İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Public and Private International Law Bulletin, 42(2): 643–673

DOI: 10.26650/ppil.2022.42.2.1167371
http://ppil.istanbul.edu.tr/tr/_

Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 26.08.2022
Revizyon Talebi: 19.09.2022
Son Revizyon: 28.09.2022
Kabul: 30.09.2022
Online Yayın: 02.12.2022

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Güncel Tartışmalar Ekseninde Tahkimde Tanık Delilinin Güvenilirliği

Credibility of Fact Witnesses in Arbitration in Light of Current Debates

Abdullah Harun Korkmaz*

Öz

Tanık delili yüz yıllardır olduğu gibi bugün de gerek özel hukuk gerekse de ceza yargılamalarında kullanılmaktadır. Türk medenî yargılama usulündeki "senetle ispat" kuralının aksine özellikle milletlerarası tahkimde tanık deliline yoğun bir şekilde başvurulmaktadır. Bazen belgelerle ispat imkânı olmayan ihtilaflı noktaları ispatta, bazen belge olsa da içeriği tek başına anlaşılmayan durumlarda, bazen de uyuşmazlığın arka planını ortaya koymada tanıklar önem kazanmaktadır. Fakat tanık delili bu yaygın kullanımına rağmen birçok sakıncayı da beraberinde getirmektedir. Bu sakıncalı noktalar tanıkların ceza hukukundaki önemi sebebiyle on yıllardır inceleniyor olsa da son yıllarda aynı sakıncaların milletlerarası tahkim bağlamında da geçerli olabileceği fikrine dikkat çekilmiştir. Özellikle Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) tarafından düzenlenen bazı etkinliklerde bu noktaya parmak basılmış ve milletlerarası tahkim câmiasında bu yönde bir sorgulama vâki olmuştur. Pek çok yazar gerek tanıkların hafızasının yanılabilir olması gerekse de doğru söyleyip söylemediklerinin tespit edilmesi konusundaki sakıncaları değerlendirerek bu delil türünün en doğru şekilde kullanımı için öneriler sunmuştur. Çalışmada öncelikle bu değerlendirme ve tartışmalardan hareketle tanık delilinin ne kadar güvenilir olduğu üzerinde durulmuştur. Tanık delilinin belli başlı sakıncalı yönleri ortaya konduktan sonra bunlara karşı başvurulabilecek yöntemlere yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki çalışmada ICC'nin tanıkların hafızasına dair yayınladığı raporun yanı sıra nispeten eski sayılabilecek bazıları da dahil olmak üzere pek çok farklı araştırmadan istifade edilerek bütüncül bir bakış açısı sunulmaya gayret edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Hukuk, Milletlerarası Özel Hukuk, Tahkim, Tanık, Güvenilirlik, Hafıza, Delil, Dürüstlük

Abstract

Fact witnesses have been used in both private and criminal legal proceedings for centuries. Fact witnesses are frequently used in international arbitration, contrary to the rule of "proving by deed" (or in a general sense, written evidence) that is prevalent in Turkish civil procedural law. Witnesses gain importance when no documents are available to prove the disputed point, when a document is present but it is not self-explanatory, or when the background of the dispute needs to be understood. Despite the widespread use of fact witnesses, several drawbacks accompany them. These undesirable points have been examined for decades due to the importance fact witnesses have in criminal proceedings, however, the idea that the same drawbacks are also considerable for international arbitration have become somewhat common in recent years. This view has been particularly emphasized at certain events the International Chamber of Commerce (ICC) organized, and many in the international arbitration community have taken a doubtful approach toward fact witnesses. Some authors have evaluated the possible drawbacks of witnesses' memory as well as the possibility of testing their truthfulness in an attempt to come up with suggestions for overcoming them. This study first questions the credibility of fact witnesses in light of these evaluations and discussions then provides a number of methods that can be used to compensate for these drawbacks after highlighting some of the main problematic aspects of fact witnesses. The study makes use of several pieces of research, including the recently published ICC report (2020) regarding the memory of fact witnesses as well as some older articles, and seeks to present a holistic perspective on this matter.

Keywords

Fact Witnesses, Witness Credibility, International Arbitration, International Chamber of Commerce, Prove by Deed

* **Sorumlu Yazar:** Abdullah Harun Korkmaz (Arş. Gör.), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: korkmazaharun@gmail.com ORCID: 0000-0002-8415-7579

Atıf: Korkmaz AH, "Güncel Tartışmalar Ekseninde Tahkimde Tanık Delilinin Güvenilirliği" (2022) 42(2) PPIL 643.
https://doi.org/10.26650/ppil.2022.42.2.1167371

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

Extended Summary

Fact witnesses have been used as evidence since ancient times in establishing justice, and this usage still continues. Fact witnesses are frequently used these days in both criminal and civil legal proceedings. With advancements in psychology, however, many studies have revealed unignorable statistics, especially in recent years. This situation concerns criminal law in particular and attracted the attention of many jurists in the last century, with various works having been written. Many of these evaluations emphasized that the evidence presented by fact witnesses to not be entirely credible and should be taken as the basis of the judgment after very careful examination.

The first part of this study presents a short evaluation of the permissibility of fact witnesses in arbitration. This is particularly important because, despite the presence of exceptions regarding the resolution of certain types of disputes in Turkish courts, the main rule in Turkish civil proceedings is "prove by deed." While this law does not define the concept of deed, Article 199 of the Turkish Code of Civil Procedure (No. 6100) indicates "prove by deed" to be a type of written or printed evidence.

However, the same cannot be said for arbitral proceedings. Neither the Turkish Code of International Arbitration (No. 4686) nor the provisions of the Turkish Code of Civil Procedure (No. 6100) on domestic arbitration have any limitation on what claims can be proved with which types of evidence. Therefore, the use of fact witness as evidence can be at least as important as "proving by deed" (written evidence) in arbitral proceedings. As far as could be determined, this approach is also valid in many other legal systems. Likewise, no restrictions exist as such in the rules of most institutional arbitration centers. In fact, far from being prohibited, witness evidence is widely used in arbitration.

The second part of this study evaluates the research regarding the credibility of fact witnesses as evidence. Many studies have been conducted over the use of witness evidence in terms of criminal law. The suitability of the conclusions from these studies may be considered for private legal proceedings by analogy. However, studies are also found to have dealt with the issue directly in terms of private legal proceedings, as well as arbitral proceedings in particular. This second section of the study utilizes both types of research as well as other ones focused on criminal law that may hold valid for the concept of fact witnesses as used in arbitration, even if the research is not directly related to arbitration.

Some of the research utilized in this section has dealt with witness evidence by establishing the main issue to be about determining the honesty of the witness, while other research has centered around the reliability of witnesses' memory. The basic questions primarily involve understanding whether the witness acted honestly or not and whether physical indicators such as a witness' behavior, facial expressions, or

tone of voice (being among the most used criteria) are able to provide direction. As mentioned before, some studies have sought answers to these questions. As for other studies that have focused on witness memory, the basic question involves the reliability of witness memory as a source of information, regardless of the witness' honesty. These questions are crucial for arbitral proceedings, as they are sometimes vital for the emergence of a fair decision and also because the preparation of witnesses is one of the most time-consuming and costly stages.

The first thing that can be said regarding the various general possible inferences that resulted from the utilized research is that criteria perceivable by the five basic senses (e.g., demeanor, tone of voice) should be used as little as possible when assessing the honesty of a witness. Another general inference is that, contrary to popular belief, witness memory does not record like a video camera and thus can be misdirected and therefore mislead as a source of information. The current study makes mention of many scientific studies in order to exemplify this last inference, and these studies have shown that being very cautious is necessary when making a judgment based on witness evidence.

The third and final and part of this study provides suggestions regarding the use of fact witnesses, because despite these aforementioned facts, no tendency is found in the international arbitration community to abandon the use of fact witnesses as evidence. As a matter of fact, not even any recommendation could be found in this direction, even by researchers themselves. As such, when using witness evidence, one must be aware of the drawbacks mentioned throughout the study and must take measures for these drawbacks when necessary. For example, the most reliable way to find out whether a witness is telling the truth or not is to focus on the compatibility of that witness' statement with other facts that have already been proven to be true. When a witness recounts the same event more than once, doubting that witness' honesty may be appropriate if contradictions have arisen or if the story does not fit the ordinary course of life upon careful examination. Meanwhile, arbitrators should reduce the margin of error regarding memory as much as possible by asking witnesses how they had obtained the information they are providing and by informing witnesses that they can simply state what they do not remember. This study includes some of the many suggestions from both the ICC Report (2020) regarding witness memory and from other studies, and these suggestions should be taken into consideration due to having been obtained through extensive research and experience. Both arbitrators and the parties involved should comply with these suggestions and use fact witnesses as evidence in the most efficient way, as the costs of using these types of witnesses are often very heavy.

Güncel Tartışmalar Ekseninde Tahkimde Tanık Delilinin Güvenilirliği

Giriş

Adaletin tesisinde tarihin eski dönemlerinden beri kullanılan tanık delili güncelliğini korumaktadır. Bugün hâlen gerek cezaî gerekse de hukukî yargılamalarda tanık deliline sıkça başvurulmaktadır. Ancak psikoloji biliminin ilerlemesiyle birlikte özellikle son yıllarda yapılan birçok araştırma göz ardı edilemeyecek istatistikler ortaya çıkarmıştır. Bilhassa ceza hukukunu ilgilendiren bu durum son yüzyılda birçok hukukçunun dikkatini çekmiş ve çeşitli eserler kaleme alınmıştır. Yapılan incelemelerin birçoğunda tanık delilinin tamamen güvenilir olmadığı ve çok dikkatli bir tetkik sürecinden sonra hükme esas alınması gerektiği vurgulanmıştır.

Fakat son zamanlardaki tartışmalarda tanık delilinin bu özelliğinin sadece ceza yargılamaları bakımından değil hukuk yargılamaları bakımından da önemli olduğu ifade edilmektedir. Özellikle delil sisteminde tanık ifadelerine de ciddi ispat gücü veren bazı hukuk düzenleri bakımından bu endişenin daha fazla karşılık bulduğu söylenebilir. Meselâ Birleşik Krallık'ta, 6 Nisan 2021 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde bazı mahkemelere sunulacak tanık ifadeleri hakkında değişiklikler getiren bir yönerge[1] yayınlanmıştır. Yönerge, tanık delilinin yönlendirilmeye ve dolayısıyla mahkemeyi de yanlış yönlendirmeye elverişli olması sebebiyle birtakım talimatlar içermektedir.

Aynı endişe tahkim yargılamaları için de dile getirilmektedir. Yapılan araştırmalar milletlerarası tahkim bağlamında değerlendirilirken, tanık delilinin değerlendirilmesinde dikkatli davranmak gerektiği ifade edilmektedir. Bu ilgi Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)[2] nezdinde de karşılık bulmuştur. ICC, tanık delilinin kullanılması aleyhinde getirilen eleştirilere (özellikle 2015 yılındaki bir ICC toplantısında Toby Landau QC tarafından yapılan "*Unreliable Recollections, False Memories and Witness Testimony*" başlıklı konuşmaya) binaen, bir ekip kurarak (*Task Force Maximising the Probative Value of Witness Evidence*) bir araştırma yapılmasını sağlamış ve 2020 yılında bir rapor (*ICC Arbitration and ADR Commission Report on the Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration*, bundan sonra kısaca "ICC Raporu") yayınlanmıştır[3]. Psikolog ve hukukçuların birlikte çalışarak hazırladığı rapor daha önceki birçok araştırmadan hareketle önemli olgular tespit etmekte ve tanık delilinin etkin kullanımına dair çeşitli öneriler sunmaktadır. Ancak bu tür bulgu ve tavsiyeler ileri süren çalışmalar yalnızca ICC Raporu'ndan ibaret değildir. Gerek rapordan önce gerekse de sonra başka çalışmaların da mevcut olduğunu belirtmek gerekir.

1 Practice Direction 57AC (PD 57AC) - Trial Witness Statements in the Business and Property Courts. https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part-57a-business-and-property-courts/practice-direction-57ac-trial-witness-statements-in-the-business-and-property-courts, Erişim tarihi: 02.06.2022.

2 International Chamber of Commerce (https://iccwbo.org/, Erişim Tarihi 2 Haziran 2022.

3 Bkz Rapor sayfa 5. ICC Commission Report on the Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration, https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-the-accuracy-of-fact-witness-memory-in-international-arbitration/, Erişim Tarihi 2 Haziran 2022.

Bahsi geçen çalışmaları gerek Türk uygulamacıların faydalanacağı gerekse de tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklar açısından önem arz ettiği düşüncesiyle incelemek istedik. Çalışmamızda öncelikle tahkim yargılamalarında kullanılabilecek delil sistemine kısaca değinilecektir. Takip eden bölümde ICC Raporu da dahil olmak üzere özellikle dikkatimizi çeken bazı araştırma/incelemelere yer verilecektir. Bu bölümde sadece elde edilen bulgular ele alınacak, tanık deliline dair bu bulgular karşısında ne yapılabileceği sorusuna ise çalışmanın en son bölümünde yer verilecektir.

I. Tahkimde Tanık Delili Kullanılması

A. Genel Açıklama

Bilindiği üzere uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi, mahkemelerde çözümlenmesine kıyasla çok daha esnek ve taraflara seçim hakkı sunan bir süreçtir. Hemen hemen her noktası önceden belirlenmiş mahkeme yargılamalarına nazaran taraflar tahkim usulünün birçok noktasında söz sahibidirler. Bunun Türk hukuku bakımından önemli bir tarafı da delillerle ilgilidir. Zira Türk mahkemelerinde görülen ticarî uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, istisnalar olmakla birlikte, esas olan senet delilidir[4]. Senet kavramı kanunda tanımlanmamakla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 199'da belge kavramını teşkil eden delil türlerinden biri olarak sayılmıştır. Buradan hareketle doktrinde yazılı veya basılı bir delil türü olduğu ifade edilmektedir[5].

Oysa tahkim yargılamaları için aynısından bahsetmek mümkün değildir. Ne Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda[6] ne de HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerinde, hangi iddiaların ne tür delillerle ispat edilebileceğine dair bir sınırlama bulunmaktadır. Şu hâlde tahkim yargılamalarında tanık delilinin de en az belge/senet delili kadar önemli olması mümkündür[7]. Nitekim tespit edebildiğimiz kadarıyla bu yaklaşım diğer birçok hukuk düzeninde de geçerlidir[8]. Aynı şekilde, birçok kurumsal tahkim

4 Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2022, RG 29.04.2011/27836) m. 200 bu durumu açıkça ortaya koymaktadır:

"*Senetle ispat zorunluluğu*

MADDE 200- (1) Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.

(2) Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme

hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir."

5 Detaylı bilgi için bkz Oğuz Atalay, *Pekcanıtez Usûl – Medenî Usûl Hukuku*, C. II, (15th edn, On İki Levha 2017) 1738 vd; H. Özden Özkaya-Ferendeci, 'Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri', (2014) 16(Özel Sayı 2014), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 813, 817.

6 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG 05.07.2001/24453.

7 Tahkim yargılamalarında HMK m. 200 vd hükümlerde düzenlenen senetle ispat kuralının uygulanamayacağının açık olduğu belirtilmiştir. Cemile Demir-Gökyayla, 'Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk', (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin 729, 746. Ayrıca bkz Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020) 295; Musa Aygül, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (2nd edn, On İki Levha 2014) 404.

8 Bkz Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (3rd edn, Kluwer Law International 2020) §15.02[B].

merkezinin kurallarında da bu konuda bir kısıtlama yoktur[9]. Hatta yasaklanmak bir yana, milletlerarası tahkimde tanık delili bilakis çok yaygın ve yoğun bir şekilde kullanılmaktadır[10].

B. Tanık Delili Bakımından IBA ve Prag Kuralları

Birer bağlayıcı olmayan hukuk kuralı (*soft law instrument*) olsalar da özellikle milletlerarası tahkimde delillerin ikamesi bakımından çok tercih edilen IBA[11] ve Prag Kuralları[12] da tıpkı HMK, MTK ve birçok tahkim merkezinin kuralları gibi tahkimde tanık kullanımını engelleyen bir sınırlama içermemektedir. Hatta tam aksine, söz konusu kurallara göre tarafların iddialarını ispat için tanık deliline başvurabilecekleri açıkça anlaşılmaktadır. IBA Kuralları m. 4/1:

"*1. Her bir Taraf, Hakem Heyetince verilen süre içerisinde ifadesine dayanmayı düşündüğü tanıkları ve bu ifadenin konusunu belirtir.*"

hükmünü içermektedir. Benzer bir şekilde Prag Kuralları m. 5/1 de:

"*5.1. Bir iddia veya savunma sunarken veya tahkimin hakem heyetinin uygun gördüğü herhangi bir aşamasındayken ilgili taraf aşağıdakileri belirtir:*

a. (varsa) konumunu desteklemek amacıyla ifadesine dayanmayı düşündüğü her bir vâkıa tanığı;

b. ilgili tanığın hakkında ifade vermeyi düşündüğü vâkıaya yönelik durumlar; ve

c. ifadenin davanın sonucu bakımından ilgisi ve önemi."

şeklindedir. Sonuç olarak gerek millî (yabancılık unsuru içermediğinden HMK'ya tâbî) gerekse de milletlerarası tahkimde tanıkların serbestçe kullanılabileceği söylenebilir.

II. Tahkimde Tanık Delilinin Güvenilirliğine Dair Çeşitli Çalışmalardan Elde Edilen Bulgular

A. Genel Olarak

Tanık delilinin ceza yargılamaları bağlamında kullanımına dair araştırmalar bu çalışmada sayılamayacak kadar çoktur. Bu araştırmaların tarihi en azından on yıllarca

9 Meselâ 2022 yılı itibarıyla ICC (International Chamber of Commerce), AAA (American Arbitration Association), ISTAC (Istanbul Arbitration Centre), SIAC (Singapore International Arbitration Centre) tahkim merkezlerinin güncel kurallarında bu yönde bir sınırlama yoktur.

10 Ziya Akıncı, 'Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim' (2020) 40(1) Public and Private International Law Bulletin 481, 489.

11 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (Adopted by a resolution of the IBA Council 17 December 2020). (https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b, Erişim tarihi: 15.08.2022)

12 Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules). (https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf, Erişim Tarihi 2 Haziran 2022).

geriye gitmektedir denilse yerinde olur[13]. Tanık delilinin ceza yargılamalarında pek çok kez tek delil olması ve yargılama sonucunda doğacak sonuçların vahimliği bu kadar araştırılma yapılmasını doğal kılmaktadır. Bunların vardığı sonuçlardan elverişli olanları kıyasen özel hukuk yargılamaları için de dikkate almak mümkün olabilir. Bununla beraber, meseleyi doğrudan özel hukuk yargılamaları ve hatta özel olarak tahkim bakımından ele alan araştırmalar da bulunmaktadır. Bu kısımda gerek bu tür araştırmalardan gerekse de doğrudan tahkime yönelik olmasa bile tahkimde kullanılan tanık kavramı için de geçerli olabilecek araştırmalardan faydalanılmıştır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, değineceğimiz araştırmaların bir kısmı tanık delilini tanığın dürüstlüğünün tespiti ekseninde ele almaktayken[14], diğer bir kısmı tanık hafızasının güvenilirliği açısından[15] değerlendirmektedir[16]. Temel sorular öncelikle "Tanığın dürüst davranıp davranmadığını anlamak mümkün olabilir mi? En çok kullanılan kıstaslardan tanığın hal-hareketleri, yüz ifadeleri ve ses tonu gibi fiziksel belirtiler yön gösterebilir mi?" şeklindedir. Çalışmaların bir kısmı bu sorulara cevap aramaktadır. Tanığın hafızasına değinen araştırmalardaki temel soru ise "tanık dürüst olsa bile hafızası ne kadar güvenilir bir bilgi kaynağıdır?" şeklindedir.

Bu sorular tahkim yargılamaları açısından da hem âdil bir sonucun ortaya çıkmasında önemli olduğu için hem de tanık delili hazırlamanın en çok zaman alan ve masraf doğuran aşamalardan biri olması sebebiyle önem arz etmektedir[17]. Tanık

13 Çalışmalardan bazıları için bkz Albert H. Hastorf, Hadley Cantril, 'They Saw a Game: A Case Study' (1954) 49(1) The Journal of Abnormal and Social Psychology 129, 129-134; Elizabeth F. Loftus, *Eyewitness Testimony* (Harvard University Press 1980); Tanja Rapus Benton vd 'Eyewitness Memory is Still Not Common Sense: Comparing Jurors, Judges and Law Enforcement to Eyewitness Experts' (2006) 20(1) Applied Cognitive Psychology 115, 115-129; Elizabeth F. Loftus, 'Planting misinformation in the human mind: A 30-year investigation of the malleability of memory', (2005) 12(4) Learning & Memory 361, 361-366; Thomas D. Albright, 'Why eyewitnesses fail' (2017) 30(114) Proceedings of the National Academy of Sciences 7758, 7758-7764; Thomas D. Albright, Brandon L. Garrett, 'The Law and Science of Eyewitness Evidence' (2021) 102 Boston University Law Review 511, 511-629.

14 Bu tür değerlendirmeler içeren çalışmalar için meselâ bkz Margaret A. Lareau and Howard R. Sacks, 'Assessing Credibility in Labor Arbitration' (1989) 5(2) The Labor Lawyer 151, 151-193; Richard Mittenthal, 'The Search for Truth: II. Credibility—A Will-o'-the-Wisp' in James L. Stern and Barbara D. Dennis (eds), *Truth, Lie Detectors, and Other Problems in Labor Arbitration, Proceedings of the 31st Annual Meeting of National Academy of Arbitrators* (BNA Books 1979) 61-74; Robert Bradshaw, 'Deception and detection: the use of technology in assessing witness credibility', (2021) 37(3) Arbitration International 707, 707-720 (Detection); Robert Bradshaw, 'Witness Credibility and the (Un)Reliability of Demeanour Evidence' (2022) 40(1) ASA Bulletin 46, 46-60 (Demeanour Evidence); Bruce Fraser, 'The Role of Language in Arbitration' in James L. Stern and Barbara D. Dennis (eds) *Decisional Thinking of Arbitrators and Judges. Proceedings of the 33rd Annual Meeting of the National Academy of Arbitrators* (BNA Books 1981) 19-44 (Language in Arbitration).

15 Bu yönde tespitler içeren bazı araştırmalar için bkz Mark L. Howe and Lauren M. Knott, 'The fallibility of memory in judicial processes: Lessons from the past and their modern consequences' (2015) 23(5) Memory 633, 633-656; Ula Cartwright-Finch, 'Human Memory and Witness Evidence in International Arbitration' in Tony Cole (ed) *The Roles of Psychology in Arbitration* (Wolters Kluwer 2017); Kimberley A. Wade and Ula Cartwright-Finch, 'The Science of Witness Memory: Implications for Practice and Procedure in International Arbitration' (2022) 39(1) Journal of International Arbitration 1, 1-28; ICC Commission Report on the Accuracy of Fact Witness Memory in Int'l Arbitration (https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-accuracy-fact-witness-memory-international-arbitration-english-version.pdf, Erişim tarihi: 03.07.2022); Samuel Pape, 'Witness Evidence, The Science of Memory and Sequestration' in Carlos González-Bueno (ed) *40 under 40 International Arbitration* (Dykinson, S.L. 2021) 275-288; Caroline Skaff, 'The Human Psyche's Effect on Arbitral Witness Accuracy' (2021) 13 Arbitration Law Review 1, 1-16. Yine daha önce zikredilen Howe and Knott; Fraser; Lareau and Sacks'in çalışmalarında da hafızaya dair tespitler yer almaktadır.

16 Tanık delili ayrıca son zamanlarda bazı etkinliklerde de tartışılmaktadır. Meselâ bkz Alexander Westin-Hardy, The Psychology of Witness Evidence and its Role in Tribunal Decision-Making (http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/29/the-psychology-of-witness-evidence-and-its-role-in-tribunal-decision-making/, Erişim Tarihi 1 Temmuz 2022).

17 Bu yönde bkz Wade and Cartwright-Finch (n 15) 3.

ifade taslaklarının yazılması, bunların son hallerine getirilmesi, tanıkların duruşmaya ve çapraz sorguya hazırlanması çoğu zaman saatlerce sürmektedir. Oldukça emek harcanan, duruşmaların ciddî bir kısmını teşkil eden ve taraflara maddî külfet olarak yansıyan bu delilin olabilecek en iyi şekilde kullanılması herkesin menfaatine olacaktır. Bahsi geçen araştırmalar ve çalışmamız bu amaca hizmet etmek içindir.

B. Tanık Delilinin Dürüstlüğün Tespiti Yönünden Ele Alınması

1. Genel Açıklama

Şüphe yok ki tanık delilini değerlendirirken en önemli iki hususdan biri "tanık ne kadar dürüst davranıyor" sorusudur. Bu kilit sorunun cevabını bulmak, yargılama için pek çok kez hayatî önem arz eder. Nitekim tahkimde duruşma yapılmasının en büyük sebeplerinden birisi tanıkların sadece yazılı ifadeleri üzerinden değil bizzat canlı olarak dinlenilmek istenmesidir, denmiştir[18]. Hakemler bu hususta farklı yöntemlere başvurabilirler. En yaygın kullanılan yöntemlerden biri tanığın hal-hareketleri ve konuşma tarzı gibi temel duyularla algılanabilen belirtilere başvurmaktır[19]. Oysa aşağıda görüleceği gibi bu yöntemin ne kadar isabetli olduğu tartışmaya açıktır. Yanlış değerlendirme yöntemlerine başvurularak hatalı çıkarımlar yapılması tarafların harcadıkları emek ve masrafların boşa gitmesi anlamına gelecektir. Bu nedenle aşağıda öncelikle tanığın dürüstlüğünü tespit ederken yaygın olmasına rağmen fazla güvenilmemesi gereken bazı hareket noktalarına değinilecektir. Daha sonra teknolojinin gelişmesiyle beraber kullanılan veya kullanılabilecek bazı yöntemlerden kısaca bahsedilecektir.

2. Dürüstlüğün Tespitinde Kullanılan Sakıncalı Kıstaslar

İlkin belirtmek isteriz ki yapılan bir üst araştırma, katılımcıların karşıdakinin doğru veya yalan söylediğini tespit etmelerinin istendiği 200'den fazla araştırmanın toplu değerlendirmesini yapmıştır. Buna göre katılımcılar doğru söyleyen insanları %61 oranında doğru tahmin ederken, yalan söyleyen insanları %47 oranında doğru

18 Marinn Carlson, 'The Examination and Cross-Examination of Witnesses' in Albert Jan van den Berg (ed) *Arbitration Advocacy in Changing Times* (Kluwer Law International 2011) 203.

19 Meselâ çevrimiçi duruşmaların tanığın hal-hareketlerini daha iyi gözlemleme fırsatı verebileceği belirtilmiştir. Bu aslında bahsettiğimiz noktaya ne kadar önem verildiğinin bir göstergesidir. Bkz Wendy Miles, 'Remote Advocacy, Witness Preparation & Cross-Examination: Practical Tips & Challenges' in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri and Mohamed S. Abdel Wahab (eds) *International Arbitration and the COVID-19 Revolution* (Kluwer Law International 2020) 127-128. Varılan sonuç açısından farklı ama tanığın hal-hareketlerine verilen önem yönünden benzer olarak, çevrimiçi duruşmaların tanıkların hal-hareketlerini gözlemlemek için yeterince imkân sağlamadığı bir Avustralya mahkemesi kararında belirtilmiştir. *Quince v Quince* [2020] NSWSC 326; benzer bir kanaat akademik bir eserde de paylaşılmıştır. Bkz Jane Jenkins, *International Construction Arbitration Law* (3rd edn, Kluwer Law International 2021) 218. Bir başka eserde ise çok uzun yazılan tanık ifadelerinin hâkime tanığın hal-hareketlerini gözlemleme fırsatı bırakmadığı belirtilerek hal-hareketlerim önemine vurgu yapılmıştır. Bkz Roman Khodykin, Carol Mulcahy and Nicholas Fletcher, *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (Oxford University Press 2019) 242. "Tanığın hal-hareketlerini daha iyi gözlemleme fırsatı veren" bir tanık ifadesi alma yöntemi tavsiyesi için bkz Nicholas Lingard, 'Report on the Session Matters of Evidence: Witness and Experts' in Albert Jan van den Berg (ed) *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (Wolters Kluwer Law & Business 2015) 299.

tahmin etmişlerdir. İkisinin ortalaması alındığında ortaya %54 oranı çıkmaktadır.[20] Bu da demek olmaktadır ki bu konuda özel bir eğitim veya bir destek almadıkça çoğu kimsenin muhataplarının dürüstlüğünü tespit etmedeki başarısı neredeyse yazıtura atmakla eş değerdir[21]. Hatta bazen işleri gereği yalan tespit etmekle uğraşan kimselerin bile diğer insanlara göre daha başarılı olmadığı görülmüştür[22]. Dürüstlüğü tespit etmedeki bu düşük başarı oranının sebebinin muhatabın hal-hareketlerine odaklanılmasında yattığı belirtilmiştir. Yalan söyleyen kimselerin sergileyeceği varsayılan hareketlerin muhatapta görülmesi zikredilen sonuca yol açmaktadır[23]. Gerçekten de tanığın hal-hareketlerinin dürüstlüğün tespitinde kullanılması gerektiği yaygın bir düşüncedir[24].

Akla ilk gelen yalan söyleme işaretlerinden birisi tanığın gergin veya tedirgin davranması, göz teması kurmamasıdır. Tanık sanki gerçeği saklıyor ve bu nedenle geriliyormuş gibi düşünülebilir ancak bu varsayım her zaman doğru olmayabilir. Birkaç sebep sıralamak gerekirse:

(i) Hakem ve tanığın birbirlerini tanımaları ancak duruşmanın elverdiği birkaç saatlik zaman zarfında gerçekleşmektedir. Tanığın hangi hareketinin ne anlama geldiğini sadece bu süre içerisinde anlamak kolay değildir; bunu en doğru şekilde yorumlamak tanığı yakından tanıyanların üstesinden gelebileceği bir iştir.

(ii) Özellikle de milletlerarası tahkim duruşmaları gibi hukukî süreçler tanığa yabancı gelebilir. Kendini hiç âşinâ olmadığı bir sürecin ortasında bulmak birçok insanda doğal olarak tedirginliğe sebep olabilir. Karşı tarafın avukatınca çapraz sorguya alınmanın bu tedirginliği çok daha artırması muhtemeldir (nitekim çapraz sorgunun doğası itibarıyla sindirici bir işlem olduğu belirtilmektedir[25]). Hatta bazen tanığın özel hayatından kaynaklı tedirginlik sebepleri de bulunabilir. Meselâ bazı insanların yalan söylemediği

20 Charles F. Bond Jr. and Bella M. DePaulo, 'Accuracy of Deception Judgments' (2006) 10(3) Personality and Social Psychology Review 214, 214.

21 Bond Jr. and DePaulo (n 20) 230; Bradshaw, 'Demeanour Evidence' (n 14) 50; Lareau and Sacks (n 14) 156, dn 17. Aynı şekilde, yapılan başka bir araştırmaya göre insanların kendi çocuklarının yalan söyleyip söylemediğini anlama başarıları da %50 civarındadır. Bkz Kang Lee, Can you really tell if a kid is lying?

(https://www.ted.com/talks/kang_lee_can_you_really_tell_if_a_kid_is_lying, Erişim tarihi: 14.07.2022). Çocukların tahkimde tanık olarak dinlenmeleri elbette ki olası değildir ancak bu istatistik insanların bu konudaki yeteneğine dair genel bir fikir vermektedir.

22 Bu yönde bulgular içeren bir araştırma için bkz Bella M. DePaulo and Roger L. Pfeifer, 'On-the-Job Experience and Skill at Detecting Deception' (1986) 16(3) Journal of Applied Social Psychology 249, 256; Ayrıca bkz Samantha Mann, Aldert Vrij and Ray Bull, 'Detecting True Lies: Police Officers' Ability to Detect Suspects' Lies' (2004) 89(1) Journal of Applied Psychology 137, 137-149; Saul M. Kassin and Christina T. Fong, "I'm Innocent!": Effects of Training on Judgments of Truth and Deception in the Interrogation Room, (1999) 23(5) Law and Human Behavior 499, 508-509.

23 Bradshaw, 'Demeanour Evidence' (n 14) 50-51; Ayrıca bkz Max Minzner, 'Detecting Lies Using Demeanor, Bias, and Contexts' (2008) 29 Cardozo Law Review 2557, 2565.

24 Bkz n 19.

25 Bradshaw, 'Demeanour Evidence' (n 14) 51.

halde kendisine inanılmayacağına dair korkuları olduğu ve sırf bunun bile tedirginlik oluşturabildiği gözlemlenmiştir[26].

(iii) Birtakım araştırmalar yalan söyleyen bazı kimselerin sanılanın tam aksine gözlerini kaçırmadığını, rahat yüz ifadelerine sahip olabildiğini hatta memnun bir görünüm çizebildiklerini belirtmektedir[27]. Bu durum yalan söyleyen tanığın hikayesini hatırlayabilmek ve açık vermemek için daha fazla odaklanmaya ihtiyaç duymasıyla açıklanmıştır. Odaklanmaya harcanan çaba el, ayaklar ve gözlerdeki hareketi azaltacaktır[28]; dolayısıyla tanık yalan söylediği halde gözlerini kaçırmamış olacaktır. Bir yazar, meseleye farklı bir açıdan yaklaşarak göz teması kurmanın farklı kültürlerde farklı anlamlara gelebileceğine somut örnekler vermektedir. Buna göre kimi kültürlerde otoriteyle göz teması kurmamak [ve meselâ yere bakmak] gerektiği öğretilirken, kimilerinde konuşan kişinin gözüne bakmanın bir zorunluluk olduğu düşünülmektedir[29]. Bir başka yazarsa, karar merciinde olduğu dönemlerinden edindiği tecrübelerden hareketle hiçbir hakemin dış görünüşe dayanarak dürüstlüğü tespit etme konusunda özgüven duymaması gerektiğini belirtmiştir. Zira öyle tanıklar vardır ki ifadesi tamamen yalan olduğu halde oldukça dürüst bir görüntü çizebilmekte ve aynı şekilde söylediği tamamen doğru olduğu halde sanki yalan söylüyormuş izlenimi uyandıran tanıklar olabilmektedir[30].

Kimi zaman tanığın dürüstlüğünden şüphe edilmesine sebep veren bir diğer husus hızlı [veya çok] konuşmasıdır. Hızlı konuşan kişilerin dinleyeni aldatmak istediklerine dair bazı insanlarda belki de gündelik hayattan edindikleri tecrübeler yüzünden bir zan vardır[31]. Bu düşünce kimi zaman yerinde olabilse de bir araştırmaya göre yalan söyleyen kimseler tam aksine yavaş konuşmayı da tercih edebilmektedirler[32]. Bir başka araştırmaya göreyse hızlı konuşmak bazı insanlara daha ikna edici gelmektedir[33]. Buradan yapılacak çıkarım şudur ki tanığın hızlı konuşması her zaman dürüst davranmadığı anlamına gelmediği gibi böyle yapması kimi hakemlere olumlu kimi hakemlere olumsuz bir çağrışımda bulunmaktadır. Dolayısıyla üzerinde anlaşma

26 Hazel Genn, Assessing Credibility, 2011, 3 (https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/01/genn_assessing-credibility.pdf, Erişim tarihi: 16.07.2022); Ayrıca bkz Aldert Vrij and Ronald P. Fisher, 'Unraveling the Misconception About Deception and Nervous Behaviour' (2020) 11 Frontiers in Psychology 1, 3.

27 Bella M. DePaulo, Julie I. Stone and Daniel G. Lassiter, 'Deceiving and Detecting Deceit' in Barry R. Schlenker (ed) *The Self and Social Life* (McGraw-Hill 1985) 339; A. Daniel Yarmey, *The Psychology of Eyewitness Testimony (*The Free Press 1979) 169 (Lareau and Sacks (n 14) 155, dn 14-15'ten naklen).

28 Vrij and Fisher (n 26) 4; Bradshaw, 'Demeanour Evidence' (n 14) 51.

29 Fraser, 'Language in Arbitration' (n 14) 37-38.

30 Mittenthal (n 14) 63.

31 Fraser, 'Language in Arbitration' (n 14) 39; Lareau and Sacks (n 14) 155.

32 Yarmey (n 27) 169 (Lareau and Sacks (n 14) 155, dn 13'ten naklen).

33 Norman Miller, Geoffrey Maruyama, Rex Julian Beaber and Keith Valone, 'Speed of Speech and Persuasion' (1976) 34(4) Journal of Personality and Social Psychology 615, 621.

olmayan, göreceli bir mesele söz konusudur. Konuya dair zikrettiğimiz araştırmalar da bu konuda kesin bir sonuca varmanın zor olduğunu göstermektedir[34]. Bu nedenle tanığın hızlı-yavaş veya az-çok konuşmasını dürüst davranıp davranmadığı hususunda kıstas almamak gerekir.

Bazen tanığın ifade esnasında gülümsüyor olmasının da dürüst davranmadığına işaret olarak yorumlandığı belirtilmektedir. Bir yazar şahit olduğu bir tahkim duruşmasında tanığın hafif alaycı bir şekilde gülümseyerek ifade verdiğini ve bunun hakem tarafından başka hiçbir belirti olmamasına rağmen yalan söyleme belirtisi olarak algılandığını nakletmektedir[35]. Oysa ciddî ortamlarda gülümsememek gerektiği şeklinde mutlak bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu tür durumlarda tanıklardan genelde beklenen yüz kızarması veya kaş çatılması gibi değişimler göstermeleridir. Ancak kimi kültürlere mensup tanıklar, yetişme tarzları gereği gerilim ve utanç hissettikleri zaman gülümseme eğiliminde olabilirler[36]. Bu onların kesin surette dürüst olmadığı veya umursamaz oldukları anlamına gelmez. Sadece belli bir tepki türünü normal kabul etmek doğru olmayabilir.

Dürüstlük hakkında karar verirken etkili olabilen bir diğer kıstas, ön yargılardır. Ön yargı kelimesi olumsuz bir çağrışımda bulunuyor olsa da olumlu ön yargılar da olabilir ve bunlar da tahkim sürecine zarar verebilir. Olumsuz ön yargıların tahkime nasıl etki edebileceğinden başlanılacak olursa, hakemin belli etnik kesimden insanlara karşı olumsuz düşünceler sahibi olması tanığın ifadelerini adaletsizce değerlendirmesine sebep olabilir. Bu yaşamın birçok farklı alanında olduğu gibi tahkimde de karşılaşılabilecek bir durumdur[37]. Aynı durum cinsiyet açısından da düşünülebilir. Erkek bir hakemin kadın tanıklara karşı ya da kadın bir hakemin erkek tanıklara karşı en baştan itibaren güvenmez bir zihin yapısıyla görevine başlaması, hatalı değerlendirme yapmasına neden olabilir. Hakemin kendi dünya görüşünü yargılamaya dahil etmeden, diğer bir deyişle adlî aktivistlik yapmadan[38], yalnızca somut olayın şartları ve hukuk çerçevesinde karar vermesi gerekir. Ön yargılardan sıyrılmak çoğu zaman düşünüldüğü kadar kolay olmamaktadır.

34 Nitekim daha güncel bir araştırmada bu konuda yapılan önceki araştırmaların çelişkili bulgulara ulaştığı belirtilmektedir. Bkz Joshua J. Guyer, Leandre R. Fabrigar, and Thomas I. Vaughan-Johnston 'Speech Rate, Intonation, and Pitch: Investigating the Bias and Cue Effects of Vocal Confidence on Persuasion' (2019) 45(3) Personality and Social Psychology Bulletin 389, 389-391.

35 Fraser, 'Language in Arbitration' (n 14) 38-39.

36 Ibid.

37 Bu durum edebî eserlere de konu olmuştur. Meselâ 19. yüzyıl gibi günümüze kıyasla erken bir tarihte dahi bu hususun yargılamalara etki edebildiğine vurgu yapılmıştır. Bkz O. Henry, 'One Dollar's Worth' in David Stuart Davies (ed.) *Short Stories from the Nineteenth Century* (Wordsworth Classics 2004) 216 vd. Aynı şekilde Reginald Rose'un meşhur eseri "12 Angry Men" de ilk yayım tarihi 1957'den bu yana bu noktaya parmak basmaktadır. Bkz Reginald Rose, *12 Angry Men* (Penguin Classics 2006).

38 "*Judicial activism"* kavramından mülhem olarak kullandığımız adlî aktivistlik ifadesi, hâkimin-hakemin mevcut hukuk kuralları çerçevesinde değil de kendi olması gereken hukuk anlayışına, görüşüne göre; adeta yasama faaliyeti icra edercesine karar vermesini ifade etmektedir. Kavram özellikle ABD'de kendine oldukça yer edinmiştir ve -kimi zaman olumlu kimi zaman olumsuz- farklı anlamlarda kullanılmıştır. Adlî aktivistlik kavramına yüklediğimiz anlam hakkında ve genel olarak detaylı bilgi için bkz Keenan D. Kmiec, 'The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"' (2004) 92(5) California Law Review 1441, 1441-1477 ve özellikle 1471-1473.

Kanaatimizce dikkat çekici bir olumsuz ön yargı örneği de kişilerin aksanlarıyla ilgilidir. Bir araştırmaya göre ana dili İngilizce olmayan kimseler (özellikle ağır aksanlı konuşanlar) ana dili İngilizce olanlara göre, ana dili İngilizce olan dinleyiciler tarafından daha az güvenilir bulunmaktadır (araştırmalara esas deneylerde İngilizce kullanılmıştır ve denekler arasında Türk kimseler de vardır)[39]. Üstelik bu araştırma daha sonra genişletilmiş ve aynı sonucun ana dili İngilizce olmayan dinleyiciler açısından da geçerli olduğu tespit edilmiştir[40]. Daha açık bir ifadeyle kendi ana dilleri de İngilizce olmadığı halde dinleyiciler aksanlı konuşan kimselere karşı ön yargı taşımaktadırlar. Bilhassa milletlerarası tahkimde farklı kökenlerden insanlar bir araya geldiği için bu ön yargı tehlikesine karşı dikkat edilmesi gerekir. Benzer şekilde, eski tarihli bir araştırmada ana dili İngilizce olsa bile eğitimsiz bir şive ile konuşan kimselerin de daha az güvenilir ve daha az dürüst bulunduğu sonucuna varılmıştır[41].

Yine dil üzerinden ama biraz farklı bir örnek de burada zikredilebilir. Belirtildiğine göre Çin kültüründen gelen kimseler için bir soruyu sadece evet ya da hayır diye cevaplamak pek yaygın değildir; dolayısıyla bu kültürden tanıklar sorulara doğrudan cevap vermek yerine nispeten uzun açıklamalar yapabilir[42]. Oysa Batı kültüründe bu davranış sözü dolandırmak gibi algılanıp dürüst davranılmadığına dair bir işaret olarak yorumlanabilir[43]. Hakemlerin -bilhassa milletlerarası tahkimde- bu tarz farklılıklar olabileceğinin de bilincinde olması gerekir[44].

Dil ile alakalı bir diğer örnek tanığın "güçlü" ya da "zayıf" bir konuşma tarzı tercih etmesi üzerinden verilebilir. Birçok araştırmaya göre "biraz", "bir tür", "belki", "sanırım" gibi belirsizlik içeren kelimeler kullanan, cevap verirken onay beklermiş gibi tonlama yapan, duraklayarak veya Türkçe'deki -ıı gibi dolgu seslerini fazla kullanarak konuşan kimseler, diğer bir deyişle "zayıf" konuşma tarzı kullanan kimseler, daha az inandırıcı bulunmaktadır[45]. Basit bir örnek vermek gerekirse, "burası gerçekten soğuk, değil mi?" şeklinde kurulan bir cümlenin ikna gücü "burası gerçekten de soğuk"

39 Shiri Lev-Ari and Boaz Keysar, 'Why don't we believe non-native speakers? The influence of accent on credibility' (2010) 46(6) Journal of Experimental Social Psychology 1093, 1093-1096.

40 Dagmar Hanzlíková and Radek Skarnitzl, 'Credibility of native and non-native speakers of English revisited: Do non-native listeners feel the same?' (2017) 15(3) Research in Language 296-297. Benzer başka araştırmalar hakkında bilgi için bkz Hanzlíková, Skarnitzl 285, 288-289.

41 Bruce Fraser, 'Some Unexpected Reactions to Various American Dialects' in Roger W. Shuy and Ralph W. Fasold (eds) *Language Attitudes: Current Trends and Prospects* (Georgetown University Press 1973), 28-36.

42 Alvin Yeo and Chou Sean Yu, 'Cultural Considerations in Advocacy: East Meets West' in Stephen Jagusch, Philippe Pinsolle and Alexander G. Leventhal (eds) *Global Arbitration Review: The Guide to Advocacy* (5th edn, Law Business Research 2021) 177.

43 Bradshaw, 'Detection' (n 14) 717.

44 Aynı tavsiye tanıkları doğru yönlendirebilmek adına taraf vekilleri için de geçerlidir. Verilen örnek haricinde başka ne gibi kültür farklılıkları olabileceğine dair bkz Yeo and Yu (n 42) 178-179.

45 Lawrence Hosman, 'Powerful and Powerless Speech Styles and Their Relationship to Perceived Dominance and Control' in Rainer Schulze and Hanna Pishwa (eds) *The Exercise of Power in Communication* (Palgrave Macmillan London 2015) 229-230; Bonnie Erickson, E. Allan Lind, Bruce C. Johnson and William M. O'Barr, 'Speech Style and Impression Formation in a Court Setting: the Effects of 'Powerful' and 'Powerless' Speech' (1978) 14(3) Journal of Experimental Social Psychology 266, 269-270 ve 278; Craig E. Johnson, 'An Introduction to Powerful and Powerless Talk in the Classroom' (1987) Faculty Publications School of Business, Paper 26, 2-3.

cümlesinden daha az bulunmaktadır[46]. Şüphe yok ki tercih edilen konuşma tarzı ile içerik arasında bazen doğru orantı vardır. Daha açık bir ifadeyle, bazen konuşmacı gerçekten de emin olmadığı bir hususta konuştuğu için "zayıf" konuşma tarzını tercih eder. Ancak kimi zaman da belki de farkında olmadan doğru bir bilgiyi sırf konuşma tarzı sebebiyle yanlış hatta belki de yalan gibi gösterebilir. Bu durum tahkimde tanık ifadelerinde de gündeme gelebilir. Eğer tanıklar dikkat etmezlerse veya hakemler ifadenin içeriğinden çok konuşma tarzının etkisine kendilerini bırakırlarsa yanlış değerlendirmeler ortaya çıkabilir. Bu duruma karşı da dikkatli olmak gerekir.

Son ve olumlu bir ön yargı örneği ise mesleklere duyulan güven üzerinden verilebilir. 2018-2021 yıllarını kapsayan bir araştırmaya göre[47] dünyada en çok güvenilen meslekler sırasıyla doktorlara, bilim insanlarına, öğretmenlere, silahlı kuvvetler mensuplarına ve polislere aittir. Özellikle Covid-19 virüsü salgınından beri dünyada doktorlara olan güven artmıştır. Bu olumlu ön yargının tahkim yargılamalarına dolaylı da olsa olumsuz etkisi olabilir. Eğer hakem de bu araştırmadaki bulguya paralel olarak meselâ doktor olan bir tanığı diğerlerinden daha üstün görüp değerlendirme yaparsa yanılabilir. Benzer bir sakıncaya tanıkların üye oldukları sendikalar üzerinden işaret edilmiştir. Meselâ tanığın mensup olduğu sendika hakkında olumsuz bir intibâ olması tanığın da doğrudan güvenilmez olduğu anlamına gelmez; ikisini ayrı tutmak gerekir[48]. Âdil bir hakem tanıkların mesleği, aidiyeti ne olursa olsun gerek olumlu gerek olumsuz ön yargılarından arınmaya çalışarak değerlendirme yapmalıdır. Olumlu ön yargılardan vazgeçmemek bir nev'i kayırmacılığa, olumsuz ön yargılardan vazgeçmemekse ayrımcılığa sebep olabilir.

3. Dürüstlüğün Tespitinde Yapay Zekâ Kullanımı: Yalan Tespit Cihazları

Dürüstlüğün tespitinde kullanılan başka bir yöntem, yapay zekâdan faydalanmaktır. Son yıllarda eskiye nazaran oldukça ilerleyen teknoloji hukuku da etkilemiş, bazı ülkelerde yalan tespit cihazları (veya sistemleri) özellikle kamu düzenini yakından ilgilendiren veya hassas konularda kullanılır olmuştur. Meselâ ABD, Kanada ve AB, sınır kapılarından giriş yapacak kimseleri yapay zekâ sayesinde sorgulayan *AVATAR*[49] ve *iBorderCtrl*[50] yalan tespit cihazlarını denemişlerdir. Söz konusu cihazlardan *AVATAR*'ın başarısının %54 oranında başarılı olan insanlara nazaran çok daha yüksek olduğu, bağlama göre değişmekle birlikte %80-85 oranında başarıya ulaştığı ifade edilmektedir[51]. Bunlara benzer geliştirilen bir diğer proje Maryland Üniversitesi'ndeki

46 Johnson (n 45) 2.

47 The Ipsos' Global Trustworthiness Index 2021 (https://www.ipsos.com/en/global-trustworthiness-index-2021, Erişim tarihi: 21.07.2022).

48 Lareau and Sacks (n 14) 162.

49 Açılımı: Automated Virtual Agent for Truth Assessments in Real-Time.

50 Açılımı: Intelligent Portable Border Control System.

51 Bkz https://discernscience.com/avatar/, Erişim tarihi: 20.07.2022. iBorderCtrl hakkında bilgi içinse bkz https://cordis.europa.eu/project/id/700626, Erişim tarihi: 20.07.2022.

araştırmacılarca yürütülmektedir. *DARE*[52] ismi verilen yapay zekâ temelli sistem ileri sürüldüğüne göre gerçek yargılamalardan alınan görüntü kayıtlarını incelemekte ve dürüstlüğü tespit konusunda insanlardan daha başarılı çıkarımlar yapmaktadır[53].

Bir girizgâh olması için yukarıda zikredilenler ve bunlar haricinde geliştirilmiş bazı cihazlar, kullandıkları yöntemler üzerinden bir tasnife tâbî tutulabilir. Meselâ aşağıdaki gibi bir sıralama tercih edilebilir[54]:

i. Paul Ekman'ın çalışmalarından esinlenilerek kullanılan bir yöntemde kişilerin yüz ifadeleri üzerinden çıkarımlar yapılmaktadır. Bu yöntemin temel edindiği düşünceye göre kişiler küçük (hatta belki anlık) yüz ifadesi değişimleriyle kendilerini ele verirler. Yapay zekâ bunları yakalayarak dürüstlük tespiti yapmaktadır. Yukarıda bahsedilen *DARE* projesi bu kapsamda düşünülebilir[55].

ii. Bir yöntem yüz ifadelerinden ziyade gözdeki değişimlere odaklanmaktadır. Buna göre göz hareketleri, göz bebeğindeki boyut değişimleri ve göz kırpmaları yalan söylemenin belirtilerini teşkil etmektedir. Bu yöntemi tercih eden *EyeDetect* isimli bir yalan tespit sisteminin %86-91 oranında isabetli ve alanında en iyisi olduğu iddia edilmektedir[56].

iii. Ses üzerinden hareket eden bir yöntem sesteki gerginlik belirtilerine odaklanarak dürüstlük tespiti yapmaktadır. Yöntemin temelinde yalan söyleyen kimselerin seslerinde değişim olacağı düşüncesi vardır. Yukarıda sayılan *AVATAR* sistemi tamamen buna dayalı olmasa da bu yöntemden faydalanmaktadır[57].

iv. Bir yöntem kişilerin kullandığı dil üzerinden ilerlemektedir. Buna göre yalan söyleyen kişilerin kullanmaya daha eğilimli oldukları ifade biçimleri vardır ve yapay zekâ bunları tespit ederek bir sonuca ulaşmaktadır.

v. Kandaki oksijen seviyesine bağlı görüntüleme tekniği de (fMRI tekniği[58]) bu bağlamda tercih edilmektedir. Bu yöntemin temelinde yatan düşünceye göre kişiler yalan söyledikleri zaman beyinlerindeki kan akışında bir değişim

52 Açılımı: Deception Analysis and Reasoning Engine.

53 Bkz Zhe Wu, Bharat Singh, Larry S. Davis and V. S. Subrahmanian, 'Deception Detection in Videos' (2018) 32(1) Proceedings of the AAAI Conference on Artificial Intelligence 1695, 1696 ve 1701. Ayrıca bkz https://doubaibai.github.io/DARE/, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022.

54 Bu tasnif için bkz Bradshaw, 'Detection' (n 14) 709.

55 Bkz (n 53)'teki kaynaklardaki açıklamalar.

56 Bkz *EyeDetect* sisteminin internet sitesi: https://converus.com/eyedetect/, Erişim tarihi: 20.07.2022.

57 Bkz (n 51)'deki ilgili kaynak.

58 Functional Magnetic Resonance Imaging.

> olacaktır ve yalan tespit cihazı bunu tespit ederek yalanı ortaya çıkaracaktır[59]. Beyinde değil ama yüzdeki kan akışını esas alan benzer bir sistemin de %85 oranında isabetli olduğu iddia edilmektedir. Buna göre insanlar yalan söyledikleri zaman yüzlerindeki kan akışı burunlarında yoğunlaşmaktadır; cihaz da bunu yakalayarak yalan söylenip söylenmediğini belirlemektedir.[60]

Kabaca tasnifi bu şekilde olan yeni nesil yalan tespit cihazları, görebildiğimiz kadarıyla, henüz gelişme aşamasındadırlar ve yaygın uygulama alanı bulmuş değildirler. Mahkemelerin klasik yalan tespit cihazı (poligraf)[61] sayesinde elde edilen delillere karşı bakışları düşünüldüğü zaman bunlardan elde edilen delillerin derhal kabul göreceği ihtimali pek kuvvetli değildir. Kimi devlet mahkemeleri poligraf sayesinde elde edilen delilleri kabul ederken kimisi reddetmektedir; diğer bir deyişle tartışmalı bir durum söz konusudur.[62] Aynısı tahkim yargılamaları için de söylenebilir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla tahkim yargılamalarında da gerek eski nesil (poligraf) gerek yeni nesil yalan tespit cihazlarının kullanımı açık bir yasak olmasa da yaygın değildir. Yalnızca Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)[63] nezdindeki bazı yargılamalarda poligraf sayesinde elde edilen delillerin kabul edildiği belirtilmiştir. Ancak CAS kararlarına bütüncül bir bakış atıldığında burada da yeknesak bir tutum bulunmadığı görülmektedir.[64] Bir yazar tahkimde artık en azından yeni nesil yalan tespit cihazlarından, özellikle de fMRI yöntemini kullananlardan faydalanılması gerektiğini belirtmektedir[65]. Öte yandan bu fikre karşı kanaatimizce çok güçlü itirazlar vardır. Meselâ bu cihazların yeterince güvenilir olmadığı[66], hakemlerin

59 Robert H. Smit, 'The Future of Science and Technology in International Arbitration: The Next Thirty Years' in Stavros Brekoulakis, Julian D. M. Lew and Loukas Mistelis (eds) *The Evolution and Future of International Arbitration (*Kluwer Law International 2016) 365.

60 Söz konusu sisteme Transdermal Optical Imaging ismi verilmiştir. Bkz https://www.nuralogix.ai/technology/, (Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022) ve Kang Lee, Can you really tell if a kid is lying?

(https://www.ted.com/talks/kang_lee_can_you_really_tell_if_a_kid_is_lying, Erişim Tarihi 14 Temmuz 2022).

61 Klasik yalan tespit cihazı ifadesiyle kastettiğimiz 20. yüzyılda icat edilen ve kişinin nabzı, solunum hızı ve terleme gibi belirtileri kıstas edinen cihazdır. İngilizce ismi *polygraph* olan cihaz Türkçe'de kimi zaman yalan makinesi kimi zaman da poligraf olarak anılmaktadır. Biz her ne kadar motamot bir kullanım olsa da karışıklığı engellemek adına poligraf ifadesini tercih etmeye gayret ettik. Poligraf hakkında detaylı bilgi için meselâ bkz National Research Council, *The Polygraph and Lie Detection* (The National Academies Press 2003) 1 vd.

62 Bradshaw, 'Detection' (n 14) 710-711.

63 Tribunal Arbitral du Sport / Court of Arbitration for Sport. https://www.tas-cas.org/en/general-information/index/, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022.

64 Bradshaw, 'Detection' (n 14) 713-714. Yazar şu kararları değerlendirmektedir: *W v FEI*, CAS Case No 1999/A/246, Award, 11 May 2000; *UCI v Contador*, CAS Case No 2011/A/2384, Award, 6 February 2012; *Nemec v CITA,* CAS Case No 2016/A/4458, Award, 27 April 2017; *Villanueva v FINA*, CAS Case No 2016/A/4534, Award, 16 March 2017.

65 Smit (n 59) 370, 372.

66 Gerek poligraf gerekse de yeni nesil cihazların aslında düşünüldüğü veya geliştiricileri tarafından iddia edildiği kadar isabetli olmayabilecekleri belirtilmektedir. Meselâ bkz American Psychological Association, The Truth About Lie Detectors (aka Polygraph Tests), https://www.apa.org/topics/cognitive-neuroscience/polygraph, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022; Steven Zeitchik, A Utah company says it revolutionized truth-telling technology. Experts are highly skeptical., https://www.washingtonpost.com/technology/2021/11/15/lie-detector-eye-movements-converus/, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022.

yetkisini gasp etme tehlikesi barındırdıkları[67], yapay zekâ ön yargılarının yanlış değerlendirmelere yol açabileceği[68] ve son olarak temel insan haklarının ihlal edilebileceği yönünde düşünceler bulunmaktadır[69]. Sonuç olarak tahkimde tanığın dürüst davranıp davranmadığı hususunda yalan tespit cihazları kullanılabilir; fakat bu birçok açıdan sakınca içeren bir hamle olacaktır. Yeni nesil teknolojiler için henüz erken sayılacağından tahkimde kullanımına ihtiyatla yaklaşmak gerekir.

C. Tanık Delilinin İnsan Hafızasının Güvenilirliği Yönünden Ele Alınması

1. Genel Açıklama

Tanık delilinin güvenilirliğini değerlendirmede ikinci önemli husus tanığın hafızasının ne kadar isabetli olduğu sorusudur. Bu ihtimalde artık tanığın dürüstlüğünde bir şüphe yoktur; tanık gerçeği aktarmak için elinden geleni yapmaktadır. Fakat bu niyetine rağmen tanık yine de yanlış bir bilgi aktarabilir mi; bu başlıkta üzerinde durulacak temel mesele budur.

Birçok araştırma ortaya koymuştur ki insan hafızası yanılmaya/yanıltılmaya açık ve dolayısıyla fazla güvenilmemesi gereken bir bilgi kaynağıdır[70]. Belirtildiğine göre hafızadan bir bilginin aktarılması birkaç aşamadan oluşan bir süreç neticesinde gerçekleşmektedir. Bilgi öncelikle hafızaya depolanmaktadır ve bu depolanma işlemi kişinin o anki duygu durumundan, beklentilerinden, hafızasında hâlihazırda olan diğer bilgilerden ve yönelimlerinden etkilenmektedir. Daha sonra hafızaya alınan bilgi kişinin uzun dönemli hafızasına (veya uzun süreli belleğine) aktarılır. Bu tür hafızada kişinin karakter özellikleri de rol oynar. Nihayetinde bu bilgi ihtiyaç durumunda hafızadan çağrılır. Yine bu işlemde de önceki etkenler, bilginin kime aktarıldığı ve ne tür bir ortamda bulunulduğu gibi hususlar önem kazanır. Kısaca bilgi aktarımı kodlama, hafızada yer edinme ve geri çağırma aşamalarından oluşur ve her birisi aslında olayın tanıktaki kalıntılarından inşa edilmiş bir hâlini teşkil eder. Bu nedenle insan hafızası için "en iyi ihtimalle yanılabilir, en kötü ihtimalle güvenilmez" nitelemesi yapılmıştır.[71]

67 Yapay zekânın hakemlerin yerini almasına / hakemlere yardımcı olmasına dair farklı bir bakış açısıyla kaleme alınmış bir çalışma için bkz Maxi Scherer, 'Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open?' (2019) 36(5) Journal of International Arbitration 539, 539-574.

68 Bu konuda Amazon'un işe alım yapay zekâsındaki ön yargı örneği hatırlanabilir. Şirket tarafından geliştirilen yapay zekânın kadınlara karşı ayrımcı bir algoritmayla hareket ettiği anlaşılmıştı: Jeffrey Dastin, Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women, https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G, Erişim Tarihi 14 Temmuz 2022.

69 Meselâ kişileri yalan tespit cihazına bağlamanın önceden rızaları olsa bile kendi aleyhinde ifade verme yasağına aykırı olabileceği düşünülmektedir. Sayılan tüm itirazlara dair detaylı açıklamalar için bkz Bradshaw, 'Detection' (n 14) 714 vd.

70 Meselâ şu araştırmalardaki deneyler incelenebilir: Daniel M. Bernstein and Elizabeth F. Loftus, 'How to Tell If a Particular Memory Is True or False' (2009) 4(4) Perspectives on Psychological Science 370, 370-374; Loftus, 'Misinformation' (n 14) 361-366; Kimberley A. Wade, Maryanne Garry, J. Don Read and D. Stephen Lindsay, 'A picture is worth a thousand lies: Using false photographs to create false childhood memories' (2002) 9(3) Psychonomic Bulletin & Review 597, 597-603; Hirashi Ito vd, 'Eyewitness Memory Distortion Following Co-Witness Discussion: A Replication of Garry, French, Kinzett, and Mori (2008) in Ten Countries', (2019) 8(1) Journal of Applied Research in Memory and Cognition 68, 68-77.

71 Açıklamalar ve nitelendirme için bkz Howe and Knott (n 15) 633-634.

Bu önermeye katılıp katılmamayı okuyucunun takdirine bırakmakla birlikte, doğrudan tahkimle ilgili olmasa da önemli bir projeden bahsetmek istiyoruz.

Masumiyet Projesi (*The Innocence Project*) ismi verilen bir çalışma kapsamında geçmişte haksız yere hapis veya idam cezasına çarptırıldığı düşünülen mahkumların aklanması için uğraş verilmektedir. Özellikle DNA üzerinden kimlik tespiti yapılmasına dair teknolojik imkanlar sayesinde ilerleyen proje, geçmişte bu imkanlar olmadığı için haksız yere hüküm giyen birçok insanın temize çıkmasını sağlamıştır. İncelenen tüm davalardan elde edilen istatistikler çarpıcı bir gerçeği ortaya çıkarmıştır: Proje kapsamındaki davaların %64'ünde görgü tanıkları hatalı ifade vermiş ve bazı insanlar on yıllarca haksız yere ceza çekmiştir.[72] Proje insan hafızasının güvenilirliğine yaptığı vurgu bakımından büyük önem taşımaktadır.

Durum böyle olmasına rağmen adalet sisteminin farklı noktalarında yer alan görevlilerin (polisler ve hâkimler gibi) hafızaya dair fazla iyimser düşündükleri belirtilmektedir[73]. Aynı durum niteliği uygun düştüğü ölçüde tahkim/hakemler için de geçerli olabilir. Nitekim çalışmanın girişinde bahsedildiği gibi ICC de bu gibi nedenlerden ötürü bir çalışma başlatmıştır. Takip eden başlıkta gerek ICC'nin yürüttüğü gerekse de diğer çalışmalardan tanık hafızasına dair tahkimle daha doğrudan alakalı bazı bulgulara dikkat çekilecektir.

2. Tanık Hafızasına Dair Yanlış Bilinen veya Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

Tanık hafızasıyla ilgili belki de en kolay düşülebilecek yanılgı, tanık ne kadar çok detay hatırlıyorsa o kadar isabetli ifade veriyordur düşüncesidir. Oysa tanığın ifadesindeki detay miktarı ve anlatım canlılığı ile ifadenin isabetli olması arasında bir bağlantı olmadığı belirtilmiştir[74]. Hatta bunun hakikate uygunluktan ziyade şüphelendirmeyi gerektirecek bir durum olduğunu düşünen yazarlar dahi vardır[75]. Benzer bir yanılgı tanık ne kadar özgüvenliyse ifadesi de o kadar isabetlidir düşüncesi yüzünden de oluşabilir. Yapılan bazı araştırmalara göre tanığın özgüvenli olması ifadesinin isabetli olduğunun ya da diğer bir ifadeyle olayları doğru hatırladığının göstergesi değildir. Hatta bazen tanıklar emin olmadıkları olaylar hakkında yine de özgüvenle yorum yapmayı tercih etmektedirler. Bunun nedeninin tanıkların iş

72 Bkz Explore the Numbers: Innocence Project's Impact, https://innocenceproject.org/exonerations-data/, Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022; Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki söz konusu hatalı hükümlerin hepsinin yalnızca tanıklar yüzünden verildiğini söylemek yerinde olmaz. Davaların bir kısmında hatalı tanık ifadelerinin yanı sıra başka yanlışlıklar/ihmaller de bulunmaktadır.

73 Howe and Knott (n 15) 634; Wade and Cartwright-Finch (n 15) 5; Shazia Akhtar vd, 'The 'common sense' memory belief system and its implications', (2018) 22(3) The International Journal of Evidence & Proof 289, 289; Benton (n 13) 115.

74 Akhtar (n 73) 289, 301-302.

75 Bkz Howe and Knott (n 15) 634; Mark L. Howe, 'Memory development: Implications for adults recalling childhood experiences in the courtroom' (2013) 14(12) Nature Reviews Neuroscience 869, 869-876; Mark L. Howe, 'Memory lessons from the courtroom: Reflections on being a memory expert on the witness stand' (2013) 21(5) Memory 576, 576-583.

arkadaşlarının ya da duruşmadaki diğer kimselerin önünde silik veya hafızası zayıf bir kimse durumuna düşme kaygısı taşımaları olabileceği söylenmiştir.[76]

Tanık hafızasının olayı gerçekleştiği anda adeta bir video kamera gibi kaydettiği, daha sonradan hafızadaki bilgilerin değişmeyeceği yanılgısına da düşülebilir[77]. Ancak bu konuda yapılan yüzlerce araştırmanın hafızanın çeşitli yollarla değiştirilmeye açık olduğunu ortaya koyduğu belirtilmiştir[78]. Meselâ 1242 katılımcıyla yapılan bir deneyde, deneklere bir otomobil kazası gösterilmiştir. Kazanın gösterilmesinden bir süre geçtikten (ve dolayısıyla olaya dair bilgiler hafızada yerleştikten) sonra katılımcılara olayla ilgili içinde yanlışlar da bulunan birtakım bilgiler sunulmuştur. Daha sonra söz konusu yanlış bilgilerin katılımcılarca benimsenip benimsenmediği, olayla ilgili hatırladıklarını aktarmaları istenen bir test vasıtasıyla ölçülmüş ve birçok kişinin kazaya dair yanlış bilgileri gerçekmiş gibi kabul ettiği görülmüştür.[79] Bunun tahkim bağlamında tanıkların birbirleriyle, iş verenleriyle veya tanık ifadesinin hazırlanmasında muhatap oldukları kurum içi veya kurum dışı vekillerle konuşmaları, bilgi alışverişi yapmaları esnasında gerçekleşebileceği belirtilmiştir[80]. Tanık aslında şahit olmadığı, meselâ kendisinin katılmadığı bir toplantıda konuşulan bir mesele hakkında sayılan kişilerden bilgi edinebilir ve aradan bir süre geçtikten sonra onları sanki kendi de şahit olmuş gibi aktarabilir.

Nitekim tanıkların birbirleriyle konuşup yanlış bilgi aktarımı yapabileceğine odaklanan yakın tarihli bir araştırma bu noktada zikredilebilir[81]. Brezilya, Kanada, Kolombiya, Hindistan, Japonya, Malezya, Polonya, Portekiz, Türkiye ve Birleşik Krallık'tan müteşekkil olmak üzere 10 farklı ülkeden genç ve orta yaşta 486 katılımcı bir deneye tâbî tutulmuştur. Katılımcılar çiftler halinde eşleştirilmiş suç sahneleri içeren bir filmi beraberce izlemeleri istenmiştir. Ancak katılımcılar aynı ekrana bakmalarına rağmen kendilerine verilen polarize gözlükler sayesinde aslında birbirinden hafif farklı sürümler izlemişlerdir ve bundan habersizlerdir. Meselâ bir katılımcı filmde mavi beyzbol şapkası takan bir adam görürken, diğer katılımcı aynı adamı siyah beyzbol şapkası takarken görmekteydi. Filmin üzerinden bir süre geçtikten sonra katılımcı çiftlere gördüklerini tartışmak ve bilgi alışverişi yapmayı sağlayacak bir ortam sağlanmıştır. Bunun akabindeyse filmde gözlemledikleriyle ilgili bireysel olarak bir hafıza testine alınmışlardır. Test sonuçları göstermiştir ki katılımcılar aslında kendi izledikleri film sürümünde olmayan ve eşleştikleri kişiden duydukları bilgileri %80 oranında kendileri görmüş gibi aktarmışlardır. Üstelik bu

76 Bkz Lareau and Sacks (n 14) 153-154 ve dn 6.

77 Pape (n 16) 277.

78 Wade and Cartwright-Finch (n 15) 7 ve dn 22. Ayrıca bkz Fraser (dn 15) 29-30; Pape (n 16) 279.

79 Elizabeth F. Loftus, David G. Miller and Helen J. Burns, 'Semantic Integration of Verbal Information into a Visual Memory' (1978) 4(1) Journal of Experimental Psychology Human Learning and Memory 19, 19.

80 ICC Raporu (n 3) 12-13.

81 Bkz Ito vd (n 71) 3-8.

bulgu her ülke için aynı olmuştur; tüm kültürden katılımcılar aynı davranış biçimini sergilemiştir.[82]

Fakat belirtmek gerekir ki bir önceki paragrafta zikredilen araştırmada ortaya çıkan durum bilinçli hareket edilmesi ihtimalinde tanıkların birbirlerini olumlu etkileyerek hatalarını düzeltmelerine de dönüşebilir. Bazı araştırmalar kapsamında yapılan deneylerde katılımcıların bir kısmı çiftler halinde eşleştirilmiş ve iş birliği yaparak gösterilen olay hakkındaki detayları hatırlamaları istenmiştir. İş birliği yapan katılımcıların tek başına cevap veren katılımcılardan daha az hata yaptığı görülmüştür. Bu araştırmalara da vurgu yapmadan geçmemek gerekir[83].

Tanıkların hafızasının yanlış bilgiye maruz kalmanın yanı sıra tanığın bulunduğu konumdan da etkilenebildiğini belirtmek gerekir. ICC Raporu'nun hazırlanış sürecinde yeni bir deney kurgulanmış ve tanıkların davacı tanığı ya da davalı tanığı olmalarının hafızaya etkisi (algıda seçiciliğe sebep olup olmadığı) ölçülmeye çalışılmıştır[84]. Geniş bir meslek yelpazesinden 316 katılımcının katıldığı deneyde tipik tahkim senaryolarından biri hazırlanmış ve katılımcılara okutulmuştur. Olayda bir matbaacılık şirketi, merkez binasındaki katlardan birinin zemininin yenilenmesi için bir zemin döşeme şirketiyle anlaşmakta fakat daha sonra aralarında ek ödeme ve ayıplı ifa sebebiyle bir ihtilâf çıkmaktadır. Katılımcıların bir kısmına kendilerini matbaa şirketinin müdürü, diğer bir kısmına döşeme şirketinin müdürü olarak hayal etmeleri söylenmiş, bir kısmınaysa bu yönde bir talimat verilmemiştir. Buna ek olarak kendilerini müdür olarak hayal etmeleri söylenen katılımcıların bir kısmına haberleri olmaksızın yanlış bilgiler verilmiştir. Yanlış bilgiler olay gereği şahit olamayacakları bazı sahneler hakkındadır ve şirket avukatlarının sunduğu bilgi notları sayesinde kendilerine aktarılmıştır.

Bu hazırlık aşamalarından sonra katılımcılar bir ankete tâbî tutulmuş ve olabildiğince dürüst davranmaları istenerek olayla ilgili sorular sorulmuştur. Sonuçlar göstermiştir ki kendilerini müdür olarak hayal etmeleri söylenen ve buna ek olarak yanlış bilgiler sunulan katılımcıların ezici çoğunluğu şahit olamayacakları sahneler hakkında kendi şirketleri lehine cevaplar vermişlerdir (meselâ bir soruda bu oran %78'dir). Bu oran kendilerini müdür olarak hayal etmeleri söylenen ama yanlış bilgi verilmeyen katılımcılarda biraz daha düşmüş (aynı soruda bu grup için oran %66'dır); kendilerini müdür olarak hayal etmeleri dahi söylenmeyen katılımcılardaysa daha da azalmıştır (aynı soruda bu grup için oran %50'dir).

82 Şahit olunan olayın bir kısmıyla alakalı yanlış bilginin hafızaya bir şekilde yerleşmesi bir yana, bazen hiç olmamış hatta olması mümkün olmayan olayların katılımcılarca gerçek gibi algılandığı deneyler de olmuştur. Bkz Wade, Garry, Read and Lindsay (n 70) 597-603; Kathryn A. Braun, Rhiannon Ellis and Elizabeth F. Loftus, 'Make my memory: How advertising can change our memories of the past', (2002) 19(1) Psychology and Marketing 1, 1-23.

83 Bkz Annelies Vredeveldt vd, 'When discussion between eyewitnesses helps memory', (2017) 22(2) Legal and Criminological Psychology 242, 242-259; Tara E. Karns vd, 'Collaborative recall reduces the effect of a misleading post event narrative' (2009) 11(1) North American Journal of Psychology 17, 17-28.

84 ICC Raporu (n 3) 41 vd (Kimberley A. Wade, An Experimental Test of the Reliability of Witness Memory in a Business Context).

Sonuç olarak çalışmadan, bizim de yer yer zikrettiğimiz üzere, ceza hukuku bağlamında yürütülen tanık hafızası çalışmalarının milletlerarası tahkimle uyumlu olduğu çıkarımının yapılabileceği söylenmiştir[85]. Çalışmaya esas olay özelinde yapılabilecek çıkarım ise tanıkların yer aldığı tarafın ve olay sonrası yanlış bilgilere maruz kalmalarının hafızalarını etkileyebileceği gerçeğidir. Diğer bir deyişle tanıklarda bulundukları tarafın lehine olacak şekilde algıda seçicilik söz konusudur.

Tanık hafızasının yönlendirilmeye açıklığı hususunda önem kazanan bir nokta da soruların yöneltiliş şeklidir[86]. Bunu farklı açılardan ele almak gerekir:

i. Bazen soruda kullanılan sıfat veya zarflar tanığın verdiği cevabı ciddî ölçüde değiştirebilir. Meselâ hakemin bir toplantının uzunluğunu öğrenmek için tanığa "toplantı ne kadar sürdü?", "toplantı ne kadar uzun sürdü?" ya da "toplantı ne kadar kısa sürdü?" diye sorması arasında soruların yönlendiriciliği sebebiyle fark vardır. Bunu doğrular nitelikte nispeten erken tarihli bir tarih araştırma zikredilebilir[87]. Araştırma kapsamında katılımcılara herhangi bir bağlam olmaksızın bazı yönlendirici sorular sorulmuştur. Bir örnek vermek gerekirse "belediye binası ne kadar yeniydi?" sorusuna verilen ortalama cevap yaklaşık 14 yılken, "belediye binası ne kadar eskiydi?" sorusuna verilen ortalama cevap yaklaşık 78 yıl olmuştur.

   Benzer bir tablo sorudaki sıklık bildiren zarfların ve sayıların değiştirilmesi halinde de gözlemlenmiştir. Bir araştırmada[88] katılımcılara "sık sık başınız ağrır mı, eğer öyleyse, ne sıklıkla?" diye sorulunca ortalama cevap haftada 2.2 baş ağrısı olmuştur. Fakat soru "ara sıra başınız ağrır mı, eğer öyleyse, ne sıklıkla?" şeklinde sorulunca ortalama cevabın haftada 0.7 baş ağrısı olduğu görülmüştür.

ii. Bazen de soruda kullanılan fiil cevabı etkilemektedir. Bazı fiiller diğerlerine göre daha yoğun bir anlam içerdiklerinden tanıkları yönlendirebilmektedirler. Yine eski tarihli bir araştırmada[89] katılımcılara yedi farklı trafik kazası videosu gösterilmiş ve hemen sonrasında çarpan arabaların kaza gerçekleştiği andaki hızları sorulmuştur. Fakat bu yapılırken mana yoğunluğu olarak beş farklı fiil (en azdan en çoğa olacak şekilde: *contact, hit, bump, collide, smash*) tercih edilmiştir. Araştırma sonucunda en kuvvetli fiilin kullanıldığı soruya gelen cevapların ortalamasının en yüksek, en zayıf fiilin kullanıldığı soruya geleninse en düşük olduğu görülmüştür.

85 ICC Raporu (n 3) 15.

86 Fraser, 'Language in Arbitration' (n 14) 33.

87 Richard J. Harris, 'Answering Questions Containing Marked and Unmarked Adjectives and Adverbs' (1973) 97(3) Journal of Experimental Psychology 399, 399-401.

88 Elizabeth F. Loftus, 'Leading Questions and the Eyewitness Report', (1975) 7(4) Cognitive Psychology 560, 561 (Leading Questions).

89 Elizabeth F. Loftus and John C. Palmer, 'Reconstruction of Automobile Destruction: An Example of the Interaction Between Language and Memory' (1974) 33(5) Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior 585, 585-589.

iii. Soruda zımnen verilen bilgiler de tanık hafızasını yönlendirebilir. Bir araştırma kapsamında yapılan deneyde[90] katılımcılara trafik kazası videoları izletilmiş ve sonrasında bir kısım katılımcıya "kırık bir far gördünüz mü?", diğerlerine ise "kırık farı gördünüz mü?" gibi sorular sorulmuştur. Cevaplar evet, hayır ya da bilmiyorum şeklindedir. Örnek soru üzerinden gidilecek olursa, aslında olayda kırılan bir far yoktur fakat takdir edileceği üzere ikinci tarz soruda zımnen kırılan bir far olduğu bilgisi aşılanmaya çalışılmaktadır. Nitekim deney sonucunda buna paralel olarak, kendilerine belirtili nesneli soru cümleleri yöneltilen katılımcılar olayda olmayan unsurları daha çok var zannetmişlerdir.

Benzer bir araştırmada da hemen hemen aynı sonuca ulaşılmıştır[91]. Araştırma kapsamındaki deneyde katılımcılara bir video izletilmiş ve sorular sorulmuştur. Meselâ olayda hiçbir kamyon olmamasına rağmen bazı katılımcılara "filmin başında bir kamyon gördünüz mü?" sorusu, bazılarınaysa "filmin başında kamyon arabanın yanına mı park edilmişti?" sorusu yöneltilmiştir. İkinci soruya gelen "evet" cevabı sayısı ilkinin neredeyse üç katı olmuştur (ilk soruya 8, ikinci soruya 22 evet cevabı gelmiştir).

Tanık hafızasına etki eden bir diğer husus olarak alkol kullanımına dikkat çekilmiştir[92]. Yapılan bir üst araştırma, alkol kullanımının hafızaya etkisini ölçmeyi hedefleyen 10 araştırmanın toplu değerlendirmesini yapmıştır. Elde edilen sonuca göre alkol kullanımı, ne kadar alkol alındığı ve yöneltilen soruların türü gibi kıstaslara da bağlı olarak, hafızayı zayıflatmaktadır[93]. Bu durumun kimi zaman önemli konuların da konuşulduğu iş yemekleri gibi sosyal etkinliklerde gündeme gelebileceği belirtilmiştir[94]. Dolayısıyla buna karşı da bilinçli olmak gerekir.

Değinmek istediğimiz son önemli husus ön yargılardır. Tanıkların gerek milliyetleri gerekse de konuşma tarzları, meslekleri vb hususlara karşı olumlu/olumsuz ön yargılar dürüstlüğü değerlendirirken olduğu kadar bu noktada da önemlidir. Meselâ sırf cinsiyetinden ötürü bir tanığın hafızasının daha zayıf olacağı gibi ön yargılar terk edilmelidir. Ya da tam aksine bir tanığın saygın bir meslekten olması hafızasının da iyi olduğu anlamına gelmemelidir. Elbette ki saygın mesleklerden kimselerin hafızaları iyi olabilir ancak bu çıkarıma bir ön yargı üzerinden varılmamalıdır. Hakem, dürüstlük bahsinde de belirttiğimiz üzere, ön yargılarından sıyrılarak değerlendirme yapmalıdır[95].

90 Elizabeth F. Loftus and Guido Zanni, 'Eyewitness testimony: The influence of the wording of a question' (1975) 5(1) Bulletin of the Psychonomic Society 86, 86-88.

91 Loftus, 'Leading Questions' (n 88) 568.

92 Wade and Cartwright-Finch (n 15) 13.

93 Theo Jores vd, 'A meta-analysis of the effects of acute alcohol intoxication on witness recall' (2019) 33(3) Applied Cognitive Psychology 334, 334.

94 Wade and Cartwright-Finch (n 15) 13-14.

95 Bkz 9-11'deki açıklamalar. Ayrıca bkz Lareau and Sacks (n 14) 161-163.

III. Tahkimde Tanık Delilinin Kullanımına Dair Öneriler

A. Genel Açıklama

Önceki başlıklarda tanık delilinin hep zayıf veya sakıncalı yönlerine dikkat çekilmişti. Fakat bu tanık delilinin terk edilmesi gerektiğini savunma amacıyla değil, en iyi şekilde kullanımına bir nebze de olsa katkıda bulunmak için yapılmıştı. Zira kabul etmek gerekir ki tanık deliline hâlihazırda sıkça başvurulmaktadır ve olumsuz özelliklerinden ötürü bir anda terk edilecek değildir. Queen Mary Üniversitesi tarafından yapılan 2012 tarihli bir anket çalışmasında verilen cevaplar bunu desteklemektedir[96]. Ankete milletlerarası tahkim hakkında oldukça bilgili oldukları belirtilen kurum içi avukatlar, özel sektör uygulamacıları ve hakemler katılmıştır. Katılımcılara sorulan sorulardan biri yaklaşık ifadesiyle, "milletlerarası tahkimde tanık delili kaldırılmalı mıdır?" şeklindedir. Cevaplar ise %1 kaldırılması, %92 kaldırılmaması yönündedir. Katılımcıların %7'sininse bir görüşü yoktur. Buradan hareketle tanık delilinin kullanılması yönünde genel bir kanaat olduğunu söylemek mümkündür.

Şu hâlde tanık delilinden daha iyi faydalanılmasına dair öneriler sunmak gerekir. Nitekim gerek ICC Raporu gerekse de tanık delilini inceleyen diğer bazı çalışmalar bu hususa özel olarak yer ayırmıştır. Bu önerilerden dikkatimizi çekenlere geçmeden önce bir hususu belirtmek gerekir: Sunulacak her öneri her duruma uygun ya da her durumda gerekli olmayabilir. Zira tahkimde tanık delilinin birden fazla işlevi olabilir. Bazen sadece olayların arka planına dair fikir vermek amacıyla kullanılırken bazen gerçekten de kilit unsurlar hakkında olabilir[97]. Doğru olan, her olay özelinde ayrı değerlendirme yaparak hareket etmektir.

B. Tanık Delilinin Tahkim Esnasında Etkin Kullanımı İçin Yapılabilecekler

Tanık da dahil olmak üzere tüm delillerin birincil muhatabı hakem olduğu için öncelikle hakemlere yönelik tavsiyelerle başlamak gerekir. Kanaatimizce öncelikle hakemin şimdiye dek tanık deliliyle ilgili anlatılan hususların farkında olması gerekir. Meselâ hangi tanığın neye dair bir menfaati olabileceği kestirilmeli ve ifadesine de ona göre muamele edilmelidir[98]. Veya bir tanığa karşı ön yargılı olunabilecekse bunun bilincinde olarak bundan arınmaya çalışılmalıdır[99].

96 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2012/, Erişim tarihi: 25.07.2022. Tanık delilini farklı bir açıdan, uzaktan duruşmalar bakımından inceleyen bir anket içinse bkz Gary Born, Anneliese Day and Hafez Virjee, 'Remote Hearings (2020 Survey): A Spectrum of Preferences' (2021) 38(3) Journal of International Arbitration 292, 292-308; Gary Born, Anneliese Day and Hafez Virjee, 'Empirical Study of Experiences with Remote Hearings: A Survey of Users' Views' in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri and Mohamed S. Abdel Wahab (eds) *International Arbitration and the COVID-19 Revolution* (Kluwer Law International 2020) 137 vd.

97 ICC Raporu (n 3) 27.

98 Fakat sırf menfaati olduğu için bir tanığı tamamen de saf dışı bırakmamak gerekir. Mittenthal (n 14) 68-69.

99 Nitekim bazı ön yargıların farkında olunursa bunları düzeltmenin mümkün olabileceği belirtilmiştir. Bradshaw, 'Demeanour Evidence' (n 14) 60.

Tanığın dürüst davranıp davranmadığını anlamak için hal-hareketleri, gözlerini kaçırıp kaçırmaması, sesinin titreyip titrememesi gibi belirtilere mümkün mertebe bakılmamalıdır. Zira ilgili başlık altında da ifade edildiği üzere bunlar çok yanıltıcı olabilen kıstaslardır[100]. Bir yazar, adeta bir azizi andıran bir yüz ifadesiyle güçlü ve mantıklı bir hikâye anlatan bazı tanıkların anlattıklarının daha sonra bir dizi yalan olduğunun ortaya çıktığına, öte yandan kafası karışık ve konuşurken devamlı tökezleyen bazı tanıkların anlattıklarınınsa sâfî gerçek olduğuna şahitlik ettiğini belirtmektedir[101]. Bu durum her tahkim yargılamasında gerçekleşebilir. Bu nedenle tanığın dürüstlüğünü sınamak için verdiği ifadenin:

i. Kendi içinde tutarlılığına,

ii. Tanığın (varsa) daha önce verdiği ifadelerle tutarlılığına,

iii. Doğruluğu belgelerle veya başka tanık ifadeleriyle kesinleşmiş noktalarla tutarlılığına,

iv. Ve tabii ki hayatın olağan akışına uygunluğuna odaklanmak gerekir[102].

Aynısı tanığın hafızasındaki bilginin isabetliliğini ölçerken de geçerlidir.

Tanığa soru sorarken bilmediği ya da emin olmadığı bir husus varsa bunun normal olduğunu ve bunu rahatlıkla söyleyebileceğini hatırlatmak gerekir[103]. Böylelikle tanığın küçük düşmemek adına kendinden eminmişçesine cevap vermesi tehlikesinin önüne geçilecektir. Kendisine yöneltilen sorular açık uçlu olmalı, belli bir cevaba yönlendirmemelidir[104]. Meselâ bir toplantının süresi öğrenilmek istiyorsa "toplantı ne kadar uzun/kısa sürdü?" yerine sadece "toplantı ne kadar sürdü?" gibi bir soru tercih edilmelidir.

Tanığın duruşmadan önce dava hakkında kimlerle konuştuğu sorulmalı ve kimlerle bilgi alışverişi yaptığı belirlenmelidir. Şüpheye düşülen bir husus varsa tanığa açıkça verdiği bilginin kaynağının kim olduğu; kendi şahit olması sayesinde mi yoksa bir başkasının anlatması sayesinde mi söz konusu bilgiye vâkıf olduğu sorulmalıdır[105]. Bu konuda daha önce zikrettiğimiz birkaç araştırma güzel bir örnek teşkil etmektedir. Tanıklar bilinçsiz oldukları zaman birbirlerine yanlış bilgi aktarabilmektedirler ancak bilinçlendirildikleri zaman tam aksine birbirlerinin hatalarını düzelterek olayın en doğru haline ulaşmada yardımcı olmaktadırlar[106]. Eğer tanığın başka tanıklardan veya

100 Lareau and Sacks (n 14) 193.

101 Mittenthal (n 14) 63.

102 Lareau and Sacks (n 14) 177; Bradshaw, 'Demeanour Evidence' (n 14) 60.

103 Wade and Cartwright-Finch (n 15) 25-26.

104 Wade and Cartwright-Finch (n 15) 26.

105 ICC Raporu (n 3) 26.

106 Bkz (n 81, 82 ve 83)'teki araştırmalar.

duruşmadaki konuşmalardan etkilendiğinden şüpheleniliyorsa, duruşma salonundan çıkarılması da düşünülebilir[107].

Kurum içi avukat tartışılan konularla ilgili eş zamanlı notlar alınmasını sağlamalı ve tanıklara verecekleri ifadenin önemini vurgulamalıdır. Bunları yaparken mümkün olduğunca tanıkları ayırmalı ve görüşmelere katılımı yalnızca bulunması gerekli olanlarla sınırlamalıdır. Bazen tanıkların birbirlerinin hatalarını düzeltmeleri de söz konusu olduğundan bu dengeyi gözetmelidir. Eylemlerinde taraf tutar gibi davranmaktan kaçınmalı ve kurum harici bir avukatla da çalışılacaksa onu da sürece erkenden dahil etmelidir.[108]

Kurum dışı avukat tanıklarla mümkünse tek tek olmak üzere ilk fırsatta görüşmeli ve görüşmelerin kayıtlarını doğru bir şekilde tutmalıdır. Tıpkı hakemlerde olduğu gibi kurum dışı avukat da tanıklara olayın belli kısımlarını bilmemelerinin veya unutmalarının normal olduğunu hatırlatmalıdır. Tanıklara soracağı sorular daha sonra tahkimde kullanılacağı için o da sorularını tarafsız ve açık uçlu şekilde sormalı, tanığı yönlendirmekten kaçınmalıdır. Ayrıca tanıklara verdikleri cevaplar için olumlu veya olumsuz geri bildirimde bulunmamalıdır.[109] Olumsuz geri bildirimler tanığın sinerek özgüveninin kırılmasına, olumlu geri bildirimler ise coşkuya kapılarak abartılı ifadeler vermesine sebep olabilir.

Tavsiyeler çok daha çeşitlendirilebilecek olmakla birlikte bu kadarına değinmekle yetinilecektir[110].

C. Tanık Delilinin Yanlış Değerlendirilmesine Dair İptal veya Tenfiz Davası Aşamasında Yapılabilecekler

Tüm çabalara rağmen tanık delilinin hakemlerce değerlendirilmesinde yanlışlıklar meydana gelmişse bunlara karşı iptal veya tenfiz davaları kapsamında ne yapılabileceğine de değinilmelidir. Öncelikle iptal veya tenfiz davalarında yapılabilecek incelemelerin kapsamını açıklamak gerekir.

İptal davalarında yapılabilecek incelemenin kapsamı millî ve milletlerarası tahkim için sırasıyla HMK m. 439 ve MTK m. 15'te düzenlenmiştir. Hükümlere bakıldığı zaman görülmektedir ki her iki düzenlemeye de içeriği tetkik yasağı egemendir; diğer bir deyişle hakemlerin maddî gerçeği doğru takdir edip etmediğine dair bir inceleme yapma imkânı yoktur. Aynısı tenfiz için de geçerlidir. Hem Türkiye'nin taraf olduğu

107 Pape (n 16) 283-284. Ancak bunun insanî bir davranış olmadığı ve tanıkların birbirlerinden fazla etkilenmeyeceği yönünde bir görüş de vardır. Bkz Albert Jan van den Berg, 'Organizing an International Arbitration: Practice Pointers' in Lawrence W. Newman and Richard D. Hill (eds) *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (Juris 2004) 178.

108 ICC Raporu (n 3) 20-21.

109 ICC Raporu (n 3) 21-22.

110 Daha fazla tavsiye için bkz Lareau and Sacks (n 14) 176 vd; Wade and Cartwright-Finch (n 15) 23 vd; ICC Raporu (n 3) 20-26.

1958 tarihli New York Sözleşmesi[111] m. V hükmü hem de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında Kanun[112] m. 62 hükmü, tıpkı iptal davalarında olduğu gibi, tenfiz davalarında içerik bakımından bir inceleme yapmaya izin vermemektedir. Dolayısıyla gerek iptal gerekse de tenfiz davalarında, tahkimde kullanılan tanıkların yalan/hatalı ifade verip vermedikleri hâkim tarafından incelenemeyecektir. Söz konusu aşamalar bunun için çok geçtir.

Fakat tanıklara rüşvet verilmesi gibi bazı istisnâî haller yukarıda verilen cevabın değişmesine yol açabilir. Bu durum tahkim esnasında ortaya çıkmışsa zaten hakemlerce değerlendirilip karara bağlanacaktır. Ancak bazen karar verildikten sonra tenfiz ya da iptal davası aşamasında da bu gündeme gelebilir[113]. Eğer tanıkların rüşvet karşılığında gerçeğe aykırı beyanda bulundukları (ve hakemleri yanılttıkları) söz konusu aşamalarda ispat edilebiliyorsa ya da tanık bizzat kendi itirafta bulunmuşsa, artık kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebilir ve kararın iptali ya da tenfizinin reddi mümkün olabilir. 2012 tarihli bir Yargıtay İBBGK kararında çerçevesi çizilen kamu düzeni anlayışı[114], kanaatimizce buna izin vermektedir[115]. Elbette ki bunun için söz konusu tanık ifadelerinin kararın doğrultusunu değiştirecek önemde olması gerektiği unutulmamalıdır.

Öte yandan, tanığın rüşvet aldığını ispat etmek ağır bir ispat yükünü de beraberinde getirecektir[116]. Tanığın ifadesinin daha sonradan yanlış bilgiler barındırdığı ortaya çıksa bile bunun hatayla değil bilerek yapıldığını ve karşılığında bir menfaat elde/vaat edildiğini ispat etmek kolay değildir. Nitekim doğrudan tanıklara yönelik olmasa da tahkim ve rüşvetin ispatı konusunda birçok eser kaleme alınmıştır[117]. Bu konuda örnek bir karar *S.A. Thomson CSF v. Société Brunner Sociedade Civil de Administracão*

111 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihinde New York'ta Yapılan Sözleşme. RG 25.09.1991/21002).

112 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

113 Bernard Hanotiau 'Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality' in Arbitral Proceedings in Albert Jan van den Berg (ed) *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* (Kluwer Law International 2003) 265.

114 Yargıtay İBBGK, 1/1, 10.02.2012, RG 20.09.2012/24817. "… *kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir*".

115 Tanıklara rüşvet verilmesinin kamu düzenine aykırılık oluşturacağını belirten aynı yönde bir görüş için bkz Inan Uluc, 'Corruption in International Arbitration' (2016) The Pennsylvania State University School of Law SJD Dissertations, Paper 1, 63.

116 Stephan Wilske and Todd J Fox 'Corruption in International Arbitration and Problems with the Standard of Proof: Baseless Allegations or Prima Facie Evidence?' in Stephan Kröll vd (eds) *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergenz and Evolution* (Kluwer Law International 2011) 496-497.

117 Meselâ bkz Matthias Scherer 'Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral Tribunals' (2002) 29(2) International Arbitration Law Review 29-36; Pontian N Okoli 'Corruption in international commercial arbitration—Domino effect in the energy industry, developing countries, and impact of English public policy' (2022) 15(2) The Journal of World Energy Law & Business 136-150; Michael Hwang and Kevin Lim 'Corruption in Arbitration — Law and Reality' (2019) 8(1) Asian International Arbitration Journal 1-119.

Limitada & Société Frontier AG Bern[118] olabilir. Söz konusu tahkim kararı Cenevre'de yapılan bir ICC tahkimi neticesinde elde edilmiştir. Kararın Fransa'da tenfizi istendiği aşamada taraflardan *Thomson* buna itiraz etmiş ve yargılamadaki tanıkların kasıtlı olarak yanlış ifade verdiğini ve hakemleri yanılttığını ileri sürmüştür. Dolayısıyla *Thomson*'a göre ortada hileli bir davranış/rüşvet yani milletlerarası kamu düzenine aykırılık vardır ve kararın tenfizi mümkün değildir. Mahkeme bu olayda ceza mahkemesinde başlatılan yargılama lehine bekletici mesele kararı vermiştir. Benzer bir durumun Türk mahkemeleri önüne gelmesi ihtimalinde aynı şekilde hareket edilmesi uygun olur.

Sonuç

Tanık delili gerek cezaî gerekse de hukukî yargılamalarda kullanılmaktadır ve özellikle de belgelere başvurma imkânı olmadığı zaman büyük önem kazanmaktadır. HMK'ya göre pek çok mahkeme yargılamasında asıl olan senetle ispat kuralı olsa da tahkim yargılamalarında böyle bir kural söz konusu değildir ve tanık deliline başvurma imkânı çok daha geniştir. Tahkimde tanıklar ihtilâflı konuları ispatlamak, belgelerin içeriğini açıklamak, teknik açıklamalar yapmak ve olayın arka planına dair bilgi vermek gibi çeşitli amaçlarla kullanılabilmektedirler. Özellikle kilit unsurlardan birinin ispatı tanık deliline dayandığı hallerde tanığın güvenilirliği önem kazanmaktadır.

Birçok çalışma tanık delilini gerek dürüstlük gerekse de hafızanın güvenilirliği açısından incelemiştir. Bunlardan hareketle yapılabilecek genel bazı çıkarımlardan ilki (i) tanığın dürüstlüğü ölçülürken hal-hareketleri, ses tonu gibi beş temel duyuyla algılanabilecek kıstaslara mümkün mertebe başvurulmamalıdır, denebilir. Diğer bir genel çıkarım (ii) tanık hafızası sanılanın aksine bir video kamera gibi kayıt almamaktadır, dolayısıyla yanılmaya ve yanıltılmaya açık bir bilgi kaynağıdır, şeklindedir. Çalışmada bu çıkarımı örneklendirmek amacıyla yapılmış birçok bilimsel araştırma zikredilmiştir. Bunlar göstermektedir ki tanık deliline dayanarak hüküm verirken oldukça temkinli davranmak gerekir.

Bu olgulara rağmen tahkim çevrelerinde tanık delilinin kullanılmasından vazgeçme yönünde bir eğilim görülmemektedir. İşin doğrusu bizzat tanık delilinin sakıncalı yönlerini ortaya koyan araştırmacıların da bu yönde bir tavsiyesi yoktur. Bu nedenle tanık delilini kullanırken çalışmamız boyunca bahsedilen sakıncalı hususların bilincinde olmak ve gerektiği hallerde buna yönelik tedbirlere başvurmak gerekir. Meselâ tanığın doğru söyleyip söylemediğini anlamanın en güvenilir yolu, hâlihazırda gerçekliği sabit olan diğer olgularla ve tanık ifadesinin kendi içerisindeki uyumuna odaklanmaktır. Tanık aynı olayı birden fazla kez anlattığında çelişkiler ortaya çıkıyorsa veya anlatılan dikkatle incelendiği zaman hayatın olağan akışına uygun düşmüyorsa

118 Söz konusu kararın konuya örnek teşkil ettiği yönündeki önerme ve İngilizce özeti için bkz Hanotiau (n 13) 265.

dürüstlükten şüphe etmek yerinde olabilir. Diğer yandan, hakemler tanıklara verdikleri bilgilere nasıl ulaştıkları gibi sorular sorarak ve hatırlamadıkları hususları rahatlıkla dile getirebileceklerini belirterek hafızadaki hata payını da olabildiğince azaltmalıdır. Başka ne gibi tedbirler alınabileceği hususunda gerek ICC Raporu'nda gerekse de başka çalışmalarda birçok öneri vardır. Çalışmamızda bazılarına yer verdiğimiz bu öneriler birçok araştırmanın ve tecrübenin süzgecinden geçerek elde edildiği için dikkate alınmalıdır. Hem hakemlerin hem de tarafların bunlara uyarak bazen oldukça yüklü masraflara ve zamana mâl olan tanık delilini en verimli şekilde kullanmaları gerekir. Zira tanık delilinin değerlendirilmesinde yapılan yanlışlıklar, kamu düzenini ihlal eden ağır aykırılıklar hariç olmak üzere, iptal veya tenfiz davasında inceleme konusu olmayacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2012/, Erişim tarihi: 25.07.2022.

Akhtar S vd, 'The 'common sense' memory belief system and its implications', (2018) 22(3) The International Journal of Evidence & Proof 289-304.

Akıncı Z, 'Prag Kuralları ve Milletlerarası Tahkim' (2020) 40(1) Public and Private International Law Bulletin 481-495.

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020).

Albright TD and Garrett BL, 'The Law and Science of Eyewitness Evidence' (2021) 102 Boston University Law Review 511-629.

Albright TD, 'Why eyewitnesses fail' (2017) 30(114) Proceedings of the National Academy of Sciences 7758-7764.

American Psychological Association, The Truth About Lie Detectors (aka Polygraph Tests), https://www.apa.org/topics/cognitive-neuroscience/polygraph, Erişim tarihi: 20.07.2022.

Atalay O, *Pekcanıtez Usûl – Medenî Usûl Hukuku*, C. II, (15th edn, On İki Levha 2017).

Aygül M, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (2nd edn, On İki Levha 2014).

Benton TR vd, 'Eyewitness Memory is Still Not Common Sense: Comparing Jurors, Judges and Law Enforcement to Eyewitness Experts' (2006) 20(1) Applied Cognitive Psychology 115-129.

van den Berg AJ, 'Organizing an International Arbitration: Practice Pointers' in Lawrence W. Newman and Richard D. Hill (eds) *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (Juris 2004).

Bernstein DM and Loftus EF Loftus, 'How to Tell If a Particular Memory Is True or False' (2009) 4(4) Perspectives on Psychological Science 370-374.

Bond Jr. CF and DePaulo BM, 'Accuracy of Deception Judgments' (2006) 10(3) Personality and Social Psychology Review 214-234.

Born G, Day A and Virjee H, 'Empirical Study of Experiences with Remote Hearings: A Survey of Users' Views' in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri and Mohamed S. Abdel Wahab (eds) *International Arbitration and the COVID-19 Revolution* (Kluwer Law International 2020).

Born G, Day A and Virjee H, 'Remote Hearings (2020 Survey): A Spectrum of Preferences' (2021) 38(3) Journal of International Arbitration 292-308.

Born GB, *International Commercial Arbitration* (3rd edn, Kluwer Law International 2020).

Bradshaw R, 'Deception and detection: the use of technology in assessing witness credibility', (2021) 37(3) Arbitration International 707-720 (Detection).

Bradshaw R, 'Witness Credibility and the (Un)Reliability of Demeanour Evidence' (2022) 40(1) ASA Bulletin 46-60 (Demeanour Evidence).

Braun KA, Ellis R and Loftus EF, 'Make my memory: How advertising can change our memories of the past', (2002) 19(1) Psychology and Marketing 1-23.

Carlson M, 'The Examination and Cross-Examination of Witnesses' in Albert Jan van den Berg (ed) *Arbitration Advocacy in Changing Times* (Kluwer Law International 2011).

Cartwright-Finch U, 'Human Memory and Witness Evidence in International Arbitration' in Tony Cole (ed) *The Roles of Psychology in Arbitration* (Wolters Kluwer 2017).

Dastin J, Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women, https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G, Erişim Tarihi 14 Temmuz 2022.

Demir-Gökyayla C, 'Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk', (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin 729-773.

DePaulo BM and Pfeifer RL, 'On-the-Job Experience and Skill at Detecting Deception' (1986) 16(3) Journal of Applied Social Psychology 249-267.

DePaulo BM, Stone JI and Lassiter DG, 'Deceiving and Detecting Deceit' in Barry R. Schlenker (ed) *The Self and Social Life* (McGraw-Hill 1985).

Erickson B, Lind EA, Johnson BC and O'Barr WM, 'Speech Style and Impression Formation in a Court Setting: the Effects of 'Powerful' and 'Powerless' Speech' (1978) 14(3) Journal of Experimental Social Psychology 266-279.

Fraser B, 'The Role of Language in Arbitration' in James L. Stern and Barbara D. Dennis (eds) *Decisional Thinking of Arbitrators and Judges. Proceedings of the 33rd Annual Meeting of the National Academy of Arbitrators* (BNA Books 1981) 19-44 (Language in Arbitration).

Genn H, Assessing Credibility, 2011 (https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/01/genn_assessing-credibility.pdf, Erişim Tarihi 16 Temmuz 2022).

Guyer JJ, Fabrigar LR, and Vaughan-Johnston TI, 'Speech Rate, Intonation, and Pitch: Investigating the Bias and Cue Effects of Vocal Confidence on Persuasion' (2019) 45(3) Personality and Social Psychology Bulletin 389-405.

Hanotiau B, 'Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality' in Arbitral Proceedings in Albert Jan van den Berg (ed) *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* (Kluwer Law International 2003).

Hanzlíková D and Skarnitzl R, 'Credibility of native and non-native speakers of English revisited: Do non-native listeners feel the same?' (2017) 15(3) Research in Language 296-297. Benzer başka araştırmalar hakkında bilgi için bkz Hanzlíková, Skarnitzl 285-298.

Harris RJ, 'Answering Questions Containing Marked and Unmarked Adjectives and Adverbs' (1973) 97(3) Journal of Experimental Psychology 399-401.

Hastorf AH and Cantril H, 'They Saw a Game: A Case Study' (1954) 49(1) The Journal of Abnormal and Social Psychology 129-134.

Henry O, 'One Dollar's Worth' in David Stuart Davies (ed.) *Short Stories from the Nineteenth Century* (Wordsworth Classics 2004).

Hosman L, 'Powerful and Powerless Speech Styles and Their Relationship to Perceived Dominance and Control' in Rainer Schulze and Hanna Pishwa (eds) *The Exercise of Power in Communication* (Palgrave Macmillan London 2015).

Howe ML and Knott LM, 'The fallibility of memory in judicial processes: Lessons from the past and their modern consequences' (2015) 23(5) Memory 633-656.

Howe ML, 'Memory development: Implications for adults recalling childhood experiences in the courtroom' (2013) 14(12) Nature Reviews Neuroscience 869-876.

Howe ML, 'Memory lessons from the courtroom: Reflections on being a memory expert on the witness stand' (2013) 21(5) Memory 576-583.

Hwang M and Lim K, 'Corruption in Arbitration — Law and Reality' (2019) 8(1) Asian International Arbitration Journal 1-119.

ICC Commission Report on the Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration, https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-the-accuracy-of-fact-witness-memory-in-international-arbitration/, Erişim Tarihi 2 Haziran 2022.

Ito H vd, 'Eyewitness Memory Distortion Following Co-Witness Discussion: A Replication of Garry, French, Kinzett, and Mori (2008) in Ten Countries', (2019) 8(1) Journal of Applied Research in Memory and Cognition 68-77.

Jenkins J, *International Construction Arbitration Law* (3rd edn, Kluwer Law International 2021).

Johnson CE 'An Introduction to Powerful and Powerless Talk in the Classroom' (1987) Faculty Publications School of Business, Paper 26.

Jores T vd, 'A meta-analysis of the effects of acute alcohol intoxication on witness recall' (2019) 33(3) Applied Cognitive Psychology 334-343.

Karns TE vd, 'Collaborative recall reduces the effect of a misleading post event narrative' (2009) 11(1) North American Journal of Psychology 17-28.

Kassin SM and Fong CT, "I'm Innocent!": Effects of Training on Judgments of Truth and Deception in the Interrogation Room, (1999) 23(5) Law and Human Behavior 499-516.

Khodykin R, Mulcahy C and Fletcher N, *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (Oxford University Press 2019).

Kmiec KD, 'The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"' (2004) 92(5) California Law Review 1441-1477.

Lareau MA and Sacks HR, 'Assessing Credibility in Labor Arbitration' (1989) 5(2) The Labor Lawyer 151-193.

Lee K, Can you really tell if a kid is lying? (https://www.ted.com/talks/kang_lee_can_you_really_tell_if_a_kid_is_lying, Erişim Tarihi 14 Temmuz 2022).

Lev-Ari S and Keysar B, 'Why don't we believe non-native speakers? The influence of accent on credibility' (2010) 46(6) Journal of Experimental Social Psychology 1093-1096.

Lingard N, 'Report on the Session Matters of Evidence: Witness and Experts' in Albert Jan van den Berg (ed) *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (Wolters Kluwer Law & Business 2015).

Loftus EF and Palmer JC, 'Reconstruction of Automobile Destruction: An Example of the Interaction Between Language and Memory' (1974) 33(5) Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior 585-589.

Loftus EF and Zanni G, 'Eyewitness testimony: The influence of the wording of a question' (1975) 5(1) Bulletin of the Psychonomic Society 86-88.

Loftus EF, 'Leading Questions and the Eyewitness Report', (1975) 7(4) Cognitive Psychology 560-572 (Leading Questions).

Loftus EF, 'Planting misinformation in the human mind: A 30-year investigation of the malleability of memory', (2005) 12(4) Learning & Memory 361-366 (Misinformation).

Loftus EF, *Eyewitness Testimony* (Harvard University Press 1980).

Loftus EF, Miller DG and Burns HJ, 'Semantic Integration of Verbal Information into a Visual Memory' (1978) 4(1) Journal of Experimental Psychology Human Learning and Memory 19-31.

Mann S, Vrij A and Bull R, 'Detecting True Lies: Police Officers' Ability to Detect Suspects' Lies' (2004) 89(1) Journal of Applied Psychology 137-149.

Miles W, 'Remote Advocacy, Witness Preparation & Cross-Examination: Practical Tips & Challenges' in Maxi Scherer, Niuscha Bassiri and Mohamed S. Abdel Wahab (eds) *International Arbitration and the COVID-19 Revolution* (Kluwer Law International 2020).

Miller N, Geoffrey Maruyama, Rex Julian Beaber and Keith Valone, 'Speed of Speech and Persuasion' (1976) 34(4) Journal of Personality and Social Psychology 615-624.

Minzner M, 'Detecting Lies Using Demeanor, Bias, and Contexts' (2008) 29 Cardozo Law Review 2557-2581.

Mittenthal R, 'The Search for Truth: II. Credibility—A Will-o'-the-Wisp' in James L. Stern and Barbara D. Dennis (eds) *Truth, Lie Detectors, and Other Problems in Labor Arbitration, Proceedings of the 31st Annual Meeting of National Academy of Arbitrators* (BNA Books 1979).

National Research Council, *The Polygraph and Lie Detection* (The National Academies Press 2003).

Okoli PN, 'Corruption in international commercial arbitration—Domino effect in the energy industry, developing countries, and impact of English public policy' (2022) 15(2) The Journal of World Energy Law & Business 136-150.

Özkaya-Ferendeci HÖ, 'Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri', (2014) 16(Özel Sayı 2014), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 813-830.

Pape S, 'Witness Evidence, The Science of Memory and Sequestration' in Carlos González-Bueno (ed) *40 under 40 International Arbitration* (Dykinson, S.L. 2021).

Rose R, *12 Angry Men* (Penguin Classics 2006.

Scherer M, 'Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open?' (2019) 36(5) Journal of International Arbitration 539-574.

Scherer M, 'Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before International Arbitral Tribunals' (2002) 29(2) International Arbitration Law Review 29-36.

Skaff C, 'The Human Psyche's Effect on Arbitral Witness Accuracy' (2021) 13 Arbitration Law Review 1-16.

Smit RH, 'The Future of Science and Technology in International Arbitration: The Next Thirty Years' in Stavros Brekoulakis, Julian D. M. Lew and Loukas Mistelis (eds) *The Evolution and Future of International Arbitration (*Kluwer Law International 2016).

The Ipsos' Global Trustworthiness Index 2021 (https://www.ipsos.com/en/global-trustworthiness-index-2021, Erişim Tarihi 21 Temmuz 2022).

Uluc I, 'Corruption in International Arbitration' (2016) The Pennsylvania State University School of Law SJD Dissertations, Paper 1.

Vredeveldt A vd, 'When discussion between eyewitnesses helps memory', (2017) 22(2) Legal and Criminological Psychology 242-259.

Vrij A and Fisher RP, 'Unraveling the Misconception About Deception and Nervous Behaviour' (2020) 11 Frontiers in Psychology 1-8.

Wade KA and Cartwright-Finch U, 'The Science of Witness Memory: Implications for Practice and Procedure in International Arbitration' (2022) 39(1) Journal of International Arbitration 1-28.

Wade KA, Garry M, Read JD and Lindsay DS, 'A picture is worth a thousand lies: Using false photographs to create false childhood memories' (2002) 9(3) Psychonomic Bulletin & Review 597-603.

Westin-Hardy A, The Psychology of Witness Evidence and its Role in Tribunal Decision-Making (http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/29/the-psychology-of-witness-evidence-and-its-role-in-tribunal-decision-making/, Erişim tarihi: 1 Temmuz 2022).

Wilske S and Fox TJ 'Corruption in International Arbitration and Problems with the Standard of Proof: Baseless Allegations or Prima Facie Evidence?' in Stephan Kröll vd (eds) *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergenz and Evolution* (Kluwer Law International 2011).

Wu Z, Singh B, Davis LS and Subrahmanian VS, 'Deception Detection in Videos' (2018) 32(1) Proceedings of the AAAI Conference on Artificial Intelligence 1695-1702.

Yarmey AD, *The Psychology of Eyewitness Testimony (*The Free Press 1979).

Yeo A and Yu CS, 'Cultural Considerations in Advocacy: East Meets West' in Stephen Jagusch, Philippe Pinsolle and Alexander G. Leventhal (eds) *Global Arbitration Review: The Guide to Advocacy* (5th edn, Law Business Research 2021).

Zeitchik S, A Utah company says it revolutionized truth-telling technology. Experts are highly skeptical., https://www.washingtonpost.com/technology/2021/11/15/lie-detector-eye-movements-converus/, Erişim tarihi: 20 Temmuz 2022.