.

²⁸³ Peysner/Seneviratne, s. 12-15; Deren-Yıldırım, "Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB, Ankara 2004, s. 817-830, s. 828.

aktarmak zorundadır. Avukat, aksinin doğru olduğunu bildiği vakıa ve delilleri dermayen etmemekle yükümlüdür. Avukat, müvekkilinin kendisini yanılttığını veya bilerek bazı bilgi ve belgeleri kendisinden gizlediğini anlaması halinde, müvekkil gerçeği mahkemeye bildirene kadar vekillik görevinden çekilmek zorundadır. Avukatlara atfedilen bu yükümlülükler, kendisinin müvekkilinden bağımsız bir şekilde adaletin menfaatlerine uygun şekilde hareket etmesini sağlamaktadır²⁸⁴.

Türk hukuku açısından ise kural olarak vakıa ve delillerin taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir. Buna karşın HUMK m. 75/2 hükmündeki düzenleme, hakimin aydınlatma ödevinin bir parçasını teşkil etmektedir. Dava malzemesinin toplanması bakımından hakim yetkilendirilmiştir. HUMK'ta, tarafların doğruluk ödevini düzenleyen genel bir kural olmamakla beraber, bu yükümlülük Türk hukukunda da kabul edilmektedir. Genel bir hukuk kuralı olarak, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadırlar (MK m. 2). Dürüstlük kuralı, tarafların yargılamada yaptıkları işlemler dışında, işlemlerin yorumlanması, tamamlanması, gözden geçirilmesi ve değiştirilmesinde de dikkate alınır²⁸⁵. Doğruluk (doğruyu söyleme) ödevi taraflar ve vekilleri için dilekçeler bakımından olduğu gibi duruşmalar açısından da söz konusudur. Bazı görüşlere göre, doğruluk ödevi subjektif niteliktedir, yani taraf aksinin doğru olduğunu bilmesine rağmen vakıalar ve deliller dermayan etmemelidir; yoksa tarafın sadece doğru bildiği vakıaları ve delilleri dermayan edebileceği şeklinde anlaşılmamalıdır²⁸⁶.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 1 ve 3 uyarınca, avukatlığın bir kamu hizmeti olduğu ve amacının, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olduğu belirtilmiştir. Bu açıdan

²⁸⁴ Graef, s. 54-55; İngiliz Avukatlık Meslek Kuralları (Solicitors' Code of Conduct 2007) hakkında bkz. <http://sra.org.uk>

²⁸⁵ Alangoya, Vakıalar, s. 199; Özekes, s. 80.

²⁸⁶ Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2005, 5. Bası, s. 311 ve orada anılan Rosenberg, Schwab, Gottwald isimli hukukçular; Özekes, s. 80; Alangoya, Vakıalar, s. 121 ve son; yalan söyleyerek hakimi yanıltma (usul hilesi) nin suç veya iade muhakeme sebebi olması ve ödevi aykırılıklar bakımından bkz. Alangoya, Vakıalar, s. 122 ve son; Alman hukukunda tarafların doğruyu söyleme ödevine aykırı davranışları halinde kanunda uygulanacak bir yaptırım öngörülmemiştir ancak hakim bu hususu delillerin değerlendirilmesinde dikkate alacaktır (Koch/Diedrich, s. 29).

avukatın sadece müvekkiline karşı değil aynı zamanda yargılamanın kurucu unsurlarından olduğundan kamuya karşı da üstlenmiş olduğu yükümlülükler vardır. Avukatın müvekkiline karşı olan özen yükümlülüğü, avukatın uyuşmazlığın adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesinin bir yansımasıdır²⁸⁷.

Davayı kabul eden avukat, yaptığı işin niteliği gereğince, uyuşmazlığa uygulanacak olan yasaları bilen ve muhtemel sonucu öngörebilen bir konumdadır. Çünkü avukatın, iş sahibini, açılacak davanın riskli ve avantajlı yönleri hakkında objektif olarak aydınlatma yükümlülüğü vardır. Avukat, aynı zamanda, iş sahibinin, işinin başarıya ulaşması bakımından en güvenli ve amaca en uygun olan yolu seçmekle yükümlüdür²⁸⁸.

V. Vakıa ve Delillerin Toplanması

A. İngiliz Hukukunda

Vakıalar, taraflarca sunulan dava dilekçesi ve cevap dilekçesi ile getirilir, bu nedenle vakıaların toplanması süreci ilk olarak davanın açılması ve iddia ile savunmaların taraflarca getirilmiş olması ile başlar²⁸⁹. Jürili yargılamanın büyük ölçüde ortadan kalkmasıyla birlikte yargılamaya hazırlık aşaması ile delillerin toplanması aşaması arasında kesin bir ayırım yapma gerekliliği ortadan kalkmıştır, böylelikle vakıaların tespiti, ön-yargılama aşamasının konusu haline gelmiştir²⁹⁰.

İngiliz hukukunda yargılamanın yürütülmesinde taraf serbestisi ilkesi egemendir; taraflar dava konusunu belirlemekte serbest oldukları gibi hangi dava malzemesinin yargılamaya getirileceği konusunda da kural olarak serbestiye sahiptirler²⁹¹. Modern İngiliz hukukunda, tarafların, özet olarak, iddia ve savunmalarını dayandırdıkları vakıaları açıklamaları gerekmektedir, bu yerine getirilmezse dilekçeleri

²⁸⁷ Borçlar Kanunu m. 390/2; Daha fazla bilgi için bkz. Özkan-Sungurtekin, Meral, “Avukat Yükümlülükleri”, Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları No:81, İzmir 1997, s. 291-309.

²⁸⁸ İldır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara 2003, s. 141; Karş. Aday, Nejat; Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, 2. Bası, İstanbul 1997, s. 13-15; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 2. Bası, İstanbul 1987 s. 412-415.

²⁸⁹ Jolowicz, On Civil Procedure, s. 207.

²⁹⁰ Stürner, s. 11.

²⁹¹ Zuckerman, On Civil Procedure, s. 397; Örneğin taraflar sözleşmenin ihlal edildiği konusunda çekişme içerisinde değilseler ve ortaya çıkan zararı dava konusu yapmak istemekteyseler, hakimin bunu araştırma yetkisi yoktur. Benzer şekilde taraflar mahkemenin iznine gerek olmadan davadan feragat edebilirler veya uzlaşabilirler (a.g.e., s. 398); Verkerk, s. 308.

dikkate alınmaz ve mevcut duruma göre karar verilir. Ancak, dilekçelerde vakıanın hukuki bir sebebe dayandırılması ve delillerin gösterilmesi zorunlu değildir²⁹². Buna karşılık, taraflar, dilekçelerinde belirtmedikleri bir vakıa ile ilgili delil sunamazlar veya ortaya koydukları vakıaya uygulanma imkanı olmayan bir hukuki sebebi ileri süremezler. Bu nedenle dilekçelerin amacı, ilk olarak tarafların uyuşmazlık halinde oldukları noktaları tespit etmek ve daha sonra da vakıaları ispata yarayacak delilleri ve uygulanabilecek maddi hukuk kurallarını belirlemektir²⁹³.

Kıta Avrupası'ndaki iddiaların ve savunmaların genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına benzer şekilde, İngiliz hukukunda da, mahkemenin onayı olmadan yeni vakıa getirilemez veya vakıalar değiştirilemez. İngiliz hukukunda, Fransız hukukundaki tahkikat hakiminin (*juge de la mise en état*) karşılığı yoktur; mahkemenin değişiklik dilekçeleri üzerinde her zaman denetimi vardır. Amaç, taraflar arasındaki uyuşmazlık noktalarının nihai bir şekilde tespit edilmesini sağlamaktır²⁹⁴. Teorik açıdan vakıalar, deliller, ispat vasıtaları ve hukuki sebepler açısından bir ayırım bulunduğu kuşkusuzdur, ancak uygulamada çoğu zaman bu ayırımı yapmanın güç olduğu belirtilmektedir²⁹⁵.

Hakim, kural olarak, taraflarca belirli bir delilin getirilmesi gerektiğine karar veremez veya hangi vakıaları ileri sürmeleri gerektiğine dair açıklamada bulunamaz²⁹⁶. Delillerin toplanması ve yargılamaya getirilmesi tarafların sorumluluğundadır. Eğer taraflardan biri, dinlenmesi gereken bir tanığın ismini göstermemiş veya belirli bir delili ikame etmemişse, davanın aydınlanması için çok önemli olsa dahi, hakim, kendiliğinden yargılamaya getirilmemiş olan delile kural olarak başvuramaz. Hakimin taraflarca ikame edilmemiş olan bir delili yargılamaya getirmesi istisnaen söz konusu olabilir ve uygulamada da çok ender durumlarda bu yola başvurulur²⁹⁷. Buna karşın re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı bazı davalarda (aile hukukuna ilişkin davalar vb.)

²⁹² Verkerk, s. 315.

²⁹³ Jolowicz, On Civil Procedure, s. 208.

²⁹⁴ Jolowicz, On Civil Procedure, s. 210-211; Verkerk, s. 308; Schlosser, s. 82.

²⁹⁵ Jolowicz, On Civil Procedure, s. 212; Alman hukukunda, taraflar, hukuki sebep göstermek zorunda olmasalar da, uygulamada davanın esası hakkında mahkemeyi ikna etmek maksadıyla, genelde hukuki sebepleri de göstermektedirler (Gottwald, Fact-finding, s. 68).

²⁹⁶ Michalik, Paul, "England and Wales", Civil Justice in Crisis, s. 121.

²⁹⁷ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 398; Bu durumun sebebi İngiliz yargılama kurallarının tarihsel olarak jüri yargılaması kurallarından doğmuş olmasıdır (a.g.e., s. 402).

hakimin kendiliğinden delile başvurma yetkisi vardır.²⁹⁸ İngiliz hukukunda, hakime davayı aydınlatma görevi verilmemiş olmasının, yargılamada gerçeğe ulaşma amacının bulunmadığı anlamına gelmediği ifade edilmektedir. CPR, tarafların vakıa ve delillerini yargılamaya getirmeleri açısından etkili yollar sunmaktadır. Taraflardan biri, bir delile dayanmış ise, bu delilin hasmın elinde olmasının bir önemi yoktur çünkü CPR, hasmın elindeki belgelerin yargılamaya getirilmesi için taraflara ödev ve sorumluluklar yüklemektedir²⁹⁹.

Dava yönetiminin en önemli unsurlarından biri mahkemenin deliller üzerinde kontrol yetkisinin bulunmasıdır. Tarafların, hiçbir sınırlamaya tabi olmadan ve yargılama ile ilgisini ortaya koymadan diledikleri tüm belge ve malzemeyi yargılamaya getirmeleri uygun değildir. Bu hususta delilin dava konusu ile ilgisi yani illiyet bağının bulunması (*relevance*) ve delilin uygunluğu, kabul edilebilirliği (*admissibility*) konularının üzerinde durmak gerekir. Delilin uygun olması, yani delil niteliğinin kabul edilebilir olması öncelikle dava konusu ile arasındaki bağı ilgilendiren bir konudur. İlliyet bağı ise hukuk tarafından düzenleme altına alınan bir konu olmayıp, mantık kurallarına ve genel değerlere göre tespit edilebilen bir husustur. Delil ise kendi başına veya başka delillerle birlikte bir vakıanın varlığını ispatlamaya yarayan bir olgudur. Bir vakıayı ispatlamaya yaramayan bir delilin dava konusu ile arasında bir illiyet bağı yoktur ve bu nedenle uygun delil olma özelliği de bulunmaz. Delilin uygunluğu, illiyet bağının aksine, hukuki bir olgudur. İlliyet bağı, delilin uygun olmasının bir ön koşuludur ancak illiyet bağının olması delilin her zaman uygun olduğu sonucunu doğurmaz. Dava konusu ile arasında illiyet bağı bulunan bir delil, davayı aydınlatmaya yeterli görülmeyebilir ve bu nedenle mahkeme tarafından kabul edilmeyebilir³⁰⁰. Tahkikata konu belgeler üzerinde yapılacak incelemede, incelemeye konu olan belgelerin dava ile ilgisi, her davaya göre farklılık arz eder. Ancak bir incelemenin devamı niteliğinde yapılacak başka incelemeler, fiziksel muayeneler ve arama

²⁹⁸ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 403.

²⁹⁹ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 405.

³⁰⁰ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 422.

niteliğindeki işlemlerde tahkikat kuralları daha katıdır ve dava ile bu konular arasında doğrudan bir bağ aranmalıdır³⁰¹.

Dava ile ilgisi olan bir delil, kanun tarafından davaya getirilmesi yasaklanmış olması nedeniyle tahkikat kapsamında incelenemez. Hukuka aykırı yoldan elde edilmiş deliller, kanun kapsamında korunan gizli-özel yazışmalar, sulh müzakerelerinde kullanılan belge ve bilgiler gibi deliller yargılamaya getirilirse hakim tarafından bu delilin tahkikat kapsamı dışında bırakılmasına karar verilir. Hakim, davaya çok fazla katkısı olmayacak ve yargılamayı uzatacak nitelikteki delillerin de tahkikat kapsamı dışında tutulması kararını verebilir³⁰². CPR'daki değişiklikten önceki dönemde, hakimin bir delilin tahkikat kapsamı dışında tutulup tutulmayacağı kararını vermesi ve deliller üzerinde kontrole sahip olması mümkün değildi çünkü her şeyden önce hakimin yargılamadan önce deliller üzerinde inceleme yaparak bir değerlendirme yapma imkanı bulunmamaktaydı. CPR'daki değişiklikten sonra, hakimin yargılamadan önce deliller üzerinde inceleme yapması mümkün hale getirilmiş, deliller üzerinde kontrol yetkisi tanınmıştır. CPR m. 32.1'e göre, hakim, hangi hususların ispata muhtaç olduğunu taraflara bildirebilir, ispata muhtaç konuların hangi nitelikteki deliller ile ispatlanması gerektiğine dair kararlar verebilir ve delilin mahkeme önüne nasıl getirileceğine ilişkin hususlarda bildirimlerde bulunabilir. CPR m. 32.2 uyarınca hakimin yasal bir delilin önceden yargılamaya getirilmesini yasaklama yetkisi vardır. CPR m. 32.3 hükmü ise hakime, taraflarca yapılacak olan çapraz sorgulama haklarını kısıtlama yetkisini içerir. CPR m. 32.2'deki hüküm, hakimin delilin getirilmesini yasaklama yetkisini içermekten ziyade aslında bu ifadeyi delil ikamesi hakkının sınırlandırılması (tanık, bilirkişi sayısının sınırlanması gibi) şeklinde anlamak gerekir. Hakim, re'sen bilirkişi deliline başvuramaz ancak taraflarca bilirkişi deliline başvurulması halinde ortak bir bilirkişi tayin edilmesine karar verme yetkisine sahiptir. Hakim böyle bir karar verdiği takdirde her iki taraf kendi bilirkişisini tayin edemez. Hakim, tanıkları istediği sıraya göre dinleme yetkisine sahiptir. CPR m. 32, hakimin yargılamayı Temel Esasa göre yönetmesi için, diğer bir deyişle dava yönetimi ilkelerini uygulaması amacıyla getirilmiş bir düzenleme olduğundan, hakim, deliller üzerindeki kontrol yetkisini

³⁰¹ Stürner, Rolf, "Why Are Europeans Afraid to Litigate in the United States?" (Kıs.:Litigation in US), Saggi, Conferenze Seminari, Roma 2001, s. 1-23, s. 4.

³⁰² Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 422-423.

kullanırken orantılılık ve ölçülülük ilkelerini her zaman göz önüne almalıdır. CPR m. 32, dava yönetimi kapsamı dışındaki konuların çözümlenmesi için kullanılabilecek bir araç değildir³⁰³.

Yeni CPR kurallarına göre, taraflar davayla ilgili olan ve delil niteliği bulunan her belgeyi yargılamaya getiremezler. Hakim, belgenin getirilmesinin çok fazla zaman alacak olması, pahalı olması veya ispat hakkı ile orantısız olması durumlarında, o belgenin aslında delil niteliğine sahip olmasına rağmen, yargılamaya getirilmesine izin vermeyecektir. CPR m. 32.2’de hakimin, ispatın hangi deliller ile yapılması konusundaki bildirimini, sözlü yargılama yapılmayan davalarda söz konusu olabileceği gibi hakimin bir konunun hangi delil ile ispatlanıp ispatlanamayacağı tartışmasını esas duruşma aşamasına bırakmak istememesi durumunda da mümkündür. Hakimin deliller üzerinde kontrol yetkisi sadece CPR m. 32 ile sınırlı değildir. Süresi içerisinde yargılamaya getirilmeyen deliller mahkeme tarafından değerlendirmeye alınmaz. CPR m. 31.21’e göre ise, bir tarafın, ikame etmemiş olduğu bir delile esas duruşmada dayanması mümkün değildir³⁰⁴.

CPR m. 3.1 (2) uyarınca, mahkemenin, vakıalar üzerindeki kontrol yetkisi, i) bir konunun ayrı bir dava konusu yapılması kararını (davanın ayrılması kararını), ii) uyuşmazlık konularının hangi sıra altında inceleneceğini ve iii) bir vakıanın değerlendirme dışında bırakılması kararını içerir³⁰⁵. İlk iki sıradaki yetkiler açıklayıcı niteliktedir. Vakıanın değerlendirme kapsamı dışında bırakılmasının ise sınırlı bir anlamı vardır. Buna göre, hakim, tarafların üzerinde anlaşmış oldukları bir vakıanın değerlendirilmeyeceğine kendiliğinden karar veremez. Hakimin, usuli yaptırım olarak bir vakıayı kapsam dışı bırakması veya re’sen özet yargılama yapılması kararı vemesi mümkündür. Değerlendirme dışı bırakma, davanın çözümlenmesine etkisi olmayacak asli olmayan vakıalar için söz konusudur; davanın temelini teşkil eden vakıaların değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilemez³⁰⁶.

³⁰³ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 424; Verkerk, s. 313.

³⁰⁴ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 425.

³⁰⁵ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 426.

³⁰⁶ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 426.

B. Kıta Avrupası Hukukunda

Kıta Avrupası hukuku ile Anglo-Amerikan hukuku arasındaki farklı noktaların belki de en belirgin olanı vakıaların toplanmasına ilişkin olanıdır³⁰⁷. Vakıa, kanunda öngörölmüş olan bir durumu ifade eder; hukuki norm bünyesinde bir vakıayı barındırır. Eğer hukuk kuralı uyuşmazlığa konu vakıayı bünyesinde taşımıyorsa, olaya uygulanamaz çünkü bu durumda buna elverişli bir referans noktasını içermeyecektir. Bazen hukuk kuralı öylesine açık ifade edilmiştir ki, referans gösterdiği vakıa görünebilir durumdadır veya kolaylıkla anlaşılabilir. Ancak, bir vakıanın varlığı, genelde, bir tür gerekçelendirme aşamasından sonra başka görünebilen veya buna bağlı gerçeklerin önceden irdelenmesi ile ortaya çıkar. Vakıaların toplanması hakimnin fonksiyonlarından önemli bir kısmını oluşturur ve tarafların rolleri hakimnin bu fonksiyonu ile yakından ilişkilidir³⁰⁸.

Anglo-Amerikan hukukunda vakıaların ve delillerin toplanması, maddi hukukun uygulanması ve yorumlanmasına yönelik yargılama faaliyetinden bağımsız bir şekilde ele alınmaktadır. Kıta Avrupası hukukunda ise vakıaların ve delillerin toplanması yargılama faaliyetinin esaslı bir parçasını oluşturur³⁰⁹. Anglo-Amerikan hukukunda, yalın ve kısa bir dava dilekçesi varken, Kıta Avrupası'nda detaylı vakıaları içeren bir dava dilekçesi vardır; bu durum hakime vakıalar üzerinde daha fazla kontrol imkanı tanır. Yeni İngiliz sistemi de daha detaylı vakıalar içeren bir dilekçe öngörmektedir³¹⁰. Fransız hukukunda, taraflar arasındaki uyuşmazlık ve davanın hangi uyuşmazlık noktaları üzerinden yürüyeceğinin tespiti tahkikattan önce vakıa hakimi tarafından yapılmakta ve uyuşmazlık konusu kural olarak değişmeksizin kalmaktadır. Bu sistem Alman hukukuna yabancıdır çünkü Alman hukukunda ilk derece mahkemelerinde görev yapan tahkikat hakimi olmadığı gibi hakime geç getirilen vakıa ve delillerin reddi yetkisi tanınmıştır³¹¹.

³⁰⁷ Edward, Fact-Finding: British Perspective s. 43. Yazar, her iki hukuk sistemi arasında adversarial ve inquisitorial veya birinin gerçeği ararken diğerinin vakıalarla ilgili olduğu şeklinde ayrımlar yapılmasının doğru olmadığını, her iki sistem içerisinde çok farklı uygulamaların olduğunu ve her sistemin bu şekilde gruplandırılmasının yanıltıcı olduğunu ifade etmektedir (a.g.e., s. 43).

³⁰⁸ Jolowicz, On Civil Procedure, s. 212-213.

³⁰⁹ Edward, David, Fact-Finding: British Perspective, s. 55.

³¹⁰ Stürner, s. 9-10.

³¹¹ Pekcanitez/Yeşilova, s. 343.

Alman hukukunda, taraflar, bütün ayrıntılarıyla vakıayı detaylandırmalı ve dayanak noktaları olan delilleri göstermelidirler³¹². Davanın her iki tarafı da kendisi açısından vakıaları kesin bir açıklıkla belirtmek zorundadır, aksi halde, diğer tarafın ileri sürmüş olduğu bir vakıaya karşı suskun kalan, karşı çıkmayan taraf, bu vakıanın varlığını kabul etmiş sayılır (ZPO § 138 III). Vakıaların dilekçede inkar edilmiş olması, o vakıanın kabul edilmediği sonucunu doğurmaz. Genel şekilde yapılmış bir inkar, bir tarafın davranış ve gözlemlerine dayalı olmayan vakılarda geçerli bir savunma olarak kabul edilebilir (ZPO § 138 IV). Uygulamada yeterli ve yeterli olmayan inkar sınırlarını çizmenin oldukça zor olduğu ifade edilmektedir³¹³. İkrar edilmiş olan vakılar üzerinde inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır (ZPO § 288).

Hangi konuların uyuşmazlık noktaları oluşturduğu dilekçeler safhasında tespit edilir³¹⁴. Taraflardan biri, hakim tarafından belirlenen süre içerisinde kararın gereklerini yerine getirmezse, daha sonra aynı tarafın belli vakıaları ve delilleri ileri sürmesine izin verilmeyebilir. Ancak, hakim, tarafın geçerli bir mazereti bulunduğu kanısına varırsa, bu durumda vakıa ve delilin getirilmesine izin verebilir³¹⁵ (ZPO § 296). Tarafların iddia ve savunmalarını getirmelerinin yasaklanması kuralı, hukuki dinlenilme hakkını ortadan kaldıracak şekilde uygulanmamalıdır. Hakimin, taraflara gerekli bildirimlerde bulunmamış olması ve davanın çözümü için hazırlık yapmamış olması halinde vakıa getirilmesi sınırlandırmamalıdır³¹⁶. Alman Federal Mahkemesi, bir kararında, taraflardan herhangi birinin yargılamada gerçeğe ulaşılması için diğer tarafın elde edemeyeceği bir delili verme zorunluluğu olmadığına karar vermiştir. Böyle bir yükümlülüğün bulunmaması, tarafların dilekçelerinde vakıaları ayrıntılı bir şekilde açıklamak zorunda olmaları nedeniyle ön bilgi alınması ihtiyacının oldukça azalmış olmasından ötürüdür³¹⁷.

³¹² Leipold, Dieter, "Limiting Costs for Better Access to Justice: The German Approach", Reform of Civil Procedure, s. 266; Chase/Hershkoff, s. 222.

³¹³ Dava malzemesinin toplanması yetkisi taraflara tanınmış ise taraflarca getirilme ilkesi, bu yetki hakime tanınmış ise, yani hakim dava malzemesini teşkil eden vakıaları ve delilleri kendisi, görevinden ötürü toplayabiliyorsa, araştırma ilkesi kabul edilmiş olmaktadır (Alangoya, Vakıalar, s. 3).

³¹⁴ Bkz. Gottwald, "Comparative Analysis of the Reform of Civil Procedure", The Int'l Symposium, s. 147-163.

³¹⁵ German Code of Civil Procedure in English, s. 266.

³¹⁶ Gottwald, Fact-finding, s. 70-72; Gottwald, Comparative Analysis of the Reform of Civil Procedure, s. 153 vd.

³¹⁷ Gottwald, Fact-finding, s. 70.

Fransız hukukunda, taraflar ve üçüncü kişiler esas itibariyle bütün ispat araçlarını dava sırasında getirmek zorundadırlar. Buna karşın, Alman Usul Hukuku, bu konuda şimdiye kadar suskun kalmayı tercih etmekteydi. İspat yükü üzerinde bulunmayan taraf ve üçüncü kişi, sadece sınırlı bir kapsamda, yazılı delilleri veya keşif-özel hüküm sebeplerinin konusunu oluşturan delilleri ibrazla mükellef idi. Alman Usul Kanunu’da yapılan son değişiklikler bu durumu değiştirmemiştir. Alman kanun koyucusu, Anglo-Amerikan tahkikat usulünün (*discovery-verfahren*) bir çeşidini ithal etmiş olma endişesiyle, böyle bir yükümlülüğü düzenlemek istememiştir. Amerikan hukukunda, maddi vakıaların aydınlatılmasının kötüye kullanımı, her şeyden önce, vakıaların ve ispat araçlarının yeterince detaylı açıklanmasına ilişkin yükümlülüğün eksikliğine dayanmaktadır. Böyle bir yükümlülük varolduğu sürece, ispat isteminin kötüye kullanılmasına ilişkin tehlikenin düşük oranda olacağı ifade edilmektedir³¹⁸.

Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi özellikle 19. yüzyılın sonlarında ve 20. yüzyıl içerisinde, Avusturya’da değişikliğe uğramıştır. Daha fazla hakim kontrolünde bir yargılama yapılması yönündeki görüşler doğrultusunda gerçeğe ulaşılması için hakimin dava ile ilgili delilleri toplayabilmesinin gerekli olduğu söylenmiştir³¹⁹. Dava malzemesinin toplanması açısından, Avusturya hakimine yüklenen görevler yumuşatılmış araştırma ilkesine dayalıdır ve bu ilke uyarınca hakimin iddia edilmeyen bir husus hakkında araştırma yetkisi yoktur. Bunun haricinde ise, hakim soru sorabilir veya diğer bir yolla hakikate uygun bir olay tespiti yapabilir: hakim delillerin ortaya koyulmasını istemekle kalmaz, ayrıca re’sen her türlü delile başvurabilir. Bu deliller, davanın ve yargılamanın seyrine göre önemli vakıalar hakkında açıklama yapılması gerekli olan hususlar içindir³²⁰. Hakimin, delilin taraflarca yargılamaya getirilmesi konusunda zor kullanma yetkisi yoktur; taraf, eğer delili mahkemenin bu konudaki kararına rağmen getirmezse, bu davranışı mahkeme tarafından değerlendirilmeye alınır³²¹.

³¹⁸ Stürner, Fransa ve Almanya’da Yeni Usul Hukuku Reformları, s. 80 (Naklen).

³¹⁹ Taruffo, Michele, “Admission and Presentation of Evidence”, *Transnational Civil Procedure*, s. 165.

³²⁰ Rechberger, Walter H., “Avusturya Medeni Yargılama Hızlandırılması”, *İlkeler*, s. 6 (Naklen).

³²¹ Rechberger, National Report on Austrian Law: “Fundamental Aspects of the Reform of Civil Procedure in Austria” (Kıs.: Reform of Civil Procedure in Austria), *The Int’l Symposium*, s. 244-258, s. 249.

VI. Delillerin Değerlendirilmesi

A. Anglo-Amerikan Hukukunda

Mahkeme, bir vakıanın hakikate uygun olup olmadığına delillere göre karar verir, her delil aynı değerde olmadığı için somut bir delilin değerlendirilmesi de güçtür. Bu durumda delilin ispat kuvvetinden yani delil değerinden söz edilir. Delilin hakim in kanaatini etkileme kabiliyetine, delil değeri veya maddi ispat gücü denir ve daha ziyade bir delilin değerini hayat tecrübelerine göre belirleyen yardımcı vakıalara dayanır; delil değeri genellikle senedin ispat gücü anlamında kullanılır. Talep edilen delil değeri ispat ölçüsüdür³²². Bir delilin değeri Kanun ile belirlenebilir ancak Anglo-Amerikan hukukunda durum farklıdır.

Hakimin, delilleri kendi takdirine göre serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, Anglo-Amerikan hukukuna yabancıdır. Bu durumun sebebi Anglo-Amerikan hukukunda delil konusunun medeni yargılama hukuku dışında ayrı bir şekilde ele alınması ile ilişkilidir. İngiliz hukukunda, hukukumza tekabül eden bir delil hukuku yoktur³²³. Bugün genel kabul gören görüşe göre, delillerin değerlendirilmesinin yazılı kurallara bağlanması mümkün değildir³²⁴. Anglo-Amerikan hukukunda delil hukuku, nelerin delil olarak gösterilemeyeceğine ilişkin kuralları ve bunların istisnalarını konu alır; bugün İngiliz hukukunda jüri yargılamanın büyük ölçüde ortadan kalkması ile delil yasaklarının kapsamı da daralmıştır³²⁵. Bu istisnaların konulmasının sebebi, bazı delillerin niteliği itibarıyla jürinin veya hakim in takdirine bırakılamayacak olmasıdır. Hakim in veya jürinin değerlendirmesi, kendilerine kanunda neyin delil olarak kabul edilebileceğini gösteren kurallar ile sınırlıdır. Bu açıdan bazı delillere özel ağırlıklar verilmesinin durumu karmaşık hale getireceğinden bahsedilmektedir³²⁶. Amerikan hukukunda, delillerin değerlendirilmesinde ölçüt olarak, makul şüpheyi geride bırakan

³²² Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 35.

³²³ Bkz. Budak, A. Cem; Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hüküm: Türkiye ve İngiltere Örnekler, Yüksek Lisans Tezi, 1991 İstanbul, s. 5, dipnot 11(a).

³²⁴ Anderson, Terence/Schum, David/Twining, William, Analysis of Evidence, Cambridge University Press, 2005, s. 266 ve orada anılan Bentham, Thayer ve Wigmore isimli hukuçular.

³²⁵ Marcus, s. 716.

³²⁶ Jolowicz, On Civil Procedure, s. 215.

deliller ile ispat, ispat kuvveti üstün olan deliller ile ispat ve mutlak ispat yani normal koşullarda ikna edici nitelikte deliller ile ispat kabul edilmektedir³²⁷.

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi İngiliz hukukunda açıkça ifade edilmemekle beraber delil yasaklarının kapsamının oldukça sınırlı olması nedeniyle bu ilkenin kabul edildiği sonucuna varılabilir³²⁸. Kıta Avrupası hukukunda, kapsamı ve davada ne şekilde ileri sürüleceği tartışılan takdiri deliller konusu, Anglo-Amerikan hukukunda bulunmaz çünkü burada kanun tarafından bir yasaklama olmadıkça her türlü delil ikame edilebilir³²⁹. Hakimin sınırlı da olsa ikame edilecek delillerin değeri konusunda jüriye veya taraflara uyarıda bulunması mümkündür; örneğin bu doğrultuda tanığın beyanlarının güvenilir olmayacağı konusunda önceden jüriye bildirim yapılabilir³³⁰. Delillerin önceden değerlendirilmesi konusunda ise Anglo-Amerikan hukukunda kural olarak bir sınırlama mevcut değildir. Buradaki tek sınırlamanın dava yönetimi ilkeleri açısından şekli açıdan ele alındığı söylenebilir. Örneğin gizli-kişiyeye özel bir belgenin incelenmesi konusunda yapılan başvuruyu mahkeme kabul etmeyebilir veya hakim bir delilin getirilmesinin yargılamayı uzatacağı kanısına varır ise bu delilin incelenmesi talebini kabul etmeyebilir. Keza, İngiliz hukukunda, hakim delilleri kontrol yetkisi kapsamında, delilleri incelemeyen reddetme yetkisi de bulunmaktadır³³¹.

Anglo-Amerikan hukukunda, taraf davranışları yargılama süresince dikkate alınır. Sözlülük ilkesinin hakim olduğu bir sistemde tarafların ve avukatların davranışları hakim ve jüri tarafından değerlendirilecektir. Ön-yargılama aşamasının daha az şekli bir yapıya sahip olduğu Amerikan hukukunda, hakim taraflar ve avukatları ile doğrudan ilişki içerisinde. Bu süreçteki davranışlar hakim üzerinde belli bir kanaat uyandırabilir³³². Anglo-Amerikan hukukunda duruşma kültürünün, Kıta Avrupası'ndan çok farklı bir yapıya sahip olması sözlülük ilkesinden dolayıdır.

³²⁷ Anderson/Schum/Twining, s. 243.

³²⁸ Stürmer, Litigation in US, s. 21; Verkerk, s. 314.

³²⁹ Taruffo, Admission and Presentation of Evidence, s. 163.

³³⁰ Anderson/Schum/Twining, s. 227.

³³¹ CPR 32.1 (2), (3).

³³² Graef, Ralph Oliver, Judicial Activism in Civil Proceedings: A Comparison between English and German Civil Proceedings, Hamburg 1996, s. 20. Dava avukatı (*Barrister*) olabilmek için güzel konuşma, sunum yeteneği, duruşma esnasında hızlı düşünebilme ve hareket edebilme gibi özel yeteneklere sahip olmak gerekmektedir (a.g.e., s. 20); Diğer avukatlar (*Solicitor*) ise duruşmalara katılma yetkisi olmayan avukatlardır ve daha çok davaya hazırlık ve delil toplanması işlemlerinde faaliyet gösterirler. Bkz. Andrews, Development in English Civil Procedure, ZZPInt2, 1997, s. 6

Kuşkusuz, bu durumda, duruşmalarda taraf davranışlarının hakim ve jüri üzerinde bıraktığı etkinin rolü vardır. Klasik liberalizmi kabul eden tüm sistemlerde olduğu gibi, çekişmeli sistemde de enformasyon süreci taraflar arasında eşit şekilde dağıtılmıştır, bu yüzden taraf davranışlarının yargılamada özel bir önemi vardır³³³.

B. Kıta Avrupası Hukukunda

Kıta Avrupası'nda deliller yargılama hukuku içerisinde ele alınmakta, bazı delillere özel ağırlıklar verilmekte ve bu deliller serbestçe değerlendirme ilkesinin dışında tutulmaktadır. Örneğin yazılı belgelerin ayrı bir ağırlığı vardır, imzası inkar edilmiş olmadıkça, imzalı bir belgeyi bir başka imzalı belge çürütebilecektir. Noter senetleri de benzer şekilde değerlendirilir³³⁴. Tanık delili, Anglo-Amerikan hukukunda olduğunun aksine, güçlü delil kategorisinde yer almamakta, tarafların sorgusuna ve çapraz sorgulamaya tabi tutulmamaktadır³³⁵. Alman hukukunda delillerin serbestçe değerlendirilmesi kuralı bulunmaktadır³³⁶. Bugün Avrupa ispat hukuku, yargılamada tüm bilgi kaynaklarından imkan ölçüsünde yararlanılması, sıkı (kanuni) ispat kurallarının terk edilmesi ve hakimin delilleri serbestçe değerlendirme esasına dayanmaktadır³³⁷.

Kıta Avrupası hukukunda delillerin önceden değerlendirilmesi konusunda çeşitli farklı uygulamalar vardır. İsviçre'de kanton kanunları genellikle, mahkemeye lüzumsuz gördükleri delil taleplerini reddetme yetkisi vermişlerdir. İsviçre Federal Mahkemesi müstekar içtihadı, delilin önceden değerlendirilmesini kabul etme yönündedir. Doktrinde de, ağırlıklı görüş, bu yöndedir³³⁸. Alman hukukunda, delilin önceden değerlendirilmesi konusu tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, mahkeme sadece baştan hiçbir sonuca ulaşamayacağı görülen delil ikamesi talebini reddedebilir³³⁹.

³³³ Wangerin, s. 225.

³³⁴ Jolowicz, On Civil Procedure, s. 215.

³³⁵ Bu durumun altında yatan sebep ise, yazılı delillerin henüz uyuşmazlık bulunmazken var olduğu halde, tanığın uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra delil olarak ortaya çıkmasıdır. Bu açıdan her zaman uyuşmazlık öncesinde var olan delillere öncelik verilir (Jolowicz, On Civil Procedure, s. 215).

³³⁶ Koch/Diedrich, s. 109; Ratliff, s. 263.

³³⁷ Yıldırım, "Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller" (Kıs.: İspat Yasakları), Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan, s. 861-871, s. 871.

³³⁸ Yıldırım, "İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı" (Kıs.: İspat Hakkı), Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 679-692, s. 687.

³³⁹ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 170 ve orada dn. 426-427'de anılan Brehm, Leipold, Blomeyer, Grunsky ve Teplitzky adlı hukukçular.

Tahkikatta tarafların doğruluk ödevi de rol oynar. Mahkemeler, bazen bir dilekçeyi, başka bir kanaate varılmasına yol açacak vakıaları ortaya koyamadığı veya ispatlayamadığı gerekçesiyle reddetmektedirler³⁴⁰. Avusturya hukukunda ise, hakim, dava ile bir ilgisi ortaya konulamayan, yargılamayı uzatacak mahiyette olan veya daha önce hasredilmiş olan delilleri tekrar eden nitelikteki delilleri önceden reddebilir³⁴¹.

C. Türk Hukukunda

Türk Hukukunda, hakimin delilleri değerlendirmesi ile ilgili temel hüküm HUMK. m. 240'da "bu kanunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere hakim ikame olunan delilleri serbestçe takdir eder" ifadesiyle yer almaktadır. Hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi, bizim hukukumuz açısından tam olarak ancak takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde geçerlidir. Zira, kesin delillerle ispatın gerekli olduğu durumlarda, hakimin serbestçe değerlendirmesinden söz edilemez, hakim kesin delillerle bağlıdır. Kesin deliller bakımından, kanunun imkan verdiği ölçüde sınırlı bir değerlendirme söz konusu olacaktır.

Bu sebeple, HUMK m. 240'da, kanunda getirilen sınırlamalar saklı tutularak hakimin delilleri serbestçe değerlendireceği belirtilmiştir. Takdiri delilleri ise, hakim serbestçe değerlendirir. İster takdiri delillerle ispatta olduğu gibi geniş bir yetkiye, isterse kesin delillerle ispatta olduğu gibi sınırlı yetkiye sahip olsun, sonuçta delilleri değerlendirecek olan hakimdir; hakim bu yetkiyi kullanmaktan kaçınamaz ya da bu yetkisini başkasına devredemez. Bazı davaların sonunda tarafların gösterdiği delillere rağmen, neyin doğru neyin yanlış olduğu tam olarak açıklanamamış, ispat edilememiş olabilir. Bu durumda hakim, durumu açıklığa kavuşturarak bir karar vermeli, davada neyin kim tarafından nasıl ispat edileceğini belirlemelidir. Bu durumda ispat yükünün kime ait olduğunu tespit önem taşır, çünkü kim ispat yükünü taşıyor ise, ispat edememenin riskini de o taşır, yani iddiası kabul edilmez, talebi reddedilir. Ayrıca, hakim delilleri değerlendirirken o konudaki ispat ölçüsünü de dikkate almalıdır³⁴².

³⁴⁰ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 172.

³⁴¹ Rechberger, Reform of Civil Procedure in Austria, s. 249.

³⁴² Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara 2005, s. 217 (Naklen).

Mahkeme hayat olayını (vakıalar mozaigini) oluşturan maddi vakıalara ait delilleri bir arada değerlendirir. Usul Kanunları'nda delillerin serbestçe değerlendirilmesi kavramı ve tanımı hakkında bir bilgi yer almamaktadır. Almanya'da delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin (vicdani delil sistemi) yazılı olmayan bir hukuk ilkesi olduğu kabul edilir³⁴³. Günümüzde, hakimin, hukuku uygulamasının saf akli değil, çoğu zaman nesnel ve subjektif şahsi unsurlar ihtiva eden bir işlem olduğu kabul edilmektedir. Hakim, hükmü verene kadar her safhada, vakıa tespitinde, kanunun yorumunda, altlanması, delillerin değerlendirilmesinde, hukuki sonucun bulunmasında devamlı olarak bir değer hükmü verir. Olay hakkında, zekasını, arzu ve duygularından soyutlamadan şahsiyetinin de etkisinde kalarak kullanır ve bir karar verir. Hakimin değerlendirmesi davanın seyrini de etkiler³⁴⁴.

Türk hukukunda ise delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi açısından meseleye yaklaşılr ise, davranış değerlendirmesinin de tali olmadığı kabul edilecektir. Ancak davranış değerlendirmesinin, tarafların dilekçelerinin ve önceki açıklamalarının göz önüne alınarak yapılması gerekir. Değerlendirmenin, tarafı sürprizle karşı karşıya bırakmama ilkesini ihlal etmeyecek şekilde olması gerektiği de ifade edilmektedir. Buna göre, taraflara bilgi verilmişse davranışların değerlendirilmesi mümkündür; artık sadece tarafların getirdiklerine göre karar verilir ilkesi, hukuk devleti ilkesi gereğince ve hukuki himayenin de yeterince sağlandığı düşüncesiyle gözardı edilebilir³⁴⁵.

D. Delillerin Değerlendirilmesi ve Dava Yönetimi Arasındaki İlişki

Dava yönetimi, tahkikatın kapsamını ve sınırlarını belirlediğine göre tahkikat ve delillerin değerlendirilmesi arasında yakın bir ilişki vardır. Taraflar, kural olarak, her türlü delili ikame etmekte serbest iseler de, kanun tarafından bu ilkenin sınırının çizildiği hallerde, hakim bazı delillerin ikame olunmasına izin vermeyebilir. Hangi delillerin değerlendirmeye konu edilip edilemeyeceği kararını hakim dava yönetimi süreci içerisinde verecektir. Benzer şekilde, delilin ikame edilmesi öncesinde delilin

³⁴³ Yıldırım, Hileli İflas Suçları, MÜHF, İstanbul 2000, s. 56-57.

³⁴⁴ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 104.

³⁴⁵ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 176 (Naklen).

getirilmesine izin verilmemesi de hakimın dava yönetimi yetkileri içerisinde. Bu açıdan yapılacak bir değerlendirme, davanın seyrini etkileyebilir. Delilin kabule şayan olup olmadığı değerlendirmesi yapılırken hakim delilin ispat kuvvetini ve ölçüsünü esas alacaktır³⁴⁶.

Vakıalar ve deliller arasında bir bağ olup olmadığı da yine tahkikat içerisinde tespit edilecektir. Bir bağ olmasına rağmen, delilin getirilmesi veya elde edilmesi çok masraflı ise veya ispat açısından bir etkisi olmayacak veyahut tarafların hukuki dinlenilme hakkını ortadan kaldırmayacak ise delilin ikamesi kabul edilmeyebilir³⁴⁷. Hakimın yapacağı değerlendirmeler dava yönetimi ilkelerini, özellikle orantılılık ilkesini yakından ilgilendirmektedir. Hakim, tahkikat süresince taraflar ve vekilleri ile zaman zaman şekli olmayan bir enformasyon süreci içerisinde bulunduğundan taraf davranışlarının özel bir önemi olacak ve hakim delilleri değerlendirirken bu davranışları da göz önüne alacaktır. Dava yönetimi ile ilişkiyi sağlayan bir diğer husus ise delillerin ikamesinde taraflara yükletilen ödevlerdir.

Delillerin değerlendirilmesi sadece tek taraflı bir şekilde mahkeme tarafından ele alınan bir konu değildir. Taraflar ve vekilleri açısından delillerin önceden değerlendirilmesi söz konusu olduğundan, taraflar özellikle hangi delillerin ispata yarar olduğunu değerlendirdikten sonra bu delilleri yargılamaya getirmelidirler. Delillerin taraflarca değerlendirilmesinde tek ölçüt, o delilin ispat açısından faydası olup olmayacağı değil, aynı zamanda etik ve profesyonel meslek kuralları açısından, o delilin ikame olanağının olup olmadığının değerlendirmeye tabi tutulmasıdır³⁴⁸. Bu husus aynı zamanda ileride incelenecek olan usuli hakların kötüye kullanılmaması ile de ilgilidir.

³⁴⁶ Paciocco, David M./Stuesser, Lee, The Law of Evidence, Essentials of Canadian Law, Toronto 2005, s. 34.

³⁴⁷ Paciocco/Stuesser, s. 40.

³⁴⁸ Anderson/Schum/Twining, s. 234.

İKİNCİ BÖLÜM

ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA YARGILAMA SÜRECİ

§1 İNGİLİZ HUKUKUNDA

I. İngiliz Yargılama Hukukunun Kaynakları

İngiliz yargılama hukukunun kaynakları, birincil mevzuat, ikincil mevzuat (CPR), uygulama talimatları (practice direction), dava öncesi protokoller, emsal yargı kararları, uygulama, uygulamaya yönelik resmi yönergeler, Yüksek Mahkeme yönergeleri ve bilimsel görüşlerden oluşmaktadır³⁴⁹.

Birincil mevzuat, maddi hukuka ilişkin ve yargılamayı ilgilendiren düzenlemelerdir. Zamanaşımı hükümleri içeren *Limitation Act 1980*, birincil mevzuata örnek bir düzenleme olarak gösterilebilir. İkincil mevzuat ise, yargılama hukukuna ilişkin kuralların büyük kısmını içeren kaynaktır. Nisan 1999 tarihine kadar Yüksek Mahkeme (*High Court*) ve Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) ile İlçe Mahkemeleri (*County Court*) için iki ayrı usul kuralları yürürlükteydi. Yeni CPR hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle birlikte bütün mahkemeler tek bir usule tabi kılınmıştır. Yüksek Mahkeme Daire Başkanlıklarının çıkarttığı uygulama talimatları ise üçüncü sıradaki kaynaktır. Uygulama talimatları, Yüksek Mahkeme tarafından hazırlanan ve CPR’da yazılı usul kurallarının uygulamada ne şekilde tatbik edilmesi gerektiğini açıklayan bir talimatnamedir. Bu talimatlar ancak Lord Chancellor³⁵⁰ tarafından onaylandıktan sonra yürürlüğe girer. Dava öncesi yapılan protokoller ise taraflar arasında dava başlamadan önce uyuşmazlık konusu belgelerin incelenmesi için yapılan anlaşmalardır. CPR, bazı tip uyuşmazlıklar için bu usule gidilmesini zorunlu kılmaktadır. Ancak kanunda düzenlenmemiş uyuşmazlık tipleri için de tarafların bu usule başvurusu çalışmamızın ileri bölümlerinde incelenecek olan mülahazalardan ötürü teşvik edilmektedir. Yüksek Mahkeme ve Temyiz Mahkemelerinin kararları ile Avrupa Adalet Divanı ile AİHM kararları diğer kaynaklardır. Bundan sonra uygulanan kaynak ise mahkemeler

³⁴⁹ Andrews, “English Civil Procedure: A Synopsis” (Kıs.: A Synopsis), *Ritsumeikan Law Review*, 2008 No: 25, s. 25-61, s. 27.

³⁵⁰ Lord Chancellor, adli ve idari yetkiler ile donatılmış bir memurdur; aynı zamanda House of Lords’un yasama bölümünün başkanlığını yapmaktadır (Andrews, “New English Civil Procedure Rules”, *European Traditions in Civil Procedure* (Kıs.: *European Traditions*), Ed.: C.H. van Rhee, 2005 Oxford, s. 161-180 s. 166, dn. 34).

tarafından uygulanan teamüllerdir. Uygulamaya yönelik resmi yönergeler ise çeşitli özel mahkemeler (Ticaret Mahkemeleri “*Queen’s Bench Division*” gibi) tarafından çıkarılan düzenlemelerdir. Bunun yanı sıra Yüksek Mahkeme, Temyiz Mahkemesi ve Lordlar Kamarasının mevzuatı destekleyici mahiyette düzenleme yetkileri vardır. Bilimsel görüşlere de yargılama hukukunda, kaynak olarak başvurulmaktadır³⁵¹.

II. İngiliz Hukukunun Tarihsel Gelişimi

Son derece kapsamlı olan İngiliz hukukunun tarihçesini bütün yönleriyle bu çalışmada ele almak mümkün değildir. Ancak, çalışma konumuzun önemli bir kısmının İngiliz yargılama hukuku ile ilgili olması nedeniyle ana hatlarıyla da olsa İngiliz hukukunun tarihsel gelişimine yer vermeyi uygun gördük.

1500 yılında, batı Avrupa ile birlikte Fransa ve Almanya’da Roma hukuku kaynaklarına istinad eden müşterek bir hukuk ilminin esasları sağlanmıştı. İngiltere’de her ne kadar İngiliz hukuku Avrupa’daki gelişmelerin etkisi altında kalmış ise de bu Romalılaşmış hukuk ilmi hiçbir zaman kabul edilmemiştir. Ancak Roma hukukunun gelişmekte olan *Common Law* (Ortak Hukuk) üzerinde Katolik ve Anglikan kiliselerinin kaideleri vasıtaları ile aile hukuku, miras hukuku ve deniz hukuku gibi alanlarda tesiri olmuştur. Roma hukuku İngiliz hukukunun bu alanlarına tesir etmiş ise de düşünce, teknik ve alışkanlık üzerinde bir tesiri olmamıştır. İngiliz hukuku içtihatlar tarafından geliştirilen *Case Law* ve kanunlardan oluşan *Statutory Law* olmak üzere başlıca iki alandan oluşmaktadır. *Case Law* ise, yüzyılı aşkın bir süredir, günümüzde de önemini koruyan iki kategoriden oluşmaktadır. Bunlar ise *Common Law* ve *Equity* (Hakkaniyet hukuku) hukukudur. İngiliz hukuk tarihi 1066 yılındaki Norman istilasası ile başlamaktadır. *Common Law*’un 1100 yılında I. Henry’nin tahta çıkmasıyla gelişmeye başladığından söz edilmektedir. Bu dönemde bütün Britanya adası Normanların eline geçmiştir. Bundan önce İngiltere’de Anglo-Sakson döneminde kısmen yazıya dökülmüş gelenek hukuku hüküm sürmüştür. Orta çağdaki hukuk usulünün teknik temeli *Writ’lere* dayanmaktaydı. *Writ*, kralın bir emriydi ve mahkeme başkanına gönderilirdi. Benzer davalarda, sürekli benzer *writ’lerin* yazılmış olması, bunların belli bir süre sonra standartlaşması ve her dava için belirli formlar kullanılması sonucunu doğurmuştur. 17.

³⁵¹ Andrews, A Synopsis, s. 27-30.

yüzyıldan itibaren adalet işlerinin merkezileştirilmesi ve İngiltere’de yürürlükte olan hukukun birleştirilmesi çabaları yoğunluk kazanmıştır. Böylece İngiltere’de çok erken tarihlerde *Common Law* olarak adlandırılan hukuk doğmuştur. Kral mahkemeleri hakimlerinin muayyen bir durumda hukukun ne olması gerektiğini tesbitte başvurdukları yol ne olursa olsun, bir karar bir kere tefhim ediliğinde bu kararın doğruluğu hakkında bir şüphe bulunmazdı. Daha sonraları bu kararlar teamül teşkil ederek mahkemeler tarafından uygulanmaya başlanmıştır. 17. yüzyıldan itibaren mahkeme kararları bağlayıcı emsal karar olarak telakki edilmeye başlanmıştır. 14. yüzyılın sonlarına doğru krallık mahkemelerinin hukuk yaratma faaliyetlerinde bir zayıflama görülmeye başlanmıştır. Bu mahkemelerin yargılama usulleri çok yavaştı, şekle bağlıydı ve uygulanan hukuk son derece katıydı. Bundan dolayı ezilen kişiler krala bizzat başvurmakta ve *Common Law’a* göre değil, ahlak ve vicdana göre karar verilmesini istemeye başlamışlardır. Kral ise bu ricaları, en yüksek idari memur olan *Chancellor’a* iletmekteydi. *Chancellor’ların* bu ricalar üzerine verdikleri kararlar ise zamanla bir kararlar yığını oluşması sonucunu doğurmuş ve bu kararlar 15. yüzyıldan itibaren Equity hukuku altında toplanmıştır. *Equity*, somut olay adaletini sağlayan açık ve esnek bir hukuk olarak gelişmiştir. 1873’de yapılan bir reform ile *writ* sistemi tamamen ortadan kaldırılmıştır. Bu sistem yüzünden bazen davalar haksız yere kaybedilebilmekteydi. *Common Law* ve *Equity’nin* birarada bulunması olgusu 1873 tarihli *Judicature Act* ile değiştirilmiştir. Bu reformla *Common Law* mahkemesi ve *Equity* mahkemesi birbiri içinde erimiş ve tek bir *High Court of Justice* içinde bir araya getirilmiştir. Bu mahkemenin hala eski ayrımın yaşatıldığı bölümleri vardır. Ancak, bu bölümler *Common Law* ve *Equity* kurallarını eşit bir biçimde uygulamak durumundadırlar³⁵².

III. İngiliz Mahkemeler Teşkilatı

A. Alt Derece Hukuk Mahkemeleri

Alt derece hukuk mahkemeleri, bütün ülkede dağılmış bulunan Magistrates Mahkemeleri ve İlçe Mahkemeleridir. Magistrates Mahkemeleri’nde hukuk eğitimi

³⁵² King/Hawley, s. 182-192; Oğuz, s. 253-267; Öztekin, Günseli, İngiliz Hukukunda Jüri Davalarında Delil Takdiri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1987, s. 1-6.

almamış “sulh yargıçları” yer alır. Bu hakimler, *Chancellor Lord* tarafından mahalli idarelerin önerisi üzerine atanırlar. Bu mahkemeler basit nitelikteki hukuk ve ceza işlerine bakarlar. Özel hukuk ilişkilerinde bu mahkemeler ağırlıklı olarak aile hukukunda görevlidir³⁵³.

İlçe Mahkemeleri ilk kez 1846 yılında bir Kanun ile kurulmuştur. Bu mahkemenin amacı, taraflara özel hukuk ilişkilerinden doğan ihtilaflarda, bu ihtilafların miktarı, değeri küçük ise olabildiğince çabuk bir yargılama usulü ile çözüm sunmaktır. İlçe Mahkemelerinin dava konusunun değeri açısından yetkileri, İlçe Mahkemeleri Kanunu (*County Courts Act 1984*) ile belirlenmiştir. Bu mahkemeler, sözleşmenin ifa edilmemesi ve haksız fiilden doğan davalarda, £50.000’e kadar, taşınmazlara ilişkin davalarda ve iflas davalarında £30.000 tutara kadar yetkilidir³⁵⁴.

İlçe Mahkemelerinin yanı sıra dava konusunun miktarı £5000’i aştığı zaman görev yapan Bölge Hakimleri bulunur. Dava konusu £25.000’den fazla ise Yüksek Mahkeme davaya bakmaya yetkilidir³⁵⁵.

B. Üst Derece Hukuk Mahkemeleri

İngiltere’deki üst derece hukuk mahkemeleri, Yüksek Mahkeme (*High Court of Justice*), Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) ve Lordlar Kamarasıdır (*House of Lords*). Yüksek Mahkeme, Quenn’s Bench Division, Chancery Division ve Family Division’dan oluşur³⁵⁶.

1. Yüksek Mahkeme (*High Court of Justice*)

Yüksek Mahkeme, hem ilk derece mahkemesi olarak hem de alt derece mahkemelerinin verdikleri kararlar için temyiz mahkemesi olarak görevlidir³⁵⁷. İlçe Mahkemeleri’nin yetkilerinin bittiği yerde Yüksek Mahkeme’nin yetkisi başlar. Yani dava konusunun değeri £50.000’i, taşınmaz ve *equity* davalarında ise £30.000 tutarı aşıyorsa, Yüksek Mahkeme yetkilidir. Bunun yanı sıra Yüksek Mahkeme hakimi,

³⁵³ Oğuz, s. 271-272.

³⁵⁴ Oğuz, s. 272; Chase/Hershkoff, s. 126-127.

³⁵⁵ Oğuz, s. 272; Chase/Hershkoff, s. 127.

³⁵⁶ Oğuz, s. 273; Chase/Hershkoff, s. 128.

³⁵⁷ Taylor/Cooper, s. 13-14.

isterse daha aşağı değerde bir davaya bakma yetkisine de sahiptir. Böyle bir davayı İlçe Mahkemesine gönderip göndermemek, tümüyle onun takdirine bırakılmıştır³⁵⁸. Yüksek Mahkeme bünyesindeki *Quenns Bench* Bölümüne bağlı olarak faaliyet gösteren Ticaret Mahkemesi (*Commercial Court*), Deniz Mahkemesi (*Admiralty Court*) ve idari davalara bakan Bölge Mahkemesi (*Divisional Court*) bulunmaktadır³⁵⁹.

2. Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*)

Temyiz Mahkemesi, özel hukuk işlerine bakan medeni hukuk ve ceza hukuku işlerine bakan Ceza Bölümü olmak üzere iki bölümden oluşur. Yüksek Mahkeme'nin ve belli hallerde İlçe Mahkemeleri'nin hem özel hukuk, hem ceza hukuku ile ilgili kararlarına karşı temyiz için Temyiz Mahkemesi'ne başvurulur. Buradaki en büyük hakim *Lord Chancellor*'dır. Temyiz Mahkemesi, kararın dayandığı hukuki yorumu denetler. Ancak ilk derece mahkemesinin vakıa tesbiti ile baęlıdır³⁶⁰.

3. Lordlar Kamarası (*House of Lords*)

Lordlar Kamarası, İngiltere, İskoçya ve Kuzey İrlanda bölgesini kapsayan en yüksek mahkemedir ve Temyiz Mahkemesi'nin kararlarına karşı yapılan başvuruları incelemekle görevlidir, yani bu mahkeme son başvuru mahkemesidir. Ancak bu temyiz mahkemesine başvurmak için öncelikle Temyiz Mahkemesi'nden izin alınması gerekmektedir. Lordlar Kamarası, vakıa ile ilgili karar vermez, sadece hukuki denetim yapar³⁶¹.

IV. Davanın Açılması

A. Dava Dilekçesi

Yargılama, dava formunun hazırlanması ile başlar³⁶². Dava formunun davacı tarafından hazırlanması gerekir. Genellikle matbu bir form kullanılır. Dava formu şu

³⁵⁸ Oğuz, s. 273.

³⁵⁹ Oğuz, s. 273; Chase/Hershkoff, s. 128.

³⁶⁰ Oğuz, s. 274-275.

³⁶¹ Taylor/Cooper, s. 14; Chase/Hershkoff, s. 129-130.

³⁶² O'Hare, John/Browne, Kevin, *Civil Litigation*, London 2005, s. 122; Andrews, *English Civil Procedure, Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford University Press, 2003, s. 235.

unsurları içerir³⁶³: i) tarafların isim ve adreslerini; ii) iddianın niteliğini; iii) elde edilmek istenen sonucu içeren talebi ve iv) para alacağının söz konusu olduğu durumlarda, alacağın tutarı veya kesin bir tutar belirtmek mümkün değilse alacağın belli bir değer altında veya üstünde olup olmadığının belirtilmesi (örneğin £5000’ın altında veya üstünde gibi).

Talep sonucu, dava formunda açıklanabileceği gibi ayrı bir dilekçe³⁶⁴ ile de belirtilebilir. Eğer talep sonucu ayrı bir dilekçe ile yazılacak ise dava formu ile birlikte veya dava formunun tebliğinden itibaren 14 gün içerisinde davalıya tebliğ edilmelidir³⁶⁵. Her durumda bu süre dört aydan fazla olamaz³⁶⁶. Dava dilekçesinde vakıaların yeteri açıklıkta gösterilmesi gerekir. Vakıaların, karşı tarafın dava hakkında bilgi sahibi olmasına sağlayacak açıklıkta olması ile dilekçede yer verilecek detaylar arasında bir bağ bulunması gerekir³⁶⁷. Dilekçede, vakıanın dayandığı hukuki normun gösterilmesi ise zorunlu değildir³⁶⁸.

B. Cevap Dilekçesi

Dava formu, davalıya tebliğ edildikten sonra cevap süresi 14 gündür. Bu süre içerisinde davalı aşağıdakilerden birini yapabilir: i. davayı kabul beyanında bulunur; ii. cevaplarını bildirir; iii. karşı davasını açar veya iv. tebligatın alındığını kabul eder³⁶⁹.

1. Davanın Kabul Edilmesi

Davayı kabul eden davalı bir kabul formu hazırlar. Kabul formu, davanın tamamen mi, yoksa kısmen mi kabul edildiğini belirtmelidir. Eğer bir para alacağı söz konusu ise ve davalı davayı kabul ediyorsa, bu durumda mahkum olacağı yargılama masraflarında önemli tutarda bir azalma olacaktır. Bu durumda davalı maktu yargılama giderlerine mahkum olacaktır ki bu davanın esasının görülmesi sonucunda verilecek

³⁶³ CPR 16.2; Sime, Stuart, A Practical Approach to Civil Procedure, Oxford University Press 2004, s. 73.

³⁶⁴ Eski CPR’da dava dilekçesi için “pleading” terimi kullanılırken yeni düzenlemede “statement of case” terimi kullanılmaktadır; Sime, s. 73.

³⁶⁵ CPR 7.4 (1).

³⁶⁶ CPR 7.4. (2); Zuckerman, “English Civil Procedure-The Shift Away from Party Control and Orality”, ZZPInt 1, 1996, s. 65-87, s. 77.

³⁶⁷ Zuckerman, “Civil Procedure in England”, The Int’l Symposium, s. 164-178, s. 169; Andrews, English Civil Procedure, s. 252-255.

³⁶⁸ O’Hare/Brown, s. 174.

³⁶⁹ Andrews, English Civil Procedure, s. 254.

olan nispi yargılama giderlerine göre oldukça az olacaktır. Kabul formu, borcu taksitler halinde ödemek için davacıya teklifte bulunma imkanı da verir. Eğer davalı böyle bir teklifte bulunacak ise kabul formunda yer alan kişisel ve mali durumunu içeren kapsamlı soruları cevaplamalıdır. Davacı, taksitle ödeme teklifini kabul ederse, mahkeme borcun taksitler halinde ödeneceğini kararında belirtecektir. Davalı kısmi kabulde bulunursa ve davacı kabul ederse, mahkeme kabul edilen kısmı karara bağlayacaktır³⁷⁰.

2. Davaya Cevap Verilmesi

Davaya cevap için cevap formu kullanılır. Cevaplar için form yeterli olmaz ise davalı ayrı bir dilekçe sunabilir. Eğer davalı maddi vakıaları inkar etmek istiyorsa sadece inkar etmekle yetinmemeli, bunun için sebepler göstermeli veya yeni vakıalar ortaya koymalıdır. Bu durum yargılama kurallarında yeni getirilmiş olan bir düzenlemedir. Davalı böylelikle genel bir inkar yapmak suretiyle savunmalarını gerekçelendirme sorumluluğundan kurtulamamaktadır³⁷¹. Eğer Davalı herhangi bir vakıayı doğrudan veya dolaylı olarak inkar etmemişse, davalı o vakıayı ikrar etmiş sayılacaktır³⁷².

3. Tebligatın Kabul Edilmesi

Tebligatı kabul formu, eğer davalı cevabını süresi içerisinde veremeyecekse veya mahkemenin yetkisine itiraz edecek ise kullanılır. Tebligatı kabul formunun verilmesi ile davalı cevap için ek bir 14 gün süreye hak kazanır. Böylelikle davalı taraf, dava formunun tebliği ile birlikte 28 gün içerisinde cevabını verebilir³⁷³.

C. Replik Dilekçesi

Davacı dilerse ikrar edilmemiş olan vakıalar açısından replik (cevaba cevap) dilekçesi verebilir. Replik sunulmasından sonra başka bir dilekçe sunulmaz³⁷⁴. Sadece cevap dilekçesindeki savunmaların inkar edilmesi amacıyla replik dilekçesi verilmesine

³⁷⁰ Andrews, English Civil Procedure, s. 255.

³⁷¹ Sime, s. 139, Andrews, English Civil Procedure, s. 255.

³⁷² Andrews, Neil, English Civil Procedure, s. 255.

³⁷³ CPR 15.4 (1).

³⁷⁴ CPR 16.7; Andrews, English Civil Procedure, s. 256.

gerek yoktur. Davalının savunmaları replik dilekçesinde inkar edilmemiş olsa dahi davalının ispat yükümlülüğü devam eder³⁷⁵. Replik dilekçesi dava dilekçesi ile uyumlu olmalıdır; dava dilekçesinde bildirilmemiş vakıalar replik dilekçesinde yer alamaz (eğer değişiklik yapılması isteniyorsa bu değişiklik dilekçesi verilmek suretiyle yapılmalıdır)³⁷⁶.

D. Değişiklik (Amendment) Dilekçesi

Taraflardan biri dilekçe sunduktan sonra ancak diğer tarafın rızası veya mahkemenin onayı ile dilekçesindeki vakıaları değiştirebilir. Değişiklik eğer mahkemenin onayı ile yapılıyorsa, mahkeme değişikliğin ne şekilde yapılabileceğine dair açıklama yapabilir³⁷⁷. İngiliz Temyiz Mahkemesi, değişiklik dilekçesinin verilebilmesi için haklı bir neden bulunmasının yeterli olduğunu ve mahkemelerin bu hususta dilekçenin sunulmasına onay verirken CPR'ın giriş kısmında belirtilen Temel Esas doğrultusunda hareket etmeleri gerektiğine karar vermiştir³⁷⁸.

V. Yargılama Usulünün Belirlenmesi

A. Genel Olarak

Dava dilekçesi ve cevap dilekçesi mahkemeye verildikten sonra taraflar davanın hangi yargılama usulüne göre görülmesi gerektiğine dair yargılama usulü formu doldururlar ve birbirlerine tebliğ ederler. Taraflar, davanın hangi yargılama usulüne tabi tutulacağını tespiti için dava ile ilgili detaylı konuları içeren bir form doldururlar. Bu formda, tarafların kaç tanık dinletmeyi düşündükleri, bilirkişi delili sunulup sunulmayacağı, sunulacak ise bunun yazılı veya sözlü şekilde olup olmadığı, ön-yargılama aşamasının ne kadar süre alabileceği, taraflar arasında yapılmış bir delil sözleşmesi bulunup bulunmadığı gibi hususlarda açıklamalar bulunur³⁷⁹. Formların doldurulmasından sonra davayı görecektir olan mahkeme, davanın hangi yargılama usulüne göre yürütüleceğine karar verir³⁸⁰. Mahkeme eğer ihtiyaç duyarsa bu konudaki

³⁷⁵ O'Hare/Brown, s. 193.

³⁷⁶ Sime, s. 139-140.

³⁷⁷ CPR 17.3 (1); Sime, s. 144-145; Andrews, English Civil Procedure, s. 258.

³⁷⁸ Goode v Martin [2002] 1 All ER 620, para 35 (Andrews, English Civil Procedure, s. 258-259).

³⁷⁹ Civil Litigation, s. 172.

³⁸⁰ Sime, s. 238-239.

kararını oturum yaptıktan sonra da verebilir. Eğer taraflar, formu, mahkemeye süresinde vermezler ise, mahkeme yargılama usulüne re'sen karar verir³⁸¹. Bazı davaların hangi yargılama usulünde görüleceği ise kanunda belirlenmiştir, bu nedenle bu davalar için ayrı bir karar verilmesine gerek olmaksızın ilgili yargılama usulünde görülmesi söz konusudur. CPR m. 8'de belirtilen davalar, ticari davalar ve inşaat hukuku ile ilgili davalar çoklu yargılama usulünde görülür³⁸².

Yargılama usulleri, küçük talepler usulü, hızlı yargılama ve çoklu yargılama usullerinden oluşur. Her üç yargılama usulünde de, standart şekilde uygulanan ara kararlar (*standart directions*) bulunmaktadır. Davaların büyük çoğunluğunda, dava yönetimi, davanın uygun yargılama usulüne yönlendirilmesi ve standart ara kararın uygulanmasından ibarettir. Ancak, niteliği icabı bazı uyuşmazlıklarda dava yönetiminin etkin şekilde uygulanması ve bu tip davalarda özel ara kararlar (*special directions*) verilmesi gerekebilir³⁸³.

B. Küçük Talepler Usulü (*Small Claims Track*)

CPR'daki Temel Esas ilkesi uyarınca davalar önemlerine göre ve uyuşmazlık miktarına uygun ölçüde görülmektedir. Bu usulde, sınırlı bir ön-yargılama aşaması ve delil ikamesi söz konusu olmaktadır. Tüketici davaları, kira davaları, taşınır mal mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıklar gibi davalar bu yargılama usulüne göre görülür³⁸⁴. Bu yargılama usulüne göre görülen davalarda taraflar yargılamayı bir avukatın yardımına ihtiyaç duymaksızın yürütebilirler, dilekçelerini hukuki bir yardım almaya gerek olmaksızın hazırlayıp, duruşmaya katılabilirler³⁸⁵. Hakim, avukat ile temsil olunmayan tarafa, usul hükümleri hakkında yardımcı olur³⁸⁶.

Kural olarak £5.000'a kadar tutar içeren davalar bu yargılama usulünde görülür³⁸⁷. Ancak bazı durumlar için bu kuralın istisnaları kanunda sayılmıştır. Bu

³⁸¹ O'Hare/Brown, s. 139.

³⁸² Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 484-485.

³⁸³ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 482-483.

³⁸⁴ Herhangi bir parasal değer içermeyen davaların hangi usulde görüleceğine hakim davanın özelliklerini dikkate alarak karar verecektir (Sime, s. 247).

³⁸⁵ Andrews, Accelerated Justice under the English Civil Procedure Rules, s. 88; Karş. Thomas, Richard, "A Code of Procedure for Small Claims: A Respond to the Demand for Do-It-Yourself Litigation", CJC, 1982, s. 52-63.

³⁸⁶ Pearl, Patricia, Small Claims: Practice and Procedure, Birmingham 1998, s. 6

³⁸⁷ Sime, s. 245.

istisnalardan birisi de, davanın bilirkişi incelemesine ihtiyaç göstermesi durumudur; bu usulde kural olarak bilirkişi incelemesi mahkeme tarafından izin verilmedikçe delil olarak kabul edilmemektedir. Dava tutarının £5.000'dan yüksek olmasına rağmen, eğer taraflar bu yönde talepte bulunurlarsa ve mahkeme tarafından da bu talep uygun görülürse, davanın bu yargılama usulüne tabi şekilde görülmesi söz konusu olabilir. Davanın hızlı görülmesini isteyen ve şekli usule uymak istemeyen taraflar bu yola başvurmayı tercih edebilirler³⁸⁸. Ayrıca dava konusu paradan ibaret olmayan bazı davalarda da bu usul uygulanabilir³⁸⁹ (men'i müdahale, tahliye, bir edimin ifasının talep edildiği davalar ve benzerleri).

Küçük talepler usulünde diğer yargılama usullerinde uygulanan standart delil ikamesi yerine daha sınırlı bir delil ikamesi vardır. Taraflar sadece dava konusu ile doğrudan ilgili olan delillerini diğer tarafa tebliğ etmek suretiyle ikame ederler. Hakim, bu usulde standart kuralları uygular. Bunlar; tarafların duruşmadan en az 14 gün önceden davanın diğer tarafına delillerini tebliğ etmesi gereğini, belge asıllarının duruşmaya getirilmesini, duruşma günü ve duruşmanın ne kadar süreceği bilgisini ve tarafların uzlaşmaya varmaları durumunda, bu bilginin mahkemeye verilmesi hususlarını içerir³⁹⁰.

Tarafların talepte bulunmaları halinde, hakim kararını dosya üzerinden verebilir. Duruşmalarda şekil önemli değildir³⁹¹. Duruşmalar, aleni değildir ve genelde hakimin odasında, tarafların bir masa etrafında buluşmaları ile yapılır; her iki tarafın sözlü şekilde açıklamada bulunmalarından sonra tanıkların dinlenmesine geçilir. Hakim, tanıklara sorular sorabilir, çapraz sorgulamaya sınırlamalar getirebilir veya yapılmasına izin vermeyebilir. Davaların niteliğine uygun olarak genelde kısa gerekçeli kararlar duruşmada verilir³⁹². Genellikle bu davalar için temyiz yolu açık değildir³⁹³.

³⁸⁸ Pearl, s. 148-149; Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 486.

³⁸⁹ Pearl, s. 37-38.

³⁹⁰ Civil Litigation, Inns of Court School of Law, City University London, Oxford University Press, 2004, 168 vd.

³⁹¹ Şekli usul ile kastedilen tarafların yemin altında dinlenmemesi ve önceden belirlenmiş bir sözlü yargılama usulü olmamasıdır. Böylelikle hukuki nosyona sahip olmayan kişiler bir avukata gerek olmaksızın adalete erişim imkanına kavuşurlar. (Andrews, Neil, Accelerated Justice under the English Civil Procedure Rules, s. 90).

³⁹² Civil Litigation, s. 171.

³⁹³ Pearl, s. 2.

C. Hızlı Yargılama Usulü (*Fast-Track*)

Bu yargılama usulü, belirli bir yoğunluk içermekle beraber, çoklu yargılama usulüne tabi olamayacak olan davalar için uygulanır³⁹⁴. Bu aslında küçük uyuşmazlıklar ve çoklu yargılama usulüne tabi olamayacak olan davalar için öngörülmüş olan bir ara yargılama usulüdür. Kural olarak, £5.000 ve £15.000 arasındaki parasal sınır arasındaki davalar ile esas duruşması bir günden fazla olmayacak olan davalar bu usulde görülür³⁹⁵. Mahkeme bir davanın hızlı yargılama usulünde görülmesine, eğer yargılama bir günden fazla sürmeyecek ve bilirkişi delilinin her taraf için yalnızca bir kere başvurulması hali söz konusu ise karar verebilir³⁹⁶.

Davanın, hızlı yargılama usulünde görülmesine karar verildiği takdirde, mahkeme, taraflara davanın başlangıcından duruşmaya kadar geçecek süre boyunca uyacakları dava yönetimi kuralları ile zaman çizelgesini içeren detaylı bir bildirimde bulunur. Hızlı yargılama usulünün iki önemli aşaması bulunur. Mahkemenin, davanın bu usulde görülmesine karar verdiği durumda, hazırlanan zaman çizelgesi ilk aşamadır. İkinci aşama ise ön-yargılama safhasının sona ermesi sonrasında ve esas duruşma tarihinden en az sekiz hafta önce hazırlanan ön-yargılama çizelgesidir (*pre-trial checklist*). Ön-yargılama çizelgesinde, taraflarca, mahkeme tarafından zaman çizelgesinde belirlenmiş olan usuli işlemlerin ne şekilde yerine getirilmiş olduğu açıklanır ve o zamana kadar yapılmış olan giderler ile ileride doğması beklenen giderlerin tutarı belirtilir. Mahkeme, ön-yargılama çizelgesindeki bilgilere göre, önceden belirlenmiş olan esas duruşma tarihini teyit eder veya işlemlerin eksik veya yetersiz olduğu kanısına varır ise tarafların da görüşünü almak suretiyle esas duruşma tarihini sonraki bir tarihe erteler³⁹⁷.

Bu usulde yargılama süreci 4 hafta ile 10 ay arasında değişebilmektedir³⁹⁸. Bu usulde hakimin en önemli yetkilerinden birisi, tarafların üzerinde mutabık kaldıkları ve müşterek şekilde tayin edilmiş bir bilirkişinin tespit edilebilmesidir. Mahkemece kabul edilecek geçerli bir neden olmadıkça tarafların her birinin kendi bilirkişisini tayin

³⁹⁴ Sime, s. 246.

³⁹⁵ Civil Litigation, s. 172.

³⁹⁶ CPR 26.6(5); Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 486.

³⁹⁷ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 493.

³⁹⁸ Bkz. Ek-1.

etmesi bu usulde uygulanmaz³⁹⁹. Bilirkişinin esas duruşmada hazır bulunması zorunluluğu da yoktur⁴⁰⁰. Eğer yargılama sırasında, davacı, dava tutarını değiştirmek isterse, mahkeme yargılama usulünü değiştirip değiştirmeme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Mahkeme, takdir yetkisi kullanırken Temel Esası gözetir ve özellikle davanın yeni bir yargılama usulüne göre görülmesinin daha fazla masrafa yol açıp açmayacağını göz önünde bulundurarak karar verir⁴⁰¹.

D. Çoklu Yargılama Usulü (Multi-Track)

Bu yargılama usulü önemli ve karmaşık yapıdaki davalar için uygulanır. £15.000 parasal sınırın üstündeki davalar ile karmaşık vakıa ve hukuki sorunlar içeren davalar çoklu yargılama usulüne tabi olarak yürütülür. Diğer yargılama usullerinden farklı olarak, hakim bu davalarda daha aktif bir rol üstlenmeli, dava yönetimi oturumları ile yargılamayı yürütmeli, davayı esas duruşma için hazırlamalıdır. Bu yargılama usulünde, mahkemelerden her davanın kendi özelliklerini göz önünde bulundurarak pratik bir yaklaşım sergilemeleri beklenmektedir⁴⁰². Dava yönetimi oturumunda, mahkeme, tarafların dava yönetimi duruşmasına kadar yapmış oldukları usuli işlemleri, tarafların daha önce verilen ara kararlarını uygulayıp uygulamadıkları ve davayı hızlandırmak için bazı ek kararlar verilmesi ihtiyacı olup olmadığı konularını inceler. Hakim, bu usulde, eğer iki tarafın da ayrı birer bilirkişi delili ikame etmesini gereksiz görürse, taraflardan sadece biri tarafından ikame olunan bilirkişi raporu ile yetinebilir. İhtiyati tedbir gibi tüm geçici hukuki korumalar da dava yönetimi oturumunda karara bağlanabilir. Eğer gerçekçi bir zamanlama planı yapmak mümkün ise esas duruşma günü, dava yönetimi oturumunda belirlenebilir. Dava yönetimi oturumunda hazırlanan zaman çizelgeleri yalnızca mahkemenin uygun bulması halinde değiştirilebilir⁴⁰³.

Ön-yargılama aşamasının son bulup, ön-yargılama çizelgesinin sunulmasından sonra mahkeme gerek görürse taraflara en az yedi gün öncesinden bildirimde bulunarak bir ön-yargılama oturumu (*pre-trial review*) yapılmasına karar verebilir. Esas duruşması on günden fazla sürmesi beklenen davalarda, mahkeme genellikle böyle bir oturumun

³⁹⁹ PD 28, 3.9 (4).

⁴⁰⁰ CPR 35.5 (2); Bu usulde davanın zaman süreci için bkz. Ek-1.

⁴⁰¹ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 493-494.

⁴⁰² Civil Litigation, s. 183 vd; Andrews, English Civil Procedure, s. 336.

⁴⁰³ Civil Litigation, s. 187, 188; Andrews, English Civil Procedure, s. 341.

yapılmasına karar verebilir. Bu oturumda, esas duruşmadan önce taraflara sulh yapılması konusunda son bir imkan tanınmış olur. Ön-yargılama oturumunda, esas duruşmanın planlaması ve sunulacak delillerin içeriği görüşülür⁴⁰⁴.

VI. Tahkikatın Yürütülmesi

A. Terminoloji Sorunu

Türk hukukundaki tahkikat kavramı ile İngiliz hukukundaki tahkikat kavramı birbirinden farklıdır. Bu farklılığın esası, yukarıda ifade edildiği üzere Anglo-Amerikan hukukunda tahkikatın taraflar vasıtasıyla yerine getirilmesidir. Ancak, bu durum, özellikle İngiliz hukukunda tarafların diledikleri gibi sınırsız bir şekilde tahkikatı yürütebilecekleri veya tahkikatın hakim denetimi dışında yürütüldüğü anlamına gelmemektedir.

Türk medeni yargılama hukukunda tahkikat, mahkemenin tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları ile, bunların ispatı için gösterilen delilleri toplaması ve incelemesi sürecini konu alır. Taraflarca ikame edilen ve mahkemece toplanan deliller bu süreç içerisinde değerlendirilir ve daha sonra hüküm için sözlü yargılama aşamasına geçilir⁴⁰⁵. Ancak, mahkemenin takdirine göre tahkikat ve yargılama aşamasının birlikte yürütülmesi de mümkündür (HUMK m. 181/2). Tahkikat, mahkeme tarafından yürütülür⁴⁰⁶. Ancak, bazı yerlerdeki ticaret mahkemeleri istisna olmak kaydıyla, bütün asliye hukuk mahkemeleri (sulh mahkemeleri gibi) tek hakimli olduğundan, tahkikat ve yargılama aynı asliye hukuk hakimisi tarafından yapılmakta ve bu nedenle davanın tahkikat ve yargılama safhaları birbirinden kesin olarak ayrılamamaktadır⁴⁰⁷.

İngiliz hukukunda ise tahkikat dava dilekçesinin sunulmasından itibaren esas-duruşmaya kadar geçen süreci ifade eder. Bu süreç ön-yargılama içerisinde yapılır. İngiliz yargılama hukukundaki “disclosure” terimi Türk medeni yargılama hukukundaki delillerin ikame edilmesi (gösterilmesi) anlamını karşılayabilir. Delil ikamesinde,

⁴⁰⁴ Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 496-500.

⁴⁰⁵ Alongoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 310.

⁴⁰⁶ Toplu mahkemelerde, tahkikatın yürütülmesi üyelerden birine bırakılabilir (HUMK m. 181/1). Toplu mahkemelerde üyelerden birine bırakılmamışsa, tahkikat kural olarak mahkeme başkanı tarafından yürütülür (HUMK. m. 181/2, c.1).

⁴⁰⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 397.

tarafların sadece kendilerinin veya üçüncü kişinin kontrolünde olan delillerin getirilmesi ile yetinilmez aynı zamanda tarafların hasmının elindeki dava ile ilgili yazılı belgelerine ulaşması sağlanır. Bu anlamda delil ikamesi tahkikat içerisinde yer alan ayrı bir süreci ifade etmektedir çünkü hangi delillerin toplanacağı ve duruşmaya getirileceği bu inceleme aşaması sonrasında tespit edilir.

B. Delil İkamesi (*Disclosure*)

1. Genel Olarak

İngiliz yargılama hukukunda delil ikamesi⁴⁰⁸, ön-yargılama aşamasında (*pre-trial*), davanın taraflarının dava malzemesine ulaşmasını konu edinir⁴⁰⁹. Delil ikamesinin en temel unsurlarından birisi yazılı deliller olmakla beraber delillerin kapsamı sadece bu tip delilden ibaret değildir. Delillerin ikamesi iki aşamadan oluşur. Birinci aşama tarafların kendi ellerinde olan dava ile ilgili malzemeyi listeleyerek mahkemeye sunmalarıdır. İkincisi ise taraflardan her birinin sunulan liste çerçevesinde diğer tarafın kontrolündeki dava malzemesini incelemesidir. Yazılı belgelerin⁴¹⁰ bulunduğu yerin saptanması, listelenmesi, araştırılması, kullanılacak belge suretlerinin hazırlanması-özellikle de birçok yazılı belgenin incelenmesinin söz konusu olacağı ticari davalar açısından- oldukça zaman alan bir süreçtir⁴¹¹.

Delil ikamesi ile şu hususlar amaçlanır⁴¹²:

-taraflarca duruşmaya bilgili şekilde gidilmesi,

-sunulacak deliller hakkında bilgi sahibi olunması,

⁴⁰⁸ Eski ortak hukukta, tahkikat süreci bulunmamaktaydı. Dava dilekçesine eklenmiş olan belgeler sunulacak delillerin sınırını oluşturmaktaydı ve taraflar önceden yeterli bilgi vermek yükümlülüğü altındaydı. Equity sistemi ise diğer yandan taraflar için isticvap prosedürü öngörmekteydi ve bu zamanla ayrı bir süreç olarak ortak hukukun bir aşaması olarak gelişerek tarafların iddiasını ispat için gerekli olmuştur.

⁴⁰⁹ Delil ikamesi (*disclosure*) CPR’da tahkikat aşaması (*discovery*) ile eş anlamı kullanılmış olsa da, aslında delil ikamesi tahkikatını da içerisine alan daha genel bir anlam taşımaktadır. CPR’daki son değişiklikten önce delil ikamesi yerine tahkikat ifadesi kullanılmaktaydı (Andrews, *The Pursuit of Truth in Modern English Civil Procedure*, s. 82); CPR’da, *discovery*’den *disclosure* teriminin kullanılmasına geçilmesi sadece bir isim değişikliğinden ibaret değildir; aynı zamanda her ikisi arasında biçimsel bir farklılık bulunmaktadır (Jacob, s. 74).

⁴¹⁰ Belgeden anlaşılması gereken davayla ilgili bilgiyi içeren her türlü malzemedir. Video görüntüleri, ses kayıtları, el yazısı ve benzeri malzemelerin hepsi belge olarak kabul edilir (Matthews, Paul/Malek, Hodge M., *Disclosure*, London 2000, s. 91).

⁴¹¹ Michalik, s. 125.

⁴¹² Jolowicz, *On Civil Procedure*, s. 41.

- belirsiz konuların elimine etmesi,
- tarafların güçlü ve zayıf oldukları noktaların tespit edilmesi,
- tarafların duruşmada sürpriz ile karşılaşmasının engellenmesi ve
- yargılamada hakkaniyete uygun bir hükme ulaşılması.

Delil ikamesinin kapsamının geniş tutulması, yargılamanın uzun sürmesine ve masraflı olmasına neden olmaktadır. Tarafların kendi kontrollerindeki belgeleri, karşı taraf lehinde olanlar da dahil olmak üzere, ikame etmeleri zorunlu olmakla beraber, bunun kapsamı mahkemece aksi kararlaştırılmadıkça standart bir delil ikamesi ile sınırlıdır. Yeni CPR ile standart delil ikamesinin nasıl belirleneceği tespit edilmiştir. Buna göre, ikame olunacak delilin kapsamını, içeriğini, sayısını ve davayla ilgisini belirleyecek olan tarafın kendisidir. Bu ise davanın miktarına, delillerin nerede bulunduğu, dava konusunun önemine göre değişkenlik gösterebilecek bir durumdur.

2. Önceki CPR Döneminde

Geleneksel anlayışa göre, ön-yargılama aşamasında yapılan tahkikatta amaç, yargılamaya hazırlık yapılması ve tarafların uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olmalarını sağlamaktır. Duruşmada bulunacak olan hakim, ön-yargılama aşamasında yürütülen tahkikat işlemlerinden haberdar olmazdı; tahkikat işlemleri davaya bakmayacak olan bölge hakimi nezdinde yapılırdı. CPR’da yapılan değişikliklerle tahkikat aşaması Almanya hukukundaki gibi yargılamaya hazırlık yapılması işlevine sahiptir; yeni sisteme göre dava hakkında hem tarafların hem de hakimin bilgi sahibi olması amacı vardır⁴¹³.

Eski CPR’da, standart delil ikamesi ve özel delil ikamesi gibi ayırımlar mevcut değildi. Bu nedenle tarafların davayla ilgili olduğunu düşündükleri çok fazla sayıda belgeyi listeleyip, mahkemenin ve karşı tarafın incelemesi için sınıflandırması gerekiyordu; bu ise zaman kaybına ve masrafların artmasına yol açmaktaydı. Büyük çaplı uyuşmazlıklarda, delil ikamesi binlerce belgenin incelenmesi ve bir araya

⁴¹³ Stürner, “Anglo-American and Continental Civil Procedure: The English Reform as a Model for Further Harmonization?”, English Responses to the Ali/Unidroit Draft Principles, s. 9-12.

getirilmesi zorunluluğunu doğurmaktaydı. Bu durum ekonomik açıdan ve organizasyon yönünden güçlü olan tarafın zayıf olana karşı üstünlük kurmasına neden olabilmekteydi. Güçlü olan taraf bu masrafları yapmayı göze alabilirken, zayıf olan tarafın böylesine zahmetli ve zaman alan bir işlemi sürdürmesi çoğu zaman mümkün olmamaktaydı. Diğer yandan, hiçbir ön değerlendirmeye tabi tutulmadan davaya ilgili olabileceği düşünülen belgelerin bir yığın halinde incelemeye sunulması, bu belgeleri inceleyecek olan tarafın ilgili delilleri doğru bir şekilde tespit etmesini engelleyebilmekteydi veya tam aksi şekilde, çok az belge sunmak suretiyle hasmın inceleme yapmasına imkan verilmemesi de söz konusu olabilmekteydi. Dolayısıyla tahkikatın bu şekilde sınırlamaya tabi olmadan yapılması taktiksel savunmalar geliştirilmesine neden olmuştur. Eski CPR'a göre tahkikatın bu şekilde sınırsız olması, tarafların tahkikat aşamasında ortaya çıkan uyuşmazlık konularını hakim önünde çözümleme anlayışına yöneltmiştir. Tarafların tahkikat başlamadan ya da tahkikat aşamasında anlaşma yaparak tahkikatta hangi belgelerin inceleneceğine karar vermeleri çok nadir durumlarda söz konusu olmuştur. Uyuşmazlığın sulhen çözülmesi ise çoğu zaman duruşmaya yakın bir tarihte gerçekleşmiştir⁴¹⁴.

3. Yeni CPR Döneminde

Yeni CPR'a göre, yazılı delillerin iki kategoride ikamesi mümkündür. Birincisi tarafların kendilerinin getirdikleri ve iddialarını dayandırdıkları delillerdir; ikincisi ise tarafın aleyhinde olan delillerdir. Vakıaların temeli ile ilgili olmakla beraber bir iddiayı doğrudan kanıtlamayan ve doğrulamayan dolaylı belgeler delil ikamesi kapsamı dışındadır⁴¹⁵. Bununla beraber, avukat-müvekkil yazışmaları, ticari sır içeren konular gibi sadece tarafların bilgisine özel olan belgeler, mahkemenin bu konuda bir kararı olmadıkça incelenemezler. Taraflar, delil ikamesi için sunacakları listelerde hangi belgelerin gizli ve kişiye özel olduğunu açıklamak zorundadırlar⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Mackie, David, "Discovery in Commercial Litigation", Reform of Civil Procedure, s. 138-148.

⁴¹⁵ Jolowicz, On Civil Procedure, s. 57; Andrews, English Civil Procedure, s. 600.

⁴¹⁶ Michalik, s. 126; Andrews, English Civil Procedure, s. 606.

Delil ikamesi geniş anlamda aşağıda sayılanlarla sınırlı olmamak kaydıyla şu hususları kapsar⁴¹⁷:

- dava öncesi yapılan delil anlaşmalarını ve delil incelemelerini,
- dilekçeleri (dilekçelerin amacı vakıaların ortaya konulması ve karşı tarafa dava hakkında vakıa ve delil getirebilmesi için uygun bildirimde bulunulmasıdır),
- tanık listelerini⁴¹⁸,
- keşif işlemlerini,
- tanıklara sorulacak soruların listelerini (*interragatories*).

Yazılı delil ikamesi tarafların ve özellikle davalının yargılama sürecini uzatmasını engeller ve karmaşık, büyük çaplı uyuşmazlıklarda zahmetli oluşu nedeniyle dava yoluna başvurulmaması yönünde taraflar açısından bir motivasyon oluşturur⁴¹⁹. Son on yıllık süreçte taktiksel gizliliğin yerini taraflar arasındaki şeffaflık almıştır. İngiliz Temyiz Mahkemesi de kararlarında, tarafların en erken şekilde güçlü ve zayıf oldukları hususları tespit etmelerinin ve tam bir mutabakat içinde uyuşmazlığı çözmek için gerçekler üzerine kurulu tartışmalar yapmalarının kamunun menfaatine olduğunu ifade etmiştir⁴²⁰.

CPR m. 31.6'ya göre standart bir delil ikamesi şu hususları kapsamalıdır: i) A'nın lehine delil olarak gösterdiği belgeler, ii) A'nın davasının aleyhine olan belgeler⁴²¹, iii) B'nin aleyhine olan belgeler, iv) B'nin iddialarını destekleyen belgeler

⁴¹⁷ CPR 31; Yazılı delillerin ikamesi usulü sadece hızlı ve çoklu yargılama usullerinde söz konusu olup küçük uyuşmazlıklar usulünde delil ikamesi farklı bir usule tabidir; Andrews, *The Pursuit of Truth in Modern English Civil Proceedings*, s. 83.

⁴¹⁸ İngiliz hukukunda, Amerikan hukukunda olduğu gibi ön-yargılama aşamasında avukatların tanıkları sorgulaması usulü (*deposition*) bulunmamaktadır. Avukatların duruşmadan önce tanıkları sorgulaması Amerikan ve Kanada yargılama hukukunda söz konusudur. Söz konusu usulün İngiliz hukukunda kabul edilmesinin özellikle büyük çaplı uyuşmazlıklar açısından faydalı olacağı ifade edilmektedir (Andrews, *The Pursuit of Truth in Modern English Civil Proceedings*, s. 89); Buna karşılık, mahkemenin uygun görmesi halinde, tarafların duruşmaya çağıracakları muhtemel tanıklarla görüşüp tanık beyanları hazırlayıp birbirlerine tebliğ etmeleri mümkündür. Bu özellikle tarafların duruşmada sürprizle karşı karşıya kalmamaları açısından önem teşkil eden bir işlemdir (Zuckerman, *English Civil Procedure-The Shift Away from Party Control and Orality*, ZJPInt 1, 1996, s. 65-87, s. 68-69).

⁴¹⁹ Andrews, *English Civil Procedure*, s. 597.

⁴²⁰ *Naylor v Preston Area Health Authority* [1987] 1 WLR 958, 967-968 (Andrews, *English Civil Procedure*, s. 137).

⁴²¹ Tarafın hangi belgelerin aleyhine olup olmadığını değerlendirmesi çoğu zaman subjektif bir yoruma dayalıdır. Bu nedenle CPR'nın bu ifadesini tarafın davayla ilgili olduğunu düşündüğünü ancak sunup sunmamanın kendi

veya A'nın ilgili kanun hükümleri uyarınca sunmakla yükümlü olduğu belgeler⁴²². Özel delil ikamesi ise standart usule göre daha kapsamlıdır ve şu hususları kapsar: i) mahkeme ara kararında belirtilen belgelerin ikamesi, ii) mahkeme ara kararında belirtilen belgeler üzerinde davayla ilgili olup olmadıkları hakkında araştırma ve iii) bu araştırma sonucunda bulunan belgelerin ikamesi⁴²³. Küçük ihtilaflar usulünde standart delil ikamesinden daha sınırlı bir delil ikamesi imkanı vardır. Burada taraflar sadece dava ile doğrudan ilgili delilleri ikame edebilirler. Hızlı yargılama usulünde ise mahkeme tarafların standart delil ikamesinde bulunması kararı vermekle yetinir. Eğer taraflar daha detaylı bir inceleme isterlerse, bu hususta mahkeme'ye yapılacak başvuru üzerine verilen özel delil ikamesi kararı ile böyle bir inceleme yapılabilir. Çoklu yargılama usulünde de, standart delil ikamesi usulü kural olarak uygulanmakla beraber, dava yönetimi oturumunda özel delil ikamesi kararı verilmesi amacıyla başvuruda bulunmak mümkündür⁴²⁴.

Taraflar hangi belgelerin listelenip sunulacağına karar verirken makul bir araştırma yapma yükümlülüğü altındadırlar. Bunun tespiti kolay olmamakla beraber, tarafların esas almaları gereken ölçü orantılılıktır. Belgenin önemi, miktarı, dava ile ilgisi ve belgeyi getirmenin ispat açısından sağlayacağı fayda gözetilmelidir⁴²⁵. CPR, ön-yargılama aşaması bitene kadar tarafların delil sunma yükümlülüklerinin devam ettiğini belirtmektedir. Taraflardan biri bu aşamada sunulması gereken bir belgenin varlığından haberdar olursa bunu derhal sunmakla yükümlüdür. CPR, büyük ölçüde tarafların delil ikame etme yükümlülükleri açısından onların dürüstlüğüne ve iyiniyetine dayalıdır. Buradaki amaç, taraflarca orantısız ve ölçüsüz belge incelemesi yapılmasının önüne geçilmesidir⁴²⁶. Hangi belgenin sunulup sunulmaması gerektiğine genellikle bir tarafın vekili olan dava avukatı (*barrister*) karar verecektir⁴²⁷. Bu nedenle kararı verecek olan dava avukatının sorumluluğu ağır bir sorumluluktur çünkü aksi bir

insiyatifinde olan belgeler şeklinde anlamak doğru olur. Bkz. Hollander QC, Charles, "Documentary Disclosure: Lessons From the English Experience", English Responses to ALI/Unidroit Principles, s. 151-160, s. 152, dp. 6.

⁴²² CPR 31.5 (1) (2) uyarınca mahkemeler, bazı özel hallerde delil ikamesinin kapsamını genişletmek veya daraltmak yönünde kararlar verebilmektedirler.

⁴²³ Matthews/Malek, s. 134.

⁴²⁴ Matthews/Malek, s. 135.

⁴²⁵ Matthews/Malek, s. 128.

⁴²⁶ Andrews, Civil Procedure, s. 602.

⁴²⁷ Eski usul kanununda böyle bir düzenleme bulunmamaktaydı ve taraflar davayla ilgili olduğunu düşündüğü tüm belgeleri hiçbir ön inceleme yapmadan yargılamaya getirirlerdi (Matthews/Malek, s. 128).

durumda kendisinin hukuki sorumluluğu doğacaktır. CPR’a göre taraflar veya vekili, delilleri ikame ettikten sonra delil ikamesi formu isminde matbu bir belge imzalayarak delil ikamesi kurallarına uyduklarını beyan etmek zorundadırlar⁴²⁸.

Belirtmek gerekir ki, tarafların incelemeye sundukları belgeler sadece yargılama için kullanılabilir ve bundan başka bir amaç için kullanılamaz. Belgeler açık duruşmada ifşa edilmişler ise üçüncü kişiler tarafından kullanılabilir veya açıklanabilir. Ancak mahkemenin gerek görmesi halinde belgelerin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasının ve ifşa edilmesinin sınırlanması mümkündür⁴²⁹.

CPR m. 31’deki delil ikamesine ilişkin hükümler çoklu ve hızlı yargılamaya tabi davalarda söz konusudur. Taraflar delil ikamesine tabi belgelerin bir listesini sunmak ve belgelerin diğer tarafça incelenmesine izin vermek zorundadırlar⁴³⁰. Delil ikamesinde bulunma yükümlülüğü mahkemenin vereceği matbu bir karar (*standard direction*) ile başlar. Taraflar, ispat vasıtalarının kapsamını daraltabilirler, ispat vasıtalarının neler olacağı veya bunların hukuki etkilerinin ne olacağı konusunda anlaşma yapabilirler⁴³¹. Delillerin ikame edilmesine ilişkin kurallara aykırı davranılması halinde, buna aykırı davranan tarafın iddiasının veya savunmasının dava dosyası kapsamı dışına çıkarılması söz konusu olur (*striking out*) ve aynı zamanda cezai yaptırım da uygulanabilir⁴³².

Delil ikamesi, soyut vakıaların ispat aracı olarak kullanılamaz. Davacı, davasını delil ikamesi aşamasında bulmayı ümit ettiği veya şans eseri bulduğu delillere dayalı olarak şekillendiremez. Bu kurala “no fishing rule” denilmektedir. Bu nedenle davada ileri sürülen vakıaların temeli olmalı ve tahkikat bu temel üzerinde yapılmalıdır⁴³³. Bununla beraber bazen davacının davasını açabilmek ve vakıaları somutlaştırabilmek için önceden bu delilleri incelemesi gerekecektir. Uygulamada bazı

⁴²⁸ Hollander, s. 154-155.

⁴²⁹ Zander, Cases and Materials on the English Legal System, s. 95.

⁴³⁰ CPR 31.10 (2) ve 31.15.

⁴³¹ CPR 31.5 (3) ve 31.10 (8); Bu durum HUMK m. 287/II’de öngörülen delil sözleşmesi ile benzerlik taşımaktadır; Delil sözleşmesi ya mevcut delillerin daraltılması (bir konunun sadece belirli bir delille ispat edilebileceği) veya delillerin genişletilmesi (bir olgunun ispatının kanunun öngördüğü deliller dışında diğer delillerle de gerçekleştirilebileceği) biçimlerinde olabilir; Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 191.

⁴³² Andrews, English Civil Procedure, s. 609.

⁴³³ Andrews, English Civil Procedure, 614.

davalar için böyle bir ihtiyaç belirlemiştir (örneğin tıbbi malpraktis davalarında kayıtların önceden incelenmesi gerekmektedir). Diğer bir husus ise tarafların bir konunun dava haline gelip gelemeyeceğini anlamak için, bu konuda yeterli delillerin bulunup bulunmadığını araştırmalarıdır. Bu nedenlerle CPR’da henüz dava açılmadan önce tarafların aralarında protokol yapmak suretiyle birbirlerine uyuşmazlık ile ilgili belgelerin incelenmesine izin vermeleri ve bilgi alışverişinde bulunmaları imkanı getirilmiştir⁴³⁴.

3.1. Dava Öncesinde Delil İnceleme Protokolü (*Pre-action Protocol*)

Dava öncesinde taraflar arasında yapılacak olan bu protokol, olası dava masraflarını azaltmak ve dava açılması halinde tarafların başarı şanslarını tespit edilebilmek açısından yararlıdır. Bu kurum, aynı zamanda tarafların uyuşmazlığı, dava henüz başlamadan, sulh ile çözümlemelerine hizmet eder⁴³⁵. Taraflar, ayrıca, dava başlamadan önce hasmının muhtemel iddia ve savunmaları hakkında bilgi sahibi olacağından⁴³⁶, vakıa ve delillerin toplanması konusunda hazırlık yapılması imkanı doğar. Tarafların böyle bir protokol yapmalarında menfaatleri vardır çünkü protokolü yapmayı kabul eden taraf, ileride davayı kaybederse mahkeme tarafından daha az bir yargılama giderine mahkum edilebilir⁴³⁷. Tam aksi şekilde, geçerli bir gerekçe olmadan bu protokolü yapmaya yanaşmayan taraf, davada haksız çıkması halinde, yargılama giderlerinin tamamına mahkum edilebilir. Yargılama giderlerine, hasmın bu protokolü yapamamış olması nedeniyle sarf etmek zorunda kaldığı bütün masraflar dahildir⁴³⁸.

Dava öncesi delil incelemesi protokolü, Türk hukukundaki delil sözleşmesinden farklıdır. Delil sözleşmesi, belli bir vakıanın, belli bir delil ile veya diğer deliller yanında kararlaştırılan türdeki deliller ile de ispat edilebileceği konusunda taraflar arasında, davadan önce veya yargılama sırasında yapılan usuli bir sözleşmedir⁴³⁹. Dava öncesi delil incelemesi protokolünde ise deliller üzerinde inceleme

⁴³⁴ PD Protocols, 1 (4).

⁴³⁵ Sime, Stuart, A Practical Approach to Civil Procedure, Oxford University Press 2004, s. 44; Andrews, English Civil Procedure, s. 615.

⁴³⁶ Bailey/Ching/Gunn/Ormerod, s. 703.

⁴³⁷ Andrews, The Pursuit of Truth in Modern English Civil Proceedings, s. 84.

⁴³⁸ Loughlin/Gerlis, s. 78; Chase/Hershkoff, s. 15-16.

⁴³⁹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 408; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 389; Üstündağ, s. 653; Taşpınar, İspat Sözleşmeleri, s. 191; Delil sözleşmelerinin hukuki niteliği hakkında ayrıca bkz. Deren-Yıldırım, “Hakem-Bilirkişi

yapılmasına ilişkin bir anlaşma söz konusudur, yoksa delil sözleşmesindeki gibi belirli delillerin yargılamaya getirilmesi amacı yoktur.

Bu kurum, aynı zamanda Türk hukukundaki delillerin tespitinden de farklıdır. Delil tespitinin konusunu, delil veya mevcut bir durumun tespit edilmesi oluşturmaktadır⁴⁴⁰. Delillerin tespiti, ileride açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin, bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp emniyet (güvence) altına alınmasını sağlamak için kabul edilmiş bir müessesesidir. Delillerin tespiti, bir dava olmayıp, deliller hakkında bir çeşit ihtiyati tedbirdir. Ancak, ihtiyati tedbirde dava konusu olan malın veya hakkın emniyet (güvence) altına alınması için o mal veya hakka tedbir konulduğu halde delillerin tespitinde, davanın karara bağlanmasına yardımcı olacak delillerin kaybolmasını önlemek için tedbir alınmaktadır⁴⁴¹. Oysa ki, İngiliz yargılama hukukunda dava öncesinde delil incelemesi protokolünde, ileride dava konusu olabilecek vakıa ve delillerin araştırması yapılmaktadır, yani bu kurumun delilleri emniyete alması gibi bir işlevi bulunmamaktadır.

3.2. Dava Öncesi Delil İncelemesi (*Pre-action Disclosure*)

Eski CPR’da sadece bazı haksız fiil davaları için öngörülen dava öncesi delil incelemesi, yeni düzenleme ile tüm davalar için uygulanabilen bir usul haline gelmiştir⁴⁴². Eğer taraflar arasında dava öncesi delil inceleme protokolü yapılamaz ise veya taraflardan biri doğrudan mahkemeye başvurmayı tercih ederse, incelemenin yapılması başvurunun mahkemece uygun bulunması halinde mümkündür. Bu talebin kabul edilebilmesi için, mahkemece bazı şartların bulunup bulunmadığına bakılır. Bu şartlar; i) bu konuda dava başlamadan önce bir talebin varlığı, ii) talebin delil ile desteklenip desteklenmediği, iii) a) muhatabın açılacak davada hasım olma niteliğinin olması, b) başvuruyu yapanın güncel bir menfaatinin bulunması, c) talebin dava açılmasına gerek kalmadan uyuşmazlığın çözülmesine ve masrafların azaltılmasına

Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği”, İÜHFM C. I.IV, sayı 1-4, s. 322-330.

⁴⁴⁰ Akyol, Leyla, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Tespiti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003, s. 7.

⁴⁴¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 716; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 404; Üstündağ, s. 590; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 595.

⁴⁴² Hollander, s. 157.

hizmet etmesidir⁴⁴³. Taraflar bu kurum sayesinde, davanın henüz başlamadığı bir safhada, hasmının belgelerine ulaşma imkanına sahip olmaktadır ki bu durum uyuşmazlığın dava haline gelmeden çözümlenmesini sağlar⁴⁴⁴. Başvuru ile birlikte ihtiyati tedbir talebinde bulunmak mümkündür. İhtiyati tedbir kararı ile birlikte delil incelemesi kararı verilmesi ancak kuvvetli ve inandırıcı delillerin bulunması halinde mümkündür⁴⁴⁵.

C. Esas Duruşma

Uygulamada davaların büyük çoğunluğu esas duruşma aşamasına geçilmeden önce sulhen sona ermektedir⁴⁴⁶. İngiliz hukukunda taraflar, esas duruşma sonucunda yükletilecek yargı masraflarından ve yüksek avukatlık ücretlerinden sakınmak için sulh yolunu tercih etmektedir. Duruşma yapılması tarafların sulh olma durumunun neredeyse imkansız olduğu hallerde söz konusudur⁴⁴⁷.

Mahkeme, duruşma tarihinden en fazla sekiz hafta öncesinden taraflara bir ön-yargılama formu gönderir. Bu form ile taraflar duruşmanın seyri ile ilgili önemli olabilecek hususları bildirirler ve mahkemenin bu hususta özel bir karar vermesini istedikleri konuları özetlerler. Formların mahkemeye ulaşmasından sonra mahkeme duruşmanın seyri konusundaki kararları almak için oturum yapabilir veya oturum yapmaksızın gerekli kararları dosya üzerinden verebilir. Bu son aşamada genellikle, bilirkişinin sözlü olarak mı dinleneceği yoksa yazılı raporlar ile mi yetinileceği, dava dosyası eklerinin hazırlanması, duruşma sırasında teknolojik ekipman kullanılması ihtiyacı, tanıkların hangi sırada çağrılacakları ve duruşma zaman çizelgesinin tespit edilmesi gibi hususlar söz konusu olur. Duruşma zaman çizelgesinde taraf vekillerine konuşma yapmaları için verilen süre, tanıkların çapraz sorgulaması için verilen süre ve hakim kararını açıklayacağı süre gibi hususlar yer alır⁴⁴⁸.

⁴⁴³ Andrews, s. 615-616.

⁴⁴⁴ Hollander, s. 158.

⁴⁴⁵ Rogers, David Fletcher, Pre-Action Discovery, London 1991, s. 3.

⁴⁴⁶ Andrews, Development in English Civil Procedure, s. 7.

⁴⁴⁷ Son dönemlerde yapılan istatistiksel bir çalışma, davaların ancak %2'sinde duruşma aşamasına geçildiğini tespit etmektedir (Andrews, The Pursuit of Truth in Modern English Proceedings, s. 93).

⁴⁴⁸ O'Hare/Brown, s. 291.

Bu işlemler tamamlandıktan sonra mahkemece tayin edilmiş günde esas duruşma yapılır. Esas duruşmada, tanıkların dinlenmesi ve çapraz sorgulama ispat faaliyeti açısından önemlidir. Avukatların çapraz sorgulamadaki yetenekleri tanık anlatımlarının doğruluk ve inandırıcılık derecesini etkiler. Hakimin duruşmayı çeşitli açılardan bölerek davadaki konulara göre ayrı oturumlar yapması mümkündür. Taraflar, duruşmadan en az üç gün önce dilekçelerin, tanık anlatımlarının ve yazılı delillerin bulunduğu bir dosyayı⁴⁴⁹ hazırlayıp mahkemeye sunmak ve birbirlerine tebliğ etmek zorundadırlar⁴⁵⁰. Esas duruşma esnasında bu belgelerin incelemeye hazır şekilde bulundurulması gerekir. Taraf vekilleri ayrıca bazı durumlarda, davanın temelini teşkil eden hukuki konuları özetleyen bir dilekçeyi mahkemeye duruşmadan önce sunabilirler. Duruşmalarda sözlülük ilkesi hakimdir⁴⁵¹. Ancak zaman darlığı nedeniyle sözlü açıklamaların sınırlandırılması mümkündür. Duruşmada yapılan tüm işlem ve açıklamalar kayıt altına alınır. Hakim, hükmünü duruşmada verir ancak gerekçesini duruşmadan sonra yazarak taraflara tebliğ edebilir⁴⁵². Mahkeme, duruşma sırasında talimatlar vererek deliller üzerindeki kontrol yetkisini kullanabilir. Hakimin, hangi konuların delil ile ispatlanması gerektiği, delilin niteliği ve delilin duruşmaya getirilişi şekli ile ilgili talimatlar vermesi mümkündür. Mahkeme, ayrıca ibrazı kabil bir delilin sunulmasını önceden reddedebilir veya çapraz sorgulama yapılmasını sınırlayabilir. Mahkemenin ayrıca hızlı yargılama ve çoklu yargılama usullerinde tanıkların sayısını sınırlama yetkisi de vardır. Vakıalar ile hukuki konular kolaylık sağlaması açısından ayrı ayrı değerlendirilebilir⁴⁵³.

Duruşmada işlemlerin sırası şu şekildedir⁴⁵⁴:

- davacı ve davalı vekillerinin açılış konuşması,
- davacı tanıklarının dinlenmesi,
- davacı tanıklarının davalı tarafından çapraz sorgulanması,

⁴⁴⁹ Bu dosyaya “trial bundle” ismi verilmektedir.

⁴⁵⁰ Zuckerman, English Civil Procedure, s. 73.

⁴⁵¹ Ancak ticari davalarda yazılı delillerin büyük bir önemi vardır (Andrews, The Pursuit of Truth in Modern English Proceedings, s. 92).

⁴⁵² Andrews, English Civil Procedure, s. 778.

⁴⁵³ Andrews, English Civil Procedure: A Synopsis, s. 57.

⁴⁵⁴ Andrews, English Civil Procedure: A Synopsis, s. 58.

- davacı tanıklarının davacı tarafından sorgulanması,
- davalı tanıklarının dinlenmesi,
- davalı tanıklarının davacı tarafından çapraz sorgulanması,
- davalı tanıklarının davalı tarafından sorgulanması,
- davalı vekilinin kapanış konuşması,
- davacı vekilinin kapanış konuşması,
- karar⁴⁵⁵,
- yargılama giderleri konusunda ayrı bir karar oluşturulması.

VII. Usuli Hakların Kötüye Kullanılması ve Usule Aykırı İşlemler

A. Usuli Hakların Kötüye Kullanılması

Medeni yargılama hukukunda, tarafların bazı yükümlülükleri söz konusudur. Modern usul hukukunda, tarafların yalnızca birbirlerine karşı yükümlülükleri yoktur, bunun yanında tarafların mahkemeye karşı olan yükümlülüklerinden de söz edilir⁴⁵⁶. Bir yükümlülüğten bahsetmek için bir tarafın belirli bir davranışta bulunması durumu mevcut olmalıdır⁴⁵⁷. Tarafların yükümlülüğüne ilişkin örneklerin başında, tarafların dürüstlük kuralına uygun davranmaları gelir. Dürüstlük kuralına aykırılık olarak şu haller belirtilebilir: i) hile ile usuli durumlar yaratma; ii) önceki tutumla çelişki teşkil eden davranışlar; iii) usuli yetkilerin kötüye kullanılması ve iv) doğruyu söyleme ödevine aykırı davranışlar⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ Hakim, kararını duruşma sonunda hemen açıklayabileceği gibi daha sonra da açıklayabilir. Kararın gerekçeli olması gerekir (Zuckerman, *Civil Procedure in England*, s. 172-173).

⁴⁵⁶ Hess, Burkhard, "Abuse of Procedure in Germany and Austria", *Comparative Standards of Procedural Fairness* (Kıs.: *Procedural Fairness*), International Association of Procedural Law International Colloquium, Kluwer Law International, 1999, s. 151-179, s. 155.

⁴⁵⁷ Alangoya, Vakıalar, s. 116; Medeni usulde bu anlamda yükümlülük istisnaidir; tarafların usuli işlemleri yapmaları onlar için, kural olarak, bir mükellefiyet teşkil eder, bu işlemlerin yapılması için taraflar ne doğrudan doğruya ne de dolayısıyla zorlanamazlar. Taraf bu usuli işlemi yapmadığı takdirde onun aleyhine müsait olmayan bir usuli durum ortaya çıkacaktır (Alangoya, Vakıalar, s. 117, dp. 59).

⁴⁵⁸ Alangoya, Vakıalar, s. 120-121; Taniguchi, Yasuhei, "Abuse of Procedural Rights: A Japanese Perspective", *Procedural Fairness*, s. 215-231, s. 220.

Usuli hakların kötüye kullanılması ve uygulanan yaptırımlar, Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan hukukunda farklılık arz eder. Kıta Avrupası hukukunda bu konuda yeknesak bir düzenleme görmek mümkün değildir; Fransa, Belçika, Japonya’da bu konuda genel prensipler bulunurken, İtalya gibi bazı ülkelerde genel prensiplere referans verilmektedir. İspanya ve Portekiz hukukunda ise bu konuda açık düzenlemeler vardır. Kötüye kullanımın değerlendirilmesi bakımından da ülkeler arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Bazı ülkeler, adil yargılanma ilkesi ve adaletin düzgün işlemesi bakımından hakların kötüye kullanımını ve bu duruma uygulanacak yaptırımları önemserken, bazı ülkelerde bu durum tek başına ele alındığında adaletin işleyişinde çok önemli görülmez. Ortak hukuk ülkelerinde ise bu konuda açık genel tanımlar yoktur ancak kanunlarda hangi işlemlerin bu kapsamda değerlendirilebileceğine yönelik örnekler ve bu nitelikteki işlemlere uygulanacak yaptırımlar mevcuttur⁴⁵⁹. Usuli hakların kötüye kullanılmasına karşı uygulanacak yaptırımlar, önceleri sorumluluk hukukunun bir alanı olarak görülmekteyken, bugün adaletin düzgün işlemlerini sağlayacak araçlardan biri olarak kabul edilmektedir. Bugünkü anlayış bu konuyu bir hakkın ihlal edilmesinden çok, dürüstlük, doğruyu söyleme ödevi gibi usuli bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi içerisinde değerlendirmektedir. Usuli haklar, artık yargılama hukukunun teknik bir alanı olmaktan çıkmış, adil yargılanma hakkı, Ortak Hukuk ülkelerinde “due process” gibi ilkelerle anayasal kurallar içerisinde korunur hale gelmiştir⁴⁶⁰.

Usuli hakların kötüye kullanılmaması konusunda genellikle referans gösterilen prensipler hakların kullanılmasında iyiniyet (*bona fides*), dürüstlük gibi hukukun temel ilkeleridir. Genel prensiplerin usul hukukunda kullanılışı iki şekilde olmaktadır; bazı ülkelerde dürüstlük kuralına usul kanununda genel bir hüküm şeklinde yer verilirken (örneğin İtalyan Usul Kanunu m. 88’deki gibi), Avusturya (Avusturya Usul Kanunu m. 408) ve Almanya (Alman Usul Kanunu m. 138) gibi ülkelerde ise özel hükümlerin içerisinde bir yükümlülük şeklinde de düzenlenebilmektedir⁴⁶¹. Alman ve Avusturya

⁴⁵⁹ Taruffo, “Comparative Standards of Procedural Fairness, Abuse of Procedural Rights”, Procedural Fairness, s. 3-31, s. 4-5; Méndez, Francisco Ramos, “Abuse of Procedural Rights? Spain and Portugal”, Procedural Fairness, s. 181-190.

⁴⁶⁰ Normand, Jacques, “Final Report: The Two Approaches to the Abuse of Procedural Rights”, Procedural Fairness, s. 237-244.

⁴⁶¹ Taruffo, Comparative Standards of Procedural Fairness, s. 5-6; Hess, s. 166 ve son; Dondi, Angelo, “Abuse of Procedural Rights: Regional Report for Italy and France” Procedural Fairness, s. 109-124, s. 115.

hukukunda, hakimin güçlü bir konumda olmasından dolayı usuli hakların yargılama içerisinde zaten korunduğu, yargılama giderlerinin davayı kaybeden tarafa yükletilmesinin bu konuda yeterli bir önlem olduğu ve bu nedenle de özel bir yaptırıma gerek bulunmadığı ifade edilmektedir. Ortak hukuk ülkelerinde ise hakların kötüye kullanımı açısından genel bir iyiniyet kuralına referans vermek yerine savunma hakkı (*due process or right of defense*) veya tarafların yargılamada eşit muameleye tabi tutulması gibi prensipler temel alınmaktadır⁴⁶². Bu ülkelerde savunma hakkı hukuki boşlukların doldurulması için değil, genel bir uygulama olarak uygun olmayan usul muamelelerinin değerlendirilmesinde kullanılmaktadır⁴⁶³. Diğer yandan, iyiniyet kuralı, halen bazı hukuk düzenlerinde yeterince gelişmemiş olan yargılamada dürüstlük kuralı içerisinde değerlendirilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, birçok hukuk düzeninde yargılamada dürüstlük kuralı ile usuli hakların kötüye kullanılması arasındaki ilişki yeterince kurulamamıştır. Usuli hakların kötüye kullanılması terimi, hukuk sistemlerinde farklı isimler altında uygulama alanı bulabilmektedir. Bunun nedeni, her sistemde usuli hakların kötüye kullanımının, o sisteme özgü değişik saiklerden doğmasından ötürüdür⁴⁶⁴.

Usuli hakların kötüye kullanılmasında, bir usul kuralının ihlal edilmesi ile hakların kötüniyetli şekilde, temelsiz, kasden veya ağır ihmal ile kullanılması arasındaki ayırımın nasıl çizilmesi gerektiği bir sorundur. Bu konuda her iki durumun ayırt edilmesini sağlayacak genel ve standart bir kuralın bulunması gerektiği söylenebilir. Bir usuli hakkın kullanılması suretiyle hukuki olmayan bir amaca ulaşmak isteniyor ise, bu durumda usul hakkının ihlali değil, kötüye kullanılmasından söz edilir. Bu durumda iyiniyet, dürüstlük, savunma hakkı, adil yargılanma hakkı gibi ilkeler özel durumun yorumlanmasında ve hakkın kullanımının arkasında gizlenmiş hukuki olmayan amacın ortaya konulmasında rol oynar⁴⁶⁵.

Fransız hukukundaki eski bir görüşe göre usul kuralları ile dürüstlük kuralı arasında bir ilişki yoktur, dürüstlük kuralının uygulanması maddi hukuka ilişkin bir konudur. Usul kuralları çok sıkı şekilde yargılamada uygulanması gereken emredici

⁴⁶² Hazard, "Abuse of Procedural Rights: Report for the United States", *Procedural Fairness*, s. 43-53, s. 43.

⁴⁶³ Taruffo, *Comparative Standards of Procedural Fairness*, s. 7; Hess, s. 179.

⁴⁶⁴ Taruffo, *Comparative Standards of Procedural Fairness*, s. 8.

⁴⁶⁵ Taruffo, *Comparative Standards of Procedural Fairness*, s. 8; Hess, s. 156-157.

kurallar olduğundan ancak bir kuralın olaya uygulanmasından veya uygulanmamasından söz edilebilir. Günümüzde ise bu görüşün doğru olduğunu kabul etmek mümkün değildir, günümüzün modern yargılama anlayışı 19. yüzyıldaki usul kanunlarının baktığı perspektiften çok farklıdır. Diğer yandan bu görüşün mukayeseli hukuk açısından bakıldığında, Ortak Hukuk düzeninin uygulandığı ülkeler açısından bir geçerliliği yoktur. Yargılamada usul kurallarının katı bir şekilde uygulanmasından söz edilemez zira tarafların ve avukatların yargılamanın başlangıcında ve çeşitli evrelerinde usuli hakların kullanılmasında seçim ve takdir hakları bulunur. Dolayısıyla usuli hakların kötüye kullanılması konusunu sadece yasal ve yasal olmayan şeklinde dar bir bakış açısından değerlendirmek doğru değildir, bunun yanı sıra “doğru-doğru olmayan”, “adil-adil olmayan”, “yararlı-yararlı olmayan”, “zararlı-zararlı olmayan” gibi çeşitli ayırımlara tabi tutmak mümkündür. Dürüstlük, doğruluk, iyiniyet gibi kavramların karşılığının, yasal olmayan veya hukuka aykırılık gibi kelimelerle özdeş şekilde kullanılması doğru değildir⁴⁶⁶.

Usuli hakların kötüye kullanılmasında dikkate alınması gereken hususlardan birisi de, konunun dava açma hakkı, adalete erişim, savunma hakkı gibi anayasal haklar ile temel insan hakları ile bağlantısıdır. Örneğin adalete erişim hakkı kapsamında dava açma hakkının kullanılmasının veya ispat hakkı çerçevesinde delil ikame edilmesinin ne şekilde hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği sorusu sorulabilir. Bu gibi durumlarda, temel hakların kullanılmasında, hakkın kötüye kullanılmasından söz etmek mümkün değildir şeklindeki bir düşünce doğru değildir. Hazard, bu konuda, temel hakların, usuli hakların kötüye kullanılmasının aynadaki yansıması olduğunu, yani temel hakların kendisinin aynı zamanda o hakkın kötüye kullanılmasına engel oluşturduğunu söylemektedir. Temel hakkın kullanılması hiçbir zaman bir hakkın kötüye kullanımı için bir araç olamaz. Bu nedenle temel hakların kullanımı da hakkın kötüye kullanılması ile sınırlandırılmıştır. Diğer yandan, usuli hakların kötüye kullanımı ile etik ve ahlak kuralları arasında bir ilişki genellikle kabul görmemekte; daha çok konunun yargılama ilkeleri içerisinde değerlendirilmesi uygun görülmektedir. Bu konu daha çok yargılamanın taraflarca kötünietli şekilde uzatılması hususu içerisinde mülahaza edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, hakkın kötüye kullanımını, sadece taraflar

⁴⁶⁶ Taruffo, Comparative Standarts of Procedural Fairness, s. 10.

arasında bir tarafın diğerine göre dezavantajlı konuma geçmesi olarak değil, aynı zamanda adalet sisteminin düzgün işleyişinin önünde “objektif” bir engel olarak değerlendirmek mümkündür⁴⁶⁷.

Usuli hakların kötüye kullanımının her hukuk düzeninde benzer ve değişik görünüşleri vardır. Usuli hakların kötüye kullanılmasında, dava açma hakkının veya savunma hakkının kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Maddi temeli olmayan dava ikame etmek, hasmını rahatsız etmek için dava açmak veya savunma yapmak, zamanaşımına uğramış olduğunu bildiği bir davayı açmak, hasmını güçsüz konumda bırakmak için ihtiyati tedbir talep etmek, başka bir ülkede dava açılmasını yasaklama tedbiri (*anti-suit injunction*) talep etmek, aynı davayı birden fazla mahkemede açmak (*forum shopping*), davayı uzatmak için hakimin reddedilmesi prosedürüne başvurmak, görevsiz olduğunu bildiği mahkemede dava açmak, yargılamayı uzatmak için dilekçe vermek bu konuda verilebilecek bazı örneklerdir. Anglo-Amerikan hukukunda en sık başvuru yöntemleri, bir hakkı olmadığı halde özet yargılama usulüne başvurmak, delilleri ortadan kaldırmak, temyiz hakkı olmadığı halde temyiz yoluna başvurmak, tahkikatta hasmına incelemesi gereken belgeleri vermemek veya çok fazla ilgisiz belgeyi dermayen ederek hasmının inceleme yapmasına engel olma şeklinde tezahür etmektedir⁴⁶⁸.

Usuli hakkın kötüye kullanılmasının kimin tarafından yapılabileceği hususunda ise bütün yargılama süreçlerinin bu konuda rol alabileceğini söylemek mümkündür⁴⁶⁹. Hakimin, dava yönetimi yetkilerini kötüye kullanarak davayı uzatması söz konusu olabilir. Yargılamada, taraflar ve avukatlar tarafından hakkın kötüye kullanılmasında ise anlayış farklılıkları vardır. Davacı veya davalının bizzat kendisinin bir hakkı kötüye kullanması halinde, bunun tespiti yapmak kolay iken, yargılamadaki avukatın bir usuli hakkı kötüye kullanması halinde tespiti yapmak nispeten daha zordur. Kıta Avrupasında, İtalya gibi bazı istisnalar dışında, taraf ile avukat kavramları genelde taraf kavramı içerisinde birlikte ele alınır, ikisi arasında açık bir ayırım yoktur. Anglo-Amerikan hukukunda ise usuli hakların kötüye kullanımı, avukatın profesyonel

⁴⁶⁷ Taruffo, Comparative Standards of Procedural Fairness, s. 11-14.

⁴⁶⁸ Taruffo, Comparative Standards of Procedural Fairness, s. 18-19; Normand, s. 242; Shaw, Stephen/Mambro, David di, “Abuse of Process: A Modern Approach”, Litigation, 1998, s. 17-23.

⁴⁶⁹ Normand, s. 239.

sorumluluğu ve meslek kuralları içerisinde ele alınır. Kıta Avrupasında, hakkın kötüye kullanılmasında kasden veya ağır ihmal ile hareket edilmesi gibi ölçütler kullanılmakta ve bu ölçütün altında kalan davranışlar genellikle yaptırıma tabi tutulmamaktadır. Anglo-Amerikan hukukunda ise bu konuda subjektif ölçütler kullanılmamakta, objektif ölçüt olarak hakkın özünde kötüye kullanılıp kullanılmadığına bakılmaktadır⁴⁷⁰.

Usuli hakların kötüye kullanıldığına anlaşılması halinde uygulanacak yaptırımlar çeşitlidir. En sık kabul gören yaptırım şekli, hakkı kötüye kullanan tarafın para cezasına mahkum edilmesidir. Bazı durumlarda, hakkın kötüye kullanılması bir haksız fiil de teşkil edebilir. Eğer bu tarz bir işleme maruz kalan taraf, hasmın hakkını kötüye kullanmasından dolayı bir zarara uğradığını ispatlar ise tazminata hak kazanabilir. Diğer bir yaptırım çeşidi ise, hakkını kötüye kullanan tarafın yargılama giderlerine mahkum edilmesidir. Ancak, Kıta Avrupası ülkelerinde genel kural olarak davayı kaybeden taraf yargılama giderlerini üstlendiğinden, bu ülkelerde bu yaptırımın uygulanma alanı sınırlıdır. Usuli hakları kötüye kullanan tarafın davranışlarının hakim tarafından delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınması veya usuli bir yükümlülüğü yerine getirmeyen taraf aleyhine ispat yükünün yer değiştirmesi söz konusudur⁴⁷¹.

Anglo-Amerikan hukukunda ise kural olarak davanın tarafları yargılama giderlerinden kendi yaptıkları giderler ölçüsünde sorumlu olduklarından, bu yaptırım türü bu hukuk düzeninin uygulandığı ülkelerde etkili bir yöntemdir. Özellikle, usuli hakkı kötüye kullanan taraf veya avukat aleyhine, kendi işlemi nedeniyle doğan masraflara hükmedilmesi (*wasted costs order*) çok etkili bir yaptırım türüdür. Başka etkili bir yaptırım türü ise, dürüstlük kuralına aykırı davranan tarafın bazı usuli haklardan mahrum bırakılmasıdır. Bu kategoride, hakkın kötüye kullanılması teşkil eden işlemin hukuken geçersiz sayılması, yargılamanın durdurulması ve tarafın iddia veya savunmasının dosya kapsamı dışına çıkartılması gibi yöntemler sayılabilir. Diğer bir kategori ise, yaptırımların doğrudan hakkın kötüye kullanılması yoluna başvuran avukat aleyhine uygulanmasıdır. Bu yaptırım türü, avukatın yaptığı işlemlerden dolayı tarafın cezalandırılmasının doğru olmayacağı düşüncesi üzerine kuruludur. Bu

⁴⁷⁰ Taruffo, *Comparative Standards of Procedural Fairness*, s. 19-22.

⁴⁷¹ Hess, s. 171; Fentiman, Richard, "Abuse of Procedural Rights: The Position of English Law", *Procedural Fairness*, s. 53-64, s. 60.

yaptırımlar, her hukuk düzeninde meslek kurallarına göre değişiklik göstermekle birlikte, özellikle İngiltere’de sadece disiplin açısından değil yargılamada da etkin bir şekilde kullanılmaktadır⁴⁷².

B. Usule Aykırı İşlemlere Uygulanacak Yaptırımlar

Usuli işlemin yerine getirilmemesi usuli hakkın kötüye kullanılmasından farklı olup, burada yargılama içerisinde uyulması gereken bir kurala hiç uyulmaması ya da gereği gibi yerine getirilmemesi söz konusudur. Usuli işlemlerin yerine getirilmemesi ile hakkın kötüye kullanılması konusunda uygulanan yaptırımlar benzerdir. Bu nedenle burada belirtilen yaptırım türlerinin, hakkın kötüye kullanılması durumu için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir⁴⁷³. CPR, usuli işlemlerin yerine getirilmemesi halinde üç tip yaptırım öngörmektedir. Bunlar, ilgili tarafın usule aykırı işlemin yol açtığı masraflara mahkum edilmesi; yargılama faaliyetinin geçici olarak durdurulması ve bunlara ilaveten kısmen veya tamamen iddia veya savunmanın dava dosyası kapsamı dışına çıkartılmasıdır⁴⁷⁴. Usuli işlemlerin yerine getirilmesi kavramına mahkemenin dava yönetimi kapsamında verdiği kararlar dahildir⁴⁷⁵. Kural olarak, yaptırımların uygulanması için hakim bu hususta ayrı bir karar vermesine gerek bulunmaz. Eğer kanun’da veya mahkeme kararında bir usuli işlemin yerine getirilmemesi halinde yaptırımın ne olduğu açıkça belirtilmişse, taraflardan biri usuli işlemi yerine getirmediğinde bu yaptırım derhal ve kendiliğinden yürürlüğe girmiş olur⁴⁷⁶.

İngiliz Temyiz Mahkemesi, bir olayda, eğer usuli işlemin yerine getirilmemesi özünde esasa etkili bir konu değil ise, örneğin tanık beyanının süresinden sonra sunulması gibi, bu durumda mahkeme, iddia ve savunmanın dosya kapsamı dışına çıkartılması kararı vermemesi gerekir şeklinde hüküm tesis etmiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre, yargılamaya etkisi olmayacak bir aykırılığın ağır bir yaptırıma tabi tutulması hakkaniyete uygun olmayacaktır. Buna karşın, deliller üzerinde hile yapmış

⁴⁷² Taruffo, Comparative Standards of Procedural Fairness, s. 23-27; Fentiman, s. 59-61; Bkz. Andrews, Abuse of Process in English Civil Litigation, Procedural Fairness, s. 65-101.

⁴⁷³ Andrews, The Pursuit of Truth in Modern English Proceedings, s. 80.

⁴⁷⁴ Andrews, A New Civil Procedural Code for England, s. 13; İddia ve savunmanın dosya kapsamı dışına çıkartılması aynı zamanda CPR Bölüm 3 uyarınca davanın bir temeli olmaması halinde de söz konusudur (Andrews, European Traditions, s. 175).

⁴⁷⁵ CPR 3.1. (2) (f).

⁴⁷⁶ CPR 3.8.

ve belgeler üzerinde hukuka aykırı değişiklikler yapmış olan tarafa en ağır yaptırımlardan biri olan iddiasının dinlenmemesi kararı verilecektir. Yüksek Mahkeme, bu gibi hallerde, artık o tarafın getirmiş olduğu delillerin samimi olmadığı görüşündedir⁴⁷⁷.

Diğer bir yaptırım türü ise, yargılama masraflarının tamamına veya bir kısmına hükmedilmesi kararıdır. Mahkeme, masrafların derhal mahkeme veznesine ödenmesine karar verebileceği gibi, dava henüz sona ermeden de bu konuda karar alabilir. Mahkeme, alacak davalarında, bir başka yaptırım türü olarak, davada gecikmeye sebebiyet veren tarafın faiz tutarını üstlenmesi kararı da verebilir. Eğer gecikmeye davayı kazanan taraf sebebiyet vermişse, mahkeme o tarafın hak ettiği faiz tutarının indirilmesine karar verebilir. Kaybeden tarafın gecikmeye sebebiyet verdiği hallerde ise, o tarafın ödeyeceği faiz tutarı veya oranı arttırılabilecektir⁴⁷⁸. Lord Woolf da, yaptırım olarak ilk olarak masraflara hükmedilmesinin düşünülmesi gerektiğini, iddia ve savunmaların dosya kapsamı dışına çıkartılmasının istisnai bir yaptırım türü olması gerektiğini belirtmektedir⁴⁷⁹. AİHM, Z v. United Kingdom davasında, İngiliz yargılama usulünün hukuki dinlenilme hakkını dikkate aldığını, iddia ve savunmanın savunma kapsamı dışına çıkartılması yaptırımının yerleşmiş bir Ortak Hukuk uygulaması olması itibarıyla AİHS m. 6(1) hükmünü ihlal etmediğine karar vermiştir⁴⁸⁰.

C. Yaptırımlara Karşı Başvurulacak Hukuki İmkan

Usuli işlemi yerine getirmeyen taraf, yaptırımın uygulanmasının önüne geçmek için yaptırımın uygulanmaması konusunda mahkemeye başvuruda bulunmalıdır.

Mahkeme, başvuruyu değerlendirirken aşağıdaki hususları dikkate alacaktır⁴⁸¹:

-adaletin sağlanmasına katkı sağlayıp sağlamadığı,

-başvurunun usulüne uygunluğu,

⁴⁷⁷ Andrews, English Civil Procedure, s. 366; Arrow Nominees Inc v. Blackledge [2001] BCC 591, CA.

⁴⁷⁸ Andrews, English Civil Procedure, s. 368.

⁴⁷⁹ Zuckerman, Compliance with Process and Fair Trial, s. 134-135.

⁴⁸⁰ Andrews, European Traditions, s. 175.

⁴⁸¹ CPR 3.9; Zuckerman, English Civil Procedure, s. 79.

- usuli işlemin yerine getirilmemesinin iradi olup olmadığı,
- geçerli bir mazeretin bulunup bulunmadığı,
- usuli işlemi yerine getirmeyen tarafın daha önce mahkeme tarafından verilmiş ara kararlara uygun davranıp davranmadığı,
- aykırılığın vekil veya asillerden hangisi tarafından yapıldığı,
- başvuru kabul edildiği takdirde, bu hususun duruşma tarihine bir etkisi olup olmayacağı ve
- başvurunun kabul edilmesinin davanın tarafları üzerinde nasıl bir etki yaratacağıdır.

Bu liste sınırlı sayıda değildir ve durumun özelliklerine göre mahkemece başka hususlar da göz önüne alınacaktır⁴⁸².

VIII. İngiliz Hukukunda Yargılamaya Hakim Olan İlkeler

A. Adalete Erişim İlkesi

Adalete erişim ilkesi, kişilerin teknik ve ekonomik nedenlerle yargıya erişim önündeki engellerin kaldırılmasını ifade eder. Teknik nedenler, kişilerin yargılamaya erişimini engelleyen her türlü kuraldan ileri gelebilir. Ekonomik nedenler ise yargılamanın pahalı olması ile ilgilidir⁴⁸³.

Adalete erişim ilkesi, AİHS'nin 6. maddesinin bir görünümüdür⁴⁸⁴ ve adil yargılanma hakkını da içerir⁴⁸⁵. Bu madde ile hakların gerçek anlamda ve etkili şekilde kullanılabilmesi amaçlanmaktadır. Medeni yargılama hukukunu da kapsamına alan hak arama hürriyetinin iki yönü vardır. Bunlar yargıya erişimin sağlanması ve yargılamada

⁴⁸² Andrews, English Civil Procedure, s. 365.

⁴⁸³ Andrews, English Civil Procedure, s. 108.

⁴⁸⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hak arama hürriyetine ilişkin 6. Maddesinin 1. fıkrası şöyledir: "Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleri ile ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir".

⁴⁸⁵ ABD Anayasası açıkça "fair trial" ve "fair hearing" gibi adil yargılamayı niteleyen kavramlar kullanmamasına rağmen, 14. md'lerindeki "due process of law" koşulu Yüksek Mahkeme yargıcı tarafından hem usul açısından adil yargılanma güvencesini hem de maddi olarak başka hakların tanınmasını sağlayan bir ilke olarak yorumlanmıştır. Bkz. İncoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2005, 2. Bası, s. 1.

ilgililere dinlenilme hakkının tanınması olarak ifade edilebilir. Yargıya erişimin sağlanması, haklarını mahkeme önünde ileri sürmek isteyen bir kişiye, aşılması güç bir engelle karşılaşmaksızın, bu olanaktan yararlanması yolunun açılması anlamına gelir. Yargılamada ilgililere dinlenme hakkının tanınması ise, açılmış olan bir dava ile hakları etkilenecek olan her kişiye, o davada söz hakkı tanınması gereğini ifade eder⁴⁸⁶. AİHS m. 6, sadece başlamış bulunan bir yargılamayı güvence altına almakla kalmaz, bizzat bir yargılamayı başlatma hakkını yani dava hakkını da(*droit d'accès à un tribunal: access to justice*) içermektedir⁴⁸⁷.

Adalet erişim, tanımlanması kolay olmayan bir kavramdır. Adalet erişim, kişilerin haklarını arayabildikleri ve uyuşmazlıklarını devletin himayesi altında çözebildikleri yasal sistemin iki temel amacı üzerinde yoğunlaşır. Bunlardan birincisi, yasal sistemin herkes için eşit ölçüde erişilebilir olması; ikincisi, sistemin bireysel ya da bazı hukuk sistemlerinde kabul edildiği şekilde sınıf davasında (*class action*) toplu olarak hak arayan kişilerin, hukuk sisteminin resmi kurumlarına ulaşmalarının ifadesidir. Aynı zamanda, adalet erişim kavramı, mahkemelere, avukatlara, noterlere, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarına, bilgiye ulaşma, hakların bilinebilmesi için kanun dilini sadeleştirme, hukuka aykırı idari işlemlere karşı yasal yollara ulaşma gibi usuli ve kurumsal konuların bütününe ifade etmek için kullanılmaktadır. Adalet erişim, medeni usul hukukunda, hakların daha etkin kullanılmasını ve herkesin eşit ölçüde adalet erişmesini sağlamak için ortaya çıkmış bir akımdır. Çağdaş medeni usul hukukunda, bireylere şeklen tanınmış hakların varlığı yeterli görülmemekte, etkili hukuki korumanın sağlanması gerekmekte ve bunu sağlayacak düzenlemeleri yaparak etkili hukuki korumanın önündeki engelleri kaldırmak sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak kabul edilmektedir⁴⁸⁸. Etkin hukuki korumanın gerçekleştirilebilmesinin aracı olarak, yargılamanın hızlandırılmasının yanında, medeni usul hukukunun işlevi de büyük ölçüde önemlidir. Usul hukuku, sadece kanunda öngörülen bir yargılama

⁴⁸⁶ Budak, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, 1. Bası, İstanbul 2000 (Naklen), s. 6; Hukuki dinlenilme hakkı hakkında bkz. Özkes, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, İstanbul 2003.

⁴⁸⁷ Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Bası, Ankara 2004, s. 266.

⁴⁸⁸ Özbek, Adalet Erişim, s. 907-927 (Naklen); Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Cappelletti, The Judicial Process in Comparative Perspective, s. 235-244 ve Cappelletti, Access to Justice and the Welfare State, 1981 European University Institute.

işleyişini esas almaz, aynı zamanda temel hak alanlarında, somut olay bakımından temel hak sahibine, anayasal olarak tanınmış hakkının gerçekleştirilmesini sağlar. Etkin hukuki koruma ancak usul hukuku kurallarıyla garanti altına alınabilir⁴⁸⁹. Bunun somut olarak açılımı, bireylere sadece hukuki yollara başvuru hakkının tanınması ile yetinilemeyeceği, bununla birlikte usul hukuku kurallarının maddi hakların etkin kullanımını sağlaması gereğidir. Taraflara eşit şekilde hukuki dinlenilme hakkı tanınması, ispat hakkı verilmesi, delil ikamesinin ispat hakkını ortadan kaldıracak şekilde sınırlandırılmaması, belirli durumlarda yeni delil getirilmesine izin verilmesi, yargılamanın makul sürede bitirilmesi gibi haller etkin hukuki korumanın bazı görünümleridir. Bir sistemin sadece yalın olarak hak arama ve hukuki korunma yollarını açık tutması yeterli değildir; aynı zamanda bu yolların etkinliğini sağlamak, elde edilecek kararların uygulanabilir olması imkanını ayakta tutmak için hukuki korunma ihtiyacı ile orantılı ve bağlantılı bir yöntemin benimsenmesi gereklidir⁴⁹⁰.

Hukuki korumanın etkisi için önemli bir husus, hukuki korumanın zamanında sağlanmasıdır. Mahkeme tarafından yargılama sırasında hukuki korumanın sağlanması bakımından, gecikmeden kaçınılmalıdır. Mahkemenin kararıyla hakkın ihlali zamanında ortadan kalkmazsa, hukuki korumanın gecikmesi artık hakkın reddedilmesine dönüşür. Bu sebeple zaman kaybı sebebiyle hak kaybına engel olmak için gerekli önlemlerin alınması zorunluluğu yanında, yargılamanın olabildiğince hızlandırılması da gerekecektir⁴⁹¹. Adalet erişim akımıyla, medeni usul hukukunun dayanağı olan geleneksel bireyci anlayış terk edilmiş, birçok hukuk sisteminde, hukuk yargılamasının sosyal karakteri güç kazanmıştır. Hukuk yargılamasının sosyal karakteri, öncelikle muhakemenin yürüyüşü ve yönetimi üzerindeki yargısal kontrolün artmış olmasını ifade eder. Yapılan reformlarla, gerçeğin ortaya çıkarılması için, hukuk yargılamasının işleyişinde daha fazla etkinlik, daha çok sözlülülük ve yoğunluk sağlanmıştır⁴⁹². İngiliz hukukunda ve aynı zamanda diğer Ortak Hukuk (*Common Law*) ülkelerinde, adalet erişimin önündeki en önemli engellerden birisi ekonomik kaynaklı nedenler olmuştur.

⁴⁸⁹ Akkan, Mine, Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER, 2007/1, S.1, s. 29-69, s. 43 (Naklen).

⁴⁹⁰ Adalet Bakanlığı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Ankara 2006, s. 151; Avrupa Birliği'nde, adalet ulaşımının iyileştirilmesi amacıyla yapılan çalışmalar için bkz. <http://europa.eu.int>

⁴⁹¹ Akkan, s. 61; Sainbury, Roy/Genn, Hazel, "Access to Justice: Lessons from Tribunals", Reform of Civil Procedure, s. 428.

⁴⁹² Özbek, Adalet Erişim, s. 917 vd;

Ekonomik yönden güçlü olan taraf, rahatlıkla pahalı olan yargı yoluna gidebilirken, bu yönden zayıf olan taraf hasmı ile istemediği halde giderleri karşılamayacağı için sulh olmakta veya yargı yoluna hiç başvuramamaktadır. 1999 yılındaki reform kanunları, bu eşitsizliği ortadan kaldırmaya yönelik bazı tedbirler öngörmüştür. Yargılama usullerinin yeniden davaların miktarına ve niteliğine göre düzenlenmesi, dava öncesi inceleme protokollerinin yürürlüğe sokulması, adli yardım imkanlarının genişletilmesi bu tedbirlerden bazılarıdır.

B. Temsil Olunma Hakkı

Temsil olunma hakkı, yargılamada, taraflar arasındaki usuli eşitliğin sağlanmasının görünümlerinden bir tanesidir. Yargılamada temsil olunma hakkının iki boyutu bulunmaktadır; bunlar kişinin yargılamaya bizzat bir vasıta olmadan kendisinin katılabilme hakkının olması ve kişinin kendisini yargılamada temsil etmesi için bir temsilci tayin etmesi hakkıdır. Bununla birlikte bir avukattan hukuki danışmanlık alma hakkı da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁴⁹³.

C. Usuli Eşitlik İlkesi

Usuli eşitlik ilkesinin, dört unsuru vardır: Bunlar, mahkemenin tarafsızlığı ve taraflara eşit şekilde muamelede bulunması; taraflar arasında ayrımcılık yapılmaması; uygulamaya yönelik dezavantajların ortadan kaldırılması ve tarafların bilgi ve belgeye eşit şekilde erişiminden oluşur. Mahkemenin tarafsızlığı, mahkemelerin bağımsız olması ile yakından ilgilidir.

Tarafsızlık, klasik anlamda genel eşitlik ilkesinin özel bir görünüşü, dar anlamda ise, hakimin sadece olaya ait unsurları kullanmasıdır. Taraf eşitliği olarak da nitelendirilen tarafsızlık, hakimin üstünlüğünü esas alan bir usul hukukunda daha da önemlidir. Davanın bir diyalog olduğu kabul edilirse, hakimin üstünlüğüne yol açabilecek olan araçların kaldırılması gerekir. Tarafların çıkarına olan elbirliği ile

⁴⁹³ Andrews, English Civil Procedure, s. 113; Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure, s. 110-111.

çalışma ile hakim taraflara katılma şansı verecek ve onların çalışmalarından sağlanan verileri toplayacaktır. Bu halde de tarafsızlık önemlidir⁴⁹⁴.

Uygulamaya yönelik dezavantajlar ise mahkemelerin tarafların duruşmaya katılımlarını en aza indirmek için gerekli teknik imkanları sağlamasını konu alır. Mahkemedeki duruşmaya katılamayan tarafın, video konferans yoluyla katılımının sağlanması bu duruma örnek gösterilebilir. İngiliz yargılama hukukunda usuli eşitlik ilkesinin geniş bir şekilde ele alındığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme bir kararında davacının davalıya yanlış dava formu ve eklerini göndermiş olmasının, davacının iddialarının incelenmesine engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Usuli kuralların çok katı bir şekilde uygulanması halinde usuli eşitliğin sağlanamayacağı ifade edilmektedir. Bu açıdan usuli kurala uyulmaması nedeniyle diğer tarafın bu nedenle bir zarar görüp görmediği araştırılmaktadır⁴⁹⁵.

Medeni yargılamada, taraflar, çekişmeli yargılama (*adversarial proceeding*) hakkına sahiptirler. Tüm taraflar, i. yargılamanın her aşamasında, tüm belgelere sahip olma ve tüm delil araçlarına aynı şekilde ulaşmada, ii. mahkeme önünde dinlenilmede (fakat zorunlu olarak sözlü şekilde değil) eşit olmalıdırlar⁴⁹⁶. Taraflar herhangi bir izne bağlı olmaksızın serbestçe dava dosyasından belgelerin suretlerini alabilirler, dosyayı inceleyebilirler⁴⁹⁷.

D. Kötüniyetli İddia ve Savunmalara Karşı Korunma İlkesi

Kötüniyetli iddia ve savunmalara karşı korunma ilkesi, tarafların doğruluk ve dürüstlük yükümlülüklerinden doğan bir ilkedir. Bu yükümlülüğe aykırı davranan taraf, bu nedenle yargılamada doğmuş olan masrafları üstlenmekle yükümlü olacaktır. CPR’da genel kural, dava aleyhine sonuçlanan tarafın yargılama masraf ve giderlerini üstlenmesidir, ancak mahkemece, tarafların kötüniyetli hareket ettikleri hallerde bu

⁴⁹⁴ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 103-104 (Naklen).

⁴⁹⁵ Parnall v Hurst, [2000] 2 FCR 650, CA (<http://www.westlaw.co.uk>).

⁴⁹⁶ Peters, Anne, “Adil Yargılama”, (Çev.: Mahmut Koca), Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Adil Yargılama Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, 2004, s. 121-128, s. 123; AİHM, Niederöst-Huber-1997 kararında adil yargılamanın bir alt görünümü olan silahların eşitliği, tüm dokümanların tarafların tümünün bilgisine sunulmasını ve buna cevap vermeye fırsat verilmesi gerektiğine hükmetmiştir (a.g.e., s. 123).

⁴⁹⁷ O’Hare/Brown, s. 13.

kuralın aksinin kararlaştırılması mümkündür⁴⁹⁸. CPR m. 22.1 uyarınca, davanın tarafları dilekçelerine bir doğruluk beyanı imzalayıp eklemek zorundadırlar. Dilekçelerinde gerçeğe aykırı beyanda bulunan tarafa mahkemeyi yanıltma nedeniyle cezai yaptırım uygulanabilir⁴⁹⁹.

E. Yargılama Kurallarının Basit Olması İlkesi

Yargılama kurallarının basitliği ilkesi, kuralların basit ve anlaşılabilir olmasını ifade eder. Özellikle küçük çaplı uyuşmazlıklarda tarafların kendi başlarına yargılamaya katılabilmelerini teminen, bu uyuşmazlıklara özgü usulün basit olması önemlidir. Bu ilkenin uygulanması için, yeni CPR ile eski düzenlemede yer alan birçok latince kelime çıkartılarak, bu kelimeler yerine duru bir İngilizce'nin kullanılmasına dikkat edilmiştir⁵⁰⁰.

F. Yargılamada Alenilik, Açıklık ve Kesinlik İlkesi

Yargılamada alenilik⁵⁰¹, açıklık ve kesinlik ise mahkeme işlemlerinin şeffaf bir şekilde yapılmasını ve taraflarca izlenebilmesini konu alır. Kesinlik, tarafların yargılamada sürprizle karşı karşıya kalmamalarıdır. Aynı zamanda usuli kuralların bölgeden bölgeye veya mahkemeler arasında farklılık göstermesi ile de ilgilidir⁵⁰². Hukuk devletinin temel özelliklerinden biri de davanın taraflarının medeni haklarını savunacakları etkili yargısal araçların sağlanmasını gerektiren hukuki kesinliktir. Bu nedenle, usuli adımları ve süre sınırlamalarını düzenleyen kurallar adaletin iyi bir biçimde gerçekleşmesini sağlayacak şekilde olmalı ve hukuki kesinliği güvence altına almalıdır⁵⁰³. Alenilik ilkesi, hukuk devleti yargılaması açısından çok önemlidir. Bu nedenle ancak belirli hallerde gayri aleni yargılama yapılabilir. Bu ilke yargının

⁴⁹⁸ Dyson J., "The Economics of Cost Shifting Rules", Reform of Civil Procedure, s. 327

⁴⁹⁹ Andrews, The Pursuit of Truth in Modern English Proceedings, s. 78.

⁵⁰⁰ Malleson, s. 112; "Practice Directions" da bu ilkenin bir uygulamasıdır. Practice Direction, Yüksek Mahkeme tarafından hazırlanan ve CPR'da yazılı usul kurallarının pratikte nasıl uygulanması gerektiğini açıklayan bir yönerge'dir. Bu yönergeler ancak Lord Chancellor tarafından onaylandıktan sonra yürürlüğe girer (O'Hare/Browne, s. 7).

⁵⁰¹ Yargılamanın aleniliği hakkında daha fazla bilgi için bkz. Jaconelli, Joseph, Open Justice-A Critique of the Public Trial, Oxford University Press, 2002; Ünal, Sabri, "Yargılamada Açıklık", Danıştay Dergisi, 1989/74-75, s. 22-37; Yılmaz, Halil, Alenilik (Açıklık), ABD, 1988/2, s. 234-238.

⁵⁰² Andrews, Principle of Civil Procedure, 1994, s. 31.

⁵⁰³ İncoğlu, s. 134.

kontrolünü ve yargının objektifliği hakkında meşruluğu sağlar⁵⁰⁴. Alenilik, açık olma hali anlamına gelmektedir. Medeni yargılamadaki aleniyeti hangi yanıyla algılamamız gerektiği önemlidir. Birçok anlama gelebilecek olan aleniyet yargılama hukukunda duruşmaların aleni olması ve taraf aleniyeti kavramlarını karşılar. Taraf aleniyeti, davanın taraflarına tanınmış bir hak olup, mahkemenin işlemlerinin onlar tarafından öğrenilmesidir. Bu nedenle taraf aleniyeti, taraflarla ve hukuki dinlenilme hakkıyla ilgilidir. Örneğin mahkeme tutanaklarının görülmesi, bilirkişi inceleme yerinin bildirilmesi gibi hususlar taraf aleniyeti ile ilgilidir⁵⁰⁵. Duruşmaların aleni olması ise, mahkemedeki duruşmaların kamuya açık olmasını ifade eder.

G. Sözlülük İlkesi

Sözlü yargılama İngiliz hukukunda mahkemenin kalbi, özü sayılmaktadır⁵⁰⁶. Sözlülük ilkesi, İngiliz yargılama hukukunun tarihsel köklerine dayalıdır ve jüri yargılamasının bir gereğidir. Sözlülük ilkesi sayesinde, yargılamanın şeffaflığının sağlandığı ifade edilmektedir. Bu sayede yargılamanın bir bütün olarak ele alınması mümkün hale gelmektedir. Bugün jüri yargılamasının birkaç istisnai durum dışında kalmamış olması ve yargılamanın genellikle yazılı delilleri konu edinmesi nedeniyle yazılı ve sözlü usul birlikte uygulanmaktadır.

Sözlülük ve yazıllık usulünün muhtelif sistemlerde bir arada uygulanması mümkündür. Nitekim, İngiliz hukukunda ön-yargılama aşamasında yazılı usulün hakim olduğu görülmektedir⁵⁰⁷. Sözlülük ilkesi, diğer dava maksimlerine yardımcı olduğu ölçüde bir değer kazanır, tek başına bir anlam ifade etmez. Sözlülük usulü tek bir esas duruşmada uygulandığı zaman etkili olur. Bu duruşmaya tanıklar, bilirkişiler, taraflar ve diğer ilgili kişiler katılmalıdır⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 96; Üstündağ, s. 259; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 208.

⁵⁰⁵ Pekcanitez, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını s.408.

⁵⁰⁶ Zuckerman, English Civil Procedure-The Shift Away from Party Control and Orality, s. 65; Yıldırım, Teksif ve Sözlülük, s. 476.

⁵⁰⁷ Alangoya, Vakıalar, s. 5; Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, 1967, s. 210 ve son.

⁵⁰⁸ Velayos, s. 325.

Doğrudanlık ilkesi⁵⁰⁹ ile delillerin değerlendirilmesinde çok önemli rol oynayan sözlülük ilkesi, alenilik ilkesinin tatbikini de mümkün kılar. Hakim, sözlü yargılamada doğrudan doğruya incelediği delillerden şahsen etkilenir. Bu ilkeye uyulmazsa hakikatı bulmak zorlaşır, onu nazara almamak büyük bir eksikliktir, bu ilke hakiki olayı ortaya çıkartmayı garanti eder⁵¹⁰. Tanıkların çapraz sorgulanması, gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet eder. Bu sayede güvenilir olmayan ve tutarlı beyanlarda bulunmayan tanığın doğrudan taraflarca ve mahkemece gözlemlenmesi mümkün olur⁵¹¹.

Sözlülük ilkesinin en büyük sakıncası sürpriz sonuçlara açık olmasıdır. Taraf, hasmın iddia veya savunmasına karşı hazırlıksız yakalanabilir. Buna karşılık yazılı ön-yargılama safhası taraf ve özellikle avukatına iyi bir tahkikat imkanı sunmaktadır⁵¹². Yazılı ve sözlü usul arasındaki en temel farklardan biri, sözlü usulde uyuşmazlık ile bağlantılı olan konuya ulaşmak zaman alırken, yazılı usulde konuyla ilgisiz açıklamalar kolayca elimine edilebilmektedir. Yazılı usulün ayrıca sözlü usule göre daha ucuz bir yöntem olduğu belirtilmektedir⁵¹³. İngiltere’de ön-yargılama aşamasının büyük ölçüde yazılı olması bugün bu olumsuzluğu ortadan kaldırmıştır⁵¹⁴. Diğer bir sakınca ise sözlü yargılamanın zaman alan bir süreç olması nedeniyle yargılamada gecikmeye ve masrafa yol açmasıdır. Mukayeseli hukukta, İHAS m. 6’ya göre yargılamada kişiye yazılı beyanda bulunma imkanı tanınması adil yargılanma açısından yeterli sayılmaktadır. İHAS. m. 6 yargılamada kişiye mutlak olarak şahsen dinlenme hakkını garanti etmemektedir⁵¹⁵. Hukuki dinlenme hakkı yazılı ve sözlü yargılamadan bağımsız bir ilkedir, her iki ilkenin geçerli olduğu alanda da uygulama alanı bulur. Hukuki dinlenme hakkına uygun şekilde yazılı açıklama imkanı verilmesi de, hakkın

⁵⁰⁹ Bu ilke, yargılamanın bütünü itibarıyla, araya başkaca adli makamlar girmeksizin hükmü verecek olan mahkeme önünde cereyan etmesini ifade eder. İkame olunan delilleri bizzat davaya bakan mahkeme veya hakim incelemelidir (Alangoya/Deren/Yıldırım, s. 208).

⁵¹⁰ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 97.

⁵¹¹ Ellison, Louise, The Adversarial Process and the Vulnerable Witness, Oxford University Press, 2001, s. 11.

⁵¹² Yıldırım, Teksif ve Sözlülük, s. 474.

⁵¹³ Jacob, Joseph M., Civil Litigation, Practice and Procedure in a Shifting Culture, 2001, s. 50.

⁵¹⁴ Zuckerman, English Civil Procedure, s. 76.

⁵¹⁵ Yıldırım, Teksif ve Sözlülük, s. 476.

gerçekleşmesi için yeterlidir; önemli olan hukuki dinlenilme hakkının tanınmış olmasıdır⁵¹⁶.

§2 AMERİKAN HUKUKUNDA ANA HATLARIYLA MEDENİ YARGILAMA SÜRECİ

I. Amerikan Hukukunun Tarihsel Gelişimi

ABD hukuk sistemi, Ortak Hukuk çevresinde özel bir öneme sahiptir. Bu hukuk sisteminin önemi ABD'nin ekonomik, siyasi ve askeri bir güç olmasının yanı sıra kendine özgü bir gelişim süreci izlemesinden kaynaklanmaktadır. Büyük Britanya'dan gelen 13 koloninin yerleşmesiyle, 1760-1775 yılları arasında çeşitli İngiliz ve Amerikan kolonileri arasında çatışmalar başlamıştır. Amerikan kolonileri, İngiliz kolonilerinin oluşturduğu hakimiyete direnç göstermeye başlamışlar ve 1774 yılında bağımsızlık adına ilk adım olarak Philadelphia Kongresi'ni toplamışlardır. Kongre'de İngiliz kolonilerine karşı alınan kararlara cevaben Kral George III tarafından ülkeye askeri birlikler gönderilmiş ve böylelikle bu çıkartmaya karşı 1775 yılında Amerikan Bağımsızlık Hareketi başlamıştır. Amerika'da bağımsızlık hareketi başladığında, İngiliz kolonileri vasıtasıyla İngiliz hukuku kaynakları yayılmaya başlamıştır. Bağımsızlığın kazanılması sırasında, Amerika'ya yerleşenler arasında münferit kolonilerde İngiliz Ortak Hukuk'un yürürlükte olduğu düşüncesi vardır. 1776 yılında ikinci Kongre toplanmış ve koloniler arasında konfederasyon sözleşmesi imzalanmıştır. Konfederasyon ve Büyük Britanya arasında imzalanan 1784 yılındaki anlaşma ile Büyük Britanya'nın Amerika'daki varlığı son bulmuştur. 1789 yılında ise 13 devlet için Federal Anayasa kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bazı değişikliklere rağmen bugün de halen aynı anayasa yürürlükte dir. Yapılan kanunlaştırma hareketleri ile Ortak Hukuk önemli ölçüde değiştirilmiştir. 19. yüzyılın başlarında Amerikan devletlerinin parlemontalarında aşırı derecede eşitlikçi, radikal düzeyde demokratik bir toplum anlayışı vardı. Bundan dolayı bu münferit parlamentolarda birçok kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanunlarda İngiliz hukukunun unsurları sadeleştirilmiş ve muhakeme usulleri basitleştirilmiştir. Esasen bağımsızlığın kazanılmasından sonra 200 yıl

⁵¹⁶ Özokes, s. 71.

içerisinde ABD, kendine özgü bir hukuk oluşturmuştur. ABD’de izlenen hukuk metodolojisi Ortak Hukuk ile aynı olmakla beraber, maddi hukuk alanındaki Ortak Hukuk kuralları büyük ölçüde değişikliğe uğramıştır. ABD mahkemeleri bugün çok nadiren İngiliz mahkemesi kararlarına referans olarak başvurumaktadırlar⁵¹⁷.

II. Genel Olarak

Amerikan Hukuku terimi Birleşik Devletler Hukuku terimine birçok sebepler nedeniyle tercihen kullanılmıştır. Bu sebeplerin başında Türk hukukçularının Amerikan hukukundan söz ettiklerinde, Birleşik Devletlerde tatbik olunan hukuku kastetmeleridir. Bu nedenle Amerikan hukuku terimi bu çalışmada her kullanıldığında Birleşik Devletlerin Hukukunu (federal devlet ve federe devletler) ifade edecektir.

ABD’de, ellibir tane medeni yargılama sistemi bulunmaktadır; federe devletlerin her birinin ayrı bir sistemi vardır. Federe yargının üzerinde ise federal mahkemelere mahsus bir sistem vardır. Bunların en önemlisi Federal Usul Kanunu’dur (FRCP) ve bu önem iki sebepten doğar; öncelikle, bizzat federal mahkemeler en önemli mahkemelerdir; bununla birlikte Federal Usul Kanunu’nun 1938’de yürürlüğe girmesinden sonra bu mahkemelerde uygulanan usuller diğer federe mahkemeler için örnek teşkil etmişlerdir⁵¹⁸. Birçok eyalet, FRCP’yi bütünüyle veya kısmen iktibas etmek suretiyle federe düzeyde de uygulamaktadır. Bu bölümde incelenecek konular ise sadece FRCP açısından ele alınacaktır.

Amerikan medeni yargılama hukukunda tarafların yargılamaya aktif katılımları söz konusuysa, hakimler daha çok pasif bir role sahiptirler. Taraflar, vakıa ve delilleri getirme yükümlülüğünü taşıırken, hakimler sadece mahkeme önüne getirilen vakıa ve delilleri inceleyebilirler. Amerikan yargılama hukukunda, hakimin gerçeği araştırma ödevi yoktur ve hukuku re’sen uygulamakla yükümlü değildir⁵¹⁹. Yargılamayı hakimin yürütmesi ile yargılamayı tarafların yürütmesi ilkeleri göz önüne alındığında, Amerikan medeni yargılama hukukunda dava malzemesinin hazırlanması, mahkemeye sunulması, mahkemede tartışılması gibi konularda, taraf avukatlarının birçok rolü var iken,

⁵¹⁷ Burnham, s. 2-40; Oğuz, s. 287-292; Hazard/Taruffo, s. 1-9.

⁵¹⁸ Maurice Rosenberg, “Amerikan Medeni Usul Hukukunun Temel Karakteri ve Meziyetleri” (Çev.: Bilge Umar), İÜHF 1963/1-2, s. 718-719.

⁵¹⁹ Hazard, C. Geoffrey/Taruffo, Michele; American Civil Procedure, Yale University Press, 1993, s. 86-91.

hakimlerin sınırlı yetkileri vardır⁵²⁰. Amerikan medeni yargılamasında, davanın bir bütün olarak ele alınmasının zorunlu olması, ön-yargılama aşamasında elde edilebilecek tüm delillerin toplanmasını zorunlu kılmaktadır. Kıta Avrupası hukukunda, maddi vakıaların ve delillerin yargılama sırasında toplanması özelliği, Anglo-Amerikan hukukçuları tarafından “düzensiz delil toplanması” şeklinde nitelendirilmektedir⁵²¹.

Amerikan yargılamasında jürinin önemli bir yeri vardır ve jüri yargılama Amerikan hukuk sisteminin önemli bir özelliğidir⁵²². Jüri kullanımı zorunlu olmamakla beraber, jüri yargılama anayasal bir hak olduğundan, bazı davalarda jüri yargılama yapılması söz konusu olabilir. Jürinin, yargılamadaki görevi taraflarca getirilen vakıalar hakkında karar vermekten ibarettir⁵²³.

A. Jüri

Federal mahkemelerdeki bir hukuk davasında, jüri yargılaması yapılmasına dair hak, anayasada sekizinci değişiklik ile teminat altına alınmıştır. Aynı zamanda çoğu eyalet yasaları da jüri yargılaması hakkına yer vermektedirler⁵²⁴. Jüri yargılamasının, tahkikat ve vakıaların toplanması açısından etkisi ve karakteristik özelliği, jürinin sadece tek bir yargılama oturumu için bir araya gelmesi ve oturumda sunulan belgeler ışığında karar vermesidir⁵²⁵.

Çekişmeli sistemde jürisiz bir yargılama olabileceği gibi bu sistemin uygulanmadığı hukuk sistemlerinde de jüri yargılama yapılması mümkündür. Ancak jüri, pasif bir karar verici olmasından ötürü daha çok çekişmeli sisteme uygun bir kurumdur. Jürinin vakıalar hakkında detaylı bilgi sahibi olması söz konusu olmadığı gibi tanıkları sorgulama, soru sorma veya delillerin değerlendirmesine etki etme özelliği yoktur. Jüri kararının gerekçeli olması zorunlu değildir. Jüri üyelerinin, davanın görülmesinde menfaati bulunmayan vatandaşlar arasından seçilmelerinden ötürü,

⁵²⁰ Ertenhan, Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005, s. 93; Anglo-Amerikan Hukukunda Hakimin Rolü için bkz. yukarıda S. 12 bölüm II.B.

⁵²¹ Langbein, John H, “German Advantage in Civil Procedure”, The University of Chicago Law Review, Fall, 1985, s. 253-296.

⁵²² Stürner, Litigation in US, s. 19; Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s.1008-1009.

⁵²³ Jürinin kararına “verdict” denilmektedir.

⁵²⁴ Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 955 vd; Sütçü, Nezih, “Amerikan Hukuk Sistemine Kısa Bir Bakış”, İBD, Cilt 80, Sayı 3, 2006, s. 1153-1177, s. 1170.

⁵²⁵ Jolowicz, On Civil Procedure, s. 205-206.

tarafların konumundan etkilenmeyecekleri kabul edilmektedir. Jüri üyeleri, bürokrat ya da devlet memuru olmadıklarından, hükümet yetkilileri tarafından kendilerine anlatılanları olduğu gibi kabul etme olasılıkları çok azdır⁵²⁶. Jüri üyeliğine katılım konusunda toplumda benimsenmiş bir görev anlayışı olduğundan, ABD’de birçok kişi ve kuruluş, jürinin gücünden çekinmektedir. Bu açıdan jürinin ve jüri kararının yasalardan ve idari yaptırımlardan daha güçlü olduğu anlayışı vardır. ABD’de, jüriye hakimlerden daha fazla güven duyulduğu ifade edilmektedir. Jüri üzerinde baskı yapılmasının mümkün olmaması ve jürinin yasal olmayan dış etkenlere kapalı olması bunun en büyük nedenidir. Jürinin toplumun vicdanını temsil eden ve ideolojik esasları olmayan bir politik kurum olduğu kabul edilmektedir⁵²⁷.

B. Hakim ve Jüri Arasındaki Görev Dağılımı

Hakimin fonksiyonu ile jürinin fonksiyonu arasındaki ayırım, maddi vakıalar ile hukuki meseleler arasında dikkatli bir ayırım yapılmasını gerektirmektedir ancak çoğu zaman kesin bir ayırımın yapılması güçtür⁵²⁸. Jürinin geniş bağımsızlığına karşın bir davadaki tüm konular hakkında karar verme yetkisi yoktur. Hakimin hukuki konularda, jürinin ise maddi vakıalara ilişkin konularda karar verme yetkisi vardır⁵²⁹. Jürinin maddi vakıalar hakkında karar vermesi, maddi vakıaların da bizzat jüri tarafından tespit edilmesi demek değildir. Maddi vakıaların tespit edilmesi ve hangi maddi vakıaların jüriye sunulacağı kararı hakime aittir⁵³⁰. Ceza yargılamasında jürinin sanık hakkında vereceği suçsuzdur (*not guilty*) kararı dışında, jüri tarafından verilen kararı destekleyen bir delil bulunmaması halinde mahkeme jüri kararını uygulamama yetkisine sahiptir. Bu durum hakimin hukuki konularda karar vereceği prensibinin bir istisnası değildir. Jürinin maddi vakıa hakkında karar vermesine imkan verecek yeterli delil bulunup bulunmadığı konusu hukuki bir vakıadır.

Çoğu zaman maddi vakıa ve hukuki vakıa ayırımını yapmak güçtür⁵³¹. Böyle bir ayırımın nasıl yapılması gerektiğini düzenleyen bir kanun hükmü veya bu konuda

⁵²⁶ Wohl, Frank, “Savunman Gözüyle Amerikan Hukukunda Ceza Yargılaması”, Türk ve Amerikan Hukuk Sistemlerinde Ceza Hukuku ve Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 31-41, s. 36.

⁵²⁷ Stürner, *Litigation in US*, s. 19; Chase, s. 290; Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 1009.

⁵²⁸ Rosenberg, s. 733.

⁵²⁹ Haubold, s. 246.

⁵³⁰ Waddams, Stephen M., *Judicial Discretion*, OUCIJ, 2001, s. 59-71, s. 70.

⁵³¹ Öztekin, s. 48.

oluşmuş bir içtihat bulunmamaktadır⁵³². Bazı hallerde, maddi vakıa ve hukuki vakıanın aynı konu içerisinde bir araya gelmesi de mümkündür. Böyle bir halde de konunun, jürinin karar verebileceği nitelikte teknik bir konu olup olmadığına bakılır. Hakim tarafından jüriye uygulanacak hukuk kuralı anlatılır ve jüriden maddi vakıaları tespit ederek olaya bu hukuk kuralını uygulaması ve bu işlemin sonucunda karar vermesi istenir. Medeni yargılamada, jüri hakimden denetimi altındadır ve çoğu zaman kararı için gerekçe sunması talep olunabilir⁵³³. Hakimin, hukuki açıdan değerlendirme yaparak jürinin kararının hiçbir delile dayanmadığı hallerde değiştirmesi ve yeni bir karar vermesi mümkündür ancak bu çok istisnai durumlarda söz konusu olabilir⁵³⁴.

Jüri yargılaması hakkından feragat edilmesi mümkündür. Jürinin oluşturulması masraflı ve zaman alan bir işlem olduğundan, hakkına daha çabuk kavuşmak isteyen ve jürisiz bir yargılama ile bunu elde edebileceğini düşünen davacı bu hakkını kullanmamayı tercih edebilir. Jüri yargılamasının tercih edilmemesinde bazı taktiksel gerekçeler de rol oynayabilir⁵³⁵.

C. Modern Jürinin Özellikleri

Jüriye girecek kişiler genellikle bu amaçla oluşturulan jüri havuzlarından kura ile seçilirler. Bazı kişilerin kamu görevleri nedeniyle jüriye girmesi sınırlandırılmıştır (doktorlar, kamu güvenlik görevlileri, avukatlar vs.). Federal sistemde jüri üyesi olabilmek için yargısal bölge içinde bir yıl süresince ikamet etmiş olmanın yanında, Birleşik Devletlerin bir vatandaşı olma ve 18 yaş üstünde bulunma şartı vardır. Kişiler, yeterlilik formu dolduracak kadar, gerekli başarı derecesi ile İngilizce dilini okumaya, yazmaya ve anlamaya muktedir değiller ise ve İngilizce dilini konuşamıyorlarsa; jüri görevi yapabilmek için zihinsel veya bedensel zayıflık nedeniyle yetersiz veya cürüm nedeniyle bir suçlama altında bulunuyor iseler veya bir cürümden hüküm giymişlerse ve vatandaşlık hakları iade edilmemişse jüri görevinden alınırlar. Federal hukuk davalarında federal jüri, tipik olarak, altıdan sekize kadar kişiden oluşur⁵³⁶.

⁵³² Count/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 1002.

⁵³³ Burnham, s. 85-86.

⁵³⁴ Chase, s. 289.

⁵³⁵ Count/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 1002.

⁵³⁶ Count/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 1015; Hazard/Taruffo, s. 131; Sütçü, s. 1171.

Jüri hizmeti zorunlu bir görevdir. Bu görevi geçerli bir mazereti olmadan yerine getirmeyen kimseye karşı cezai yaptırımlar uygulanabilir. Jüride yer alabilmek için herhangi bir eğitim kriteri aranmamaktadır. Jüriye seçilecek kişilerin özellikle bazı karmaşık davaları yeterince anlayamayacağı eleştirisi yapılmaktadır. Benzer şekilde davada uygulanacak hukuk kuralının jüriye en son safhada bildiriliyor olması da eleştiri konusudur⁵³⁷.

III. Amerika Birleşik Devletleri Mahkemeler Teşkilatı

A. Eyalet Mahkemeleri (Bölge Mahkemeleri)

Bu mahkemeler kural olarak bütün hukuki uyuşmazlıklara bakmak hususunda yetkilidirler ancak her eyaletin mevzuatına göre mahkemelerin yetki ve görevleri değişebilmektedir. Örneğin Kaliforniya eyaletinde USD25.000 üzerindeki uyuşmazlıklarda Bölge Mahkemesi yetkiliyken, bu miktarın altındaki davalara Belediye (*Municipal*) ve Adalet Mahkemeleri (*Justice Courts*) bakmaya görevlidirler⁵³⁸. Bölge Mahkemeleri, aynı zamanda bu mahkemelerde görülen davalar için temyiz mahkemesi görevi yapar. Bazı eyaletlerde sadece belli konularda görev yapan özel mahkemeler de vardır; vasi tayini, miras hukukuna ilişkin konulara bakan özel mahkemeler bunlardan bazılarıdır. Birçok eyalette genel mahkemeler teşkilatı bünyesinde yer alan Küçük İhtilaflar Mahkemesi vardır. Bu mahkemeler, eyalete göre değişmekle birlikte, USD1.000'den daha az tutarda olan davaları görmeye görevlidirler. Bu mahkemelerde şekli muameleler sınırlıdır ve genellikle verilen kararlara karşı temyiz yolu da kapalıdır⁵³⁹. Alt derece mahkemelerin üzerinde iki aşamalı şekilde üst derece mahkemesi olarak görev yapan Birinci Kademe Temyiz Mahkemeleri (*Intermediate Appellate Courts*) ve son aşama temyiz mahkemesi olan Üst Kademe Temyiz Mahkemeleri (*Supreme Courts*) bulunmaktadır. Üst derece mahkemelerindeki temyiz incelemesinde jüri görev yapmaz. Temyiz mahkemeleri bütün alt derece mahkemelerden gelen davalarda hukuki denetim görevini yerine getirir. Üst kademe

⁵³⁷ Burnham, s. 86-88.

⁵³⁸ James/Hazard/Leubsdorf, s. 40-41; Hazard/Taruffo, s. 47.

⁵³⁹ Burnham, s. 169-170; Hazard/Taruffo, s. 48.

temyiz mahkemeleri ise hukukun gelişimi ile ilgili konuları içeren davalarda temyiz mahkemesi olarak görev yapar⁵⁴⁰.

B. Federal Mahkemeler

Federal mahkemeler, federal hukuka ilişkin davalara ve farklı eyaletlerde ikamet eden kişi ve kuruluşlar arasındaki davalara bakarlar. Federal ilk derece mahkemeleri 94 bölgeye ayrılmış şekilde faaliyet gösteren ABD Bölge Mahkemeleridir (*U.S. District Courts*). New York gibi bazı eyaletlerde birden fazla federal bölge mahkemesi bulunmaktadır. Bazı konularda görevli Federal Özel Mahkemeler bulunmaktadır. Bunlar, federal vergi davalarına bakan Vergi Mahkemesi veya iflas davalarına bakan İflas Mahkemeleridir. Federal ilk derece mahkemelerinin üzerinde onüç bölgeye ayrılmış şekilde temyiz mahkemesi olarak görev yapan Federal Temyiz Mahkemeleri (*Federal Courts of Appeals*) bulunmaktadır⁵⁴¹.

Teşkilatın en üst mahkemesi olarak Anayasa Mahkemesi (*U.S. Supreme Court*) görev yapar ve Anayasa ile kurulmuş olan tek mahkeme olma özelliğini taşır. Anayasa Mahkemesinin karma nitelikte yetkileri vardır; Federal Mahkeme olarak Federal Temyiz Mahkemesi'nden gelen davalarda temyiz mahkemesi olarak faaliyet gösterirken, aynı zamanda eyalet mahkemelerinde görülen ancak federal konuları ilgilendiren davalarda da görev yapar. Bu davalar genellikle anayasal hakların ihlal edilip edilmediği konularıyla ilgilidir⁵⁴². Ayrıca Anayasa Mahkemesinin, eyaletler arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesinde yargı merci olma özelliği vardır⁵⁴³.

IV. Ön-Yargılama Aşaması

A. Dilekçeler Safhası

Mahkemeye sunulan kısa ve yalın bir dilekçe ile başlayan yargılamada, dava dilekçesinin tüm vakıaları ayrıntılı bir şekilde içermesi gerekmez. Dava dilekçesi, davalının davadan haberdar edilmesi işlevini gördüğünden aynı zamanda ihbar dilekçesi

⁵⁴⁰ Burnham, s. 165; Hazard/Taruffo, s. 48-49.

⁵⁴¹ James/Hazard/Leubsdorf, s. 41; Hazard/Taruffo, s. 43 vd; Born, Gary B., *International Civil Litigation in United States Court*, 1996, Kluwer Law International, Netherlands, s. 7-10.

⁵⁴² <http://www.uscourts.gov>; Hazard/Taruffo, s. 43 vd; Born, s. 8.

⁵⁴³ Burnham, s. 172-173; James/Hazard/Leubsdorf, s. 42

veya çerçeve dilekçe olarak da isimlendirilmektedir. Davacının, dilekçesinde, talebine esas vakıalarının neler olduğunu genel şekilde belirtmesi ve hukuki korumaya esas bir hakkının bulunduğunu göstermesi yeterlidir; vakıaları somutlaştırma yükümlülüğü yoktur. Örneğin, yazılı bir sözleşmeye dayalı olarak hak iddia eden taraf, dilekçesinde, bu sözleşmenin varlığını nasıl ispat edeceği konusunda açıklama yapmak zorunda değildir, zira yazılı sözleşmenin var olup olmadığı konusu bir ispat sorunudur, bu nedenle yargılama aşamasında çözümlenmesi gerekir⁵⁴⁴.

Dava dilekçesinin kısa ve yalın olması ile amaçlanan, davacıların temelsiz vakıalar getirerek mahkemeleri gereksiz yere meşgul etmelerini önlemektir. Davacının korunmaya değer bir hakkının olup olmadığının tespitinin, kısa ve yalın bir dilekçe ile sağlanabileceği düşünülmektedir⁵⁴⁵. Bir dilekçenin maddi vakıa anlamda çok fazla detay içermesi bir usul hatası değildir, fakat mahkeme bu durumda, davaya etkisi olmayan açıklamaları değerlendirmeye almayacaktır. Uygulama açısından da, dilekçelerde çok fazla detaya yer verilmesi sakıncalıdır, çünkü aksi halde hasmın eline dilekçenin yeterli bir hukuki menfaat içermediği itirazını (*motion to dismiss*) ileri sürmek konusunda daha fazla maddi ve hukuki imkan verilmiş olunur⁵⁴⁶. Cevap dilekçesi de dava dilekçesine benzer şekilde, kısa ve yalın olarak, vakıaların ikrar edilmesi, inkar edilmesi veya yeni vakıalar eklenmesi şeklinde davaya karşı cevapları içerir⁵⁴⁷.

Dilekçelerde temelsiz vakıalara yer verilmesi veya iddia ile savunmaların dayanaksız bir şekilde ileri sürülmesi halinde, tarafların bu duruma karşı başvurabilecekleri bazı usuli araçlar vardır. FRCP m. 12’de yer verilen, talebin reddine ilişkin usul (*motion to dismiss*) ile m. 56’da yer alan özet yargılama (*motion for summary judgment*) usulü bu araçlardan bazılarıdır⁵⁴⁸. Amerikan yargılama hukukunda, tahkikatın derinlemesine yapılması, tarafların, davanın henüz erken bir safhasında, detaylı açıklamalarda bulunma zorunluluğunu gereksiz kılmaktadır. Böylelikle tarafların, ancak tahkikat aşamasından sonra bilgi sahibi olabilecekleri

⁵⁴⁴ James/Hazard/Leubsdorf, s. 195-196; Hazard/Taruffo, s. 105; Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 466-467.

⁵⁴⁵ Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 510-511; Hazard/Taruffo, s. 107

⁵⁴⁶ James/Hazard/Leubsdorf, s. 195; Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 510-511.

⁵⁴⁷ Hazard/Taruffo, s. 106.

⁵⁴⁸ Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 510-511; Hazard/Taruffo, s. 109 vd.

vakıalar ile hasmın elinde olmasından ötürü inceleme imkanı bulamadıkları deliller hakkında yargılamanın erken bir aşamasında açıklama yapmalarının önüne geçilmektedir. Dilekçelerin kısa ve yalın olması nedeniyle, taraflar, iddia ve savunmalarını, henüz davanın başlangıcında varsayımsal olgulara dayandırmamakta ve davadaki pozisyonlarını daha gerçekçi bir temele oturtma olanağına kavuşmaktadırlar⁵⁴⁹.

Tarafların, kural olarak, dava ve cevap dilekçesi dışında, hakimın izni veya re'sen verdiği bir karar bulunmadığı sürece başka dilekçe verme hakları yoktur. Ancak, ön-yargılama aşamasında, tarafların, itiraz üzerine belirli bir konu hakkında mahkemece karar verilmesi için dilekçe sunmaları veya dava ile cevap dilekçelerini sonradan değiştirmeleri mümkündür. Davalı, usule ilişkin itirazlarını cevap dilekçesinde sunabileceği gibi dilekçeler teatisinden sonra itiraz dilekçesi olarak isimlendirilebilecek ayrı bir dilekçe ile de yapabilir. Cevap dilekçesinde veya itiraz dilekçesinde, mahkemenin konu veya kişi yönünden davaya bakma görevi bulunmadığı, mahkemenin yer itibarıyla yetkisiz olduğu, tebligatın usule uygun olmadığı, davacının hukuki menfaatinin bulunmadığı veya davalının taraf sıfatının bulunmadığı hususları usuli itirazlar olarak ileri sürülebilir⁵⁵⁰.

İtiraz dilekçelerin sunulması, kural olarak duruşma aşamasına kadar her zaman mümkündür. Mahkeme, itiraz üzerine karar verilmesi talebini içeren bir dilekçeyi aldığıında, konu hakkında hemen karar verebileceği gibi, bu konuda karar oluşturulmasını ilk oturuma kadar da erteleyebilir. Sadece davalı değil, aynı zamanda davacı da, davalının savunmalarının inandırıcı ve samimi olgulara dayanmadığı ve hukuki bir sebep içermediği gerekçesiyle itirazda bulunabilir⁵⁵¹.

Dilekçe ile hakkında karar verilmesi istenen konuya ilişkin daha önce açıklama yapılmamışsa ve bu konunun mahkemece yargılama dışında tutulacağına dair bir karar da verilmemişse, hakim, taraflara bu konuda açıklamalarını ve delillerini sunmaları için süre verir ve bu dilekçeyi özet yargılama (*summary judgment*) usulüne göre inceler. Mahkemece oturum yapılmasına karar verilmişse, oturumda, özet yargılama usulüne

⁵⁴⁹ Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 510-511; James/Hazard/Leubsdorf, s. 181.

⁵⁵⁰ James/Hazard/Leubsdorf, s. 240-247.

⁵⁵¹ FRCP m. 12 ve devamı; Hazard/Taruffo, s. 112.

başvuran taraf, bu itirazına dayanak olan vakıaları ispat etmek ve hukuki sebepleri göstermek zorundadır. Örneğin, sunulan delillere göre davacının bir zarara uğradığı sabit olmakla beraber, bu zararın davalının bir filinden doğmamış olduğu ispatlanabiliyorsa, bu durumda özet yargılama sonucunda davanın reddine karar verilebilir⁵⁵². Usuli itirazlar dışında davalının, samimi bir dava nedeni bulunmadığı veya davacının dava açmasında hukuki menfaati bulunmadığı yönündeki itirazları da özet yargılamaya konu edilebilir. Özet yargılama sonucunda, hakim dava hakkındaki nihai kararını verirse bundan sonra yargılamaya devam olunamaz. Mahkemenin özet yargılama sonucunda nihai bir karar verebilmesi, davacı ve davalı tarafından sunulan deliller arasında bir çelişkinin bulunmadığı ve davacının hukuken bir hakkının var olmadığının açık bir şekilde belli olduğu hallerde mümkündür⁵⁵³. Mahkeme, özet yargılama yapılmasını, davacıya yeterli ispat hakkı tanınması amacıyla tahkikatın yapılmasından sonraya da bırakabilir⁵⁵⁴. Uygulamada, daha çok yazılı delillere göre ispatın yapıldığı veya salt hukuki bir sorunun tartışılacağı davalarda bu yola başvurulmamaktadır. Eğer özet yargılama duruşması sonucunda, uyuşmazlığın tahkikat yapılmadan çözümlenemeyeceği anlaşılırsa, bu durumda yapılan açıklamalar ve deliller ölçüsünde, mahkeme, tarafların hangi noktalarda uyuşmazlık içinde olmadıklarını ve hangi konularda uyuşmazlık içerisinde olduklarını karar altına alır. Bu şekilde tespit edilen vakıalar ispatlanmış kabul edilir ve yargılamanın bundan sonraki aşaması bu karar esas alınarak yürütülür⁵⁵⁵.

B. Ön-Yargılama Aşaması

Ön-yargılama oturumlarını⁵⁵⁶ düzenleyen FRCP m. 16'ya göre, mahkeme, herhangi bir dava için taraf vekillerini veya davada temsil edilmeyen ilgili üçüncü kişiyi yargılamadan önce oturum veya oturumlar yapılması amacıyla huzuruna çağırma yetkisine sahiptir. Ön-yargılama oturumları ile dava üzerinde erken ve sürekli bir kontrol sağlanması, davanın yönetim eksikliği yüzünden uzamasının önüne geçilmesi,

⁵⁵² Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 913; Hazard/Taruffo, s. 113-114.

⁵⁵³ James/Hazard/Leubsdorf, s. 257-258; Hazard/Taruffo, s. 113-114; Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 913.

⁵⁵⁴ James/Hazard/Leubsdorf, s. 264; Hazard/Taruffo, s. 114; Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 943.

⁵⁵⁵ FRCP m. 56 (d).

⁵⁵⁶ Duruşma ve oturum anlam itibarıyla aynı olmakla beraber yargılama aşamaları arasındaki farkı belirtmek için burada farklı anlamlar vermek amacı taşımaktadırlar. Bu nedenle ön-yargılama aşamasında yapılan duruşmalar için oturum terimi kullanılmışken, yargılamanın en sonunda yapılan nihai duruşma için duruşma terimi kullanılmıştır.

gereksiz işlemlerin önüne geçilmesi, daha fazla hazırlık yapılması suretiyle yargılamanın kalitesinin sağlanması ve davanın sulhen çözümlenmesinin teşvik edilmesi amaçlanır⁵⁵⁷:

Düzenleyici karar alınması ve duruşmanın planlanmasını düzenleyen FRCP m. 16(b)'ye göre Bölge Mahkemesi kurallarınca aksi düzenlenmedikçe, hakim, tarafların veya avukatlarının beyanlarını aldıktan sonra tele-konferans veya diğer uygun vasıtalarla oturum yapmak suretiyle aşağıda sayılan hususlara ilişkin süreleri belirlemek için düzenleyici karar (*scheduling order*) verir. Bu hususlar;

- üçüncü kişilerin davaya katılımları ile dilekçelerin değiştirilmesinin zamanlamasına,
- itiraz dilekçelerinin zamanlamasına,
- tahkikatın süresine,
- delil ikamesi sürelerinin değiştirilmesi ve tahkikatın kapsamının belirlenmesine,
- duruşma öncesindeki oturumların, son ön-yargılama oturumunun ve esas duruşma tarihinin belirlenmesine ve
- davanın koşulları içerisinde ilgili olan her türlü duruma ilişkin konulardır.

Düzenleyici kararın mümkün olan en kısa sürede alınması gerekir ve bu süre her halükarda dava dilekçesinin davalıya tebliğ edildiği tarihten sonraki 120 günü geçemez. Mahkeme tarafından verilmiş bir düzenleyici karar ancak haklı nedenlerin varlığı halinde değişebilir. Temyiz mahkemesi haklı nedenlerin neler olabileceği konusuna açıklık getirmiştir. Bu hususlar, tarafın süreye uymama nedeni, delilin dava açısından önemi, karara uyulmamış olmasının karşı taraf açısından yarattığı olumsuzluk ve bu olumsuzluğun başka bir yöntem ile ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağıdır⁵⁵⁸. Temyiz mahkemesi başka bir kararında, süresinde bilirkişi ismi bildirmeyen taraf hakkında, bilirkişi deliline başvurulması talebini reddeden yerel mahkemenin kararını,

⁵⁵⁷ Rowe, Thomas D., Authorized Managerialism Under the Federal Rules-And the Extent of Convergence With Civil Law Judging, Duke Law School, Research Paper, 2007, s. 196 (<http://ssrn.com/abstract=1022377>); Haubold, s. 245; James/Hazard/Leubsdorf, s. 354; Hazard/Taruffo, s. 121-122; Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 887.

⁵⁵⁸ Francois v. McDonald, 2000 WestLaw 1528083, E.D.La.2000 (<http://www.westlaw.com>).

söz konusu delile başvurulmasının ispat hakkı yönünden elzem olması ve ispat hakkından mahrum bırakma dışında başka yaptırımların uygulanmasının mümkün olması nedeniyle hukuka aykırı bulmuştur⁵⁵⁹.

Ön-yargılama oturumunda mahkeme, aşağıda sayılan şu kararları alabilir⁵⁶⁰:

- davayla ilgisiz iddia ve savunmaların elimine edilerek uyuşmazlık noktalarının basitleştirilmesi ve formüle edilmesi,
- dilekçelerde değişiklik yapma ihtiyacının olup olmadığına karar verilmesi,
- gereksiz ispat faaliyetlerinin önlenmesi amacıyla taraflardan vakıa veya delillere ilişkin ikrar elde edilmesi ve belgelerin mahkeme tarafından kabul edilebilirlik şartlarının belirlenmesi amacıyla ara kararlar verilmesi,
- mevcut bir delili tekrar eden nitelikteki delillerin sunulmasının ve gereksiz ispat araçlarının kullanılmasının önlenmesi ile tanık beyanlarının sınırlandırılması,
- özet yargılamanın uygunluğu ile oturum tarihinin belirlenmesi,
- delil ikamesi ve tahkikatın kontrolü,
- belge ve tanıkların tespit edilmesi,
- davaya ilişkin tarafların özet beyanlar sunmalarına ve birbirlerine tebliğ etmelerine karar verilmesi,
- gelecek oturumların ve esas duruşma tarihinin belirlenmesi,
- mevzuatın zorunlu kılması halinde uyuşmazlığın çözümlenmesi için özel yöntemlerin uygulanmasına karar verilmesi,
- ön-yargılama kararının şekli ve içeriğine karar verilmesi,
- henüz karara bağlanmamış olan itiraz dilekçelerinin karara bağlanması,

⁵⁵⁹ Potomac Electric Power Co. v. Electric Motor Supply, Inc. 190 F.R.D. 372, D.Md.1999 (<http://www.findlaw.com/cases>).

⁵⁶⁰ FRCP m. 16; Hazard/Taruffo, s. 121-122; Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 887-903.

- tarafların fazla olması, konuların karmaşıklığı, olağan dışı ispat sorunlarının bulunması nedeniyle ve ortaya çıkan hukuki sorunların çözümlenmesinin zor olacağının anlaşıldığı hallerde özel yöntemler uygulanmasına karar verilmesi,

- karşı dava veya üçüncü kişinin müdahalesi hakkında ayrı bir oturum yapılmasına karar verilmesi,

- hukuki niteliği itibariyle davanın esasını ilgilendirecek bir delilin davanın erken bir aşamasında sunulmasına karar verilmesi,

- delil sunulmasının makul bir süre ile sınırlanması,

- davanın adil, hızlı ve en az masrafla görülmesi için yukarıda sayılanlarla sınırlı olmamak üzere gerekli her türlü konu hakkında karar alınmasını içermektedir.

Yargılamaya katılan taraf vekillerinden en az birisinin, sulh olunması veya davayı kabul beyanında bulunma konusunda yetkiye sahip olması gerekir. Mahkeme, sulh konusunda beyanda bulunmak üzere tarafların bizzat kendilerinin veya temsilcilerinin, oturum veya oturumlara katılımını zorunlu tutabilir veya oturum tarihinde tarafların beyanını almak üzere telefon ile ulaşılabilir bir durumda bulunmalarına karar verebilir.

FRCP m. 16(d)'ye göre, esas duruşma tarihine yakın bir zamanda yapılması gereken son ön-yargılama oturumunda (*Final Pre-Trial Conference*) ise, esas duruşmada delillerin ne şekilde sunulacağına dair açıklamalarda bulunulur ve duruşma planı görüşülür. Son ön-yargılama kararlarının tarafları bağlayıcılığı konusu, Amerikan yargılama hukukunda halen tartışılan bir meseledir. Uygulamada, mahkemeler yargılamanın amaçları doğrultusunda son ön-yargılama kararlarını genellikle bağlayıcı kabul etmektedir ve herhangi bir çelişki halinde son ön-yargılama kararında kararlaştırılan hususlara dilekçelerdeki açıklamalara nazaran üstünlük tanınmaktadır⁵⁶¹.

Temyiz Mahkemesi bir kararında son ön-yargılama oturumunda verilen kararın değiştirilmesinin ancak istisnai hallerde söz konusu olabileceğini, bu nedenle değişiklik

⁵⁶¹ Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 910-911; Jolowicz, On Civil Procedure, s.50; James/Hazard/Leubsdorf, s. 355.

yapılması yönündeki tarafın başvurusunu reddeden yerel mahkeme kararının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Temyiz mahkemesi, değişiklik yapılması hususunun hakimnin takdir yetkisinde olduğunu kabul etmekle beraber bu yetkinin ancak hakkaniyete aykırı bir durumun ortadan kaldırılması için kullanılması gerektiğini, aksi halde ön-yargılama aşamasının öneminin kalmayacağını ve değişiklik yapılmasının ön-yargılamanın amacına uygun düşmeyeceğini belirtmiştir⁵⁶².

Buna karşın Temyiz Mahkemesi, başka bir kararında, ön-yargılama aşamasında, tarafların maddi vakıaların tespit edilmesine yönelik yaptıkları anlaşmaların hakkaniyete göre değerlendirilmesi gerektiğini, sözkonusu anlaşmaların hakkaniyete uygun olması halinde yeni bir vakıanın davaya sonradan değişiklik dilekçesi ile dahil edilebileceğine karar vermiştir. Temyiz Mahkemesi, diğer bir kararında, tarafların oturumlarda yaptıkları beyanlara çok sıkı bağlı kalınması halinde, tarafların kendilerini yargılamanın erken bir safhasında bağlamamak için işbirliği yapmayacaklarını, bu durumda, asli amacı maddi vakıaların ve hukuki konuların tespit edilmesi olan ön-yargılama aşamasının verimsiz kalacağını belirtmiştir⁵⁶³. Temyiz mahkemesinin, bu kararlarından, ön-yargılama ile son ön-yargılama oturumlarının tarafları bağlayıcılığı açısından farklı değerlendirilmesinin gerektiği, her iki oturum tipi açısından da hakimnin takdir yetkisinin hukuka uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığına bakıldığı anlaşılmaktadır.

Hakim, tarafların veya vekillerinin oturumlar sonrasında alınan ara kararlara uymamaları, oturuma hazırlıksız katılmaları veya oturumlara mazeret bildirmeden katılmamaları halinde, talep üzerine veya re'sen, incelenmesine karar verilmiş olan konunun, yükümlülüklerine uygun davranmayan tarafın aleyhine çözümlenmesine karar verebilecek ve FRCP m. 37'de sayılan yaptırımları uygulayabilecektir. Bu yaptırımlar⁵⁶⁴;

-tahkikatı kötüye kullanan tarafın veya avukatın avukatlık masrafları dahil olmak üzere yargılama giderlerine mahkum edilmesi,

⁵⁶² Smith v. Washington Sheraton Corp., 135 F.3d 779-D.C.Cir.1998; Summers v. Missouri Pac. R.R., 132 F.3d 599-10th Cir. 1997 (James/Hazard/Leubsdorf, s. 355, dn. 6).

⁵⁶³ Smith Contracting Corp. v. Trojan Construction Co.-US. Court of Appeals, Third Circuit, 1951, 192 F.2d 234 (Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 910-911).

⁵⁶⁴ James/Hazard/Leubsdorf, s. 329-330.

-oturuma katılmayan tarafın, iddia veya savunmalarına ilişkin beyanlarının değerlendirmeye alınmaması veya delil ikame hakkının sınırlandırılmasına karar verilmesi,

-oturuma katılmayan tarafın dilekçelerinin tamamen veya kısmen dava dosyasından çıkartılması veya oturumda alınan kararlar yerine getirilene kadar yargılamanın durdurulması veya davanın katılmayan taraf aleyhine sonuçlandırılması,

-kararları yerine getirmeyen taraf hakkında ceza hukuku açısından sonuçları olan mahkemeye itaatsizlik kararı verilmesi ve

-geçerli bir mazeret bulunmadıkça, kararları yerine getirmeyen veya oturumlara katılmayan taraf veya vekilince, gecikmeden doğan yargılama giderleri ile karşı taraf avukatlık ücretinin karşılanmasına karar verilmesi gibi hususlardan ibarettir.

C. Tahkikat (*Discovery*)

Amerikan yargılama hukukunda, yargılama öncesi araştırma ve tahkikat müessesesi diyebileceğimiz “discovery”⁵⁶⁵ aşaması, taraflara, yargılama başlamadan önce delil araştırması yapma ve bundan sonra uyuşmazlığı mahkeme huzuruna getirme imkanı vermekte, ancak söz konusu kurallar hukukumuzda delillerin davadan önce toplanmasını öngören usulden çok daha fazla amaca hizmet etmektedir. Bu usul ve tahkikat şekli, dava öncesinde delil ve emarelerin bulunmasını ve araştırılmasını düzenleyen bir hukuki kurum olarak ortaya çıkmış ve Amerikan yargılama hukukunun önemli özelliklerinden birisini oluşturmuştur⁵⁶⁶. Tahkikatın ABD’deki durumuna baktığımızda, bu ülkenin bütünü için kabul edilmiş, yeknesak bir tahkikat uygulamasının bulunmadığı gerçeği ile karşılaşırız. ABD’de, usul hukuku kuralları eyaletlere göre farklılık gösterebildiği gibi hakimlerin de bazı şekli konularda kendilerinin kural koyma yetkisi (*standing orders*) bulunduğundan tahkikatta izlenen usul mahkemelere göre de farklılık içerebilmektedir⁵⁶⁷.

⁵⁶⁵ Discovery, genel olarak, daha önce bilinmeyen belgin, bilinen hale getirilmesi; saklanan bir hususun aydınlatılması ve ortaya çıkarılmasıdır. Zorunlu discovery ise ön-yargılama aşamasında vakıa ve delillerin toplanmasıdır (Black’s Law Dictionary, Seventh Edition, 2000, s. 377).

⁵⁶⁶ Rosenberg, s. 151.

⁵⁶⁷ Ataman-Fıganmeşe, s. 172.

Tahkikatta incelenecek ispat araçları bu çalışmanın konusu dışında olduğu için burada sadece bilirkişi, tanık, isticvap, keşif gibi delillerin Amerikan yargılama hukukunda da sıklıkla kullanıldığını belirtmekle yetineceğiz⁵⁶⁸. Özellikle Amerikan yargılama hukukunda, tanık delilinin çok büyük önemi vardır ve bu delilin nasıl kullanılacağına ilişkin FRCP’de ve Federal Delil Kanunu’nda (*Federal Rules of Evidence*) ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur. Bilirkişi deliline ise hakim re’sen başvuramaz, bu delil taraflarca davaya getirilebilir. Taraf bilirkişisinin tam bir ispat aracı olarak kabul edildiği görülmekte ve bilirkişilere bunun ötesinde, özellikle hakimlere yardımcı olma görevi yüklenmemektedir⁵⁶⁹.

İspat vasıtalarının kullanılması ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler mevcut olduğundan bunların tahkikatta ne şekilde ele alınacağı önemli bir konudur. Tahkikatın konusu çok kapsamlıdır⁵⁷⁰. Örneğin bir tanığın dinlenip dinlenemeyeceği, elektronik bir ortamda bulunan belge veya bilginin nasıl temin edilebileceği veya bir belgenin gizli bilgi içermesi nedeniyle incelenip incelenemeyeceği gibi hususlar tahkikat içerisinde ortaya çıkacak olan sorunlardan bazılarıdır⁵⁷¹. Taraflar bu sorunları kendi aralarında anlaşarak çözümleyebilecekleri gibi anlaşamadıkları konularda mahkemeye başvurarak bu konuda karar verilmesini isteyeceklerdir⁵⁷².

Taraflar, karşı taraftan bir talep gelmesini beklemeden, kural olarak, düzenleyici oturum veya düzenleyici kararın verilmesinden itibaren eğer başka bir süre kararlaştırılmamış ise 14 gün içerisinde, davayla ilgili yazılı delillerini karşı tarafın incelemesine hazır bulundurmakla yükümlüdür⁵⁷³. Taraflar, mahkemece aksi öngörülmedikçe düzenleyici karar verilmesinden en az 21 gün önce, bir araya gelerek iddia ve savunmaların niteliği, sulh imkanı, tahkikatın kapsamı, hangi bilgilerin tahkikat dışında tutulacağı gibi konuları içeren bir tahkikat planı üzerinde görüşürler. Bu

⁵⁶⁸ Amerikan hukukunda deliller, yargılama hukukunun değil delil hukukunun (evidence) konusunu oluşturur; İngiliz hukukunda da durum benzerdir (Bkz. dp. 109).

⁵⁶⁹ Demirkapı, Ertan, “Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler”, DEÜHFD, C.5, S.2, s. 39-75, 2003.

⁵⁷⁰ James/Hazard/Leubsdorf, s. 306.

⁵⁷¹ Hazard/Taruffo, s. 114-118; Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 791; Elektronik ortamda tutulan belgelerin tahkikatta incelenmesi konusunda bilgi için bkz. Managing Electronic Discovery, FLR, 2007 Vol. 76, s. 1-32.

⁵⁷² Hazard/Taruffo, s. 115.

⁵⁷³ Bu usuli işlem için de yukarıda İngiliz Yargılama hukuku ile ilgili bölümde kullandığımız delil ikamesi (*disclosure*) terimini kullanmayı tercih ediyoruz; Delil ikamesi FRCP m. 26e altında sayılan bazı davalar (tenfiz davası, idari nitelikteki davalar vb.) açısından istisnaya tabi kılınmıştır.

tahkikat planında; i. delil ikamesinin zamanlaması ve şekli, ii. hangi konuların daha detaylı araştırılması gerektiği, iii. tahkikatın ne zaman sona ermesi gerektiği, iv. elektronik ortamda saklanan bilgilerin ne şekilde inceleneceği ve v. gizli veya kişiye özel bilgilerin ne şekilde incelenmesi gerektiği hususlarına yer verilir. Avukatlar, tahkikat planının hazırlanmasından itibaren 14 gün içerisinde planı özetleyen yazılı bir raporu mahkemeye sunarlar. Mahkeme gerekli görürse, bu oturumun 21 günlük süreden daha erken bir tarihte yapılmasına veya raporun oturumlar esnasında sözlü olarak sunulmasına karar verebilir⁵⁷⁴.

Taraflar, delil ikamesinde sadece kendisinin iddia veya savunmalarını ispat için dayandığı belgeleri değil aynı zamanda karşı tarafın lehine olabilecek belgeleri incelemeye hazır bulundurmakla yükümlüdürler. Taraflar, bilirkişi veya tanık delili gibi diğer delillerini düzenleyici kararda kabul edilen süre içerisinde sunarlar. Eğer, düzenleyici kararda başka bir süre kabul edilmemişse, bu delillerin kanunda belirtilen süreler içerisinde sunulması gerekmektedir⁵⁷⁵.

Taraflar, tahkikat süresince birbirleriyle işbirliği içerisinde bulunmak yükümlülüğü altındadır. Delil ikamesi kurallarına uymayan veya mahkemenin verdiği ara kararları yerine getirmeyen tarafın karşılaşacağı yaptırımlar, ön-yargılama oturumuna katılmayan tarafın karşılaşacağı yaptırımlara benzerdir. Tahkikat aşamasında ikame edilmeyen bir delil, haklı nedenler olmadıkça duruşma aşamasında ileri sürülemeyecektir⁵⁷⁶.

FRCP m. 26 uyarınca, hakimin, tahkikatın sınırlarını ve işleyişini belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu söylemek mümkündür. Süreler açısından tarafların anlaşma yapma yetkileri bulunmakla beraber hakimin bu anlaşmaya müdahale ederek farklı süreler tayin etmesi söz konusu olabilir. Hakimin, davanın özelliklerine göre tanık beyanlarının içeriğini sınırlama ve tanık sayısını belirleme yetkisi bulunmaktadır⁵⁷⁷. Taraflardan birisinin başvurusu üzerine, hakimin belirli bir konunun

⁵⁷⁴ Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, s. 893 vd.

⁵⁷⁵ Tanık ve bilirkişi delilinin FRCP m. 26 uyarınca duruşmadan en az 30 gün önce sunulması gerekmektedir.

⁵⁷⁶ FRCP m. 37.

⁵⁷⁷ FRCP m. 26 (2); Amerikan yargılama hukukunda davalarda ilgili tüm delillerin kabul edilmesi genel kural olmakla birlikte, eğer bir delil (tanık) ilgili delil olmasına rağmen, onun kullanımı: (1) Haksız bir zararın oluşumuna veya hak kaybına neden olabilecekse, (2) Dava konularında karışıklığa sebep olacak ise (3) Jüriyi yanıltacak nitelikte

tahkikatta incelenemeyeceği, bir tanığın sorgulanamayacağı veya tanığa belirli soruların yöneltilemeyeceği gibi bazı koruyucu önlemler içeren bir karar alması mümkündür⁵⁷⁸.

Tahkikat kapsamında tarafların davayla ilgili tüm belgelerini diğer tarafın incelemesine açmaları söz konusu olduğundan, bu belgelerin ne şekilde incelenip delil olarak duruşmada kullanılabilecekleri, özellikle gizli veya kişiye özel nitelikteki, kişilik haklarını yakından ilgilendiren veya ticari sır içeren belgeler açısından bir sorundur. Böyle bir durumla karşılaşan taraf, durumu diğer tarafa bildirmekle yükümlüdür. Taraflar açısından bir belgenin incelenmesi veya delil olarak kullanılması konusunda uyuşmazlık çıktığı takdirde mahkemeye bu hususta karar vermesi için başvuruda bulunulmalıdır⁵⁷⁹.

V. Amerikan ve İngiliz Medeni Yargılama Hukuku’nun Farklı ve Benzer Yönleri

Amerikan hukukunun kökleri 19. yüzyılda büyük reformlara uğramış olan İngiliz hukukuna dayalıdır. Her iki hukuk sisteminde de, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi, yargılamada sözlülüğün hakim olması, tarafları sürprizle karşı karşıya bırakmama yasağı, davanın ön-yargılama aşamasından sonra yapılacak tek bir duruşma ile görülmesi gibi ilkeler mevcuttur. Ancak, İngiltere’deki 1999 yılındaki reform kanunlarından sonra yargılama kurallarında bazı temel farklılıklar meydana gelmiştir⁵⁸⁰.

Farklılıkların daha çok kurumların işleyişlerinde bulunduğunu söylemek mümkündür. İngiliz hukukunda, ön-yargılama aşamasının daha şekli olduğu ve detaylı bir kısım yazılı kurallara bağlanmış olduğu görülmektedir. Özellikle, İngiliz yargılama hukukunda davalar niteliklerine ve miktarlarına göre farklı yargılama usullerine tabi tutulmaktadır. Buna karşın Amerikan yargılama hukukundaki ayırım daha çok davaların karmaşık olup olmadığına göre yapılmaktadır. Ancak, Amerikan yargılama hukukunda

ise, (4) Gereksiz gecikmelere, zaman kaybına sebep olacak ise, (5) Birbirini teyit eden ve aynı hususu belirten deliller olup gereksiz delil ibrazına neden olacak ise, bu zararlı etkiler, delilin ispatlayacağı olay ve olgulardan daha önemliyse, söz konusu tanık dinlenmeyebilir (Ertanhan, s. 206 dp. 218); Karş. Moffitt, Michael L., “Customized Litigation: The Case For Making Civil Procedure Negotiable”, GWLR, 2007, Vol. 75, No:3, s. 461-521; Stürner, Some European Remarks, s. 1080.

⁵⁷⁸ Bu tip kararlara “Protection Orders” denilmektedir (FRCP m. 26.4).

⁵⁷⁹ Örneğin avukat-müvekkil, hasta-doktor, evlilik ilişkilerinde bu tip kişiye özel ve gizli bilgilerin bulunması söz konusudur (John, R. Waltz/Roger, C. Park, Evidence, Cases and Materials, New York Foundation Press 1999, s. 553-616).

⁵⁸⁰ James/Hazard/Leubsdorf, s. 381-383.

bu durum, davanın farklı bir usulde görülmesinde değil, dava yönetiminin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında farklılık yaratmaktadır.

İngiliz hukukunda maddi vakıaları içeren bir dilekçe vardır. Bu nedenle tahkikat aşaması dilekçelere göre şekillendirilir. Amerikan hukukunda ise dilekçeler çerçeve nitelik taşırlar. Bunun sonucu olarak tahkikat daha geniş kapsamlı gerçekleşir. İngiliz hukukunda ise tahkikat çoklu yargılamaya tabi davalar haricinde standart olarak uygulanan delil ikamesi kurallarına tabidir. Tahkikatın konusu ve vasıtaları Amerika’da İngiltere’ye kıyasla daha geniş kapsamlıdır⁵⁸¹. Kapsamlı bir tahkikat yapılmayacaksa Amerika’da çerçeve dilekçe sunulması sisteminin başarılı olamayacağı ifade edilmektedir.

İngiltere’de yazılı delillerin ikamesi, Amerikan hukukundaki göre daha kapsamlı ele alınmıştır. Taraflardan birinin talebi olmadan veya bu yönde bir mahkeme kararına gerek olmaksızın davanın diğer tarafı, dava ile ilgili kendi kontrolünde bulunan belgelerin bir listesini sunmakla yükümlüdür. Bu şekilde, davanın diğer tarafınca bildirilmemiş olması halinde, hiçbir zaman böyle bir yazılı belgenin varlığından haberi olmayan tarafın bu yazılı belgeye ulaşması sağlanmaktadır⁵⁸². Buna karşılık Amerikan hukukunda tahkikat prosedürü daha kapsamlı ve ayrıntılıdır⁵⁸³.

İngiliz hukukunda özellikle medeni yargılama kanununda yapılan son değişikliklerle hakimin dava üzerindeki hakimiyetinin Amerikan hukukuna göre daha fazla olduğu söylenebilir. Hakimin davaya aktif katılımı, davanın hızlı, etkin ve adil şekilde yürümesi için zorunlu kılınmıştır. Amerikan hukukunda ise durum hakim açısından ihtiyari olup, dava yönetiminin uygulanması konusunda hakimler daha fazla serbestiye sahiptirler.

⁵⁸¹ Jolowicz, On Civil Procedure, s.41.

⁵⁸² Jolowicz, On Civil Procedure, s. 56.

⁵⁸³ Amerikan ve İngiliz hukukundaki tahkikat prosedürlerinin karşılaştırması için bkz. Levine, Julius Byron, Discovery-A Comparison between English and American Discovery Law with Reform Proposals, Oxford 1982.

İngiliz hukukunda jürili yargılama birkaç istisnai hal dışında bulunmamaktadır⁵⁸⁴. Buna karşın, Amerika’da jürili yargılama anayasada tanınmış bir hak olduğundan halen varlığını korumaktadır.

⁵⁸⁴ Andrews, Development in English Civil Procedure, s. 4.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA TAHKİKAT VE ÖZEL YARGILAMA USULLERİ

§1 TAHKİKAT

I. Genel Olarak

Dilekçeler teatisinden sonra, bir davanın hüküm safhasına gelinebilmesi için tahkikat ve sözlü yargılama olmak üzere iki safhanın daha geçilmesi lazımdır. Kanunda tahkikat deyimi iki anlamda kullanılmıştır. Geniş anlamda tahkikat, tarafların netice ve taleplerini dayandırdıkları ihtlaflı vakıaların gerçekliğini ortaya çıkarmak için mahkemece yapılan araştırma ve soruşturma işlemlerinin bütünü ifade eder. Bu anlamda tahkikat; isticvap ve hadiseler hakkındaki hükümlerden başka, bütün delillerin ibraz ve ikamesi ile ilgili hükümleri de içerisine alır. Bu safhada, tarafların ileri sürdükleri vakıaların doğru olup olmadığı mahkemece tahkik ve tespit olunur. Delillerin incelenmesi bitince tahkikat safhası sona ermiş olur (HUMK m. 214, 375). Fakat, kanunun 2. babının 4. faslında tahkikat kelimesi daha dar bir anlamda kullanılmış ve bu fasıldaki maddelerde (HUMK m. 213-221), hakimin haiz bulunduğu yetkiler hakkında genel bazı esaslar konulmuş ve böylece tahkikatın sevk ve idaresi bakımından bazı yetkiler verilmek istenmiştir⁵⁸⁵.

Dilekçeler teatisi safhasında, taraflar iddia ve savunmalarının temelini teşkil etmiş olan vakıaları yargılamaya getirmişlerdir. Hüküm temelini oluşturacak vakıaların sadece vakıa lehine olan tarafça getirilmesi şart değildir. Taraflardan birinin hasmın talebine esas bir maddi vakıayı getirmesi ve onun aleyhine verilecek hükümde bu vakıaya dayanılması mümkündür. Taraf, getirdiği vakıanın sadece kendi lehine dikkate alınmasını talep edemez. HUMK m. 75/2 hükmüne göre hakim istisnalar dışında, taraflarca getirilmeyen vakıaları hükmün temeli yapamaz. Maruf ve meşhur vakıalar ile re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar bu hükmün istisnasıdır⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978, s. 480.

⁵⁸⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 311-312; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. II, 2001, s. 1865-1867; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 305-308.

HUMK'a göre, tahkikatın mahkeme üyelerinden biri (tahkikat hakimi) tarafından yürütülmesi ve duruşmanın mahkeme kurulu tarafından yapılarak hükmün kurul tarafından verilmesi gerekir. Ankara, İstanbul, İzmir gibi bazı şehirlerdeki ticaret mahkemeleri dışında asliye hukuk mahkemeleri, sulh mahkemeleri gibi tek hakimli olduğundan, tahkikat ve yargılama aynı asliye hukuk hakimi tarafından yapılmakta ve bu nedenle davanın tahkikat ve yargılama safhaları uygulamada birbirinden kesin olarak ayrılamamaktadır. Ticaret mahkemelerinde de, genellikle tahkikat ve yargılama, mahkeme (kurul) tarafından yapılmaktadır⁵⁸⁷.

II. Tahkikatın Yapılması

Mahkeme, dilekçelerin verilmesi aşaması tamamlandıktan sonra, dilekçeleri, buna bağlı olarak tarafların iddia ve savunmalarını ve sunulan delilleri inceler, taraflar arasındaki uyuşmazlık konularını tespit eder. Her davada bir tahkikat safhasının bulunması kanunen zaruri değildir. Delillerin incelenmesi sonucunda, uygulamada çok nadir gerçekleşmekle beraber, mahkeme davanın yargılama ve hüküm için yeterince aydınlandığı kanaatine varabilir. Örneğin, tamamlanması mümkün olmayan dava şartlarından birisi eksik olabilir veya sunulan deliller dışında başka delil bulunmadığının anlaşıldığı durumlar bulunabilir. Bu durumda, mahkemenin diğer hususları inceleyip tahkikat yapmasına gerek olmadığından, tahkikatın tamamlandığı bildirilir ve taraflar sözlü yargılama için duruşmaya davet edilir (HUMK m. 214/2)⁵⁸⁸. HUMK m. 214/1 uyarınca bu gibi durumlarda duruşma açılmadan karar verilmesi de mümkündür⁵⁸⁹. Yasal istisnalar dışında duruşma yapılması gereği kabul edilmektedir⁵⁹⁰. Tahkikat sırasında taraflara çıkartılacak çağrı kağıtlarında, tarafların belli edilen günde mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde, tahkikata yokluklarında devam edileceği

⁵⁸⁷ Postacıoğlu, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 500; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 398; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, s. 1866; Bilge/Önen, s. 481.

⁵⁸⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 306; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C. III, 2001, s. 2939-2940; Bilge/Önen, s. 481-482.

⁵⁸⁹ "...Esasen, HUMK'nın 214/1. maddesi hükmüne göre, duruşma öncesi layihalar aşamasında davanın aydınlanması durumunda, mahkemece duruşma açılmaksızın dahi, karar verilebilecek olmasına göre, mahkemenin bu aşamada karar vermesi kural olarak mümkün ise de bu davanın hasımsız çek iptali davası olmasına göre, davacıya delillerini sunma olanağı sağlanmadan, gerekli ilanlar yaptırılmadan, deliller toplanmadan, davanın niteliğine uygun düşmeyen yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru değildir...", Yargıtay 11. HD. 2004/4857E, 2005/1556K, 22.02.2005T (<http://www.kazanci.com.tr>).

⁵⁹⁰ Yargıtay 11. HD. 24.03.1997, 9106/1953, YKD 1997/7, s. 935; Yargıtay 2. HD. 30.06.1999, 5687/7576, YKD 1999/8, s. 1044.

bildirilir. Geçerli bir özrü olmadan gelmeyen taraf yokluğunda cereyan eden işlemlere itiraz edemez (HUMK m. 213/2 ve 3).

Dilekçelerin incelenmesinden sonra, davanın yargılama ve hüküm için yeterince aydınlanmadığı anlaşılırsa, mahkeme, uyuşmazlık konusu olan ve noksan gördüğü hususlarda inceleme yapmak için tarafları duruşmaya çağırır. Tahkikat belirlenen duruşmalarda yapılır. HUMK 181/2, toplu hakimli olan mahkemelerde tahkikata havale olunmayan veya tek hakimli mahkemelerde görülen davalarda tahkikat ve muhakemesinin birlikte yapılacağını öngörmektedir. Bu hüküm, HUMK sisteminde tahkikat ve muhakeme ayırımı yapılmadığı ve duruşmaların bir bütün olduğu hakkında fikir vermektedir⁵⁹¹. Tahkikat ile muhakemenin birlikte yapılması delillerin ayrı duruşmalarda incelenmesi halinde ortaya çıkacak çelişkili durumlara engel olur⁵⁹².

Mahkeme, incelemesini öncelikle usule ilişkin konular üzerinde yapar. Mahkeme, incelemeye öncelikle dava şartlarından başlar; dava şartları mevcut değilse davayı usulden dava şartı yokluğundan reddeder. Dava şartları mevcutsa, diğer hususların incelenmesine geçilir; burada da öncelikle ilk itirazlar sırasıyla incelenir ve mahkeme ilk itirazlar hakkında gerekli kararı verir.

Mahkeme usule ilişkin incelemesini bitirdikten sonra ve bu konuda bir eksiklik olmadığını tespit ettikten sonra davanın esası ile ilgili konuları incelemeye başlar. Mahkeme önce, taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu hususları saptar. Bu tahkikatın sonraki aşamaları için çok önemlidir, zira, taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmayan vakıalar hakkında artık tartışma konusu yapılmayacak, delil gösterilmeyecek ve gösterilen deliller incelenmeyecektir. Davanın başında bu ayırım yapılmazsa, hakim uyuşmazlık konularını bilemeyeceğinden, gereksiz yere taraflar arasında çekişmeli olmayan hususlarla ilgili inceleme yapabilir, delil isteyebilir ve inceleyebilir. Bu ise gereksiz yere davanın uzamasına, masraf yapılmasına ve zaman kaybına neden olur.

⁵⁹¹ Yıldırım, Ein Allgemeiner Überblick Über Den Türkischen Zivil-Prozess, Zivilverfahrensrechtliche Probleme des 21. Jahrhunderts-aus der Vortragsreihe “Vorträge auf zwei Kontinenten”, Rechtswissenschaft im Gardez, 2006, Band 23, 169-190, s. 180 vd. Bu fikre karşın Üstündağ, Türk Hukukunda, Alman Hukukundakinin aksine muhakemenin bir bütün olarak kabul edilmeyip, muayyen kesitlere ayrıldığını söylemektedir (Üstündağ, s. 256).

⁵⁹² Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Teoriler, İstanbul 1948-1950, s. 265.

Taraflar arasında çekişmeli vakıaların tespitinden sonra hakim, tahkikatı bu vakıalar üzerinden sürdürmelidir⁵⁹³.

Çekişmeli hususları tespit ettikten sonra hakim, tarafları ve vekillerini dinler ve tarafları sulha teşvik eder (HUMK m. 213). Taraflar, sulh olmazlarsa, tarafların dinlenmesi sonucu, anlaştıkları ve anlaşılmadıkları hususlar ile tahkikatın hangi çekişmeli hususlarda sürdürüleceği tespit edilir (HUMK. m. 216). Uyuşmazlık konusu olmayan veya davayla ilgisi bulunmayan ya da ikamesi kabul edilemeyecek olan deliller gösterilirse, mahkeme bu delillerin gösterilmesini kabul etmez (HUMK m. 218). Ancak bu konuda karar vermeden önce tarafları da dinleyebilir (HUMK m. 219). Taraflar mahkemeye aynı duruşmada delil gösterebilir ve verilmesi gereken delilleri verebilirler, bu mümkün olmazsa yeni bir duruşma günü tayin olunur (HUMK m. 220). Hakim, bir delilin toplanmasına karar verdiğinde, o delili dermayen eden vazgeçmedikçe re'sen veya karşı tarafın isteği ile o delilin incelenmesinden kaçınmaz (HUMK m. 218). Uygulamada bazı mahkemeler, bir tarafın delillerinin ikamesi ve incelenmesinden sonra diğer tarafa delillerinin ikamesi için mehil vermektedirler. Halbuki, kanun bu konuda her iki tarafa da aynı zamanda mehil verilerek, her iki tarafın da delillerinin aynı zamanda toplanmasını öngörmüştür⁵⁹⁴. Delillerini hasreden taraf, istisna tuttuğu delilleri dermayen edemez⁵⁹⁵. Tek hakimin tahkikat sırasında verdiği ara kararlarından rücu etmesine, müktesep hak dışında engel bir hüküm yoktur. Bu rücu ise re'sen veya diğer tarafın talebi üzerine olabilir⁵⁹⁶.

Tahkikatın daha sonraki aşamalarında da delil gösterilebilir ancak bu delillerin incelenip incelenmemesi konusunda hakimin takdir hakkı bulunmaktadır (HUMK. m. 244). HUMK m. 180 ve 195 son fıkradaki düzenlemeler hariç her zaman yeni delil ikame olunabilir. Bu sebeple sonradan delil ikamesi iddianın veya savunmanın tevsii sayılamaz. Mahkeme, kural olarak tarafların iddia ve savunmalarını birlikte inceler. Yani her vakıa için ayrı ayrı duruşmalar yapılacak yerde, bunların mümkün olduğu ölçüde aynı zamanda tahkikine girişmek zaman tasarrufu bakımından uygun olur. Ancak, tahkikatın daha basit ve kısa görülmesi için, bu iddia ve savunmalardan biri

⁵⁹³ Üstündağ, s. 596; Alangoya/Yıldırım Deren-Yıldırım, s. 319; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 307.

⁵⁹⁴ Üstündağ, s. 596; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 319.

⁵⁹⁵ Üstündağ, s. 624.

⁵⁹⁶ Postacıoğlu, s. 500-501; Bilge/Önen, s. 482

veya bir kısmı diğerlerinden önce incelenebilir (HUMK m. 221). İstisnai haller hariç, deliller hakim huzurunda tetkik olunur. Delillerin hakim huzurunda istima ve tetkiki gereğine delil ikamesinin doğrudan doğruyalığı denilmektedir. Hakim, bizzat kendisi deliller ile temas etmelidir. İddiasını şahit veya bilirkişi ile ispat edecek taraf evvelemirde, bunların hangi husus hakkında dinleneceğini tayin eder⁵⁹⁷ (HUMK m. 241/2). Hadise usulü ise HUMK m. 225 ve 225 arasındaki hükümlerle düzenlenmiştir. Tahkikat esnasında usul hakkında karar verilmesi gereken hallerde hadise usulü uygulanır. Esas ihtilafın halli yani davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan usule ilişkin tali meselelere hadise denilmektedir. Bunlar dışında, ilk itirazlar da hadise usulüne göre tahkik edilmektedir (HUMK m. 190). Tahkikatla ilgili hadise talepleri bir delilin ikamesine cevaz bulunup bulunmadığı hakkında taraflar arasında vuku bulan ihtilaflardır. Davacı davasını tanıkla ispat etmek ister, davalı hadisede tanık ikamesine cevaz bulunmadığını ileri sürerse, bu bir hadisedir. Keza, taraflardan biri muayyen bir maddi olayın ispatını talep eder, diğer taraf bunun ispatına mahal olmadığını ileri sürerse bu ihtilaf da bir hadisedir. Hadiseler, esas davaya eklenmiş bir nevi küçük davalar gibidir. Hadise usulünde, bir meseleyi ileri sürecektir taraf talebini sözlü veya yazılı olarak dilekçe ile ileri sürebilir (HUMK m. 222). Dermeyan edilen talebi tahkikat hakimi tetkike lüzum görmez ise reddeder, aksi halde dilekçenin bir sureti itirazlarını bildirmek üzere diğer tarafa tebliğ olunur (HUMK m. 223). Tahkikat hakimi hadise hakkındaki kararını derhal verir ve iki tarafa tefhim veya kendilerine bildirilmek üzere üç gün içerisinde mahkeme kalemine tevdi eder (HUMK m. 225). Uygulamada ise bu üç günlük süreye riayet edilmediği bilinmektedir⁵⁹⁸.

III. Hakim Durumu

HUMK hükümleri incelenirse, taraf hakimiyeti sadece davanın açılmasında kendisini gösterir. Ancak dava başladıktan sonra hakim yargılamada geniş ölçüde egemen durumdadır. HUMK m. 15 uyarınca yargılamanın idaresi hakime aittir.

⁵⁹⁷ Üstündağ, s. 599, 623; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 320; Bilge/Önen, s. 493; Postacıoğlu, s. 530; Belgesay, Teoriler, s. 266.

⁵⁹⁸ Postacıoğlu, s. 503-504.

Yargılamanın idaresi hakime ait olduğu için, hakim her iki taraftan herbirine icabına göre söz verir⁵⁹⁹ (HUMK m. 150 ve 151).

Yargılamaya getirilen ve hukuk normunun soyut unsurlarını karşılayacak olan vakıaların ispat edilmeleri veya ispatlarına gerek kalmamış olması lazımdır (HUMK m. 238). Olayın usulü dairesinde mahkemeye arzolanması şartı kendi kendine yeten bir şart değildir. Olayın tahkikine girebilmek için bunun ayrıca dava ile ilgili ve davanın neticesine müessir olması lazımdır. Bunların ispatı için delillerin yargılamaya getirilmesi gerekir. Kural, delillerin taraflarca getirilmesidir (HUMK m. 75/2). HUMK m. 75/3 hükmündeki düzenleme hakimin aydınlatma ödevinin bir parçasını teşkil etmektedir. Dava malzemesinin (delillerin) toplanması bakımından hakim yetkilendirilmiştir. Hakimin delil ibrazını emretme ödevi “iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere” ibaresi ile sınırlandırılmış bulunmaktadır. Buna göre bu emir için yargılamaya usulüne göre aksetmiş olan hususlar içinde celp edilecek delile işaret eden dayanak noktaları bulunmalıdır. Hakim, Türk kanunlarını re’sen uygulamakla yükümlüdür (HUMK m. 76). Tarafların, ileri sürdükleri vakıaların mahiyeti hakkında yapmış oldukları hukuki nitelemeler hakime yardımcı olursa da, hakim tarafların bildirdikleri hukuk kuralları ile bağlı değildir⁶⁰⁰. Hakimin maddi anlamda sevk yetkisi HUMK m. 75 ile sınırlıdır ve uygulamada hakimin bu yetkisi Alman ve Avusturya hukukunda uygulandığı şekliyle anlaşılmamıştır⁶⁰¹. HUMK m. 75/3 uyarınca hakim tarafları dinlemekten çok onlara sorular sorar. Böylece tarafların dava için önemli olan bütün vakıalar hakkında tam bir beyanda bulunmaları sağlanır⁶⁰². Hakimin HUMK m. 75/3’deki yetkisi bazı hallerde taraflardan birinin tek yanlı iradesi ya da anlaşmaları ile kaldırılabilir. İkrar ve iki tarafın mutabık kaldıkları durumlarda bir ispat faaliyetine lüzum kalmayacağı için HUMK m. 75/3 hükmünün de uygulama alanı kalmayacaktır. HUMK m. 75/3’deki “iki tarafın iddiaları hududu dahilinde” ifadesi bu durumun bir uygulamasıdır. HUMK m. 75/3’deki yetkinin sınırlandırılmasının diğer görünümü tarafın delillerini hasretmesi halidir. Tarafların delillerini hasretmesi halinde bu deliller

⁵⁹⁹ Üstündağ, s. 264; Belgesay, Teoriler, s. 267 vd.

⁶⁰⁰ Alangoya, Vakıalar, s. 163; Postacıoğlu, s. 501; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 315-317; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 408-409; Tutumlu, Mehmet Akif, Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara 2002, s. 27.

⁶⁰¹ Yıldırım, Ein Allgemeiner Überblick Über Den Türkischen Zivil-Prozess, s. 180 vd.

⁶⁰² Üstündağ, s. 249.

dışındaki delillerle ispat mümkün olmayacak, hakim de m. 75/3'deki yetkisini kullanamayacaktır⁶⁰³.

IV. Tahkikatın Sona Ermesi (Sözlü Yargılama ve Hüküm)

Tahkikat tamamlandıktan sonra, tahkikat hakimi, kendiliğinden veya tarafların talebi üzerine, taraflara birer dilekçe vermeleri için bir süre verir. Taraflar bu dilekçelerinde, tahkikatın sonucunda, kendi açılarından özellikle iddia ve savunmaları değerlendirerek, vardıkları sonuçları, yapılan tahkikat açısından görüşlerini belirtirler. Tarafların verdikleri dilekçeler, dava dosyasına konur ve tahkikat hakimi tarafından tahkikatın bittiği tefhim edilir (HUMK m. 375). Tahkikatın bitirilmesi sonunda ve son duruşma için gün tayin edilmesinden önce, dosyanın mahkeme başkanına verileceği ve mahkemenin de taraflara birer dilekçe vermeleri hususu emredileceği kanunda yazılı ise de, bu hükmün uygulamada tatbiki pek fazla bulunmamaktadır.

Hakim, tahkikatın bittiğini tefhim ettiğinde, hükmün verileceği sözlü yargılama için bir duruşma gün belirler ve tarafları hazır bulunmaları için davet eder. Taraflar, belirtilen günde duruşmaya gelirlerse huzurlarında, gelmezlerse yokluklarında sözlü yargılama yapılır⁶⁰⁴. Bu duruşmada, önce davacıdan başlanarak, taraflara ikişer defa söz verilir (HUMK m. 376/2, 377/2)⁶⁰⁵. Sözlü yargılama sonucunda, dava yeterince hüküm vermek için aydınlanmışsa, hakim sözlü yargılamanın bittiğini tefhim eder ve hüküm verir. Ancak, mahkeme, hüküm vermek için davanın yeterince aydınlanmadığı kanaatindeyse veya tarafların bu yönde talepleri varsa tahkikatın genişletilmesine karar verir. Bu durumda, tahkikat genişletilir ve bu çerçevede inceleme yapılır (HUMK m.

⁶⁰³ Alangoya, Vakıalar, s. 170-171; Yargıtay HGK 16.3.1974T., 1972-4-1240E., 1974/220K.: “İddia ve savunmanın genişletilmesinde karşı tarafın muvafakati lazımdır. Ancak deliller hasredilmedikçe her zaman yeni delil getirilebilir”. (YKD, 1975., No. 7, s. 5-6, Alangoya, Vakıalar, s. 171, dn. 224); Yargıtay 15. HD., 22.5.1987T., 1987/1791E., 1987/2315K: “Dairemizin 8.5.1985 tarih ve 308-1554 sayılı bozma ilamında teslim vakiasının ispat yükünün davacıya ait olduğu belirtilerek delilleri sorulmak ve toplandıktan sonra sonucuna göre bir karar verilmek gerektiği gerekçesi ile mahkeme kararı davacı yararına bozulmuştur. İspat yükünün yasa gereği olarak taraflardan birine ait olması, diğer tarafa ileri sürülen iddiaların aksini iddia etmek hakkını ortadan kaldırmaz. HUMK. 'nun 75/son madde hükmü gereğince davanın her aşamasında hakimnin iki tarafın iddia ve savunmalar çerçevesinde olmak üzere gerekli delillerin ibraz ve ikamesini emredebileceği gibi, aynı Kanunun 239. maddesinde yer alan hükme göre delil ikamesi ile yükümlü olan tarafından iddiasının aksini ispat için hasmı dahi delil gösterebilir”.

⁶⁰⁴ Tarafların layihalarında konu ettikleri ihtilafı hakim önünde izah etmeleri önemlidir. Sözlü açıklama olmadıkça muhakemelerin aleniyeti temin edilemez. Genellikle bir yazının şifahi izahı o konunun daha iyi anlaşılmasını temin eder (Belgesay, Mustafa Reşit, Dava Teorisi, İstanbul 1943, s. 116); Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, s. 2934; Postacıoğlu, s. 709.

⁶⁰⁵ Doktrinde kabul bulmayan bir görüşe göre sözlü yargılama için yapılan duruşmada tutanak tutulmasına gerek olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 266

378, 379)⁶⁰⁶. Bundan sonra da aynı şekilde tarafların dilekçe vermeleri ve sözlü yargılamanın yapılması gerekir.

§2 ÖZEL YARGILAMA USULLERİ

Yargılama usulü, tarafların iddia ve savunmalarını mahkeme huzurunda izah ve mahkemelerinin uyuşmazlıkların çözümü için uygulamaya zorunlu oldukları şekilleri belirleyen yargılama kurallarıdır⁶⁰⁷.

Usul Kanunumuza esas olan Neuchâtel Usul Kanunu'nda bir takım işler için çabuk ve kısa yargılama usulleri kabul edilmiştir. Yargılama mercileri önüne gelen her türlü uyuşmazlığın tek yargılama usulüyle çözümü yeterli olmamaktadır. Bazı işlerin niteliği gereği yargılama usulünün farklılaşması ihtiyacı doğmaktadır. Böylelikle hakime, uyuşmazlığın türüne göre uygulamakta seçim yetkisi tanınan çeşitli yargılama usulleriyle yargılamanın uyuşmazlığın özelliklerine kolaylıkla uyarlanmasına çalışılmıştır⁶⁰⁸.

Bazı basit ve acil hallerde genel ve daha ayrıntılı esaslara dayalı genel yargılama usulünün uygulanması külfetli olacağı ya da bir hakkın kaybına neden olabileceği göz önünde bulundurularak özel yargılama usulleri kabul edilmiştir. Farklı yargılama usullerinin uygulanması, medeni yargılama hukukuna egemen olan ilkelerden usul ekonomisine (yargılamanın basit, çabuk, ucuz görülmesi) hizmet etmektedir. Uygulanan bütün bu farklı usullerin ortak yanı, bazı davalarda şekilciliğin, formalitelerin azaltılması, sürelerin kısaltılması gibi önlemlerle davanın hızlı sonuçlandırılmasını sağlamaktır⁶⁰⁹.

Yukarıda tahkikat ile ilgili yapılan açıklamalar, yazılı yargılama usulünün uygulandığı asliye hukuk mahkemeleri için geçerlidir. Yazılı yargılama usulü dışında usul kanunumuzun kabul ettiği üç farklı yargılama usulü daha bulunmaktadır. Bunlar;

⁶⁰⁶ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 342; Bilge/Önen, s. 604; Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 319.

⁶⁰⁷ Onar, S.S./Belgesay, M.R., Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944, s. 7; Dar anlamda yargılama usulünü işaret eden bu tanımın yanında, geniş anlamda yargılama usulü ise uyuşmazlıkları gidererek hakkı yerine getirecek makamların oluşumuna, bunların uyacakları usullere, hakkın kamu gücüyle cebren yerine getirilme araçlarına ve bu hususun tabi olduğu şekil ve formalitelere dair kuralların tümüdür (a.g.e., s. 6).

⁶⁰⁸ Ürcan, Gülümden, Sözlü Yargılama Usulü, DEÜ Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2002, s. 8; Üstündağ, s. 781.

⁶⁰⁹ Ürcan, s. 8; Onar/Belgesay, s. 82; Bilge, Necip, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1967, s. 636.

sözlü yargılama usulü, basit yargılama usulü ve seri yargılama usulüdür. Bu yargılama usullerinde tahkikatın yapılması yazılı yargılama usulünden farklıdır.

I. Sözlü Yargılama Usulü

Sözlü yargılama usulü, çekişmeli yargıda uygulanan özel bir yargılama usulüdür. 1711 sayılı Kanun ile getirilen değişiklikten önce sulh hukuk mahkemelerinde uygulanmakta olan sözlü yargılama usulü yerini basit yargılama usulüne bırakmıştır⁶¹⁰. Ancak, sözlü usul yürürlükten kaldırılmamıştır. Sözlü yargılama usulü iş mahkemesi gibi özel mahkemelerde uygulanmaktadır.

Bu usule sözlü yargılama denilmesinin nedeni, bu usulde dilekçeler safhasının olmaması, tarafların iddia ve savunmalarını mahkemeye sözlü olarak bildirebilmeleri ve mahkemenin tarafların sözlü açıklamalarından edineceği kanaate göre hüküm vermesidir⁶¹¹ (HUMK m. 479, m. 482).

Sözlü yargılama usulünde taraflar hemen ilk oturuma davet olunurlar. Davalı ilk oturuma kadar cevaplarını sunabilir veya oturumda sözlü olarak yapabilir. Dilekçeler teatisi mecburi olmadığı için, cevap süresi de söz konusu da olmaz. Tarafların iddia ve savunmaları ilk oturumda belirlendikten sonra hakim taraflardan delillerini bildirmelerini ve göstermelerini ister. Tarafların bildirdikleri deliller hakim tarafından kabul veya reddolunur. Hakim, kabulüne karar verdiği delilleri aynı oturumda inceler (HUMK m. 487). Taraflar tahkikat bitinceye kadar iddia ve savunmalarını ispat için yeni delil gösterebilirler (HUMK m. 482). Sözlü yargılamada da, HUMK m. 75/2'ye benzer şekilde, hakim, iki tarafın iddia ve savunmaları dahilinde gerekli gördüğü delillerin ibraz edilmesini emredebilir. Taraflarca bildirilen ve hakim tarafından kabul olunan deliller hemen incelenir (HUMK m. 486). Sözlü yargılama usulünde delillerin incelenmesi yazılı yargılama usulünde olduğu gibidir (HUMK m. 236 vd.). Yalnız burada m. 217/2'nin aksine yazılı delillerin diğer tarafa tebliğine gerek yoktur (HUMK m. 487). Delillerin incelenmesi bitince, eğer taraflar dosya üzerinden karar verilmesini talep etmemişlerse aynı oturumda sözlü yargılama safhasına geçilir (HUMK m. 488).

⁶¹⁰ Postacıoğlu aksi görüşte olup, 1711 sayılı kanunun sulh mahkemelerinde görülen işleri basit yargılama usulüne tabi kılarken sözlü yargılama hükümlerini bertaraf etmediği kanaatindedir (Postacıoğlu, s. 658 ve son).

⁶¹¹ Kuru,/Arslan/Yılmaz, s. 550; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 575-576; Bilge/Önen, s. 734 ve son; Postacıoğlu, s. 663.

Hakim, taraflardan tahkikat sonucu hakkında dilekçe vermelerini isteyebilir veya tarafların talebi üzerinde bu yönde karar verebilir. Sözlü yargılama, tahkikat ve hükmün verilmesi arasında yer alan bir aşama olup, bu yolla taraflar tüm yargılama hakkında görüşlerini belirtmek, vakıalar ve deliller üzerinde toplu değerlendirmeye lehlerine sonuç çıkarma olanağı bulurlar. Ancak, sözlü yargılama safhasında, artık tahkikat sona ermiş olduğundan artık tarafların yeni delil ibraz etmeleri mümkün değildir. Hakim, daha sonra iki tarafın sözlerini dinledikten sonra hükmünü verir⁶¹² (HUMK m. 489).

Sözlü usul, mahkemenin taraflarla doğrudan doğruya temas geçebilmesine, onların bizzat yapacakları beyanlardan intiba elde etmesine elverişlidir; yani hakimin tevcih edeceği sorularla, davanın müphem taraflarını aydınlatmak mümkün olur⁶¹³.

II. Basit Yargılama Usulü

Basit yargılama usulü, dava malzemesinin sınırlandırılması suretiyle basitleştirilmiş ve kısaltmış olan bir yargılama şeklidir. Bilindiği üzere, olağan yargılama usulüne tabi bir dava hakkında karar verilebilmesi için, uyuşmazlıkla herhangi bir şekilde ilgili bulunan bütün vakıaların ve hukuki sorunun eksiksiz incelenmesi gerekir. Böyle bir yargılamanın uzun zaman alacağı ve pahalı olacağı şüphesizdir. Ancak bazen bu zaman ve masraf kaybı, maddi hukuka ilişkin talebin incelenmesi için gereksiz ya da yararsız görülebilir. İşte bu gibi durumlarda, artık olağan yargılama usulünün uygulanmasında ısrar etmek doğru olmaz. Bu usul, tarafların haklarının ve iddialarının incelenmesi için olağan yargılama usulünün sağladığı teminatı sağlamakla beraber, davaların daha çabuk bitirilmesine imkan verecek bir kısım esasları da ihtiva etmektedir. Sulh mahkemelerinde ve icra mahkemelerinde görülen bütün dava ve işlerde basit yargılama usulü uygulanır. Ayrıca kanunlarda sayılan bazı dava ve işler hakkında asliye hukuk ve ticaret mahkemelerinde uygulanan usul de basit yargılama usulüdür⁶¹⁴. HUMK m. 507 uyarınca, basit yargılama usulü, kanunlarda sayılanlardan

⁶¹² Onar/Belgesay, s. 127; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 354; Ürcan, s. 112 vd.

⁶¹³ Bilgen/Önen, s. 286.

⁶¹⁴ Sunar, Basit Yargılama, s. 44; Sunar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Basit Yargılama Usulüne İlişkin Hükümleri Üzerine Düşünceler” (Kıs.: Tasarı Üzerine Düşünceler), Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, s. 257-281, s. 258; Kuru/Arsalan/Yılmaz, s. 885-886; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C.V, İstanbul 2001, s. 5578; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 573-574.

başka, 176. maddenin üç, dört, beş, altı, yedi, sekiz, dokuz ve onuncu bentlerinde yazılı dava ve işlerde (her çeşit nafaka davaları, velayet ve vesayet işlerine dair davalar, nüfus davaları, hizmet akdinden doğan davalar, kıymetli evrakın kaybından doğan iptal davaları, tahkim babındaki hükümlere göre mahkemenin görevine giren anlaşmazlık ve işler, iflas ve konkordatoya ait davalar, kanunların sulh mahkemesini veya hakimini görevlendirdiği dava ve işler) ve ayrıca tarafları dinlemek veya dosya üzerinde karar vermek hususunda kanunun mahkemeye takdir hakkı tanıdığı işlerde tarafların dinlenmesine karar verilmesi halinde uygulanır. Şu kadar ki, kanunun başka bir yargılama usulü gösterdiği haller bunun dışındadır.

Basit yargılama usulü, özellikle delil ikamesi hakkında getirilen farklı düzenleme ile diğer yargılama usullerinden ayrılır. HUMK m. 508'e göre, davacının delillerini dava dilekçesine eklemesi gerekir. HUMK m. 510/1 gereği, delillerin ilk duruşma gününde derhal gösterilmesi mecburidir. Ancak, hakim delillerin tamamlanmasını her zaman emredebilir (HUMK m. 511/2). Delillerin ilk duruşmada derhal gösterilmesi kuralı gereği, derhal ispat edilemeyen iddiaların ileri sürülmesi veya hakim tarafından dinlenmesi mümkün değildir. Böylece tarafların iddia ve savunma vasıtaları sınırlandırılmıştır. Basit yargılama usulüne ilişkin açık hüküm bulunmayan hallerde yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır (HUMK m. 511). HUMK. m. 507 ila 511, basit yargılama usulünde hangi deliller ile ispatın gerçekleştirileceği konusunda herhangi bir özel hüküm içermemektedir. Bununla birlikte, basit yargılama usulüne tabi bazı dava ve işlerde, ilgili Kanun hükümleriyle, ispatın ancak belli delillerle yapılabileceği öngörülmüştür. İspat vasıtalarının sınırlandığı bu istisnai haller, çoğunlukla icra mahkemelerinde görülen takip hukukuna özgü uyuşmazlıklara ilişkindir⁶¹⁵ (Örneğin İİK m. 33, 33a, 68, 68a, 71, 169a, 269b, 269c).

III. Seri Yargılama Usulü

Seri yargılama usulü, aslında yazılı yargılama usulünün biraz daha çabuklaştırılmış şeklidir. Bu nedenle bu usulde de açık hüküm bulunmayan hallerde

⁶¹⁵ Sunar, Tasarı Üzerine Düşünceler, s. 261; Sunar, Basit Yargılama, s. 47-48; Bilge/Önen, s. 740; Postacıoğlu, s. 658-663.

asliye hukuk mahkemelerinde uygulanan yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanacaktır. Seri usulde süreler daha kısadır; hakim yargılamayı en yakın bir tarihe erteler ve taraflara delillerini göstermeleri için ancak bir defa süre verilir⁶¹⁶ (HUMK m. 504, m. 505). Dilekçeler teatisi için taraflara verilen süreler yazılı yargılama usulünden daha kısadır (cevap dilekçesi için yedi gün, replik ve düplik dilekçeleri için beşer gün).

§3 HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU TASARISINDA ÖN-İNCELEME

Son yıllarda temel kanunlar gözden geçirilerek, yeni tasarıların hazırlanması yoluna gidilmiş ve bunun sonunda hazırlanan Türk Medeni Kanunu Tasarısı, 8.12.2001 tarihinde kabul edilerek, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 21.06.2001 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilirken, iç hukuktaki tahkim kuralları milletlerarası tahkim kanunu ile birlikte değerlendirilmediğinden, Uncitral Model Kanun hükümleri iç tahkime alınamamış ve birbirinden ayrı tahkim hükümleri uygulanmaya başlanmıştır. Bu gelişmelerin yanında, bölge adliye mahkemelerinin kurulmasıyla ilgili, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun kabul edilmesinden sonra, 1086 sayılı Kanunda kanun yollarıyla ilgili önemli değişiklikler yapılmıştır. Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu ile ilgili oluşturulan komisyonlar tarafından hazırlanan tasarılar tamamlanarak kanunlaşmaları için gerekli süreç başlatılmıştır.

Bu gelişmeler üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yerine yeni bir tasarı⁶¹⁷ hazırlanması gerektiği düşünülmüştür. Tasarının genel gerekçesinde, yeni usul kanununun, yargılamanın hızlı, etkin ve basit şekilde yürütülmesi ve usul kanunun dilinin sadeleştirilmesi ve sistematığının basitleştirilmesinin amaçladığı belirtilmektedir. Hazırlanan tasarının, ayrıntılı düzenleme yapılması yerine 1086 sayılı Kanun hükümlerinin revize edilmesini benimsendiği ifade edilmektedir⁶¹⁸.

⁶¹⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, 883-884; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 576-577; Postacıoğlu, s. 657.

⁶¹⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı (Kıs.: Tasarı) için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr>

⁶¹⁸ Tasarının eleştirisi için bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006, İstanbul Barosu Yayınları.

Tasarının belki de en kapsamlı ve yenilik getiren düzenlemesi, 142 ile 147. maddeler arasındaki hükümler ile 324. madde ve devamındaki ön-incelemeyle ilişkin hükümlerdir.

HUMK, Kıta Avrupasında, 19. yüzyıldaki, liberal dünya görüşünün izlerini taşıyan Neuchâtel Usul Kanunu’nun iktibasıdır. Yargılama, layihalar teatisi, tahkikat, muhakeme ve hüküm safhalarından oluşmaktadır. Türk hukukunda layihalar teatisi, yazılılık ilkesi olarak anlaşılmış ve uygulanmıştır. HUMK’ta teksif ilkesi geçerli olmuştur. Uygulamada sözlü muhakeme gerçekleşmemiştir. Gerekcede de belirtildiği gibi, HUMK uygulamasında, davaların gereksiz yere uzadığından; tam hazırlık yapılmadan tahkikata başlanmasından; davanın görevsizlik, yetkisizlik veya zamanaşımı nedeniyle reddine birkaç yıl geçtikten sonra karar verildiğinden sıklıkla şikayet edilmiştir. Bu eleştirilerin aslında 1086 sayılı HUMK sistemi içinde de giderilmesinin mümkün olduğu genel gerekçe’de ifade edilmekle birlikte, ön-inceleme safhasına ihtiyaç duyulmuştur⁶¹⁹.

Tasarının genel gerekçesinde ön-inceleme ilgili olarak şu açıklamalara yer verilmiştir⁶²⁰:

“Uygulamada en çok şikâyet edilen ve yargılamanın gecikmesi sebebi olarak gösterilen önemli bir husus, tam hazırlık yapılmadan tahkikata başlanmasıdır. Hatta çoğu kez, taraflar delillerini tam olarak göstermeden ve dilekçelerine eklemeyen, mahkeme de delilleri tam olarak toplamadan tahkikata başlamaktadır. Delillerin ve hukukî uyuşmazlığın tartışılması için yeterli hazırlık yapılmadan tahkikata başlandığında, istenen sonuç elde edilememekte, tahkikat, delillerin toplanması için gereksiz yere uzamaktadır. Bunun yanında, mahkemelerce, yeterli hazırlık yapıp dosyalar incelenmediğinden ve taraflar da bu konuda gerekli açıklamaları tam olarak yapmadıklarından, yargılamanın başında karar verilmesi gereken, usule ilişkin dava şartları ve ilk itirazlar davanın sonunda karar verilebilmektedir. Örneğin, iki yıl süren bir davanın sonunda, bazen mahkemenin görevsizlik ya da yetkisizlik kararı verdiği

⁶¹⁹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Değerlendirme ve Öneriler, s. 87; Pekcanitez, “Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının Tanıtımı”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, TBB Yayını, Ankara 2006, s. 3-33, s. 21-24.

⁶²⁰ Tasarı, s. 100-101.

veya zamanaşımı gerekçesiyle davayı reddettiği görülebilmektedir. Dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlandıktan ve tarafların elinde bulunan delillerin mahkemeye sunulmasından, elde olmayanların ise masrafları ödendikten ve nereden getirtileceğine ilişkin bilgiler verildikten sonra, tahkikatın başlatılması amaçlanmıştır. Buna bağlı olarak, tahkikatın, amacına uygun olarak, sadece uyuşmazlığın ve uyuşmazlığa ilişkin delillerin incelendiği ve tartışıldığı bir aşama hâline getirilmesi; bunun için de tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususların tahkikat başlamadan tam tespiti gereklidir. Ayrıca, işin esasına girilmesi gerekli olmayan, usule ilişkin kararlarla sürelerle ilişkin kararların da başlangıçta verilmesi, bir çok uyuşmazlığın baştan hâlli sonucunu doğuracaktır. Bu aşamada, uyuşmazlık konuları tam ve açık olarak tespit edilmiş olacağından, tarafların durumlarını gözden geçirerek sulh olmaları da daha kolay hâle gelebilecektir. Bu aşamanın diğer bir olumlu yönü ise uyuşmazlık noktaları kesin olarak tespit edildiğinden, inceleme ve hukukî tartışma da bu noktalara münhasır olarak yapılacak, gereksiz işlemlerin ve zaman kaybının önüne geçilmiş olacaktır.

Ön incelemenin amacına uygun yapılması, taraflar arasında sulh imkânını artıracak, hatta yargılama dışı uyuşmazlık çözüm yollarıyla da bağlantılı olarak tarafların doğrudan ya da arabulucu yardımıyla uyuşmazlığı çözmelerinin yolunu açacaktır. Taraflar sulh olmadıklarında ise tahkikat için tüm hazırlıklar yapılmış olduğundan, tahkikatta sadece tanık dinlenmesi, bilirkişiye başvurulması ve keşif gibi usul işlemleri gerçekleştirilecek, tahkikatın arka arakaya yapılacak birkaç oturumda da tamamlanması mümkün olabilecektir. Bu Bölümün “Ön İnceleme” olarak ifade edilmesinin sebebi, dilekçelerden sonra, mahkemece yapılacak ilk inceleme aşaması olması, ancak işin henüz esasına tam olarak girilmemesidir. Bu aşama, tahkikat olmadığından tahkikat ifadesi de kullanılmamıştır. Çünkü, bu aşamada bir ön tahkikat ve benzeri işlemlerden daha çok, tahkikattan önce yapılması gereken işlemler tamamlanmaktadır. Bu Bölüm, Tasarıda yeni olmakla birlikte, hukukumuza tamamen yabancı da değildir. Nitekim istinaf aşamasında ön inceleme kabul edilmiştir. Yine temyiz aşamasında da işin esasına girilmeden ön inceleme yapılmaktadır.”

I. Kapsamı

Tasarı'da davayı iki aşamalı olarak öngören Roma Formula usulüne ait "litis contestatio"yu çağrıştıran ön inceleme safhası getirilmektedir. Bunun işlevsel olabilmesi için teksif ilkesinden yararlanılmıştır. Bir bütün olan yargılama süreci böylece, sınırları birbirinden kesin şekilde ayrılmış safhalara bölünmektedir. Tutanağa geçirilen ne ise, program ondan ibaret sayılmaktadır⁶²¹.

Ön-inceleme sistemine göre, dilekçeler teati edildikten sonra, hakim dilekçeleri okuyup inceler, konuları tespit eder, dava engelleri hakkında karar verir, gerekirse dava engelleri hakkında tarafları ön-inceleme oturumunda dinler. Hakim ön-inceleme oturumu için bir gün tayin edecek ve taraflara bir davetiye gönderecek; bu davetiyede sulh için hazırlık yapmaları, gelmedikleri takdirde yokluklarında yapılan işlemlere itiraz edemeyecekleri ve hasmın iddia ve savunmasını genişletebileceği ihtarı da yer alacaktır. Oturumda hakim tarafların uzlaşamadıkları noktaları tespit edecek, tarafları sulhe teşvik edecek, gerekiyorsa bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir oturum günü belirleyecek; ön inceleme oturumunda taraflar sulh olmadıkları takdirde, uzlaşılamayan noktaların tespitine yönelik bir tutanak tutacak; taraflara belge ve delilleri hakkında eksikliklerini gidermeleri için onbeş günlük kesin süre verecektir. Ön-inceleme oturumu tamamlandıktan sonra, tahkikata girişmeden önce hakim, süreler hakkında (hak düşürücü ve zamanaşımı) karar verecektir⁶²². Ön-inceleme işlemleri tamamlanmadan ve bu konuda gerekli kararlar verilmeden tahkikata başlanamaz ve tahkikat için duruşma günü tespit edilemez. Tasarı'nın 142. maddesi açık bir emri düzenlemektedir. Bu safhada tanık dinlenmesi, belge incelenmesi, bilirkişi görüşü alınması, keşif yapılması ve yemin teklif edilmesi gibi tahkikat işlemleri yapılamaz. Bu hükme aykırı davranış hakim sorumluluğunu gerektirecektir⁶²³.

Ön-inceleme kurumu, 1993 Tasarısı m. 163'ten örnek alınmıştır. Yeni bir yargılama aşamasıdır. Ön-incelemenin kapsamına üç husus girmektedir. Bunlar,

⁶²¹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Değerlendirme ve Öneriler, s. 87.

⁶²² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Değerlendirme ve Öneriler, s. 87.

⁶²³ Tasarı, s. 152.

uyuşmazlık konularının tespiti, dava engelleri hakkında karar verilmesi ve son olarak sulh teşebbüsüdür⁶²⁴.

II. Dava Şartları ve İlk İtirazlar Hakkında Karar

Tasarı'nın 143. madde hükmüne göre, mahkeme, öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir; gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön-inceleme oturumunda dinleyebilir.

Tasarı'nın gerekçesinde “usule ilişkin hususlar, şekli nitelik taşıdıklarından yargılamanın başında, dosya üzerinden de incelenerek karara bağlanabilir” denilmektedir. Tasarı'nın 147. maddesinde ise ön-inceleme oturumu tamamlandıktan sonra, hakim tahkikata başlamadan önce, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı hakkındaki itiraz ve def'ileri inceleyerek karara bağlayacağı düzenlenmiştir. Doktrinde bu husus hukuki dinlenilme hakkını zedeleyeceği ve sürprizle karşı karşıya bırakma yasağına aykırılık taşıyacağı görüşüyle eleştiri konusu yapılmıştır⁶²⁵.

III. Ön-İnceleme Oturumu

Tasarı'nın 145. maddesi ön-inceleme oturumuna ilişkindir⁶²⁶. Maddeye göre, hakim, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder. Ön-inceleme oturumunun sonunda, tarafların sulh olup olmadıkları, sulh olmadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı oturumda hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür. Ön-inceleme oturumu tek oturumda tamamlanır. Zorunlu olan hallerde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir oturum günü tayin edilir. Ön-inceleme oturumunda, taraflara dilekçelerinde

⁶²⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Değerlendirme ve Öneriler, s.87.

⁶²⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Değerlendirme ve Öneriler, s. 74 (naklen): “Ön incelemede, tarafların zamanaşımı savunması hususunda mutabık olmadıkları tespit edilecek ve tutanağa geçirilecektir. Hakimin bu şekilde hüküm vermesinin hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaştığı kuşkuludur. Hak düşürücü süre bir itiraz niteliğinde olduğundan bunu oluşturan hususların davaya usulüne uygun olarak aksetmesi yeterlidir. Davalının bunu ayrıca bir savunma olarak ileri sürmesine gerek kalmadan hakim re'sen dikkate alabilir. Yani davacının bu durumda hiçbir beyanda bulunmadan davasının hak düşürücü süre sebebi ile reddedildiğini öğrenmesi söz konusu olabilir ki bu sürprizle karşı karşıya bırakma yasağına aykırı olur. Hakimin yapacağı inceleme sonucunda, örneğin zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin reddine ilişkin karar bir ara kararı olmak mecburiyetindedir ve tahkikat sırasında bu karar hakkında taraflara beyanda bulunma imkanı verilmelidir”.

⁶²⁶ Ön-İnceleme aşaması ve oturumuna ilişkin tartışmalar için bkz. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, s. 213-233.

gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirilecek belgelerin getirtilebilmesi için onbeş günlük kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içerisinde tam olarak yerine getirilmemesi halinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilecektir.

Ön-inceleme oturumunda, tutulan tutanak özel bir öneme sahiptir. Zira uyuşmazlık çözümlenmişse bu tutanak bir sulh belgesidir. Uyuşmazlık devam edecekse, bu belge adeta yargılamanın yolunu gösteren bir yol haritasıdır. Tutanakta yer almayan hususlar, tahkikatın konusu olmayacaktır. Tahkikat aşamasında tereddüt edilen hallerde bu tutanak, neyin incelenip neyin incelenemeyeceğini gösterecektir. Ön-inceleme tutanağının bu önemi ve tarafları bağlaması sebebiyle, altının oturumunda hazır bulunanlarca imzalanması kabul edilmiştir⁶²⁷.

Tasarı'nın 146. maddesine göre taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise, ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme oturumuna taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. Bu konudaki ıslah hükümleri saklıdır. Tasarı'nın gerekçesinde mazereti olmadan oturuma gelmeyen tarafın cezalandırılması için karşı tarafa böyle bir imkan verilmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir. Böylelikle ön-inceleme oturumuna gelen taraf kendini daha sağlam bir noktaya yerleştirerek hakkını ararken, karşı taraf daha zayıf konuma gelebilecektir.

IV. Tahkikat

Tahkikat, Tasarının beşinci bölümünde 148. ve 151. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tahkikatın konusu, tarafların dinlenmesi, yeni delil gösterilmesi ve tahkikatın sona ermesi başlıklarını taşıyan dört madde oluşturmaktadır. Tahkikatın konusu, yeni oluşturulan ön-inceleme safhasının sonunda tutulacak olan tutanakta belirlenecektir.

⁶²⁷ Tasarı, s. 153-154.

Deliller dava ve cevap dilekçesine eklenmek suretiyle sunulmalıdır. Delillerin toplanmasındaki eksiklikler ise ön-inceleme aşamasında taraflara onbeş günlük kesin süre verilmek suretiyle giderilecektir. Taraflar bu süreler dışında yeni delil gösteremeyeceklerdir. Ancak, yeni delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilecektir (Tasarı m. 150). Mahkeme, taraflarca gösterilmiş olan delillerin incelenmesinden sonra, davanın muhakeme ve hüküm için yeterli derecede aydınlandığını anlarsa, tahkikatın bittiği taraflara bildirilecektir (Tasarı m. 151). Toplu mahkemelerde ise, tahkikatı yapmakla görevlendirilen hakim, tahkikatın tamamlandığı kanaatine varırsa, tarafların davanın tümü hakkında açıklama yapabilmeleri için dosyayı mahkeme başkanına verir (Tasarı m. 189/1). Toplu mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse tahkikat için görevlendirilen hakim tarafından dinlenen tanıkları ve bilirkişi tekrar çağırıp dinleyebileceği gibi, davanın maddi vakıaları hakkında gösterilen ve mahkemeye verilememiş veya getirilmemiş olan delillerin verilmesini veya getirtilmesini de kararlaştırabilir. Kurul, eksik gördüğü tahkikatı kendisi tamamlayabileceği gibi hakimlerden birine de verebilir (Tasarı m. 189/2). Tasarı, HUMK m. 217 ve 378 hükümlerinden ayrılmış ve deliller bakımından teksif ilkesini kuvvetlendirmiştir⁶²⁸.

Basit yargılama usulünde ise ön-inceleme aşaması ve tahkikat birlikte yürütölmektedir. Bu usulde ön-inceleme aşaması yazılı yargılama usulündeki gibidir. Mahkeme, tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin yapılmasını ön-inceleme oturumu hariç iki oturumda tamamlayacaktır (Tasarı m. 324). Basit yargılama usulüne tabi dava ve işlerde dosya üzerinden de karar verilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu sebeple dilekçelerin verilmesi aşamasından sonra, dilekçeler ve dosyada yer alan deliller yeterli görülüyorsa, ayrıca ön-inceleme yapmadan ve duruşma açmadan da karar verilebilir (Tasarı m. 324/1).

⁶²⁸ Alangoya, “Medeni Usul Hukukunun Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı’nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi” (Kıs.: Tasarı Hükümlerinin Değerlendirilmesi), Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, s. 33-57, s. 46.

V. Tasarı'daki Ön-İnceleme Aşaması Hakkındaki Değerlendirmemiz

Ön-inceleme aşaması yeni bir yargılama kesiti olarak düşünülmüştür. Tasarıya göre ön-inceleme tahkikattan önceki bir aşama olarak yer almakta ve ön-inceleme oturumunda hazırlanacak olan tutanak da yargılamaya yön vermektedir. Ön-inceleme aşamasından sonra taraflar bazı istinai haller dışında yeni vakıa ve delil getiremeyeceklerdir. Bu nedenle ön-inceleme aşaması yargılamanın seyri açısından belki de en önemli aşama olarak görülmektedir.

Ön-inceleme, Anglo-Amerikan hukukundaki ön-yargılama kavramından farklıdır. Ön-yargılama da bir yargılama aşamasıdır ancak burada esasen duruşmaya hazırlık yapılmaktadır. Bu nedenle, Tasarı'daki ön-inceleme ile karşılaştırmalı hukuktaki ön-yargılama kavramları eş değer kavramlar değildir. Ön-yargılama'da sadece dilekçeler teatisi ile tahkikatın konusu belirlenmemekte aynı zamanda tahkikatın nasıl yapılacağı da görüşülmektedir. Ön-yargılama teksif ilkesi gibi katı kurallara tabi değildir; önemli olan yargılamaya en iyi şekilde hazırlanılmasıdır, bu nedenle gerektiği durumlarda dilekçelerde değişiklikler yapılmasına izin verilmektedir. Bu aşamada taraflarla hakim in işbirliği ilkesi egemendir çünkü tarafların yargılamaya en iyi şekilde hazırlanmaları kendi menfaatlerinedir. Uyuşmazlık konularını ve vakıaları nasıl ispatlayacağını ön-yargılama aşamasında iyi bir şekilde ortaya koyan taraf, duruşma aşamasında daha rahat ve avantajlı bir konumda olacaktır. Ön-yargılama aşamasında oturumların belli bir sayı ile sınırlanması söz konusu değildir. Davanın niteliğine göre bu aşamada hiç duruşma yapılmaması veya birden fazla oturum yapılması söz konusu olabilir. Bu aşamada tutulan tutanaklar yargılamada bir sonraki işlemin çerçevesini oluştururlar. Gereklilik halinde tarafların talebi üzerine tutanaklarda daha sonra değişiklik söz konusu olabilir. Tarafların oturuma gelmemeleri veya oturumda alınan kararlara uymamaları halinde daha çok bu yükümlülüğe uymayan taraf üzerinde yaptırım uygulanması yoluna gidilmektedir. Bu yaptırım ise bu yükümlülüğe uymayan tarafın yol açtığı masraf ve giderlerin kendisince karşılanması veya ileri sürülen bir iddia veya savunmanın mahkeme tarafından hiç yapılmamış gibi değerlendirilmesidir.

Alman hukukundaki ön-inceleme ise bir yargılama kesiti olarak düzenlenmemiştir. Burada da ön-duruşmanın yargılamaya hazırlık özelliği ön plandadır.

Ön-duruşma yapılıp yapılmayacağı hakimın takdirindedir ve yapılacak duruşma şekli bir yapıda değildir.

Tasarı'daki ön-inceleme kurumu ise karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerden farklı hükümler içermektedir. Örneğin bu kurumun teksif ilkesine tabi tutulması ve oturuma gelmeyen tarafın hasmının bu nedenle avantajlı konumda olması bu açıdan göze çarpan hususlardır. Tek hakimli mahkemeler açısından ise ön-incelemenin bir yargılama kesiti olduğunu ifade etmek pek mümkün değildir. Bu mahkemelerde hakimın tahkikat işlemleri sırasında tahkikat konularıyla ilgili araştırma yapması söz konusu olabilir veya deliller nedeniyle bir vakıanın aydınlığa kavuşması durumu hasıl olabilir, bu nedenle yargılamayı bu şekilde ayırımlara tabi tutmak gerçekçi olmayabilir. Ön-inceleme oturumunda tarafların bu aşamadan sonra yeni vakıa ve delil getiremeyecekleri endişesiyle davayla ilgisiz veya doğrudan ilgili olmayan birçok vakıa ve delili getirmeleri söz konusu olabilir, bu ise yargılamayı karmaşık hale getirebilecektir. Bu nedenle, teksif ilkesinin günümüzde özellikle karşılaştırmalı hukukta katı bir şekilde uygulanmasından vazgeçilmiştir.

Hakimin ve tarafların dava dosyasına hazırlanarak ön-inceleme oturumuna katılması, oturumun verimli geçmesi açısından önemlidir ancak bunun tek başına yeterli olacağını düşünmek mümkün değildir. Hakimin ve tarafların vakıaların tespiti açısından işbirliği içerisinde olmaları gerekmektedir. Eğer bu aşamada uyuşmazlık konularının tespitinde taraflar işbirliği içerisinde olmazlar ve taraflar genel nitelikteki anlatımlar ile işin detayına girmeden açıklamalarda bulunurlar ise ön-incelemenin bu açıdan yargılama için bir faydası olmayacaktır. Ön-inceleme, kanaatimizce sadece uyuşmazlık konularının tespiti ve sulh teşebbüsü ile sınırlı tutmak yeterli değildir. Bu aşamada tahkikatın nasıl yapılacağının ve hangi vakıaların hangi deliller ile ispatlanacağının ortaya konması gereklidir. Bugün yargılamayı uzatan hususların başında uyuşmazlık konularının tespiti değil delillerin toplanmasındaki zorluklar gelmektedir. Bu nedenle örneğin hangi konularda bilirkişiye gidilmesinin söz konusu olabileceği, ne zaman keşif işlemine ihtiyaç duyulabileceği, hangi tanığın hangi konularda dinleneceği gibi tüm tahkikat işlemlerinin planlamasının bu aşamada yapılması son derece gereklidir. Taraflardan birinin getireceği bir delilin yargılama ile

ne kadar ilgili olduğunun değerlendirmesinin bu aşamada yapılması önemlidir çünkü bir delilin kabule şayan olup olmadığı hususu aslında tahkikatın konusu değildir. Tahkikat, dava dosyasına aksetmiş uyuşmazlık noktaları ve bu vakıaları ispata yarayan deliller üzerinde yapılmalıdır. Diğer bir deyişle hangi delilin ispata yararlı olup olmadığının tespiti tahkikat içerisinde yapılmamalıdır. Ön-inceleme faaliyeti aslında bu gibi faaliyetler için yapılmalıdır.

Ön-incelemenin, tarafları sulhe teşvik edebileceği düşüncesini ise iyiniyetli bir yaklaşım olarak değerlendirmek mümkündür. Taraflar üzerinde bu hususta bir yaptırım uygulanmadan bunun kendiliğinden gerçekleşmesi çoğu zaman mümkün değildir. Karşılaştırmalı hukukta, sulh teklifini kabul etmeyen ve bu yönde yapılmış makul girişimlere olumlu yanıt vermeyen taraf, daha sonra davada haksız çıkması halinde yargılama giderlerine ve bu nedenle yapılmış masraflara mahkum edilebilmektedir. Benzer şekilde, bu şekilde davranan tarafın davranışları da hakim tarafından hükmün verilmesinde göz önüne alınabilmektedir. Hakim, tarafları sulhe teşvik ederken tarafsızlığına halel getirmeyecek bir davranış içerisinde bulunmayı düşünecektir. Bu düşüncenin sulhe teşvik faaliyetinin çok sınırlı şekilde ele alınması sonucunu doğuracağı muhakkaktır.

Ön-inceleme oturumu sonucunda bir tutanak hazırlanacak ve bu tutanak da taraflarca imza altına alınacaktır. Tasarı'nın gerekçesinde bu tutanağın yargılamanın yol haritası olacağından bahsedilmektedir. Bu tutanağın taraflarca çekince koymak suretiyle imzalanması veya hiç imzalanmaması halinde uygulanacak yaptırımın ne olacağı hususu belirsizdir. Tutanağın imza altına alınacak olması nedeniyle de tarafların dilekçelerinde ileri sürdükleri her türlü vakıanın uyuşmazlık konusu olarak tutanağa aktarılmasını istemeleri de söz konusu olabilecektir ki, bu durum kuşkusuz yargılama işlemlerinin uzamasına ve ön-incelemeden beklenen faydanın sağlanamamasına sebebiyet verecektir. Yargılamanın henüz başlarında hazırlanacak bir tutanağa bu kadar önem ve anlam atfedilmesinin yargılamanın ileri safhalarında sorun doğurması muhtemeldir. Örneğin tarafların tutanakta belirtmedikleri ancak tahkikat sırasında ortaya çıkacak bir uyuşmazlık noktaları dahilinde bir konunun incelenmesi durumunda böyle bir sorun gündeme gelebilecektir. Diğer yandan kendiliğinden araştırma ilkesinin

uygulandığı davalarda da bu tutanağın Tasarı’da yer aldığı gibi kesin bir belirleyicilik sağlaması mümkün olmayabilir. Kanaatimizce, bu tutanağın yargılamanın ileri aşamalarında talep üzerine değişikliğe tabi tutulması mümkün olmalıdır. Tutanakta yer almayan hususlar açısından ise hakimin değerlendirmede bulunması söz konusu olacaktır.

Basit yargılamaya tabi işler açısından ise ön-inceleme aşamasının ayrı bir yargılama kesiti olduğunu söylemek mümkün değildir çünkü Tasarı’nın 324. maddesine göre ön-inceleme ve tahkikat birlikte yürütülecektir. Basit yargılamaya tabi dava ve işler ise Tasarı’da örnekleme yoluyla sayılmıştır ve bu tip dava ve işlerin azımsanmayacak sayıda olduğu ortadadır. Bu nedenle davaların önemli bir kısmında ön-inceleme ve tahkikat bir arada yürüyecektir ki bu durum mevcut HUMK’taki sistemden farklı bir model meydana getirmemektedir.

Ön-incelemenin etkin kılınması için ön inceleme oturumuna katılmayan tarafın hasmının, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın yeni vakıa getirebilmesi imkanı getirilmiştir. Tasarı’nın gerekçesinde böylelikle bu oturuma gelen tarafın gelmeyen tarafa göre daha avantajlı bir konumda olacağı ifade edilmektedir. Bu gerekçeye bütünüyle katılmak mümkün değildir. Davaların önemli bir çoğunluğunda böyle bir durum meydana gelmeyebilir veya bir tarafın iddia ile savunmasını genişletmesi veya değiştirmesine ihtiyaç olmayabilir. Bu durumda oturuma gelmeyen tarafın bundan dolayı bir yaptırıma tabi tutulduğunu söylemek mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce, karşılaştırmalı hukuktaki gibi oturuma gelmeyen tarafın ileride haksız çıkması halinde para cezasına mahkum edilmesi veya iddia ve savunmaların oturumda bulunmayan tarafın aleyhine değerlendirilmesi gibi somut yaptırımlar düşünülmelidir.

§4 HUMK'TAKİ DAVA YÖNETİMİNİ ÇAĞRIŞTIRAN BAZI HÜKÜMLER VE TÜRK HUKUKUNDA DAVA YÖNETİMİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

I. Yargılamanın Hızlandırılması

HUMK'ta, İngiliz yargılama hukukundaki gibi dava yönetimi ilkelerini bir bütün olarak içeren ve yargılama kurallarının, CPR'da yer alan Temel Esas (Hedef) gibi ilkeler doğrultusunda yorumlanması gerektiğini düzenleyen hükümler bulunmamaktadır. Buna karşılık, dava yönetiminin, yargılamada ölçülülük ve kaynakların adil dağılımının sağlanmasını gerçekleştirmeye amacı çerçevesinde Türk hukukunda da uygulanması kanaatimizce mümkündür. HUMK'ta bu amacı sağlayacak hükümler yer almaktadır. Özellikle tarafların hak ve ödevlerini düzenleyen hükümler ile tahkikatın yürütülmesine ilişkin hükümler bu açıdan değerlendirmeye müsaittir.

Dava yönetimini, Türk hukuku açısından sadece usul ekonomisi ile sınırlı tutmak doğru olmayacaktır çünkü HUMK, yargılamayı mukayeseli hukukta olduğu gibi ön-yargılama ve yargılama şeklinde safhalara ayırmamaktadır. Böyle bir ayırımın bulunmamasının sonucu, hakimin tüm hazırlık faaliyetlerini ve yargılama işlemlerini tahkikat sırasında yapması ve tahkikatta ortaya çıkacak olacak meseleleri de yine aynı süreç içerisinde değerlendirmesi gerekmektedir. Bu nedenle, HUMK'ta tahkikata yönelik sevk edilmiş hükümleri dava yönetiminden ayrı bir şekilde düşünmek doğru olmayacağı gibi dava yönetimini de sadece usul ekonomisine indirgemek kurumunun amaçlarına uygun düşmeyecektir. Ölçülülük, kaynakların adil dağılımı, adalete erişim gibi temel ilkelerin salt usul ekonomisi ile sağlanması mümkün değildir.

HUMK m. 77, “hakim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu derecede sür'at ve intizam dairesinde cereyanına ve beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir” hükmünü içermek suretiyle hakime yargılamanın hızlı sevk için bir yükümlülük yüklemektedir. HUMK, hakimin alacağı tedbirlerin nelerden ibaret olacağını söylememiştir fakat muhtelif hükümlerden bu tedbirler hakkında fikir edinmek mümkündür: Hakim birden ziyade iddiaları ve davaları birbirinden ayırarak tahkik edebilir ve ayrıca hükme bağlayabilir (HUMK m. 221); aynı mahkemede ayrı

ayrı açılmış olan birbiri ile bağlantılı davaları birleştirebilir (HUMK m. 48); müphem ve mütenakız gördüğü hususların aydınlatılması için taraflardan izahat isteyebileceği gibi, gerekli delillerin ibraz ve ikamesini emredebilir (HUMK m. 75, 230).

HUMK m. 77, tek başına irdelendiğinde, dar bir anlam ifade ettiği izlenimi bırakabilir; ancak bu hüküm HUMK'un aşağıda değineceğimiz ilgili hükümleriyle birlikte değerlendirildiğinde, aslında diğer hükümleri tamamlayan bir bütünün parçasıdır. Yargıtay, HUMK m. 77'nin önemine bazı kararlarında değinmektedir⁶²⁹. Yargıtay kararlarında da davanın çabuk, basit ve ucuz bir şekilde görülmesinde toplumun (kamunun) yararı olduğu vurgulanmıştır. Yargılamanın hızlı bir şekilde yürütülmesi, hakimin gereksiz muamelelerde bulunmamasını da gerektirir ki bu husus masraflardan tasarruf edilmesi yanında yargılamanın kalitesini ve yargılamadaki maddi gerçeğe ulaşma amacını sağlar⁶³⁰. Dava yönetimi sadece yargılamanın hızlı yürütülmesinden ibaret olmadığı için, tahkikatta hukuki dinlenilme hakkının göz önüne alınması gerekir. Hukuki dinlenilme hakkını gözetmeden yapılan işlemler ve usule ilişkin kararlar hukuka aykırı olacağından yargılamanın amacına hizmet etmez⁶³¹. Hakim, yargılamanın hızlandırılmasına yönelik tedbirleri uygularken hukuki dinlenilme hakkını ortadan kaldıracak şekilde hareket etmemelidir⁶³². Taraflara, ispat ve delil

⁶²⁹ Yargıtay 4. HD. 1991/3493E., 1991/5429K., 27.5.2001T., “Mahkeme, ilk tespit için kendisine başvurulduğunda keşif gününü PTT'nin hızlı servisleriyle bildirebilir ve bugün davalıların Yargıtay denetimine kadar eleştirilere ve itirazlara meydan vermemiş olabilir; mahkemeler, yapılan yargılama işlemi bir tespit dahi olsa, olanakları varsa tarafların katılmasını sağlayacak önlemleri almak zorundadırlar.....mahkemenin, uygulamasının öteden beri var olan ve yaygınlaşmış biçime uygun düşmesi, yapılanın doğru olduğunu göstermez” (<http://www.kazanci.com.tr>).

⁶³⁰ Yargıtay 2. HD. 1992/1221E., 1992/3491K., 10.3.1992T., “Her ne kadar Tapu Kanununun 26. maddesi uyarınca gayrimenkul hibe vaadinin tapu sicil memurları huzurunda yapılacağı hükme bağlanmış ise de boşanmaya müteferri sözleşmeler bakımından kanun vazı MK.nun 150/5. maddesinde özel bir resmi şekil öngörmüştür. Hakimin tasdiki ile oluşan şartının yanında ayrıca Tapu Kanununun 26. maddesinde öngörülen resmi şekli aramak şeklin konuluş amacını aşan ve iş sahiplerini gereksiz zaman, emek ve para israfına yöneltten ve Anayasanın 141/4. maddesi ile HUMK.nun 77. maddesinde yer alan kurallara aykırı bir davranış olur” (<http://www.kazanci.com.tr>).

⁶³¹ Yargıtay HGK 1996/2-990E., 1997/362K., 30.4.1997T., “Yetki itirazı ilk itirazlardan olup, hadise prosedürü içinde incelenir. Buna göre, yetki itirazı mahkemeye gelmeden yazılı olarak ileri sürülebileceğinden, davalının yetki itirazının incelendiği oturumda bulunmak zorunluluğu yoktur. (HUMK. m. 224/2) Mahkeme, davalı gelmese dahi yetki itirazını öncelikle ve esasa girilmeden önce inceleyip sonuçlandırır. (HUMK. m. 190, m.196) Yetki itirazının reddine karar verilmiş ise, bu kararın oturumda bulunmayan davalıya tebliği gerekir (HUMK. m. 225). Bu suretle mahkeme, hem yetki itirazına ilişkin kararını davalıya bildirmiş, hem de esasa ilişkin yargılamanın yapılacağı oturuma davalıya davet etmiş olur. Olayda, yetki itirazının reddine ilişkin karar oturumda bulunmayan davalı vekiline tebliğ edilmeden, mahkemece yargılamaya devam edilerek davanın esası hakkında karar verilmesi savunma hakkını kanıtlayıcı ve hükmün sonucuna etkili olabilecek nitelikte bir usul hatası olduğundan karar bozulmalıdır”.

⁶³² Yargıtay 19. HD. 2006/2957E., 2006/10185K., 2.11.2006T., “Dava dosyasının, duruşma gün ve saatinden önce ele alınarak hüküm kurulması, savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olduğundan, adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkına aykırıdır” (<http://www.kazanci.com.tr>); Hakim davaların her biri için ayrı ayrı zaman (saat) belirlemelidir (Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 411).

sunma hakkı tanınmasının veya bu konudaki sınırlamalar konusunda aşırıya kaçılmasının hukuki dinlenilme hakkı ile ilgili olduğu belirtilmektedir⁶³³.

II. Usuli İşlemlerin Hukuka Uygun Yapılması

Mahkemeler tarafından yapılan keşif, tanık dinlenmesi gibi usuli işlemlerin hukuki geçersizliğe yol açmayacak şekilde yapılması gerekir. Usuli işlemin geçersizliği nedeniyle yargılamada en başa dönülmesi kamunun menfaatine olmadığı gibi, bu şekilde verilen bir hüküm yargılamanın taraflarına da hizmet etmeyecektir⁶³⁴. Mahkemenin görev, kesin hüküm gibi dava şartları⁶³⁵ yanında yetkisizlik, birleştirme talebi, iş bölümü itirazı gibi ilk itirazların, HUMK. m. 196 uyarınca işin esasına girilmeden önce incelenerek sonuçlandırılması gerekir⁶³⁶. Uygulamada, bu kurala zaman zaman riayet edilmediği bilinmektedir. Halbuki, bu kurala uyulması halinde davaların birçoğunun zaman kaybına yol açmadan sonuçlanması mümkün olacaktır. Yargılamadan anlaşılan, davanın açılmasından hükmün verilmesi safhasına kadar geçen süreçtir. Mahkemenin ve tarafların usuli işlemleri ise duruşmalarda cereyan etmektedir. Bunun yanında yargılamanın idaresinde mahkemeye yardımcı olmakla görevli kurumların rolü de önemlidir. Yargılamayı sadece duruşmalarda cereyan eden bir süreç olarak değerlendirmeyip, geniş anlamda kanun yollarını da içine alan ve tebligat, keşif

⁶³³ Özekes, s. 124-130.

⁶³⁴ Yargıtay 15. HD. 1992/1496E., 1992/4892K., 22.10.1992T., “Her mahkeme ancak kurulduğu kaza sınırları içinde yargı yetkisine sahiptir. Hakim yargısal faaliyetini kendi kaza sınırları içerisinde sürdürebilir. Bunun dışında bu yetkiyi kullanamaz. Bu nedenle davaya bakan hakim in uyumsuzluğa konu inşaatın bulunduğu yere giderek yaptığı keşif ve bu keşif sonucu alınan bilirkişi raporu geçersizdir. Geçersiz keşif ve bu keşfe dayanan rapor esas alınarak hükme varılması HUMK. m. 428/son gereğince bozma nedenidir” (<http://www.kazanci.com.tr>).

⁶³⁵ Dava şartları, HUMK’ta açıkça düzenlenmiş değildir. Ancak, ilk itirazlar bölümünde “hakimin re’sen nazarı dikkate alması kanunen iktiza eden hususlar” saklı tutulmuştur (HUMK.m. 188/2). Bu hususlar ile dava şartlarının kastedildiği kanısındayız (Naklen, Kuru/Arslan/Yılmaz, Ders Kitabı, s. 308).

⁶³⁶ Yargıtay 13. HD. 1993/3606E, 1993/3635K, 29.4.1993T. “Hakimin henüz esasa girişmeden öncelikle davanın başında, görev sorununu ve diğer dava şartlarını doğrudan incelemesi ancak bunlarını varlığını tespit ettikten sonra esas hakkında araştırmaya girmesi gerekir. Esas hakkında araştırma ve inceleme yapıp hüküm verilebilecek bir aşamaya gelindiğinde, hakim, mahkemenin görevsiz olduğu gerekçesiyle davayı olayımızda olduğu gibi reddederse, o zamana kadar boş yere uğraşmış olur. Bu nedenle hakim in daha esase girmeden önce görev sorununu doğrudan incelemesi yasal görevidir. Davada 3 yıl, 2 ay, 18 gün geçtikten sonra görevsizlik kararı verilmiştir. Bu durum, kamu vicdanını ve adalet duygularını da rencide etmektedir” (<http://www.kazanci.com.tr>); Yargıtay 16. HD. 1995/1741E., 1995/2229K., 24.3.1995T. “Tarafları, konusu ve delilleri aynı olan ve birlikte görülmesi zorunlu bulunan davalar birleştirilmeyerek, fazla yargılama giderine sebebiyet verilmesi doğru olmadığı gibi, mevsim gereği keşif yapılması imkanı olmadığı halde keşif giderinin yatırılması için kesin süre verilmesi de doğru olmamıştır” (<http://www.kazanci.com.tr>).

gibi her türlü yargısal faaliyetin yapıldığı bir bütün olarak düşündüğümüzde, yargılamanın sadece hakimin ve tarafların inisiyatifine bırakılamayacağı görülür⁶³⁷.

III. Bilirkişi Tayini

Mukayeseli hukuktaki dava yönetiminde, özellikle İngiltere’de, bilirkişi kurumunun kullanılmasına düzen ve disiplin getirme ihtiyacı üzerinde durulduğu görülmektedir⁶³⁸. İngiltere’deki yeni yargılama usulleri, bu kurumun, davanın özelliklerine göre ölçülü şekilde kullanılmasını kabul etmektedir. HUMK. m. 275, mahkemenin, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurabileceğini kabul ederken hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi gereken konularda bilirkişinin dinlenemeyeceğini düzenlemiştir. Ancak, uygulamada, HUMK m. 275 hükmü hilafına bu yola başvurulduğu bilinmektedir⁶³⁹. Yargıtay da, özellikle hukuki meselelerde bilirkişiye gidilmesini HUMK. m. 275 yanında, yargı erkinin bağımsız hakimlerce kullanılacağı yönündeki Anayasa hükmüne aykırı olacağını belirtmiştir⁶⁴⁰. Buna karşın, Yargıtay’ın hukukçu bilirkişiye başvurulması gerektiği yönünde aksi yönde kararları da vardır⁶⁴¹. Yargıtay’ın bu yöndeki kararları, uyuşmazlığın niteliğine göre hukukun uzmanlık gerektiren bir

⁶³⁷ Yargıtay HGK 1996/1-833E., 1997/39K., 5.2.1997T., “Yargıtay’ın temyiz edilen kararı bozması halinde tarafları kendiliğinden duruşmaya davet etmekle yükümlü olan mahkemenin (HUMK. m. 442/A-III), öncelikle bu davet yönünden ve Yargıtay kararının taraflara tebliği veya bildirilmesi için gerekli ve yeterli giderleri tespit etmek ve tutacak miktarı temyiz isteğinde bulunandan peşin olarak almak görev ve yükümlülüğü ile donatıldığının kabulü zorunludur” (<http://www.kazanci.com.tr>).

⁶³⁸ Daha fazla bilgi için bkz. Yıldırım, “Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, s. 833-841.

⁶³⁹ Üstündağ, s. 744.

⁶⁴⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 388 ve orada dn. 82’de belirtilen Yargıtay kararları; Yargıtay 15. HD. 2004/5893E., 2005/3431K., 6.6.2005T.: “Mimarlık ve mühendislikle ilgili konular özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden somut olayda bilirkişi incelemesi yaptırılması doğrudur. Ancak mahkemece hükme esas alınan bilirkişi kurulunda bir muhasebeci, bir hukukçu ve bir elektrik mühendisi vardır. Ödeme miktarı ihtilaflı olup uyuşmazlık hakedilen iş bedelinde olduğundan hukukçu ve muhasebecinin heyete katılması gereksizdir. Teknik ağırlıklı bir konuda, konusunda uzman mühendislerden oluşturulacak üç kişilik bir bilirkişi kurulundan rapor alınarak dava sonuçlandırılmalıdır” (<http://www.kazanci.com.tr>).

⁶⁴¹ Yargıtay HGK 2003/19-443E, 2003/464K., 2.7.2003T.: “Mahkemece yapılacak iş; konusunda uzman ve bu işten anlar bir gıda mühendisi, bir kimya mühendisi ve bir hukukçu bilirkişiden oluşturulacak bilirkişi kurulu marifetiyle, gerektiğinde keşif yapılarak, davalıya teslim edilen kakao emtiasının akabetinin araştırılıp, bu kakaonun davalı tarafından herhangi bir üründe kullanılıp kullanılmadığının belirlenip, kullanılmamış olsa dahi, ürünün tadı ve damak zevkinde hissedilir bir fark olmadan, yada başka bir üründe bu emtianın kullanıp kullanılmayacağının davalı savunması da dikkate alınarak ve saptanarak bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde direnme kararı verilmesi doğru olmamıştır” (<http://www.kazanci.com.tr>); Yargıtay 15. HD. 1994/742E., 1994/4368K., 28.6.1994T. “Yargıtay bozma ilamında “mahkemece araştırma yapıp” ve -gerektiğinde- bilirkişilerden de mütalaa alınarak sonuca varılması öngörülmüş, mahkemece de bozmaya uyulmuştur. Ancak bilirkişi olarak 2 hukuçu 1 Sayıştay denetçisinin görüşüne başvurulmuştur. Oysa işin niteliği ve boyutları itibarıyla bilirkişi görüşüne başvurulduğuna göre, içlerinden biri hukuçu, diğerleri inşaat mühendisi veya mimar kişiden kurulu heyetle, projeleri getirtilerek mahallinde keşif yapılması ve sonucuna göre bilirkişi raporu alınması icap eder” (<http://www.kazanci.com.tr>).

alanında hukukçu bilirkişiye başvurulabileceği şeklinde yorumlanabilir⁶⁴². Bir başka gerekçe ise, özellikle heyet halinde atanan bilirkişilerin sadece teknik kimselerden oluşması halinde, uyuşmazlıktaki maddi ve hukuki konuları ayırt etmelerinin ve hukuki konuları kendilerine verilen görev çerçevesinde yorumlamalarının zor olması mülahazasına dayalı olabilir. Hukukçu bilirkişi, bu gibi hallerde teknik kişileri davanın hukuki esasları hakkında yönlendirebilir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarından hakimین değerlendirmeyi uyuşmazlığın niteliğine göre yapması gerektiği sonucu anlaşılmaktadır.

Tüm muhakeme safhasını kapsayan yargılama çalışmaları sırasında doğan uyuşmazlıkların tarafların da katılması suretiyle çözüme kavuşturulması asıldır. Tarafların talebi üzerine ya da kendiliğinden bilirkişi incelemesine ve bilirkişiden rapor alınmasına karar veren hakim, kendisi hemen bilirkişi atamayacaktır. HUMK. m. 276/I uyarınca, hakim, iki taraf ittifak edemedikleri takdirde bilirkişiyi kendisi seçecektir. Eğer taraflar anlaşabilirse, hakim, tarafların üzerinde ittifak ettikleri bu kişiyi seçer. Ancak, tarafların anlaştıkları kişi uzman değilse, hakim başka bir kişiyi bilirkişi olarak atayabilir⁶⁴³. Bilirkişi raporuna genellikle şu gerekçelerle itiraz edilmektedir: a) bilirkişi raporunun gerçeği yansıtmaması, b) bilirkişi raporunda bilirkişiden istenen hususların net olarak ortaya konulmamış olması, c) bilirkişi raporunda dava ile ilgili bazı konuların atlanmış olması, d) bilirkişi raporunun taraflı olması, e) bilirkişinin rapor düzenlediği konuda ehil olmaması veya uzmanlık alanının farklı olması, f) bilirkişi hakkında hakimın reddini gerektirecek sebeplerin mevcut olması, g) bilirkişinin raporunda hesap ve işlem hatası yapmış olması, ı) adli yargı kurumlarında görevlendirilen bilirkişilerin Adli Yargı Adalet Komisyonu listelerinde yer alan bilirkişiler arasından seçilmemiş olması. Yukarıdaki hususlar ileri sürülerek bilirkişi raporuna itiraz edildiği takdirde, mahkeme tarafından raporu düzenleyen bilirkişiden ek rapor alınması veya yeni bir bilirkişi görevlendirilmesi yoluna gidilmektedir⁶⁴⁴. Kuşkusuz, yukarıda sayılan gerekçelerden bazıları bilirkişilerin tayininde önceden değerlendirmeye alınabilir ve bu sayede bilirkişi delilinin kullanımında yargılamanın geciktirilmesine yol açacak sebeplerin önüne geçilebilir.

⁶⁴² Pekcanitez/Atalay/Özekes aksi görüştedir, bkz. s. 425, dn. 235.

⁶⁴³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 391, dn. 84; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 427.

⁶⁴⁴ Aslan, Yaşar, "Bilirkişi Raporuna İtiraz ve Uzman Mütalaası", Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S.: 58, 2008, s. 209-212, s. 211.

IV. Tahkikat Aşamasında Hakim Tarafından Tespit Olunacak Bazı Hususlar

A. Taraflar Arasında Çekişmeli Olan Hususların Saptanması

HUMK m. 216, hakimın iki tarafın mutabık kaldıkları cihetleri tesbit ve ihtilaflı olanları ayıracağı yönünde hüküm içermektedir. HUMK m. 238 ise “Delil davanın halline tesir edebilecek münazaalı hususları ispat için ikame olunur. Maruf ve meşhur olan veya ikrar olunan (HUMK m. 236) hususlar münazaalı sayılmaz” hükmünü içermektedir. İkrar olunan hususlar çekişmeli sayılmadığından, ikrar, bunu yapan (ikrar eden) taraf aleyhine kesin delil teşkil eder. Davada taraflar mahkeme dışında da ikrarda bulunabilir. Taraf, başka kişiler (tanıklar) önünde karşı tarafın iddia ettiği bir vakıayı ikrar edebilir. Mahkeme dışı ikrar, kesin bir delil değildir. Hakim, mahkeme dışı ikrarı teyit edecek delil ve belirti var ise, buna dayanarak hüküm kurabilir. Ayrıca kanaatini kuvvetlendirmek için, lehine ikrarda bulunulan tarafa re’sen yemin teklif edebilir.

Uygulamada çok başvurulmayan çekişmeli olan hususların tahkikat aşamasında tespit edilmesi, ispat yükünün hangi taraf üzerinde olduğunun anlaşılması, gereksiz ispat faaliyeti ve delil sunulmasının önüne geçilmesi ve tarafların sürprizle karşı karşıya kalmamalarının sağlanması açısından önemlidir. Hakim, ayrıca, HUMK m. 213 uyarınca, davanın her aşamasında iki tarafı veya vekillerini çağırarak davanın maddi olguları hakkında beyanlarını dinleyebilme olanağına sahiptir. HUMK m. 219 ise ikame edilmek istenen deliller hakkında tahkikat hakimi, karar vermeden önce re’sen veya iki taraftan birinin talebine binaen duruşma yapabilir hükmünü içermektedir. Hakimın, bu hükümler uyarınca çekişmeli hususların tespitini yaptıktan sonra hangi konuların hangi deliller ile ispat edileceği konusunda ayrı bir duruşma yapması mümkündür. Uygulamada, genellikle bu aşamaya önem verilmediği ve dilekçelerin teatisinden sonra doğrudan delillerin hasrına geçildiği bilinmektedir. Oysa, çekişmeli hususlar ve ikrar olunan vakıalar önceden tespit edilirse, taraflar gereksiz delilleri yargılamaya getirmeyecek ve hangi tarafın hangi konuyu ispat yükü altında olduğu ortaya çıkacaktır.

Hakim, davada hangi çekişmeli vakıaların ispat edilmesi gerektiğini tespit ettikten sonra, bu vakıaların kim tarafından ispat edilmesi gerektiği sorusu ile karşılaşacaktır. Doktrindeki bir görüşe göre, her iki taraf da, ispat yükünün kime düştüğünü gözetmeden delil göstermişler ise bu halde hakimin ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmasına gerek yoktur. Çünkü hakim, bu durumda, ilk önce tarafların gösterdikleri delilleri incelemekle yükümlüdür. İki tarafın gösterdiği deliller ile davaya ilişkin bütün çekişmeli vakıalar aydınlanmış ise, gene ispat yükünün hangi tarafa düştüğünü araştırmakta bir yarar yoktur. Buna karşılık, gösterilen delillerin hakime dava hakkında tam bir kanaat vermemesi halinde, ispat yükünün hangi tarafa düştüğünün tespit edilmesinde yarar bulunduğu söylenmektedir. Hakim, ispat yükünün kime düştüğünü belirttikten sonra, kural olarak, kendisine ispat yükü düşen tarafın iddiasını ispat etmesini bekler ve eğer kendisine ispat yükü düşen taraf iddiasını ispat edemezse, kendisine ispat yükü düşmeyen tarafın, ispatlanamayan olayın aksini ispat etmesine gerek yoktur. Çünkü kendisine ispat yükü düşen taraf, iddiasını ispatlayamadığı için hakimin aleyhte kararı ile karşılaşacaktır. Ancak, kendisine ispat yükü düşmeyen tarafın, karşı tarafın iddiasını ispat etmesini beklemeden, onun iddiasının aksini ispat etmek için delil gösterme olanağı vardır. Bu delile karşı (mukabil) delil denmektedir. Karşı delil gösteren taraf, bu eylemiyle ispat yükünü kendi üzerine almış olmaz; ispat yükünü karşı taraf taşımaya devam eder. Taraf, yalnız açık bir beyanla bütün neticeleri ile ispat yükünü üzerine alabilir⁶⁴⁵ (HUMK m. 239). Hakimin, yargılama sırasında ispat külfeti hususunun şuurunda olması, taraflardan hangisinin yeni deliller sunması gerektiğinin beyanı açısından da önem taşır⁶⁴⁶ (özellikle HUMK m. 378).

Kanaatimizce, taraflar delillerini hasretmiş olsalar bile tahkikatın verimli olmasını sağlamak ve gereksiz ispat faaliyetlerinin önüne geçmek için hakimin hangi konunun hangi tarafca ispatlanması gerektiğini tespit etmesi gerekir. Çünkü hakim, HUMK m. 217/2 uyarınca davanın ispatı için delil ikamesi lazım ise iki tarafa münasip mehil verebilecektir. Tarafların delillerini hasretmiş olmaları HUMK m. 217, 244 ve

⁶⁴⁵ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, s. 1972-1974; Belgesay, Teoriler, s. 20; Postacıoğlu, s. 534; Karş. Umar/Yılmaz, İspat Külfeti, 1980, s. 6 vd; İspat yükü ve delil gösterme yükü ayırımı hakkında bkz. Umar/Yılmaz, s. 34-37 ve Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 13 vd.

⁶⁴⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 337.

378 uyarınca yeni delil dermayınını ortadan kaldırmayacağından, ispat yükünün davanın başında tespit edilmesi yargılama açısından faydalı olacaktır. Yargıtay bir kararında⁶⁴⁷ ispat yükünün tespit edilmesinin önemini vurgulamıştır. Yargıtay’ın bu kararına göre “*Hakim, kendisine sunulmuş olan bir davada, uyuşmazlığın maddi olayların ispatı yönünde toplandığı bütün durumlarda, ilk iş olarak, davanın çözümlenmesi bakımından maddi olayların hangilerinin hangi delillerle taraflardan hangisi tarafından ispat edilmesi gerektiğini tespit etmek zorundadır. Böyle bir tespit işlemi yapılmadıkça, kural olarak, davacının iddiasını ve davalının savunmasını ispat edemediklerinden bahsolenamaz. Zira, tarafların iddia ve savunmalarının mahkemece kanıtlanmış sayıldığı ya da bu konuda kendilerine ispat yükü düşmeyeceğini kabul etmeleri tabiidir. Nihayet ispat edilecek yön bilinmedikçe bunun ispatı da düşünülemez*”. Yargıtay başka bir kararında⁶⁴⁸, “...önüne gelen uyuşmazlıklarda, tarafların hangi maddi vakıaları ispat etmekle yükümlü olduklarını hakim açıkça taraflara bildirmek ve ispata yarayan delillerini bu doğrultuda istemek zorundadır. Olayda davacının neyi ispatlaması lazım geldiği mahkemece belirtilmemiştir...” şeklinde karar vermiştir.

Taraflar, çoğu zaman hükme etkili olmayan vakıalar üzerinde ihtilaf haline girebileceklerinden, dava ile ilgili ve davanın sonucuna etkili vakıaların tayini ile tahkikatın münhasıran bu vakıalara yönelmesini sağlamak işi hakimnin görevidir⁶⁴⁹.

B. Sürelerin Tayini

HUMK, usuli işlemlerin belirli zaman kesitleri içinde yapılması gereğini düzenlemiştir. Süreler ya kanun tarafından tespit edilmiş olur ya da hakim tarafından tayin edilir (HUMK m. 159). Kanunda belirtilmiş olan süreler kesindir (HUMK m. 163). Hakim kural olarak bu süreleri arttıramaz veya azaltamaz. Kanun bazı hallerde bu konuda hakime yetki vermiş olabilir (HUMK m. 164, 182, 195/1, 215 gibi). Kanun bazı

⁶⁴⁷ Yargıtay 9. HD. 9.6.1967, 5448/5342 (Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, s. 1974, dn. 21).

⁶⁴⁸ Yargıtay 15. HD, 16.12.1977, ABD 1978/2, s. 358 (Üstündağ, s. 594).

⁶⁴⁹ Üstündağ, s. 593; Postacioğlu, s. 436-437; Yargıtay 13. HD, 2001/12918E., 2002/2272K, 08.03.2002T.: “*Hakim, taraflara delillerini göstermeleri için süre verirken, hangi çekişmeli vakıaların ispatı için delil gösterilebileceği, gösterilecek delillerin neler olduğunu taraflara açıklaması gerekir. Mahkemenin verdiği ara kararında davalının hangi hususu ispat etmek zorunda olduğu ve getirmesi gereken delillerin neler olduğu belirtilmemiş olup, bu unsurları taşımayan ara kararına rağmen davalının yeni delil ikame edebileceğinin kabul edilmesi gerekir*” (<http://www.kazanci.com>).

hallerde sürenin tayininin hakim tarafından yapılacağını belirtmiş olabilir (HUMK m. 217/2, 415/2) veya bir işlemin yapılması için hakim tarafından mehil verilmesi söz konusu olur. Hakim, verdiği sürenin kesin olduğuna da karar verebilir. Mehlin, makul ve yerinde olması gerekir⁶⁵⁰. Yargıtay bir kararında⁶⁵¹ hakim tarafından tayin edilecek sürenin hangi amaçlar için kullanılabileceğini belirtmiştir. “...HUMK m. 163’te hakime tanınan süre yetkisi son yıllarda sık olarak kullanılmaya başlanmıştır. Ülkemizde davaların daima olağandan daha çok uzadığından şikayet edilir. Bu sızlanmanın haklı yanları olduğu inkar edilemez. Yukarıda sözü edilen madde, davaların çabuklaştırılmasını sağlayan yararlı bir yasal olanak olarak kullanılabilir, kullanılması da gereklidir. Ancak uzun süre çalıştırılmayan bu maddenin katı şekilde uygulanmasından doğacak sonuçları kabule henüz vatandaş hazır değildir. Zira davanın tarafları uyuşmazlığın uzun süreceği hususunda yıllarca süren uygulamanın yarattığı vazgeçilmez bir alışkanlık ve kayıtsızlık içindedir. Taraflar uyarılmadan, 163. maddenin doğuracağı sonuçlar kendisine hatırlatılmadan, sert bir uygulamaya gidildiği takdirde, her davanın hakim tarafından verilen sürelerle riayet edilmediğinden bahisle hiçbir incelemeye tabi tutulmadan kısa zamanda sona erdirilmesi ve reddedilmesi mümkündür. 163. madde, iddia ve savunmaların tetkik edilmeden reddine değil, çabuk incelenmesini sağlayan bir yasal araç ve olanak olarak değerlendirilmeli ve öylece kullanılmalıdır. Bu madde hakimin davayı kısa zamanda başından atmak ve ondan kurtulmak için değil, tarafların ağır olmalarına engel olmak, uyuşmazlıkların normal sayılacak süreler içinde incelenmesini ve sonuçlanmasını sağlamak için kabul edilmiştir. 163. madde tarafları köşeye sıkıştırmadan, hakim davayı başından attı suçlamasına maruz bırakmadan, herkese güven ve rahatlık veren bir biçimde ve anlamda kullanılması gereklidir. Bu maddenin davaları katleden bir bıçak olarak değil, onları ağırlıktan ve yavaşlıktan kurtaran bir çabukluk ve kıvraklık mekanizması olarak duyarlılıkla ve dikkatle kullanılması zorunluluğu vardır...”.

⁶⁵⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 183-185; Üstündağ, s. 436-440; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 859-861; Yargıtay 1. HD., 1998/10134E., 1998/11064K., 15.10.1998T.: “Kesin süreye ilişkin her türlü ara kararı yanlış anlaşılmayı önleyecek biçimde açık ve eksiksiz yazılmalı, yapılacak işler teker teker belirtilmelidir. Bunun yanında verilen süre yeterli, emredilen işler, gerekli ve yapılabilir nitelik taşımalı, ayrıca hakim süreye uyulmamasının sonuçlarını açıkça anlatmalı ve tarafları uyarmalıdır” (<http://www.kazanci.com.tr>).

⁶⁵¹ Yargıtay 1. HD., 1977/7538E., 1977/7979K., 11.7.1977T. (<http://www.kazanci.com.tr>).

Türk hukukunda, mukayeseli hukukta olduğu gibi, usuli işlemlerin yerine getirilmesi için davanın başında zaman çizelgesi hazırlanması uygulaması bulunmadığından, süreler uygulamada çoğu zaman davanın esaslarından kopuk ve davanın hızlandırılmasına hizmet etmekten uzak bir şekilde kullanılmaktadır. Kanaatimizce, hakim tarafından tayin edilecek sürelerin mümkün olduğu kadar davanın başında ve HUMK m. 219'daki otutum esnasında veya ayrı bir oturumda belirlenmesi davanın planının çıkarılmasını sağlayacaktır. Böylece tarafların, oturumlara bilgili şekilde gelmesi sağlanacağı gibi usuli işlemlerin hangi süre içinde yapılacağı daha belirgin hale gelecektir.

C. Delilin Kabule Şayan Bulunması

HUMK m. 218 uyarınca, hakim, ikame edilmek istenilen delillerden hangisinin kabule şayan olduğunu ve hangisinin olmadığını esbabı mucibe dermayanı sureti ile takdir edecek ve kararına yazacaktır. HUMK m. 242/1 ise, *“İki taraf istinat ettikleri bilumum vesikaları müfredat pusulası ile beraber mahkeme kalemine verir. Bunlardan hakim tarafından tetkike şayan görülenleri dosyasına vaz ile diğerleri iade olunur”* hükmünü içerir. Bu hükümlerden görüleceği üzere, tahkikat aşamasında hakim, hangi delillerin kabule şayan olduğuna ve hangilerinin taraflara iade edileceğine karar vermelidir. Uygulamada, genellikle HUMK m. 242/1'de müfredat pusulası olarak anılan delil listesinde gösterilen delillerin tümü hasredilmekte ve daha sonra bu delillerin hangilerinin tahkikata konu edileceği yönünde bir karar verilmeden yargılamaya devam olunmaktadır. Bu durumun en büyük mahsuru, kabule şayan olmaması gereken veya hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin dava dosyası içerisinde yer alması nedeniyle, tarafların bu deliller hakkında gereksiz açıklamalarda bulunmaları ve karşı delil göstermelerinde görülür. Diğer yandan, bilirkişi incelemesi esnasında da kabul şayan olmayan delillerin dava dosyasında bulunması yanıltıcı olabilir veya bilirkişilerin hatalı bir sonuca varmalarına yol açabilir. Hakimin, hangi delillerin kabule şayan olduğu hakkında karar oluşturması, tahkikatın dava ile ilgili belge ve deliller üzerinde yürütülmesini sağlayacak ve ileride gereksiz usuli muamelelerin yapılmasının önüne geçecektir.

Tahkikat hakimi bir delilin kabule şayan olup olmadığına karar vermek için yalnız kanunun o delil ile iddianın ispatına izin verip vermediğini değil, tarafların karşılıklı beyanlarına göre bu delilin ne derece ciddi olduğunu da düşünmelidir. Örneğin, hakim, dinletilmesi istenen tanığın sosyal durumlarını, dava hakkında ne şekilde bilgi sahibi olduklarını, tanıklık edecekleri olayın maddi ve manevi değerini, kısaca doğru ve yalan söylemeleri ihtimal derecesini göz önüne alarak tanığın dinlenmesine karar vermelidir. Uyuşmazlığa esas olaylar hakkında tam bilgi sahibi olmadığı anlaşılan tanığın dinlenmesi ile vakit kaybedilmemelidir. Hakim, bir delilin tetkik edilip edilmeyeceğine karar vermeden önce tarafları re'sen veya talep üzerine dinleyebilir (HUMK m. 219). Hakim, delil vasıtalarını tahdit yetkisini tahkikatın devamı süresince kullanabilir⁶⁵²

Delilin kabule şayan bulunması ispat hakkı ile yakından ilgilidir. HUMK m. 218 hükmü, ileri sürülen delillerin neden kabul edilip edilmediğini takdir eden mahkemenin, bunun gerekçesini de belirtmesi gerektiğini vurgulamıştır. İspat ve delil hakkı, hukuki dinlenilme hakkının ayrılmaz bir parçası olmakla birlikte, bu konuda gerek kanundan kaynaklanan, gerekse kanunun verdiği yetkiyle mahkeme tarafından getirilen sınırlamalar, her zaman hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılmayacaktır. Önemli olan, bu sınırlamaların hukuki dinlenilme hakkına da aykırı olup olmadığı veya hukuki dinlenilme hakkını da ortadan kaldırıcı nitelikte bulunup bulunmadığıdır. Bu sebeple tarafların delil gösterme imkanları ortadan kaldırılır, gereğinden fazla sınırlanır, delil yasakları getirilir ya da gösterdikleri deliller incelenmeden karar verilirse, bu durum hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılacaktır. Mahkeme, kanuna aykırı olan, davayı uzatmak amacıyla ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde gösterilen, uyuşmazlık konusu olmayan hususlarda ya da uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunmayacak delilleri incelemeyebilir. Bu durum, hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılmamalıdır. Çünkü, bu durumlarda hakkın kullanılması değil, kötüye kullanılması söz konusudur⁶⁵³. Mahkemenin HUMK m. 218 uyarınca vereceği kararın içeriği, hukuki dinlenilme

⁶⁵² Belgesay, Teoriler, s. 22.

⁶⁵³ Özekes, s. 126-128; Bkz. Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 98 ve 148 vd; Hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin kabule şayan olup olmayacağı meselesi ise tartışmalıdır (Bu konuda bkz. Yıldırım, İspat Yasakları, s. 864 vd).

hakkının ihlal edilip edilmediği açısından yapılacak değerlendirmede, kanun yollarının kullanılması ile üst mahkemece yapılacak inceleme aşamasında kolaylık sağlayacaktır.

D. Yeni Delil Sunulmasına İzin Verilmesi

HUMK m. 244 uyarınca, delillerin ikamesinden ve mahkemece incelenmesinden sonra, taraflar yeni delil sunulması talebinde bulunabilirler. İddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı delillerin ikamesi konusunda uygulanmaz⁶⁵⁴. Yeni delil gösterilmesi hakimın kabulüne bağlıdır. Hakim, yargılamayı basitleştirmek ve kısaltmak için, tarafların iddia ve savunmalarından birini veya bir bölümünü diğerlerinden önce incelemeye karar vermiş ise, bu halde incelenmesine karar verilmeyen iddia ve savunma için hemen delil gösterilmesine gerek yoktur. Sonradan, ertelenen bölüm için de tahkikat yapılmasına karar verilirse, tarafların bu bölüm için delil gösterebilecekleri doğaldır. Bu nedenle, m. 244'te, m. 221 hükmü saklı tutulmuştur⁶⁵⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında da, Alman ve Avusturya Hukukunda kabul edildiği üzere, yeni delil gösterilmesi konusunda bazı koşullar aranmıştır. Buna göre, taraflar bu süreler dışında yeni delil gösteremeyeceklerdir. Ancak, yeni delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilecektir (Tasarı m. 150). Kanaatimizce, mevcut HUMK'un uygulamasında da, hakim, HUMK. m. 77 uyarınca, tarafın delil ikamesinin yargılamanın geciktirilmesi amacı taşıyıp taşımadığını göz önüne alabilir. Hakim, bu konuda karar verirken, hukuki dinlenilme hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığını gözetmeli ve getirilecek olan delilin uyumsuzluğun çözümüne ne derece katkısı olacağını değerlendirmelidir⁶⁵⁶. Kanaatimizce, hakim taraflardan birisine yeni delil gösterme hakkı için izin vermişse, davanın diğer tarafına da yeni delil göstermesi konusunda ispat hakkı tanınmalıdır. Mahkeme, yeni delil gösterilmesi talebini kabul

⁶⁵⁴ Yargıtay HGK, 1972/4-1240E., 1974/220K., 16.03.1974T.: "...Karşı tarafın onayı dışında iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı sadece iddia ve savunmaya ilişkin olup, delillerin ikamesi konusunda uygulanamaz. Tersine, deliller hasredilmedikçe veya ikamesi için kesin önel verilmedikçe her zaman yeni delil getirebilir..." (<http://www.kazanci.com.tr>).

⁶⁵⁵ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, s. 2032.

⁶⁵⁶ Yargıtay 14. HD, 1975/4797E., 1975/5966K., 23.12.1975T.: "...delil ikame edilmek istendiğinde hangi konuda delil ikame edileceği sorulmadan ve gerekirse bu deliller toplanmadan dava sonuçlandırılmamalıdır..." (<http://www.kazanci.com.tr>).

etmişse, delillerin incelenmesinde bu yeni delilleri de değerlendirmeye almak zorundadır⁶⁵⁷.

E. Delillerin İbraz ve İkamesinin Emredilmesi

HUMK m. 75/3 uyarınca, hakim davanın her safhasında iki tarafın iddiaları hududu dahilinde (m. 185/2; 202) olmak üzere kendilerini istima ve lazım olan delillerin ibraz ve ikamesini (m. 236 vd.) emredebilir. HUMK m. 75/2 uyarınca da, hakim davayı aydınlatma ödevi kapsamında, müphem ve çelişkili gördüğü iddia ve sebepler hakkında taraflardan izahat isteyebilecektir.

Hakim, aydınlatma ödevini yerine getirirken, tarafları dinlemek için yargılamanın her safhasında davette bulunabilir (m. 75/2, 213, 214/2, 219). Burada söz konusu olan isticvap değildir. HUMK m. 75/2, çekişmeli vakıanın ispatı amacına yönelik olmayıp aydınlatma amacına yöneliktir. HUMK m. 75/2'deki dinleme belirli vakıalara bağlanmamıştır ve tarafın vekilinin dinlenmesi de mümkündür⁶⁵⁸. Hakimin, delil ibrazını emretme ödevi “iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere” ibaresi ile sınırlandırılmış olmaktadır. Buna göre bu emir için yargılamaya usulüne uygun olarak aksetmiş olan hususlar içinde delile işaret eden dayanak noktaları bulunmalıdır⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ Yargıtay HGK, 1980/13-3063E., 1983/1056K., 02.11.1983T.: “...Taraflarca ikame olunup ve mahkemece uygun görülen yeni deliller incelenmeden karar verilemez...” (<http://www.kazanci.com.tr>).

⁶⁵⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 314-315; Alangoya, Vakıalar, s. 160 ve son; Üstündağ, s. 596; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, s. 2022.

⁶⁵⁹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 317; Yargıtay 14. HD., 2007/4447E., 2007/5636K., 14.05.2007T.: “...Dava, kaydında “Sultan Beyazıt Vakfı” şerhi bulunan taşınmazın bir vakıf şerhinin kaldırılması istemiyle açılmış bulunduğundan, ilk tesisinden itibaren tapu kaydının getirilmesi, diğer mercilerden ilgili belgelerin istenmesi, bilirkişi görüşüne başvurulması, alınacak sonuca göre kar verilmesi gerekir...”; Yargıtay HGK, 2007/19-752E., 2007/728K., 17.10.2007T.: “...dava, faturalara dayalı olarak yapılan ilamsız icra takibinde borca itirazın iptali istemine ilişkindir. Temyiz aşamasında sunulan borcu söndüren bir belgenin varlığı karşısında savunmanın genişletilmesi yasağından söz edilemez. Mahkemece yapılması gereken; öncelikle davacının sözkonusu belgeler hakkındaki beyanını alıp, gerekirse belgelerin asıllarını da davalıdan istemek; varsa, davacının karşı delillerini sorup, toplamak; davalının ödeme savunmasını ve davadaki uyumsuzluğu bütün bu işlemlerin sonucunda ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde değerlendirdikten sonra, davayı karara bağlamaktır...; Yargıtay 4. HD., 2000/12428E., 2001/3508K., 09.04.2001T.: “...Davalı hakkında, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanları tehdit ettiği, yasadışı kişilere yardım ve yataklıkta bulunduğu dair yayınlar, soruşturma, suç duyuruları ile bilgi notları bulunduğu ileri sürülmüştür. Bu durumda, davalılarca ileri sürülen hususların bizzat davalılar tarafından mahkemeye sunulmasının güçlüğü de gözetilerek, mahkemece, ilgili kurumlardan bu bağlamda Devlet Güvenlik Mahkemeleri ve istihbarat kuruluşlarından davacı hakkındaki bilgiler toplanıp, araştırılarak sonucuna göre bir karar vermek gerekir...” (<http://www.kazanci.com.tr>); Yargıtay HGK 11-1155/2777, 10.11.1976T.: “...Olayda davacı davalıdan tahsilini istediği alacağın kredi ilişkisinden doğduğunu iddia ile davalının borçlanma durumunu gösterir bir cetvele dayanmıştır. Bozma kararında değinilen ve cetvel dayanağı oluşturan delillerin getirilip incelenmesi gerekir...” (Kaçak, Nazif, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2002, s. 478).

V. Yargılamada Dürüstlük Kuralı

Dürüstlük ilkesinin (genel kuralının) medeni usul hukukunda, daha somut bir deyişle hukuk davasında uygulanması konusu, eskiden beri hukukçuların özellikle usul hukukçularının ilgisini çekmiştir. Yargıtay kararlarında da bu kurala sık sık yollama yapıldığı ve re'sen uygulanması gerektiğinin belirtildiği görülmektedir. HUMK'ta, davada dürüstlük hakkında bir genel kural bulunmamakla birlikte, Türk usul hukukunda da bu genel kuralın uygulanacağı konusunda bir tereddüt yoktur. HUMK'ta davada dürüst olmayı ifade eden genel bir kural bulunmamakta ise de, temelinde dürüstlük anlayışı bulunan bazı kurallar Kanunda yer almaktadır⁶⁶⁰ (HUMK m. 9, 36/4, 40, 67, 94/2, 230, 306, 418, 422, 441, 445/7 gibi). Dürüstlük kuralına aykırı olan usuli işlemlerin hakim tarafından dikkate alınmaması (yok sayılması) mümkün değildir. Fakat, usulüne uygun yapılmış olsa bile bu işlemler hakim tarafından hukuki sonuç doğurmadıkları veya dinlenebilir olmadıkları gerekçesiyle reddedilmelidir. Özellikle, tarafın usul işlemini, sırf davayı geciktirmek (uzatmak) amacıyla yaptığının anlaşılması halinde, bu usul işleminin reddine karar verilmelidir. Yargılamada dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde hareket etme yükümlülüğü altındaki tarafların, bu yükümlülüğe aykırı düşen işlemlerinin hukuki sonuç doğurmasına izin verilemez. Çünkü, haklar ve usuli yetkiler iyiniyetle kullanıldığı takdirde hukuki sonuç doğururlar⁶⁶¹. Dürüstlük kuralının uygulanması şu somut durumlarda görülebilir⁶⁶²: a) yetkili mahkemenin belirlenmesinde, b) hakimin reddi sebebi yaratılmak istenmesinde, c) iddia ve savunma hakkının kullanılmasında, d) ispat yükünün belirlenmesinde, e) davanın ıslahında, f) kanun yollarına başvurmada.

Yukarıda incelendiği üzere, mukayeseli hukukta, yargılamada dürüstlük kuralı aleyhine davranan taraf ve avukat hakkında etkili yaptırımların uygulandığını

⁶⁶⁰ Alangoya, Vakıalar, s. 117; Arslan, s. 47 ve son; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 37-38; Üstündağ, s. 481; Yargıtay 6. HD., 2002/7648E., 2003/305K., 21.01.2003T.: “...Dava dışı irade bildirimi ile bir aylık hak düşürücü süre içinde şüfa hakkını kullanma yolunu seçen davacıların sonradan on yıl olan dava açma süresine çok az bir zaman kala 15.2.1999 ve 9.4.1999 tarihinde dava açmaları hakkın kötüye kullanılmasıdır. Kişi haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymakla yükümlüdür...”; Yargıtay HGK, 08.10.1958T., 45/4/43: “...davacı murisin davalıya borç para vererek ondan senet aldığını, ancak ağır hastalığı sebebiyle hastaneye götürülürken davalının muhafaza edeceğini beyanla murisini kandırıp borçlusu bulunduğu senedi almaya muvaffak olduğunu beyan etmiştir...bu iddiaya karşı, davalının hadisede şahit dinletilemeyeceğini ileri sürmesi MK m. 2 hükmüne aykırılık teşkil eder...” (Arslan, s. 48, dn. 138).

⁶⁶¹ Arslan, s. 77-78.

⁶⁶² Bu konuda açıklamalar için bkz. Arslan, s. 82 vd; Kötü niyetle ıslah konusundaki farklı açıklamalar için bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 303.

açıklamıştık. Konuyu Türk hukuku açısından değerlendirdiğimizde, usuli yetkileri dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanan tarafın, bu davranışlarının hakim tarafından değerlendirilmesi ve bu nitelikteki işlemlerin yapılmasına izin verilmemesi şeklinde bir yaptırım uygulanabilir. Dürüstlük kuralının bir alt görünümü olan doğruyu söyleme ödevine aykırılığın, usuli bir hile teşkil edeceği ve cezai sonuçlarının olacağı, aykırılık nedeniyle bir zarar doğmuş ise bunun tazminata yol açabileceği ve bir yargılamanın iadesi sebebi olabileceği belirtilmektedir. Tarafın bir mazereti olmadan duruşmalara gelmemesi veya cevap vermemesi halinde hakim vakıayı onun aleyhine tespit edebilir. Usul hukukunda, genel olarak dürüstlük kuralı gereğince daha öncekileri ile çelişen davranışlar delillerin değerlendirilmesi vasıtasıyla aleyhte kanaat tesisine yol açar. Bazı durumlara ilişkin olarak ise HUMK'ta özel yaptırımlar bulunmaktadır⁶⁶³. Örneğin, HUMK m. 332'teki tarafın senedi ibraz edememesi halinde diğer tarafın beyanının senet münderecatı için kabul edilmesi, HUMK m. 313'te, senedin iadesine karar verilmesi halinde dava açan tarafın bu yüzden uğradığı zararın tazminine karar verilmesi bu yaptırımlardan bazılarıdır. Yargılamada dürüstlük kuralına aykırı davranan aleyhine, yargılama giderlerine, tazminata ve medeni cezaya hükmetmek gibi düzenlemelere de yer verilmiştir⁶⁶⁴ (HUMK m. 67/1-2, 90, 421, 422, 493). Bir görüşe göre de, usul hukukunda kötüniyetle yapılmış olan işlemlerin yaptırımı sadece tazminat olmamalı, maddi hukukta olduğu gibi (MK m. 2) hakkın tamamen kaybı söz konusu olmalıdır⁶⁶⁵.

Bu yaptırımlar dışında, HUMK m. 421'de, davacının hiçbir hakkı olmadığı halde dava açmış olması halinde veya davada kötüniyetli olan taraf hakkında, yasal giderlerin dışında diğer tarafın vekili ile yaptığı avukatlık sözleşmesinden doğan ücretin tamamı veya bir kısmının ödenmesine karar verilebileceği düzenlenmiştir. Maddede, davacının “hakkı olmadan dava açmış olması” ifadesi, kötüniyetten daha geniş bir

⁶⁶³ Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s. 144 vd; Alangoya, Tasarı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, s. 45; Alangoya, Vakıalar, s. 120.

⁶⁶⁴ Alangoya, HUMK'taki bu hükümlerin doğruyu söyleme ödevinin bir görünümü olduğunu söylemektedir (Alangoya, Vakıalar, 120). Umar, HUMK'ta ZPO § 138 hükmüne benzer bir hükmün bulunmamasının önemli olmadığını doğruluk ödevinin usulün amacından anlaşılacağını söylemektedir (Umar, Bilge, İsbat Yüğü, 1968, s. 121).

⁶⁶⁵ Bilge/Önen, s. 301; Yargıtay HGK, 19.2.1964T., 574-151: “...hakimin reddinin sağlanabilmesi için, husumet halinin yaratılması (hakim aleyhine dava açılması), usulün hakimin reddi konusunda koyduğu ana kuralın kötüye kullanılması anlamı taşır”; Yargıtay 2. HD. 5.7.1974T., 4543-4437: “birinci boşanma davası reddedildikten sonra, nüfusun belli bir yere nakil ettirilmesinden sonra, yeni bir boşanma davası açılması, yetki itirazını önleme yönelik bir kötüniyet ifadesidir” (a.g.e., s. 301, dn. 27).

uygulama alanı doğurmakla birlikte, bu durumu da kötüniet kapsamında düşünmek gerekir. Zira, dava açmaması gerektiğini bilen veya bilebilecek durumda olan kimsenin iyiniyetinden sözedilemeyeceğine göre, onu kötünietli kabul etmek gerekecektir. Davanın açılmasında, davaya cevap verilmesinde, başlangıcından sonuna kadar yargılamanın yürütülmesinde tarafların iyiniyetli davranmaları gereklidir. Burada en azından tarafların yargı organlarına yönelttikleri taleplerinde hukuki yararının bulunması gerektiği unutulmamalıdır. Bu çerçevede, sadece dava açarken ve savunma yaparken değil; aynı zamanda usuli işlemler yaparken de tarafların dürüstlük kuralına uygun davranmaları esastır⁶⁶⁶. Belirtmek gerekir ki, HUMK m. 421’de söz geçen avukatlık ücreti Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen oran olmayıp, taraflar arasındaki avukatlık sözleşmesinde kararlaştırılan miktardır⁶⁶⁷. Yargıtay, bir kararında, HUMK m. 421 uyarınca hükmedilecek vekalet ücreti yaptırımının, dürüstlük kuralına aykırılığın ileri sürüldüğü aynı yargılama içerisinde incelenmesi gerektiğine karar vermiştir⁶⁶⁸.

VI. Türk Hukukunda Dava Yönetiminin Uygulanabilirliği

Türk Hukukunda, İngiliz ve Amerikan Hukukuna benzer şekilde özel bir dava yönetimi aşaması veya davaya hazırlık aşaması bulunmamaktadır. Ancak, bu durum, kanaatimizce tahkikat aşamasında hakimin, yargılamanın ölçülülük ilkesine göre sevkine yönelik gerekli usul işlemlerini yapmasına ve yargılamanın hızlı bir şekilde sürdürülmesi amacıyla tedbirler almasına engel değildir. Yukarıda açıklanan HUMK hükümleri belirli bir sistematik içerisinde düzenlenmemiş olsa bile, hakime davayı yönetmek diğer bir deyişle sevk etmek konusunda bir kısım imkanlar tanımaktadır.

⁶⁶⁶ Özekes, “Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekalet Ücreti”, MİHDER 2005 (Kıs.: Vekalet Ücreti), S.1, s. 17-49, s. 35; Avukatların dürüstlük kuralına uygun hareket etmeleri yükümlülüğü bakımından ayrıca bkz Kuru, “Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler”, Makaleler, İstanbul 2006, s. 117-141, s. 125-126.

⁶⁶⁷ Özekes, HUMK m. 421 ve AK m. 169’un birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, karşı tarafın vekili ile kararlaştırdığı vekalet ücretinin tespitinde güçlük ortaya çıkması durumunda, HUMK. m. 421/2’nin, AK m. 169 ile birlikte değerlendirilmesi sonucu, en azından Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirtilen miktarın üç katına kadar bir miktarın vekalet ücreti olarak takdir edilebileceğini belirtmektedir (Özekes, Vekalet Ücreti, s. 47-48).

⁶⁶⁸ Yargıtay 4. HD., 2001/4329E., 2001/10989K., 12.11.2001T.: “...Özel anlaşma gereğince ödenen vekalet ücretinin tamamının karşı tarafa yüklenmesi mümkün değildir. Bunun tek istisnası HUMK.nun 421/1 maddesinde karşı tarafın kötü niyetli olması şartına bağlanmış olup, bunun da aynı dava içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Davacı önceki dava sırasında özel vekalet ücretine ilişkin makbuzunu sunarak böyle bir istekte bulunmadığına göre ayrı bir dava ile tazminat olarak da isteyemez. Bu nedenlerle davacının önceki dava nedeniyle yapmış olduğu özel vekalet ücreti ödemesinin de tazminat kapsamına dahil edilmiş olması doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir...” (http://www.kazanci.com.tr).

Kanaatimizce, HUMK'ta yargılamayı hızlı sevk etmek konusunda İngiliz Hukukunda yer aldığı gibi bir “Temel Esas” eksikliği bulunmaktadır. Birçok hükmün, özellikle tahkikat ile ilgili olanların, HUMK içerisinde dağınık şekilde yer alması, kanun koyucunun yargılamanın ölçülülük ilkesine göre yürütülmesi yönündeki iradesini yansıtamamıştır. Esasen böyle bir iradenin kesin olarak var olduğunu söylemek de mümkün değildir. Her ne kadar, belirli şehirlerdeki Ticaret Mahkemeleri dışında, yargılama tek hakimli olarak sürdürülmekte ise de, HUMK'ta yer alan ancak çok kesin çizgilerle ayrılmamış bazı yargılama aşamalarına önem verilmesi halinde yargılamanın uzun sürmesine yönelik sorunların önüne geçmek mümkün olabilir. HUMK'ta delillerin ikame edilmesi zamanına ilişkin dahi fikir birliği bulunmamaktadır⁶⁶⁹. Halbuki, usul kurallarının çok açık ve kesin bir şekilde düzenlenmiş olması gerekir. Bu nedenle, kanaatimizce, dava yönetimin etkili bir şekilde uygulanabilmesi için yargılama safhalarının belirlenmesi, safhaların birbirinden çok kesin çizgiler ile ayrılmaması ve yargılamanın şeklen sevkine yönelik kuralların hakime yetki verecek esneklikte düzenlenmesi ihtiyacı vardır. Türk Hukukunda dava yönetiminin uygulanmasında şu hususlar dikkate alınabilir: a) hakimin, yargılamanın sevkinde hızlilik ilkesini uygulaması, b) usuli işlemlerin sonradan geçersizliğe yol açmayacak şekilde yapılması, c) hukuki konularda gerekmedikçe bilirkişi tayini yoluna gidilmemesi, d) tahkikatın çekişmeli vakıalar tespit edildikten sonra bu vakıalar üzerinden yapılması, e) delillerin ikamesinden sonra hakimin hangi delillerin kabule şayan olup olmadığı hakkında inceleme yapması ve gerekirse bu konuları ayrı bir oturumda ele alması, f) yeni delil gösterilmesine ancak zorunlu durumlarda izin verilmesi, g) yargılamada dürüstlük kuralına aykırı davranan taraf aleyhine usuli yaptırımlar uygulanması.

⁶⁶⁹ HUMK m. 179/3 “delillerin nelerden ibaret olduğu”nun dava dilekçesinde bulunmasını öngörmüştür. Kuru, 3156 sayılı Kanunla eklenen bu ibareden sonra davacının delillerinin tamamen göstermesi gerektiğini ve delillerini dilekçede gösterdiklerine hasretmiş sayılacağını yemin dahil başka hiçbir delili sonradan ileri süremeyeceğini savunmaktadır (Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, s. 2200 ve son). Tutumlu da bu görüştedir (Tutumlu, s. 35). Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım ve Üstündağ ise HUMK m. 217/3, 220, 241, 244 ve 378 hükümleri karşısında delillerin hasrının dava dilekçesi ile birlikte yapılmış sayılamayacağını savunmaktadır (Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 248; Üstündağ, s. 447). Yargıtay'ın uygulaması da bu yönde olmuştur; Yargıtay HGK, 15.12.1993T. ve 13/609-825 s. Kararı; Yargıtay 4. HD. 10.12.1998T., 1998/7013E., 1998/10038K. sayılı kararı (Tutumlu, s. 36, dn. 60). Postacıoğlu da, taraf delillerini hasretmedikçe delillerin tetkik ve istimaandan sonra yeni delil ikamesinin mümkün olduğunu söylemektedir (Postacıoğlu, s. 532).

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TAHKİM'DE DAVA YÖNETİMİ

§1 TAHKİMİN AMACI VE DEVLET YARGISINDAN FARKI

Tahkim, taraflar arasındaki bir hukuki ihtilafın devlet mahkemelerine giden yolun kapanması şartı ile özel üçüncü kişiler tarafından halledilmesidir. Yani bu yolla esas itibariyle devlet mahkemelerinden halledilebilecek olan özel maddi hukuk ihtilafları halledilebilecektir. 19. yüzyılın ortasından itibaren tahkim, bütün Avrupa devletlerinde iktisadi hamleye bağlı olarak büyük bir gelişme göstermiştir. Tahkimin bu gelişmesi iktisadi hayatın süratli gelişmesine bağlı olarak ortaya çıkmıştır. Hakem mahkemelerinin ihtilafları hızlı sona erdirebilme imkanları da bu gelişmenin sebeplerinden biri olmuştur⁶⁷⁰.

Hakem mahkemelerinde ihtilafların süratle halledilebilmesinin sebebi, önlerinde iş adedinin fazla olmayışı ve kural olarak hakemlerin tahkikatın şeklini ve sürelerini serbestçe tayin edebilmeleridir. Tahkime başvurmanın en önde gelen faydalarından biri, tarafların bizzat hakemleri seçebilme imkanlarının bulunmasıdır. Böylece taraflar ihtilafın çıktığı alanın uzmanlarını hakem olarak seçebileceklerdir. Tahkimin bir diğer özelliği ise, ihtilafların aleniyete dökülmesini önlemesidir. Tahkimin gizli olması, uyuşmazlıklarını aleniyete dökmek istemeyen taraflar için tahkimi cazip hale getirmektedir⁶⁷¹. Özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde, uluslarüstü yasaların ve mahkemelerin bulunmaması ve uluslararası ticari sözleşmelerin taraflarının yabancı olmaları ve tarafların yabancı bir hukuk düzenine tabi olmak istememeleri, bu tür uyuşmazlıklarda tahkimin etkili bir çözüm yöntemi olmasını sağlamıştır⁶⁷². 1958 tarihli New York Konvansiyonu gibi hakem kararlarının tenfizini

⁶⁷⁰ Alangoya, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi (Kıs. Tahkimin Niteliği), İstanbul 1973, s. 16-17; Bkz. Böckstiegel, Karl-Heinz, "The Role of Arbitration within Today's Challenges to the World Community and to International Law", Arbitration International, Vol. 22, No. 2, 2006, s. 165-178.

⁶⁷¹ Alangoya, Tahkimin Niteliği, s. 18-19.

⁶⁷² Şanlı Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3. Bası, İstanbul 1996, s. 235; Marshall, Enid, The Law of Arbitration, London 2001, s. 3.

kolaylaştıran uluslararası anlaşmaların varlığı ve tahkimin devlet yargısına göre daha hızlı olması tahkimi cazip hale getirmektedir⁶⁷³.

§2 TAHKİM YARGILAMASI

Tahkim yargılamasında iç tahkim ve milletlerarası tahkim olmak üzere ikili bir ayırım vardır. Milletlerarası tahkim, birden fazla ülke ve hukuk sistemi ile irtibatlı olan, dolayısıyla uyuşmazlık konusunun ve usuli meselelerin hallinde en az bir yabancı hukuk sisteminin müdahil veya etkili olabileceği tahkim türü olarak tanımlanabilir. İç tahkim ise, gerek taraflar gerek uyuşmazlık konusu itibariyle, belli bir hukuk sisteminin sınırları içinde kalan, herhangi bir yabancı hukuk sistemi ile irtibatlı bulunmayan tahkimi ifade eder. Milletlerarası tahkimin, milletlerarası ticaret yaşamının gerekleri ve gelişim yönü doğrultusunda, 2001 yılında Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (MTK) yürürlüğe girmesiyle iç tahkim-milletlerarası tahkim ayırımı hukuki zemin kazanmıştır⁶⁷⁴. Tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık yabancı unsurlu ise, MTK uygulanacaktır. Ayrıca, tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda da, taraflar veya hakemler bu tahkim usulüne MTK uygulanmasını kararlaştırabilirler. MTK'ya tabi olmayan uyuşmazlıklarda ise HUMK hükümleri uygulanacaktır.

MTK, tahkim usulüne uygulanacak kuralların belirlenmesinde taraflara serbesti tanımıştır. Buna göre, taraflar tahkim usulüne uygulanacak kuralları kendileri belirleyebilirler. Taraflar tahkim usulüne ilişkin kuralları tahkim şartı veya sözleşmesinde kararlaştırabilecekleri gibi, bu kuralları tahkim yargılaması başladıktan sonra da kararlaştırabilirler. Taraflar, ayrıca, uygulanacak usul kurallarını kendilerinin belirlemesi yerine Uncitral Tahkim Kuralları, Milletlerarası Ticaret Odası gibi milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak da belirleyebilirler⁶⁷⁵. İç tahkimde ise, HUMK m. 525, yargılama usulü hakkında esas kuralı koymuştur. Buna göre, taraflar, tahkikatın şeklini ve müddetlerini ister başlangıçta isterse daha sonra tayin edebilirler. Taraflar, tahkim yargılamasında, hakemlerin HUMK hükümlerine

⁶⁷³ Marshall, s. 3.

⁶⁷⁴ Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit, Banu, "Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu", Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S. 2, 2002, s. 819-837, s. 820-821.

⁶⁷⁵ Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003, s. 112.

uyacaklarını da kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda hakemlerin tahkim yargılamasına uyduğu ölçüde (mesela yetki, görev, iş bölümü, duruşmaların aleniliği gibi müesseselere ilişkin hükümler tahkimde uygulanmaz) bu hükümlere uyması gerekecektir. Taraflar, tahkim yargılamasına ilişkin ne baştan ne de sonradan herhangi düzenleme öngörmemişler ise hakemler tahkikatın şeklini ve sürelerini tayin etmelidirler. Ancak bu kuralların tesbitinde de temel yargılama ilkelerine uyulması lazımdır⁶⁷⁶.

Tahkim yargılamasında hakemlerin rolü büyük ölçüde taraflarca tayin edilir. Hakemlerin, yargılamadaki yetkilerinin sınırı tahkim maddesi veya tahkim sözleşmesi ile belirlendiğinden, hakemlerin taraf iradelerine uygun bir yargılama yapmaları gerektiğinden söz edilir. Hakemlerin tahkim yargılamasındaki rollerinin belirlenmesinin taraf iradesine bırakılıp bırakılamayacağı veya hakemlerin yargılamada aktif bir rol alıp alamayacakları konusu tahkimin amacı ve ona yüklenen misyon ile yakından ilgilidir. Özellikle son yirmi yılda birçok ülkede tahkimin özel yasal düzenlemelere konu edilmesi hakemlerin tahkim yargılamasındaki rollerini daha da önemli hale getirmiştir. Hakemin tahkim yargılamasındaki rolünü, taraflar ve hakemler arasında olması gereken işbirliği çerçevesinde ele alırsak, taraflar ile yapıcı bir diyalog içerisinde sorunlara çözüm bulan kişi şeklinde değerlendirmek mümkündür. Kurumsal tahkim kurallarının birçoğu, tarafların bu konuyu düzenlememiş olmaları halinde, hakemlerin yargılamayı en uygun şekilde yürütmeleri için yetkiler içeren düzenlemelere yer verirler. Hakemlere verilen yetkiler çeşitli olmakla beraber, yetkilerin sınırı olarak hukuki dinlenme hakkı gösterilmektedir⁶⁷⁷.

Hakemin tahkim yargılamasında etkin olmasını sağlayan en önemli unsur, tahkim yargılamasının en başından itibaren tarafların beyanlarını iyi bir şekilde incelemesi ve davayı en süratli bir şekilde duruşmaya hazır hale getirmesidir. Hakemin bütün yetkileri yargılamanın makul süre içerisinde bitirilmesi esası üzerine dayalıdır. Hakemin yargılamadaki rollerinden birisi de yargılamanın süratli bir şekilde yürütülmesi ile tarafların hukuki dinlenme hakkı arasında adil bir denge kurabilmesidir.

⁶⁷⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 666 ve son; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 621.

⁶⁷⁷ Bernardini, Piero, "The Role of the International Arbitrator", *Arbitration International*, Vol. 20, No. 2, s. 113-122, s. 113-118.

Hakemin diğerk bir rolü ise delillerin ikame olunmasındaki etkinliğidir. Bu etkinlik belirli vakıalara özgü delillerin ikame olunmasını sağlama olabileceğı gibi yargılamayı uzatacak nitelikte delillerin sınırlanması da olabilir. Bugün milletlerarası tahkim yargılamasındaki genel eğilim, delillerin ikamesine bir sınır getirmek yerine delillerin değerlendirmesindeki ispat ölçüsüne ağırlık verilmesidir⁶⁷⁸.

§3 GÖREV BELGESİ

I. MTO Tahkim Kuralları'nda Görev Belgesi Kavramı

Görev belgesi kavramı, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tahkimi uygulamasında gelişmiş olan bir kavramdır. Görev belgesinin MTO tahkiminde başarılı bir şekilde kullanılması, diğerk bazı kurumsal tahkim kuralları uyarınca da söz konusu belgenin hazırlanması sonucunu doğurmuştur. Milletlerarası tahkim uygulamasında herhangi bir tahkim kurumuna bağılı olmaksızın yapılan bazı tahkimlerde de (*ad hoc tahkim*), hakemlerin görev belgesi hazırladıkları görülmektedir⁶⁷⁹.

Hakem heyeti mevcut belgeler çerçevesinde ve tarafların katılımı ile "Referans Noktaları"nı (*Terms of Reference*) içeren ve görev belgesi olarak adlandırılan bir belge hazırlayarak işe başlamalı ve bu belge hakemler ve taraflarca imzalanmalıdır. Bu belgede şu hususlar bulunmalıdır (MTO Tahkim Kuralları m. 18/1-2):

-tarafların isimleri ve unvanları,

-tarafların adresleri,

-iddiaların ve taleplerin özeti,

⁶⁷⁸ Bernardini, s. 118 vd.

⁶⁷⁹ Goldsmith, Jean-Claude, "How to Draft Terms of Reference", Arbitration International, 1987, c. 3, s. 298-308; Akıncı, s. 132; Görev belgesinin MTO'daki tarihçesi için bkz. Derains, Yves/Schwartz, Eric, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, Kluwer Law International, s.247-249; Schaefer, "Terms of Reference in the Past and Present", ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1992, Vol. 3, N.1.; Tosun, Zelal Narçin, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi; (MTO, milletlerarası ticaretin şartlarını geliştirmek ve milletlerarası ticarete ticari işbirliğini sağlamak amacıyla 1919'da kurulan ve merkezi Paris'de bulunan özel bir milletlerarası kuruluştur. ICC Tahkim Kurallarına göre gerçekleştirilen tahkim, hukuki niteliğı bakımından kurumsal bir tahkimdir (Taşkın, Alim, Hakem Sözleşmesi, Ankara-2005, s. 112, dp. 153).

-hakem mahkemesi uygun olmadığı düşüncesinde değilse, kararlaştırılması gereken konular,

-hakemlerin isimleri, unvanları ve adresleri,

-tahkimin yeri ve

-tahkimin usul hukuku ve hakemlerin dostane aracı olarak nefaset ve hakkaniyet kurallarına göre karar verip veremeyeceği.

Görev belgesi taraflar ve hakem mahkemesi tarafından imzalanacaktır. Kendisine dosyanın tevdiinden itibaren geçen iki ay içinde, hakem mahkemesi, tarafların ve kendisinin imzaladığı görev belgesini divana iletacaktır. Divan, Hakem Mahkemesi'nin gerekçeli talebi üzerine veya gerekli görüyorsa bu süreyi uzatabilir (MTO Tahkim Kuralları m. 18/2). Taraflardan herhangi biri görev belgesinin düzenlenmesine katılmaz veya imzalamayı reddederse, bu husus onay için divana sunulacaktır. Görev belgesi, imzalandıktan veya divan tarafından onaylandıktan sonra tahkim devam edecektir (MTO Tahkim Kuralları m. 18/3). Hakem mahkemesi, görev belgesinin düzenlenmesi sırasında veya bundan sonra mümkün olan en kısa sürede, taraflara da danıştıktan sonra, tahkimin yürütülmesini takip etmek maksadıyla ayrı bir doküman olarak bir geçici iş programı yapacak ve bunu divan ve taraflara iletacaktır. Geçici iş programında daha sonra yapılacak her türlü değişiklik divan ve taraflara iletilecektir (MTO Tahkim Kuralları m.18/4).

Görev Belgesi imzalandıktan veya Divan tarafından onaylandıktan sonra, tarafların hiçbirisi Hakem Mahkemesi tarafından izin verilmedikçe Görev Belgesinin sınırlarının dışında kalan yeni taleplerde veya karşı taleplerde bulunamayacaktır⁶⁸⁰ (MTO Tahkim Kuralları m.19).

Aşağıda yer verileceği üzere, MTO Tahkim Kuralları'nın 18. maddesi ile 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/E maddesi benzerlik göstermektedir.

⁶⁸⁰ Webster, Thomas H., "Party Control in International Arbitration", Arbitration International, Vol. 19, No. 2, 2003, s. 119-142, s. 133 ve son.

II. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda Görev Belgesi

MTO Tahkim Kuralları'nın 18. maddesinde yer alan görev belgesi kurumu, UNCITRAL Model Kanunu'nda düzenlenmemesine rağmen Milletlerarası Tahkim Kanunu'na (MTK) alınmıştır. MTK, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem veya hakem kurulunun, dava ve cevap dilekçesi verildikten sonra görev belgesi hazırlayacağını öngörmektedir. MTK'da görev belgesinin düzenlenmesi, mehz MTO Tahkim Kuralları ile Kanun taslaklarında (II. ve III. Taslaklarda) yer alan hükümlerden farklı olarak tarafların aksini kararlaştırmamış olması haline inhisar ettirmiştir⁶⁸¹. Taraflarca aksi kararlaştırılmamış olmasına rağmen, hakemler görev belgesi düzenlememişse ve bu durum MTK. m. 15/2 f. 1 uyarınca kararın esasına etkili bir husus olarak görülmekteyse, hakem kararının iptali söz konusu olabilir⁶⁸².

Görev belgesinin unsurları, MTO Tahkim Kuralları m. 18'deki unsurların aynısıdır, fakat MTK Model Kanun'dan ayrılarak iç hukuktaki düzenlemenin etkisi ile tahkim süresini içerdiğinden ötürü görev belgesinde de ayrıca tahkim süresine ve sürenin başlangıcına yer verilmesi zorunluluğu getirmiştir⁶⁸³. MTK'da, görev belgesinin tarafların huzurunda hazırlanması lüzumu ile hangi süre zarfında ve hangi beyanlara göre hazırlanacağı, taraflardan birinin belgenin düzenlenmesine katılmaktan veya onu imza etmekten kaçınmasının sonuçları düzenlenmemiştir. MTK, dava ve karşı davanın müddeabihinin belirtilmesi ile karara bağlanması istenen hususların bir listesinin yapılması konusunda hakemlere takdir yetkisi tanınması ve ayrıca tahkim prosedüründe sırasıyla atılacak adımları gösterecek olan geçici zaman çizelgesi hazırlanması gibi milletlerarası tahkim hukukunda genel kabul gören kurallara yer vermemiştir⁶⁸⁴.

Doktrinde MTO tahkim kuralları ile getirilmiş olan görev belgesi hazırlama zorunluluğunun MTO tahkim yargılamasına özgü bir kurum olduğu, ilk defa ortaya çıktığı 1922 yılında kuruma duyulan gereksinin ortadan kalkmış olmasına rağmen

⁶⁸¹ MTK'nın hazırlık süreci ile ilgili tartışmalar için bkz. Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? CI. Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara 1997 ve CII, Ankara 1999.

⁶⁸² Kalpsüz, Turgut, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ICC Tahkim Kaideleri ile IPL'den Esinlenen Hükümler, Milletlerarası Tahkim Semineri (Kıs.: ICC ve IPL'den Esinlenen Hükümler), Ankara 2003, s. 40.

⁶⁸³ Deren-Yıldırım, Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları (Kıs. Tahkimin Esaslı Sorunları), İstanbul 2004, s. 103.

⁶⁸⁴ Kalpsüz, ICC ve IPL'den Esinlenen Hükümler, s. 22; Kalpsüz, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim (Kıs.: Tahkim), Ankara 2007, s. 62 vd.; Dayınlarlı, Kemal, Uncitral Kurallarına göre Uzlaşma ve Tahkim, Ankara 2000, s. 55-56.

pratik mülâhazalar ile tahkim kurallarının 1998 yılındaki yeni formatında bulunduğu ileri sürülmüş, görev belgesinin zararlarına dikkat çekilmiştir. Görev belgesine günümüzde daha az gereksinim duyulmasının nedenleri ise, New York Konvansiyonu'nun yaygınlaşması ve tahkime yönelik düzenlemelerin modernleşmesidir⁶⁸⁵.

Görev belgesi, gereksiz yere zaman kaybına sebebiyet verdiği için eleştirilmektedir. Görev belgesinin taraflarca, özellikle de taraflarla birlikte hazırlanması, yargılamanın rızai bir şekilde oluşturulmasına ve böylece tarafların yakınlaşmasına hizmet eder. Görev belgesinin tanziminin belirli bir zaman gerektirdiği şüphesizdir. Ancak, iyi hazırlanmış bir görev belgesi ile, yargılamanın geciktirilmesinin önüne geçilmiş olur. Buna karşın, görev belgesi daha baştan şekli bir yükümlülük çalışması şeklinde algılanırsa, bu belgenin düzenlenmesinin bir faydası olmayacaktır⁶⁸⁶. Görev belgesinin, yargılamaya şeffaflık sağlaması açısından da faydalı olduğu söylenmektedir. Bir başka olumlu yönünün ise hakem kararının ileride iptal edilmesini önleyici ve koruyucu bir fonksiyon taşıması olduğu ifade edilmektedir. İyi hazırlanmış bir görev belgesinin olumlu yanlarının her zaman görüleceği belirtilmekle beraber, kötü hazırlanmış bir belgenin de yargılamada büyük sorunlara yol açabileceğine işaret edilmektedir⁶⁸⁷.

Kompetenz-kompetenz prensibi uyarınca hakemlerin kendi yargılama yetkileri konusunda karar verdikleri durumlarda görev belgesi özel bir önem sahiptir. Hakemlerin verdikleri görevsizlik kararlarında ortaya çıkan hüküm, New York Konvansiyonunun kabul ettiği anlamda bir hakem kararı niteliği taşımayabilir. Böyle bir durumda özellikle kararın tenfiz edilmeyecek olması, hem görevsizlik kararının bir hüküm ifade etmemesi hem de tahkim yargılaması masraflarının davacıdan tahsil edilememesi sonucunu doğurabilir. Görev belgesi, bu gibi durumlarda, taraflar arasında

⁶⁸⁵ Deren-Yıldırım, Tahkimin Esaslı Sorunları, s. 104.

⁶⁸⁶ Sandrock, Otto, Die "Terms of Reference" und die Grenzen ihrer Praeklusions-Wirkungen, RIW 1987, s. 649-660; Kalpsüz, Tahkim, s. 62; Berber, Leyla Keser, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması, Ankara 1999, s. 98.

⁶⁸⁷ Goldsmith, s. 298; Craig, W.L./Park, W.W./Paulsson, J., International Chamber of Commerce Arbitration (Oceana, 1984), s. 61; Tosun, s. 18 vd.

geçerli bir tahkim anlaşması fonksiyonu taşıyacağından, hakem kararının tenfiz edilmesini sağlayabilir⁶⁸⁸.

III. Görev Belgesinde Yer Alacak Konular

Tarafların isim ve adresleri ile hakemler ve tahkimin yeri dışında MTO Tahkim Kuralları m. 18/1 üç geniş kategorideki bilginin yer almasını kabul etmektedir. Bunlar (i) taraf iddia ve savunmalarının özeti, (ii) kararlaştırılması gereken konular ve (iii) uygulanacak usul kurallarıdır. Görev belgesi hakemlere uygulanacak hukukun emredici kurallarının incelenmesi açısından bir imkan sağlamaktadır. Diğer yandan, zorunlu olmamakla beraber genellikle görev belgesinde tahkim maddesine aynen yer verilmekte ve tahkim anlaşmasının ilgili sözleşmenin hangi maddesine göre tespit edildiği ifade edilmektedir⁶⁸⁹.

A. Taraf İddia ve Savunmalarının Özeti

Özet'in sadece hakem mahkemesinin kendisine getirilen iddia ve savunmaların tümünü inceleyip incelemediğinin tespiti açısından değil aynı zamanda yukarıda ifade edilen MTO Tahkim Kuralları m. 19'daki yeni iddia ve savunma getirme yasağının tespit edilmesi açısından da önemlidir. Hakemlerin iddia ve savunmanın nelerden oluştuğunu çok dikkatli bir şekilde ele almaları gerekmektedir. Görev belgesi, diğer yandan, tahkim yargılamasında yeni delil getirilmesine engel değildir⁶⁹⁰.

Görev belgesinde, dava ve cevap dilekçesindeki iddia ve karşı iddiaların yanlış yazılmış olması, bunların tahkim yargılaması kapsamı dışında tutulması sonucunu doğurmaz. Görev belgesinin amacı, tarafların iddia ve savunmalarını ortaya koymak olup, bunların değiştirilmesine yönelik bir fonksiyonu yoktur. Bu nedenle görev belgesinin imzalanmış olması, tarafların birbirlerinin iddia ve savunmalarının kabul edildiği sonucunu da doğurmamaktadır. Uygulamada bazı hakemlerin, iddia ve savunmaların özetini taraflardan istediği de görülmektedir. Bu özetin iki veya üç sayfayı

⁶⁸⁸ Greenberg, Simon/Secomb, Matthew, "Terms of Reference and Negative Jurisdictional Decisions: A Lesson from Australia", *Arbitration International*, Vol. 18, No. 2, s. 132-133.

⁶⁸⁹ Lazareff, Serge, "Terms of Reference", *ICC International Court of Arbitration Bulletin* Vol. 17/No. 1, 2006, s. 21-32; Lazareff, "Terms of Reference—A Practical Guide", *Special Reports of the ICC Commission of International Arbitration* (1992) *ICC Arb. Bull.* 24; Lazareff/Schäfer, E., "The 1992 Practical Guide on Terms of Reference Revisited", (1999) *10:2 ICC Arb. Bull.* 14.

⁶⁹⁰ Derains/Schwartz, s. 251.

geçmemesi ve hakemlere sunulması için bir zaman sınırlamasını içermesi tercih edilmektedir⁶⁹¹. MTK'ya göre hazırlanan görev belgesinde ise hakemlerin taraflar arasındaki iddia ve savunmalarını kaleme aldıktan sonra ayrıca mevcut uyuşmazlığın hukuki nitelimesini de yapmaktadırlar. Uygulamada görev belgesinde en fazla tartışma yaratan kısım bu bölümdür. Bu madde ile hakemlerin, tarafların iddia ve savunmalarını dikkate alarak ancak bunlarla bağlı olmaksızın tüm açıklığıyla gerçek hukuki uyuşmazlığın tavsifini hukuki gerekçeleri de belirterek doğru bir şekilde ortaya koyabilmeleri amaçlanmaktadır. Bu hususta MTK, MTO Tahkim Kurallarından farklı olarak uyuşmazlığın açıklanmasını hakemin takdirine bırakmayıp düzenlenmesini emretmiştir⁶⁹².

Görev belgesinin, (i) tarafların tüm iddia ve savunmalarının ileri sürülmüş olmasını sağlama ve (ii) tahkim mahkemesinin yetki alanını belirleme özelliği vardır. MTO Tahkim Kuralları m. 18, özetin tarafların taleplerini açık bir şekilde içermesini ve dava veya karşı dava ile talep edilen tutarın belirtilmesini düzenlemektedir. Talebin içeriğinin ne olduğunun belirtilmemesi veya genel bir şekilde tanımlanması, tahkim mahkemesine, daha önce taraflarca hiç ileri sürülmemiş bir talebi hükme esas alma ortamı yaratacağından, görev belgesindeki özetin tereddüte yol açmayacak şekilde düzenlenmiş olması önemlidir⁶⁹³.

Görev belgesinde iddia ve savunmaların yazılmasını, davayı genişletme açısından da değerlendirmek gerekir. Belirtmek gerekir ki, görev belgesinde iddia ve savunmalar yazıldıktan sonra da, iddia ve savunmaların genişletilmesi mümkündür. MTK. m. 10, iddia ve savunmanın genişletilmesini düzenlemektedir. Buna göre, taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça, tahkim yargılaması sırasında iddia veya savunmalarını değiştirebilir veya genişletebilirler. Bunun en önemli istisnası, iddia ve savunmanın genişletilmesinin diğer taraf için haksız bir şekilde büyük bir zorluk yaratması söz konusu ise, hakemlerin böyle bir değişiklik veya genişletmeye izin vermemesi halidir.

⁶⁹¹ Lazareff, Terms of Reference, s. 24.

⁶⁹² Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 137.

⁶⁹³ Derains/Schwartz, s. 252; İsviçre Federal Mahkemesi, hakem mahkemesinin tarafların dilekçelerinde yer almayan ancak kendisinin uygun görüp görev belgesinde yer verdiği talep içeriğine göre karar vermiş olduğu bir hükmü bozmuştur (ASA Bulletin 2002, s. 493-511).

Her halükarda, iddia veya savunmanın tahkim anlaşmasının kapsamı dışına çıkacak şekilde değiştirilmesi veya genişletilmesi mümkün değildir⁶⁹⁴.

B. Kararlaştırılması Gereken Konular

Kararlaştırılması gereken konular, tarafların talepleri ile eşdeğer değildir. Bunlar, görev belgesinin hazırlandığı dönemde değerlendirilmesi gereken vakıalar ve uyuşmazlıkla ilgili maddi hukuk ile usul hukukuna ilişkin konulardır. Hakemler tarafından listelenecek bu konuların çok detaylı olması gerekmediği gibi yargılama sırasında ortaya çıkacak olan diğer benzeri konuların değerlendirilmemesine de engel teşkil etmez⁶⁹⁵.

Yargılama sırasında ortaya çıkacak olan konuların görev belgesindeki tanımlar ile sınırlandırmaya tabi tutulması söz konusu değildir⁶⁹⁶. Yargılamanın henüz başında bütün konuların listelenmesi kolay değildir, özellikle tarafların vakıaları yeterince detaylandırmadıkları durumlarda konuların belirlenmesinin bir faydası olmayacaktır. Diğer yandan tarafların kendileri açısından önem verdikleri hususların bu listeye alınması ayrı bir çekişme konusu haline de gelebilir ve bu nedenle görev belgesinin hazırlanmasında gecikmeye neden olabilir. Bu mülahazalar nedeniyle MTO Tahkim Kuralları m. 18/I, hakemlere bir konunun uygun olmaması nedeniyle listeye alınmaması kararını verme yetkisi tanımıştır. Bir konunun uygun olup olmadığı her uyuşmazlık için ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Bununla beraber bazı konular her zaman listede yer alacaktır, örneğin hakem mahkemesinin yetkisine ilişkin iddialar veya uyuşmazlığa uygulanacak hukukun hangi hukuk olduğuna dair ileri sürülen beyanlar bu hususlar arasındadır⁶⁹⁷.

C. Usul Kuralları

MTO Tahkim Kuralları, tahkime uygulanacak usul hukuk kurallarıdır. MTO Tahkim Kurallarında açıklık bulunmayan hallerde tarafların kararlaştırdıkları usul

⁶⁹⁴ Lazareff, Terms of Reference, s. 24-25; Akıncı, s. 138.

⁶⁹⁵ Derains/Schwartz, s. 253.

⁶⁹⁶ Fransız Temyiz Mahkemesi, tarafların iddia ve savunmalarını göz ardı ederek görev belgesindeki konulara göre karar vermiş olan hakem mahkemesinin kararını bozmuştur, ECO c/ Eurotech S.A., Cour d'appel de Paris, Eylül 2002 (Webster, "Terms of Reference and French Annulment Proceedings", J. Arb. Int., Sayı 20, No 6, s. 561, 583-584.

⁶⁹⁷ Derains/Schwartz, s. 253.

hukuku uygulanacaktır. Eğer taraflar tahkime uygulanacak usul hukuku üzerinde anlaşamamışlarsa, hakemler usul hukukunu uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun öngördüğü emredici hükümlere göre tespit ederler.

Usuli konuların görev belgesinde detaylı şekilde gösterilmesi beklenmemelidir. Buna karşın görev belgesinde sadece ulusal bir usul hukukunun uygulanacağını belirtmek yeterli olmayacaktır. Hakemler, yargılamanın özelliğine göre Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan usul hukukundaki kurumlardan oluşan ve her iki sistemin ağırlık verdiği esaslara dayalı bir model oluşturabilirler. Ulusal bir usul hukuka atıf yapılmamışsa, hakemlerin, yargılamanın ileri aşamalarında ortaya çıkacak ve görev belgesinde yer almayan konular için bir ulusal usul hukukunun uygulanacağını belirtmeleri yararlı olacaktır⁶⁹⁸.

Hakemler, tarafların yerine getireceği muameleler için başlangıçta mümkün olduğu kadar kesin süreler göstermemelidirler. Usuli konular, yargılama devam ettiği sürece ortaya çıkacağı için bu konuların tamamını görev belgesi içerisinde çözümlemek belgenin hazırlanmasını geciktirecektir. Ancak, henüz belirsiz konular var ise bu hususların yargılamanın başında çözümlenmesi yerinde olacaktır; örneğin tahkim yargılamasında kullanılacak dil veya gizlilik hususu bunlardan bazılarıdır. Keza hakem mahkemesinin usuli konularda kararları nasıl alacakları, hangi kararların oybirliği veya oyçokluğu ile alınıp alınmayacağı gibi konular bu başlık altında yer alır⁶⁹⁹.

Özel usul hükümleri yanında, görev belgesi, dilekçelerin verilmesi, tanıkların ismen bildirilmesi için somut süreler de öngörebilir. Hakemler, görev belgesinde taraflardan birinin iradesi hilafına usul hukukuna ilişkin herhangi bir karar vermeye yetkili değildirler. Bir taraf hakemlerce teklif edilen bir usuli hükme rıza göstermiyorsa, bu hüküm görev belgesinde yer almayacaktır. Taraflar arasında herhangi bir anlaşma söz konusu olmazsa, uygulanacak usul hükümleri bakımından ayrıntılar hanesi boş kalacaktır⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ Goldsmith, s. 306.

⁶⁹⁹ Derains/Schwartz, s. 254-255.

⁷⁰⁰ Berber, s. 98.

Hakkaniyete göre karar verme (*amiable compositeur, ex aequo et bono*) konusunda yetkilendirme, hakemlere daha tahkim sözleşmesinde veya hakem yargılamasının başlangıcında, görev belgesinin tanzimi münasebetiyle verilmelidir. Ancak yetkilendirme, yargılamanın daha sonraki bir aşamasında da, hakem kararı verilinceye kadar verilebilir, yine bu bakımdan görev belgesinin tamamlanması veya değiştirilmesi aranmaz⁷⁰¹.

IV. Görev Belgesinin Hazırlanması

MTO Tahkim Kuralları m. 18/1 uyarınca, tahkim mahkemesi uyuşmazlık dosyasını divan sekreteryasından alır almaz görev belgesini hazırlayacaktır. Madde 18/1 uyarınca görev belgesi taraflarca sunulan belgeler uyarınca veya tarafların hazır oldukları halde en son sunulan dilekçeler çerçevesinde hazırlanacaktır. Bu nedenle, tarafların görev belgesi hazırlanana kadar, yeni vakıa getirmeleri mümkündür. Ancak, uygulamada, görev belgesinin hazırlanmasına çok az bir süre kalmışken verilen dilekçeler görev belgesi kapsamı dışında tutulmakta ve değerlendirmeye alınmamaktadır. Hakemler, görev belgesini düzenlemek için genellikle bir oturum yapmaktadırlar. Bu oturumun yapılmasından önce taslak bir görev belgesi hazırlanıp oturum öncesi taraflara veya vekillerine gönderilebilir. Tarafların görev belgesi üzerinde önerileri veya değişiklik talepleri varsa bu hususlar hakemler tarafından değerlendirilecektir. Görev belgesi, oturumda imza altına alınabileceği gibi oturumun yapılmasının zor olduğu hallerde tele-konferans yoluyla ve yazışma yapılarak nihai hale getirilmesinden sonra faks veya benzeri şekilde de imza altına alınabilir⁷⁰².

MTK m. 10/E hükmü, hakem heyetinin görev belgesini, dava ve cevap dilekçesinin verilmesinden sonra hazırlanacağını öngörmektedir. Ancak, eğer davalı cevap dilekçesinde karşı dava açacaksa diğer tarafın bu karşı davaya ilişkin savunması beklendikten sonra belgenin düzenlenmesi önemlidir. Belgenin düzenlenmesindeki asıl amaç, hakemlerin mevcut uyuşmazlığa ilişkin iddia ve savunmalarının tamamı hakkında bilgi sahibi olmalarının sağlanmasıdır⁷⁰³. Şanlı, görev belgesinin dava ve cevap dilekçelerinin verilmesinden önceki ilk hakem toplantısında düzenlenmesinin daha

⁷⁰¹ Berber, s. 97.

⁷⁰² Derains/Schwartz, s. 256; Tosun, s. 89 vd.

⁷⁰³ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 145.

uygun olduğu görüşünü savunmaktadır. Yazar, henüz dava ve cevap dilekçelerinin verilmesinden önce de kararlaştırılması gereken konuların bulunabileceğine dikkat çekmektedir. Kanunun görev belgesinin düzenlenme zamanına ilişkin hükmünün emredici nitelikte olmaması sebebiyle tarafların dilerlerse daha erken bir aşamada söz konusu belgeyi kaleme almalarında hiçbir engel bulunmadığı belirtilmektedir⁷⁰⁴.

V. Görev Belgesi Düzenlenmesinin Hukuki Sonuçları

Görev belgesinde, tarafların ve hakemlerin imzası bulunduğu için bir kısım hukuki sonuçlar doğurması söz konusudur. Tahkim anlaşmasının varlığına ilişkin çekişme bulunan hallerde, görev belgesinin imzalanmış olması hakem mahkemesinin yetkisinin kabul edildiğine dair bir sonuç doğurabilir. Ancak, tarafların bu yönde çekince koyarak görev belgesini imzalamaları da mümkündür⁷⁰⁵. Doktrinde, bir kısım yazarlarca, görev belgesinin, tarafların hepsi tarafından çekince konulmadan imzalandığı takdirde, yeni bir tahkim sözleşmesi niteliğine sahip olacağı ileri sürülmekte ve tahkim anlaşması ile görev belgesindeki hükümlerin çelişmesi halinde, görev belgesine, tarafların en yeni irade beyanlarını yansıtmaları sebebiyle üstünlük tanınması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁰⁶. Derains/Schwartz ise temelde görev belgesinin, tarafların tahkim anlaşmasını değiştiren bir niteliği bulunmamakla beraber, görev belgesinin hakemlerin yargı yetkisini kabul etme ve usuli konular açısından bağlayıcı olma gibi bazı sonuçları olabileceğine dikkat çekmektedir.

Hakem mahkemesinin yetkisinin kabul edilmesi yanında görev belgesinin bazı usuli konular açısından taraflar arasında bağlayıcı bir anlaşma olarak kabul edilmesi de söz konusu olabilir. Bazı ülkelerde, görev belgesi ve tahkime uygulanan kurallar arasında çelişki doğması halinde, görev belgesine üstünlük tanınmaktadır. Fransız Temyiz Mahkemesi, bir kararında, hakemlerin, görev belgesinde yer alan ve kendilerini yükümlülük altına sokan açık hükümlere aykırı şekilde karar vermiş olmalarını iptal sebebi olarak görmüştür⁷⁰⁷. Buna karşın, Fransız Temyiz Mahkemesi, başka bir

⁷⁰⁴ Şanlı, s. 252.

⁷⁰⁵ Derains/Schwartz, s. 257; CBS Corporation v. WAK Orient Power&Light Ltd, ICCA Yearbook XXVI (2001), s. 1112.

⁷⁰⁶ Berber, s. 101; Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 146.

⁷⁰⁷ Derains/Schwartz, s. 258; Benzer şekilde New York Konvansiyonunun V(1)(d) hükmü, tahkime uygulanan usulün tarafların anlaşmasına aykırı olması halinde, tahkim kararının tenfizinin reddedilebileceğini kabul etmektedir.

kararında, taraflardan birinin hakemlerin yargı yetkisine ilişkin çekince belirttiği bir durumda, görev belgesinin yeni bir tahkim sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir⁷⁰⁸. İngiliz hukuku da, tahkim anlaşmasının ancak tereddüde yer vermeyecek şekilde açık şekilde belirtilmesi halinde görev belgesinde değiştirilebileceğini kabul etmektedir⁷⁰⁹.

Yargıtay ise görev belgesinin, taraflar arasındaki tahkim sözleşmesine aykırı hükümler içermeyeceği, eğer görev belgesi ile tahkim sözleşmesi arasında bir çelişki doğarsa, tahkim sözleşmesine üstünlük tanınacağı yönünde karar vermiştir⁷¹⁰. Yargıtay'a göre, görev belgesi ile usul kurallarının değiştirilmesi, hakemlerin tahkim sözleşmesi ile kendilerine verilen görev ve yetkisini aşması sonucunu doğurmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, görev belgesinin yeni bir tahkim sözleşmesi niteliğine sahip olamayacağına karar vermiştir⁷¹¹. Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Tarafların tahkim sözleşmesinde kararlaştırdıkları bir hususu görev belgesinde değiştirmeleri veya tahkim sözleşmesinde hiç yer almayan bir hususun sonradan görev belgesinde yer verilmesi mümkündür. Görev belgesi, tarafların rızası

⁷⁰⁸ Greenberg/Secomb, s. 130.

⁷⁰⁹ LG Caltex Gas Co. Ltd v. National Petroleum Corporation [2001] EWCA Civ 788 (Greenberg/Secomb, s. 131).

⁷¹⁰ Yanlar arasında imzalanan sözleşmenin 10.4.4.C maddesinde hakemlerin uyuşmazlığı cari kanunların maddi hukuk normlarını ve usul kurallarını dikkate alarak çözümlenecekleri kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin 11. maddesine göre de cari kanunlar Türkiye kanunları anlamına gelmektedir. Dolayısıyla hakemlerce yapılan yargılamada, usuli açıdan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun hükümleri ile maddi hukuk bakımından da Türk kanunlarının hükümleri ile sözleşme ve eklerinin dikkate alınması zorunludur. Bu nedenle hakemlerce düzenlenen görev belgesinde HUMK'daki hükümlerin yerine İBA (Uluslararası Barolar Birliği) kurallarının esas alınması suretiyle tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları usul hükümlerinin göz ardı edilmesi hakemlere verilen görev ve yetkinin aşılması anlamına gelir. Kısaca hakemlerin sözleşmede kararlaştırılan usul hükümlerine riayet etmeden ayrı bir usul sonucunda oluşturulan ve böylece yargılamayı etkileyen, savunma haklarını kısıtlayan karar oluşturulması doğru olmamıştır. Bu nedenle hükmün bozulmasına karar verilmiştir (Yargıtay 15. H.D. 10.03.2008T., 2007/5033E, 2008/1522K; karar yayımlanmamıştır).; Yargıtay bir başka kararında taraf vekillerinin vekaletnamelerindeki tahkim ifadesinden yeni bir tahkim anlaşması yapma yetkisinin çıkartılamayacağına ve görev belgesinin tahkim sözleşmesini değiştirici nitelikte olduğunun kabul edilemeyeceğine ve bu nedenle davaya MTK hükümlerinin değil HUMK hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Hükme gerekçe olarak, MTK'nın yürürlüğe girdiği 05.07.2001 tarihinden önce başlayıp henüz tamamlanmamış olan davalarda uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin açık bir düzenlemenin kanunda yer almayışını göstermiştir (Yargıtay 15. HD. 30.12.2005T, 2005/4962E, 2005/7229K, karar yayımlanmamıştır).

⁷¹¹ Her ne kadar davacı yan iddiasında ve bunu benimseyen mahkeme gerekçesinde hakem kurulunun görev belgesini de baz alarak uyuşmazlığın çıktığı tarih itibarıyla sözleşmedeki tahkimin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi bir tahkim olduğunu belirtmişlerse de anılan görev belgesi, sözleşmeyle ortaya konulan kanun hükümleri ve bu kanunda belirlenen yöntem dışına çıkan yeni bir tahkim anlaşması anlamına gelmediği gibi sözleşmeyi değiştirme gücüne sahip bir belge de değildir. Taraflar arasındaki sözleşme asıl olup; görev belgesi bu sözleşmede değişiklik yapan yeni bir sözleşme veya yeni bir tahkim şartı olarak kabul edilemez. Diğer taraftan, taraflarca sözleşme dışında yeniden tahkim anlaşması yapılabileceği esasen kabul edilebilir. Ancak dosyada bu şekilde yeni bir tahkim anlaşmasının varlığı da iddia ve ispat edilmiş değildir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 18.07.2007, 2007/15-444E, 2007/554K, www.kazanci.com.tr); Aynı kararda bulunan karşı oy yazılarında ise görev belgesinin yeni bir tahkim sözleşmesi niteliğine sahip olduğu ve burada kararlaştırılan hususların tarafları bağlayacağı belirtilmiştir.

hilafına hazırlanan bir belge olmadığından, görev belgesindeki hususların tarafların iradesine aykırı olduğu sonucuna varılamaz. Eğer taraflar iradelerine aykırı bir hususun görev belgesinde yer aldığını düşünüyorlarsa, görev belgesini imzalamamaları veya çekince koyarak imzalamaları mümkündür.

VI. Görev Belgesinin İmzalanması

MTO Tahkim Kuralları m. 18/2 uyarınca, görev belgesi, hakemler ve taraflarca birlikte imza altına alınır. Her ne kadar m. 18/3, taraflardan birinin görev belgesini imzalamayı reddetmesi halinde dahi Divan'ın görev belgesini onaylayacağını öngörmekte ise de, hakemler uygulamada, yargılama süresince karşılıklı güven ve işbirliği ortamı yaratmak adına tüm tarafların imzalarının alınmasına özen göstermektedirler. Görev belgesinin imzalanmaması ender durumlarda söz konusu olabilir. Bu konuda çekişmeye neden olan hususlar genellikle tahkimde kararlaştırılması gereken konuların listelenmesi ile usul kurallarının belirlenmesine ilişkin olanlardır. Ancak, bu gibi çekişme bulunan hallerde, hakem mahkemesi, uyuşmazlık yaratan hususlara görev belgesinde yer vermemeyi tercih edebilir veya bu konuda yargılamanın ileri aşamalarında karar alarak sorunu çözebilir⁷¹².

MTO Tahkim Kurallarında, görev belgesinde değişiklik yapılmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır ancak bu görev belgesinin düzenlenmesinden sonra ortaya çıkacak yeni durumlara göre değişiklik yapılmasına engel bir husus değildir. Örneğin hakem heyetinin değişmesi veya taraflardan birinin hükmi şahsiyetinde değişiklik olması gibi hallerde, görev belgesi yeniden tanzim edilebilir⁷¹³.

§4 DAVA YÖNETİMİ OTURUMU

Tahkim yargılamasında dava yönetimi konusunda bilgili ve yetenekli hakemlerin seçilmesinin yargılamanın kalitesini ve hızını arttıran bir unsur olduğu

⁷¹² Derains/Schwartz, s. 259-260.

⁷¹³ Derains/Schwartz, s. 258.

belirtilmektedir. Özellikle tarafların hızlı yargılama usulünü tercih ettikleri tahkim yargılamasında dava yönetimi daha fazla önem kazanabilir⁷¹⁴.

Görev belgesi düzenlendikten ve taraflar iddia ile savunmalarını yeterince ortaya koyduktan sonra, bir dava yönetimi oturumu yapılması gerekli olabilir. MTO Tahkim Kuralları m. 18/IV'ün öngördüğü zaman çizelgesi dava yönetimi oturumundan önce hazırlanıp tarafların bilgisine sunulur⁷¹⁵. Dava yönetimi oturumunda, bu tablo yapılacak tartışma ve değerlendirmelere göre değiştirilebilir⁷¹⁶.

Hakem mahkemesinin, dava yönetimi oturumunu yapmadan önce uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olması, yargılamanın daha etkin yürütülmesini sağlar. Bu nedenle hakemlerin aktif bir dava yönetimi faaliyeti yürütmeleri önemlidir. Dava yönetimi oturumunda, tahkikatın nasıl yürütüleceği, bilirkişilerin tayin edilmesi, tanıkların dinlenmesine ilişkin konular, tutanakların hazırlanması yöntemi, tercüme işlemlerinin organize edilmesi gibi hususlar karara bağlanır⁷¹⁷. Dava yönetimi oturumu, tarafların bir araya gelmesinin masraflı veya zor olduğu durumlarda tele-konferans veya video-konferans yolu ile de yapılabilir⁷¹⁸.

Geçici zaman çizelgesinde yer alan hususlara tarafların birlikte karar vermeleri ideal olmakla beraber anlaşmazlık halinde hakem mahkemesinin kararı geçerli olacaktır⁷¹⁹. Bu konuda sonradan yaşanabilecek olan sorunların baştan önlenmesi için tahkim heyetinin gerek görmesi halinde, geçici zaman çizelgesinde değişiklikler yapabileceği kaydının görev belgesine düşülmesinde fayda bulunmaktadır⁷²⁰.

MTK'da, MTO Tahkim Kuralları m. 18/4'de öngörülen hükmün aksine geçici zaman planı hazırlanması öngörülmemiştir. Tahkim prosedüründe birbirini izleyecek

⁷¹⁴ Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Report from the ICC Commission on Arbitration, ICC Publication 843, s.4.

⁷¹⁵ MTO Tahkim Kuralları m. 18/IV şu şekildedir: "Görev belgesinin düzenlenmesi sırasında veya bu belgenin tanziminden mümkün olduğu kadar kısa bir süre sonra, hakem mahkemesi, ayrı bir belgede, hakem yargılamasının kendisine göre yürütülmesinin düşünüldüğü, geçici bir zaman çizelgesi hazırlar. Hakem mahkemesi bu geçici zaman çizelgesini ve yapılacak tüm değişiklikleri Divana ve taraflara iletir".

⁷¹⁶ Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, s. 5.

⁷¹⁷ Forde, Michael, Arbitration Law and Procedure, Dublin 1994, s. 65.

⁷¹⁸ Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, s. 7;

⁷¹⁹ Lazareff, Terms of Reference, The Language of the Arbitration: Reflections on the Selection of Arbitrators and Procedural Efficiency, Application of the Vienna International Sales Conventions in Arbitration, ICC Ct., Bull., Vol. 17, no.1.(2006), s. 31.

⁷²⁰ Lazareff, A Practical Guide, s.38.

adımları gösteren geçici zaman çizelgesinin düzenlenmemesinin bir eksiklik olduğu görüşü ifade edilmiştir. Ancak, hakemlerin, tarafların da rızalarını alarak böyle bir belge düzenlemelerine de bir engel bulunmamaktadır⁷²¹.

⁷²¹ Kalpsüz. s. 64.

SONUÇ

Mukayeseli hukukta giderek hakimin yargılamayı sevinde geniş yetkiler ile donatılması ve yargılamada hakimin aktif bir rol üstlenmesi ihtiyacının arttığı dile getirilmektedir. Özellikle, Ortak Hukuk'un uygulandığı İngiltere'de hakimin yetkilerinin Kıta Avrupası'ndaki benzer şekilde genişletilmesi ilgi çekici olmuştur. Taraf egemenliğinin ağırlıkta olduğu ve yargılamada hakimin aktif olmaması anlayışının kabul edildiği Anglo-Amerikan hukukunda bugün yargılamanın hızlandırılması adına hakimin aktif bir rol üstlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Yargılamanın ağır yürütmesi ve adalete erişimin sağlanması önündeki engeller birçok hukuk sisteminin ortak sorunudur. Mukayeseli hukukta, bu sorunların giderilmesi için bazı yeni düzenlemelere gidilmiştir; dava yönetimi de, bu düzenlemeler içerisinde ihdas edilmiş yeni bir usul kurumudur. Yeni İngiliz Yargılama Kurallarında hakime "dava yönetimi yetkileri" adı altında bir dizi yetkiler verilmiş ve hakimin yargılamadaki etkinliği kuvvetlendirilmiştir. İngiliz hukukuna benzer şekilde diğer Ortak Hukuk ülkelerinde de (Amerika, Avustralya gibi) dava yönetimi kuralları uygulanmaktadır. Bilindiği üzere, bu hukuk sistemlerinde hakimin yargılamayı maddi anlamda sevk yetkisi sınırlı olup, hakimin yetkileri daha çok yargılamanın şeklen idaresine yöneliktir. Ancak, bu yargılamanın bütünüyle tarafların idaresi altına bırakıldığı anlamına gelmemelidir, zira hakim, burada şekli konularda karar verirken, zorunlu olarak maddi konularda da zaman zaman yargılamaya müdahale edebilmektedir. Dolayısıyla hakimin kuvvetlendirilmesini veya yargılamada aktif hale getirilmesini sadece hakimin delil toplama yetkisi ile eş anlamda anlamamak gerekir. Hakimin, hangi vakıaların tahkikatta inceleneceğine karar vermesi, hangi delilin kabule şayan olup olmadığı kararı, yeni delilin getirilmesine izin verilmesi, ispat vasıtalarının tespit edilmesi gibi konular dolaylı olarak yargılamanın maddi anlamda sevk ile de ilgilidir. Dava yönetimi, hakimin taraflar ile davanın planını çıkarttığı ve yargılamanın bundan sonraki seyrinin belirlendiği davanın ilk başlangıç safhasıdır. Hakim, bu safhada zaman çizelgeleri ile davanın planını çıkartacak ve dava yönetimi oturumları ile davanın esas duruşmaya hazır hale gelmesini sağlayacaktır.

Dava yönetimi ile bağlantılı olan yargılama usulleri ile ön-yargılama safhası, yargılamanın hızlı yürütülmesini sağlayan diğer usuli kurumlardır. Özellikle İngiliz hukukunda, pragmatik bir yargılama usulü anlayışı benimsenmiş, her davanın özelliğine göre yargılama usulünün belirlenmesi hakimın tasarrufuna bırakılmıştır. Davada, yargılama usulü belirlendikten sonra o yargılama takvimine uyulması zorunluluk olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, yargılama usullerinin davalara gerçekçi bir şekilde uygulanması söz konusu olmakta ve davalar ilgili olduğu yargılama usulüne göre makul bir sürede görülebilmektedir. Dava yönetimi içerisinde taraflara da bir kısım sorumluluklar yüklenmiştir. Tarafların ve avukatların doğruyu söyleme ödevi ve yargılamada dürüst davranma kuralı, usuli kurallara uyulması gibi konular hakimın yetkileri kapsamında yargılamada etkinlikle uygulanmaktadır. Özellikle, yargılama giderlerinin dürüst davranma kuralına aykırı davranan avukatın üzerinde bırakılması, sulh müzakerelerine olumlu şekilde katılmayan tarafın daha sonra davayı kaybetmesi halinde yargılama giderlerine ve hasmının bu yüzden uğradığı giderlere mahkum edilmesi ilgi çekici bazı yaptırımlardır.

Anglo-Amerikan hukukunda esas olan yargılamanın tek bir esas duruşma ile yapılmasıdır. Bu nedenle esas duruşmadan önceki bütün yargısal faaliyetler ön-yargılama içerisinde ele alınmakta ve esas duruşmaya hazırlık mahiyeti taşımaktadır. Buna karşın, Kıta Avrupası hukukunda yargılama katı bir şekilde safhalara ayrılmamaktadır. Bunun yerine duruşmadan önce usuli konuların görüşüldüğü ve yargılamanın planının yapıldığı ön-duruşma yapılmaktadır. Ancak, bu duruşmanın yapılması da genellikle hakimın tasarrufuna bırakılmıştır.

İngiliz hukukunda, ilkesel nitelikte hakimın ve tarafların uymakla yükümlü bulunduğu kurallar “Temel Esas” şeklinde belirlenmiştir. Hakim, bütün uyuşmazlıklarda Temel Esasın yerine gelmesine özen gösterecek ve yargılamadaki bütün usuli işlemler de bu amaca göre yapılacaktır. Buna göre, bir usuli işlemin yerine getirilmesi Temel Esasa aykırı ise, hakim o işlemi yapmamakla veya yapılmasına izin vermemekle yükümlüdür. Bu sayede, yargılamada orantılılık ve kaynakların adil dağılımı hakim tarafından denetlenmektedir. Bu bakımından, denilebilir ki, açıklayıcı nitelikteki

bir kısım ilkeler, hakim tarafından somut olaya uygulanmak ve kararın gerekçesinde yer vermek suretiyle normatif hale getirilmiştir.

Tahkim hukukunda ise dava yönetimi farklı bir anlam taşımaktadır çünkü tahkim, medeni yargıya nazaran bireysel, diğer bir deyişle sadece yargılamanın bizzat taraflarını ilgilendiren bir yargılama faaliyetidir. Ancak, bu durum, tahkimde, tarafların ve hakemlerin yargılamanın hızlı olmasını istemedikleri sonucunu doğurmaz. Tahkim, taraf iradesinin ağırlıkta olduğu bir kurum olduğu için, yargılama usulünün belirlenmesi yine tarafların inisiyatifindedir. Özellikle kurumsal tahkimde, hakemlerin yargılamayı hızlı bir şekilde yürütmeleri için bir kısım imkanlar sağlanmıştır. Görev belgesi de bunlardan birisidir. İyi hazırlanmış bir görev belgesi, yargılamada ileride ortaya çıkacak sorunları önleyecek ve yargılamanın hızlı yürütülmesini sağlayacaktır.

Türk hukukunda ise hakimin yargılamayı maddi anlamda sevk yetkisi bulunmaktadır (HUMK m. 75, 76, 244). Dava yönetimi ise hakimin yargılamayı sevkinden çok daha fazla bir anlam ifade etmektedir. Çünkü bu kurum, hakimin yetkilerinin kuvvetlendirilmesi, yargılamanın bu suretle hızlandırılması ve bütün sistemin bundan fayda görmesine hizmet etmektedir. Bu ise hakimin sadece önündeki somut uyuşmazlığı düşünerek karar vermesini değil aynı zamanda o davada yapılması söz konusu olacak usuli işlemlerin diğer davalara ve sistem açısından etkilerini düşünerek yapılmasını gerektirmektedir. Türk hukuku açısından yargılamanın ağır yürütülmesine sebep olarak tahkikata yönelik HUMK'ta sevk edilmiş bazı hükümlerin uygulamada eksik veya hiç uygulanmaması (örneğin HUMK m. 218, 219), yargılamada dürüstlük kuralına gereği gibi önem verilmemesi ve buna ilişkin etkili bir yaptırım uygulanmaması gösterilebilir. HUMK açısından diğer bir sorun kanaatimizce tahkikata ilişkin hükümlerin dağınık ve işlem sırasına göre yer almamasıdır. Kanaatimizce, Türk hukukunda yargılamanın hızlı yapılmasına yönelik bir “Temel Esas” eksikliği bulunmaktadır. HUMK'ta, yargılamanın amacı için bir Temel Esas belirlenmesi ve hakime, Temel Esas doğrultusunda hareket etme yetkilerinin tanınması uygun olur. Ayrıca, dürüstlük kuralına açıkça yer verilmesi ve buna uygun hareket etmeyen taraf ve vekiline etkili yaptırımlar uygulanması düşünülmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında getirilen bir kısım hükümler kanaatimizce yargılamanın yavaş yürütülmesi

sorununu çözmeye yeterli değildir. Özellikle ayrı bir yargılama kesiti olarak düşünülen ön-incelemenin mukayeseli hukuktakinden farklı düzenlendiği ve teksif ilkesinin ağırlaştırılmasının sorunları çözmeyp yeni sorunlar ürettiği bilinmektedir. Bunun yerine, hakime ön-inceleme aşamasında daha fazla yetki tanıyan, bir yargılama tavrımı hazırlanmasını öngören, katı bir kesinlik taşımayan bir ön-inceleme aşamasının kabul edilmesinin mukayeseli hukuktaki gelişmelere uygun olacağı kanaatindeyiz.

EKLER

HIZLI YARGILAMA USULÜNDE ZAMAN TABLOSU

Hafta	Yapılan İşlem	Zaman süreci
1	(a) dava dilekçesinin verilmesi (b) tebligatın yapılması	-zamanaşımı süresi içerisinde -en geç 4 ay içerisinde tamamlanmış olmalıdır
3	Tebligatın alınması veya cevap dilekçesinin verilmesi	Dava dilekçesinin tebliğinden itibaren 14 gün
5	yargılama usulünün belirlenmesi için soru listelerinin taraflara tebliği	Davalının veya birden fazla davalı varsa tüm davalıların cevap dilekçelerini sunmalarından sonra
7	Yargılama usulüne ilişkin soru listelerinin mahkemeye verilmesi	Soru listesinin alınmasından itibaren 14 gün içerisinde
9	Yargılama usulünün belirlenmesi ve taraflara tensip zaptının gönderilmesi	Soru listelerinin verilmesinden sonra
13	Delillerin liste halinde gösterilmesi	Yargılama usulünün belirlenmesinden sonra 4 hafta içerisinde
14	Yazılı belgelerin yerinde incelenmesi	Delil listelerinin verilmesinden sonra 7 gün içerisinde
19	(a) tanık beyanlarının değişimi (b) hearsay bildirimlerinin tebliği	-Yargılama usulünün belirlenmesinden sonra 10 hafta içerisinde -Tanık beyanlarının sunulması ile birlikte
23	Bilirkişi raporları	Yargılama usulünün belirlenmesinden sonra 14 hafta içerisinde
31	Pre-trial formlarının verilmesi	Yargılama usulünün belirlenmesinden sonra 22 hafta içerisinde
33	(a) Pre-trial formları ile ilgili konularda ara karar verilmesi (b) Tarafların pre-trial formlarının vermemeleri halinde duruşma yapılması	-Talep üzerine verilebilir -Sadece tarafların yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde söz konusudur.
36	Trial (duruşma) gününün belirlenmesi	Duruşma gününden 3 hafta önce
38	Trial'da kullanılacak belgelerin mahkemeye verilmesi	Duruşmadan önce(3 ile 7 gün öncesi)
39	Yargılama masraflarının bildirilmesi	En az duruşma tarihinden 24 saat önce
40	Trial (duruşma)	Yargılama usulünün belirlenmesinden sonra 30 hafta sonra

INSTRUCTIONS FOR PREPARING FINAL PRE-TRIAL ORDER

1. Although primary responsibility for the preparation of the Final Pre-Trial Order lies with the plaintiff's attorney, full cooperation and assistance on the part of the defendant's attorney is expected and required.
2. The parties are directed to stipulate to the authenticity of exhibits and shall indicate in the Final Pre-Trial Order those exhibits to which authenticity has not been stipulated and specific reasons why not.
3. The Final Pre-Trial Order should be filed in duplicate on the date designated as the date of the Final Pre-Trial Conference or as otherwise directed by the Court.
4. Failure to comply with the substance or intent of these instructions may result in appropriate sanctions pursuant to **Federal Rule 16 or 37 and 28 U.S.C. § 1927**, among others.
5. The Court greatly appreciates any and all efforts on the part of counsel to be brief and concise in preparing pretrial memorandums and findings of fact and conclusions of law.

(Rev. 3/99)

SON ÖN YARGILAMA KARARININ HAZIRLANMASI İÇİN TALİMATLAR

1. Her ne kadar Son Ön Yargılama Kararı'nın hazırlanmasında birincil sorumluluk davacı avukatına ait olsa da, davalının avukatının tam bir işbirliğinde bulunması ve destek vermesi beklenmekte ve gerekmektedir.
2. Taraflar, delillerin gerçekliği üzerinde anlaşmaya yöneltilmişlerdir ve Son Ön Yargılama Kararı'nda gerçekliği üzerinde anlaşılmayan delilleri ve buna ilişkin belirli nedenleri belirteceklerdir.
3. Son Ön Yargılama Kararı, Son Ön Yargılama Kararı Oturumu tarihi olarak belirlenen tarihte veya Mahkeme tarafından belirtilen diğer bir tarihte iki nüsha olarak sunulacaktır.
4. İşbu talimatların içeriği veya amacına uyulmaması halinde, diğer kanunlarla birlikte, **Federal Kanun 16 veya 37 ile 28 U.S.C. §1927** uyarınca ilgili yaptırımlar uygulanacaktır.
5. Mahkeme, tarafların avukatları tarafından hazırlanan ön yargılamaya ilişkin bilgi notlarının, olaylara ilişkin bulguların ve hukuki sonuçların kısa ve öz olması için her türlü tüm çabayı önemle değerlendirmektedir.

IN THE UNITED STATES DISTRICT COURT
FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA

,
Plaintiff,

No. C SBA

ORDER FOR PRETRIAL PREPARATION

v.

,
Defendant.

Pursuant to Rule 16(e) of the Federal Rules of Civil Procedure ("FRCP"), IT IS HEREBY
ORDERED AS FOLLOWS:

A. DISCOVERY CUT-OFF

All discovery, except for expert discovery, shall be completed and all depositions taken on
or before _____. The parties are responsible for scheduling discovery so that motions to
resolve discovery disputes can be heard before the above discovery cut-off.

B. EXPERT DESIGNATION AND DISCOVERY

Plaintiff shall designate any experts by _____; defendant by _____; rebuttal
disclosure by _____. Any expert not so named may be disallowed as a witness. No expert will be
permitted to testify to any opinion, or basis or support for an opinion, that has not been disclosed in
response to an appropriate question or interrogatory from the opposing party. Expert discovery shall be
completed by _____.

C. MOTION CUT-OFF

All dispositive motions shall be *heard* on or before _____, at 11:30 a.m. The
parties must meet and confer *prior* to filing any motion. The movant shall certify to the Court in its moving
papers that it has complied with this requirement. Should the parties fail to meet and confer, the Court may
decline to entertain the motion.

THIS MOTION DATE IS NOT RESERVED. The parties are advised to contact Judge Armstrong's Deputy Clerk, Lisa Clark, to determine the next available hearing date, particularly in the case of dispositive motion. The parties are advised *not* to wait until 35 days prior to the law and motion cut-off date to file and serve their motion. As the Court's law and motion calendar tends to fill quickly, there is *no* guarantee that a hearing date within the law and motion cut-off date will be available.

Pursuant to Civil Local Rule 7-1, 7-2 and 7-3, all civil motions shall be noticed for a hearing not less than thirty-five (35) calendar days after service. The opposition and supporting papers shall be filed not less than twenty-one (21) days before the noticed hearing date. The reply shall be filed not less than fourteen (14) days before the hearing date. Documents not filed in compliance with these time specifications will not be considered by the Court.

The failure of the opposing party to file a memorandum of points and authorities in opposition to any motion shall constitute a consent to the granting of the motion.

The parties are not required to file a statement of undisputed facts in connection with a motion for summary judgment. However, if filed only one joint statement of undisputed facts signed by all parties shall be filed. All separate statements will be stricken. If the parties are unable to agree that a fact is undisputed, they should assume that fact is in dispute.

Note that pursuant to Civil L.R. 7-1(b), the Court may, in its discretion, adjudicate motions *without* oral argument.

D. MANDATORY SETTLEMENT CONFERENCES

All parties are ordered to participate in a mandatory settlement conference during the following time period:

PRETRIAL CONFERENCE

All Counsel who will try the case shall appear for a pretrial conference in Courtroom 3 on _____ at 11:30 a.m. All counsel shall be fully prepared to discuss all aspects of the trial. Failure to file the requisite pretrial documents in advance of the pretrial conference may result in vacation of the pretrial conference and/or the imposition of sanctions.

F. PRETRIAL PREPARATION DUE

1. Not less than *thirty (30) calendar days* prior to the pretrial conference, Counsel shall meet and confer in good faith in advance of complying with the following pretrial requirements in order to clarify and narrow the issues for trial, arrive at stipulations of facts, simplify and shorten the presentation of proof at trial, and explore possible settlement. In addition, Counsel shall meet and confer regarding anticipated motions in limine, objections to evidence, jury instructions, and any other matter which may require resolution by the Court.

2. The following matters shall be accomplished no later than *twenty-one (21) calendar days* prior to the pretrial conference:

a. Joint Pretrial Statement

Counsel are required to file a pretrial conference statement which complies with Civil L.R. 16-15(b).

b. Trial Briefs

Each party shall serve and file a trial briefs which shall briefly state their party's contentions, the relevant facts expected to be proven at trial, and the law on the issues material to the decision.

c. Findings of Fact

In non-jury cases, each party shall serve and lodge with the Court proposed findings of fact on all material issues and conclusions of law. Findings shall be brief, clear, written in plain English and free of pejorative language, conclusions and argument.

d. Witnesses

Each party shall serve and file with the Court a list of all persons who may be called as witnesses. The list shall include a summary of the substance of each witness' proposed testimony. (Civil L.R. 16-15(4)(A))

e. Designation of Discovery Excerpts

Each party expecting to use discovery excerpts as part of its case in chief shall serve and lodge with the Court a statement identifying (1) by witness and page and line, all deposition testimony and (2) by lodged excerpt, all interrogatory answers and request for admissions to be used as part of its direct case. Each interrogatory answer intended to be offered as an exhibit shall be copied separately and marked as an exhibit. The original of any deposition to be used at trial must be produced at the time of trial. (Civil L.R. 16-15(4)(E))

f. Jury Instructions

The parties shall file a joint set of jury instructions as to those instructions on which the parties have reached agreement. As to any disputed instructions, each party shall separately submit its "proposed" instruction(s) supported by a memorandum setting forth the authority for its use. Responses or objections to any "proposed" jury instruction shall be filed no later than the date of the pretrial conference. All instructions shall be written in plain English which is comprehensible to jurors, concise and free of argument, and shall be organized in a logical fashion so as to aid jury comprehension, and are also to be provided on a 3.5" computer disk. The Court's practice is to utilize, whenever possible, instructions found in the Ninth Circuit Manual of Model Jury Instructions.

g. Jury Voir Dire and Verdict Forms

Each party shall submit proposed questions for jury voir dire and a proposed form of verdict.

h. Exhibits

Each party shall provide every other party one set of all exhibits, charts, schedules, summaries and diagrams and other similar documentary materials to be used at the trial together with a complete list of all such exhibits. The Court requires one original version of exhibits (as described above) for the Clerk and two copies (one for the Bench and one for the witness stand). All such versions of the exhibits, including the originals, should be indexed into a binder for easy and quick reference by all parties. The first page of each binder should have a copy of the exhibit list (see attached) appropriately completed with each exhibit description and its designated number. Plaintiffs shall refer to their exhibits numerically and Defendants shall label theirs alphabetically. Exhibit labels are also attached for your convenience. Exhibits should be brought to Court on the first day of trial.

3. The following matters shall be accomplished no later than *fourteen (14) calendar days* prior to the pretrial conference: **Motions in Limine and Objections to Evidence due:**

_____. Each party anticipating making motion(s) in limine and/or objection(s) to any testimony or exhibits expected to be offered shall file and serve a statement briefly identifying each item objected to and the grounds for the objection.

4. Responses to objections to evidence or motions in limine shall be filed and served no less than *seven (7) calendar days* prior to the pretrial conference due:_____.

G. TRIAL DATE

Trial before the Court or Jury will begin on _____, at 8:30 a.m., for an estimated _____ trial days, or as soon thereafter as the Court may designate. The parties are advised that they must be prepared to go to trial on a trailing basis. The trial will take place in Courtroom 3 of the United States Courthouse, 1301 Clay Street, 3rd Floor, Oakland, California 94612. The Court's trial hours are from 8:30 a.m. to 2:00 p.m., with two fifteen-minute breaks, on Monday, Wednesday, Thursday and Friday.

H. TRANSCRIPTS

If transcripts will be requested during or immediately after the trial, arrangements must be made with the Court Reporter Coordinator (Telephone No. 510-637-3534) at least one week before trial commences.

I. STATUS AND DISCOVERY CONFERENCES

Any party desiring to confer with the Court may, upon notice to all other parties, arrange a conference through the courtroom deputy (Telephone No. 510-637-3541). Conferences may be conducted telephonically, upon request (preferably in writing).

J. SANCTIONS

Failure to comply with this order may result in the imposition of sanctions pursuant to FRCP 16(f).

IT IS SO ORDERED.

Dated:

SAUNDRA BROWN ARMSTRONG
United States District Judge

BİRLEŞİK DEVLETLER BÖLGE MAHKEMESİ

KALİFORNİYA KUZEY BÖLGESİ İÇİN

No. C

SBA

Davacı, **ÖN YARGILAMA HAZIRLIĞI İÇİN KARAR**

karşı

Davalı.

_____ /

Federal Usul Kanunu (“FRCP”) madde 16 (e) uyarınca, AŞAĞIDAKİ
HUSUSLARDA KARAR VERİLMİŞTİR:

A. TAHKİKAT SINIRLAMASI

Bilirkişi incelemesi haricindeki tüm tahkikat işlemleri _____ tarihinde veya bu tarihten önce tamamlanacak ve tüm tanık ifadeleri alınmış olacaktır. Taraflar, tahkikata ilişkin ihtilafların çözülmesine ilişkin taleplerin yukarıdaki tarihinden önce dinlenebilmesi için, tahkikat tarihinin belirlenmesinden sorumludurlar.

B. BİLİRKİŞİ ATANMASI VE TAHKİKAT

Davacı _____ tarihine, davalı _____ tarihine kadar bilirkişileri atayacak ve _____ tarihine kadar deliller ikame olunacaktır. Bu şekilde atanmayan herhangi bir bilirkişinin tanık olmasına izin verilmemelidir. Bilirkişiler, karşı tarafın uygun bir soru veya sorgulamasına esas olmayan bir konu hakkında fikir beyan edemez veya bir görüşü desteklemek için tanıklık edemez. Bilirkişi incelemesi _____ tarihine kadar tamamlanacaktır.

C. TALEP SINIRLAMASI

Tüm sonucu belirleyecek talepler _____ saat 11:30'da veya bu tarihten önce ***dinlenecektir***. Taraflar herhangi bir talebi sunmadan *önce* toplantı yapıp, müzakere etmelidirler. Talepte bulunan taraf, talep belgelerinde bu gerekliliği yerine getirdiğini Mahkeme'ye kanıtlayacaktır. Şayet taraflar toplantı yapamaz ve müzakere edemezlerse, Mahkeme talebi kabul etmeyi reddedebilir.

İŞBU TALEP TARİHİ REZERVE EDİLMEMİŞTİR. Tarafların, özellikle sonucu belirleyen talebin olması halinde, bir sonraki müsait duruşma tarihinin belirlenmesi için Hakim _____ Katip Vekili _____'e başvurmaları tavsiye edilir. Tarafların taleplerini sunmaları ve karşı tarafa tebliğ edilmesi için, kanun ve talep sınırlaması tarihinden 35 gün önceye kadar *beklememeleri* tavsiye edilir. Mahkeme'nin kanun ve talep takvimi kısa sürede dolduğu için, kanun ve talep sınırlaması süresi içinde bir duruşma tarihinin müsait olacağının garantisi **yoktur**.

Yerel Medeni Kanun'un 7-1, 7-2 ve 7-3 maddeleri uyarınca, tüm medeni hukuka ilişkin talepler, tebliğden itibaren otuz beş (35) takvim gününden az olmamak üzere bir duruşma tarihi belirlenecektir. Aleyhte ve lehte olan belgeler, belirlenen duruşma tarihinden en az yirmi bir (21) gün önceden sunulacaktır. Cevap dilekçesi,

duruşma tarihinden on dört (14) gün önceden sunulacaktır. İşbu belirtilen sürelerde sunulmayan belgeler Mahkeme tarafından dikkate alınmayacaktır.

Herhangi bir talebe karşı çıkan tarafın, talebe karşı noktalar ve yetkili mercilere ilişkin bir bilgi sunmaması, talebin kabul edilmesinde mutabık olunması olarak kabul edilecektir.

Tarafların, kısa (özet) karar için, taleple ilgili ihtilaflı olmayan olaylara ilişkin beyan sunmaları gerekmemektedir. Ancak sunulacaksa, sadece tüm taraflar tarafından imzalanmış, ihtilaflı olmayan olaylara ilişkin bir müşterek beyan sunulacaktır. Tüm ayrı beyanlar eksik kabul edilecektir. Eğer taraflar bir olayın ihtilaflı olduğu hususunda anlaşmaya varamazlarsa, söz konusu hususun ihtilaflı olduğunu kabul edeceklerdir.

Yerel Medeni Kanun'un 7-1(b) maddesi uyarınca Mahkeme, kendi takdir yetkisi çerçevesinde taleplerin sözlü savunma olmaksızın yapılmasına karar verebileceği not edilmelidir.

D. ZORUNLU UZLAMŞA KONFERANSLARI

Tüm tarafların, aşağıdaki süre içinde zorunlu uzlaşma konferansına katılmalarına karar verilmiştir:

E. ÖN YARGILAMA KONFERANSI

Tüm taraf avukatları, ön yargılama konferansı için _____ saat 11:30'de 3. Mahkeme Salonu'nda hazır bulunacaklardır. Tüm taraf avukatları davanın tüm unsurlarını tartışmak üzere tamamen hazırlanacaklardır. Ön yargılama konferansının öncesinde gerekli ön yargılama belgelerinin sunulmaması halinde, ön yargılama konferansının tatil edilmesine ve/veya yaptırım uygulanmasına sebep olabilir.

F. ÖN YARGILAMA İÇİN HAZIRLANMA

1. Ön yargılama konferansından *otuz (30) takvim günü* öncesinden az olmamak üzere, taraf avukatı iyi niyetle, dava için konuların netleştirilmesi ve daraltılması için aşağıdaki ön yargılama gerekliliklerinin yerine getirmek üzere toplantı yapacak ve müzakere edecek, olayların şartlarını saptayacak, kanıtın davada sunulmasını basitleştirecek ve kısaltacak ve muhtemel uzlaşmayı ortaya koyacaktır. Ayrıca, taraf avukatı öngörülen ön yargılama talepleri, kanıtlara itirazlar, jüri yönergeleri ve diğer her türlü Mahkeme tarafından çözülmesi beklenebilen konu için de toplantı yapacak ve müzakere edecektir.

2. Aşağıdaki konular, ön yargılama konferansından en az *yirmi bir (21) takvim günü önce* tamamlanacaktır:

a. Müşterek Ön Yargılama Beyanı

Taraf avukatının Yerel Medeni Kanun'un 16-15(b) maddesi uyarınca, ön yargılama beyanını sunması gereklidir.

b. Yargılama Özetleri

Her bir taraf, kendi savunmalarını, duruşmada kanıtlanması beklenen ilgili olayları ve kararlar ilgili konular hakkındaki kanun hakkındaki kısaca beyan eden yargılama özetlerini tebliğ edecek ve sunacaktır.

c. Olaylara İlişkin Bulgular

Jürinin olmadığı hallerde, her bir taraf Mahkeme'ye teklif edilen tüm esas konular hakkında olaylara ilişkin bulguları ve kanuni sonuçları sunacak ve kaydettirecektir. Bulgular kısa, açık, sade bir İngilizce ile yazılmış ve olumsuz bir dilden, sonuçlardan ve iddialardan arı olmalıdır.

d. Tanıklar

Her bir taraf, Mahkeme'ye tanık olarak çağırılabilir kişiler listesi tebliğ edecek ve sunacaktır. Liste, her tanığın önerilen ifadesinin esasının özetini içerecektir. (Yerel Medeni Kanun 16-15(4)(A))

e. Bilirkişilerin Atanması

Bilirkişileri kullanmayı öngören her taraf Mahkeme'ye aşağıdaki hususları belirten bir beyanı sunacak ve kaydettirecektir (1) tanık, sayfa ve sıra belirterek tüm yeminli ifade ve (2) kayıtlı özet olarak, tüm sorgulama cevapları ve doğrudan davasının parçası olarak kullanılması için kabul talebi. Delil olarak sunulması planlanan her sorgulama cevabı ayrı olarak kopyalanacak ve kanıt olarak işaretlenecektir. Yargılamada kullanılacak her türlü ifadenin aslı, yargılama esnasında oluşturulmalıdır. (Yerel Medeni Kanun 16-15(4)(E))

f. Jüri Yönergeleri

Taraflar, anlaşmaya vardıkları yönergeler için, müşterek bir set halinde jüri yönergeleri sunacaklardır. İhtilaflı olan yönergeler hususunda, her bir taraf, kullanımı için yetkili merciyi ortaya koyan bir bilgi notu ile desteklenen kendi “önerilen” talimat(lar)ını ayrı olarak sunacaktır. Her türlü “önerilen” jüri yönergelerine yanıtlar

veya itirazlar, ön yargılama konferansının tarihinden önce sunulacaktır. Tüm yönergeler sade bir İngilizce ile, jürilerin anlayabileceği şekilde, kısa ve savunmalar olmaksızın yazılacaktır ve jürinin anlamasına yardım edecek şekilde organize edilecek ve ayrıca 3.5” bilgisayar diskinde temin edilecektir. Mahkeme’nin uygulaması, mümkün olduğu zaman, Dokuzuncu Daire’nin Model Jüri Yönergeleri’ni kullanmaktır.

g. Jürinin Seçilmesi ve Karar Şekli

Her bir taraf jürinin seçilmesi için önerilen sorularını ve önerilen karar şeklini sunacaklardır.

h. Kanıtlar

Her bir taraf, diğer tarafa tüm kanıtların, tabloların, takvimlerin, özetlerin ve diyagramların ve yargılamada kullanılacak diğer benzer belgelerden bir seti, tüm söz konusu kanıtların eksiksiz listesiyle birlikte verecektir. Mahkeme, Katip için kanıtların bir asıl belgeleriyle (yukarıda açıklandığı şekilde) ve iki nüsha kopyasını (bir nüsha Yargıç için ve bir nüsha tanık kürsüsü için) talep etmektedir. Tüm söz konusu kanıtların nüshaları, asıl belgeler de dahil olmak üzere, tüm tarafların kolay ve hızlı şekilde ulaşabilmeleri için bir cilt altında listelenecektir. Her bir cildin ilk sayfası, her kanıt tanımı ve ilgili numarasına uygun şekilde doldurulmuş kanıt listesinin (kopyası ektedir) bir kopyasını ihtiva etmelidir. Davacılar kanıtlarına numaraları ile atıfta bulunacaklardır ve Davalılar kanıtlarını alfabetik şekilde etiketlemelidirler. Kolaylık olması için, kanıt etiketleri de ektedir. Kanıtlar, yargılamanın ilk günü Mahkeme’ye getirilmelidir.

3. Aşağıdaki konular, ön yargılama konferansından *en az on dört (14) takvim gününden önce* tamamlanmalıdır: **Ön Yargılama Talepleri ve Kanıtlara İtirazlar:** _____. Ön yargılama talep(ler)i ve/veya herhangi bir ifadeye veya sunulması beklenen herhangi bir kanıtla itiraz(lar) sunmayı öngören her bir taraf, itiraz

edilen her hususu kısaca belirten ve itirazın nedenlerini açıklayan bir beyanı sunacak ve tebliğ edecektir.

4. Kanıtlara veya ön yargılama taleplerine itirazlara ilişkin cevaplar _____ tarihindeki ön yargılama konferansından *en az yedi (7) takvim günü öncesi* sunulacak ve tebliğ edilecektir.

G. YARGILAMA TARİHİ

Mahkeme veya Jüri nezdinde yargılama, tahmini ____ yargılama günü sürecek ve _____ saat 08:30'da veya Mahkeme'nin belirleyeceği daha sonraki bir tarihte başlayacaktır. Tarafların yargılamayı takip ederek katılacak şekilde hazırlanmaları tavsiye edilmektedir. Yargılama, Birleşik Devletler Duruşma Salonu, 3. Duruşma Salonu, _____ adresinde gerçekleşecektir. Mahkemenin yargılama saatleri Pazartesi, Çarşamba, Perşembe ve Cuma günleri 08:30'dan 14:00'e kadardır, ikişer on beş dakikalık ara vardır.

H. NÜSHALAR

Şayet yargılama esnasında veya daha sonra nüshalar talep edilirse, ayarlamalar Mahkeme Raportörü Koordinatörü (Telefon Numarası: 510-637-3541) ile, yargılama başlamadan en az bir hafta öncesinden yapılmalıdır.

I. DURUM VE TAHKİKAT OTURUMLARI

Mahkeme ile müzakere etmek isteyen her bir taraf, diğer taraflara bildirmek suretiyle, duruşma salonu vekili aracılığıyla (Telefon Numarası: _____) bir oturum ayarlayabilir. Oturumlar talep üzerine telefon ile yapılabilir (yazılı olarak yapılması tercih edilmektedir).

J. YAPTIRIMLAR

İşbu karara uyulmaması FRCP 16 (f) maddesi uyarınca yaptırımların uygulanmasına sebep olabilir.

BU ŞEKİLDE KARAR VERİLMİŞTİR.

Tarih:

SAUNDRA BROWN ARMSTRONG

Birleşik Devletler Bölge Hakimi

BİBLİYOGRAFYA

Aday, Nejat, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, 2. Bası, İstanbul 1997.

Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003.

Akkan, Mine, “Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Dergisi (MİHDER), 2007/1, S.1, s. 29-69.

Akyol, Leyla, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Tespiti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003.

Alangoya, Yavuz, “Dava Temeli, Hakimin Dava Malzemesinin Toplanmasıdaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında”, Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, 2005 S:9, s. 83-113.

Alangoya, Yavuz, “İsviçre’de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru”, Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 83-102.

Alangoya, Yavuz, “Medeni Usul Hukukunun Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı’nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, s. 33-57.

Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Nevhis, Deren-Yıldırım, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 1006, İstanbul Barosu Yayınları.

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Nevhis, Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2005.

Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.

ALI/Unidroit, Principles of Transnational Civil Procedure, Cambridge University Press 2005.

Anderson, Terence/Schum, David/Twining, William, Analysis of Evidence, Cambridge University Press, 2005.

Andrews, Neil, Abuse of Process in English Civil Litigation, Procedural Fairness, s. 65-101.

Andrews, Neil, "Accelerated Justice under the English Civil Procedure Rules", ZZPInt 7, 2002, s. 79-104.

Andrews, Neil, A New Civil Procedural Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone", ZZPInt4, 1999.

Andrews, Neil, "The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency (Reform of Civil Procedure)", Essays on Access to Justice, Der: A.A.S. Zuckerman/Ross Cranston) (Kıs.: Reform of Civil Procedure), Clarendon Press, Oxford, s. 170-183.

Andrews, Neil, "Development in English Civil Procedure", ZZPInt2 (1997), s. 3-28.

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

Andrews, Neil, "English Civil Procedure: A Synopsis", Ritsumeikan Law Review, 2008 No: 25, s. 25-61.

Andrews, Neil, "New English Civil Procedure Rules", European Traditions in Civil Procedure (Kıs.: European Traditions), Ed.: C.H. van Rhee, 2005 Oxford, s. 161-180.

Andrews, Neil, "The Pursuit of Truth in Modern English Civil Proceedings", ZZPInt 8, 2003, s. 69-96.

Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.

Aral, Vecdi, "Hukuki Değer Olarak Adalet", Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Haz: Hayrettin Ökçesiz, Mayıs 1997, s. 329-364.

Armstrong, Nick, Making Tracks, Reform of Civil Procedure, s. 97-118.

Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.

Asimow, Michael, Popular Culture and the American Adversarial Ideology, Research Paper, UCLA School of Law, <http://ssrn.com/abstract=481282>.

Aslan, Yaşar, “Bilirkişi Raporuna İtiraz ve Uzman Mütalaası”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, S.: 58, 2008, s. 209-212.

Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.

Atalı, Murat, “İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler”, MİHDER, 2006 S:3, s. 593-607.

Atalı, Murat, İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı (Çeviri), MİHDER, 2005 S:1, 123-188.

Ataman-Figanmeşe, İnci, Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2005.

Bailey, S.H./Ching, Jane/Gunn, M.J./Ormerod, David, On the Modern English Legal System, London 2002.

Bayles, Michael, “Principles for Legal Procedure”, Essays in Law & Legal Theory, s. 3-29.

Becker-Eberhard, Ekkehard, Alman Medeni Usul Hukuku Reformu Hakkında (Çev.:Nevhis Deren-Yıldırım), 21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları, İstanbul 2003, s. 59-77.

Belgesay, Mustafa Reşit, Dava Teorisi, İstanbul 1943.

Belgesay, Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Teoriler, İstanbul 1948-1950.

Berber, Leyla Keser, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması, Ankara 1999.

Bernardini, Piero, “The Role of the International Arbitrator”, Arbitration International, Vol. 20, No. 2, s. 113-122.

Bilge, Necip, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1967.

Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978.

Birks, Peter, Rights, Wrongs and Remedies, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 20, No. 1, 2000, s. 1-37.

Black’s Law Dictionary, Seventh Edition, 2000.

Bone, Robert G., “Personal and Impersonal Litigative Forms: Reconceiving the History of Adjudicative Representation”, 70 B.U. L. Rev. 213 (1990), s. 213-307.

Bone, Robert G., “Rethinking the Day in Court Ideal and Nonparty Preclusion”, 67 N.Y.U.L. Rev. 193, 1992, s. 193-293.

Born, Gary B., International Civil Litigation in United States Court, 1996, Kluwer Law International, Netherlands.

Böckstiegel, Karl-Heinz, “The Role of Arbitration within Today’s Challenges to the World Community and to International Law”, Arbitration International, Vol. 22, No. 2, 2006, s. 165-178.

Buckland, W.W./McNair, D. Arnold, Roman Law & Common Law, A Comparison in Outline, Florida/USA, 1997.

Budak, A. Cem; Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hüküm: Türkiye ve İngiltere Örnekleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1991.

Budak, A. Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, 1. Bası, İstanbul 2000.

Burnham, William, Introduction to the Law and Legal System of the United States, West Group, 1999.

Cadiet, L., “The New French Code of Civil Procedure”, European Traditions, s. 49-68.

Cairns, Bernard, Australian Civil Procedure, 6th Ed., 2005.

Cappelletti, Mauro, Access to Justice and the Welfare State, European University Institute, 1981.

Cappelletti, Mauro, The Judicial Process in Comparative Perspective, Oxford 1989.

Chase, Oscar G., “American Exceptionalism and Comparative Procedure”, Vol. 50 American Journal of Comparative Law, s. 277-301.

Chase, Oscar G./Hershkoff, Helen/Silberman, Linda/Taniguchi, Yasuhei/Varano, Vincenzo/Zuckerman, Adrian, Civil Litigation in Comparative Context, Haz.: Chase/Hershkoff, 2007 US.

Civil Litigation, Inns of Court School of Law, City University London, Oxford University Press, 2004.

Civil Litigation Management Manual, The Judicial Conference of the United States, Committee on Court Administration and Case Management.

Clark, Charles E., “Objectives of Pre-Trial Procedure”, Vol.17, Ohio St. L. J 163, 1956, s. 163-170.

Cound/Friedenthal/Miller/Sexton, Civil Procedure-Cases and Materials, St. Paul 2001.

Craig, W.L./Park, W.W./Paulsson, J., International Chamber of Commerce Arbitration, Oceana, 1984.

Çelik, Adil Giray, Mesleğin Tarihçesi-Cumhuriyet Döneminde Savunma-Avukatlıkta Meslek Öncesi Eğitim, 2000, İstanbul Barosu Staj Konferansı Notları.

Damaska, MR, The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process, Yale University Press, New Haven 1986.

Dayınlarlı, Kemal, Uncitral Kurallarına göre Uzlaşma ve Tahkim, Ankara 2000.

Demirkapı, Ertan, Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler, DEÜHFD, 2003, C.5, S.2, s. 39-75.

Derains, Yves/Scwartz, Eric, A Guide to the ICC Rules of Arbitration, Kluwer Law International.

Deren-Yıldırım, Nevhis, “Hakem-Bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği”, İÜHFM C. I. IV, S. 1-4, s. 322-330.

Deren-Yıldırım, Nevhis, “Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, TBB, Ankara 2004, s. 817-830.

Deren-Yıldırım, Nevhis, Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004.

Di Marzo, Salvotere, Roma Hukuku, İstanbul 1959 (Çev.: Ziya Umur).

Dodson, Scott, “The Challenge of Comparative Civil Procedure” (<http://ssrn.com/abstract=1177784>).

Dondi, Angelo, “Abuse of Procedural Rights: Regional Report for Italy and France”, Procedural Fairness, s. 109-124.

Dyson J., “The Economics of Cost Shifting Rules”, Reform of Civil Procedure.

Edward, David, “Fact-Finding: British Perspective”, The Option of Litigating in Europe, United Kingdom Comparative Law Series, Vol. 14, s. 43-57.

Eggleston, Richard, “What is Wrong with the Adversary System?”, The Austrial Law Journal, 1975, Vol. 49, s. 428-438.

Ellison, Louise, *The Adversarial Process and the Vulnerable Witness*, Oxford University Press, 2001.

Ertenhan, Mesut, *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Ankara 2005.

Ervo, Laura, “The Reform of Civil Procedure in Finland”, *CJQ*, 1995, s. 56-64.

Ervo, Laura, “Scandinavian Trends in Civil Pre-Trial Proceedings”, *CJQ*, Vol. 26, 2007, s. 466-483.

European Committee on Legal Co-Operation, 23rd Conference of European Ministers of Justice, *Cost-Effective Measures Taken by States to Increase the Efficiency of Justice*, London 2000.

Fentiman, Richard, “Abuse of Procedural Rights: The Position of English Law”, *Procedural Fairness*, s. 53-64.

Forde, Michael, *Arbitration Law and Procedure*, Dublin 1994.

Fuller, Lon, *The Forms and Limits of Adjudication*, *Harv. L. Rev.* 1978, Vol. 92., s. 353-410.

Galligan, D.J., *Due Process and Fair Procedures*, Oxford 1996.

Gaul, H.F., *Yargılamanın Amacı, Güncelliğini Koruyan Bir Konu* (Çev: Nevhis Deren-Yıldırım), *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku* (Kıs.:İlkeler), Derleyen: M. Kamil Yıldırım, 3. Bası, İstanbul 2002, s. 82-117.

German Commercial Code & Code of Civil Procedure in English (Çev.: Charles E. Stewart), 2001 New York.

Goldsmith, Jean-Claude, “How to Draft Terms of Reference”, *Arbitration International*, 1987, c. 3, s. 298-308.

Gottwald, Peter, “2001 Reform Kanunu’nun Ardından Almanya’da Medeni Usul Hukuku” (Kıs.: 2001 Reform Kanunu), Çev: Murat Atalı/Mustafa Göksu, MİHDER,

2006 S:3.; Civil Procedure in Germany after the Reform Act of 2001, Civil Justice Quarterly, Issue 4 2004, s. 338-353.

Gottwald, Peter, Comparative Analysis of the Reform of Civil Procedure, The Int'l Symposium, s. 147-163.

Gottwald, Peter, "Comparative Civil Procedure", Ritsumeikan Law Review, No. 22, 2005, s. 23-35.

Gottwald, Peter, "Defeating Delay in German Procedure", Essays on Undue Delay in Civil Litigation (Kıs.: Undue Delay), Ed.: C.H. van Rhee, Oxford 2004, s. 121-129.

Gottwald, Peter, "Fact-finding: A German Perspective", The Option of Litigating in Europe, Der: Carey Miller, United Kingdom Compative Law Series Volume 14, 1993, s. 67-87.

Gottwald, Peter, "Medeni Yargılama Hukuku Reformu ve Eleştirisi Bakımından Ekonomik Analiz" (Çev: Sema Taşpınar), AÜHFD 2002, Cilt 51, sayı 1, s. 1-17.

Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Bası, Ankara 2004.

Graef, Ralph Oliver, Judicial Activisim in Civil Proceedings: A Comparision between English and German Civil Proceedings, Hamburg 1996.

Green, Milton D., Basic Civil Procedure, New York 1979.

Greenberg, Simon/Secomb, Matthew, "Terms of Reference and Negative Jurisdictional Decisions: A Lesson from Australia", Arbitration International, Vol. 18, No. 2, s. 132-133.

Gross, Samuel R., "The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation", Michigan Law Review, Vol. 85 1987, s. 734-757.

Haubold, Samuel A., Trial and Court Procedures in the United States, Worldwide, s. 242-253.

Hazard, Geoffrey C., Abuse of Procedural Rights: Report for the United States, Comparative Standarts of Procedural Fairness, s. 43-53.

Hazard, Geoffrey C./Taruffo, Michael, American Civil Procedure: An Introduction, Yale University Press, 1993.

Henckel, Wolfram, “Yargılama Hukuku Kurallarının Adalet Değeri Üzerine” (Çev.: Ergun Önen), AÜHFD 1969, Cilt 26, sayı 1-2, s. 231-246.

Hess, Burkhard, “Abuse of Procedure in Germany and Austria, Procedural Fairness, s. 151-179.

Hollander Q.C., Charles, Documentary Disclosure: Lessons From the English Experience, English Responses to ALI/Unidroit Principles, s. 151-160.

Ildır, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara 2003.

İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanması Hakkı, 2. Bası, İstanbul 2005.

Jacob, Jack I.H., The Reform of Civil Procedural Law and Other Essays in Civil Procedure (Reform of Civil Procedure), London 1982.

Jacob, Joseph M., Civil Litigation, Practice and Procedure in a Shifting Culture, 2001.

Jaconelli, Joseph, Open Justice: A Critique of the Public Trial, Oxford University Press, 2002.

Johnson, Earl, “National Report on American Law: Preserving Justice in an Era of Global Economic Competetion”, The International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization, Collected Reports, Tokyo 1992, s. 211-232.

James, Fleming/Hazard, Geoffrey C./Leubsdorf, John, Civil Procedure, New York 2001.

Jolowicz, John A., “Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure”, *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 52, Number 2, April 2003, s. 281-295.

Jolowicz, John A., *On Civil Procedure*, Cambridge University Press, 2000.

Jolowicz, John A., “On the Nature and Purposes of Civil Procedural Law” (Kıs.: Purposes of Civil Procedural Law), *CJQ*, 1990, s. 262-279.

Jolowicz, John A., “The Woolf Report and the Adversary System”, *CJQ*, Vol. 15, 1996, s. 198-210.

Jon R. Waltz/Roger C. Park, *Evidence, Cases and Materials*, New York Foundation Press 1999.

Kaçak, Nazif, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, Ankara 2002.

Kagan, Robert A., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, 2001, Harvard University Press.

Kalpsüz, Turgut, *Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda ICC Tahkim Kaideleri ile IPL’den Esinlenen Hükümler*, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003.

Kalpsüz, Turgut, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2007.

Kaplan, Benjamin, “Civil Procedure-Reflections on the Comparision of Systems”, *Essays in Law & Legal Theory*, s. 229-253.

Kaplan/von Mehren/Schaefer, *Phases of German Civil Procedure*, *HarvLawRev*, Vol. 71, 1958, s. 1193-1246.

Kaplow, Louis, “The Value of Accuracy in Adjudication: An Economical Analysis”, Vol. 23, *Journal of Legal Studies*, 1994, s. 307-403.

Karşlı, Abdurrahim, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler*, İstanbul 2001.

Kaufmann, A./Hassemer, W, “Hukuk Felsefesine Giriş ve Günümüz Hukuk Teorisi” (Çev: Nevhis Deren Yıldırım), Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s. 629-650.

King, Edward/Hawley, Joseph, İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi, Çev.: İlhan Lütem, AÜHFD 1959, s. 178-233.

Kiraz, Taylan Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara 2005.

Koch, Harald/Diedrich, Frank, Civil Procedure in Germany, 1998 München, Kluwer Law International.

Kötz, Hein, “Civil Justice Systems in Europe and the United States”, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 13, 2003, s. 61-77.

Kritzer, Herbert M., “American Adversarialism”, Law & Society Review, Vol. 38, No. 2, 2004, s. 349-383.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Eder; Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2004.

Kuru, Baki, “Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler”, Makaleler, İstanbul 2006, s. 117-141.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt: II, İstanbul 2001.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt: III, İstanbul 2001.

Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, Cilt: V, İstanbul 2001.

Langbein, John H., “German Advantage in Civil Procedure”, The University of Chicago Law Review Fall, 1985, s. 253-296.

Lazareff, Serge, “Terms of Reference”, ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 17/No. 1, 2006, s. 21-32.

Lazareff, Serge, “Terms of Reference, The Language of the Arbitration: Reflections on the Selection of Arbitrators and Procedural Efficiency, Application of the Vienna International Sales Conventions in Arbitration”, ICC Ct., Bull., Vol. 17, no.1.(2006).

Lazareff, Serge, “Terms of Reference – A Practical Guide”, Special Reports of the ICC Commission of International Arbitration (1992) ICC Arb. Bull. 24.

Lazareff, Serge/Schäfer, E., “The 1992 Practical Guide on Terms of Reference Revisited”, (1999) 10:2 ICC Arb. Bull. 14.

Leipold, Dieter, “Limiting Costs for Better Access to Justice: The German Approach, Reform of Civil Procedure”, Essays on Access to Justice, Der.: A.A.S. Zuckerman & Ross Cranston, Oxford University Press, Oxford 1995.

Levine, Julius Byron, Discovery: A Comparison between English and American Discovery Law with Reform Proposals, Oxford 1982.

Lightman, Justice, “Civil Litigation in the 21st Century”, Civil Justice Quarterly, 1998, Vol. 17, 373-394.

Loughlin, Paula/Gerlis, Stephen, Civil Procedure, London 2004.

MacDonald, Rodney, Legal Culture, Civil Justice Reform Working Group, 2005 (www.bcjusticereview.org/working_groups/civil_justice/cjrwg_paper).

Mackie, David, “Discovery in Commercial Litigation”, Reform of Civil Procedure, s. 138-148.

Malleson, Kate, The Legal System, Oxford University Press, 2003.

Managing Electronic Discovery, Fordham Law Review, 2007, Vol. 76, s. 1-32.

Marcus, Richard L., Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context, Vol. 53, A.J.C.L, 2005, s. 709-740.

Markovits, Daniel, Adversary Advocacy and The Authority of Adjudication, Fordham Law Review, 2006, Vol. 75, s.1367-1395.

Marshall, Enid, *The Law of Arbitration*, London 2001.

Matthews, Paul/Malek, Hodge M., *Disclosure*, London 2000.

Meadow, Carrie Menkel, *Is the Adversary System Really Dead? Dilemmas of Legal Ethics as Legal Institutions and Roles Evolve* (<http://ssrn.com/abstract=746485>), s. 84-111.

Méndez, Francisco Ramos, “Abuse of Procedural Rights? Spain and Portugal”, *Procedural Fairness*, s. 181-190.

Merry, *Scope of the Supreme Court’s Appellate Jurisdiction: Historical Basis*, 47 *Minn. L. Rev.* 53, 61-63 (1962).

Metzger, Ernest, *A New Outline of the Roman Civil Trial*, Oxford 1997, Clarendon Press.

Metzger, Ernest, *Roman Judges, Case Law, and Principles of Procedure*, *Law and History Review* 22/2 2004, (<http://www.IusCivile.com>).

Michalik, Paul, *England and Wales; Civil Justice in Crisis, Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford University Press, (Zuckerman, A.S. Adrian), 2003.

Mill, John Stuart, *Utilitarianism, On Liberty, Considerations on Representative Government*, London, Ed. Geraint Williams, 1993.

Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? C.I. Sempozyum, *Bildiriler-Tartışmalar*, 11 Nisan 1997, Ankara 1997 ve C.II., Ankara 1999.

Miyake, Hiroto, *Comparative Legal Analysis of The Reform to the Code of Civil Procedure*, *The Int’l Symposium*, s. 179-195.

Moffitt, Michael L., *Customized Litigation: The Case For Making Civil Procedure Negotiable*, *George Washington Law Review*, 2007, Vol. 75, No. 3, 461-521.

Murray, Peter L., *Civil Justice Reform in America: The 1990 Civil Justice Reform Act and Its Consequences*, *ZZPInt* No.3, 1998, s. 319-338.

Murray, Peter L./Stürner, Rolf; German Civil Justice, Durham, North Carolina 2004.

Myers, Robert D., Reviewing Civil Discovery and Pretrial Procedures: The Need for Active Judicial Management, The Improvement of the Administration of Justice, American Bar Association, 2002, s. 263-275.

Nazzini, Renato, Transnational Litigation and ADR: The Philosophy of the CPR, English Responses to ALI/Unidroit Draft Principles, s. 91-109.

Neubauer, David W., Judicial Process: Law, Courts and Politics in the United States, 1991.

Ngwasiri, C.N., Pre-Trial Civil Proceedings in England and France: A Comparative Study, CJK, 1991, s. 289-310.

Ngwasiri, C.N., The Role of the Judge in French Civil Proceedings, CJK, 1990, s. 167-185.

Normand, Jacques, "Final Report: The Two Approaches to the Abuse of Procedural Rights", Comparative Standarts of Procedural Fairness (Kıs.: Procedural Fairness), International Association of Procedural Law Int'l Colloquium, Kluwer Law Int'l, 1999, s. 237-244.

Oberhammer, P./Domej, T., "Germany, Switzerland and Austria" (CA. 1800-2005) European Traditions, s. 103-305.

Oberhammer, P., Speeding Up Civil Litigation in Austria: Past and Present Instruments, Essays on Undue Delay in Civil Litigation, Ed.: C.H. van Rhee, Oxford 2004, s. 217-232.

Oğuz, Arzu, Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003.

O'Hare, John/Browne, Kevin, Civil Litigation, London 2005.

Onar, S.S./Belgesay, M.R., Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944.

Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.

Özbek, Mustafa, Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler, AÜHFD, 2006, s. 210-292.

Özbek, Mustafa, Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim, MİHDER, 2006/2, s. 907-927.

Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, İstanbul 2003.

Özekes, “Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekalet Ücreti” (Kıs.: Vekalet Ücreti), MİHDER 2005, S.1, s. 17-49.

Özkan-Sungurtekin, Meral, Avukat Yükümlülükleri, Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları No:81, İzmir 1997, s. 291-309.

Öztekin, Günseli, İngiliz Hukukunda Jürili Davalarda Delil Takdiri (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 1987.

Paciocco, David M./Stuesser, Lee, The Law of Evidence, Essentials of Canadian Law, Toronto 2005.

Pearl, Patricia, Small Claims: Practice and Procedure, Birmingham 1998.

Pekcanıtez, Hakan, “Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının Tanıtımı”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, TBB Yayını, Ankara 2006, s. 3-33.

Pekcanıtez, Hakan, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, 2000.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara 2005.

Pekcanıtez, Hakan, Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usul Hukukundaki Gelişmeler, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu Yayını, 2000, s. 52-74.

Pekcanitez, Hakan/Yeşilova, Bilgehan, Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı ve Değerlendirilmesi, Mahmut Tevfik Birsell'e Armağan, DEÜ Yayını, İzmir 2001, s. 335-365.

Peters, Anne, Adil Yargılanma, (Çev: Mahmut Koca), Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara, 2004.

Peysner, John/Seneviratne, Mary, The Management of Civil Cases: The Court and Post-Woolf Landscape, Department for Constitutional Affairs Research Series 9/05, 2005.

Plotnikoff, Joyce, Case Control as Social Policy: Civil Case Management Legislation in the United States, Civil Justice Quarterly, 1991, 230-245.

Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.

Postema, Gerald J., The Principle of Utility and The Law of Procedure: Bentham's Theory of Adjudication, Procedure, s. 29-60.

Professional Responsibility, Report of the Joint Conference, 44 A.B.A.J. 1159.

Ratliff, John, Civil Procedure in Germany, C.J.Q., 1983, s. 257-267.

Rechberger, Walter H., Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması (Çev: M. Kamil Yıldırım), İlkeler, s. 1-16.

Rechberger, Walter H., National Report on Austrian Law: Fundamental Aspects of the Reform of Civil Procedure in Austria, The Int'l Symposium, s. 244-258.

Rechberger, Walter/Klicka, Th., Accelerating Civil Litigation in Austria in the Twentieth Century, Essays on Undue Delay in Civil Litigation, Ed.: C.H. van Rhee, Oxford 2004, s. 233-245.

Resnik, Judith, Managerial Judges, Harvard Law Review, 1982, s. 2-70.

Rogers, David Fletcher, Pre-Action Discovery, London 1991.

Ronald, Reforming the Civil Justice System: The Case for a Considered Approach, Beyond the Adversarial System, Ed.: Helen Stacy/Michael Lavarch, Sydney 1999, s. 34-68.

Rosenberg, Maurice, Amerikan Medeni Usul Hukukunun Temel Karakteri ve Meziyetleri (Çev.: Bilge Umar), İHFM 1963/1-2, s. 718-737.

Rowe, Thomas D., Authorized Managerialism Under the Federal Rules-And the Extent of Convergence With Civil Law Judging, Duke Law School, Research Paper, 2007(<http://ssrn.com/abstract=1022377>).

Röhl, F. Klaus/Machura, Stefan, Procedural Justice, Onati International Series in Law and Society, England 1997.

Rühl, Giesela, Preparing Germany for the 21st Century: The Reform of the Code of Civil Procedure, German Law Journal, Vol. 06, No. 06, s. 910-942.

Sainbury, Roy/Genn, Hazel, Access to Justice: Lessons from Tribunals, Reform of Civil Procedure.

Sandrock, Otto, Die “Terms of Reference” und die Grenzen ihrer Praeklusions-Wirkungen, RIW 1987.

Schaefer, Terms of Reference in the Past and Present, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1992, Vol. 3, N.1.

Schilken, Elberhard, Medeni Yargılamada Hakimin Rolü (Çev.: M. Kamil Yıldırım), İlkeler, s. 43-66.

Schlosser, Peter F., Trial and Court Procedures in Europe, Charles Platto (Ed.), Trial and Court Procedures Worldwide, 1991, International Bar Association, s.77-101.

Schwarzer, William W., Case Management in the Federal Courts, C.J.Q., Vol. 15, 1996, s. 141-149.

Scott, I.R., Caseflow Management in the Trial Court, Reform of Civil Procedure, s. 1-31.

Shapiro, David L., Federal Rule 16: A Look at the Theory and Practice of Rulemaking, Vol. 137 U.P L.R., Y. 1988-1989, s. 1969-1998.

Sharma, Deepak, Clash For Truth in Adversary System, <http://ssrn.com/abstract=1154379>.

Shaw, Stephen/Mambro, David di, "Abuse of Process: A Modern Approach", Litigation, 1998, s. 17-23.

Shreve, Gene R./Raven-Hansen, Peter, Understanding Civil Procedure, 2002.

Sime, Stuart, A Practical Approach to Civil Procedure, Oxford University Press 2004.

Solum, Lawrence B., Procedural Justice, Research Paper No. 04-02, University of San Diego School of Law, 2004 (<http://ssrn.com/abstract=508282>).

Stammler, Rudolf, The Theory of Justice, New Jersey 2000.

Stürner, Rolf, Anglo-American and Continental Civil Procedure: The English Reform as a Model for Further Harmonization?, The Future of Transnational Civil Litigation, English Responses to the Ali/Unidroit Draft Principles and Rules of of Transnational Civil Procedure, British Institute of International and Comparative Law, s. 9-13.

Stürner, Rolf, Fransa ve Almanya'da Yeni Usul Hukuku Reformları-Hakkaniyet ve Ekonomi Arasında-Çev: Nesibe Kurt, MİHDER, 2007/1 S:6, s. 77-85.

Stürner, Rolf, "Some European Remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and UNIDROIT", The International Lawyer, Vol. 34, 2000, s. 1071-1091.

Stürner, Rolf, Why Are Europeans Afraid to Litigate in the United States?, Saggi, Conferenze Seminari, Roma 2001, s. 1-23.

Sunar, Gülcan, Medeni Usul Hukukunda Basit Yargılama, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2002.

Sunar, Gülcan, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Basit Yargılama Usulüne İlişkin Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, s. 257-281.

Sungurtekin Özkan, Meral/Türkoğlu Özdemir, Gökçe, Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Ankara 2008.

Sütçü, Nezih, Amerikan Hukuk Sistemine Kısa Bir Bakış, İBD, Cilt 80, Sayı 3, 2006, s. 1153-1177.

Şanlı, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3. Bası, İstanbul.

Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 204.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 2. Bası, İstanbul 1987.

Taniguchi, Yasuhei, “Abuse of Procedural Rights: A Japanese Perspective”, Procedural Fairness, s. 215-231.

Taniguchi, Yasuhei, Between Verhandlungsmaxime and Adversary System-In Search for Place of Japanese Civil Procedure, Festschrift für Karl Heinz, Geburtstag, 1990, s. 487-501.

Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit, Banu, “Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S. 2, 2002, s. 819-837.

Taruffo, Michele, Admission and Presentation of Evidence, The Future of Transnational Civil Litigation, English Responses to the Ali/Unidroit Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, The British Institute of International and Comparative Law, London 2004, s. 161-175.

Taruffo, Michele, Comparative Standarts of Procedural Fairness, Abuse of Procedural Rights: Comparative Standarts of Procedural Fairness, International Association of Procedural Law International Colloquium, Kluwer Law International 1999, s. 3-31.

Taşkın, Alim, Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005.

Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

Taylor, Tim/Cooper, Nigel, European Litigation Handbook, London 1995.

Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, Report from the ICC Commission on Arbitration, ICC Publication 843.

The Woolf Reforms in Practice, Freshfields Assess the Changing Landscape, London 1998.

Thibaut, John/Walker, Laurens, A Theory of Procedure, The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Procedure, Ed.:Galligan, D.J., 1992, s. 659-685.

Thomas, Richard, Civil Justice Review: Treating Litigants As Consumers, 1990, Vol. 9, Civil Justice Quarterly, s. 51-60.

Thomas, Richard, A Code of Procedure for Small Claims: A Respond to the Demand for Do-It-Yourself Litigation, Civil Justice Quartely, 1982, s. 52-63.

Tosun, Zelal Narçin, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Turner, Robert, The Proactive Judge and the Provision of a Single Transnational Case Management System and Its Associated Procedures, Transnational Civil Procedure, s. 73-88.

Tutumlu, Mehmet Akif, Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara 2002.

Trocker, Nicolò, Mauro Cappelletti, International Association of Procedural Law, In Honorem Mauro Cappelletti, Kluwer International Law 2005.

Tyler, Tom R., What is Procedural Justice?: Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures, Essays in Law & Legal Theory, s. 685-719.

Umar, Bilge, İsbat Yüğü, 1968.

Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, İsbat Yüğü, 1980.

Ürcan, Güümnden, Sözlü Yargılama Usulü, DEÜ Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2002.

Ünal, Sabri, Yargılamada Açıklık, Danıştay Dergisi, 1989/74-75, s. 22-37.

Üstündağ, İddia ve Müdafanın Değıştirilmesi Yasağı, 1967.

Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000.

Waddams, Stephen M., Judicial Discretion, OUCLJ, 2001, s. 59-71.

Waltjen, Dagmar Coester/Zuckerman, Adrian A.S., The Role of Lawyers in German Civil Litigation, C.J.Q., Vol. 18, 1999, s. 291-310.

Wangerin, Paul T., The Political and Economic Roots of the Adversary System of Justice and Alternative Dispute Resolution, 1994 Ohio St J. Disp Res 203, s. 203-242.

Watson, Alan, Roman Law & Comparative Law, Georgia, USA 1991.

Webster, Thomas H., “Party Control in International Arbitration”, Arbitration International, Vol. 19, No. 2, 2003, s. 119-142.

Webster, Thomas H., Terms of Reference and French Annulment Proceedings, J. Arb. Int’l., Sayı 20, No 6.

Wilson, Geoffrey P., Breaking The Code of Common Law Tradition, Gedächtnisschrift Für Peter Arens, München 1993, s. 431-460.

Wohl, Frank, Savunman Gözüyle Amerikan Hukukunda Ceza Yargılaması, Türk ve Amerikan Hukuk Sistemlerinde Ceza Hukuku ve Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 31-41.

Woolf, Harry, Civil Justice in the UK, Vol. 45 American Journal of Comparative Law, 1997, s. 709-736.

Velayos, M.I., Measures to Accelerate Spanish Civil Procedure, Essays on Undue Delay in Civil Litigation, s. 315-333.

Verkerk, R., England and Wales, European Traditions, s. 307-316.

Yeşilırmak, Ali, Amerikan Hukuk Enstitüsü ve Özel Hukukun Bütünleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitünün Uluslararası Hukuk Usulü Prensipleri, MİHDER 2005, S.2, s. 391-407.

Yıldırım, M. Kamil, Avrupa İspat Hukuku Tablosu, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul, 2006, s. 797-809.

Yıldırım, M. Kamil, Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 833-841.

Yıldırım, M. Kamil, Ein Allgemeiner Überblick Über Den Türkischen Zivil-Prozess, Zivilverfahrensrechtliche Probleme das 21. Jahrhunderts-aus der Vortragsreihe "Vorträge auf zwei Kontinenten", Rechtswissenschaft im Gardez, 2006, Band 23, 169-190.

Yıldırım, M. Kamil, Hileli İflas Suçları, MÜHF, İstanbul 2000.

Yıldırım, M. Kamil, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 679-692.

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

Yıldırım, M. Kamil, "Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller" (Kıs.: İspat Yasakları), Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e Armağan, s. 861-871.

Yıldırım, M. Kamil Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler (Kıs.: Teksif ve Sözlülük), Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 467-493.

Yılmaz, Ejder, İstinaf, Ankara 2005.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara 1992.

Yılmaz, Ejder, Medeni Hukuk ve Usul Reformu, Aksak Adaletten İşleyen Adalet, Yeni Türkiye, 1996/10, s. 470-493.

Yılmaz, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 1982.

Yılmaz, Halil, Alenilik (Açıklık), ABD, 1988/2, s. 234-238.

Zander, Michael, Cases and Materials on the English Legal System, LexisNexisUK 2003.

Zander, Michael, The Government's Plan on Civil Justice, 1998, Vol. 61 Michigan Law Review, 383-389.

Zander, Michael, The State of Justice, Hamlyn Lectures, 2000.

Zander, Michael, Why Lord Woolf's Proposed Reforms Should Be Rejected, Reform of Civil Procedure.

Zuckerman, A.S. Adrian, Civil Procedure in England, The Int'l Symposium, s. 164-178.

Zuckerman, A.S. Adrian, Comparative Dimensions; Civil Justice in Crisis, Comparative Perspectives of Civil Procedure, Oxford University Press, 2003.

Zuckerman, A.S. Adrian, Compliance with Process Obligations and Fair Trial, The Future of Transnational Civil Litigation, English Responses to the Ali/Unidroit Draft Principles and Rules of of Transnational Civil Procedure (Kıs.: Transnational Civil Procedure), British Institute of International and Comparative Law, s. 127-149.

Zuckerman, A.S. Adrian, English Civil Procedure-The Shift Away from Party Control and Orality, ZZPInt 1 (1996), s. 65-86.

Zuckerman, A.S. Adrian, The Woolf Report on Access to Justice (1997) ZZPInt2, s. 31-42.

Zuckerman, A.S. Adrian, Zukcerman on Civil Procedure: Principles and Practice, London 2006.