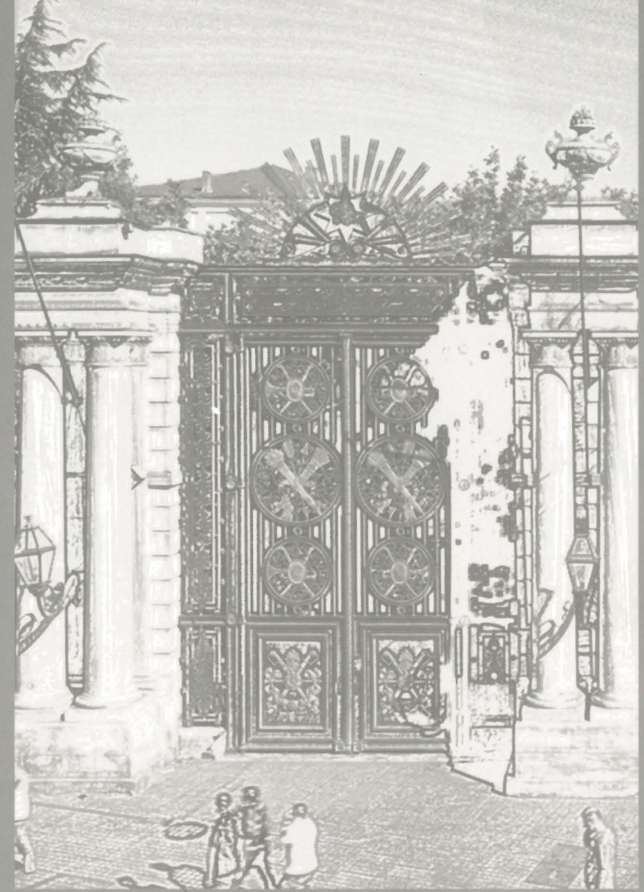




Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan

1. CİLT

Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a
Armağan



*Türkiye, Uyuşmazlıklarda Doğrunun Tam Olarak
Açıklanmasına - Çağdaş Bir İfşa ve İbraz Sistemine
Muhtaçtır*

*Mehmet GÜN**

DEĞER

Köksal Bayraktar ile, ilk defa, yazdığı bir dilekçesini Çatalca mahkemesine götürme yolunda okuduğumda tanıştım. Dilekçesi, benim kendi mesleki gelişimimde örnek aldığım çalışmalardan birisidir. Hakimin, ihtilafın çözülmesi için ihtiyaç duyacağı bilgileri eksiksiz, mantıklı ve ikna edici bir tonla anlatıyordu. O zamanlar Hukuk Fakültesinde öğrenciydim; okula gidemiyor, geçimimi temin için bir avukatın bürosunda katip, evrak memuru veya başka bir deyişle “her şey” olarak çalışıyordum. O dilekçeyi, yanında çalıştığım avukatlarla birlikte yürüttüğü bir dava ile ilgili olarak yazmıştı; Çatalca’daki bir köyün çeşmesinin suyunun nasıl kullanılacağı hakkındaydı.

Ben hala öğrenciyken, kendisini bir kaç kere Nuruosmaniye’deki kitaplarla dolu bürosunda görmek, gözlerindeki “*seni görmek ne güzel bir ayrıcalık*” manalı ışıltı ile, şefkatli, nazik, munis ancak bir o kadar da kararlı konuşmalarını duymak nasip oldu.

Köksal Bayraktar ile çoğu zaman aynı tarafta müşterek vekil, bazı zamanlar da karşı tarafların vekilleri olarak birçok uyuşmazlığın ve davanın çözümünde birlikte görev aldık; yerli ya da yabancı müvekkilleri ilgilendiren ya da yurt dışında görülen ihtilafalarda birlikte çalıştık. Her zaman görevimizi en iyi şekilde yapmanın yanında, ülkemize, görevimizi yapış tarzımızın avukatlık mesleğinin gelişimine nasıl katkısı ya da etkisi olduğunu düşündük; ülkemizde uyuşmazlıkların çözümünde görevlendirdiğimiz kurumları, işleyişlerini ve ihtilaf çözümünde izlediğimiz yöntemleri diğer ülkelerdeki yöntemler ile karşılaştırıp değerlendirdik. Ülkemizin ihtilafların çözümünde geçerli kuralların ve kemikleşmiş uygulamaların çağdaş ülkelerden ne kadar

* Avukat

geri kaldığı, bunun hakimler, savcılar ve avukatların mesleki gelişimini ne kadar kısıtladığından şikayet ettik, çağdaş bir ihtilaf çözümü sistemine özelemlerimizi paylaştık.

Mesleğe ilk adımımı attığımdan beri, desteğini gördüm, kendisinden hep esinlendim, aydınlandım ve çok etkilendim. Köksal Bayraktar, bilerek de bilmeyerek de benim kişisel ve mesleki gelişimime örnek bir insan, örnek bir öğretici, ve örnek bir avukat olarak önemli katkılarda bulundu. Doğruluğa, adalete, insancılığa ve her alanda kendini ve diğerlerinin devamlı gelişmesine verdiği önem benim de değerlerimi güçlendirdi. Sözün kısası Bir çok meslektaşımı da aynı yönde etkilediğini ve gelişimlerine katkıda bulunduğunu biliyorum.

Köksal Bayraktar ve onun gibi yüzlerce bilim insanı, Türkiye'ye onbinlerce hukuk adamı yetiştirip örnek oldular olmaya devam ediyorlar.

Ancak uyuşmazlıkların çözümü konusunda hala geçmiş çağdaki ilkeleri takip edip, gelişmiş hukukçu kaynaklarımızı boşa harcıyoruz. Uyuşmazlıklarını medeni olarak çözen, çağımızın getirdiği karmaşık ve kapsamlı uyuşmazlıkların çözümünde zorlanan, içeride ve dışarıda yargısına güvenin sorgulandığı bir ülke olduğumuzu görmek, buna rağmen de kanunlarımızın yeniden yazıldığı bu günlerde, bu soruna köklü bir çözüm bulunması yönünde adım atılmadığını görememek üzücü...

İşte bu yazı ile kendisine verilecek özel bir armağana kendimce katkıda bulunurken, o armağandan, ortak ülkülere sahip olduğumuz bir konuda, kendime, değerli hukukçulara ve ülkeme de bir armağan çıkarmak; çağdaşlarının seviyesine çıkarabilmek için Türk Adaletini, gözlemlerimi ve sesimi adalet politikalarını belirleyenlere duyurabilmeyi umuyorum.

GÖZLEM

İsveç

İsveç'te bir davayı takip ettim. İsveçlilerin usul kuralları bizimkisine benziyor. Dava iki yıldan fazla sürdü. Türkiye'de de benzer bir dava ilk derece mahkemesinde bu kadar sürerdi. İsveçli avukatlar dilekçeler yazmak, delilleri bildirmek ve toplamak ve duruşmaya katılmak için Türkiye'deki bir avukatın sarfedeceği kadar zaman sarf ettiler. Ancak, bir kaç farkla: Dilekçe yazarken, mahkemeye bildirecekleri vakıalara ilişkin beyanlarının doğru, tam ve eksiksiz olduğundan ve kanıtlanabileceğinden emin olmak için müvekkillerini, bir hakimin ya da savcının sorguladığındaki gibi titiz bir şekilde sorguladılar. Diğer tarafın İsveçli avukatlarının da öyle yaptığından eminim. Müphem ve net olmayan bir husus ortaya çıktığında diğer tarafı

zora düşürdüler. Diğer tarafı ellerinde olup da ibraz etmedikleri her türlü bilgi ve belgeyi ibraz etmeye zorladılar. Bunlara diğer tarafın ticari sır teşkil edebilen bilgileri de dahildi.

Duruşma için de İsveçli avukatlar biz Türk avukatların duruşmalar için sarf ettiği zaman kadar zaman sarf ettiler; ama bir farkla, onlar bir duruşma için bir hafta ayırdılar ve davayı başından sonuna kadar sözlü olarak ortaya koyup savundular; bizler ise basit bir davada bile 10 – 15 kere duruşma için adliyeye gitmek, salonun kapısında beklemek, beklerken lak lak etmek, sıramız geldiğinde her biri 5-10 dakika süren duruşmadan sonra geriye ofisimize dönebilmek için taksilerde harcıyoruz değerli zamanımızı...

İsveçliler dilekçelerini ve tanık beyanlarını en ince detayına kadar üzerinde çalışarak yazılı olarak mahkemeye verdiler, ama, bununla yetinmeyip, hem davacı yanın, hem davalı yanın asillerini ve tanıklarını bir haftalık duruşma sırasında çapraz sorguya tabi tutup, dava konusu ile ilgili maddi vakiaları tam ve doğru olarak ortaya koydular. Davanın sonunda İsveçli hakimler, - bizim hakimlerimizin onlardan hiç bir eksiği yoktur – çözmeleri gereken hukuki uyuşmazlığa ilişkin olarak güzel ve doyurucu gerekçeli bir karar verdiler. Türk müvekkillerim, Henüz İsveç'te bir karar verilmeden önce İsveç'teki adaletten ve yargılama sürecinde diğer tarafın bu kadar ince bir şekilde sorgulanmış olmasından dolayı adaletin yerine geldiğine inandıklarını söylediler. Nitekim hakimin kararı da haklılıklarını teslim etti. Karar temyizde bozuldu; ancak üst derece temyiz mahkemesinde halen görülmekte. Ancak, davanın sonucu müvekkillerim için o kadar önemli değil artık. Çünkü onlar adaletin tecelli ettiğini gördüler ve İsveç yargısındaki sürecin sona ermesini bekliyorlar.

Acaba nedir İsveç yargısındaki süreci, sonuç gecikmeli ve aleyhe bile olsa, bu kadar tatmin edici yapan şey? Üstünde düşünmek ve dersler çıkarmak gerek kendi adalet sistemimiz için... İsveç'in yaptığı şey, mahkemeye intikal eden ihtilaf hakkında davacının da, davalının da ve davanın asilleri ile tanıklarının da mahkemenin huzuruna çıkartılıp doğruyu tam ve eksiksiz ve de çarpıtılmamış olarak ortaya koymalarının sağlanmış; bir olay hakkında iki tarafın da çapraz sorgularının yapılmış ve uyuşmazlık konusu olayın hakimin önüne tam ve doğru olarak getirilebilmiş olmasıdır. Bizim davalarımızda olmayan işte budur: gerçeğin tam ve doğru olarak ortaya konması! İsveç'teki davada iki tarafın da dava konusu iddia ve savunmalarında bahsettikleri hususlarda tam ve doğru konuşmaya zorlanması, taraflar arasındaki ihtilafli noktaların azaltılmasına, hakimin çözmesi gereken soru ve sorunların en aza indirilmesine yararıdır. Bizim davalarımızda ise, bir taraf ayağını direktmeye görsün, en basit şeylerin ispatı bile insanı çileden çıkarmaya yetebilir.

İngiltere

Bu günlerde Londra'ya gidip geliyorum; kendimi kötü hissediyorum, içerliyorum. İçimden avukatlık cübbemi çıkarıp atmak, sokaklara vurmak, bütün Türkiye'yi yürüyerek dolaşıp her kula derdimi anlatmak ve hatta Ankara'da Meclis'in karşısında çadır kurup – uyuşmazlıklarda doğruyu tam ve eksiksiz olarak açıklamayı zorunlu kılan bir yasa çıkıncaya kadar - açlık grevi yapmak geliyor... Hiç bu kadar kötü hissetmemiştim...

Çünkü, bu günlerde Türkiye'de benim takip ettiğim bir dava, aynen İngiltere'de, Londra mahkemesinde de görülüyor... Taraflar, İngiliz mahkemesinde, Türk mahkemesinin huzurunda yapmadıkları bir şey yapıyor; İngiliz mahkemesine gerçeği tam ve doğru olarak açıklıyorlar. Davanın asilleri birer birer tanık kürsüsüne çıkıp, tecrübeli İngiliz avukatlarının sorularına cevap vermek, söylediklerinin her bir detayını açıklamak ve doğruyu söylememişlerse bunu kabul etmek zorunda kalıyorlar. İngiliz hakim de soruları ile tarafları ve tanıkları doğru, tutarlı ifade vermeye zorluyor.

Hakim dün diğer tarafa dönüp davadaki iddialarının bir kısmının kanıtlanamaz durumda olduğu yönünde sorular sordu ve avukat kabul etmek zorunda kaldı, müvekkili asile de aynı soruyu sordu ve o da kabul etmek zorunda kaldı. Dün İngiliz hakim, önce diğer tarafın Türk mahkemesinden bir sene önce elde ettiği ihtiyati tedbir kararının kaldırılması gerektiğini söyledi. Günün sonunda diğer tarafın çapraz sorgusu devam ederken, hakim, diğer tarafa dönüp davayı kazansalar bir yere varamayacaklarını anlatıp ne yaptıklarını, nereye gittiklerini düşünmelerini tavsiye etti. Çapraz sorgulama bitmeden diğer taraf sulh tekliflerini kabul etti. Şimdi İngiliz mahkemesindeki davayı sulh olarak bitiriyor, taraflar. Bu vesile ile Türk mahkemesindeki ihtilaf da bu vesile ile sulh gereğince feragat edilerek sona ermiş olacak. Oysa Türk mahkemesinde benim savduğum dava İngiliz mahkemesindeki davadan çok önce açılmıştı; dilekçe teatisi ve delil gösterme süresi henüz bugün sona eriyor, bundan sonra delillerin toplanmasına geçilecek, toplandıktan sonra bilirkişi incelemesi yapılacak, bilirkişi görüşleri hakkında beyanlarda bulunulacak ve ondan sonra bir karar verilecek. İngiliz mahkemesinin sağladığı sulh olmasaydı benim Türkiye'de takip ettiğim dava, kim bilir ne zaman bitecek, nasıl bitecekti? Ama beni bu kadar üzen şey davanın ne kadar süreceği ve ne zaman sona ereceği değil..

Dava süresinden şikayet etmemeye özen gösteriyorum, çünkü, bunu duyanlar, "geciken adalet adalet değildir" diye hemen *yargılamayı hızlandırma* çabalarına girişiyorlar. "Aslında, doğruyu bulmayan, vardığı kararı tüm doğru ile desteklemeyen hiç bir yargı kararı adil değildir!" diye karşılına çıkabilecek bir babayiğit akıl kişi yok. Herkes, yargılamayı hızlandırmaya çalışıyor, adaletin tam ve doğru gerçekleştirilmesi için kafa yorup emek sarfeden yok gibi. Beni esas üzen şeye geri dönmeliyim. O da şu!

Bu günlerde Türk mahkemesinde takip ettiğim davada diğer tarafın 10 kaleminden ibaret delil listesi geldi, içlerinden sadece sözleşmenin delil olarak kabul edilebileceğini düşünüyorum. Diğerlerine, verilen kesin sürede ibraz edilmediği, celb ettirilmediği ve sair gerekçelerle itiraz ettim. Sözleşmenin uzatıldığı iddiasını kanıtlamak için diğer tarafın yazılı ve imzalı belge – senet ibraz etmediğini, bundan sonra ibraz etmesine muvafakatimiz olmadığını ve sonuç olarak iddialarını ispat edememiş sayılmalarını isteyen dilekçe yazdım. Kendim de müvekkilim için karşı delil listesi hazırladım. Sadece sözleşmeyi ikrar ettim, ayrıca sözleşmenin vadesi belli borçta temerrüt nedeniyle fesih olduğunu gösteren temerrüt ihtarı ile fesih ihtarnamesini delil olarak gösterdim; borç ve vadesi sözleşmede yazılı olduğu için başka kanıtla gerek de yok deyip kestirip attım. Hakimin Türkiye’deki davayı reddetmesini bekliyorum. Ancak yargılama nasıl gelişecek, özellikle bilirkişiler nerelerden, nasıl çıkarımlar yapacaklar kestiremiyorum. Ancak, davadaki yazılı imzalı belge – senet ile ispat zorunlu olduğu için içim rahat. Fakat diğer tarafın sözleşmede açıkça yazılı olan bir gayrimünhasır lisansı münhasır lisans olarak takdim etmesinden, sözleşmedeki opsiyonu kullandıkları iddiasını sözleşme şartlarının değiştirilerek yenilenmesinde anlaştıkları iddiası ile karıştırarak sunmasından, iddianın bile net olarak ifade edilmemesinden, bir konu ile ilgili yazışmalardan işine gelenleri cimbızla seçerek sunmalarından ve yazışma ve görüşmelerin hangi çerçevede ve şartlar içinde yapıldığının açıklanmamasından rahatsız oluyorduk. Bir yandan diğer tarafın yazılı delil ve senet ile ispat kuralına göre gereksiz olan, eksik ve yetersiz açıklamalarından rahatsız olmamız gerektiğini düşünüyorum, diğer taraftan hakimin bu eksik açıklamalardaki mutabakat sağlandı iddiasına dayalı olarak sözleşmenin uzatıldığını varsayıp ihtiyati tedbir kararı vermiş olması nedeniyle bu durumun da açıklığa kavuşturulması gerektiğini düşünüyorum; bu konularda hiç delil sunmamak seçeneği ile, bu konuları aydınlatan delil sunmaya kalktığımız zaman tüm delillere ve gerçeğin bütününe ulaşamayacağımız gerçeğin arasında sıkışmış, bunalyorduk.

Oysa İngiliz mahkemesindeki davada durum başka türlü gidiyordu. Müvekkilimiz İngiltere’de dava açar açmaz, dava konusu ihtilafı ilgilendiren her türlü delil ve yazışmayı, bunlar dahili yazışmalar dahi olsa diğer tarafa açıklamış; diğer tarafı da kendilerinde bulunan her türlü delili açıklamaya zorlamıştı. Hem asiller, hem tanıkları uzun uzadıya yazılı ve detaylı ifadeler yazmaya, kendi avukatlarına her detayı açıklamaya ve belgelerini de vermeye başlamışlardı. Davanın açılmasından itibaren kısa bir süre içinde her iki taraf binlerce sayfa tutan delillerin tamamını mahkemeye ve diğer tarafa açıklamış; her birisi onlarca sayfa tutan yeminli ifadeler vermiş ve diğer tarafın sorularını cevaplamışlardı. İşte Türkiye’deki davada mahkemenin bilmesi gereken bütün gerçek yazılı yeminli ifadeler ve açıklanan belgelerle ortaya çıktı diyorduk. Garip bir şey daha oluyordu, davacı mahkemeye ver-

dikleri yazılı beyanlarının doğru olduğuna yemin edilerek altı imzalanıyordu.

Eh böyle olunca olayların doğrusu mahkemeye söylendiğine ve yazılı olarak bildirildiğine göre hakim dilekçeyi okur, bir karar verir diye düşünüyorduk. Ama öyle olmadı. Mahkeme bir hafta veya 10 gün sürecek bir süreyi o davanın duruşmasına ayırdı, taraf avukatları duruşmanın hangi gün yapılacağına hakimle anlaştılar. Duruşma başladı, davanın ilgilisi herkes, Türk mahkemesinde dava açan davacı da tanıkları da mahkemeye gelip her gün sabahtan akşama kadar hazır beklediler. Sıraları gelince kürsüye çıkıp çarpaz sorguya girdiler. Yazılı yeminli ifadelerindeki beyanlarının doğruluğu test edildi. Tanıkların doğru olmayan, ifadelerinin doğru olduğuna dair yeminlerine uymayan bütün hususlar, birer birer ortaya çıktı, çıkarıldı, eksik ifade verenler ilave ifadeler verdiler, yanlışlarını düzelttiler, hatalarını itiraf ettiler. Bazı şeyleri uydurdukları iddia edildi, suçlandılar, İngiliz hakim araya girip ifade vereni uyardı ve tüm gerçek birden ortaya çıkıverdi. Artık o noktadan sonra hakimın bir karar vermesine bile gerek kalmadı. Hakim gelinen durumu özetleyip te bu durumun değerlendirilmesini önerdiğinde taraflar sulh olmakta anlaştılar. Sonra ben de dahil bütün avukatlar sulh anlaşmasının bir an önce yapılması ve şartlarının gerçekleştirilmesi için çaba göstermeye başladık. Akşam oldu, gece oldu hala detayların üzerinde konuşuluyor, atılacak her adım ince ince hesaplanıyor. Sanmayın sadece İngiltere mahkemesindeki dava ile ilgili, Türkiye'deki tüm davalar ile ilgili olarak da ne yapılacağı ince ince düşünülüp kararlaştırılıyor. Hakkında düşünülmeyen, konuşulmayan, anlaşılmayan bir şey bırakılmıyor. "Asılacaksan bile İngiliz sicimi ile asıl!" diye boşuna dememişler.

ŞİKAYET

Bu sonuçtan müvekkilerim çok memnun ve mutlular; diğer taraf da halinden memnun. Ben de memnun olmalıyım değil mi? Hayır ben memnun ve mutlu değilim. Çünkü, ben, bunu Türkiye'de kendim gerçekleştirebilmek, kendim Türkiye'de gerçeğin mahkemeye tam ve doğru olarak söylenmesini ve ortaya çıkartılmasını sağlayabilmek ve Türk yargısı ile bunu Türkiye'de, güzelim İstanbul'da, güzelim Türk insanı ile yapabilmek isterdim. Onun için ben memnun ve mutlu değilim. Türk mahkemesinde çözülmesi gereken bir ihtilafın İngiliz mahkemesindeki bir süreçte İngiltere'de çözülmesinden memnun ve mutlu olamam. Çünkü ben ve diğer meslektaşlarım, bu ihtilafı Türkiye'de çözebilecek yeteneğe ve yetkinliğin azına sahip değilim; belki daha fazlasına sahibim. Benim İngiliz meslektaşlarımdan eksikim ya da onların benden fazlası yok! Zeka aynı zeka, enerji daha fazla, heyecan ve istek ise belki daha fazlası, insan kaynağı dersin daha fazlası... Neyimiz eksik ki biz İngilizler ya da İsveçliler kadar etkin sonuç alamıyoruz?

İşin esası şu: biz mahkemelerimizi herkese sonuna kadar açarken, onlara mahkemeye doğruyu tam ve eksiksiz olarak söylemeye zorlamıyoruz. Memura gerçeğe aykırı beyanda bulunmak, direnmek ve işini zorlaştırmak suç; ancak, hakime gerçeğe aykırı, yanlış ve eksik beyanda bulunmak, doğruyu gizlemek ve hatta yalan söylemek ve yargılamayı zorlaştırmak suç değil! Davacı veya davalı mahkemeye gidip istediği gibi, yarım yamalak, yanlış doğru, çarpıtılmış beyanlarda bulunup dava açıyor, yargılamayı zorluyor, zorlaştırıyor; bunun bir yaptırımını yok. Böyle olmasının savunulması için ileri sürülen gerekçelere bakarsak: hak arama ve savunma hakkı kısıtlanırmış, kişi kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamazmış; ve saire, ve saire! Sonuç: herkes her sebeple mahkemeye gidiyor, olmadık davayı açıyor, ülkenin değerli hakim, avukat ve sair adalet kaynakları boşa harcanıyor. Sonuç: mahkemelerimiz her yıl binlerce davayla boğuşuyor, haklı ile haksız ayırd etmek için gerekli zamanı ayırabilmek mümkün değil. Sonuç: davaların çözümü gecikiyor, yargılama hızlandırılıyor, hızlandırıldıkça gerekçeler kısıyor, adaletten tatmin azalıyor, şikayetler çoğalıyor, hakim sayısını mahkeme sayısını artırarak çözüm bulunmaya çalışılıyor.

Bir davada, mahkemenin, zamanın çoğunluğunu, emek ve zamanın yarısından fazlasını maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasının aldığı tüm hukukçular kabul edecektir. Bu varsayım ile kabaca bir hesap yapıldığında, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasından kurtarılan bir mahkeme, normal hızıyla yaptığıının iki katı kadar iş yapabilecek; yani iki katı fazla ihtilafı çözebilecektir. Yani hakim sayısını iki katına çıkarmadan yapılan iş miktarını iki katına çıkarmak mümkün. Hakim sayısını iki katına çıkarmanın sorunları çözeceği söyleniyor. Eğer aynı sayıda hakimle iki katı iş yapmak mümkün ise hakim sayısını artırmaya gerek olur mu? Herhalde hayır. Öyleyse Türk yargısının içinde bulunduğu iş yükü ve ona bağlı sorunların çözümü ortadadır: maddi gerçeğin tam ve eksiksiz olarak ortaya çıkarılması görevini mahkemenin üstünden alıp, taraflara ve avukatlarına bırakmak, hakimi, ancak sorunlu hallerde meşgul etmek. En doğru ve en akılcı olanı bunu böyle yapmak değil mi? Bu sorunun cevabı elbette evet'tir! Eğer bu böyle yapılmış olsaydı, mahkemelere oluk oluk akan davalar azalmaz mıydı? Öyle olsaydı arabuluculuk, tahkim ve sair alternatif yollarla çözüme başvurma çoğalmaz mıydı? Öyle olsaydı mahkemenin eninde sonunda en doğruyu bulacağı ve en isabetli bir yekilde karar vereceğine inanç artmaz mıydı? Öyle bir toplumda herkes kendisine, İngiltere'deki gibi İsveç'teki gibi çeki düzen vermez miydi? İnsanlar kayıtlarını düzgün tutup, ihtilaflarının çözümü söz konusu olduğunda makul davranmaz mıydı; kendi ihtilaflarını kendileri çözmez miydi?

O halde neden yapmıyoruz? Bir açıklaması var mı, olabilir mi?

Başkası bunu yapıyor ve yargısının saygınlığını yükseltiyorsa biz niçin yapamayalım? Başka ülkeler insanlarına mahkemeye gittiklerinde gerçeği

tam ve doğru olarak söylemelerini emrederken, biz neden bunu yapamıyalm, polise yalan beyanda bulunmayı, karşı gelmeyi ve işini zorlaştırmayı suç sayabildiğimiz halde mahkemeye gerçeği söylememeyi neden suç sayamıyalm?

Bu günlerde neredeyse tüm yasalarımızı değiştiriyor, Türkçeleştiriyor, tecrübelerimizi kurallara dönüştürüyor ve hızla yeni bir kurallar düzenine doğru ilerliyoruz. Ceza kanunumuzu, Medeni kanunumuzu, Ticaret ve Borçlar kanunlarımızı ve Hukuk Muhakemeleri Usulü kanunumuzu yeniliyoruz. Ne güzel! demeki kendi kanunlarımızı yapabilecek tecrübe ve olgunluğa çoktan ulaştı toplumumuz!

Yeni kanunlarımızı hazırlayan hocalarımız çok özveriler gösterdiler, gecelerini gündüzlerine katıp güzelim eserler ortaya çıkardılar. Kendilerini tebrik ediyor ve en azından kendi adıma teşekkür ediyorum. Böyle bir toplumda kendimi ve sevdiğilerimi güvende hissediyorum. Ama bu kadar ilerleme yeterli değil; Türkiye'yi çağdaş ülkelerden – *mahkemeye doğruyu söyleme* – bakımından geri bırakan bir eksiklik konusunda düzenleme yapılmaması doğru değil. Oysa Türkiye, çok daha fazlasına ve ileri düzenlemelere muhtaç. Değerli hocalarıma sohbet ortamlarında sordum: Türkiye'de tüm gerçeği ifşa etme kurumu olacak mı? Yanıtları “*O konu Türkiye için henüz çok erken, o konu çok karışık.*” Maddi gerçeği ortaya çıkarma görevini mahkeme vasıtasıyla taraflara zaten vermişken bu görevi tamamen taraflara vermek ve onları yaptırırma tabi tutmak neden zor ve karışık olsun ki? Maddi gerçeği ortaya çıkarma görevini neden avukatlara vermeyelim ki? Bir yanda resmi mercilere avukata istediği bilgi ve belgeleri verme ve yardımcı olma görevi yüklerken, diğer yanda mahkemeye gidecek olan müvekkiline gerçeğin tümünü doğru olarak söylemesini isteme yetkisi vermeyen bir düzen! Bir yanda polise yalan beyanı ve karşı gelmeyi suç saymak, diğer yanda mahkemeye gerçeği söylemeyerek haksız karar almaya çalışmayı, mahkemeleri lüzumsuz işgal etmeyi hoş görmek!

İHTİRAS

İngiltere, mahkemeye sadece iddiasının ispatına yeterli açıklamanın yapıldığı dönemi 40 yıl önce terk etti. Türkiye ise halen aynı yerde. Yasalarımızın yeniden yazıldığı bir dönemde biz hala İngilizlerin 40 sene önce olduğu yerde duruyoruz. Yasalarımızın yeniden yazıldığı bu dönemde de “*mahkemeye doğruyu tam ve eksiksiz söyleme ve açıklama*” noktasına gelemiyoruz. Her nedense yasalarımızda bu kadar değişiklik ve ilerleme sağlarken mahkemeye giderken doğruyu söyleme zorunluluğunu getiremiyoruz!

Adalet sistemimizde ve toplumumuzda esaslı bir ilerleme sağlayacak bu kadar basit düzenleme için 40 yıl daha beklemek gerekmiyor. Önce tarafların

mahkemeye doğruyu açıklamasını sağlamakla başlayacak bir düzenleme ile kısa zamanda mahkemelere gelen ihtilafları azaltmayı, mahkemenin davalarda sarfedeceği emeği yarıya indirerek hukukun uygulanmasına odaklanmasını, daha isabetli ve doyurucu gerekçelerle ihtilafların çözülmesini sağlayabilir ve böylece kısa zamanda adaletin gerçekleşeceğine, doğrunun mutlaka ortaya çıkacağına dair inancı hızla güçlendirmeyi başarabiliriz. Bunu sağlayan bir adalet sistemi daha sonra son derece karmaşık meseleleri çözebilir, İngiliz ve İsveç mahkemelerinin şöhretini yakalayabilir.

İşte bunun için bu yazıyı armağan ediyor, Türkiye’de çağdaş ve etkin bir adalet sistemi için, adalet alanında da güçlü ve saygın bir Türkiye için “mahkemeye doğruyu tam olarak söylemenin ne kadar gerekli ve zorunlu olduğunu ve ne kadar kolayca gerçekleştirilebilir olduğunu ortaya koymak istiyorum.

AKIL ve BİLGİ

Genel Olarak Uyuşmazlık İfşa¹ ve İspat Meselesi

Uyuşmazlıkların çözümünde, önce uyuşmazlığa konu olan vakıalar taraflarca açıklanır, daha sonra açıklamalardaki eksiklik ve hatalar giderilerek maddi gerçek tam ve doğru olarak ortaya konur, sonra da ilgili norm, hakim tarafından vakıaya uygulanır. Dolayısı ile hukuk kuralının doğru ve uygun olarak uygulanması ve dolayısı ile doğru sonuca varılabilmesi ve dolayısı ile de doğru ve adil bir karar verilebilmesi için uyuşmazlığa ilişkin vakıaların hakimin önünde tam ve doğru olarak ortaya konulması, kuralın olaya uygun ve doğru olarak uygulanabilmesi için hayati derecede önemlidir.

Taraflar için vakıaların kendi iddialarının kabul edilmesini sağlayacak şekilde ortaya konulması önemli iken, toplum ve dolayısı ile hakim için vakıaların sağlıklı bir şekilde kanaat oluşturabileceği şekilde tam ve eksiksiz olarak ortaya konulması önemlidir. Çünkü, Hakim, toplum adına, kendileri yararlarına bir sonuç almak isteyen taraflar arasındaki uyuşmazlığa toplumsal barış ve uyumun korunması için müdahale etmektedir.

Hakim, geçmişte cereyan etmiş olan olaylara normları uygulayacaktır. Bunun için, hakimin, önce uyuşmazlığa konu olayın gerçekleşmiş olduğuna inandırılması gerekir.

Hakimin olayın gerçekleştiğine inandırılabilmesi için önce böyle bir olayın varlığının iddia edilmesi, sonra da ispat edilmesi gerekir. İspat için de, bir

¹ Burada İfşa kelimesi ile hem uyuşmazlık konusu olayların taraflarca açıklanması, bu konuda dilekçe ve sair araçlarla beyanda bulunulması, hem de tarafların ellerinde bulunan her türlü ispat vasıtalarının çıkartılıp diğer tarafa ibraz edilmesi, yani, ifşa – açıklama ve ibraz, birlikte kastedilmektedir.

bakıma geçmişte kalan olayın, davada, hakim önünde yeniden canlandırılması, temsil edilmesi gerekir.² Başka bir deyişle taraflar önce olayları kendi bildikleri ve davadaki taleplerine uygun bir şekilde, hakime ve diğer tarafa açıklayacaklar (ifşa); daha sonra da açıkladıkları olayın gerçekleştiğini ispat edeceklerdir. Dolayısı ile her davada bir ifşa ve bir de ispat aşaması vardır. dolayısı ile her hukuk sisteminde davası hakkında bir karar verilmesini isteyen taraf, bu konuda hakime bir ifşada bulunur.

Ifşa ve ispat konusunda Türkiye'nin kabul ettiği sistemin, tarafın iddiasının ilgilendirdiği kadar ifşa ve ispat olduğu söylenebilir. Türk hukukçularına göre diğer taraf da kendi savunmasının ilgilendirdiği kadar ifşada ve ispatta bulunacak, böylelikle gerçek, iki tarafın diğerinin eksikliklerini tamamlaması suretiyle hakime ifşa edecek ve bilahare ispat edilecektir. Genel kabule ve uygulamaya göre, Türk hukukunda davacı kendi iddiasını ispatla, davalı da kendi savunmasını ispat etmekle yükümlüdür.³ Böylelikle maddi vakıaların yarısı davacı, diğer yarısı da davalı tarafından ispat edilecektir. Böylelikle vakıalar hakimin önünde bir kere canlandırılmış olacaktır. Türk hukukunda ifşanın ispat edilecek şeylerle sınırlı olduğuna veya ne kadar ifşa yapılacağına dair bir düzenleme yoktur.

İspat vasıtalarının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler, hakimin, uyumsuzluğun çözümünde delilleri nasıl değerlendirmesini sınırlandırırken; bireyleri ise ifşa ve ispatlarında sınırlandırmalar yönünde hareket etmeye teşvik eder. Dolayısı ile tarafların ifşa ve ispat konusundaki davranışları, hakimin delilleri takdir yetkisine göre şekillenir. Bu şekillenmenin önlenmesi için ifşa kurallarının ispat kurallarından ayrıca düzenlenmesi ve ifşa yükümünün ağırlaştırılması gerekir.

Öte yandan, ispat araçlarının sınırlandırılması, hiç bir zaman, bir tarafa elinde bulunan ispat vasıtasını ifşa etmeme, diğer tarafı ve hakimin bu ispat vasıtasından mahrum bırakma hakkı vermez. Başka bir deyişle, ispata ilişkin sınırlamalar ifşa için geçerli olamaz; ifşayı sınırlandıramaz. Tarafların bütün ispat vasıtalarını ifşa etmeleri, hakimin ise bunları (varsa) ispat sınırlamalarına göre değerlendirmesi gerekir.⁴

² Haluk KONURALP, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999, s. 8 vd.

³ Türk hukukunda – ceza hukuku prensiplerinden kaynaklandığını sandığımız gerekçelerle– tarafların kendi iddiası aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağı kabul edilmektedir.

⁴ Ifşa edilen iddiaların ispatında kabul edilen kural ve sınırlamalar, temelde hakimin kanaatini sınırlandırıp, kontrol altına almak ve keyfi karar verilmesini önlemek içindir. Ancak bu kuralların, Türkiye'de olduğu gibi, zaman içinde, bir çok sebeple, tarafların mahkemeye yapacakları ifşanın, yani uyumsuzlukla ilgili olayların ne kadarının nasıl açıklanacağını da belirleyen kurallar olarak algılanması;

Bu nedenle ifşa yükümü ile ispat yükümünü birbirinden ayırmak gerekir. İfşa, uyuşmazlık konusu olayın ve olaya ilişkin ispat vasıtalarının diğer tarafa ve hakime açıklanmasını içerir. İspat ise hakim bakımından, açıklanan ispat vasıtalarının nasıl değerlendirileceği, taraflar bakımından ise, dolayısı ile, bir iddianın kanıtlanması için en az nasıl bir ispat vasıtasının ortaya konulması gerektiği ile ilgilidir.

Ancak İngiltere’de hakime yapılacak ifşanın yani vakıalara ilişkin beyanların tam ve doğru olmasını temin eden bir düzenleme varken Türkiye’de böyle bir düzenleme ve bu düzenlemeye uyulmasını sağlayan ciddi yaptırımlar vardır. Bu sebeple İngiltere’de ise her iki taraf da uyuşmazlıkla ilgili maddi vakıaların tamamını ifşa etmek ve aynı zamanda hem kendi iddiaları ve hem de diğer tarafın iddiaları ile ilgili olarak sahip oldukları lehe ve aleyhe ispat vasıtalarını mahkemeye sunmak zorundadır. Bir bakıma, İngiltere’de taraflar uyuşmazlık konusu maddi vakıanın tamamının ifşasından ve ispatından sorumludur. Bu sistemde maddi vakıaların hakimın önünde, teorik olarak, iki kere ifşa edilip, iki kere canlandırılmış olacağı söylenebilir.

İfşa ve ispat konusunda Türk hukukunun Kıta Avrupası hukuku ilkelelerini, İngiliz hukukunun ise Anglo Sakson hukuku ilkelerini takip ettiği genel geçer olarak kabul edilmektedir. Bu iki sistemin birbirinden çok farklı olduğu düşünülür; buna karşın, bu iki farklı hukuk sisteminin birbirlerini çok etkiledikleri, geliştirdikleri ve farklı şekillerde de olsa birbirlerine çok yaklaştıkları pek bilinmez ve konuşulmaz. Birbirinden çok farklı oldukları düşüncesi ile Anglo Sakson sistemindeki gelişmelerin Türk hukukuna aktarılmasından, aynı sonucu sağlayacak düzenlemeler yapılmasından korkulur. Ancak bu korku ve ona dayalı çekingenlik yersizdir. Bu iki sistem, özellikle ifşa ve ibraz konusunda, bir diğerini etkilemiş, örnek aldığımız ve kaynak hukuklarını geliştirmiştir.

maddi gerçeğin tam olarak açıklanmasına ilişkin düzenlemesi olmayan hukuklarda ifşanın gittikçe daralmasına, yargılamanın neredeyse teknik bir sorunun cevabını bulma çabasına dönüşmesine neden olması kaçınılmazdır.

Gerçekleşmemiş olduğu halde ispat kurallarına göre gerçekleştiği kabul edilmesi zorunlu olan, ya da tam tersine kanun öngördüğü ispat vasıtaları sunulmadığı durumlarda gerçekleştiği kabul edilemeyen vakıalar söz konusu olduğunda taraflar ispat kurallarını dolanmaya, ya da bu kurallara tabi olmamak için tedbirler almaya başlarlar.

Fertlerini, böylelikle, bir bakıma, mahkemenin kendilerini yakalayamayacağı, yaptıklarının hesabını vermekten kaçınabilecekleri bir şekilde faaliyet göstermeye yönlendiren bir toplumda kendisine ve diğerine güvensizlik, ilişkilerde haksızlık ve diğerine tahakküm etme, mahkeme önünde ne pahasına olursa olsun diğerine üstün gelme çabası hakim olur. Böyle bir toplum, ilişkilerini adil olarak sürdüren, ihtilaflarını iyi niyet içinde medeni olarak çözen, ihtilafa değil işlerine odaklanan bir toplum değil, ihtilafa boğulmuş, onları çözememenin sıkıntısı altında çabalayan bir toplum olur.

Başlangıçta, Kıta Avrupası hukukunda Sorgulayıcı⁵ sistem kabul edilmiş iken, Anglo Sakson hukukunda⁶ Bilgilendirici sistem benimsenmiştir. Temel olarak, Bilgilendirici sistemde hakim, tarafların bilgilendirmesine göre karar verirken Sorgulayıcı sistemde hakim, yapacağı sorgulamanın sonucuna göre uyuşmazlığı çözmektedir. Sorgulayıcı sistemde ifşa (ve ispat) kuralları hakimin işini kolaylaştıracağı kabul edilen, daha güvenilir ve kesinlik arz eden ispat vasıtalarına yönelik olarak gelişmekte; düzenlemeler genellikle ispat vasıtalarını sınırlandırıcı mahiyette olmaktadır. Sorgulayıcı sistemde tam ifşa (ve ispatın) hakimin sorgulamasına ihtiyaç göstermesi tarafları ifşa (ve ispat) bakımından tembelleştirmekte, fırsatçı bir ispat yaklaşımına yöneltmekte; ancak bu durum hakimin davadaki iş yükünü önemli ölçüde artırmaktadır. Bilgilendirici sistemde ise hakimin müdahalesi sınırlandırılırken ispat vasıtalarının sınırlandırılmasına daha az ihtiyaç görülmektedir. Bu durumda ise hakim ya yetersiz bilgilendirilme ile yanlış bir karar vermek durumunda kalmakta ya da gereğinden fazla bilgilendirme ve yargılamanın pahalılaşması ihtimali ile karşı karşıya kalmakta...

Bilgilendirici sistemde taraflar, hakimin bilgilendirilmesinde serbestçe hareket ederler ve her türlü ispat vasıtalarına başvurabilirler; hakim taraflara müdahale edemez; böylelikle tam ve bütün bilgilendirilmeme tehlikesi ortaya çıkar, tarafların serbestliklerini kötüye kullanmaları halinde yargılama gereğinden fazla uzun ve pahalı hale gelebilir. Sorgulayıcı sistemde ise uyuşmazlık konusu hakkında bilgilendirme hakimin istediği ve sınırlandırdığı şekilde gerçekleşir; taraflar hakimin kabul edip isteyeceği bilgileri verir; sınırlandırılmış ispat vasıtaları sunar. Ancak hakimin kendi bilgilendirme isteği hiçbir zaman tarafların yapmak istediği şekilde bilgilendirilmeyi sağlamaz ve tarafları tatmin etmez; üstelik hakimin temel amacı uyuşmazlığı bir an önce sonuçlandırmak olduğu için yargılamalar gereksiz şekilde hızlandırılır⁷, zaman alan detaylardan zaman içinde vazgeçilir, tarafların davadaki davranışları kısıtlanır⁸; dolayısıyla hakim tam ve bütün olarak bilgilendirilmemiş

⁵ Inquisitorial sistemin ortaçağın engizisyonlarından etkilendiği söylenilir.

⁶ Anglo Sakson hukuku ile Common Law olarak bilinen hukuk sistemleri kastedilmektedir. Bu hukuk sisteminin İngiliz hukukundan kaynaklanmış olması, Türkiye'de de kastedileni daha iyi ortaya koyması nedeniyle Anglo Sakson terimi tercih edilmektedir.

⁷ Ankara İstanbul otoyolunda otobüslerin hızını takometre ile sınırlayan idarecilerimizin, adalet söz konusu olduğunda, adaletin sağlanmasını adaleti sağlayan kadroların yetersizliği ve işlerin çokluğu açık olarak ortada iken "geciken adalet, adalet değildir" tekerlemesinin arkasına sığınarak bin bir değişik yolla hızlandırmaya çalışmaları işte böyle bir durumun sonucudur.

⁸ Türk usulündeki hakim tarafından verilen kesin sürede delil ibraz edilememesi, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı, cevap dilekçesinin 10 gün içinde verilmesi zorunluluğu gibi kısıtlamalar bu yönde kısıtlamalardır. Böyle durumlarda taraflar istinai hallerde ve zorlukla hareket serbestliği kazanırlar.

iken bir karar verir, adalet bir bakıma yargılama usulünde kıvraklıklara⁹ göre ve el yordamı ile gerçekleştirilir. Ayrıca bu halde taraflar ifşa ve ispatlarını şekillendirerek hakimin maddi gerçeği tam olarak ortaya çıkarmasını zorlaştırıp, engelleyebilir, hatta uzunca bir süre karar vermesini önleyebilirler.

Ancak günümüzde, Bilgilendirici sistemde hakime sorgulama yetkileri verilerek bilgilendirme eksiklikleri giderilmekte; Sorgulayıcı sistemde ispat kısıtlamaları kaldırılarak Bilgilendirici sisteme yaklaşılmaktadır. Başka bir deyişle Sorgulayıcı ve Bilgilendirici sistemler birbirine yaklaşmaktadırlar. Temeldeki yaklaşım farklılığı devam etmekle birlikte¹⁰ her iki sistemin gelişmiş örneklerinin mahkemeye maddi gerçeğin tam olarak ifşasını sağlamış olduğunu da kabul etmek gerekir.

İngiltere ile Türkiye arasındaki fark en başta ifşa, yani uyuşmazlık konusu olayların ve bunlara ilişkin bilgi ve belgelerin açıklanması ve ibrazı bakımındandır. İngiltere’de taraflar hem diğer tarafa ve mahkemeye anlatımlarında doğruyu ve tamamını söylemek zorundadırlar ve hem de uyuşmazlık konusu ile ilgili her türlü ispat vasıtasını lehe ya da aleyhe olduğuna bakılmaksızın diğer tarafa açıklamak zorundadırlar. İngiltere’deki ifşa ile ilgili düzenlemelerin, tarafları, diğer tarafın yararına olan ispat vasıtalarını da açıklamaya zorlaması, açıklamamaları halinde ciddi yaptırımlara tabi tutması sonucunda, oradaki uyuşmazlıklar, tüm maddi gerçek ortaya tam olarak çıkarılarak çözülmektedir. Taraflar olaylarla ilgili gerçeğin tamamına ve tüm ispat vasıtalarına ulaşabileceğinin bilinci ve inancı içinde hareket etmekte; uyuşmazlıklar mahkemeye gitmeden çoğunlukla sulh yolu ile çözülmektedir.

Daha da önemlisi, uyuşmazlıklarının mahkemeye gitmesi halinde muhatap olacakları ifşa yükümlülükleri, İngiliz toplumundaki bireyleri bütün iş

⁹ HUMK m. 287’e göre yapılan delil sözleşmeleri ile bankaların ve güçlü şirketlerin kendi defter kayıtları ve belgelerinin tek delil olmasını müşterilerine dikte ettirmeleri, geçmişte müşterilerine dikte ettikleri kredi sözleşmelerinin suretini bile müşteriye vermeyerek, aleyhlerine dava açılmasını önlemeye çalışmaları, fikri hak tecavüzü ve haksız rekabet davalarında tecavüzkarların tazminat hesabı söz konusu olduğunda ellerindeki bilgi ve belgeleri mahkemeye ibraz etmekten kaçınmaları bu gibi hallere verilebilecek güzel örneklerdir.

¹⁰ Bizler, artık adversarial ile kastedilenden hakimin vakıalar hakkında bilgilendirilmesinde tarafların tam bilgilendirme yapmaya zorlandığı sistemlerin; inquisitorial ile kastedilenden de tarafların hakimi bilgilendirilmesinde hakimin ve yasanın tarafları sınırlandırdığı sorgulama esasına dayalı tam bilgilendirmenin anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Ülkeler elbette kendilerine en uygun olan karışımı seçeceklerdir. Ancak yazılı işlem ve yazı kültürünün yeteri kadar gelişmediği toplumlar için sınırlandırılmış sorgulayıcı ispat sisteminin uygun olmadığını düşünüyoruz. Nitekim Anglo Sakson hukuku dediğimiz “Common Law” Türkçe’ye “avam’ın hukuku” olarak da tercüme edilebilir.

ve işlemlerini yasalara uygun yürütmeye zorlamakta; bu da yasalara ve diğerlerine saygılı, diğerleri ile iş ve ilişkilerinde adil ve sorumlu bireylerden oluşan bir toplum ortaya çıkarmaktadır.

Uluslararası alanda saygın ve etkin ve haklı bir şöhrete sahip olan İngiliz adaletinin başarısının temel taşı olduğuna inandığım tam ifşa düzenlemelerinden, kendimize ders çıkarmamız ve yararlanmamız gerekiyor.

Bilgilendirici Sistemde İfşa - İngiltere ve ABD Örnekleri

Özet Olarak Bilgilendirici Sistem

Bilgilendirici sistemde hâkimler, uyuşmazlığın taraflarına, uyuşmazlığa ilişkin iddialarını ve delillerini sunmaları konusunda büyük serbesti tanır. Delillerin sunulması inisiyatifi tamamen tarafların elindedir. Hâkimler sadece delil kurallarının uygulanıp uygulanmadığını kontrol eden hakem gibi hareket ederler. Her ne kadar hâkim delilleri dinleyip, tanıkları sorgulayabilir ise de yargılamanın geneline bakıldığında duruşma, tarafların yönlendirdiği şekilde yürür. Hâkim, yargılamanın sonunda tarafların sunmayı tercih ettikleri hususları esas alarak tartışmayı kimin kazandığı konusunda gerekçeli bir karar verir.¹¹ Diğer bir ifade ile, hâkimin maddi gerçeği araştırma konusunda aktif bir faaliyet yürütme görevi yoktur.¹²

Hâkimin maddi gerçeği tespit etme görevinin olmaması, Bilgilendirici sistemin önemli bir kusuru olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık karşıt argümanların çarpışmasının hâkimin maddi gerçeği ortaya çıkarmasına hizmet ettiğini savunanlar da bulunmaktadır. Bu görüşe karşı çıkanlar Bilgilendirici sistemde başvuru çapraz sorgulamanın gerçek olmayan bir hususu kesin bir şekilde ortaya çıkarmaya hizmet etmesine rağmen gizlenmiş bir gerçeği ortaya çıkarmakta aynı kesinliğin söz konusu olmadığını ileri sürmektedir.¹³

Bilgilendirici sistem, hâkimin görevinin, tarafların kendi çabaları ile elde ettikleri adaletin tanınması ile sınırlı tutulduğu, tarafların hata, yetersizlik ve maddi güçsüzlüklerinin yarışı kazanamama ve temyiz haklarını etkin bir şekilde kullanamamaları sonucunu doğurduğu, böylece, ortaya

¹¹ Alan REDFERN, Martin HUNTER, Blackaby N., Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, London 2004, s. 350, para. 6–62; <http://www.lrc.justice.wa.gov.au/2publications/reports/P92-CJS/consults/1-2civiladvers.pdf>.

¹² JA JOLOWICZ, "Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure", *International and Comparative Law Quarterly*, <http://www.lrc.justice.wa.gov.au/2publications/reports/P92-CJS/consults/1-2civiladvers.pdf>, s. 284

¹³ JOLOWICZ, s. 283.

çıkacak adaletsizliğin resmileştirilmesine hizmet edeceği noktalarından eleştirilmektedir.¹⁴ Saf Bilgilendirici sistem için bu endişeler haklı görülebilir.

Ancak hâkim kanunun aksine, Anglo Sakson ülkelerinin hiçbirinde tam anlamıyla Bilgilendirici sistem geçerli değildir.¹⁵ Bu ülkelerin sistemlerinin, Kıta Avrupası ülkeleri sistemlerine göre Bilgilendirici sisteme daha yakın durduğu daha isabetli bir tespit olacaktır.

Nitekim, Bilgilendirici sisteme daha yakın olan Anglo Sakson ülkelerinden İngiltere ve ABD için bu endişeler yersizdir. Bu ülkeler, yasalarını bu endişeleri giderecek şekilde geliştirmiş ve etkin bir ifşa sistemi vasıtası ile mahkemelerine doğrunun tam olarak söylenmesini sağlayarak etkin ve gelişmiş bir yargılama sistemine ulaşmış, toplumlarında adaleti gerçekleştirmeye yolunda çok önemli bir yere gelebilmişlerdir.

Bu iki ülkedeki ifşa sistemi aşağıda kısaca anlatılmıştır.

İngiltere Devlet Mahkemelerinde İfşa:

İngiliz usul hukukundaki¹⁶ bilgilendirici sistemin gerçek niteliği Air Canada v. Secretary of State for Trade davasında ortaya konulmuştur. Havayolu şirketleri, Heathrow havaalanının kullanılması için ödenen ücretlere ilişkin olarak ilgili bakanlık aleyhine açtıkları davada, davacı havayolu şirketleri, bakanlığın kamu yararı bağımsızlığından yararlandığını iddia ettiği bazı belgelerin ifşa edilmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi havayolu şirketlerinin bu taleplerini şu gerekçe ile kabul etmiştir: “*mahkeme maddi gerçeği açığa çıkarırken, söz konusu gerçeğin taraflardan birinin lehine olup olmadığını dikkate almaksızın, nihai kararının maddi gerçek üzerine kurulu olması ile ilgilenmelidir.*”

Ne var ki, temyiz mahkemesi, bu kararı Bilgilendirici sistemdeki anlayışla bozmuştur. Yargıç Lord Denning’in ifadesine göre; “*adaletin sağlanması her zaman maddi gerçeğin bulunması demek değildir. Adaletin sağlanması genelde, tarafların davalarını diğer taraftan yardım almadan sunmaları anlamına gelir. Taraflar bunu evrakların ortaya çıkarılması prosedürü uygulanmaksızın ve diğer tarafı tanık statüsüne koymadan yapmalıdır.*”¹⁷

¹⁴ JOLOWICZ, s. 283.

¹⁵ JOLOWICZ, s. 281; <http://www.lrc.justice.wa.gov.au/2publications/reports/P92-CJS/consults/1-2civiladvers.pdf>.

¹⁶ İngiliz Usul Hukuku’ndan kastedilen Birleşik Krallık (United Kingdom) hukukudur. Birleşik Krallık İngiltere, Galler ve İskoçya’dan oluşmakta ve Birlik’i oluşturan ülkeler zaman zaman birbirlerinden farklı hukuka sahip olabilmektedir.

¹⁷ JOLOWICZ, s. 284.

Bu olaydan sonra İngiliz usul hukuku kuralları kısmen değiştirilmiş, Bilgilendirici sistemin katı bir şekilde uygulanması terk edilmeye başlanmıştır. Yapılan değişikliklerin amacı üç gruba ayrılabilir: (i) bilgili hâkim, (ii) hâkimin yetkilerini önemli ölçüde artıran kurallar ve (iii) yargılama dışında başka yöntemler ile çözülebilecek uyuşmazlıkların mümkün olduğu ölçüde mahkemelerden uzak tutulması.¹⁸

Bilgili hâkim'den kasıt, hâkimin duruşmadan önce uyuşmazlık konusunu incelemesi ve bilgi sahibi olmasıdır. Hâkimin bu görevi delil konusunda önem kazanır. Çünkü bu amaç, delil niteliğindeki belgelerin duruşmadan önce hâkimin ve diğer tarafın da incelemesi için - açıklanmasını ve sunulmasını, tanık beyanlarının yazılı sunulması ve yazılı bilirkişi raporlarına başvurulması gibi delil hukukuna ilişkin yeni kuralları da birlikte getirir. Eskiden hâkimlerin duruşmadan önce belgeleri inceleme yükümlülüğü yoktu. Değişikle hâkimin özellikle delil hukuku alanındaki yetkileri artırılmış; hâkime delilleri kontrol etme yetkisi tanınmıştır. Hâkim bu yetkisini, hangi hususlara ilişkin delil sunulması istediğini, delilin niteliğini ve ne şekilde sunulacağını belirleyerek kullanır. Bu kurallar, - klasik Bilgilendirici sistemdeki - tarafların davaları sunmalarındaki serbestileri ile büyük ölçüde karşıt bir yapı sergilemektedir.¹⁹ Böylelikle Air Canada kararı ile ortaya çıkan, mahkemenin maddi gerçeğin bulunmasına karşı ilgisizliği büyük ölçüde terk edilmiş; aynı zamanda mahkemenin tarafların tercih ettikleri deliller ile sınırlandırılması da azaltmıştır.²⁰

İngiltere'deki Birleşik Krallık Usul Kanunu'nun ("BKUK") ispat konusundaki özelliğinin, **(i) taraflara tam ve kapsamlı bir bilgilendirme sağlayacak şekilde ifşa ve ibraz yükümü getirmek**; (ii) ispat araçları bakımından bir sınırlama getirmediği, ancak, hakime delilleri kontrol etme yetkisi vermesi ve nihayet (iii) hakimin delillerin takdirinde – kendi getirdiği bir sınırlandırma olmadıkça – tamamen serbest bırakmak şeklinde özetlenmesi mümkündür.

(i) Tarafların tam ifşa ve ibraz yükümlülüğü

BKUK'nun 31. maddesi, hasım tarafın elindeki belgeleri ifşa ve ibraz etmesi ve bu belgelerin diğer tarafça incelenmesi hususunu düzenlenmiştir: m. 31.4 belge ifadesinin herhangi bir açıklamanın kaydedildiği her tür şeyi ifade ettiğini; m. 31.5, mahkemenin; standart ifşa ve ibrazın kapsamını daraltma ya da sarfınazar etme yetkisi verdiğini; m. 31.6, standart ifşa ve ibraz prosedürünün neyi kapsadığını açıklamakta; m. 31.8, tarafların ifşa ve

¹⁸ JOLOWICZ, s. 287.

¹⁹ JOLOWICZ, s. 287.

²⁰ JOLOWICZ, s. 289.

ibraz görevlerinin kendi kontrolleri altında olan belgeler ile sınırlı olduğunu; m. 31.11, ifşa ve ibraz görevinin yargılamanın sonuna kadar devam ettiğini belirtmektedir.²¹

Söz konusu m. 31.6 hükmüne göre taraflar, standart ifşa ve ibraz kapsamında (a) İddiasında dayandığı belgeleri; (b) Davasını olumsuz olarak etkileyen – kendi aleyhine olan - belgeleri, (c) diğer tarafın davasını olumsuz olarak etkileyen belgeleri; (d) Diğer tarafın davasını destekleyen – diğer taraf lehine olan – belgeleri ve (e) mahkemece ibraz etmesi emredilen belgeleri ifşa ve ibraz etmekle yükümlüdürler.

M. 31.10, hükmü uyarınca taraflar yukarıda belirtilen belgeleri ifşa ve ibraz ederken bir de ifşa / ibraz beyanında²² bulunmak zorundadırlar. Bu beyanda bulunan kişi, bilgisi dâhilinde bulunan bilgi ve belgeleri ifşa ve ibraz ederek görevini yerine getirdiğini doğrular.

Söz konusu m. 31.10 gereğince yapılacak beyanın doğru olmaması durumunda 1911 tarihli Perjury Kanunu ile cezai yaptırım öngörülmüştür. Perjury Kanununun 5. maddesi, kanunen bir beyanda bulunmakla yükümlü

²¹ İngiliz hukukunda tarafların yargılama öncesi uymaları gereken kurallar ve bu kapsamda yargılama öncesi ifşa ve ibraz yükümlülükleri Türkçeye “yargılama öncesi protokolleri” olarak çevirebileceğimiz “Pre-Action Protocols” ile detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. (Örneğin inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından “pre-action protocol for construction and engineering disputes” adlı protokol uygulanmaktadır.) İngiliz hukukunda belli tip uyuşmazlıklar bakımından belli tip yargılama öncesi protokoller düzenlenmiştir. Hâlihazırda 9 ayrı uyuşmazlık tipi için uyulması gereken 9 ayrı protokol mevcuttur. Bu protokollerin hepsinin amacı tarafların, yargılama öncesi, uyuşmazlık hakkında tam bilgi sahibi olmalarını ve uyuşmazlığın yargıya intikal etmeden çözümlenmesini sağlamaktır.

İngiliz hukukunda “Practice Direction-Pre-Action Conduct” adı altında tarafların yargılama öncesi uymaları gereken kurallar bir bütün halinde düzenlenmiştir. Bu kurallar hem genel kurallar ihtiva etmekte, hem de, yukarıda açıklanan 9 tip protokol kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar bakımından uyulması gereken özel kuralları içermektedir. Bu kurallar bütünü incelendiğinde tarafların yargılama öncesi, iddia ve savunmalarının dayanağını teşkil eden esash her türlü belge ve bilgiyi diğer tarafa ifşa ve ibraz etmeleri gerektiği ve tarafların birbirlerinden bilgi ve belge ibraz ve ifşasını talep edebilecekleri anlaşılmaktadır. Tarafların yargılama öncesi ifşa ve ibraz yükümlülüğüne aykırı davranmaları durumunda hakim; ifşa ve ibraz yükümü yerine getirilinceye kadar yargılama işlemlerini durdurabilir, yükümlülüğe aykırı davrananı diğer tarafın zararını tazmin etmeye mahkum edebilir veya bu yükümlülüğü ihlal eden iddia sahibi lehine yargılama sonunda bir ödeme emri verildiğinde, iddia sahibinin faize hak kazanmayacağına ya da faizin daha düşük bir oran üzerinden hesaplanmasına karar verebilir. Eğer bu yükümlülüğe aykırı davranan davalı taraf ise yargılama sonunda davalı aleyhine bir ödeme emri verildiğinde davalının daha yüksek bir oran üzerinden faiz ödemesine karar verilebilir.

²² İngilizce “Disclosure statement”.

olan bir kimsenin bilerek ve isteyerek yanlış beyanda bulunması halinde para cezasına veya 2 yıla kadar hapis cezasına çarptırılacağını düzenler. Perjury Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, yargılama/adli muameleler sırasında tanık veya tercüman olarak yemin altında görev yapan bir kişi, yanlış olduğunu bildiği önemli bir hususta bilerek yanlış bir beyanda bulunur ise, para cezasına veya 7 yılı aşmamak üzere ağır hapis cezasına veya 2 yılı aşmamak kaydı ile hapis cezasına çarptırılır. Usul Kanunu'nun söz konusu 31.6. bendi uyarınca taraflar yukarıda açıklanan belgeleri/bilgileri ifşa ve ibraz ederken kanunen beyanda bulunmak zorunda oldukları için, bilerek ve isteyerek yanıltıcı bilgi/belge sunarlar ise Perjury Kanunu'nun 5. Maddesi uyarınca cezai yaptırıma tabi olacaklardır.²³ Perjury Kanununun bir benzeri Türk Ceza Kanununda da vardır, ama, mahkemelere yapılan beyanlarla ilgili değil.²⁴

M. 31.7 uyarınca taraflar standart ibraz görevlerini yerine getirirken, yukarıda listelenen standart ibraz kapsamında yer alan belgelerden (b) – (e) bentleri arasında yer alan belgelere ilişkin olarak makul bir araştırma yapmakla yükümlüdürler. Araştırmanın makul olup olmadığı, ilgili belgelerin sayısı, yargılamanın niteliği ve karmaşıklığı, belgeleri toplamanın kolaylığı ve maliyeti, araştırma sonucu yerinin saptanması olası olan belgenin önemi dikkate alınarak belirlenir. Taraflar bunlardan herhangi biri makul olmadığı gerekçesi ile bu belgeleri araştırmamışsa, bu hususu ibraz beyanında belirtmelidir.

M. 31.12 uyarınca mahkeme özel olarak bir ibraz ya da inceleme emri vererek.²⁵ Emirde belirtilen belge ya da belge gruplarının ibrazını, Emirde

²³ Kanunun 2. maddesinde yargılama/adli muameleler dışında herhangi bir sebeple yemin ederek beyanda bulunması kanunen gerekli veya kanunen buna yetkili olan bir kişinin önemli bir husus hakkında yanlış beyanda bulunması durumunda da yukarıda belirtilen cezai yaptırımlara tabi bulunacağı belirtilmiştir.

²⁴ Türk Ceza Kanunu'nun 206. maddesinde "Bir resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi ... hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır." demekte; 207. maddesinde bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya kullanan kişinin 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasına çarptırılacağı düzenlenmektedir. 275. maddesinde hukuk davalarında yalan yere yemin eden davacı veya davalının bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasına çarptırılacağı; 272. maddede bir soruşturma kapsamında tanık dinlemeye yetkili kişiler önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimsenin dört aydan bir yıla kadar hapis cezasına tabi olacağı düzenlenmiştir. 276. madde de ise yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması halinde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına tabi olacağı düzenlenmiştir.

²⁵ 31.12 "The court may make an order for specific disclosure or specific inspection."

belirtilen kapsamda araştırma yapılmasını, söz konusu araştırma sonunda tespit edilen herhangi bir belgenin ibrazını zorunlu kılabilir. İfşa ve ibraz etmekten kaçınan ya da kaçınacağı şüphesi olan taraf aleyhinde arama ve el koyma kararı verilerek diğer tarafın zorla bu belgeleri aramasına ve el koymasına izin verilebilir.²⁶

Madde 31.21 tarafların ibraz/keşif görevini yerine getirmemelerinin hukuki sonucunu düzenlemektedir. Buna göre; taraflar, mahkemece aksine karar verilmedikçe ibraz etmedikleri ya da keşif için sunmadıkları hiçbir belgeye dayanamaz.

(ii) Hakim'in ispat araçlarını kontrol etmesi

BKUK'nun 32.1 maddesine göre hakim, delil gösterilmesi gereken hususlara, bu hususların hangi tür delillerle ispat edileceğine ve bu delillerin mahkemeye nasıl sunulacağına karar vererek ispat araçlarını sınırlandırabileceği gibi, normalde ispata yarar delil olarak kabul edilen delillerin bir kısmını da deliller arasından çıkarılmasına karar verebilir. Ayrıca çapraz sorgulamayı da sınırlandırıp kısıtlayabilir.²⁷

Bu hükme göre İngiliz hukukunda ispat araçları, hakim bir sınırlama getirmediği sürece serbestçe sunulabilir; taraf iddiaları her türlü delillerle ispat edilebilir.

Hakim, ancak, delillerin değerlendirilmesi konusunda sadece kendi getireceği kısıtlama ve sınırlamalarla bağlı olacaktır.

(iii) Hakim'in delillerin takdirinde serbest olması

İngiliz hukukunda hakim delillerin takdiri konusunda herhangi bir sınırlamaya tabi değildir. Hakim, ancak, kendisi delillerle ilgili bir sınırlama getirirse, kendi getirdiği sınırlama ile bağlıdır; onun dışında serbesttir.

BKUK'nun 1.1. maddesinde, en önde gelen amacın mahkemenin davaları adil bir şekilde halletmesini sağlamak olduğu; bunun diğerleri arasında, davaların hızlı ve adil bir şekilde ilgilenilmesinin sağlanmasını da içerdiği belirtilmiştir.²⁸

²⁶ Buna örnek olarak aşağıda Anton Piller Order'larına ilişkin açıklamalara bakınız.

²⁷ Madde 32.1 "The court may control the evidence by giving directions as to (a) the issues on which it requires evidence; (b) the nature of the evidence which it requires to decide on those issues; (c) the way in which the evidence is to be placed before the court. The court may use its power under this rule to exclude evidence that would otherwise be admissible. The court may limit cross-examination".

²⁸ Madde 1.1 "These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly. Dealing with a case justly includes Ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly..."

İngiliz hakim, öncelikle adaleti en iyi şekilde gerçekleştirmeye çalışacak; bunun için de öncelikle tarafların maddi gerçeğin tam ve doğru olarak ortaya çıkarmalarını ondan sonra adil bir karar vermeye çalışacaktır. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması sırasında İngiliz hakim konuya çabuk bir şekilde el atacak, ihtiyati ve koruyucu tedbirler olarak, yargılama sürecinde ortaya çıkabilecek haksızlıkları etkin bir şekilde önleyecektir. İngiliz hukukunda ihtiyati tedbirlerin çok çeşitli olması ve çok etkin ve sıklıkla uygulanması bundan dolayıdır.²⁹

İngiliz Hukukunda Delillerin Tespiti ve Muhafazası **Tedbirlerine Örnek – Anton Piller Order**

Burada İngiliz hukukunda delillerin tespiti ve muhafazası hususunda çok geniş uygulama alanı bulan bir örnekten de bahsetmekte yarar görüyoruz.

İngiliz hukuku, delillerin tespiti amacıyla belirli bir mevcut durumun (status quo) muhafazası veya üçüncü şahıslara karşı aksiyon alma açısından bir takım ihzari tedbirler öngörmektedir. Mevcut durumun muhafazası, örneğin davalının mal varlığının kaybolmasının önlenmesi, “Mareva Injunctions” olarak bilinen tedbir veya muhafaza kararları ile temin edilebilmektedir.³⁰ Davalının kendisinin veya tanıkların yurtdışına çıkmasının (kaçmasının) önlenmesi amacıyla ise *ne exeat regnum* olarak adlandırılan tedbir kararlarının verilmesi mahkemelerden istenebilmektedir.

Öte yandan hak sahibi, yasal yollara başvurma konusunda kararını verebilmek için, üçüncü şahısların, başkaları ile ilgili olarak uhdelerinde bulundukları belirli bilgileri, ifşa etmelerinin emredilmesini mahkemeden talep edebilir.³¹ Bu yöntem özellikle, tecavüzle ilgili bilgileri elinde

²⁹ İngiliz yargılamasında mahkemenin hızı, önüne gelen davayı ne kadar kısa sürede sonuçlandırdığına göre değil, hakimın uyuşmazlığa ne kadar kısa sürede el atabildiğine ve ön tedbirler alabildiğine göre değerlendirilir. İngilizler dava sürecini kısaltmak için yargılama kalitesinden veya masraflardan özveride bulunmazlar; yargılamanın sağlıklı ve tam bilgilendirilmiş olarak bir karar vermenin gerektiği kadar zaman almasını kabul ederler, ancak, sürecin uzamasının getireceği zararlara ve zorluklara karşı etkin tedbirler alırlar ve gelişen duruma göre değişiklik yaparlar. Böylelikle taraflar kendi aralarında uzlaşabilmek için mahkemeden gerekli yardımı görürler ve sonunda uzlaşırlar.

³⁰ İsim kaynağı olan dava: Mareva Compania Naviera v. International Bulk Carriers, 29 Ocak 1980, [1980] 1 All E.R. 213.

³¹ Türk hukukunda benzer bir hüküm Avukatlık Kanununun 2(son) maddesinde avukatlara görevlerini yerine getirmede kamu kurumlarının yardım edeceğine dair hükümdedir. Bu hükme göre, kamu kurum ve kuruluşları avukatlara istedikleri bilgileri vekaletname sunmadan, istedikleri belgelerin suretlerini ise

bulunduran üçüncü şahsın, gümrük komisyoncusu veya depo sahibi gibi direk veya dolaylı tecavüzcü olarak nitelenemeyeceği durumlarda faydalı olmaktadır.³²

İngiliz hukukunda delillerin tespiti ve muhafaza altına alınması ise Anton Piller Order olarak bilinen delil tespiti kararları (emirleri) ile etkin olarak sağlanmaktadır. Donaldson J tarafından "*hukukun iki nükleer silahından birisi*"³³ olarak tanımlanan Anton Piller Order, İngiliz hukukunda önemli bir tarihe sahiptir. Son zamanlarda, İngiliz medeni usul kuralları araştırma emri³⁴ olarak bilinen bu emirler, dayanağını ve ismini 1975 yılında gerçekleşen *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes*³⁵ davasından almaktadır.

Anton Piller KG v. Manufacturing Processes davasına konu uyuşmazlıkta, davacı Alman şirketi, ticari sır niteliğini haiz ve telif hakkına konu çizimlerinin İngiliz acenteleri olan davalılar tarafından rakiplerine ifşa edildiğinden şüphelenmekte idi. Bu şüphe ve tehlike davacının lehine ifade veren 2 davalı çalışanı ifadesi ve davalıların niyetini gösteren yazışma suretleri ile ortaya konulmuştur.

İngiliz hukukunda delil tespitinin temellerinden birini oluşturan karar, davalının gıyabında ve çok hızlı bir şekilde karara bağlanmıştır. Davacıların 26 Kasım 1975 tarihinde yaptığı gıyapta delil tespit başvurusu, İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesince³⁶ aynı gün reddedilmiş; temyizini 2 Aralık 1975 tarihinde dinleyen Temyiz Mahkemesi³⁷ 8 Aralık 1975 tarihinde yazılı kararını vermiştir.

Karar, mahkeme emrinin teknik anlamda bir arama emri olmadığını vurgulamaktadır. Çünkü arama emri ancak polis tarafından yerine getirilebilir iken, Mahkeme emri, davacıya davalının mülküne girme ve araştırma yapma yetkisi vermektedir. Dolayısıyla mahkeme emrinin uygulanması için bir icra memuru veya avukatın varlığı gerekli değildir. Herhangi bir tanığın tanıklığı ret edilmesi gibi, davalı da emrin yerine getirilmesini reddedebi-

vekaletname sunmaları üzerine vermek zorundadır. Gizlilik ve ticari sırlar söz konusu olduğunda ise verilmemektedir.

³² Norwich Pharmical v. Customs and Excise, House of Lords, [1972] Fleet Street Reports (F.S.R.) 405, ve Smith Kline and French v. Harbottle, High Court [1980], report on Patent Cases (R.P.C) 363.

³³ Bank Mellat v Nikpour [1985] FSR 82.

³⁴ Inspection order.

³⁵ Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd and others, Court of Appeal, 8 Aralık 1975, [1976] 1 All E.R.779

³⁶ High Court of Justice.

³⁷ Court of Appeal.

lır. Ancak bu durumda davalı, mahkemeye itaatsizlikten suçlanabilecek ve hapis cezasına çarptırılabilir.³⁸ Dolayısıyla, davalının emrin yerine getirilmesine izin verip vermeme konusundaki özgür iradesi bir müeyyide ve bunun oluşturduğu baskı ile karşı karşıyadır.

1990'ların başında görülen *Universal Thermosensors Ltd v. Hiben and others*³⁹ davasında ortaya konulan sebeplerle, davalının menfaatlerinin de hakkaniyete uygun bir şekilde dikkate alınması ve korunması amacıyla Anton Piller emirlerinin verilmesi ve uygulanması konusunda bir takım koşullar öngörülmüştür. Bu davanın sonucu olarak, 28 Temmuz 1994 tarihinde, Lordlar Kamarası Baş Hakimliği⁴⁰ tarafından Anton Piller emirlerinin verilmesi ve uygulanması şartlarını düzenleyen bir Uygulama Talimatı⁴¹ çıkarılmıştır.

³⁸ Mahkeme kararının oluşturulmasında ve verilmesinde, söz konusu davada davacı avukatı olan, daha sonra Yüksek Mahkeme Hakimi olan Hugh Laddie ve o tarihte En Yüksek Hakim (Master of the Rolls) olarak nitelendirilen Lord Denning'in katkısı büyüktür. Kararın gerekçelerinin bir kısım önemli noktaları şöyledir: "*Son 18 ayda, Adalet ve Nasafet Mahkemesi hakimleri, daha önce türüne rastlanmayan mahkeme emirleri oluşturmaktadır. Bunlar, bazı yönleri itibariyle arama emirleri ile benzerlikler göstermektedir. Bu emirler uyarınca davacı ve avukatları, belge incelemek amacıyla ve ancak davalının izin vermesi şartıyla davalının mülküne girmek konusunda yetkilendirilmektedir... Bu emirler, davacı avukatları da dahil olmak üzere hiç kimseyi, davalının rızası hilafına mülküne girme konusunda yetkilendirmemektedir. Aynı şekilde, davalının mülkünün kapılarının zorla açılması, arka kapıdan sızılması veya açık bir kapı veya pencereden içeri girilmesi konusunda da bir yetkilendirme söz konusu değildir. Bu emirler, sadece davalı rıza gösterdiği takdirde mülke girme ve inceleme yapma yetkisi vermektedir.*"

Davacı, davalının iznini almak zorundadır. Ancak emir şunu yapmaktadır: Söz konusu izni vermesi için davalı üzerinde baskı kurmaktadır. Daha fazlasını da yapmaktadır. Davalıya izin verme konusunda emir vermektedir. Tahminimce davalı, söz konusu izni vermemesi durumunda Mahkemeye itaatsizlikten suçlu bulunacaktır. Davacılar, bu emrin yerine getirilmesi sırasında her halükarda son derece dikkatli davranacaktır. İnceleme sırasında davacılar avukatları da katılmalıdır. Davalıya, emrin değerlendirilmesi ve kendi avukatlarına danışma imkanı tanınmalıdır. Eğer davalılar usule aykırı olarak elde edilen emirlerin iptalini talep etmek isterlerse, kendilerine bu imkan tanınmalıdır. Davalılar, mülklerine girilmesine izin vermezler ise, davacılar içeri girmek için zorlama yapmamalıdır. Davacılar, davalıların geri çevirmelerini kabul etmeli ve bu durumu mahkemenin dikkatine getirmelidirler. Davalılara ait belgelerin, dosyaların ve sair şeylerin incelenmesi ve bunların zapt edilmesi amacıyla davalıların, bir veya iki davacıya ve bunların bir veya iki avukatına davalıların mülküne girmesi için izin vermesi emredilmektedir."

³⁹ *Universal Thermosensors Ltd v. Hiben and others*, High Court, 5 Şubat 1992, [1992] 3 All E.R. 257.

⁴⁰ Lord Chief Justice.

⁴¹ Practice Direction.

Uygulama Talimatı, özellikle, emirlerin uygulanması sırasında bir denetleyici avukatın hazır bulunmasını, emirlerin Pazartesi ve Cuma günleri arasında sabah 09:30 ile akşam 17:30 saatleri arasında uygulanmasını ve girilecek mülkte sadece bir kadının hazır bulunması durumunda denetleyici avukatın kadın olması gerektiğini düzenlemiştir. Uygulama Talimatı, 1997 tarihli Medeni Usul Kanunu'nun 7. Bölümünde ve yukarıda belirtilen medeni usul kurallarında yer almak suretiyle yasal bir düzenleme niteliği kazanmıştır.

Anton Piller emirleri temel olarak, davalının mülküne girilmesine izin vermektedir. Mülke girme aynı zamanda, bilgisayarda bulunan dosyalardan çıktı almayı⁴² veya kilitli dolapların açılmasını ve açılması için anahtarlarının davalı tarafından temin edilmesi gerekliliğini de ihtiva etmektedir.⁴³

Anton Piller emirleri, ses ve video reproduksiyonunu sektöründe, büyük emek ve yatırımlar sonucu meydana getirilen film, kaset ve kayıtları kısa süreliğine elinde bulunduranların giriştiği ve hızla büyüyen korsanlığa karşı verilmiş bir cevap olarak doğmuştur.⁴⁴

⁴² English High Court, Gates v. Swift, 8 Temmuz 1982, [1982] R.P.C. 339.

⁴³ English High Court, Hazel Grove Music v. Elster Enterprises, 4 Mart 1983, [1983] F.S.R. 379.

⁴⁴ Fransız hukukunda da, fikri mülkiyet hakları ile ilgili olarak İngiltere'deki Anton Piller orderlarına benzer olan Türkçeye "Taklit Arama ve Zabıt Emri" olarak tercüme edebileceğimiz *Saisie contrefaçon* emirleri verilebilmektedir.

Fransız hukuk sisteminde, fikri mülkiyet haklarının tecavüzüne ilişkin delillerin tespiti ve muhafaza edilmesi amacıyla en çok kullanılan tedbir *saisie contrefaçon*'dur; tarihçesi, 31 Aralık 1791 ve 7 Ocak 1792 tarihli ilk Patent karar-namelerine kadar uzanmaktadır. Fransız teamül hukukunda gelişen *saisie contrefaçon*, 5 Temmuz 1844 tarihli Patent Kanununda yeniden düzenlenmiş ve nihayetinde Fikri Mülkiyet Kanununun L615-5. Bölümünde yer almıştır. Anton Piller emirleri gibi, *saisie contrefaçon* da davalının mülküne sürpriz bir ziyarete ve ilgili belge ve makinelerin araştırılmasına ve elde edilen delillerin zaptına izin vermektedir. Ancak *saisie contrefaçon*'u Anton Piller emirlerine göre içerdiği farklar dolayısıyla kendine özgü bir delil tespiti yöntemi olmaktadır. *Saisie contrefaçon*'un en önemli özelliği, davacının bu müesseseyi, güçlü bir davası olmaksızın da rastgele bir biçimde tecavüze dair delillerin tespit edilmesi için kullanabilmesidir. Anton Piller emirlerinden farklı olarak, olası tecavüze işaret eden deliller sunulmaksızın dahi, Mahkeme tarafından *saisie contrefaçon*'un verilmesi esastır.

İki türde verilebilen *saisie contrefaçon*'un ilkinde, sadece dökümanların ve makinelerin incelenmesine ilişkin olup, bu tür *saisie contrefaçon*'un verilmesi hakimnin takdirinde olmayıp, davacının hakkıdır. İkinci tür *saisie contrefaçon* ise, incelemenin yanı sıra delillerin zapt edilmesini de ihtiva eder, zapt edilmesi kararı ise davacının hakkı olmayıp, hakimnin takdirine tabidir.

Davalıya karşı girişilen delil tespiti müessesesinin etkin ve şaşırtıcı olması amacıyla *saisie contrefaçon* emri başvuruları da davalının gıyabında (*ex parte*) yapılır. Patent, marka, endüstriyel tasarım veya telif hakkı gibi bir fikri mülkiyet hakla-

Anton Piller emirlerinin değeri, davalı üzerinde oluşturduğu sürpriz etkiden kaynaklanmaktadır. Zaman geçtikçe bu emirler, daha detaylı ve zorlu bir hal almıştır. Bu emirlerle davalı, sadece mülküne girilmesine, araştırma yapılmasına ve gerekli görüldüğü takdirde belge, kayıt ve ürünlerden suret alınmasına izin vermeye zorladığı gibi aynı zamanda yeminli bir ifade ile korsan ürünlerin çoğaltılması, satılması ve dağıtılması işine iştirak eden kişilerin isim ve adreslerini açıklamaya ve bu ürünlerin satılmasına veya teklif edilmesine dair belgelerin bir listesini hazırlamaya da zorlanmaktadır. Buna ilaveten Mahkeme, emirlerin uygulanması aşamasında gerekli gördüğü durumlarda, hukuki danışmanlık alma hakkı saklı kalmak kaydıyla davalının, hukuki prosedürün varlığını üçüncü şahıslara haber vermesinin yasaklanması hususunda da ihtiyati tedbir kararı verebilir.

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi⁴⁵ **(“LCIA”) Tahkim Kurallarında İfşa**

1 Ocak 1998'den beri yürürlükte olan LCIA Tahkim Kuralları da İngiliz devlet mahkemelerindeki gibi bir ifşa sistemini benimsemiştir. LCIA Tahkim Kuralları madde 15.2 ve 15.3'e göre davacı dava dilekçesinde, diğerleri arasında, tahkim talebinde beyan etmiş olmak kaydıyla, dayandığı vakıaların detaylı bir açıklamasını yapacak; ve davalı da cevap dilekçesinde dayandığı vakıaların detaylı bir özetini yapacak ve ayrıca davacının iddialarını kabul veya red ettiğini beyan edecektir. LCIA Tahkim Kuralları m.15.6'ya⁴⁶ göre taraflardan her birisi, iddiasını dayandırdığı ve kendisinde bulunan belgeleri, eğer bu belge hali hazırda bir başka tarafça sunulmamış ise, dilekçelerinin ekinde sunmak zorundadır. Bunların çok fazla olması halinde listesinin verilmesi ve önemli olanlarının suretlerinin sunulması gerekir.

LCIA Tahkim Kuralları'nın “Hakem Heyeti'nin İlave Yetkileri” başlıklı 22. maddesi, hakemlere, “ifşa ve ibraz” ile ilgili olarak geniş yetkiler tanımaktadır. Bu madde ile hakem heyetine ABD hukukundaki ifşa/ibraz'da⁴⁷ olduğu şekilde bir ifşa ve ibraz kararı verip vermeme ve kapsamını belirleme yetki-

rının mahkemeye sunulması şartıyla verilir. Bu haklar için tescil başvurularının yapılmış olması patentin Brüksel veya Lugano Konvansiyonu üye ülkelerinden bir tanesinde tescilli olması da yeterli görülmektedir. Fransa ile birlikte, *saisie contrefaçon* emirlerinin benzerleri, Belçika, İspanya, İtalya ve Danimarka'da da uygulanmaktadır.

⁴⁵ The London Court of International Arbitration.

⁴⁶ “All statements referred to in this Article shall be accompanied by copies (or, if they are especially voluminous, lists) of all essential documents on which the party concerned relies and which have not previously been submitted by any party, and (where appropriate) by any relevant samples and exhibits.”

⁴⁷ Discovery.

leri verildiği görülmektedir.⁴⁸ Gerçekten de Madde 22.1(e)⁴⁹ hakem heyetine, bir tarafın başvurusu üzerine veya kendiliğinden harekete geçerek, bir tarafın, sahip olduğu, elinde veya nezaretinde bulunan ve hakem heyetinin ilgili bulduğu bir takım belgeleri veya belgeler bütününe karşı tarafın veya heyetin incelemesi için ortaya çıkarmasını ve ibraz etmesini emretme yetkisini açıkça tanımaktadır. Bir başka deyişle, hakem heyetinin taraflardan birinden belgelerin ortaya çıkartılmasını/ibraz edilmesini isteme yetkisi vardır. Aynı şekilde Madde 22.1(d)'de⁵⁰ hakem heyetine, bir tarafa kontrolünde bulunan ve tahkimin esasına ilişkin bir malı veya mahalli veya bir şeyi diğer tarafın, hakem heyetinin veya gerek diğer tarafın gerek heyetin bilirkişilerinin araştırma yapması ve incelemesi için uygun bulundurmasını emretme yetkisini tanımaktadır. Benzer bir şekilde, Madde 20.5 gereğince, hakemler, kural olarak taraflarca sorgulanan tanıklara, kendileri de diledikleri herhangi bir zamanda soru sorabilirler.⁵¹

Amerika Birleşik Devletleri Yargılamasında İfşa

İfşa/ibraz ve keşif hususu ABD Federal Usul Kanunu'nun ("FUK") "İfşa ve Keşif"⁵² başlıklı 5. bölümünde Birleşik Krallık sistemine benzer şekilde düzenlenmiştir. ABD hukukunda söz konusu ifşa/ibraz "İlk İbraz"⁵³ ve "Yargılama Öncesi İbraz"⁵⁴ olmak üzere iki aşamalıdır.

⁴⁸ Javier, H, RUBINSTEIN, International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law traditions, Chicago Journal of International Law, July 2004, s. 2.

⁴⁹ LCIA 22.1(e) "to order any party to produce to the Arbitral Tribunal, and to the other parties for inspection, and to supply copies of, **any documents or classes of documents in their possession, custody or power which the Arbitral Tribunal determines to be relevant**".

⁵⁰ LCIA 22.1(d) "to order any party to make any property, site or thing under its control and relating to the subject matter of the arbitration available for inspection by the Arbitral Tribunal, any other party, its expert or any expert to the Arbitral Tribunal".

⁵¹ ICC Kurallarına göre Hakem Mahkemesi'nin davaya konu olayda tüm maddi geçi ortaya çıkarmakla görevli oldukları ve gerekirse bunun için de re'sen araştırma yapabilecekleri sonucu çıkmaktadır. Buna karşın IBA Tahkim Kuralları ve UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın tarafların iddialarını ve iddialarında yer alan belgeleri ibraz etmeleri, diğer tarafın elindeki belgenin ibrazı için ise hakemlerin karar alması öngörülmektedir.

⁵² Disclosures and Discovery.

⁵³ Initial Disclosure.

⁵⁴ Pre-trial Disclosure.

FUK'nun 26. maddesinin ilk bölümünde düzenlenen⁵⁵ ilk ibraz müessesesi ile taraflar, henüz iddialarını ayrıntılı olarak ortaya koymadan önce, karşı tarafın hâkimiyetinde bulunan ve dava ile ilgili her tür belge ve dokümana kapsamlı biçimde erişebilmektedir.⁵⁶ Bu usule göre taraflar, diğer taraftan (i) iddia ve savunmasında dayanabileceği ifşa ve ibraz kapsamındaki bir bilgiye vakıf olması muhtemel olan kişilerin, isim, adres ve telefonlarını, (ii) elektronik ortamda saklananlar dahil elinde veya kontrolü altında bulunan tüm belgelerin, suretlerinin sunulmasını veya yerlerinin bildirilmesini isteyebilir.⁵⁷ Taraflar, ifşa ve ibraz yükümlülüklerini yasada veya mahkemece belirtilen süre içinde yerine getirmek zorundadır.

Kanununun 26. maddesinin üçüncü fıkrası; yukarıda bahsedilen ilk ibraz usulü dışında, "Pre-trial Disclosure" denilen ve Türkçe'ye "Yargılama Öncesi ifşa/ibraz" diye tercüme edilebilecek olan ikinci bir ibraz prosedürü öngörülmüştür. Buna göre; taraflar, diğer tarafa; tanıklarının ad, soyad, adres ve telefon numaralarını bildirmek; iddiasını dayandıracığı her türlü belge ve delile ilişkin bilgiyi ifşa ve ibraz etmek zorundadır.

Yargılama Öncesi İbraz, mahkeme tarafından aksi öngörülmedikçe duruşmadan en az 30 gün öncesine kadar tamamlanmış olmalıdır. Bu sürenin bitiminden itibaren 14 gün içinde, taraflar ibraz edilen delillere ilişkin itirazda bulunabilirler. Söz konusu itirazlar gerekçeli olmalıdır. Yukarıda bahsi geçen tüm deliller, mahkemece aksi öngörülmedikçe yazılı olarak sunulmalıdır.

Söz konusu 26. maddenin ikinci bölümünde, ifşa/ibraz ve keşfin kapsamı ve sınırları düzenlenmiştir. Buna göre mahkemece herhangi bir sınırlama getirilmediği takdirde ibrazın kapsamı şöyledir: Taraflar; taraflardan herhangi birinin iddia ya da savunması ile ilgili olan ve ayrıcalığı olmayan her tür husus konusunda bulgu elde edebilir. Bu hususlar; belgelerin varlığı, tanımı, niteliği, kimin elinde bulunduğu, koşulları ve bulunduğu yere ilişkin olabileceği gibi; ibraz etmeye değer bir husus hakkında bilgi sahibi olan kişilerin kimlikleri ve bu kişilerin buldukları yere ilişkin bilgiler de olabilir. Mahkeme, makul sebeplerin varlığı halinde dava konusuna ilişkin her türlü hususun ifşa ve ibraz edilmesine karar verebilir. İlgili bilgilerin delil olarak kabul edilebilir olmaması⁵⁸ (bu bilgilerin ifşa ve ibrazı gereken bir delile götürmesi halinde) ifşa ve ibraz edilmesine engel teşkil etmez.

⁵⁵ m. 26/a/1.

⁵⁶ Gökçe NAZAR UZAR, Milletlerarası Tahkimde Delillerin İkamisine İlişkin Yaklaşımlar ve Milletlerarası Barolar Birliği (IBA) Kuralları, s. 1175.

⁵⁷ Marka KHK m. 65'te benzer bir düzenleme vardır. Ancak bize göre söz konusu 65. maddenin Türk Hukukunda işletilmesi; ya da TRIPS'de öngörülen sonucu sağlaması olanaksızdır.

⁵⁸ Inadmissible.

26. madde uyarınca her bir taraf, davanın açılması ile birlikte, mahkemenin, diğer tarafın zilyedliğinde bulunan ve iddia veya savunma için dolaylı ya da doğrudan önem taşıyan tüm dokümanları ve sair delilleri ibraz etmesini talep edebilir.⁵⁹

Madde 34 belgelerin, elektronik ortamda saklanan bilgilerin ve diğer varlıkların sunulması, arazi keşfi gibi hususları düzenlemektedir. Buna göre; taraflar, diğer taraftan, (i) elinde ya da kontrolü altında olan ve delil olarak gösterilmiş olan⁶⁰ her tür belgeyi, elektronik ortamda saklanan bilgiyi, yazıyı, çizimi, tabloyu, fotoğrafı, ses kaydını, resmi ve herhangi başka bir veriyi, (ii) herhangi bir maddi varlığı sunmasını, ya da (iii) delillerin bulunması için belirlenmiş bir araziye ya da yapıya girilmesine ve yerinde inceleme yapılmasına izin vermesini talep edebilir.⁶¹

Ne var ki; böyle bir talep, incelenmek istenen her kalemi ayrıntılı bir şekilde tanımlamalı, incelemede bulunmak için makul bir zaman, mekan ve yöntem ve elektronik ortamda saklanan belgelerin çoğaltılması için de bir usul önermelidir. Aynı maddede diğer tarafa cevap verme, itirazda bulunma hakları tanınmış olup bu hakların kullanılması belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır.

FUK'nun 26 (g) maddesi 26 (a) maddesi kapsamında yapılan her tür ibrazın, ibraz ve keşif taleplerinin, cevaplarının ve itirazlarının imzalanacağını öngörmektedir. Buna göre madde 26 kapsamında yapılan tüm ibraz ve keşif, ibraz ve keşif talepleri, cevapları ve itirazları taraflar tarafından şahsen ya da vekilleri tarafından vekillerin kendi adına imzalanmalıdır. Aynı madde bu belgeler üzerine atılan imzanın etkisinin ne olacağını da düzenlemiştir. Buna göre; taraflar ya da taraf vekilleri imza atarak makul bir soruşturma sonrası oluşan bilgileri dâhilinde: (i) ibrazın tam ve yapıldığı tarih itibarıyla doğru olduğunu; (ii) keşif talebi, cevabı ve itirazının kanun hükümleri ile uyumluk içinde olduğunu doğrularlar.

Eğer yukarıda belirtilen doğrulama beyanının doğru olmadığı anlaşılırsa hakim uygun bir hukuki yaptırım uygulanmasına, örneğin bu nedenle oluşabilecek karşı tarafın masraflarının ödenmesine, karar verebilir. Bununla birlikte doğrulamanın yanlış olduğu anlaşılırsa bu durumda taraflar ve/veya avukatları US Code'un 1621. maddesi uyarınca cezai bir yaptırıma tabi ola-

⁵⁹ UZAR, s. 1177.

⁶⁰ Any designated documents.

⁶¹ A party may serve on any other party a request within the scope of Rule 26(b) (...) to permit entry onto designated land or other property possessed or controlled by the responding party so that the requesting party may inspect, measure, survey, photograph, test or sample the property or any designated object or operation on it.

bilirler. Söz konusu 1621. maddenin (a) bendinde bir kimsenin yemin ettiği hususlarda bilerek ve isteyerek yanlış bir beyanda bulunur ise para cezasına ve/veya 5 yıldan fazla olmamak üzere hapis cezasına çarptırılacağı öngörülmüştür. Aynı maddenin (b) bendinde ise, bir kimsenin, (yemin etmeksizin) yapmış olduğu herhangi bir beyanda veya ibraz ettiği belgelerde ve doğrulamalarda önemli hususlar hakkında bilerek ve isteyerek yanlış beyanda bulunmasının aynı cezai yaptırıma tabi olacağı belirtilmiştir. Ancak (b) bendinin uygulanması için bu beyanın US Code'un 1746. maddesinde öngörülen "perjury cezasına tabi olarak" anlamına gelen "*under penalty of perjury*" olarak adlandırılan bir beyanla birlikte yapılmış olması gerekir. Bu beyanın⁶² Türkçesi şu şekilde tercüme edilebilir: "*Yukarıdaki hususların doğru ve tam olduklarını Beyan ve tasdik ederim.*" FUK'nun 26 (g) maddesi çerçevesinde atılan imza ile imza sahibinin kendisi tarafından ibraz edilen belgelerin tam ve doğru olduğunu tasdik ettiği için bu nitelikteki bir doğrulamanın yanlış olduğu ortaya çıkar ise imza sahibi bu durumda 1621. maddenin (b) bendi uyarınca cezai yaptırıma tabi olabilir.

FUK'nun 37. maddesi tarafların ibraz ya da keşif sürecinde diğer tarafa yardımcı olmamalarının sonucunu düzenlemektedir. Buna göre; taraflardan birinin ibraz ya da keşif görevini yerine getirmemesi halinde, diğer taraf mahkemeye başvurup söz konusu tarafı mahkeme emri ile ifşa/ibraz ve keşfe zorlayabilir.⁶³ Bu durumda mahkeme ayrıca, ibraza zorlayan tarafın masraflarının bu yükümlülüğe uymayan kişi veya bu kişiye hukuki yardımda bulunan avukatı tarafından tazmin edilmesine karar verir. Ayrıca mahkeme keşif emrine uyulmaması durumunda (i) emirde belirtilen olguların karşı tarafın belirttiği şekilde ispatlanmış olduğuna karar verebilir, (ii) emre uymayan tarafı emirde belirtilen delilin ilgilendirdiği iddia ve savunmaya karşı delil ve dayanak göstermekten yasaklayabilir, (iii) emre uyuncaya kadar müteakip dava muamelelerini durdurabilir, (iv) davayı kısmen veya tamamen kabul veya reddedebilir.

Taraflar yukarıda açıklanan 26(a) maddesi hükmünde öngörülen bilgi, belge ve tanıkları ifşa ve ibraz etme yükümlülüğünü yerine getirmemezse, yargılama öncesinde ve sırasında bunlara dayanamaz. Ancak haklı bir sebep öne sürerse, ya da bu yükümlülüğü yerine getirmemesi herhangi bir zarara sebep olmamışsa, taraf ibraz etmediği ya da keşif amaçlı sunmadığı belgelere, bilgilere ve tanıklara dayanabilir. Bu yükümlülüğe aykırı davranan taraf için mahkeme yukarıda belirtilen (i) – (iv) arasında belirtilenler de dahil olmak üzere münasip bir ceza öngörebilir ve karşı tarafın bu sebeple uğradığı zararların tazminine hükmedebilir.

⁶² "I declare (or certify, verify or state) under penalty of perjury that foregoing is true and correct."

⁶³ Madde 37/4'e göre; hileli ya da tamam olmayan ibraz ve keşifler de ibraz/keşif görevinin yerine getirilmemesi olarak kabul edilmektedir.

Avrupa Birliği - 29 Nisan 2004 Tarih ve 2004/48/EC Sayılı Direktif⁶⁴

Avrupa Birliği'nde fikri mülkiyet haklarının etkin olarak korunması ve icra edilebilmesi amacıyla çıkarılan 29 Nisan 2004 tarihli 2004/48/EC Direktifin Direktifin "Deliller" başlığını taşıyan 6. Maddesinin (1). paragrafı uyarınca, üye ülkeler, gerekli düzenlemeler yaparak, yeterli ve makul delil sunulması durumunda, adli mercilerin karşı tarafın elinde bulunan delillerin sunulmasını emretme yetkisine sahip olmasını sağlayacaklardır. Bu hüküm TRIPS'in Deliller başlıklı 43(1). Maddesi ile tamamen aynıdır.

Direktifin "Delillerin Muhafazası için Tedbirler" başlığını taşıyan 7. Maddesinin (1). bendi, delillerin çıkarttırılması (ifşa ve ibraz ettirilme) talebinin dava içinde veya dava açılmadan önce yapılabileceğini, delillerin çabuk ve etkin tedbirlerle muhafaza altına alınmasını öngörmektedir.

İngiliz hukukunun Anton Piller ve Fransız hukukunun *saisie contrefaçon* kuralları ile karşılaştırıldığında, Direktifin öngördüğü delil tespiti müessesesinin çok etkin olmadığı görülmektedir. Direktifin gıyapta (*ex parte*) başvuruyu belirli şartların varlığına tabi tutması, başvuranın hak sahipliğini yeterli görmeyerek tecavüze dair delil şartı araması direktif ile getirilen düzenlemenin zayıf noktalarıdır. Direktif, Amerikan Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu'nun⁶⁵ katı ve efektif olmayan yaklaşımını taklit etmekle itham edilmiş ve yoğun bir şekilde eleştirilmiştir.

Türk Hukukunda İspat ve İspatın İfşaya Etkisi

İspat Yükü ve Kapsamı

MK m. 6'daki genel kural gereğince, kural olarak (yani kanun hilafını emretmedikçe)⁶⁶, "*iki taraftan her biri müddeasını ispata mecburdur.*" Bu hükmü, kaynak İsviçre Medeni Kanunundaki (m. 8'deki) gibi "*bir vakiyadan kendi lehine haklar çıkararak taraf, o vakiayı ispat etmelidir*" şeklinde anlamak gerekir. Bu bağlamda ispat yükü kural olarak önce davacıdadır.⁶⁷ Ancak,

⁶⁴ Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Enforcement of Intellectual Property Rights.

⁶⁵ Digital Millennium Copyright Act

⁶⁶ Kanun bazı hallerde ispat yükünün kime ait olduğunu açıkça göstermiştir. Örneğin; haksız fiilde zararı ispat etme yükününün davacıda olduğuna dair BK m. 42, sigorta edilen malın değerinin poliçede gösterilenden az olduğunu iddia eden sigortacının ispat yüküne ilişkin TK m. 1300-2, bir ürünün üretim usulü için alınan patentlerde, usule tecavüz etmediğini iddia eden davalının tecavüz etmediğini ispat etmekle yükümlü olduğuna dair Patent KHK m. 136(3) gibi.

⁶⁷ Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü Hukuku, Cilt 2, s. 1975.

ispat yükü bazı durumlarda yer değiştirir.⁶⁸ İspat yükü hakkında taraflar bir sözleşme yapmışlarsa ispat yükü bu sözleşmeye göre tayin edilir.

İspat yükü normal durumun aksini ispat eden kimseye düşer. Aşıkâr olan, malum ve meşhur olan vakıalara veya ikrara dayandıran kimse ispat yükünden kurtulur. Kanuni karineler de ispat yükünün istisnasını teşkil eder. Bazı hallerde kanun kesin karineler belirlemiştir. İddiasını kanuni karineye dayandıran tarafın ispat yükümlülüğü olmadığı gibi karşı taraf da bunun aksini ispat edemez. Bunlar kesindir, hakimin dahi takdir hakkı yoktur.⁶⁹ Kanun bazı hallerde de aksi ispat edilebilir karineler kabul etmiştir. Bu gibi karinelerin aksi ispat edilebilir.⁷⁰

İspat Vasıtaları (Deliller) ve İspat Gücü

Türk hukukunda delillerin, değerlendirilmelerinde hakimi bağlayıcı nitelikte olup olmadıklarına bağlı olarak Kesin Deliller ve Takdiri Deliller olarak iki ana gruba ayrı sınıfa ayrıldığı kabul edilmektedir. Kesin deliller ikrar (m. 236), kesin hüküm (m. 237) senet (m. 287 vd.) ve yemin (m. 377 vd) olmak üzere dört tanedir. Kesin deliller hakimi bağlayıcı niteliktedir.⁷¹ Hakim kesin delillerden biri ile, örneğin bir senet ile ispat edilen bir vakıayı, ispat edilmiş (doğru olarak) kabul etmek zorundadır; yani, hakimin bu delilleri takdir yetkisi yoktur. Buna mukabil hakim, tanık (m. 245 vd), bilirkişi (m. 275 vd) keşif (m. 363 vd) gibi takdiri delilleri serbestçe takdir eder (değerlendirir).⁷²

HUMK'a göre belirli bir meblağı aşan hukuki işlemler ve senede karşı olan iddialar kural olarak sadece senetle (kesin delille) ispat edilebilir.⁷³ HUMK m. 288 gereğince değeri 550 TL'dan yukarı olan hukuki işlemlerin

⁶⁸ KURU, s. 1972.

⁶⁹ Örneğin rızası fesada uğrayanın bir yıl geçtikten sonra icazet vermediğini ispat edemeyeceği hakkındaki BK m. 31, Tapu siciline kayıtlı olan hususların bilinmediğinin iddia edilemeyeceğine dair MK m. 1020(2) gibi.

⁷⁰ Örneğin Taşınmazlarda tescilin mülkiyete karine olduğuna dair MK m. 992, taşınır bir malın zilyedinin onun maliki sayılacağına dair MK m. 985, Resmi sicil ve senetlerin doğru olmadığı ispat edilinceye kadar doğru olduğunun kabul edileceğine dair MK m.7 gibi.

⁷¹ Kesin deliller, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda kural olarak hakimi bağlayıcı nitelikte iken *kendiliğinden araştırma* ilkesinin söz konusu olduğu davalarda hakim, kesin delillerle dahi bağlı değildir. NART, s 207.

⁷² KURU, ARSLAN, YILMAZ, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 2008, s. 386.

⁷³ HUMK m. 288: "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri beş yüz elli milyon lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir."

senetle ispat olunması zorunludur.⁷⁴ İspat sınırı, hukuki işlemin tümünün değerine göre belirlenir. Senetle ispat zorunluluğu sadece hukuki işlemler hakkındadır.⁷⁵ HUMK m. 290 gereğince senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı def'i olarak ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler 550 TL'dan az miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz. Ancak HUMK m. 236 gereğince sulh görüşmesi sebebiyle yapılanlar hariç dava içinde ve dışında yapılacak ikrarlar taraflar ve hakimi bağlar ve eğer bir taraf, senetle ispatı gereken bir konuda bir ikrarda bulunursa bu ikrar hakimi bağlar. Örneğin, bir senedin ödenerek bedelsiz kaldığının dilekçede ikrar edilmesi, ödemeye dair yazılı bir belge sunulmamış olsa bile, hakimi bağlar.

Haksız fiiller, maddi vakıalar ve haksız iktisaplar takdiri delillerle ispat edilebilir.⁷⁶ Senet, diğerlerine oranla uygulamada en çok görülen kesin delil olduğu gibi Türk hukukunda uygulanan kanuni delil sisteminin en çarpıcı örneğini teşkil eder.⁷⁷

Ancak Türk Medeni Usul hukukundaki kesin delil anlayışının dar ve katı olması hakimin maddi gerçeğe ulaşmasını daha da zorlaştırmaktadır. Zira, senede karşı senetle ispat ve 550 TL'yi geçen hukuki işlemlerde senetle ispat zorunluluğu hakimlerin karar verme aşamasında elini kolunu bağlamaktadır.⁷⁸ Gerçekten de senedin gerçeği yansıtmaması halinde dahi, hakim senet içeriğine göre karar vermek zorunda kalacaktır. Hakimin senede bu derece bağlı olması uyuşmazlık hakkında çabucak bir karar verilmesini sağ-

⁷⁴ HUMK m. 293: "Aşağıdaki hallerde her halde şahit ikame olunabilir: (1) usul ve furu, birader hemşire veya karı koca ve kaynpeder ve valide ile damat ve gelin arasındaki muameleler, (2) cürümden mütevellit olsun olmasının tazminatı müstelzim fiiller, (3) Yangın veya kazayı bahri veyahut düşman istilası gibi senet alınması müşkül hallerde yapılan muameleler, (4) Halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede raptı müteamil olmayan muameleler, (5) Akitlerde hata, hile, gabin, cebir ve ikrah vukuu."

HUMK m. 294: "Nagehani bir hadise veya mücbir sebep ile senedin sahibi yedinde veyahut her ne suretle olursa olsun alelusul tevdi olunan resmi memur nezdinde zayı olduğu hakkında kanaatbahş delil ve emareler mevcut olduğu takdirde şahadetle dava ispat olunabilir."

⁷⁵ PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, Medeni Usul Hukuku, 2007, s. 475.

⁷⁶ KURU, s.2076.

⁷⁷ Bu nedenle de *kesin delille ispat* yerine çoğunlukla *senetle ispat* tabiri kullanılmaktadır.

⁷⁸ NART, s 210: "Türk Medeni Usul Hukuku ile Alman Medeni Usul Hukukunda hakim, delillerin değerlendirilmesinde serbest bir şekilde hareket edebilmesine rağmen, bu serbesti, Türk Hukukunda, Alman Hukukuna nazaran oldukça kısıtlanmıştır. Senede karşı senetle ispat ve 460 TL'yi geçen hukuki işlemlerde senetle ispat zorunluluğu hakimi, maddi gerçeğe ulaşmasında büyük oranda sınırlandırmaktadır."

layacak ve ayrıca hakimın kararının denetlenmesini kolaylaştıracaktır; ancak, senede bu derece bağıllık gerçeğe aykırı olarak karar verilmesine neden olabilir. Başka bir deyişle kesin delil ile ispat kuralının katı şekilde uygulanması mahkemelerce maddi gerçeğe aykırı kararlar verilmesine neden olabilecektir. Bu ihtiyaçtan olsa gerektir ki kesin delil sistemine bir takım istisnalar getirilmiştir.⁷⁹

HUMK'ta⁸⁰ vakıaların ispatında kabul edilen bir⁸¹ araç da emarelerdir. Emare, bir iddianın doğrulanması konusunda kanaat edinmeye elverişli olmakla birlikte ispatı için yeterli değildir. Hakim emareye dayalı olarak tam bir kanaate ulaşamaz. Ancak, emarenin de tutarlı, vakıaları kısmen de olsa açıklayıcı ve ikna edici güce sahip olması gerekir.⁸² Hakimın reddinde ve ihtiyati tedbire ve ihtiyati hacize emarelere göre karar verilebilir.

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Ticaret Kanunu ispat vasıtalarını hakimın takdir hakkına getirilen kısıtlamaları yumuşatmakta; ancak, mahkemeye gerçeğin tam ve doğru olarak ifşa edilmemesi sorununa köklü bir çözüm getirmemektedir.⁸³

⁷⁹ Nitekim, HUMK m. 292 senetle ispatı gereken hususlarda bir yazılı delil başlangıcı varsa tanık dinlenilmesine izin vermekte; böylelikle hakim takdir yetkisindeki kısıtlama yumuşatılmaktadır. Yazılı delil başlangıcı, iddianın tamamen ispatına yetmemekle birlikte bunun vukuuna delalet eden ve aleyhine ibraz edilmiş olan taraftan sadır olmuş bulunan belgelerdir. Bir belgenin yazılı delil başlangıcı olarak kabulü için; yazılı bir belge bulunması, belge aleyhine ileri sürülen tarafından verilmiş olması ve belgenin, hukuki işlemi tam olarak ispat etmemekle birlikte vukuuna delalet etmesi gerekir. HUMK m. 330'daki ibraz mükellefiyetinin etkin işletilmesi durumunda m. 292 hükmünün ispat konusundaki zorluklara aşmada ilginç imkanlar ortaya çıkaracak; sınırlamaları önemli ölçüde yumuşatacak ve ispat ve takdir sorunlarına önemli çözümler getirecektir.

⁸⁰ Örneğin m. 236(4)'teki mahkeme dışındaki ikrar hakkında, m.9'daki "ortak yetkili mahkemenin emare ile ispatı hakkında, m. 34'teki hakimın reddi nedenlerinin ispatında, m. 294'teki senedin kaybolduğu iddiasının emare ile ispatında, m. 101 ila 113/A'daki ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizdeki emare ile ispat hakkında.

⁸¹ NART, s 230; Atalay, s. 8 vd.: "Hukukumuz açısından emarelerin ispat konusu oluşturup oluşturmadığı hususu Türk Hukuku açısından uygulanabileceği genel olarak kabul edilmektedir."

⁸² Arwed BLOOMEYER, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Takdiri, AÜHFD. 1968, s.172

⁸³ Yeni HMK'nda. "senet" yerine "belge ve senet" ibaresi kullanılmış olmasının, yazılı delil başlangıcı kavramının delil başlangıcı olarak tanımlanmasının hakimın eline daha fazla ispat vasıtası vermenin önünü açtığı, yazılı delil başlangıcı ifadesi yerine delil başlangıcı ifadesi kullanılmasının, senetle ispat kuralının yumuşatılması açısından önemli bir imkân sağladığı, yazı kelimesinin kaldırılmış olmasının serbest delil sistemine geçiş olanağını önemli ölçüde arttıracacağı, böylelikle hakimın olanaklarının artırıldığı ifade edilmektedir. Ayrıca Yeni Ticaret Kanunu, ticari defterlerin kanuni delil niteliğini ortadan kaldırmaktadır.

Delillerin Takdiri

Delillerin ispat gücü hakim delili takdir yetkisini de şekillendirmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 240. maddesi uyarınca hakim, kanundaki istisnalar dışında, delilleri serbestçe değerlendirir. Kanunda gösterilen hallerde ise hakim, delillerle bağlıdır. Bu hüküm çerçevesinde hakim, kesin delillerle ispat gereken hallerde serbest değildir.⁸⁴ Nitekim hakim, takdiri delilleri serbestçe değerlendirebilirken kesin delil söz konusu olunca bu deliller ile kural olarak bağlı olmaktadır.⁸⁵ Kesin delillerin varlığı durumunda: hakim, kesin delil ile ortaya konulan vakıanın doğruluğunu kabul etmek ve buna uygun karar vermek zorundadır.⁸⁶ Bu yönüyle, hakim delilleri değerlendirme konusunda serbest olmadığı en önemli alan kesin delillerdir. Dolayısı ile Türk hukukunda hakim delilleri değerlendirme konusunda serbest olmakla birlikte bu yetki kesin delillerle sınırlandırılmıştır.

İfşa Yükümü ve Kapsamı

Hukuk davalarında esasen taraflarca hazırlanma ilkesi uygulanmaktadır.⁸⁷ Bu ilkeye göre, davaya ve savunmaya esas olan vakıaların ve buna ilişkin delillerin taraflarca mahkemeye bildirilmesi esastır. Hakim, re'sen, ancak bilirkişi, keşif ve yemin delillerine başvurabilir. Diğer bir deyişle hakim, kural olarak uyuşmazlık hakkında karar vermek için, vakıalar hakkında tarafların yaptıkları bilgilendirme ile yetinmek zorunda olup, istisnai haller dışında vakıa veya delil sorgulaması yapamaz.⁸⁸ HUMK m. 29(1) gereğince hakim, iddia ve savunma konusunda taraflara yardım edemez, yol gösteremez. Hakim, ancak dilekçede müphem hususlar varsa bunların açıklanmasına karar verebilir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus da isticvap müessesidir. Bilindiği üzere isticvap bir tarafın kendi aleyhine olan belli vakıalar hakkın-

⁸⁴ Serdar NART, Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz9-1/snart.pdf>, s 208.

⁸⁵ Kamil M. YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, 1990, s. 35.

⁸⁶ HUMK m. 287(2) gereğince taraflar önceden delil sözleşmesi yaparak, normalde senetle ispatı zorunlu olan belli vakıaların tanıkla veya başka takdiri delillerle ispatlanabileceğini kararlaştırabilirler. Yabancı hukukun tatbiki icap eden hallerde ispat yükü o hukuka göre tayin edilir.

⁸⁷ İbrahim AÇAN, Delil, Ankara Barosu Dergisi, 1975 Temmuz-Ağustos, S.4, s.478, "Ceza davalarında resen araştırma prensibi caridir. Hakim veya mahkeme davanın ispatı için gereken bütün delillere resen başvurur. Ceza usulünde delil serbestisi esastır. Her şeyin her şeyle ispatı ceza usulünde kaidedir."

⁸⁸ Bununla birlikte hakim, konusu üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri boşanma ve evlenme butlanı gibi davalarda re'sen delil araştırabilir.

da sorguya çekilmesi demektir.⁸⁹ Her ne kadar hakim burada da tarafları dinliyor ise de buradaki dinleme taraflarca ileri sürülen vakıa ve deliller hakkında müphem veya çelişik gördüğü hususların dinlenilmesinden farklıdır. Nitekim HUMK m.213(1) gereğince hakim tarafları veya vekillerini çağırarak davanın maddi olguları hakkında beyanlarını dinleyebilir. Taraf veya vekili bu yöndeki bir çağrıya icabet etmezse yaptırımı yoktur. Ancak, HUMK m. 230 vd. gereğince taraflardan birinin isticvabına karar verilirse durum farklıdır. İsticvaba çağrılan taraf özrü olmadan ve bizzat gelmediği veya gelip de soruları cevaplamadığı takdirde HUMK m. 234 gereğince sorulan vakıaları ikrar etmiş sayılır.

İsticvap edilecek kişi isticvap konusu vakıa aleyhine olan ve bu nedenle isticvabına karar verilmiş olan tarafın bizzat kendisidir. Taraflar dışındaki üçüncü kişilerin isticvap edilmesine imkân yoktur.⁹⁰ Taraf, isticvabı sırasında ikrarda bulunursa hakim bu ikrar ile bağlıdır. İsticvap, ikrar ile ya da inkar sonucunda bir tarafın iddiaları bakımından kendisi ile çelişkiye düşmesi ile sonuçlanabilir. Bu niteliği ile isticvap maddi vakıaların ortaya konulup şüpheden ari olarak aydınlatılmasında önemli bir yer tutabilir.

Türk hukukunda hakim, HUMK m. 236 gereğince, tarafların, sulh amacıyla yapılanlar dışındaki ikrarları ile bağlıdır. İkrar, tarafların iddia edilen bir olay ile ilgili olarak ya iddiayı aynen kabul etmek veyahut da kendiliğinden bir beyanda veya kabulde bulunması ile ortaya çıkabilir. Tarafların uyuşmazlık ile ilgili olarak ileri süreceği beyanlar sırasında bir çok konuda karşılıklı kabul beyanları – yani ikrarlar ortaya çıkabilir; bu ikrarlarla bağlı olan hakim, taraflar arasındaki uyuşmazlık noktalarına odaklanabilir.

Tarafların, dava öncesinde ve dava sırasında uyuşmazlık konusu olaylar hakkında doğruları tam ve eksiksiz olarak ifşa etmelerinin sağlanması halinde, sadece ikrarlarla bile, maddi gerçek ortaya çıkarılabilir, mahkemenin bu iş için sarf edeceği zaman ve kaynak tasarruf edilebilir.

Ancak, Türk hukukunda ifşa ve ispat birbiri ile özdeşleştirilmiş, tam ifşanın zorunlu olmaması, ispat vasıtalarının ise sınırlandırılması nedeniyle ifşanın kapsamı da hem düşünsel olarak hem de fiilen sınırlandırılmıştır.

Gerçekten de Türk hukukunda tarafların kendi aleyhine ve karşı tarafın lehine olan bir delil göstermekle yükümlü tutulamayacağı kabul edilmektedir.⁹¹ Böylelikle tarafların olayları ve ispat vasıtalarını ifşa yükümlülüğünün

⁸⁹ Mehmet Akif TUTUMLU, Bilimsel Görüşler Ve Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara 2007, s. 381.

⁹⁰ Erdal TERCAN, Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı, Ankara 2001, s. 139.

⁹¹ KURU, s. 411- 412, "Taraflardan hiç biri hasmının (karşı tarafın) davayı kazanması için kendi aleyhine ve o'nun lehine olan bir delil göstermekle hükümlü tutula-

kapsamı, ispatı ile yükümlü oldukları kendi iddialarının ispatı ile sınırlı olarak anlaşılmaktadır. Gerçekten de bir yanda herkesin sadece kendi iddiasını ispatla yükümlü olması, diğer yanda tarafların uyuşmazlıkla ilgili tam ve doğru ifşa ve açıklamasını zorunlu kılan düzenleme olmadığını kabul edilmesi ve eksik veya gerçeğe aykırı olarak yapılan ifşanın yaptırımının olmaması, Türk hukukunda ifşanın ispat kuralları ile sınırlı olduğu gibi bir izlenim doğurmaktadır.

Bu genel kabulün HUMK'ta dayanağı olmadığını, HUMK m. 326'nın bunun tam tersini öngördüğünü düşünüyoruz.⁹² Gerçekten de HUMK m.326 maddenin madde başlığı ve metni aynen şöyledir:

“2. Senedatın İbrazı Mecburiyeti

Madde 326. Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu mucibince bir kimse, **yedinde bulunan vesikayı ibrazla mecbur olduğu gibi aşağıda sayılan vesikaları da ibraz ile mükelleftir:**

- a) Mahkemeye verilen evrakta **istinat olunan senetler,**
- b) Bir tarafın diğer taraftan **davaya müteallik aldığı mektup ve telgraflar,**
- c) İki taraf için **müşterek olan muamele ve menfaatlere müteallik tanzim olunan vesikalar,**
- d) İki tarafın **müstakilen veya müştereken malik olduğu belgeler.”**

Görüleceği üzere HUMK m. 326, tarafları sadece istinat ettikleri senetlerin değil, çok daha geniş bir çerçevede ibrazla mecbur tutmaktadır. Öte yandan madde hükmü, taraflara ibraz zorunluluğu getirilen senet ve sair belgeleri bir tarafın lehine veya aleyhine olmasına göre bir ayrıma tutmaktadır; tersine taraflar, kendi aleyhlerine olabilecek belgeleri de ibrazla yükümlüdür. HUMK m. 332'de ibraz etmemeye bir yaptırım bağlanmış olma-

maz. Her iki taraf da, dayandıkları delilleri kendileri göstermekle yükümlüdürler. Fakat kanun senetler bakımından bu kurala bazı istisnalar koymuştur. Bir taraf kanunda sayılan belgeleri kendi aleyhine olsa bile mahkemeye vermekle yükümlüdür m.326 vd. Bu ifade kendi içinde çelişkili, demek ki, m. 326, bir tarafı kendi aleyhine delil sunmakla yükümlü tutulabilir.

⁹² Bu görüşün “herkesin iddiasını ispat ile yükümlü” olduğuna dair MK. m. 6 hükmünün ceza hukukundaki kişinin kendi kendisini suçlamaya zorlanamayacağına dair yasak (self incrimination) yönünde genişletilmesinin sonucu ortaya çıkmış olabileceğini sanıyoruz. Kanaatimizce hatalıdır ve haksız olarak ve çoğu zaman da iyi hazırlanmamış davalar açılmasının ve iş yükünün artmasının en önemli sebeplerinden birisidir.

sından dolayı HUMK m.326'nın bir tarafı aleyhine olan belgeyi de ibraz etmeye zorlamak istediğini kabul etmek doğru olur. Ticaret Kanunu da ticari defter ve kayıtların (lehe veya aleyhe olduğundan bahsetmeksizin) ibraz edileceğini emretmektedir.

HUMK m. 329'un "*Vesikanın veya hesap defterinin muayyen parçalarının ibrazını talep eden taraf mümkün olduğu kadar işbu vesikalar münderecatını, esbabı sübutiyesini beyan ettiği esnada tahriren tasrih ve tayin etmiş olması lazımdır.*" şeklindeki hükmü ve takip eden maddelerdeki hakimın ibrazını emretme yetkisini birlikte değerlendirildiğinde de delillerin zorunlu ibrazı kurumunun Türk Hukukunda da olduğunu söyleyebiliriz, ancak, ABD hukukundaki yargılama öncesi ibraz (Pre-trial disclosure) gibi bir müessese olmadığını da kabul etmemiz gerekir. Ancak, Türk Hukukunda özellikle fikri mülkiyet yasalarında yargılama öncesi delil ibrazına ilişkin hükümler yer almaktadır. Örneğin Marka KHK m. 65'e göre marka tecavüzü sonucunda uğranılan zararın belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden tecavüzkar kullanım ile ilgili belgeleri talep edebilmesi, benzer şekilde Patent KHK m. 139 hükmünün TRIPS m. 43'teki delillerin ibrazı zorunluluğuna uygun olarak çıkarıldığı kabul edilmektedir. Bu hükümlerde belirtilen delillerin ilgili kişinin aleyhine sonuç doğuracak olan deliller olduğuna özellikle dikkati çekmek isteriz.

HUMK m. 326'da sayılan belgeler, ona dayanan tarafın elinde ise⁹³, kendisinin mahkemeye vermesi gerekir, vermezse iddiasını ispat edememiş sayılır. Bir tarafın dayandığı ve mahkemeye verilmesini istediği senet karşı tarafın elindeyse⁹⁴, karşı tarafın bu senedi mahkemeye vermesi zorunludur. Bu durumda iki ihtimal ile karşılaşılır. Karşı taraf istenen belgenin elinde olduğunu ikrar ederse⁹⁵ mahkeme karşı tarafa elinde olduğunu kabul ettiği belgeyi mahkemeye vermesini emreder (md.330); karşı taraf verilen süre

⁹³ Söz konusu belgelerin taraflar dışında bir üçüncü kişi elinde olması halinde ise senede dayanan taraf, belgenin içeriğini belirterek ve davasının ispatı açısından önemini açıklayarak senedin mahkemeye verilmesini mahkemeden talep eder (md. 334). Hakim söz konusu belgenin davanın ispatı için gerekli olduğu kanısına varırsa üçüncü kişinin o belgeyi mahkemeye vermesine karar verir (md. 334,II; md. 333). Herkes (üçüncü kişiler), başkaları arasındaki bir davanın ispatı için gerekli olan ve elinde bulunan bir belgeyi mahkemeye vermek veya mahkemenin nerede olduğunu bildirmek için tanık sıfatıyla mahkemeye çağrılabilir (md.335). Tanıklıktan çekinme hakkı olmayan üçüncü kişi, hakimın bu kararına uymak zorundadır; aksi halde tanıklar gibi cezalandırılır, mahkemeye zorla getirilir ve gerekirse disiplin hapsine çarptırılabilir (md. 336, md. 253).

⁹⁴ ve hakim verilmesi istenen senedin davanın ispatı için gerekli olduğu kanısına varırsa.

⁹⁵ yazılı talebe cevap verilmemesi sükût da [kanunun genel sistematığından farklı olarak] ikrar sayılır.

içinde söz konusu belgeyi ibraz etmez ise mahkeme, senedin verilmesini isteyen tarafın senet içeriği hakkındaki sözlerini ispat edilmiş kabul edebilir (md.332). Ancak karşı taraf elinde bu şekilde bir belge olduğunu inkâr ederse, belgenin sunulmasını talep eden taraf inkar eden tarafa ancak inkar yemini⁹⁶ teklif edebilir ki karşı tarafın yemini halinde artık söz konusu delili mahkemeye sunma zorunluluğu yoktur. Karşı tarafın yemin etmekten kaçınması halinde ise diğer tarafın senet içeriği hakkındaki sözleri mahkemece gerçek kabul edilebilir (md. 322).

Görüleceği üzere HUMK m. 326 ve devamındaki hükümler, tarafların uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak yapacakları ifşa ve ibrazın nasıl yapılacağını ve yapılmaması halinde hakimin bu durumdan nasıl bir sonuç çıkaracağını, yani ifşa etmemenin ispata etkisini düzenlemektedir. İbrazı gereken bir delil ibraz edilmediğinde öncelikle hakime böyle bir delilin varlığı ve içeriği ve uyuşmazlıkta neyin ispatında kullanılacağı hakkında kanaat verecek derecede kanıt sunulacak – ki bu neredeyse imkansızdır – daha sonra hakimin bu delilin ibrazı için diğer tarafa emir ve süre vermesi sağlanacak, diğer taraf buna rağmen de ibraz etmez ise, bu delil ile ispat edilmek istenilen hususun ibrazdan kaçınan tarafça kabul edildiğine karar verilebilecek.

Görüleceği üzere, HUMK m. 326 ve devamı tarafların uyuşmazlık konusu olayları ve belgeleri tam olarak ifşa ve ibraz etmesini öngörmekle birlikte, ifşa ve ibraz etmemenin tek yaptırımını, ancak o da istisnai şartlarda olmak üzere, ifşa edilmeyen belge ile kanıtlanmak istenen hususun kabul edilmiş sayılması, dolayısıyla ispat edilmiş sayılması ihtimalidir. Uygulanması bu kadar zor olan ve çok zayıf etkisi çok olan bir yaptırıma muhatap olabilme ihtimali tarafları ifşa ve ibrazdan kaçınmaya yönlendirmekten başka bir işe yaramaz. Türk hukukunda ifşa ve ibrazın bu kadar ihmal edilmiş ve gelişmemiş olmasının temel nedeni herhalde budur.

Başka bir açıdan bakıldığında durum şudur: Türk hukuk yargılamasında bir tarafın kontrolünde olan delil mahkemeye hiç ibraz edilmeyebilir, bu delil, onu ibraz etmeyen taraftan zorla elde edilemez; içeriği hakkında hakimde kanaat oluşturulamazsa yargılamada dikkate alnamaz, hakim o delil olmadan bir karar vermek zorunda kalabilir.

Ayrıca, uyuşmazlıkla ilgili olan delilin açıklanmasına, ancak bir dava açıldıktan, hakim olaya müdahale ettikten sonra geçilebilir; o delil ibraz edilmediği takdirde hakim ibraz etmeme durumunu netleştirmek, ibraz etmeme-

⁹⁶ Yalan yemin TCK m.275'te suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, varlığı hakkında yalan yemin edilen belgenin varlığı kanıtlanamıyorsa, o konudaki yemin'in yalan olduğunun kanıtlanamayacağını en başından kabul etmek, dolayısı ile bu husustaki Türk hukuku düzenlemesinin arzu edilen sonucu sağlayamadığını kabul etmek gerekir.

nin sonuçlarına hükmedebilmek için yargılamayı geciktirmek ve ertelemek zorunda kalır.

Buna neden olan, yargılamayı zorlaştıran, geciktiren, üstelik adalet ile ilgili maddi gerçeğin çıkartılmasına engel olan taraf ise, üzülererek söylemeliyim, hiç bir yaptırıma tabi olmaz.

Türk yargısının esas sorunu uyuşmazlıkla ilgili olayların tam ve doğru olarak açıklanmaması delillerin tam ve zamanında ifşasını sağlayan bir ifşa ve ibraz düzeninin olmamasıdır. Bunun sonucunda taraflar ve mahkeme, yargılamanın önemli bir kısmını tarafların elinde ve kontrolündeki bilgilerin ortaya çıkarılması ve delillerin toplanılması için sarf etmekte; ancak her ikisinde de büyük oranda başarısız kalmaktadır. Bu ortamda, hakim, uyuşmazlıkla ilgili olarak tam olarak bilgilendirilmeden, tüm delilleri görmeden, uyuşmazlık hakkında bir karar vermek zorunda kalmakta; üstelik kısa sürede ve hızlı karar vermeye zorlanmaktadır. Bu şartlar altında verilen kararın adil ve doğru olamayacağı, adaleti gerçekleştiremeyeceği ve adaletle güven tesis edemeyeceği ortadadır.

Bu durumun sorumlusu ise uyuşmazlıklarla ilgili olarak mahkemeye tam ve doğru ifşa ve ibrazı sağlayan bir düzenlemenin eksikliğidir. Ancak, doğruyu teslim etmek gerekirse, bu durumun asıl sorumlusu, İngiltere'de, ABD'de ve İsveç'te olduğu gibi, uyuşmazlığın çözümü söz konusu olduğunda gerçeği söylemeyi, dolayısı ile adaleti ilgilendiren konularda tarafların tam ve doğru olarak açıklama yapmasını sağlayacak düzenlemeleri yapmayan kanun koyucudur, kanun koyucuyu harekete geçirmeyenlerdir.

SONUÇ ve GÖRÜŞLER

30 yıla yaklaşan ulusal ve uluslararası dava deneyim ve gözlemlerime göre Türk yargısının en büyük sorunu, uyuşmazlıklara ilişkin bilgi ve belgelerin tam ve doğru olarak ifşasının zorunlu olmamasıdır.

Davacının gizlediklerinin davalının savunması ile tamamlanacağı düşünülmekte; bu da tarafları, mahkemeleri haksızlıklarına alet etmek, diğer tarafa eziyet etmek, ya da hakimin hatasından yararlanmak saikiyle yargılama sürecini zorlaştırmaya, maddi gerçeği gizlemeye ve manipüle etmeye yönelmektedir.

Hakime, önüne getirilen uyuşmazlığı en doğru, en adil ve en kısa zamanda çözmesi için zorunlu bilgi ve belgeleri en başında sunmayan, maddi gerçeğin tam ve eksiksiz olarak ortaya çıkarılmasında tarafların keyfi davranmasına izin verirken, hakimin elini kolunu bağlayan, çağdaş bir ifşa ve ibraz sisteminden yoksun bir yargı sisteminde, Yargı'nın iş yükü altında ezilmesi, adaletin yetersizliğinden bu kadar şikayet edilmesi şaşırtıcı değildir.

Türkiye'nin uluslar arası alanda güvenilirliğini en çok zarara uğratan husus, uyuşmazlıklarda doğruyu söylemeyi zorunlu kılan bir düzenleme olmaması, mahkemeye yalan, yanlış ve eksik beyanda bulunmanın yaptırımının olmamasıdır. Türkiye'de Yargı'ya duyulan güvenin istenildiği gibi yükseltilememesinin, avukatlık başta olmak üzere hukuk mesleğinin çağdaşları kadar gelişmemiş olmasını sebebi de, temelde, budur.

Türkiye ve O'nun yüksek hedefleri uyuşmazlıklarda çağdaş bir ifşa ve ibraz sistemine ve onun getireceği faydalara sahip olmasına bağlıdır.

Çözümün yolu, hakim sayısını artırmak, yargılama sürecini hızlandırarak kısa sürede daha fazla sayıda ihtilaf çözmeye çalışmak değildir. Çözüm, mahkemeye gitmeden çözümü için gerekli şartları oluşturmak, buna rağmen açılacak davalarda mahkemelerin yapacağı işi azaltmak, yargının hata yapmayacağı gösterilerek tarafları uyuşmazlıklarını mahkemeye götürmeden önce sulh yoluyla çözmeye yönlendirmek ve böylelikle toplumdaki uyuşmazlıkları en aza indirmeye çalışmakla gelecektir. Bunun için de uyuşmazlıklarda doğrunun tam olarak ifşa edilmesini sağlamak zorunludur.

Uyuşmazlıkla ilgili olayların tam ve eksiksiz ortaya konulması adil ve etkin yargılamanın birinci şartıdır. Doğrunun ortaya konulması tarafların iyi niyetlerine ve vicdanlarına bırakılamayacak kadar önemlidir. Tarafların doğru ve eksiksiz ifşada bulunması, ancak karşı tarafın kontrolü ve tatmin edilmesi ile sağlanabilir. Çünkü bir tarafın uyuşmazlığa konu vakıaları tam ve eksiksiz olarak ortaya koyup koymadığını en iyi ancak karşı tarafı bilebilir. Bu nedenle uyuşmazlıkta ifşa, taraflara ve taraflar arasında bırakılmalı; hakim, taraflar arasındaki ifşa sürecine sınırlı olarak ve ancak suiistimal halinde müdahale etmelidir.

Mahkemeler maddi gerçeğin ortaya çıkartılması görevi ile uğraştırılmamalı, zaman ve emeklerini anlaşmazlığın en adil şekilde çözümüne hasretmeleri sağlanmalıdır. Maddi gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması için Engizisyon yöntemlerine, hakimın müdahalesine veya kabul etmesine gerek yoktur. Hakim, sadece yargılama için nelerin ve nasıl ortaya konulmasının gerekli olduğuna değil, nelerin ispat edildiğine veya ispatının gereksiz olduğuna karar vermelidir. Hakim, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında tarafların maddi gerçeği ortaya koymalarına ve ne kadar ve nasıl koyacaklarına karar veren durumunda olmamalıdır. Hakim tarafların maddi gerçeği iddia ve savunmalarına uygun gördükleri şekilde ortaya çıkartma çabalarına köstek olmamalı, ancak suiistimal var ise müdahale etmelidir.

Bu amacı, Anglo Sakson hukukunda dava öncesinde ve dava açarken kabul edilen ifşa kurallarının daha iyi gerçekleştireceğini düşünüyoruz. ABD'de ve İngiltere'de birçok uyuşmazlık dava açılmadan, tarafların avukat-

larının yazışmaları sırasında çözülmekte, sulh ile sonuçlanmaktadır. Buna karşın, ABD ve İngiliz hakimleri, önlerine gelen meselelerde çok hızlı hareket edebilmekte, çok karmaşık davalarda hızlı bir şekilde etkin ön ve ihtiyati tedbir kararları alarak mahkeme dışı çözümlere yol gösterebilmektedirler. O ülkelerdeki hakimlerin en büyük avantajı, önlerine gelen dilekçelerdeki beyanların tam ve doğru bilgiler içerdiğine olan inançtır. Bundan çıkarılması gereken önemli bir ders vardır.

Türkiye, yargılamalardaki sorunun kaynağına yönelen çözümler üretmeli, gecikmeksizin uyuşmazlıklarda çağdaş bir ifşa ve ibraz sistemini hayata geçirmelidir.

İstanbul, 20 Haziran 2011