

MEDENİ USUL HUKUKU AÇISINDAN TÜRK HUKUKUNDA AVUKATIN BİLGİ VE DELİL TOPLAMA YETKİSİ

IN TERMS OF CIVIL PROCEDURE LAW, ADVOCATE'S THE POWER OF GATHERING INFORMATION AND EVIDENCE IN TURKISH LAW

Cengiz Topel ÇELİKOĞLU*

Özet: Anglo-Amerikan yargılama sisteminde taraflar adına avukatlar özellikle hukuk yargılamasında geniş delil toplama araç ve yetkisine sahiptir. Kıta Avrupası yargılama sistemi özellikleri çerçevesinde, bu sistemi kullanan Türk hukukunda, genellikle avukatın delil toplama yetkisi olmadığı kabul edilmektedir. Son zamanlarda, özellikle yeni ihtilaf alanlarında gözlenen yargılamada taraflararası bilgi eşitsizliğini gidermek üzere, Anglo-Amerikan taraf/avukat delil toplama araçlarının mutedil bir versiyonunun Kıta Avrupası sisteminde de devreye sokulması sözkonusu edilmektedir. Bu yaklaşım, yargılamanın başında etkili bir hazırlıkla yoğun tahkikat icrasına imkan sağlamak için yargılamanın bölünmesi fikrinin yanısıra, yargılamada sürat ve kamusal maliyet avantajı sağlamak üzere, delillerin toplanmasında öncelikle tarafların çabasından yararlanılması eğilimiyle de örtüşmektedir. Türk hukuku sözkonusu gelişmelerin etkilerine kapalı değildir. 2001 yılında Av.K m.2/III hükmünün kabulüyle avukatlara dava ve duruşma öncesinde taraf veya üçüncü kişi konumuyla ellerinde mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığa ilişkin bilgi-belge bulunabilecek kamu ve bazı özel kuruluşlar nezdinde bilgi-belge toplama yetkisi tanınmıştır. Yeni kanunlaştırılan 6100 s.HMK'da deliller belirlenip belgesel olanlar toplandıktan sonra tahkikata başlanmak üzere, yargılamada hazırlık ve tahkikat safha ayrımı kabul edilmiştir. Son olarak 60 ve 61. Hükümet 2009-2013 “Yargı Reformu Stratejik Planı” kapsamında avukatların yargılamaya katkısının artırılması ve silahların eşitliğini teminen “avukatın delil toplaması” yaklaşımı benimsenmiş; TBB tarafından, AvK tadili hazırlık çalışmaları kapsamında, avukata bilgi ve delil toplama yetkisi verilmesi yönünde Kanuna yeni hüküm ilavesi önerisinde bulunulmuştur. Sözkonusu gelişmeler karşısında avukatın bilgi ve delil toplama yetkisi hukuk terminolojimize girmiştir. Bu makalede avukatın sözkonusu yetkisinin niteliği, konusu, kapsam ve sınırları, usulü anahatlarıyla incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yargılamada Taraflararası Bilgi Eşitsizliğinin Giderilmesi ve Silah Eşitliği Sağlanması; Discovery-Disclosure Kavramları, Avukatın Yargılamaya Katkısının Artırılması; Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi; Avukatın Belgesel ve Beyan Delili Toplaması; Avukatın Bilgi ve Delil Toplamasının Niteliği, Konusu, Kapsam ve Sınırları ile Usulü.

* Avukat, İstanbul Barosu, Özel Hukuk Doktoru.

Abstract: In the proceeding system of Anglo-American, advocates on behalf of parties have a broad measures and power of gathering evidence as to civil proceedings especially. In the frame of features in the proceeding system of Civil Law, In Turkish law used this system, It is generallyly admitted that there is no power of gathering evidence for advocate. Recently, for the purposes of solving the problem of asymmetric information, seen in fields of new dispute, scholars spoke that it should be introduced soft version of measures and method of discovery into Civil Law. This aproach laps both opinion of bifurcation of the proceeding aimed at providing a chance concentrated evidentiary hearing by means of effective preparation in the begining of proceeding and in order to get an advantage of speed and cost a trend towards benefitting from parties' efor on gathering evidence. Turkish law is not close said developments. In 2001, via enactment of Av.K art 2 para.III legislature provide advocates with power of gathering information from public and some private bodies. In the newly enacted Code of Turkish Civil Procedure number 6100, in the way evidentiary stage only after the evidence have been defined and gathered those of written should be able to commenced, separation of pre-trial/trial has been adobted .In the Strategy of Judiciary Reform Plan[2009-2013], Goverment number 60 and 61 has adopted a concept of advocate's gathering evidence in order for advocate to contribute in proceeding. Finally, in the workings amentmend of Av.K number 6136, an addition of new provision into the Law direction to give a power of gathering evidence for advocates has been offered by Turkish Bar Union. Thus, the consept of advocate's power of gathering information and evidence has entered our legal teminology. In this papper, advocate's power said has been examined generally as to its nature, subject, scope or boundries and pattern.

Key Words : Solving the Problem of Asymmetric Information and Providing Equality of Arms among the Parties in Proceeding; Concepts of Discovery-Disclosure, Getting Increase of advocate's contribution to Proceeding; the Power of Advocate's Gathering Information and Evidence; Advocate's Gathering Written and Statement Evidence ; the Nature, Subject, Scope and Boundries, Patterns of Advacate's Power of Gathering Information and Evidence.

GİRİŞ

Kıta Avrupası sistemine dahil olan hukuk ve adalet sistemimizde, avukatın delil toplama yetkisinden söz etmek bir ölçüde yapay olabilir¹. Nitekim, avukata kamu kurumları ile bazı özel hukuk tüzel kişileri nezdinde bilgi-belge toplama yetkisi veren Av.K m.2/III hük-

¹ Delillerin toplanmasının taraf veya daha doğrusu taraf avukatı sorumluluğunda olduğu Anglo-Amerikan sisteminin aksine, Kıta Avrupası sisteminde delillerin toplanmasının nihai sorumluluğu tarafa değil mahkemeye ait olup hakim in yetkisindedir; bkz.C.T.ÇELİKOĞLU, Avukatın Delil Toplaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 212, 271,346 dn.181, s.348.

müne ve bazı beyan delillerinin toplanmasına katkıda bulunulması bakımından geniş anlamda delil toplama kavramı içeriğine dahil edilebilecek olan avukata yargılamada şahide ve bilirkişiye doğrudan soru yöneltme imkanı tanıyan düzenlemelere (HMK,m.152; CMK, m. 201) rağmen, doktrinde, avukatın delil toplama yetkisi bulunmadığı ileri sürülmüştür².

Son zamanlarda, uluslararası bölgesel birliklerin işlevselleşmesi gibi pratik yararlar veya ideal nedenlerle modernizasyon amacıyla sistemlerin yaklaşması ve hukuki aktarmalarla³, güncel medeni usulde, Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası sistemlerinin eniyi özelliklerini telife yönelen karma özellikli sistemler ortaya çıkmıştır⁴. Bu bağlamda, Anglo-Amerikan hukuk geleneği dışındaki hukuk sistemlerinde, genellikle idari ve cezai düzenlemelerle önlenilmeye çalışılan ürün sorumluluğu veya çevre güvenliği ya da tıbbi müdahale ve rekabet hukuku alanlarındaki ihlaller nedeniyle ortaya çıkan yeni ihtilaflarda rastlanan taraflararası bilgi eşitsizliğini gidermek üzere, Kıta Avrupası sistemine tarafların bilgi ve delil toplayabilecekleri Anglo-Amerikan discovery-disclosure yöntem ve araçlarının monte edilmesi ihtiyacı veya eğiliminden söz edilmektedir⁵. Usul hukuku reform çalışmalarında da, eğer bir hukuk sistemi adaleti sağlamakta ciddi ise, tarafların belgesel ve en azından bazı davalar bakımından da sözel discovery-disclosure araçlarını kullanabilmelerine izin vermesi gerektiği vurgulanmaktadır⁶. Bu yaklaşım Kıta Avrupasında yargılamada maliyet ve gecikme sorunlarının çözümü için, son zamanlarda, delillerin toplanmasında tarafların katkılarının artırılma-

² Bkz.M.S.ÖZKAN, Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 3.Baskı, İzmir 2012, s.19. Yazar Av.K m.2/III ve HMK m.152 düzenlemelerine ilişkin görüş beyan etmeye gerek de görmemiştir.

³ K.KERAMEUS, "Procedural Harmonization in Europe", American Journal of Comparative Law(1995), Vol.43,N.3, ss.401-416, s.402.

⁴ GİDİ A./ HAZARD, C.G./ TARUFFO, M. / STÜRNER, R. "Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", International Law and Politics(2001), ss.769-784, s.776, 780.

⁵ Bkz.K-C.HUANG, Introducing Discovery Into Civil Law, Carolina Academic Press, Nort Carolina, 2003, s.299-373 ; O.G.CHASE / J. WALKER, "Common Law, Civil Law and the Future of Categories:An Introduction", NYU School of Law Public Law&Legal Theory Research Paper Series Working Paper, No.10-40, July 2010, ss.19/19, s.2/19.

⁶ Bkz.GİDİ/HAZARD/TARUFFO/STÜRNER, s.776.

sı ve mahkemenin sadece zorunlu hallerde taraflara yardım etmesi yaklaşımı⁷ ile de örtüşmektedir.

Sözkonusu süreçte, hukukumuzda da Av.K 2001 değişiklikleri ile m.2/III hükmü ile nispi bir belgesel discovery prosedürü⁸ kabul edilmiş ve TBB Av.K Tadil K.Taslağı(2004) kapsamında avukata genel bir delil toplama yetkisi verilmesi önerilmiştir⁹. Bilahere, 6100 s. HMK 'da, etkin ve verimli bir yargılama için yargılamanın başında kapsamlı bir hazırlık yapıp yoğun bir tahkikat icrasına imkan sağlamak üzere, yargılamanın hazırlık ve tahkikat aşaması şeklinde bölümlendirilmesi fikri kabul edilmiş; deliller belirlenip belgesel olanlar toplanmadan tahkikata geçilmemesi esası benimsenmiştir. Nihayet, son olarak 60 - 61. Hükümet "*Yargı Reformu Strateji Planı*" nda, adil yargılama hakkı çerçevesinde makul bir yargılama süresi ve taraflar arasında silahların eşitliğini teminen, yargılamanın hızlandırılması ve etkinlik-verimlilik sağlanması bakımından yargılamaya katkısının artırılması amacıyla avukatın delil toplaması fikri gündeme getirilmiştir¹⁰. Bu meyanda, TBB tarafından, Mart 2012 tarihli olarak kamuoyuna sunulan Av. K Değişiklik Önerisi Çalışma Metninde, Av.K "*Avukatın Hak ve Ödevleri*" başlıklı 6. Kısımında yeralan "*Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler*" başlıklı m. 35 hükmünü takiben, "*Delil ve Bilgi Toplama*" başlıklı m. 35/B hüküm ilavesi önerisinde bulunulmuştur¹¹.

Gelinen nokta itibarıyla, Av.K gerek m. 2/III hükmünde öngörülen prosedür ve gerek ilave m. 35/B hükmü önerisi çerçevesinde, hukukumuzda avukatın yargılamada bilgi ve delillerin toplanmasındaki rolünün ona bu hususta bir mesleki yetki verilmesini tevlit edip etmediği ve sözkonusu prosedürlerin anahatlarıyla incelenmesi bu tebliğin konusunu teşkil etmektedir.

⁷ A. UZELAC, "*Reforming Mediterranean Civil Procedure*", From Jus Commune to the CEPEJ(Ed.V.Rhee/A.Uzelac), Intersentia Publishing,Antwerpen 2008, ss.71-99,s.86.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.ÇELİKOĞLU, s.350-428.

⁹ "*Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Taslağı*", m.9.Metin ve müellif komisyon üyeleri için bkz.ÇELİKOĞLU, s.430, dn.492.

¹⁰ Yargı Reformu Stratejisi ve Eylem Planı, Adalet Bakanlığı Dökümanı[2010], s.31,83,85.

¹¹ 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Değişiklik Önerisi Çalışma Metni, Mart 2012, TBB(<http://www.barobirlik.org.tr>).

I- Delillerin Toplanması ve Taraf veya Avukatın Delil Toplaması Kavramları

Yargılama bilgiye bağımlıdır¹². Yargılamada ihtiyaç duyulan bilgi hukuk sisteminde benimsenen yargılama sisteminin esasları doğrultusunda hakim ve taraflarca temin edilir¹³. Bu faaliyet, yargılamaya konu uyuşmazlığın anlaşılması ve üzerinde anlaşmazlık bulunan veya hakime gerçekliği şüpheli görünen ve uyuşmazlığın hallinde önemli olan vakıaların doğru olup olmadığının anlaşılmasına, başka bir ifadeyle hukuk kurallarının uygulanacağı vakıaların tespitine hizmet eder. Her delil kaynağı bilgi sağlamakla birlikte yargılamada her bilgi delil teşkil etmeyebilir. Bu açıdan, tarafların iddia ve savunmalarını temellendiren vakıaları açıklayan veya anlaşılmasını kolaylaştıran ve doğruluğunu ortaya koyan veri unsurları şeklinde bilgi ve delil ayrımından sözedilebilirse de ikisi arasındaki sınır her zaman net değildir. Ayrıca, taraf veya avukatın bilgi ve delil toplama faaliyeti genellikle dava ve duruşma öncesi cereyan etmekle sözkonusu belirsizlik bu aşamada daha belirgindir. Buyüzden, biz delillerin toplanması terimini her ikisine de şamil olmak üzere kullanıyoruz.

Medeni usul hukukunda delillerin toplanması kavramı, genel olarak, delillerin elde edilmesi anlamına gelir. Bu açıdan, sözkonusu kavram hem taraf ve hakimın delil temin etmesi hem de sunulan delillerin mahkemece alınması anlamlarını içermektedir¹⁴.

Delillerin alınması anlamı itibarıyla, delillerin toplanması kavramı örneğin şahidin veya tarafın ya da bilirkişinin dinlenmesi veya sorgulanması, keşif konusu nesne veya mahallin incelenmesi, belge ya da senedin okunması, görsel veya işitsel band kaydının dinlenmesi ya da seyredilmesi suretiyle bu kaynaklardaki delillerin alınmasını ifade etmektedir. Bu açıdan, delillerin toplanması delil kaynağı olan bir ispat aracının delil çıkartma işlemine tabi tutularak ihtiva ettiği kanıtların ondan alınması anlamındadır. Delillerin incelenmesinde hakimın delillerle doğrudan temasına ilişkin tercih ve delillerin değerlendirilmesiyle olan irtibatı nedeniyle, bu anlamıyla delil toplama faaliyeti bir

¹² G.HUGHES 'den aktaran L.S.HOFFMAN, "Accss to Information, Access to Justice", Mich.J.L. Ref[2006-2007], Vol.40:2,s.221.

¹³ ÇELİKOĞLU, s.21.

¹⁴ ÇELİKOĞLU, s.344.

mahkeme fonksiyonu olup, kıta Avrupası sistemi bakımından, bunun hakim in yetkisinde olduğu aşıkardır¹⁵.

Delillerin toplanması kavramı ispat faaliyetinde kullanılacak araçların yargılama sürecine dahil edilmesiyle de ilişkilidir; ki, bu açıdan sözkonusu kavram delil ikamesiyle irtibatlıdır¹⁶. Burada, delillerin toplanması kavramı taraflar ve hakimce müştereken belirlenmek suretiyle yargılamaya getirilmesi kararlaştırılan ispat araçlarının fiziken toplanmasını ifade etmektedir. Kıta Avrupası sisteminde ikame olunan delillerin elde edilmesi faaliyeti de nihai olarak mahkemenin sorumluluğundadır¹⁷.

Nihayet, delillerin toplanması kavramı, tarafın delil ikamesinde mahkemeye teklif edeceği ispat araçlarına ilişkin delil kaynaklarının önceden araştırılarak tespiti anlamında da kullanılmaktadır. Tarafların başlangıç dilekçeleri bakımından vakıa tabanlı dilekçe kuralı¹⁸ ve yargılama masrafları bakımından kaybeden öder¹⁹ kuralının benimsenmesi suretiyle iyi temellendirilmemiş davaların caydırılması nedeniyle, Kıta Avrupası sisteminde de, dava veya yargılama öncesinde ileride ispat aracı olması muhtemel delil kaynaklarının araştırılmasının taraf veya daha doğrusu avukat faaliyeti olduğu belirgindir.

Delil kaynaklarının delil ikamesi öncesinde araştırılıp mahkemeye teklif edilmek üzere tespit edilmesi ve müştereken ikame olunan ispat araçlarının yargılamaya getirilmesi şeklinde, bu iki anlam itibarıyla, delillerin toplanması kavramı ispat araçlarının teminine yönelik bir içeriğe sahiptir. Bu şekliyle, delil temini olağan yargılamada dava malzemesinin taraflarca getirilmesi esasına göre kural olarak taraflara yüklenilen bir külfettir²⁰. Bununla birlikte, hem ispat hakkının gereği olarak

¹⁵ Bkz.M.K.YILDIRIM, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, s.90,91,108.

¹⁶ Delil ikamesi ispat araçlarının yargılamaya sokulmasına ilişkin bir üst kavramdır(ÇELİKOĞLU, s.336 dn.136, s339).

¹⁷ ÇELİKOĞLU, s.346 ve orada dn.181 de anılan MURRAY/ STÜRNER, WELSER, HAZARD ve Yargıtay içtihatları.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Scott, DODSON, "Comparative Convergences in Pleading Standards", Pennsylvania Law Review(2010), Vol.158, 442-471; Ç.T. ÇELİKOĞLU, "HMK'na Göre Dava ve Cevap Dilekçeleri", Terazi Hukuk dergisi, Kasım 2011, s.48-61.

¹⁹ Karşılaştırmalı bilgi için bkz.Joachim ZEKOLL, "Comparative Civil Procedure", The Oxford Handbook of Comparative Law(Ed.M.Reimann/R.Zimmerman), Oxford University Press, USA 2006, s.1356,1357.

²⁰ O.CHASE / H. HERSHKOFF, Civil Litigation in Comparative Context, Thomson&West, USA 2007, s.9.

mahkemenin delil temininde taraflara yardım etmesi hem de davanın aydınlatılması bakımından hakim deliller üzerinde hakimiyeti ve doğrudan teması gerekir. Buyüzden, Kıta Avrupası sistemini benimseyen kanunlarda, bir taraftan ikame olunan ispat araçlarından tarafların iktidar alanında bulunmayan belgesel ve beyani delil unsurlarının gereğinde mahkeme kararıyla celbi (ZPO, 142,421-427, 380) diğer taraftan da dava konusu şey veya mahallin gözlenmesiyle elde edilen durum delillerinin mahkemece toplanması ve bilirkişinin hakim tarafından seçilip görevlendirilmesi (ZPO, 144,372) esas kabul edilmiştir.

Klasik çerçeve bu şekilde olmakla birlikte, Kıta Avrupasında, yargılamada maliyet ve gecikme sorunlarının bertarafı ve adil uyuşmazlık çözümleri için, delillerin toplanmasında tarafların katkı ve imkanlarının artırılması ve mahkemenin sadece zorunlu hallerde taraflara yardım etmesi yaklaşımı öne çıkmaya başlamıştır²¹.

Son zamanlarda ortaya çıkan yeni ihtilaflarda, adil yargılama unsuru ve ispat hakkının gereği olarak, taraflar arasındaki bilgi eşitsizliğinin giderilmesi suretiyle silahların eşitliğini teminen tarafların karşı taraf ve üçüncü kişilerdeki bilgi veya delil kaynaklarına önceden ulaşabilmesi önemlidir²². Bu, davanın takdimi ve delil ikamesinin tam ve erken cereyanını sağlamak üzere, taraflara duruşma hatta dava öncesinde belge ve beyan formundaki bazı delillerin tespit ve temini için bunları araştırma imkanı tanınmasını ifade etmektedir. Taraflara böyle bir imkanın sağlanması iddia ve savunmaların formülasyonuna ve mahkemenin delillerden haberdar olmasına hizmet edecektir. Bu yaklaşım, artık Kıta Avrupası sistemi bakımından da sözkonusu edilen, giriş ve ara safhada yeterli bir hazırlıkla son safhada yoğun bir duruşma icrasına zemin sağlanarak etkin ve verimli bir yargılama yapılabileceği fikri²³ ve yönelimiyle²⁴ de desteklenmektedir.

²¹ Bkz. UZELAC, s.86 ; İsviçre Medeni usul Kanunu (sZPO), m. 155/3,160.

²² Bu açıdan, Japon Hukukunda discovery-disclosure alternatifi olarak delillerin korunması prosedürüne başvurunun kolaylaştırılması, belge ibraz mecburiyeti ve ispat külfeti standartlarının gevşetilmesi önlemleri hakkında bkz. HUANG, s. 109-155.

²³ Bkz. CHASE / HERSHKOFF, s.8; V.VARANO, "Some Reflections on Procedure, Comparative Law and Common Core Aproach", Global Jurist Topics(2003), Vol.3:2, ss.1-9, s.2,7. HMK yargılama modelinde öninceleme kurumunun kabulü bakımından bkz. Genel Gerekeçe, Başlık V, para.12(A.C.Budak, Karşılaştırmalı HMK, 4.Baskı, XII Levha Yayınevi, s.13,14).

²⁴ Bkz. CHASE/ WALKER, s.2/19.

Sözkonusu mülahazalar, Anglo-Amerikan discovery-disclosure yönteminin mutedil bir versiyonunun Kıta Avrupası sisteminde de devreye sokulmasını gündeme getirmiştir²⁵. Japon hukukunda Medeni Usul Kanunu (1998) ve müteakip tadillerle yapılan reformlarda ve ALI/UNIDROIT “*Ulusötesi Medeni Usul İlke ve Kuralları*”nda da mahkeme yönetim ve denetimli bir discovery-disclosure yaklaşımının benimsendiği belirtilebilir. Bugün, güncel medeni usulde, tarafın ispat hakkı ve mahkemenin doğru bir hükme ulaşmak üzere yargılamayı sevk yetkisi çerçevesinde, taraflar ve mahkemenin uyuşmazlıkla ilgili delillere olabildiğince tam ve zamanında erişebilmesi gerektiği kabul edilmektedir (ALI/UNIDROIT, P.16.1)²⁶.

Mukayeseli hukuktaki bu gelişmeler, kanımızca, Kıta Avrupası sistemi bakımından nispeten yeni bir eğilim olarak avukatın delil toplama yetkisine temas etmektedir. Klasik teorik çerçeveden başlayarak bu yaklaşım şu şekilde izah edilebilir.

II- Delillerin Toplanmasına Etki Eden Usuli İlkeler ve Delil Temin Yöntemleri

1-Dava Malzemesinin Yargılamaya Getirilmesinde Hakim ve Taraflar Arasındaki İşbölümü Açısından Taraflarca Getirilme İlkesi ve Hakimın Davayı Aydınlatması Ödevi

Yargılamada, süjeler arasındaki rol dağılımı usul hukukunun temel bir meselesidir. Medeni yargıda dava malzemesinin yargılamaya getirilmesi, modern medeni usulde, genellikle, taraflara ait bir iş olarak kabul edilmiştir. Bu, içinde yer aldığımız, Kıta Avrupası geleneğinde, taraflarca getirilme ilkesiyle ifade ediliyor. Dava malzemesi vakıalar ve delilleri kapsamaktadır. Taraflarca getirilme ilkesine göre, taraflar kural olarak taleplerini dayandırdıkları iddia ve savunma vakıaları ile bunların doğruluğu ihtilaflı olduğunda vakıaları destekleyen delilleri mahkemeye bildirme sorumluluğunu taşır²⁷.

²⁵ Bkz. HUANG, s.219, 381-387.

²⁶ Bkz. M. TARUFFO, “*Principles and Rules of Transnational Civil Procedure : An Evidentiary Epistemology*”, Penn St.L.Rev.(2006-2007), Vol.25:2, ss.509-518, s.513.

²⁷ Bkz. Y. ALANGOYA, Medeni usul Hukukunda Vakıalar ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İÜ Yayını, İstanbul 1979, s.9 (“İlkeler”); E. BECKER-EBERHART, “*Dava*

Diğer taraftan, taraflar ispat hakkına sahiptir ve bu hak yargılamada tarafın usule uygun olarak ileri sürdüğü elverişli delillerin kural olarak tümünün toplanıp incelenmesini gerektirir²⁸. Bu, hakimiyet alanlarında olmayan delillerin elde edilebilmesi bakımından, mahkemenin taraflara yardım etmesini de içerir²⁹. Böylece, ispat hakkı taraflara yargılamada ileri sürülen vakıaların doğruluğuna karşı çıkmak veya doğruluğunu teyid etmek üzere delillere erişme ve delil sunmanın³⁰ yanısıra, kabule şayan bulunan delillerin toplanması ve tüketilmesini talep etme imkanı vermektedir.

Taraflarca getirilme ilkesi, Kıta Avrupası sisteminin taşıyıcısı olan hukuk sistemlerinde, hakimin davayı aydınlatma ödeviyle sınırlanmıştır³¹. Buna göre, hakim delil temininde taraflara yardım etmekle yükümlüdür. Bu hakimin taraflara yönelteceği sorular ve sağlayacağı müzakere ortamıyla tarafların delil bildirme hatalarına işaret edilerek delillerin geliştirilmesiyle ve mevcudiyeti dosyaya yansımış bazı delillerin resen ikamesi suretiyle sağlanabilecektir³².

HMK’da farklı terimlerle ifade edilmekle birlikte (m.31), hakimin sözkonusu işaret etme ve müzakere yükümlülüğü bakımından altta yatan hedef yargılamada hukuken doğru bir karar verilmesidir³³. Buyüzden, bu sorumluluk doktrinde “*medeni usulün Magna Carta*”sı olarak nitelenmiştir³⁴. Hakimin davayı aydınlatma ödevi onun yar-

Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin esasları ve Sınırları”(Çev.M.K.Yıldırım), *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*,(Ed.M.K.Yıldırım), Alkım Yayınevi, 5. Baskı, s.16-37, s.17 ; P.L.MURRAY / R.STÜRNER, *German Civil Justice*, Carolina Acedemic Press, USA 2004, s.159.

²⁸ AHRENS(Wieczorek/Schütze), 284, Rn.90,91(E.Kılıçoğlu, *Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Edilmiş Delillerin Kullanılması*, MÜSBE Doktora Tezi, s.24 dn.125, 25’den naklen).

²⁹ ÇELİKOĞLU, s.329.

³⁰ HUANG, s.22 ; ALI/UNIDROIT P.5.4, 16.1 ; ÇELİKOĞLU, s.339.

³¹ Bkz.BECKER-EBERHARD, s.30; E.SCHILKEN, “Medeni yargılamada Hakimin Rolü”(Çev.N.Deren-Yıldırım), agy, ss.38-58, s.54; E.BECKER-EBERHARD, “Alman Medeni Usul Reformu Hakkında”(Çev.N.Deren-Yıldırım), 21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları(Ed.N.Deren-Yıldırım), 2.Baskı, İstanbul 2003, ss.59-77, s.68; ALANGOYA, “İlkeler”, s.163.

³² Bkz.MURRAY / STÜRNER, s.171 dn.89, s.173 dn.100, s.264 dn.55.

³³ MURRAY/STÜRNER, s.167 dn.75 ; Y.ALANGOYA / M.K. YILDIRIM / N. DEREN-YILDIRIM, *Medeni Usul Hukukunun Esasları*, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 284; H.PEKCANITEZ / O.ATALAY / M. ÖZEKES, *Medeni Usul Hukuku*, 11.Baskı, Ankara 2011, s.260.

³⁴ ALANGOYA, “İlkeler”, s.27 dn 100, s.135.

gılamayı sevk yetkisiyle ispat araçlarının mahkemeye birlikte belirlenmesine yol açmakta ve yargılamada gereksiz veya elverişsiz ya da eksik malzeme toplanmamasına imkan sağlamaktadır; dolayısıyla, Kıta Avrupası sisteminin karakteristik özelliği olarak, yargılamada doğru bir karar vermek üzere, hakimin vakıa tespitinde hangi delillere ihtiyaç duyulduğunu ve tarafların bildirdiği delillerden hangisinin ilgili veya kabul edilebilir olduğunu belirleme yetkisine de temas etmektedir³⁵.

Hukukumuzda hakim delil inceleme aracı olarak re'sen bilirkişiye ve keşfe başvurulabilir (HMK, m.226,288). Dahil olduğumuz Kıta Avrupası sisteminin karakteristik özellikleri doğrultusunda, hakim HMK dönemi itibarıyla da -m.222/1 hükmüne kıyasen- taraflarca getirilme ilkesine tabi davalar bakımından da belge delili teminine yetkilidir. Bununla birlikte, m. 25/2 ve 31 hükmünün dar içeriği karşısında, tarafı buna teşvik edebilip kayıtsızlığından onun aleyhine kanaat edinebilirse de artık resen beyan(şahit) delili toplayamaz³⁶. Ayrıca, doğal olarak, hakim ancak tarafların ileri sürdüğü vakıalar çerçevesinde re'sen belge celbine karar verebilir; dolayısıyla hakimin davayı aydınlatma girişimi delillere erişimde tarafların aynı şansa sahip olmasını sağlamayabilir³⁷. Kaldı ki, hukukumuzda hakimin davayı aydınlatma ödevi kurumu etkin biçimde işlememektedir ve yargılamada toplanacak deliller belirlenirken hakim düşüncesini genellikle tarafların bildirdiği delillerle sınırlamaktadır³⁸.

Belirtilen surette, delil gösterme işleminde, avukat mahkemeye bildirilecek delillerin araştırılıp belirlenmesinde bir hukuk uzmanı olarak belirli bir rol oynayabilir.

³⁵ Bkz.SCHÜLKEN, s.47,54,56; G.C.HAZARD, "Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions", Notre Dame Law Rev.(1997-1998), Vol.73:4, ss.1017- 1028, s.1019,1022. Kabule şayanlık incelemesi hakkında ayrıca bkz. ÇELİKOĞLU, s.324-327.

³⁶ Aksi görüşte bkz. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s.252;UMAR, "Şerh", s.137(Yazar belge delili bakımından ise hakimin yalnız resmi dairelerdeki belgeleri resen celbedebileceği görüşündedir). Sadece bilirkişi ve keşif deliline başvurabileceği şeklinde bkz. B.KURU/ R.ARSLAN / E.YILMAZ, s.352 ; A.KARSLI , Medeni Muhakeme Hukuku Dersleri, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2011, s.438.

³⁷ HUANG, s.34,35.

³⁸ Alman Hukukunda bu şekilde bkz. MURRAY/ STÜRNER, s. 172, 264.

2- Yargılama veya Duruşma Öncesi Taraf/Avukat Bilgi -Delil Temin Yöntemi

Yargılamaya dava malzemesi yani vakıa ve delil getirirken, avukatın asli bilgi kaynağı müvekkildir. Fakat, müvekkilin elinde geçerli bir dava başlatılabilmesi veya başlatılan bir davaya uygun şekilde mukabelede bulunulması için yeterli bilgi olmayabilir. Bu açıdan, mahkemenin beklenen hukuki korunma isteği veya çözümü haklı gösterebilecek vakıalara ilişkin belirsizlik hallerinde veya bunları desteklemek için yeterli ve elverişli delil bulunup bulunmadığı konusunda bir bilgi eksikliği durumunda, avukat için, müvekkil dışındaki bilgi kaynaklarına zamanında erişebilmek önemlidir.

Hukuk sistemleri vakıaların araştırılması ve delillere ulaşılmasında taraflara yardım etmedikçe, salt mahkemeye erişim imkanıyla, kişilere etkin bir hukuki korunma sağlanması mümkün olmayacaktır³⁹. Bu, özellikle, uyuşmazlık tarafları arasında dava öncesi bilgi eşitsizliği bulunması halinde evleviyetle böyledir. Buyüzden, adalete erişim delillere erişimi de ifade eder⁴⁰.

Yargılamaya bilgi akışında, tüm sistemler mahkeme ve tarafların karşı taraf veya üçüncü kişilerdeki bilgilere erişebilmesine şu veya bu ölçüde imkan sağlamaktadır. Zira, mahkemelerin verecekleri kararı etkileyebilecek bilgilerden haberdar olmaksızın yargılama yapmaları arzu edilmez⁴¹. Bu açıdan, güncel medeni usulde, yargılamada uyuşmazlığa ilişkin bilgilerin toplanmasında tarafların birbiriyle veya üçüncü kişilerin taraflar ve mahkemeyle işbirliği yapması gerektiği kabul ediliyor⁴². Bunun hukuki temeli, bugün genellikle kabul edilen, herkesin adaletin sağlanmasına katkıda bulunma yükümlülüğünde yatmaktadır⁴³.

³⁹ CHASE/HERSHKOFF, s.207.

⁴⁰ Woter De VOS/ Walter H.RECHBERGER, "Transnational Litigation and the Evolution of The Law of Evidence", International Association of Procedural Law, V.World Congress in Taormina, Italy September 17-23 1995, General Report, ss.32/32, s.6.

⁴¹ Lord LLOYD' ve WOOLF' tan aktaran CHASE / HERSHKOFF, s.208 dn.7,8.

⁴² Bkz. N.TROCKER/ V.VARANO, "Concluding Remarks", The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective(Ed. N.Trocker/V.Varano), Torino 2005, ss.243-267, s.255-258. İşbirliği ödevinin Müşterek Hukuk dönemindeki Kanonik Usuldeki kökeni ve buradan İngiliz Hukukuna geçmesine rağmen Kıta Avrupasında 19.yy başındaki kanunlaştırmalarda etkili olmadığı yönünde bkz.C.B.MARCHEİS, "Litigant's Duty to Disclose", Columbia University Presentation(13.02.2008), ss.12/12, s.5,8,9/12.

⁴³ Adaletin teminine katkı yükümlülüğü kavramı hakkında bkz. Fransız Medeni

Batı hukuk geleneğinde, taraflar ve üçüncü kişilerin sözkonusu işbirliği ve katkıda bulunma yükümlülükleri Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde oldukça geniş biçimde kabul edilmiştir. Bu bağlamda, Kıta Avrupası sisteminde ancak hakimle işbirliği içinde ve katı bir ilgililik denetimiyle kullanılabilen oldukça sınırlı imkanlara karşın, Anglo-Amerikan sisteminde avukatların dava malzemesine erişmesi için kapsamlı ve esnek bilgi-delil toplama araçları öngörülmüştür⁴⁴. Bu durum, Anglo-Amerikan sisteminde, özellikle A.B.D yargılama modelinde daha belirgin olarak, hükmün adilliğinin nihai sorumluluğunun taraflara, daha doğrusu taraf avukatlarına bırakılmasıyla⁴⁵ açıklanabilir. Sözkonusu delil toplama yöntem ve araçları avukatın bu sistemde deliller bakımından rolünü de ifade eden discovery formları ve disclosure uygulamalarına tekabül etmektedir.

Discovery dava malzemesinin karşı taraf ve üçüncü kişi nezdinde avukatlarca araştırılıp toplandığı, tarafın kendi aleyhine olabilecek olanlar da dahil olmak üzere delil ifşa etmeye zorlanabildiği usuli kurumdur. Taraflararası discovery uygulamaları bakımından, bir başlangıç adımı olarak, tarafların sadece kendilerinden istenilen bilgileri değil, kural olarak, uyumsuzlukla ilgili ellerindeki tüm bilgileri birbirlerine açıklamaları gerekir. Yasa veya mahkeme emriyle yerine getirilmesi gereken ve taraflararası belgesel discovery olarak da adlandırılan bu süreç disclosure kavramıyla ifade ediliyor⁴⁶. Discovery ve disclosure araçları müvekkilin bilgisi dahilinde olmayan vakıa ve delillere erişim imkanı sağlamaktadır.

Kıta Avrupası sisteminde discovery - disclosure kurumu yoktur. Bu sistemin buna özdeş kurumları usuli belge ibraz mecburiyeti ve delil tespitidir⁴⁷. Mahkeme nezdinde, şahidin ve tarafın beyanda bulunma, bilirkişinin görüş bildirme, yine taraflar ve üçüncü kişilerin keşfe kat-

Kanunu m.11(Trocker/Varano, s.255).

⁴⁴ CHASE/HERSHKOFF, s.207.Ayrıca krş. W.HABSCHEID / S.V.BERTİ, "European Summary", Pre-trial and Pre-Hearing Procedures Worldwide(Ed.C.Platto), Graham&Trotman, London 1990, ss.46-53, s.49.

⁴⁵ R.STÜRNER, "Why Are Europeans Afraid to Litigate in the United States", Saggi Conferenze E Seminari, Roma 2001, ss.23/23, s.8/23 ; MURRAY/STÜRNER, s.579,580.

⁴⁶ R.H.FIELD / B.KAPLAN / K.M.CLERMONT, Material for a Basic Course in Civil Procedure, USA Sixth Edition, USA 1996, s.551; J.JOLOVWICZ, On Civil Procedure, s.41.

⁴⁷ TROCKER/VARANO, s.258.

lanma mecburiyetleri de sözkonusu işbirliği ve katkıda bulunma yükümlülüğünün bu sistemdeki diğer görünüm biçimleri olarak belirtilebilir. Belge ibraz mecburiyetinde, karşı taraf veya üçüncü kişilerdeki belgelere erişilebilmesi için davanın açılmış olması ve mahkemenin bu yönde bir kararı şarttır⁴⁸. Delil tespiti kurumunda, delillerin dava veya duruşma öncesinde formel olarak belirlenerek korunması onların yok olma tehlikesi içinde olmasına bağlıdır ve bu da ancak mahkeme marifetiyle mümkündür⁴⁹. Ayrıca, yine bu sistemde, doğrudanlık ilkesi gereğince şahit veya taraftan yargılamada ve hakim tarafından delil alınması kuraldır; başvurulabilecek diğer delil kaynakları olarak bilirkişi ve keşif de esasen mahkeme tahkikat aracıdır. Bu yüzden, Kıta Avrupası sisteminde, delillerin toplanmasında avukatın rolü nispeten sınırlıdır.

Dahil olduğumuz Kıta Avrupası sisteminin karakteristik özelliği gereği, hükmün temsil ettiği çözümün adillığının nihai sorumluluğu mahkemeye aittir. Bu, davada sözkonusu edilen vakıaların gerçekliğinin mahkemece tahkikini ve doğruluğu tespit olunan vakılara yürürlükteki hukukun hakim tarafından uygulanmasını ifade eder⁵⁰. Hukukun davaya uygulanmasında veya başka bir ifadeyle yargılama faaliyetinde, hakim, öncelikle uyuşmazlığın hukuki vasfını tayin edecektir. Bu açıdan, o, tarafların taleplerini desteklemek için ileri sürdüğü vakılara tatbiki mümkün hukuk kurallarını belirleyip taleplerin kabulünü gerektirebilecek bir hukuk normunun koşul unsurlarını karşılayan vakıaları kendisine sunulanlarla karşılaştıracaktır⁵¹.

Yargılamada ileri sürülen ve ihtilafın halline etki eden vakıaların gerçekliği belirsiz olduğunda, bunların ispatında ihtiyaç duyulan delilleri Kıta Avrupası sisteminde hakim belirlemekte ve tarafların mahkemeye bildirdiği delilleri de bu açıdan ele almaktadır⁵². Hukuk

⁴⁸ G.ERDÖNMEZ, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, XII Levha Yayınevi, İstanbul 2010, s. 203,204.

⁴⁹ S.Ş.ANSAY, Hukuk Yargılama Usulleri, 7.Baskı, Ankara 1960, s.308; L.AKYOL ASLAN, Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s.30 dn.12, 70.

⁵⁰ MURRAY / STÜRNER, s.5 ; HAZARD, s. 1019.

⁵¹ E.HİRSCH, Pratik Hukukta Metot, 4.Tıpkı Baskı, Batider Yayınevi, Ankara , s.17,22. S.ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, 7.Baskı, İstanbul 2000, s.243.

⁵² O.G.CHASE, s.62-65(CHASE/HERSHKOFF, s.254'den naklen); H.KÖTZ, "Civil Justice Systems in Europe and the United States", Duke Journal of Comparative & International Law(2003), Vol.13:61, ss.61-77, s.68.

yargılamasında, delillerin belirlenmesine ilişkin klasik formülasyon şöyledir. Kanunlar hakları gösteren vakıaları belirlerken vakıalar da onları ıspat edecek delilleri belirler. Yargılamada, delil belirleme analizini inşa etme sırası avukatla ve genellikle de davacı taraf avukatıyla başlamaktadır. Zira, avukat dava malzemesiyle mahkemeden önce karşılaştığından dolayı, bir hukuk uzmanı olarak vakıalar ve delilleri hakimden önce düşünür⁵³.

Bu formülasyona göre, yargılamada hangi delillere ihtiyaç duyulduğunu ve taraflarca teklif edilen delillerden hangilerinin elverişli olduğunu belirleme yetkisi hakime ait olmakla birlikte, avukat delillerin uygunluğunu belirleyecek olan iddia-savunma vakıalarını ileri sürmek ve mahkemeye ıspat aracı teklif etmek suretiyle bir başlangıç inisiyatifi kullanır. Başka bir ifadeyle, hangi delillere ihtiyaç duyulduğu ve taraflarca mahkemeye bildirilenlerin elverişli olup olmadığı yargılamanın kapsamını teşkil eden vakılara göre belirlenmekte ve bu da az veya çok avukatların formüle ettiği davanın hukuki temelinden çıkarılmaktadır. Buyüzden, avukatın dava veya yargılama öncesinde dava malzemesi hakkında bilgi toplaması ve delil kaynaklarını araştırması gerekir; işte bu faaliyetler avukatın delillerin toplanmasındaki rolünü ifade eder.

Konuya hukuk sistemimiz özelinde baktığımızda, durum temelde bu doğrultudadır. Bununla birlikte, Av.K 2001 Değişikliği ile hukuku-muza giren avukatın bilgi-belge toplama yetkisi, pek kullanılmasa da, bir belgesel delil toplama aracı olarak başvurulabilecek özelihtedir.

III- Av.K m.2/III Prosedürü ile Avukatın Dava ve Duruşma Öncesi Belgesel Delil Toplaması

1-Avukatın Bilgi-Belge Toplama Yetkisi ile Muhatapların İbrahim Yükümlülüğünün Niteliği ve Konusu ile İşlevi

Hukukumuz muhtemelen Japon Av.K m.22-3 hükmünden aktarılmış olan⁵⁴, Av.K.m.2/III hükmünde, tüm kamu kurum ve kuruluşlarına, banka ve sigorta şirketleri ile vakıflara, kural olarak, avukatın

⁵³ G.C.HAZARD / A.DONDİ, "Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law : Some Lingerin Misconceptions Concernin Civil Lawsuits", Cornell International Law Journal(2006), Vol.39,ss. 59-70, s.65.

⁵⁴ Metin ve genel bilgi için bkz. ÇELİKOĞLU, s.280-282.

müvekkili temsil ve savunma görevi çerçevesinde talep ettiği belgeleri onun incelemesine sunma ve istediklerinden örnek verme yükümlülüğü getirilmiştir.

Av.K m.2/III hükmüne göre, avukat, dava veya duruşma öncesinde, Kanunda sayılan kamu kurumu ve özel kuruluşlardan ilgili bilgi ve belgeleri bizzat toplayabilir. Kanunda, avukatın bilgi ve belge talebi için müvekkilin yükümlüler nezdinde maddi hukuktan kaynaklanan bir hakkının varlığı da aranmamıştır. Buna göre, burada muhatap kurum ve kuruluşlar için kamu hukuku nitelikli usuli bir yükümlülük öngörülmüştür⁵⁵.

Bu düzenleme, avukata Kanunda sayılan kurum ve kuruluşların elinde bulunan belgeleri inceleme ve/veya örnek alma imkanı sağlıyor.

Av.K m.2/III prosedürü çerçevesinde incelenilip örnek alınabilecek belgeler, avukatın hukuk sistemindeki asli rolünü yerine getirmesi ve kişi veya kurumların özgürlük alanına müdahelenin kabulü bakımından, ancak müvekkilce avukata tevdi olunan somut bir uyuşmazlık veya meseleyle ilgili olan belgelerdir⁵⁶.

Av.K m.2/III hükmünde düzenlenen bilgi-belge toplama yöntemine münhasıran avukatlar tarafından başvurulması esası kabul edilmiştir. Güncel medeni usulde, hukuki korumanın etkinliği için kendi seçtikleri bir avukatla temsil kişiler için temel bir hak olarak kabul edilmiştir(ALI/UNIDROIT, P.4). Bazı hukuk sistemlerinde, usuli işlemler bakımından avukatla temsil zorunluluğu esası da benimsenmiştir. Avukat medeni yargılamada tarafın usuli külfet ve yükümlülüklerini yerine getirmesine yardım etmekte ve tarafın usuli hak ve yetkilerini ona muzafen kullanmaktadır(ALI/UNIDROIT, P.11.5)⁵⁷. Bu çerçevede, hukukumuzda Kanunda sayılan kurum veya kuruluşlardan dava veya duruşma öncesinde uyuşmazlıkla ilgili bilgi ve

⁵⁵ Bkz.Danıştay 1.D.10.04.2002/26-52 ; A.C.BUDAK, "Avukatlık Kanunu'nun 2.Maddesine Göre Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi", YÜHFD,Y.2004, C.1, S.1, ss.363-373, s.365 ; ÇELİKOĞLU, s.351.

⁵⁶ ÇELİKOĞLU, s. 374,375. Avukatın, en azından, özel kuruluşlar nezdindeki bilgi-belgelere yönelik olarak danışmanlık ve iş takibine ilişkin görevi bakımından Av.K m.2/III prosedürüne başvurusu mümkün değildir.

⁵⁷ R.VERKIJK, "Beyond Winning: Case Management and the Role of Lawyers in the Principles", Social Science Research Network, ID:1265209, ss.24/24, s.4/24 ; ÇELİKOĞLU, s.86.

belgelerin toplanmasında avukatla temsil zorunluluğu esasının kabul edildiği belirtilebilir. Dolayısıyla, Av.K m.2/III prosedürüne göre, Kanunda sayılan kurum ve kuruluşlardaki ilgili belgeleri incelemek ve örnek almak avukatla temsil zorunluluğuna tabi bir taraf usuli işlemi niteliğindedir⁵⁸.

Kanun'da öngörülen iki imkandan biri olan belge inceleme, avukatın uyuşmazlıkla ilgili bilgileri süzüp eleme işlevinin yanı sıra, iddia ve savunmanın veya taleplerin formülasyonu şeklinde genellikle dava hazırlığına hizmet etmektedir. Bununla birlikte, avukatın incelediği belgelerden uyuşmazlık hakkında bilgisi olan muhtemel şahitleri veya delil teşkil edebilecek başka belgelerin varlığını öğrenmesi de mümkündür. Bu halde, belge inceleme imkanı muhtemel delil kaynaklarının araştırılıp tespit edilmesi suretiyle delil ikamesine de hizmet edebilir.

İkinci olarak belge örneği alma imkanı da genellikle ileride ispat aracı olabilecek belgelerin avukat tarafından temin edilerek mahkemeye sunulması suretiyle delil ikamesine hizmet etmektedir. Belge örneği alma imkanı, ayrıca, iddia ve savunma vakıaları veya taleplerin izahını kolaylaştırarak davanın sunumuna da hizmet eder⁵⁹.

2-Av.K m.2/III Prosedürünün Delil İkamesi İşlevinin Nispiliği ve Avukatın Belgesel Delil Toplama Aracı Özelliği

Av.K m.2/III hükmünde düzenlenen bilgi ve belge toplama aracı, bu şekilde, delil ikamesine yönelik işleviyle, avukatın hukukumuzda delillerin toplanmasındaki rolüne temas ediyor. Bununla birlikte, bu aracın delil ikamesi işlevi mutlak değildir. Zira, yargılamada ancak ihtilaflı ve hükme etki edebilecek olan vakıaların ispatı için delil gösterilebilir (HMK, m.187); bu açıdan, ispatın konusu genellikle yargılamanın giriş safhasından sonra belli olmaktadır (HMK, m.137/1)⁶⁰.

⁵⁸ ÇELİKOĞLU, s.373. Usuli işlemlerin özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. A. KARSLI Medeni usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001.

⁵⁹ ÇELİKOĞLU, s.357,360. Kurumun dava hazırlığında avukatın haksız davaları ve yersiz bilgileri eleme işleviyle ilişkisi hakkında ayrıca bkz.356.

⁶⁰ Yargılamada safhalar ve işlevleri hakkında bkz. R. STÜRNER / C. KERN, Comperative Civil Procedure - Fundamentals and Recent Trends", H.Konuralp Armağanı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, ss.997-1031.

Davada ileri sürülen vakıalar, karşı tarafın yargılamanın giriş safhasında aldığı tutuma göre, bazen ihtilafsız kalabilir. Esasen, ara safhada, mahkemenin taraflar ve avukatlarla diyalogu çerçevesinde, başlangıç dilekçelerinde ileri sürülen vakılara tarafların yaklaşım farkları daralıp kaybolabilir; ya da taraflar arasında uyuşmazlıklı kalan vakılardan bazılarının davaya uygulanacak hukuk normu açısından önemli olmadığı anlaşılabılır⁶¹. Nihayet, avukat dava malzemesi toplarken tavsif hatası yapmış ve elverişsiz bilgi-belge sunmuş da olabilir.

Bu şekilde, avukatların ıspat araçlarına ilişkin bazı teklifleri bakımından dava veya duruşma öncesinde topladığı bilgi ve belgelerin ilgisiz veya elverişsiz kalması muhtemeldir. Fakat, bu durum, özellikle dava öncesi bilgi eşitsizliği hallerinde iddia ve savunmanın temellendirilmesi ve taleplerin formülasyonu bakımından, uyuşmazlıkla ilgili bilgilere taraflar ve avukatların olabildiğince erken bir safhada ulaşmasının önemini azaltmaz. Zira, dava bilgiye bağlıdır.

Ayrıca, bahse konu avukat marifetiyle bilgi-belge toplama aracına, davanın esasına ilişkin vakıaların ıspatı dışında, genellikle yargılamanın başında incelenen, dava şartları veya ilk itiraz sebeplerinin ıspatına yönelik olarak da (HMK, m.138) başvurulabilir. Yine, bu araçtan, davanın esasına girilmezden önce ele alınacak olan, hak düşürücü süre veya zamanaşımına ilişkin meselelerin (HMK, m.142) ıspatı için de yararlanılabilir. Buyüzden, burada, bir miktar gereksiz ya da elverişsiz malzeme toplanması riski göze alınabilir. Nitekim, belirttiğimiz verimsizlik riski, HMK m.121,129/2 ve 140/5 (HUMK m.180 ve 200/II hükmünde) öngörülen dava ve cevap dilekçelerine eklenecek veya dışarıdan getirtilecek belgeler bakımından göze alınmıştır⁶².

Yukarıdaki açıklamalar Av.K m.2/III prosedürünün avukatın belgesel delil toplamasına imkan sağlayan bir araç olarak medeni yargıda delil ikamesine hizmet edebileceğini göstermektedir.

⁶¹ MURRAY / STÜRNER, s.263.

⁶² Neuchatel Medeni Usul Kanunu(1992) 'nda dava cevap dilekçelerine tarafların ellerindeki belgeleri eklemeleri yönündeki düzenleme gerekçesi bakımından bu şekilde bkz. A. BAUER / S. ÖZTEK, "Yeni Nöşatel Medeni usul Kanunu", Facultatis Decima Anniversaria, 10.Yıl Armağanı, İstanbul 1993, ss.403-447, s.431.

3-Av.K m.2/III Prosedürünün Muhatapları ve İbraz Yükümlülüğünün Sınırları

Av.K m.2/III bilgi ve belge toplama aracının Kanunda düzenlenişine baktığımızda, bu araca başvurma usulü ve işlemin icrasında izlenecek prosedür belirgin değildir. Daha önemli olarak, Kanun'da sayılan muhatap kurum veya kuruluşların yükümlülüğünün kapsam ve sınırları da belirlenmeye muhtaçtır. Bu açıdan, Kanunda, bazı hüküm içi düzenleme boşlukları vardır.

Söz konusu araç, diğer bazı işlevlerin yanı sıra, taraflar arasında dava veya duruşma öncesi bilgi eşitsizliğinin giderilmesine katkı yapabilecek şekilde, avukatın dava malzemesi araştırıp toplamasına da hizmet etmekle, Anglo-Amerikan discovery araçlarına benzemektedir⁶³. Anglo-Amerikan iddia ve ispat prosedürü hukukumuzdakinden farklıdır⁶⁴. Bu yüzden, Kanun'daki boşlukların doldurulmasında, bu bilgi toplama aracının dava ve duruşma öncesi usul özelliği ile yükümlülerin tüzel kişi niteliği de dikkate alınmak kaydıyla, belge ibraz mecburiyetine ilişkin hukukumuzda kabul edilen düzenlemelere başvurulabilir. Bu araçla bilgi ve belge toplanması avukatla temsil zorunluluğuna tabi bir taraf usuli işlemi olma niteliği sahiptir. Bu da işlemin icrasında prosedüre ilişkin belirsizliklerin giderilmesinde dikkate alınmalıdır⁶⁵. Bununla birlikte, farklılıklar hatırd tutularak, hukuk sistemimize uygun düştüğü ölçüde, davaöncesi discovery-disclosure(pre-suit discovery / pre-action conduct) araçlarına ilişkin mukayeseli hukuktaki çözümlerden de yararlanılabilir⁶⁶.

Bilgi toplanabilecek yükümlülerin kimliği açısından Kanun'da önemli bir belirsizlik yoktur. Fakat, bu açıdan, Kanun'da yükümlüler arasında sayılan banka ve sigorta şirketleri gibi özel statülü kuruluş mahiyetinde olan sermaye piyasası kurumları ile finansman şirketlerinin de amaca uygun bir yorumla kapsama dahil olduğunu belirtmek mümkündür. Daha önemli olarak, sözkonusu aracın belgesel disco-

⁶³ BUDAK, s.364 ; ÇELİKOĞLU, s. 359, 364,381-385.

⁶⁴ BUDAK, s.356. Ayrıntılı bilgi için bkz.O.GÜNDÜZ, Anglo-Amerikan Hukuku Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Ankara 2009,s.101-153 ; ÇELİKOĞLU, s.191-195.

⁶⁵ ÇELİKOĞLU, s. 371,388,404.

⁶⁶ Bkz.ABD hukukunda pre-suit discovery(FRCP, r.27) ve İngiliz Hukukunda pre-action protokol(CPR, r. 2).

very-disclosure özelliğine de işaret eden, Kanun'da sayılan yükümlülerin avukatın müvekkiline nazaran uyuşmazlıktaki sıfatı bakımından ister karşı taraf ve isterse üçüncü kişi konumunda olsun belge inceleme ve örnek vermekle yükümlü olduklarını vurgulamak gerekir⁶⁷.

Yükümlülüğün sınırları açısından, Kanun'da, yükümlülerin kamu kurumu ve özel statülü tüzel kişi olarak faaliyetlerinin kanunla düzenlenmesine nazaran, "*Kanunlarındaki (yasaklayıcı) özel hükümler*"ın saklı olduğu belirtilmiştir. Bu hükümlerde, yükümlü kurum ve kuruluşun elinde bulunan ve başkasına veya kamuya ait sır niteliğindeki bilgilerin, kural olarak, yasal mercilerden başkasına verilemeyeceği belirtilmektedir. Nitekim Ceza Kanunu da kişisel sır ve devlet sırlarının ifşasını cezalandırmaktadır(TCK, m.134, 136, 239, 258). Fakat, çeşitli genel kanun hükümleriyle ve anayasa ile hatta uluslararası antlaşmalarla da, kişilerin başkalarına ve hatta kendilerine ait bazı bilgi ve belgeleri iradeleri dışında açıklamaktan kaçınabilecekleri kabul edilmiştir⁶⁸. Bu yüzden, burada genel bir kategorizasyona ihtiyaç vardır.

Muhatapların kaçınma imkanları bakımından genel bir kategorizasyon, kanımızca, Kıta Avrupasının discovery özdeşi olan belge ibraz mecburiyeti hükümlerine kıyasen yapılabilir. Belge ibraz mecburiyetinde, belge ibrazından kaçınma sebepleri taraflar yönünden yargısal takdire bağlı biçimde "*kabul edilebilir mazeret*" şeklinde ve üçüncü kişiler yönünden de şahitlikten kaçınma sebeplerine atıfla belirlenmiştir (HMK, m.220/3, 221/3). Bununla birlikte, Av.K'da avukata belge ibraz etmekle yükümlü kılınan kuruluşların kamu veya özel hukuk tüzel kişisi olması nedeniyle, bazı farklılıklar sözkonusudur.

Belirtilen suretle, belgenin, ifşası cezai yaptırım doğuran nitelikte, kamuya veya başkasına ait bir sır içermesi halinde mutlak bir muafiyet ve kaçınma imkanı doğmaktadır (HMK, m.220/3, 242/1, 250/c). Buna karşın, belgenin kanunen koruma ödevi bulunan nitelikte başkasına ait bir sır içermediği fakat diğer bir kaçınma sebebinin mevcut olduğu hallerde durum özellik arz etmektedir. Bu açıdan, belge inceleme veya örnek vermenin, yükümlünün: i) kendisine ait olan bir kişisel

⁶⁷ Bkz.Danıştay, 8.D,12.01.2004/ 2003-2880/2004-32; 10.D, 06.03.2007/ 2004-10375/2007-891(<http://danistay.gov.tr>).

⁶⁸ Bkz. AY m.20/II ; Bank. K m.73/III ; Sig.K m.35/8 ; TRIPS m.39/1 ; NK m.54 ; 551 S. KHK m.34/III, 73A,74, 136 ; TTK m.80/I.

veya ticari sırrının açığa çıkmasına, ii) ya da kendini suçlamasına, yol açacak olması halleri bakımından durum onun sıfatına bağlı olarak farklılaşmaktadır. Bu kaçınma sebepleri bakımından, yükümlü karşı taraf konumunda ise, kaçınma imkanı, onun sadece kanunda açıkça tanımlanmış olan kişisel ve ticari sırlarıyla (TTK m.80/I ; 551 s. KHK m.34/III vb) sınırlı olarak mevcut olup nispidir; eğer yükümlü üçüncü kişi konumunda ise, o zaman buna ilaveten haklı bir menfaatini⁶⁹ koruma ve kendini suçlamama imtiyazına da sahip olacak şekilde geniş ve mutlaklıdır (HMK m.250/b).

4- *Av.K m.2/III Prosedüründe Yükümlüyü Duruşma Öncesi Belge İbrazına Zorlamak Mümkün müdür? Muhatabın Uyumsuzluğunun Bir Yaptırım Var mıdır?*

Avukat marifetiyle bilgi toplama aracının etkinliği açısından, haklı bir sebep bulunmaksızın avukata belge inceletmeyen veya örnek veremeyen yükümlünün buna zorlanabilmesi de gerekir.

Kanun'da, dava öncesi bir zorlama usulü öngörülmemiştir. Bu açıdan, etkin bir sonuç için, davanın ikame edilmiş olması gerekir. Burada, dava ikamesinden sonra, Kanun'da bağımsız bir imkan olarak da öngörülen "*duruşma öncesi mahkeme müzekkeresi*"nden, muhatabın yükümlülüğünü yerine getirmesine yönelik bir emir içeriğiyle, yararlanılabilir.

Dava ikamesi öncesinde Av.K m.2/III prosedürüne uygun bir ibraz talebinin karşılıksız bırakılmış olması halinde, dava ikamesinden sonra, ilgili tarafça uyumsuz yükümlünün elindeki belgenin yeterli bir tarifiyle birlikte bunun davayla ilgisi açıklanıp yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlanması istenildiğinde, mahkeme böyle bir emir içeriğiyle uyumsuz yükümlüye duruşma öncesi bir müzekkere gönderebilir. Kanun bu müzekkerenin istemi halinde avukata teslimine de imkan vermektedir. Bu halde, mahkeme, yükümlünün menfaatlerini de dikkate alarak, belgenin teslimi bakımından sözkonusu müzekkerede avukatı işleme yetkilendirebilir⁷⁰. Duruşma öncesi müzekkere için,

⁶⁹ Bkz. ÇELİKOĞLU, s.403.

⁷⁰ HMKY(03.04.2012/28253 RG) m.54/2 hükmü(Eski "*Hukuk Mahkemeleri Yönetmeliği*" m.36)'nde düzenlenen "*elden müzekkere takip yetkisi*" de amaca uygun

Kanun'un açık düzenlemesi karşısında, delil ikamesine esas olmak üzere davadaki temel meselenin belirlenmiş olması veya yargılama içi belge ibraz prosedürü(HMK, m.220/1,221/1) sürecinin beklenmesi de gerekmez(Av.K, m.2/III son c.).

Kanun'da, belge inceletme ve örnek verme yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanabilecek bir yaptırım tanımlanmış değildir. Burada, sözkonusu bilgi toplama aracının dava ve duruşma öncesi usul özelliği ceza normunda kıyas yasağı nedeniyle, belge ibraz mecburiyeti kurumundaki aleyhe çıkarım ve disiplin para ve hapis cezası yaptırımlarının (HMK, m.220/3,221/3) uygulanması mümkün olmaz. Bu açıdan, HMK m.327 ve 329/1 hükmüne kıyasen, yükümlülüğünü yerine getirmeyen uyumsuz muhatabın uyuşmazlığın karşı tarafı konumuyla davada yer alması halinde, dava sonucundan bağımsız olarak, ihlali ile sebep olduğu gereksiz yargılama masrafı ve avukatlık ücretinden sorumlu tutulabilir veya buna mahkum edilebilir. Uyumsuz yükümlünün üçüncü kişi konumunda olması halinde, şahadet hükümlerine kıyasen (HMK, m.245), duruşma öncesi müzekkereyle ibraza zorlanmış olmak kaydıyla, ihlali ile sebep olduğu celse kaybı giderleri ona ödettirilebilir. Ayrıca, yine, mahkeme müzekkeresiyle zorlanmasına rağmen yükümlülüğünü yerine getirmeyen muhatabın 5236 s. Kaba-hatler K'na göre, idari para cezasına mahkum edilmesi de mümkündür (m.7,8,24,32).

Uygulanabilecek yaptırımlar konusunda, hakim ihlalin davadaki tüm etkilerini dikkate alarak karar vermelidir⁷¹.

5-Av.K m.2/III Prosedürünün Usulü ve Amaca Uygun ve Etkin Kullanılması

Av.K m.2/III hükmünde bu prosedürün usulü tanımlanmamış ve avukata tanınan yetki ile bu araçla toplanan bilgi-belgenin hukuka uygun kullanılması bakımından Kanunda bir denetim mekanizması da öngörülmemiştir.

Sözkonusu prosedürün usulü bakımından, bu araçla bilgi-belge toplanılması avukatla temsil zorunluluğuna tabi bir taraf usuli işlemi

⁷¹ geniş yorumla buna dayanak teşkil eder.
Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKOĞLU, s.421-426.

niteliğine sahip olmakla, mahkemedışı belge inceleme ve belge ibraz mecburiyeti hükümlerine kıyasen (HMK, m.218/1, 218-221), uyuşmazlığın konusu ve taraflarının yanısıra istekle birlikte istenen bilgi-belgenin ayırt edici özellikleri itibarıyla genel bir tarifini içeren bir yazılı bildirimle ve örnek alma işlemi bakımından avukatın müvekkilinden sadır vekaletname de ekli olarak mesai saatleri içinde ibraz talebinde bulunulması gerekir (HMK, m.148, 220/1, 221/1)⁷². Ortada henüz derdest bir yargılama da yokken, özellikle 3.kişiler bakımından daha belirgin olarak, muhatapları işbirliği ve adaletin teminine katkıda bulunma ödeviyle telif edilemeyecek bir külfete sokmamak gerekir. Buyüzden, bilgi kaynağının incelenmesi ve örnek alma işleminin muhatabın yönetim merkezinde, onun olağan faaliyet sürecini aksatmayacak bir süre ve şekilde, tutanak tanzimi suretiyle ve çoğaltma masrafı istekte bulunana ait olarak icrası usuli işlemlere de şamil olan iyiniyet kurallarına (TMK, m.2 ; HMK, m.29/1) uygun olur⁷³.

Belirtmek gerekir ki, avukat Kanunda tanımlanan mesleki yetkisini ve yükümlüden topladığı bilgi veya belgeyi amaç dışı kullanamaz. Avukatın bu araca kendisine veya müvekkiline hukukdışı bir avantaj sağlamak üzere başvurması, yine sözkonusu araçla toplanan bilgi ve belgelerin, yükümlünün izni dışında, uyuşmazlığın çözümü için başvurulabilecek süreçlerden başka bir yerde kullanılması, amaçdışı sayılır. Bu da Av.K m.34 hükmünde öngörülen mesleki doğruluk ve özen yükümlülüğünün ihlalini teşkil eder ve avukatın disiplin sorumluluğunu doğurur. Yükümlünün bilgi-belgesinin kişisel veya ticari menfaat elde etmek ya da hukukdışı amaçlarla kullanılması halinde hukuki sorumluluk da doğacaktır. Bu açıdan, yükümlünün zarar görmesi veya bir kamu zararı doğması halinde, kusurlu avukatın cezai sorumluluğu da sözkonusu olur(TCK, m.257).

Buraya kadar yapılan açıklamalar çerçevesinde, hukukumuzda, en azından medeni yargılama bakımından, avukatın belgesel delil toplama yetkisine sahip olduğunun kabulü mümkündür.

Etkin bir hukuki korumaya daha fazla katkı sağlanması bakımından, avukatın belgesel delil toplama yetkisine ilişkin düzenlemede bazı değişikliklere ihtiyaç vardır. Bu açıdan, öncelikle, Av.K m.2/III

⁷² Bkz. BUDAK, s.369; ÇELİKOĞLU, s.411,413.

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKOĞLU, s.405-414.

hükümünün kapsamı, kanımızca, tüm özel hukuk tüzel kişilerine yükümlülük getirecek şekilde genişletilebilir. Daha önemli olarak, dava öncesi bir yaptırım ve denetim usulünün açıkça tanımlanması gerekir. Bu açıdan, kamu kurumları dışındaki özel kurum ve kuruluşlara yönelik belge ibraz talepleri bakımından bir denetim ve sebepsiz kaçınma halinde yaptırım tatbiki bakımından avukatın mensubu olduğu baro vasıtasıyla talepte bulunulması esası yönünde bir düzenleme değişikliği benimsenebilir. Söz konusu araçla bilgi-belge toplama avukatlık faaliyet tekelinde bulunmakla, bu düzenlemeye ilişkin Av.K m.2/III hükmünün Kanunda avukatın faaliyet hak ve ödevlerinin düzenlendiği m.35 hükmüne aktarılması farkındalık yaratmak bakımından uygun olur. Bu açıdan, yargılamada belge toplanırken, mahkemeden yardım istenmeden önce bu araca başvurulma zorunluluğu getirilmesi de yararlı olacaktır⁷⁴.

IV- TBB Av.K İlave m.35/B Hüküm Önerisi Çerçevesinde “Avukatın Delil Toplama Yetkisi” ve Bu Kapsamda Avukatın Dava İkamesi Sonrasında Beyan Delili Toplaması

Avukatın dava veya duruşma öncesi bilgi ve delil toplama faaliyeti, Av.K m.2/III hükmü çerçevesinde sağlanan surette, belgelerle sınırlı kalmamalıdır. Zira, şahit deliliyle ispatlanabilecek konularda, şahidin mahkemede vermesi beklenen bilginin onun hakimce dinlenilmesinden önce öğrenilmesi taraf avukatlarının delil teklifindeki isabeti artırır. Süprizleri ve zaman veya bilgi kayıplarını engeller. Nitekim, HMK delillerin tarafların ilk dilekçelerinden başlayarak vakıa bazında belirtilmesini beklemektedir(m.119/1f,129/1e). Bu açıdan, Av.K m.2/III prosedüründeki belgesel delil toplama imkanına ilaveten, hukukumuzda, mukayeseli hukuktaki gelişmelere uygun olarak, avukatın muhtemel şahitlerden de mahkemedışı yazılı beyan temini veya noterlik marifetiyle yeminli beyan tespiti suretiyle beyan delil toplamasına da ihtiyaç vardır.

TBB Mart 2012 tarihli “Av.K Değişiklik Önerisi Çalışma Metni”(“TBB, 2012 AvK Tadil Teklifi”) dahilindeki bir düzenleme önerisi sözkonusu

⁷⁴ ÇELİKOĞLU, s.454.

ihtiyacı karşılamaya müsait görünmektedir. Diğer taraftan, bu düzenlemenin yasalaşması halinde, artık hukukumuzda “avukatın delil toplama yetkisi” kavramı terminolojide yerini alacaktır. Zira, mevcut öneri hem içerik olarak ve hem de Kanun’da 6. kısımdaki “Avukatın Hak ve Ödevleri” babında avukatın faaliyet tekeline ilişkin “Yalnız Avukatların Yapabileceği İşler” başlığı altında “Delil ve Bilgi Toplama” alt başlığı ile düzenlenmesi itibarıyla artık hukukumuzda sözkonusu kavramın kullanılmasına cevaz verir.

1-Av.K m.35 Hüküm Revizyonu Kapsamında Avukatın Yargılamada Delil Toplama Yetkisinin Niteliği ile Uygulama Alanı ve Konusu

“TBB, 2012 Av.K Tadil Teklifi” kapsamında Av.K’na ilavesi önerilen m.35/B hükmünün yasalaşması halinde, hukukumuzda avukata genel bir delil toplama yetkisi tanınmış olacaktır. Sözkonusu düzenleme önerisi, derdest davalar bakımından, mahkemece onaylı bir delil listesinde tarif olunan bir delili elinde bulunduran tüm resmi ya da özel kişi ve kurum veya kuruluşları, kural olarak, bu delili avukata vermekle yükümlü kılmaktadır (ilave m.35/B önerisi fık.2)⁷⁵.

Önerilen düzenleme avukatın delil toplamasını muhtemel dava veya yargılamaları dışarıda bırakacak şekilde münhasıran derdest dava ya da yargılamalara yönelik olarak düzenlemektedir. Bu husus “her-

⁷⁵ TBB tarafından Av.K’na ilavesi önerilen düzenleme şu şekildedir:

“Delil ve bilgi toplama

Madde 35/B- Müvekiline ait veya ilgisi olup da müvekkil tarafından talep edilmesi mümkün olan tüm bilgi ve belgeler, ilgili kişi ve kurumlarca avukatın incelemesine sunulmak ve istendiğinde vekaletname ibrazı halinde avukata birer örneği verilmek zorundadır.

Herhangi bir yargılama başladıktan sonra, avukatın mahkemeye verdiği dilekçesine ek olarak somut ve açık şekilde sunduğu delil listesinin mahkemece onaylanması halinde, bu listede yer alan ve kendilerinde bulunan delilleri, ilgili tüm resmi veya özel kişi, kurum ve kuruluşlar avukata en kısa sürede temin etmek ve onaylı bir örneğini vermek zorundadır. Yargılama işlemleri dışındada da, bu Kanunun ikinci maddesinde belirtilen kurum ve kuruluşlar, avukatın vekaleten takip ettiği iş ve işlemlerde, avukata görevini yerine getirmek hususunda yardım etmek ve gerekli bilgileri vekaletname veya suretini ibraz etmeleri halinde onaylı belge örneklerini vermek zorundadırlar.

Bu kanun hükümlerine göre bilgi veya belge vermekle yükümlü olduğu halde, avukatın talep ettiği bilgiyi veya onaylı belge örneğini vermeyenler hakkında, Türk Ceza Kanunu’nun 257.maddesi hükümleri uygulanır.

Avukat, delil ve bilgi toplama çalışmaları sırasında başka bir avukatı da yetki vermek suretiyle görevlendirebilir.”

hangi bir yargılama başladıktan sonra” ibaresiyle ifade edilmiştir(m.35/ B-fık.2). Burada, Av.K m.2/III hükmündeki belgesel delillere ilişkin imkan ve iznin muhtemel dava veya yargılamalara yönelik olarak dava öncesi delil toplama ihtiyacı bakımından yeterli olabileceği düşünülmüş görünmektedir⁷⁶. Buna göre, sözkonusu yetkiye avukatın kural olarak adli, idari ve anayasa yargısına ilişkin derdest⁷⁷ bir dava veya yargılama kapsamında başvurabilmesi mümkündür⁷⁸.

⁷⁶ Esasen, Av. K m.2/III hükmünün tüm özel hukuk tüzel kişilerine teşmil edilmesi halinde, bu çözüm yeterli olabilir. Zira, şahadet delili bakımından ortada derdest bir dava yokken üçüncü kişileri böyle bir külfete sokmak aşırıdır. Nitekim, delillerin korunması prosedürü bir kenara bırakıldığında, şahadet delili bakımından mukayeseli hukuktaki yaptırım destekli çözümler de dava ikamesi sonrasına münhasırdır. İngiliz Hukukunda gerek mahkemedışı ve gerek mahkeme vasıtalı dava öncesi disclosure(pre-action conduct) belgesel olup dava ikamesi öncesi şahit beyanı temini şahidin rızasıyla mümkündür.Dava sonrası zorlama yaptırımları için İngiliz Hukukunda bkz.CPR, r. 34.10.4 ; ABD Hukukunda bkz.FRCP, r.37a,b.

⁷⁷ Sözkonusu yetkinin yargılamada gerçeğin bulunmasının kolaylaştırılması ve hızlandırılması amaç ve işlevi gereksiz malzeme toplanmasına engeldir. Yargılamanın tahkikat safhasında ispat aracı olabilecek delil kaynaklarının dava öncesinde araştırılarak tespiti mümkünse de medeni yargılamada bunların davadan önce toplanması her zaman yarar sağlamayabilir. Zira, delil taraflar arasında uyumsuzluklu olan ve davanın halli için önemli olan meselelerin ispatına ilişkin olarak gösterilecektir (HMK, m.187/1).

⁷⁸ Resen araştırma ilkesinin kural olduğu idari yargı ve ceza yargılamasında, avukatın sözkonusu mesleki yetkiye yargılamada ıspata yönelik olarak başvurusu ihtimali sınırlı olacaktır. Bu açıdan, TBB “2012 Tadil Teklifi” kapsamında ihdası önerilen yetkiye, avukatın, genellikle, adli yargı yolunda ve özellikle medeni yargıda taraflarca hazırlama esasına tabi davalarda başvurulacağı belirtilebilir. Zira, ceza yargılamasında sanığın kural olarak hakkındaki ceza iddiasına konu suç fiilini işlemediğini ispat etmesi gerekmemekle, sanık aleyhine delillerdeki maddi bir hatanın ortaya konması ve suçun sabit olması halinde muhtemel mazeret veya etki sebeplerine yönelik ispat faaliyeti dışında, sanık müdafii avukatın sözkonusu mesleki yetkiye başvurma ihtiyacının doğması ihtimali sınırlıdır. Mağdur müdahil vekili avukat açısından da, mağdurun şikayet veya ihbarıyla soruşturma açılması için gerekli basit şüphe sebeplerinin bildirilmesiyle, soruşturma açıldıktan sonra fiilin kamu adına ceza iddiasına konu edilmesi için yeterli şüpheyi ortaya koyan delil kaynakları veya yargılamada kullanılabilecek ispat araçları kural olarak savcılık ve kolluk tarafından ortaya konulup mahkemece araştırılmakla (CMK, m.160, 161), durum farklı değildir. İdari yargı ve anayasa yargısı bakımından ise, yargılama usulünün özelliklerinin yanı sıra, uyumsuzlukların niteliği avukatın delil toplama ihtiyacı ve sözkonusu yetkiye başvurma gereğini sınırlandırmaktadır. Bununla birlikte, avukatın delil toplama yetkisinden idari yargıda şahit dinlenmesine ilişkin sorunların çözümünde yararlanılabilmektedir.İdari yargıda delillerin toplanmasında önemli güçlük bulunmamakla birlikte şahit delilinin temini gereği yönünde bkz. İ.ÖZAY, “Allah ne Hekime ne Hakime”, Yeni Türkiye, Y.1996, S.10, ss.186-189, s.189; Y.KARAKOÇ, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, DEÜHF Yayını, İzmir 1997, s.261; Ramazan ÇAĞLAYAN, “İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri”, SÜHFD, Y.2003, C.11, S.3-4, ss.195-206, s.199.

Av.K m.35/B ilave hüküm önerisi avukatı delil toplamaya ancak derdest davalar bakımından yetkilendirmekle, delil toplama kavramı burada Av.K m.2/III prosedürünün belgesel delil toplama işlevindeki gibi delil kaynaklarının araştırılması anlamında olmayıp ispat araçlarının yargılamaya getirilmesi anlamındadır. Başka bir ifadeyle, burada, delillerin toplanması kavramı ikamesi kabul edilen delillerin temini anlamında bir içeriğe sahiptir. Buna göre, Av.K m.35/B ilave hüküm önerisi kapsamında avukatın delil toplaması bir discovery-disclosure aracı niteliğini haiz değildir. Bu açıdan, *“avukatın delil toplama yetkisi”* yeni bir delil keşfine yönelik olmayıp bilinen delillerin yargılamaya mahkeme marifetiyle değil avukat çabasıyla celbine yöneliktir⁷⁹.

Avukatın önerilen delil toplama yetkisinin hukuki niteliğine baktığımızda, onun bir kamu hukuku yetkisi olmadığı açıktır. Zira, avukatın yargılamadaki faaliyetinden kamusal yararlar da hasıl olmakla birlikte, o, hukuk sisteminin müvekkil menfaatlerini hatalı karar ve uygulamalardan korumak üzere faaliyete yetkilendirdiği hukuk uzmanı olup kamu görevlisi değildir⁸⁰. Bu yüzden, ilave m.35/B hükmü önerisinin yasalaşması halinde doğacak yetkinin tarafa ait bir usuli hak teşkil edeceği ve fakat bu hakkın ancak avukat vasıtasıyla kullanılabileceği belirtilebilir. Açıklanan nedenlerle, avukatın delil toplama yetkisi çerçevesinde yapacağı işlemler avukatla temsil zorunluluğuna tabi bir taraf usuli işlemi niteliğindedir.

Önerilen hükümde, avukatın delil toplama yetkisinin konusu veya avukat marifetiyle toplanabilmesi bakımından yükümlünün elinde bulunan delilin türüne ilişkin bir belirtme veya ayırım yapılmamıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, taslak metinde, delilin temini ve onaylı bir örneğinin avukata verileceğinin belirtilmesi, bu düzenlemeyle belgesel delillerle sınırlı bir yetki tanımlandığı şeklinde, dar bir yorumu gerektirmez. Zira, o zaman taslak metninde delil listesine atıf yapılması ve mahkeme onayının vurgulanması anlamsız olur. Buna göre, bizzat veya bilirkişi refakatiyle hakim tarafından icra edilebile-

⁷⁹ Böylece, bu düzenleme 60 ve 61.Hükümet Yargı Reformu Stratejisindeki yargılamanın hızlandırılması bakımından avukatın yargılamaya katkısını artırma yaklaşımına paraleldir, bkz. ÇELİKOĞLU, s.433; Yargı Reformu Stratejisi ve Eylem Planı, Adalet Bakanlığı Dökümanı, Ankara 2010, s.31.

⁸⁰ Bkz. ÇELİKOĞLU, s.161-164.

cek keşif⁸¹ ve yine ancak hakim tarafından alınabilecek taraf yemini (HMK, m.228, 233) haricinde, avukatın yetkisinin, listelenen delilin kabule şayanlığının yanı sıra delili elinde bulunduranın menfaatleri de dikkate alınarak, delil listesinin mahkemece kısmen veya tamamen onaylanmasına göre belirleneceği belirtilebilir⁸².

Avukatın beyan delili teminini dışlayıcı dar bir yorum yapılması, sözkonusu düzenleme ile avukata tanınmak istenen delil toplama yetkisinin avukatın yargılamaya katkısının artırılması suretiyle yargılamada etkinlik ve verimlilik temini şeklindeki ihdas amacı bakımından da uygun değildir. Kaldı ki, belgesel delillerle sınırlı olarak, Av.K m.2/ III hükmü böyle bir imkan ve izni kısmen de olsa zaten vermektedir.

Diğer taraftan, yargılamada mahkemedışı yazılı şahit beyanı kullanılmasına delillerin doğrudanlığı ilkesi çerçevesinde bir muhalefet de⁸³ etkili olmayacaktır. Zira, uzayan yargılama sürecinde şahidin dinlenmesiyle elde edilen deliller hakkında hakimde oluşan kanaat ve izlenim hükmün verilmesine dek geçen zaman zarfında kaybolmakta ve genellikle tutanak aracılığıyla bilgi edinilmektedir⁸⁴. Esasen, dava malzemesinin toplanmasında hakim ve taraflar arasındaki rol dağılımında kural olarak taraflarca getirilme ilkesinin benimsenmiş olması

⁸¹ Keşif, Kıta Avrupası sisteminde, münhasıran hakim kendi duyu organları vasıtasıyla bizzat delil toplamasıdır (MURRAY/STÜRNER, s.270; O.YILMAZ, Hukukta Keşif, Kayseri 1955, s.15). Buyüzden, hakimden başkasının yaptığı mahal veya şey tespitine keşif denmez ve böyle bir tespit yapan başka kişiler şahit veya bilirkişi olarak dinlenebilir; bkz. F.EREM, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1968, s.447, 448. A.B.D. Federal Hukukunda, bina ve arazide taraf avukatının bizzat veya bilirkişi yardımıyla keşif ve tespiti mümkün olup taraf ve üçüncü kişinin katlanma yükümlülüğü kabul edilmiştir; bkz. ÇELİKOĞLU, s.236-238.

⁸² Hakim görevlendirmesiyle başvurulabilip mahkemeye görüş bildirebilen bilirkişi(HMK, m.269, 280) delili açısından sözkonusu yetkinin “özel bilirkişi” bağlamında mevcudiyeti açık olup konu mahkeme bilirkişisi bakımından tartışılabilir. Bilirkişinin Kıta Avrupası sisteminde taraf delilinden ziyade hakim yardımcısı konumuyla bir tahkikat aracı sayılmakla birlikte aynı zamanda bir ispat aracı olduğu yönünde bkz.M.TANVERDİ, Medeni usul Hukukunda Bilirkişilik, İÜSBİ Doktora Tezi, İstanbul 1991, s.113; M.K. YILDIRIM, “Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu”, Baki Kuru Armağanı, TBB Yayını, Ankara 2004, ss.833-841, s.835.

⁸³ Bu ilkeye göre, hakim ve delil arasına giren her bir aracı delilin ispat kuvvetini zayıflatır; ayrıntılı bilgi için bkz.N.KURT, “Medeni Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğruluk İlkesi”, B.Özkan Armağanı, Ankara 2008, ss.599-625, s.603.

⁸⁴ Bkz.M. TARUFFO, “Orality and Writing as Factors of Efficiency in Civil Litigation”, IACP 5-8 November 2008 Colloquium, General Report, ss.19/19,s.10-13/19.

nedeniyle, hukuk yargılamasında doğrudanlık ilkesi mutlak değildir⁸⁵. Şahidin verebileceği delillere daha hızlı ulaşılabilmesi ve mahkemenin harcadığı zamanı kısaltması, şahit açısından masraf ve zahmet avantajı gibi nedenlerle, yazılı şahit beyanı kullanımı Kıta Avrupasında yayılmaktadır⁸⁶. Buna göre, hakimin gereğinde şahidi bilahere dinleme ve sorgulama yetkisi saklı olarak avukatın şahitten yazılı beyan alması hukukumuzda da mümkün(HMK, m.246; NK, m.61) olup bunun TBB ilave madde önerisi kapsamı dahilinde kabul edilmesi mukayeseli huktaki gelişmelere uygundur.

2- Av.K m.35/B Prosedüründe Yükümlülerin İşbirliği Ödevlerinin Sınırı ve Avukatla İşbirliğine Zorlanması

TBB önerisi kapsamında, belge ve beyan delillerinin avukat marifetiyle toplanmasında, mahkemece onaylı bir delil listesinde tarif edilen bir delile sahip olan kişilerin yükümlülüğünün sınırlarını HMK belge ibrazından ve şahadetten kaçınma hükümleri çizecektir(m.220/3, 221/3; 242, 247-252).

Diğer taraftan, sözkonusu ispat araçlarının temini için muhatapların avukatla işbirliğine zorlanması da mümkündür. Zira, "2012 Metni"nde sözkonusu delili elinde bulunduranlar bakımından açık bir usuli yükümlülük ve delil verme mecburiyeti tanımlanmıştır. Buna göre, belgesel delil kaynağı unsurlarına sahip olan taraf veya üçüncü kişiler belge örneği vermeye ve sözlü delil kaynağı teşkil edebilecek şahitler beyan vermeye zorlanabilir⁸⁷.

Bu önerinin yasalaşması halinde, ellerinde mahkeme onaylı delil listesinde tarif edilen bir delili bulunduran kişiler, avukatla işbirliği yapmamaları halinde, mahkemenin belge ibraz emri (HMK, m.220/1, 221/1) ve şahadete davet kararına muhatap olabilecektir(HMK, m.245, 246).

⁸⁵ Bkz.REİCHEL, STADLER ve SCHUMAN'dan aktaran, KURT, s.604 dn.39.

⁸⁶ CHASE / WALKER, s.2/19. Fransız, İtalyan, İsveç Hukukları ve AB Hukukundaki gelişmeler hakkında bkz.ÇELİKOĞLU, s.444,445.

⁸⁷ Bazı Kıta Avrupası ülkelerindeki tarafın/avukatın şahit beyanı temini ve ALI/ UNIDROIT çözümü (P.16.3) rızaidir. Anglo-Amerikan sisteminde taraf ve üçüncü kişinin sözkonusu beyan yükümlülüğüne ilişkin zorlama imkanları hakkında bkz. ÇELİKOĞLU, s.233 dn.380, s.256.

“2012 Metni” özel bir cezai yaptırım uygulama imkanı da öngörmekle uyumsuz muhatap hakkında suç duyurusunda da bulunulabilecektir(m.35/B-fık.4).

3-Av.K m.35/B Prosedürüne Göre Avukatın Delil Toplama Usulü ve Denetimi

TBB önerisi kapsamında avukatın delil temini işleminin şekline bakıldığında, mevcut Taslak metninde hakimin delil listesini onayı dışında usule ilişkin bir düzenleme yoktur. Buna göre, işlemin usulünün hakimin kararına göre belirleneceği düşünülebilir. Bununla birlikte, burada, belgesel deliller bakımından Av.K m.2/III prosedürünün izlenmesi mümkündür. Beyan delilleri bakımından ise, avukatın muhtemel şahitlerle teması ve onların yazılı beyanlarını temin etmesi imkan dahiline girmektedir⁸⁸. Bu açıdan, şahit sorukağıdı dışında, Anglo-Amerikan kökenli yazılı şahit beyanı delilinin İngiliz Hukukundan bazı Kıta Avrupası ülkeleri hukuk sistemlerine de aktarılan diğer formları hukukumuzda da kullanılabilir.

İngiliz hukukunda kullanılan yazılı şahit beyanının iki formu⁸⁹ olan şahidin avukatça tespit edilen yazılı beyanı (witness statement) ve yemin verdirmeye yetkilisi önünde tanzim olunan mahkemedışı yeminli şahit beyanı (affidavit) temini usullerinin hukukumuzda kullanılabilmesi bakımından durum özellik arzemektedir. Buna aşağıda biraz sonra değinilecektir.

TBB ilave m.35/B hüküm önerisi “2012 Metni”nde kendisinde delil bulunan kişinin onu avukata “verme” mecburiyetini onun adı ve bilgisinin bildirildiği delil listesinin mahkemece onaylanmasına bağlanmış olması karşısında, sözkonusu mahkeme yönetim ve denetimine imkan sağlandığı belirtilebilir. Ayrıca, mahkemenin şahidi dinleme yetkisi saklıdır. Buna göre, hakimin elinin işin üzerinde olması karşısında, her iki yazılı şahit beyanı formu hukukumuz bakımından da kabul edilebilir. Mahkeme delil listesinin onayı sırasında onun yazılı beyanının şahitten ne şekilde alınacağını belirleyebilir.

⁸⁸ Hukukumuzda, avukatın zorunlu olmadıkça muhtemel şahitlerle görüşmesi disiplin yaptırımı gerektiren bir uygunsuz davranış olarak tanımlanmıştır; bkz. Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Meslek Kuralları(TBB-AMK), kural 24.

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKOĞLU, 257-2560.

Taslak metnin yasalaşması halinde, delil ikamesinde şahit olarak dinlenmesini teklif ettiği kişilerden uyuşmazlıklı vakıalar hakkındaki bilgilerini öğrenmek üzere, avukat usuli işlemlerde doğruluk kuralına (HMK, m.29/1; Av.K, m.34) uygun şekilde onlarla dava veya duruşma öncesinde görüşebilecek; hakim delil listesini onaylaması üzerine, avukatın onların beyanını tespit ettirmesi ya da hakim iznine göre bizzat temin etmesi mümkün olabilecektir.

Altta yatan saik delil tespit kurumundakinden farklı olmakla, burada, dava ikamesinden sonra avukatın mahkemedışı yazılı şahit beyanı teminine HMK m.401/4 hükmü de engel teşkil etmez; kaldı ki, esasen, süreç hakim bilgi ve izni dahilinde cereyan etmektedir.

Mahkemenin avukatın delil listesini onayı sırasında listede adı geçen şahitten avukatın delil toplamaya izin verilmesi halinde, buna ilişkin bir mahkeme teyid notunu havi şahit beyan davetiyesinin (HMK, m.244) avukat marifetiyle HMK m.241/2,3 hükmüne kıyasen şahide gönderilmesi mümkündür. Bu şekilde, mahkeme teyidli beyana davete göre, avukat şahitten onun yazılı beyanını bizzat veya mahkemece belirlenen diğer bir surette tespiten temin edebilir. Yine de, bu, genellikle, muhtemel şahidin rızasıyla mümkün olabilecektir⁹⁰. Davete icabet uyumsuzluğunun sonuçları bakımından -ilave m.35/B hüküm önerisi avukata tebligat yapma yetkisi içermemekle- muhtemel şahidin rızasıyla beyan vermemesi halinde, şahide tebligatın mahkemece yapılması gerekir (HMK, m.245).

Diğer taraftan, avukatın muhtemel şahidin beyanını bizzat kendisinin alması, şahidin tarafın veya avukatın etkisi altında kalması riski nedeniyle, beyanın doğruluğunu ve kendiliğindenliğini garanti etmez; ayrıca, beyanın yeminsiz olması da onun sıhhati etkileyip işlevini sınırlandırabilir⁹¹.

⁹⁰ Bu şekilde İngiliz Hukukunda bkz. J. O'HARE / K.BROWNE, Civil Litigation, 14th Edition, Sweet&Maxwell, London 2009, s.243, 515; ALI/UNIDROIT "İlke ve Kurallar", P.16.3 ve R.21.3. Bununla birlikte, burada hakimden izin alınarak avukatın muhtemel şahidi yazılı beyana davet etmesi şeklinde bir ara çözüm benimsenebilir görülmektedir.

⁹¹ Yazılı beyanın yeminle teyidi inanılabilirlik ve güvenilirlik tesis etmektedir; bkz. Y. KARAYALÇIN, "Affidavit ve Türk Hukuku", Batıder, Y.1986, C.XIII, S.3-4, ss.47-56, s.54. Hukukumuzda yemin verdirme yetkisi kural olarak hakim savcı ve sıırlı olarak noterler ile müfettişlere tanınmıştır (HMK, m.258/3 ; CMK, m.54/2; NK.75 ; Adalet Bakanlığı Teftiş kurulu Tüzüğü, m.35 [RG, 10.03.1988/2992]);

Belirtilen bakımdan, mukayeseli hukukta mahkemedışı yazılı şahit beyanı temininde, şahit beyanının yemin verdirmeye yetkili bir görevli huzurunda yemin verdirilerek alınması⁹², şahidin kimlik ve beyanının doğruluğunu destekleyici teyid beyan ve belgeleri eklenmesi⁹³, yanlış beyan vermenin cezai yaptırımla karşılanması gibi usul ve önlemlere başvurulmaktadır. Bu açıdan, Fransız, İtalyan, İsveç hukukları usul kanunlarında yukarıda belirtilen özel hükümler sevk edilmişken, Japon Hukukunda konu Usul Kanunu yerine Noterlik Kanununda (Koshonin-Hō) düzenlenmiştir (art.58-2, 60-5)⁹⁴.

Kanımızca, hukukumuzda, avukatın dava ikamesinden sonraki bir şahit beyanını hakimın izniyle noter marifetiyle tespit ettirerek temin etmesi mümkündür. Bu açıdan, davada şahadet deliline dayanan bir tarafın delil listesinin Av.K m.35/B hüküm önerisi çerçevesinde teyidi sırasında hakim avukatın delil listesinde adı geçen bir şahidin yazılı beyanını tespit ettirmesine izin verebilir. Bu izin HMK m. 401/4 hükmünün lafzi bir yorumuyla sözkonusu edilebilecek engeli de bertaraf eder. Bu şekilde, muhtemel şahidin beyanının noterlik marifetiyle tutanak şeklinde tespit ettirilerek imzası ve kimliğinin noterlikçe tasdik olunması suretiyle, yazılı şahit beyanının emin bir versiyonu elde edilebilir. Noterlik Kanunu m. 61 hükmü buna imkan sağlamaktadır. Bu hükmü göre, noterler kişilerin beyan ve kimliklerini tutanak

İ.ATAMAN-FİĞANMEŞE, Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini, İÜSBİE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2005,s.207. İngiliz Hukukunda avukatın yemin verdirmeye yetkisi mevcutken, başka bir avukat nezareti ve onun şahide yemin verdirmesiyle affidavit tanzimi yönündeki uygulama değiştirilmiş ve avukatların yemin verdirmeye yetkisi kaldırılmakla mahkeme görevlisi huzurunda tanzimi onun yemin verdirmesi esasını kabul etmiştir. Buna karşın şahidin kimlik ve doğruluk beyanı teyidiyle affidavit formu dışında avukatlarca tanzim edilen yazılı şahit beyanı (witness statement) da kullanılmaktadır, bkz. O'HARE/BROWNE, 236.

⁹² Bu şekilde İngiliz Hukukunda affidavit formu bakımından bkz. PD.32, para.9; Japon Hukukunda bkz Y. TANİGUCHİ / P.C. REICH / H.MİYAKE, Civil Procedure in Japan, Second Edition, Juris Publishing, USA 2009, s.7-114.

⁹³ Bu şekilde Fransız Hukukunda bkz. F.FERRAND, "The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France", The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective (Ed.N.Trocker/V.Varano, Torino 2005, ss.7-30, s.28.

⁹⁴ TANİGUCHİ/REICH/MİYAKE, s.7-114 (Yazarlar, noterin şahide beyanın doğruluğuna dair yemin verdirmesi ve imzası ve kimliğini tasdik ettiğini ve şahidin yanlış beyan yaptırımının 100.000Yen (yaklaşık 850USD) olduğunu belirtiyor).

şeklinde tespit edebilmekte olup buna adliye intikal etmiş özel hukuka ilişkin konular da dahildir⁹⁵. Nitekim, noter tespitleri yargısal işlem niteliğinde olmaksızın aksi sabit olana dek doğru kabul edilen ve mahkemelerce de delil olarak değerlendirmeye esas alınabilecek resmi işlem olarak kabul edilmektedir⁹⁶.

Yazılı şahit beyanının diğer bir şekli olan mahkemedışı yeminli şahit beyanı (affidavit) formunda yazılı şahit beyanı tespiti hukukumuzda halihazırda mümkün değildir. Zira, şahide yemin verdirmeye yetkisi mevzuatta açıkça tanımlanan kişi ve mercilerin yetkisinde olup hakim, savcı ve adalet müfettişleriyle sınırlıdır (CMK, m. 54/2; HMK, m. 258/3; HSK, m.101). Burada, uygun bir çözüm sağlayabilecek olan noterlerin yemin verdirmeye yetkisi, halihazırda, düzenleme şeklinde tanzim olunan bir hukuki işleme şahit sıfatıyla katılanlarla sınırlıdır (NK, m.75).

4- TBB Av.K m.35/B İlave Hüküm Önerisi Çerçevesinde Avukatın Yazılı Şahit Beyanı Temininin Delil İkamesindeki İşlevi ve İlgili Mevzuatta Revizyon Gereği

Yazılı şahit beyanı formları özellikle ticari davalarda uyuşmazlığın esası bakımından üzerindeki anlaşmazlığın nispi önemde olduğu vakıalara ilişkin meselelerin ispatında kullanılabilir⁹⁷. Bundan başka, genel olarak hakim şahidi dinlemesi cihetine gidilmeden önce onun verebileceği delilin elverişliliğinin belirlenmesiyle çağırılması bakımından da kullanılmasının yanı sıra, usule ilişkin meselelerin ispatı bakımından da yazılı şahit beyanından yararlanılabilir. Bu açıdan,

⁹⁵ M.ERTANHAN, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.162; A.BAŞÖZEN, "Noter Tespitlerinin Delil Değeri", E-Akademi, Temmuz 2007, kenar no 25 ve dn.7; S.TANRIVER, "Noterlik kurumuna Yeni Bir Vizyon Kazandırılmasına Yönelik Bazı Düşünceler", S.Üstündağ Armağanı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, ss.465-483, s.476, 478 ("Noterlik kurumu"). Adliye intikal etmemiş olan ve hukuki konularla sınırlı olduğu yönündeki uygulama hakkında bkz. agy, dn.14 Noterler Birliği ve Adalet Bakanlığı Genelgeleri.

⁹⁶ Bkz. Noterlik K. m.61 Hükümet Gerekçesi (TBMM, Tutanak Dergisi, Y.1971, C.18, s.6); NB, 20.05.1975/24 S.Genelge; YHGK, 14.03.1990, 2-31/169 (Başözen, kenar no, 40 ve dn.29); TANRIVER, "Noterlik kurumu", s.476, 477. HMK'da da Noterlerin vakıalar bakımından tespit yetkilerinin saklı olduğu tasrih olunmuştur (m.401).

⁹⁷ Bu şekilde, bkz. ALI/UNIDROIT, "Ulusötesi Medeni Usul İlke ve Kuralları", R.23.4 "Gerekçesi" (Resmi Yorumu). İsviçre Hukukunda da hakim şahidin şekli bir sorgusunu gerekli görmüyorsa onun yazılı beyanını isteyebilir (sZPO, art.190/2).

hukukumuzda HMK ile yeni bir yargılama kesiti olarak kabul edilen öninceleme safhasında: i) tahkikatın kapsamı veya ıspatın konusunun ve delillerin belirlenmesinde, ii) önincelemede dava şartları ve engellerine ilişkin meselelerin ıspatında, iii) tahkikata başlanmadan karara bağlanacak olan hakdüşürücü süre veya zamanaşımına ilişkin meselelerde, yazılı şahit beyanına ıspata yardımcı bir malzeme olarak başvurulabilir. Ayrıca, yargılamanın tahkikat safhasında, hakimin şahidi sorgulamasında ve avukatın hakimden sonra şahide soru sormasında (HMK, m.152), süreci kolaylaştırıp etkin ve verimli bir yargılama yapılmasını destekleyebileceği belirtilebilir.

Özellikle duruşma öncesi geçici hukuki himaye tedbirleri bakımından taleplerin desteklenmesinde veya esasın dışındaki iddia ve savunmalara ilişkin veya mahkemece resen dikkate alınması gereken meselelerin karara bağlanması açısından mahkemenin tahkikat imkanının sınırlı olduğu hallerde (HMK, m.138, 142) taraf avukatınca mahkeme sunulabilecek yeminli bir yazılı şahit beyanı güvenilirliği ve doğruluğuna ilişkin kanaat tesisine tesiri bakımından tercihe şayan olabilir⁹⁸. Şahit yemini şahidin vicdanı ve inancı üzerinde etki eden ve onu doğru söylemeye teşvik etmek üzere başvurulmuş bir araçtır⁹⁹.

Belirtilen bakımdan, hukukumuzda mahkemedışı yeminli şahit beyanı (affidavit) kurumunun işlerlik kazanabilmesi için noterlere kendilerine beyanda bulunana da yemin verdirmeye yetkisinin verilmesi gerekir¹⁰⁰.

⁹⁸ Şahidin yeminin zorunlu şart olduğu Anglo-Amerikan geleneğinde İngiliz Hukukunda duruşma öncesi (pretrial) safhada, delille desteklenmesi gereken geçici hukuki koruma veya koruyucu emir taleplerinde şart olmakla birlikte, bunun gibi sınırlı durumlar dışında mahkemedışı yeminli beyan usulüne başvurulmasının zorunluluktan çok şahitlerin tercihine bağlı olduğu belirtilmektedir; bkz. CPR, r.32.15/2; O'HARE/BROWNE, s.236.

⁹⁹ Esasen, şahadetin mahkemece dikkate alınması bakımından, şahit yemininin zorunluluğu mutlak değildir; bkz.ERTANHAN, s.112.İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu hazırlık çalışması metinlerinde de şahidin dinlenmesinde yemin yerine doğru söylemesi hususunda ikaz ve yalan şahitliğin cezasına dikkat çekilmesi esas önerilmiştir; bkz. Öntasarı[2004], m.162 (Atalı, s.157).

¹⁰⁰ KARAYALÇIN, s.56; ERTANHAN, s.167; TANRIVER, "Noterlik Kurumu", s.479. Bu şekilde bir düzenlemeyle, noter önünde gerçek dışı yazılı beyanda bulunmak, yemin ettirerek şahit dinlemeye kanunen yetkili kişi önünde yalan beyanda bulunmak suçu (TCK, m.272/2) kapsamına gireceğinden, işlem güvenliğine de katkı sağlanabilir.

SONUÇ

Gerek Av.K m.2/III prosedürü ve gerek TBB Av.K ilave 35/B hükmü formülasyonunda, avukatın delil toplama yetkisinin Usul Kanunları değil Av.K kapsamında ele alınması ve sözkonusu yetki tanımlamasında avukatın derdest davada delil toplama faaliyetinin delil listesinin mahkemece onaylanması şartına bağlanması, belirtilen yargılama sistemi gereklerinin dikkate alındığını göstermektedir. Bu şekilde, Av.K m.2/III prosedürünün avukata belgesel delil temin imkanı sağlaması karşısında, zaten sınırlı olarak mevcut olan ve Av.K m.35/B ilave hüküm önerisinin yasalaşması halinde avukatın yazılı beyan formunda delil toplamasının imkan dahiline girecek olmasıyla “sözlü deliller” bakımından da sözkonusu edilebilecek olan surette, hukukumuzda avukatın delil toplama yetkisine sahip olduğu kabul etmek ve bundan endişe etmemek gerekir.

Avukata bu şekilde genel bir delil toplama yetkisi verilmek suretiyle, tarafların ispat hakkının etkinliği sağlanmış olacak ve bu sırada hakimın tahkikat yetkisinin parçası olarak deliller üzerindeki hakimiyeti de gözetilmiş olacaktır. Böylece, avukatın delil toplama yetkisiyle, hem taraflardan birinin veya ikisinin de hakimiyet alanlarında bulunmayan fakat varlığı bilinen deliller erkenden ortaya çıkartılabilecek, hem de toplanmasına karar verilen ispat araçları daha kısa sürede yargılamaya getirtilebilecektir. Bu açıdan, hukukumuzda avukatın delil toplama yetkisi, taraflarla hakimın delillere tam ve zamanında erişimini sağlamak üzere, mahkeme yönetim ve denetiminde avukatların “çabası”ndan yararlanılmasını ifade etmektedir.

Kanımızca, iddia veya savunmanın baştan yeterince temellendirilmiş şekilde formülasyonunu engelleyen ve delil gösterme veya ispat külfetleri zafiyetiyle bazı haklı davaların ikamesini zorlaştıran -hatta caydıran- taraflar arasında bilgi eşitsizliği bulunan yeni uyuşmazlık alanlarının ortaya çıkması ve yine yargılamada kamusal zaman ve masraf kaynaklarının verimli kullanımı teşvik etme zorunluluğu yönündeki gelişmeler karşısında, avukatın delil toplama yetkisi hukuk sistemimizde de kurumsallaşma potansiyeline sahiptir.

KAYNAKLAR¹⁰¹

- Alangoya, Yavuz, Medeni usul Hukukunda Vakıalar ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İÜ Yayını, İstanbul 1979.
- Başözen, Ahmet, “Noter Tespitlerinin Delil Değeri”, E-Akademi, Temmuz 2007.
- Becker-Eberhart, E., “Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin esasları ve Sınırları”(Çev.M.K.Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku,(Ed.M.K.Yıldırım), Alkım Yayınevi, 5. Baskı, ss.16-37.
- Budak, A.Cem, “Avukatlık Kanunu’nun 2.Maddesine Göre Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi”, YÜHFD,Y.2004, C.1, S.1, ss.363-373.
- Chase, Oscar G. /Hershkoff, H. : Civil Litigation in Comparative Context, Thomson&West, USA 2007.
- Chase Oscar.G. / Walker, Janet, “Common Law, Civil Law and the Future of Categories:An Introduction”, NYU School of Law Public Law&Legal Theory Research Paper Series Working Paper, No.10-40, July 2010, ss.19/19(<http://www.ssrn.com/abstract=1641221>).
- Çelikoğlu, C.T, Avukatın Delil Toplaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.
- Ertanhan, Mesut: Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.
- Gidi A. / Hazard, C.G./Taruffo, M. / Stürner, R., “Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure”, International Law and Politics(2001), ss.769-784.
- Hazard, G.C., “Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions” , Notre Dame Law Rev.(1997-1998), Vol.73:4, ss.1017-1028.
- Huang, K-C, Introducing Discovery Into Civil Law, Carolina Academic Press, North Carolina 2003.
- Karayalçın, Yaşar, “Affidavit ve Türk Hukuku”, Batıder, Y.1986, C.XIII, S.3-4, ss.47-56.

¹⁰¹ Ayrıntılı bilgi için önerilen kaynaklar ve yazarların künyesi metin içinde belirtilmiş olup Kaynakça’da ayrıca belirtilmemiştir.

- Murray P.L./Stürner, R., German Civil Justice, Carolina Academic Press, USA 2004.
- O'hare J./ Browne, K., Civil Litigation, 14th Edition, Sweet&Maxwell, London 2009.
- Schilken, E., "Medeni yargılamada Hakimin Rolü" (Çev. N. Deren-Yıldırım), İlkeler Işığında Medeni Yargılama(Ed.M.K.Yıldırım), ss.38-58.
- Taniguchi Y./ Reich P.C. / Miyake, H., Civil Procedure in Japan, Second Edition, Juris Publishing, USA 2009.
- Tanrıver, S. : "Noterlik kurumuna Yeni Bir Vizyon Kazandırılmasına Yönelik Bazı Düşünceler", S.Üstündağ Armağanı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, ss.465-483.
- Trocker N. /Varano, V. , "Concluding Remarks", The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective(Ed. N.Trocker/V.Varano), Torino 2005, ss.243-267.
- Uzelac, Alan "Reforming Mediterranean Civil Procedure: Is There a Need for Shock Therapy", Civil Justice Between Efficiency and Quality from Jus Commune to the CEPEJ(Ed. V.Rhee/A.Uzelac), Intersentia Publishing, Antwerpen 2008.

KURUMSAL KAYNAKLAR

- Unidroit, Ali/Unidroit, Draft Principles of Transnational Civil Procedure with Comments, Draft Rules of Transnational Civil Procedure with Comments(www.unidroit.org/2004/study76/s-76-11-e.pdf).
- TC. Adalet Bakanlığı : Yargı Reformu Stratejisi ve Eylem Planı, Ankara 2010.
- Türkiye Barolar Birliği(TBB): 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Değişiklik Önerisi Çalışma
- Metni, Mart 2012, TBB(<http://www.barobirlik.org.tr>).