

HUKUKÎ veya TİCARÎ KONULARDA YABANCI ÜLKELERDE DELİL SAĞLANMASI HAKKINDA 1970 tarihli LAHEY SÖZLEŞMESİ

Araş. Gör. İnci ATAMAN - FİGANMEŞE*

Bir davada kullanılacak delillerin yabancı ülkelerde bulunması durumuyla uygulamada sık karşılaşılır. Pek çok davada; isticvap edilecek taraf, tanıklık yapacak kişi, keşfe konu olacak yer, ibraz edilecek senet gibi ispat araçları yabancı ülkelerde bulunur. Böyle bir durumda, davanın âdil bir çözüme kavuşturulabilmesi bakımından bu delillerin temini önemli rol oynar. Ne var ki, yabancı bir ülkede bulunan delillerin temin edilebilmesi için bu yabancı ülkenin yardımına ihtiyaç duyulur; bu nedenle yabancı bir ülkede bulunan delillerin temininin kaderinin, büyük ölçüde bu ülkenin yardım etme konusundaki tutumuna bağlı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Delil temini gibi önemli bir konuyu yabancı devletin o anki tutumuna bağlı kalmaktan kurtarıp, bu yabancı devleti belirli kurallar çerçevesinde hareket etmeye zorlamak için, devletler kendi aralarında iki taraflı veya çok taraflı milletlerarası sözleşmeler akdeder. Taraf devletleri kendi ülkelerinde bulunan delillerin temini konusunda yardım etmekle yükümlü kılan bu sözleşmeler, delillerin elde edilmesini büyük ölçüde kolaylaştırırlar.

Yabancı ülkelerde bulunan delillerin temini konusuna, Lahey Konferansı da el atmıştır. Lahey Konferansının daha 1896 yılında yaptığı, bugün yürürlükte olmayan ilk sözleşmesinin¹ düzenlediği konulardan

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı.

¹ 14 Kasım 1896 tarihli "Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Lahey Sözleş-

biri yabancı âkit devletlerde bulunan delillerin teminiydi. Bu ilk Sözleşmenin yerini almak üzere yapılan sonraki usul hukuku hakkındaki Lahey Sözleşmelerinde² de delillerin temini konusuna yer verilmiştir. Lahey Konferansının usul hukukuna ilişkin sözleşmeleri içinde yer alan 'Hukukî veya Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında 1970 tarihli Sözleşme³' ise, usul hukukuna ilişkin diğer Lahey Sözleşmelerinden farklı olarak sadece delillerin temini konusuna ayrılmıştır.

Bugün 31 devletin⁴ taraf olduğu bu sözleşmeyi Türkiye, 13. 12. 2000 tarihinde Lahey'de imzalamış olup⁵; 7.4.2004 tarih ve 5128 sayılı Kanunla⁶ onaylamıştır. Yakın bir tarihte çıkacağını tahmin ettiğimiz Bakanlar Kurulu Kararının ardından Türkiye'nin onay belgesini depo ettirmesinden itibaren 60 gün sonra, sözleşme Türkiye için de yürürlüğe girecektir (md. 38).

Yakında taraf olacağımız bu sözleşmenin ana hatlarını inceleyeceğimiz bu çalışmada öncelikle sözleşmenin tarihçesini kısaca ele alacağız; çünkü bu sözleşmenin kimi hükmünün konuluş gayesi ancak söz-

mesi(Convention de droit international privé). Bilgi için bkz. BÜLOW/BÖCKSTIEGEL/GEIMER/SCHÜTZE, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil und Handelssachen , 23. Ergänzungslieferung zur Erster Auflage, 2001 München, 100.1 vd..

- 2 Lahey Konferansınca yapılmış ve yabancı ülkelerde bulunan delillerin temini konusu hakkında hüküm getiren diğer sözleşmeler şunlardır: 17 Temmuz 1905 tarihli 'Usul Hukuku Hakkında Sözleşme' ; 1954 tarihli Hukuk Usulü Hakkında Sözleşme; 1970 tarihli Hukukî veya Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Sözleşme.
- 3 Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. «www.hcch.net/e/conventions/text20e.html».
- 4 Sözleşmeye taraf olan devletler: ABD,Almanya, Anguilla, Aruba, Cayman Adaları, Cebelitarık, Çek Cumhuriyeti,Çin (Macau), Çin (Hong Kong), Danimarka, Finlandiya, Folkland Adaları, Guam, Guernsey, Hollanda, İngiltere,İsle of Man, İspanya, İsrail, İsviçre, İsveç, İtalya,Jersey, Kıbrıs Rum Kesimi, Lüksemburg, Norveç, Portekiz, Porto Riko, Slovakya,Virgin Adaları.
- 5 Türkiye'nin sözleşmeyi imzalarken yaptığı beyanlar ile koyduğu çekinceler için bkz. «www.hcch.net/e/status/stat20e.html».
- 6 Hukukî ve Ticarî konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Sözleşmenin Uygun Bulunduğuna dair Kanun, R.G. 14.4.2004-25433.

leşmenin tarihçesi bilindiğinde anlaşılabilir. Sözleşmenin tarihçesinin incelenmesi sırasında da görüleceği üzere bu sözleşmenin yapılmasının esas nedeni, Anglo-Amerikan hukuk sistemi ile Kara Avrupası hukuk sisteminin delil teminine ilişkin farklı usullerinin uyumlaştırılmasıydı. Bu nedenle sözleşme, Anglo-Amerikan hukuk sistemine ait ve hukukumuza tamamen yabancı olan usuller hakkında da hüküm içermektedir. Sözleşmenin en çok tartışılan, en can alıcı bu hükümlerini ele alırken, Anglo-Amerikan hukuk sisteminin delil temini usullerini de ana hatlarıyla inceleyeceğiz.

I.Sözleşmeye Genel Bakış

A. Sözleşmenin Tarihçesi

Lahey Konferansının 10. toplantısına ilişkin tutanaklardan⁷ yabancı ülkelerde bulunan delillerin teminine ilişkin bir sözleşme yapılmasına dair ilk teklifin 1964 yılında ABD temsilcisinden gelmiş olduğunu görüyoruz. Bu konudaki teklifin ABD'den⁸ gelmiş olması, ABD'nin o güne dek kendisine yapılan usul hukuku konusundaki milletlerarası sözleşmelere katılma çağrılarının hepsini reddetmiş olması nedeniyle şaşırtıcı olmakla birlikte, İkinci Dünya Savaşından sonra değişen siyasî dengeler, yurt dışında bulunan delillerin temini konusunun ABD bakımından büyük önem kazanmasına, bu sebeple de bu konuyu düzenleyen bir milletlerarası sözleşme yapılmasına ön ayak olmasına neden olmuştur. Gerçekten de ABD, İkinci Dünya Savaşından sonra dünyanın en gelişmiş sanayiine ve dünyanın en büyük iktisadî gücü-

⁷ *Actes et Documents la dixième Session*, Tome I, 94.

⁸ Anglo-Amerikan hukuk sistemine sahip olmakla birlikte, delillerin teminine ilişkin bir sözleşmenin yapılması konusunda İngiltere'nin ABD'ninkine benzer bir baskısı olmamıştır. Çünkü, İngiltere'nin o güne dek pek çok ülke ile akdetmiş olduğu, milletlerarası hukukî yardımlaşma sözleşmesi bulunmaktadır. İngiltere'nin yapmış olduğu bu iki taraflı sözleşmeler İngiltere bakımından ilgili yabancı ülkede bulunan delillerin teminini öylesine kolaylaştırmaktadır ki, doktrinde bu sözleşme hükümlerinin 1970 tarihli Delillerin Temini Hakkındaki Sözleşmeden çok daha liberal olduğu belirtilmektedir; EDWARDS, *Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters*, *International and Comparative Law Quarterly*, (1969), 600, 646.

ne sahip ülkesi olarak sivrilmmişti. Bu da ABD'nin yabancı ülkelerle gerçekleştirdiği ticaret hacminin genişlemesine, yabancı ülkelere büyük miktarlarda kredi temin etmesine neden olmuştu. İkinci Dünya Savaşının sadece bu dolaylı sonuçları değil, doğrudan sonuçları da ABD'nin yabancı ülkelerle temasını önemli ölçüde arttırmıştı. Savaştan kaçan pek çok kişinin ABD'ye sığınmış olması, savaş sırasında ABD'nin mihver devletlerin ve tarafsız devletlerin malvarlıklarını dondurmuş olması, işgal ettikleri yabancı ülkelerde ABD askerî birliklerinin konuşlandırılması, İkinci Dünya Savaşının ABD'nin yabancı ülkelerle olan ihtilaflarının artmasına neden olan sonuçlarından bazısıdır⁹. Bu ihtilafların halli için yabancı ülkelerde bulunan delillerin temini gerektiğinde, ABD mahkemeleri büyük sorunlar yaşıyordu; çünkü Kara Avrupası Devletleri kendi anlayışlarına tamamen yabancı usullerle¹⁰ delil temin etmek isteyen ABD'lilerin bu faaliyetlerine izin vermiyordu¹¹.

Tüm bu gelişmeler, ABD'nin yabancı ülkelerde bulunan delillerin temini konusuna önem vermesine, o güne dek yabancı ülkelere gelen istinabe taleplerini dahi karşılamazken¹², 1948 yılından başlayarak iç hukukunda yaptığı düzenlemelerle¹³ yabancı ülkelerde görülmekte

⁹ JUNKER Abbo, *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr*, Heidelberg 1987, 215.

¹⁰ 1963 yılında Usul Hukuku Hakkında Federal Kurallarda (Federal Rules of Civil Procedure) yapılan değişikliğe kadar, yabancı bir ülkede bulunan delillerin o yabancı ülke makamlarının istinabe edilmesi suretiyle elde edilmesine ilişkin bir düzenleme ABD mevzuatında yer almamaktaydı. Ancak çok istisnaî durumlarda istinabe yoluna başvurulabiliyordu ve bu yolla elde edilmiş delillere de şüpheyle yaklaşıyordu; GERBER Richard F., *Revitalization of the International Judicial Assistance Procedures of the United States: Service of Documents and Taking of Testimony*, Michigan Law Review, Vol 62, (1964) 1389; SMIT Hans, *International Aspects of Federal Civil Procedure*, Columbia Law Review (1961), s. 1058.

¹¹ MEIER Andreas L., *Die Anwendung des Haager Beweisübereinkommens in der Schweiz*, Basel, Genf, München 1999, 14, dpn. 77.

¹² CHRISTENSEN Gordon A., *International Judicial Assistance and Utah Practice*, Utah Law Review (1960-1961), 466-497 (EKŞİ Nuray, *Milletlerarası İstinabe*, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, 373'den naklen).

¹³ Bu düzenlemeler içinde en önemlilerinden biri, 'Usul Hukukuna dair Fede-

olan davalar için ABD'de bulunan delillerin temini konusunda büyük kolaylıklar getirmesine neden olmuştur. ABD'nin kendi mevzuatında bu düzenlemeleri yapmasının altında yatan neden, Kara Avrupası Devletlerinin de karşılıklılık esasına dayanarak ABD mahkemelerine delil temini konusunda kolaylık sağlayacakları düşüncesi idi; ne var ki, Avrupa Devletleri ABD ile aralarında bir milletlerarası sözleşme bulunmadan beklenen bu kolaylığı sağlamaya yanaşmıyorlardı¹⁴. Diğer yandan ABD, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere o tarihlerde usul hukuku hakkında sözleşmelere taraf olma çağrılarını hep reddetmiş olduğu için, 1954 tarihli Usul Hukuku Hakkında Sözleşmenin müzakerelerinin yapıldığı VII. Lahey toplantısına davet dahi edilmemişti¹⁵. Bu nedenle de 1954 tarihli Hukuk Usulüne dair Lahey Sözleşmesi Kara Avrupası hukuk anlayışı ile düzenlenmiş, ABD'de bu sözleşmeye taraf olmamıştır.

Kara Avrupası hukuk anlayışına göre yabancı bir ülkede bulunan delillerin temini için izlenmesi gereken klasik yol olan istinabe, Anglo-Amerikan hukuk sistemi anlayışıyla bakıldığında hantal işleyen ve uzun zaman alan, bu nedenle de bir takım delillerin kaybolmasına neden olan, pahallı ve çoğu kez istenen sonuca ulaşılmasını sağlamayan bir metottur¹⁶. İşte, ABD temsilcisi delil temini konusunda bir sözleşme yapılması teklifinde bulunurken, bu sözleşmede ABD hukukunun öngördüğü, istinabeye kıyasla daha hızlı ve kolay işleyen metotların da yer almasını, böylelikle delil temini konusunda Kara Avrupası hukuk anlayışı ile Anglo-Amerikan hukuk anlayışının uyumlaştırılmasını amaçlamıştı.

ral Kurallarda (Federal Rules of Civil Procedure Rule (F.R.C.P.), 28 § 1782) yapılan değişikliklerdir.

14 ROGERS William P., *Letter of Submittal by Secretary of State William P. Rogers to the President Regarding the Evidence Convention*, International Legal Materials (1973), 324.

15 GERBER, (dn.10), 1376, dn.4.

16 SMIT Hans, *International Control of International Litigation: Who Benefits?*, *Law and Contemporary Problems*, Vol.57, (1994), 41; MORSE, C.G.J., *Obtaining Evidence Abroad: English and American Comparison*, Legal History and Comparative Law Essays in Honour of Albert Kiralfy, Edited by Richard Plender, London 1990, 160; VERSAN Rauf, *The General Principles of International Judicial Assistance in Civil Matters and Judicial Assistance to International Courts*, Cambridge 1985, 154.

ABD temsilcisinin yapmış olduğu teklif üzerine, Lahey Konferansının bir sonraki toplantısının gündemine 1954 tarihli Hukuk Usulü Hakkında Sözleşmenin delil teminine ilişkin II. Kısım hükümlerinin yeniden düzenlenmesine ilişkin çalışmalar konmuştur¹⁷. Bu çalışmalara bu işle görevlendirilmiş olan komisyon 1968 yılının Haziran ayında başlamış ve hazırladığı taslak metni Lahey Konferansının 7-26 Ekim tarihleri arasında gerçekleşen 11. toplantısında incelenmek üzere Özel Komisyona¹⁸ sunmuştur. Özel Komisyonun kendisine sunulan taslak metin üzerinde yaptığı çalışmalar neticesinde ortaya çıkan metin, 25 Ekim 1968 yılında Lahey Konferansı genel meclisine sunulmuştur. Bu metin üzerinde Genel Kurulun yaptığı çalışmalar sonucunda 26 Ekim 1968¹⁹ yılında nihaî metin ortaya çıkmış, bu metin de 18 Mart 1970 tarihinde imzaya açılmıştır. Sözleşmeyi onaylayan üçüncü devletin²⁰ onay belgesini depo etmesinden itibaren 60 gün geçtikten sonra yürürlüğe gireceğini öngören 38. maddesi hükmü uyarınca sözleşme, 7 Ekim 1972 tarihi itibarıyla yürürlük kazanmıştır.

B. Sözleşmenin Amacı

Yukarıda sözleşmenin tarihçesinden söz ederken de belirtmiş olduğumuz gibi, bu sözleşmenin hazırlanmasına önyak olan devlet -yabancı ülkelerde ve özellikle kara avrupası devletlerinde bulunan delilleri elde etmede güçlüklerle karşılaşmış olan- ABD olmuştur. Buna göre

¹⁷ Actes et Documents la dixième Session, Tome I , 79.

¹⁸ Lahey konferanslarındaki normal çalışma akışı her bir konu için ayrı komisyonların kurulması suretiyle gerçekleşmektedir. 11. Lahey konferansında 4 tane komisyon kurulmuştu. Bunlardan birincisi boşanmaların tanınması hakkındaki taslak metin, ikincisi trafik kazalarına uygulanacak hukuk hakkındaki taslak metin, üçüncüsü ise konumuzu teşkil eden yabancı ülkelerde bulunan delillerin teminine ilişkin taslak metin hakkında çalışmalarda bulunmuştur. Dördüncü komisyon da pek çok farklı konu hakkında tavsiye kararı çıkarma konusunda çalışmalarını yürütmüştür; Ayrıntılı bilgi için bkz. GRAVERSON R.H. / NEWMAN K.M.H./ ANTON A.E. / EDWARDS D.M., *The Eleventh Session of the Hague Conference of Private International Law*, *The International and Comparative Law Quaterly*, Vol. 18 (1969), 618-619.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. AMRAN Ph. W., *Rapport explicatif de M. Ph.W. Amran* , Actes et documents de la Onzième session, Tome IV, 202.

²⁰ Sözleşmeyi ilk onaylayan devletler: Danimarka, Norveç ve ABD olmuştur.

ABD'yi bu sözleşmenin yapılmasına önayak olmaya iten esas neden, delillerin temini konusunda Anglo-Amerikan hukuk sistemleri ile Kara Avrupası hukuk sistemleri arasındaki farktır. Nitekim, sözleşmenin giriş bölümünde de sözleşmenin gayesinin âkit devletlerin delil temini konusunda kullandıkları farklı metotların uyumlaştırılması olduğu belirtilmiştir. Burada esas uyumlaştırılması arzu edilen, Kara Avrupası hukuklarının delil temini konusundaki metotları ile Anglo-Amerikan hukukunun metotlarıdır.

Bu farklı metotların uyumlaştırılması sonucunda yabancı ülkelerde bulunan delillerin davayı gören mahkeme tarafından kullanılabilir şekilde temini sağlanmak istenmiştir. Gerçekten de yabancı ülkelerde bulunan deliller öyle bir usul uygulanarak temin edilebilir ki, uygulanan bu usul davayı gören mahkemenin hukukuna aykırı olduğu için yabancı ülkeden temin edilmiş delil mahkeme tarafından dikkate dahi alınmaz. Bu da delilin bulunduğu yabancı ülkeden temini için harcanmış bütün emek ve zamanın boşa gitmesi anlamına gelir. Onca emeğin ve zamanın boşa gitmemesi için sözleşme, yabancı ülkede bulunan delillerin davayı gören mahkemenin bundan azami ölçüde faydalanacağı şekilde teminini amaçlamaktadır²¹.

C. Sözleşmenin Uygulama Alanı

1. Delilin Yabancı Ülkede İkamesi

İsminden de anlaşılacağı üzere bu sözleşmenin yabancı ülkede bulunan bir delilin temininde uygulama alanı bulabilmesi için, bu delilin bulunduğu yabancı ülkede ikame²² edilmesi gerekmektedir. Sözleşme

²¹ *Report of the Special Commission, Actes et documents de la Onzième session, Tome IV, 62.*

²² Delil ikamesi terimi Türk hukuk dilinde farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmaktadır. Bu terim kimi zaman, ispat vasıtası olarak kullanılmak istenen delillerin hangileri olduğunun sadece beyan edilmesi (*Beweisantritt*) kimi zaman da beyan edilmiş bu delillerin somut şekilde hâkime ibraz edilmesi eylemini (*Beweisufnahme*) ifade etmek için kullanılmaktadır. Halbuki, Alman hukuk dilinde bu işlemlerden her biri ayrı terimlerle ifade edilmektedir. Delillerin nelerden ibaret olduğunun beyan edilmesi Alman hukuk dilinde '*Beweisantritt*' olarak ifade edilmektedir. Bu işlemten sonra hâkim,

sadece âkit devletler arasında uygulandığından, delil ikamesi işleminin de bir âkit devlette gerçekleştirilmesi gerekir.

Sözleşmenin uygulama alanının belirlenebilmesi bakımından şu soruların cevaplanması gerekir: Bir delilin yabancı bir ülkede bulunması bu delilin ikamesinin de bu yabancı ülkede gerçekleştirileceği anlamına mı gelir? Bir adım daha ileri giderek soruyu şu şekilde doğrudan sözleşme ile ilişkilendirebiliriz: Bir delilin yabancı bir âkit devlette bulunması durumunda, bu delil ancak 1970 tarihli Lahey Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde mi temin edilebilir? İşte bu soru, sözleşme ile ilgili en çok tartışılan konulardan birini karşımıza çıkarmaktadır. Sözleşmenin yabancı ülkelerde bulunan delillerin temini konusunda öngördüğü iki yol bulunmaktadır. Bu yollardan biri, delilin bulunduğu yabancı ülke makamlarının istinabe edilmesi suretiyle temini, diğeri ise davaya bakan mahkemenin tâbi olduğu devletin delilin bulunduğu ülkedeki temsilcileri (diplomatik temsilci, konsolos veya commissioner) vasıtasıyla temindir. Görülüyor ki, sözleşmenin delillerin temini için öngördüğü iki yol da delillerin buldukları yabancı ülkede ikamesine ilişkindir.

Oysa, yabancı ülkede bulunan delillerin ikame edilebileceği tek yer buldukları yabancı ülke değildir. Yabancı ülkede bulunan delillerin

beyan edilen delillerden hangilerinin davanın çözümüne etkili olduğunu tespit edip (HUMK md. 238) bu delilin ikamesine karar verir; ki bu aşama Almanca'da '*Beweisbeschluss*' şeklinde isimlendirilmektedir. Söz gelimi, taraflardan birinin beyan ettiği delil tanık ifadesi ise, bu taraf tanığı hangi konuda dinleteceğini mahkemeye bildirir (*Beweisantritt*), hâkim bu tanığın dinlenmesinin davanın çözümüne etkili olduğu ve o konunun tanıkla ispatının mümkün olduğu kanaatine varırsa, tanığın dinlenmesine karar verir. (*Beweisbeschluss*) Bunun ardından hâkim tanığı dinler. Bu da Almanca'da '*Beweisaufnahme*' şeklinde isimlendirilmektedir. İşte verdiğimiz örnekte olduğu üzere, taraflardan birinin tanık ifadesinin bir delil olarak varlığını beyan etmesi ile tanığın hâkim tarafından dinlenmesi farklı aşamalardır. Bu incelemede biz, delil ikamesi terimini Almanca'daki '*Beweisaufnahme*' anlamında kullanacağız. Nitekim, doktrinde BİLGE/ÖNEN, delil ikamesi sözünün Almanca'daki '*Beweisaufnahme*' sözü ile eş anlamda olduğunu kitabın bir dipnotunda geçen "Alman Usul Kanunu '*Beweisaufnahme*: Delil ikamesi deyimini kullanmakta.." ifadesinde dile getirmektedir. Bu kullanım şekli için bkz. BİLGE Necip/ÖNEN Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, 3. Bası, sf. 490, dpn. 1.

davaya bakan mahkemenin tâbi olduğu ülkeye getirilip bu mahkeme huzurunda da ikame edilmesi çoğu kez mümkündür. Söz gelimi, mahkemenin dava taraflarından birinin elinde bulunan bir senedin ibrazı konusunda emir vermesi (HUMK md.330) üzerine, bu senedi elinde bulunduran taraf senedi mahkemeye ibraz eder; aksi halde usulî yaptırıma tâbi tutulur. İşte, senedi elinde bulunduran tarafın bu senedi yabancı ülkedeki evinde bulunduruyor olması, senedi ibraz yükümlülüğü bakımından bir fark yaratmaz. İlgili taraf usulî yaptırıma tâbi tutulmamak için yabancı ülkede bulunsa da senedi mahkemeye ibraz etmek zorundadır. Bu senedin içeriğini öğrenmek için davayı gören mahkemenin yabancı ülke makamlarını istinabe etmesine de gerek bulunmamaktadır. Davanın taraflarından birinin elinde bulunan senedi ibraz etmemesinin zaten usulî bir yaptırımını bulunmaktadır; o da senedin içeriğinin karşı tarafın beyan ettiği gibi olduğuna hükmedilmesidir. Sırf bu örneğin de gösterdiği gibi, bir delilin yabancı bir ülkede bulunduğu her durumda bu delilin zorunlu olarak bu yabancı ülkede ikame edilmesi gerekmez; yabancı ülkede bulunan delilin davayı gören mahkemenin tâbi olduğu ülkeye getirilip bu mahkeme huzurunda ikamesi mümkündür. Hatta doktrinde²³, delil ikamesinin doğrudanlığı (*unmittelbarkeit der Beweisaufnahme*) ilkesinin²⁴ hayata geçirilebilmesi bakımından yabancı ülkede bulunan delilin, davayı gören mahkeme huzurunda ikamesi yoluna evveliyetle başvurulması gerektiği savunulmaktadır. Ele aldığımız sözleşmede ise, delillerin sadece buldukları ülkede ikame edilmesi konusu düzenlenmiş olup, delillerin davayı gören mahkeme huzurunda ikamesine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

2. Sözleşmenin Münhasırlığı Sorunu ve Aerospatiale Davası

Sözleşmede sadece delillerin yabancı ülkede ikamesi konusunun dü-

²³ MUSIELAK Hans-Joachim,, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2. Auflage, München 2000, §. 363,Rn.1; GEIMER Reinhold / GEIMER Ewald / GEIMER Gregor, *Internationales Zivilprozeßrecht*, 4. Auflage, Köln, 2001, 719, Nr. 2380; SCHABENBERGER Andreas, *Der Zeuge im Ausland im deutschen Zivilprozess*, Pforzheim 1996, 223 vd..

²⁴ Delil ikamesinin doğrudanlığı ilkesi için bkz. YILDIRIM Mehmet Kâmil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, 90-95.

zenlenmiş olması, sözleşmenin uygulama alanı ile ilgili tartışma doğurmuştur. Bu tartışma, sözleşmeye taraf olan âkit devletler arasında münhasıran bu sözleşme hükümleri çerçevesinde mi delil elde edileceği noktasında toplanmaktadır. Münhasıran bu sözleşme çerçevesinde hareket edilmesi gerektiği kabul edildiğinde, yabancı ülkede bulunan deliller sadece bu sözleşmede öngörülen metotlarla elde edilebilecektir. Yukarıda vermiş olduğumuz örnekten yola çıkarsak sözleşmenin münhasıran uygulama alanı bulacağı görüşünün kabulü halinde, dava taraflarından birinin elinde bulunan senedin yabancı ülkede olması halinde, bu senedin davayı gören mahkeme huzurunda değil, bulunduğu yabancı ülkede ikamesi gerekir. Bunun için de belgenin bulunduğu yabancı ülke makamları istinabe edilmeli veya davayı gören mahkemenin tâbi olduğu hukuk bu yolun uygulanmasına imkân veriyorsa bu belge sözleşmenin öngördüğü diğer delil temini yöntemiyle, yani konsolos vasıtasıyla elde edilmelidir.

Yabancı bir ülkede bulunan delilin temini için münhasıran bu sözleşme çerçevesinde mi hareket edilmesi gerektiği tartışması özellikle *Aerospatiale*²⁵ davasının ardından alevlenmiştir. Bu davayı sonuca bağlayan kararın verilmesinden bu yana 15 yılı aşkın bir zaman geçmiş olmasına rağmen, *Aerospatiale* davası sözleşmenin uygulama alanı konusunda en çok zikredilen ve ABD mahkemelerinin karar verirken dayandırdıkları²⁶ dava olma özelliğini hâlâ korumaktadır.

Aerospatiale davasına konu olan ihtilafta, Fransız devlet teşekkülü olan *Aerospatiale* isimli şirketin ürettiği uçağın kaza yapması nedeniyle, bu kazada yaralanmış olanlar *Aerospatiale* aleyhine tazminat talebiyle ABD'de dava açarlar. Davanın başında her iki taraf da ABD usul hukuku kuralları çerçevesinde (*discovery*²⁷) delil temini işlemlerine girişirlerse de, bir süre sonra *Aerospatiale* -Fransa'da bulunan bel-

25 15 .6.1987 tarihli, *Société Nationale Industrielle Aérospatiale and Société de Construction d'Avions de Tourism, Petitioners v. United States District Court for the Southern District of Iowa* kararı. Karar metni için bkz. *International Legal Materials (Int. Leg. Mat.)(1987)*, 1021- 1044.

26 *Aerospatiale* davasından sonra bu davada verilmiş karara dayanarak ABD mahkemelerince verilmiş yeni kararlar ve bunun eleştirisi için bkz. *BORCHERS Patrick J., The Incredible Shrinking Hague Evidence Convention*, *Texas International Law Journal*, Vol 38 (2003), 82 vd..

27 *Discovery* hakkında açıklama için bkz. ileride dpn. 112 civarı. Ayrıca, *discovery* teriminin ABD hukuk sözlüğündeki anlamının tercümesi için bkz. *EKŞİ*, (dn.12) 368, dn.71.

gelerin bu usul çerçevesinde elde edilemeyeceğini, gerek Fransa gerekse de ABD 1970 tarihli Lahey Sözleşmesine taraf olduğundan, ABD'de görülmekte olan bir dava için Fransa'da bulunan delillerin sadece bu Sözleşme hükümleri çerçevesinde elde edilebileceği gerekçesiyle- davacı tarafın ibrazını talep ettiği belgeleri ibraz etmez. Aerospatiale aynı gerekçeye dayanarak mahkemeye başvurup, delillerin 1970 tarihli Lahey Sözleşmesi hükümlerinin öngördüğü usuller dışında başka usullerle ibrazının mümkün olmadığına ilişkin bir karar (protective order) vermesini talep eder. Ancak mahkeme Aerospatiale'in bu talebini reddeder. Bunun üzerine Aerospatiale aynı taleple bir üst mahkemeye (Court of Appeal) başvurur. Bu mahkeme de alt mahkemenin kararını yerinde bularak davalıların talep ettiği kararı vermeyince, Aerospatiale daha üst dereceli mahkeme olan 'Supreme Court'a başvurur. Bu sonuncu mahkeme de Aerospatiale lehine bir karar vermez. Bu mahkeme kararını esas olarak şu gerekçelere dayandırır:

- sözleşmenin giriş bölümünde sözleşme hükümlerinin yurt dışında bulunan delillerin temininde kullanılabilecek bütün usulleri kapsadığı, sözleşmede öngörülenin dışında bir usulle yurt dışında bulunan delillerin temininin mümkün olmadığı yönünde bir ifade yer almamaktadır,
- sözleşmenin 23. ve 27. maddelerinden de, sözleşmenin yurt dışında bulunan delillerin temini konusunda uygulanabilecek yegâne usulleri kapsamadığı, sözleşmenin öngördüğü usullerin yanısıra diğer usullerin de uygulanmasının mümkün olduğu, anlaşılmaktadır,
- sözleşmenin delil temini konusunda öngördüğü usullerin yurt dışında bulunan delillerin elde edilmesinin yegane yolu olması, ABD mahkemelerinin delilin bulunduğu yabancı ülke hukukuna tâbi olması anlamına gelir ki, bu sonuç kabul edilemez.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, sözleşme dışındaki genel uygulamada yabancı ülkelerde bulunan delillerin temini için bunların buldukları yabancı ülkede ikame²⁸ edilmesi mecburiyeti bulunmamaktadır; bu delillerin davayı gören mahkemenin tâbi olduğu ülkeye getirtilip bu mahkeme huzurunda ikame edilmesi mümkündür. Aerospatiale kararı ile vurgulanan da, sözleşmenin bu imkânı bertaraf etmemiş olduğudur. Ne var ki, Aerospatiale davasının görüldüğü sırada kimi kara avrupası devletlerinin ABD mahkemesine sunmuş oldukları amicus curiae yazılarından²⁹, bu devletlerin sözleşmenin kapsamı konusunda getirdikleri yorumun ABD mahkemesinin getir-

28 Delil ikamesi teriminin burada hangi anlamda kullanıldığı konusunda bkz. yukarıda dn.22.

29 Brief of Amicus Curiae in Support of Petitioners (*Fransa*), Int. Leg. Mat. (1986), 1621; Brief of Amicus Curiae in Support of Petitioners (*Almanya*), Int. Leg. Mat. (1986), 1546; Brief of Amicus Curiae in Support of Petitioners (*İsviçre*), Int. Leg. Mat. (1986), 1553.

miş olduğu yorumdan tamamen farklı olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de bu amicus curiae yazılarından, söz konusu kara avrupası devletlerinin konu hakkında getirdikleri yorumun, sözleşmeye taraf olan yabancı bir devlet ülkesinde bulunan delillerin münhasıran bu sözleşme çerçevesinde temin edilmesi gerektiği, başka bir deyişle, bir âkit devletin ülkesinde bulunan delilin elde edilebilmesi için izlenecek yegâne usulün bu delilin bulunduğu yabancı ülkede ikame edilmesi yolunda olduğu anlaşılmaktadır. Kara avrupası devletlerinin bu yorumunun, doktrinde de kimi yazarca³⁰ benimsenmiş olduğunu görüyoruz. Ne var ki, ABD'ye sundukları yazılarda bu şekilde görüş beyan etmiş olan Kara Avrupası Devletleri kendi uygulamalarında sözleşmeye taraf yabancı bir devlet ülkesinde bulunan delilleri elde ederken münhasıran bu sözleşme çerçevesinde hareket etmemektedirler³¹. Bu devletlerin doktrininde de sözleşmenin münhasıran uygulama alanı bulması gerektiği yönünde görüş bildirenler olmakla birlikte, baskın görüş, yabancı ülkede bulunan delillerin temini konusunda münhasıran sözleşmenin uygulama alanı bulmak zorunda olmadığı, delillerin davayı gören mahkeme huzuruna getirilmesinin de mümkün olduğu yönündedir³². Bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca, sözleşme delillerinin nerede ikame edilmesi gerektiği sorunu ile ilgilenmez³³. Sözleşme sadece yabancı ülkede bulunan delillerin bu yabancı ülkede ikame edilmesine karar verilmesinden sonra uygulanır. Bu konuda karar verme yetkisi ise tümüyle davayı gören mahkemeye bırakılmıştır. Bu mahkeme, kendi hukuku (lex fori) uyarınca bu konuda karar verecek-

³⁰ TRITTMANN Rolf, *Anwendungsprobleme des Haager Beweisübereinkommens im Rechtshilfeverkehr zwischen der Bundesrepublik und den Vereinigten Staaten von Amerika*, Frankfurt am Main 1989, 256.

³¹ Alman mahkemeleri Lahey Sözleşmesine taraf olmadan önce de yaptıkları gibi, sözleşmeye taraf olduktan sonra da -sözleşme ile hiç ilgilenmeksizindava taraflarına yabancı ülkelerde bulunan delilleri Almanya'ya getirip mahkeme huzurunda ikame etmelerini emretmektedirler; JUNKER, (dn. 9), 402; DAUDI Jamal, *Extraterritoriale Beweisbeschaffung im deutschen Zivilprozeß*, Berlin 2000, 79.

³² SCHACK Haimo, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2. Auflage, München 1996, 284, Nr. 725; GEIMER / GEIMER / GEIMER, (dn. 23), 719, Nr. 2361; DROBNIG Ulrich, *Diskussion (Drobnig), Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika*, Bielefeld, 1986, 114; JUNKER, (dn. 9), 401,402; SCHABENBERGER, (dn.23), 182; DAUDI, (dn. 31), 78; MEIER, (dn. 11), 63, 72.

³³ MEIER, (dn.11), 65.

tir. Davayı gören mahkemenin yabancı âkit devlette bulunan delillerin bu yabancı ülkede ikamesine karar vermesi durumunda³⁴ ise, delillerin temini münhasıran sözleşmenin öngördüğü usuller çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Delillerin buldukları ülkeden getirtilip mahkemenin tâbi olduğu ülkede ikame edilmesine karar verilmesi de mümkündür. Artık bu durumda, sözleşme uygulama alanı bulmaz; çünkü sözleşmenin uygulama alanı, delilin bulunduğu yabancı ülkede ikamesi ile sınırlıdır.

D. Hukukî ve Ticarî Konu

Sözleşmenin başlığından da anlaşılacağı üzere, sözleşme hukukî ve ticarî konularda uygulama alanı bulur³⁵. Ancak sözleşmede hangi konuların hukukî ve ticarî konu kapsamına dahil olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Sözleşmenin oluşumu aşamasında sözleşmeye hukukî ve ticarî konuların ne olduğunu tarif eden bir hükmün getirilmesi yolunda yapılan teklif de, bu konuda bir tarif veya bağlama kuralının öngörülmesinin Lahey Konferanslarının tarihi politikasına aykırılık teşkil edeceği gerekçesi ile reddedilmiştir³⁶. Ne var ki,

34 Belirli durumlarda davayı gören mahkeme zorunlu olarak delillerin buldukları yabancı âkit devlette ikame edilmesine karar verecektir; kaçınılmaz olarak sözleşme hükümleri çerçevesinde hareket edilmesini gerektiren bu durumlar şöyle sıralanabilir:

-Yabancı ülkede bulunan bir fabrikadaki üretim koşullarının incelenmesinde olduğu gibi, delil ikamesinin zorunlu olarak delilin bulunduğu yerde gerçekleştirilmesinin gerektiği durumlar;

-kendi rızaları ile davayı gören mahkeme huzurunda delil ikame etmeye yanaşmayan, haklarında yaptırım uygulanması imkânı da bulunmayan, dava tarafı olmayan üçüncü kişilerden delil temin edilmesi gereken durumlar;

-dava tarafı olup da hastalık, tutuklu bulunma gibi bir nedenle davanın görüldüğü ülkeye gitmesi mümkün olmayan dava taraflarından yemin alınması veya bu kişilerin isticvap edilmesi gereken durumlar. Bu sıralamanın yapılmasında MEIER, (dn.11), 71'deki sıralamadan yararlanılmıştır.

35 Günümüzde farklı ülkelerde bulunan mahkemeler arasındaki işbirliğinin özel hukuk alanı ile sınırlandırılması anlayışının terk edilmiş olduğu hakkında bkz. EKŞİ, (dn.12), 341-343.

36 *Report of the Special Commission*, (dn.21), 56-57.

Lahey Sözleşmelerine ABD'nin de taraf olmaya başlamasına dek³⁷ Kara Avrupası hukuk anlayışına sahip olan devletler arasında kapsamının belirlenmesi bakımından sorun doğurmayan³⁸ "hukukî ve ticarî konu" kavramı, Lahey Sözleşmelerine ABD'nin taraf olmaya başlamasından sonra kapsamının belirlenmesi zor bir kavram haline gelmiştir.

Gerçekten de ABD hukukunda Kara Avrupası hukuklarından farklı olarak, "özel hukuk-kamu hukuku ayırımı" gözetilmemektedir³⁹. Bunun yerine "hukukî konu-cezaî konu ayırımı" bulunmaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin ABD hukuk anlayışı uyarınca sahip olduğu uygulama alanı Kara Avrupası hukuk anlayışına kıyasla çok daha geniştir. Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra işleyişi hakkında 1978 yılında Lahey'de yapılan toplantıda⁴⁰ ABD'li temsilciler, cezaî konular dışında sözleşme uyarınca yapılan tüm talepleri karşıladıklarını belirtmişlerdir⁴¹. Buna karşın Mısır temsilcisi ise kendi anlayışları uyarınca aile ve miras hukukuna ilişkin ihtilafların hukukî ve ticarî konu kapsamında olmadığını belirtmiştir⁴². Sözleşmeye taraf olan Kara Avrupası ülkeleri ise, aynı toplantıda, sözleşmeyi vergi ve idare hukukuna ilişkin konular hakkında uygulamayacaklarını bildirmişler-

37 "Hukukî ve ticarî konu" ifadesi Lahey Sözleşmelerine yabancı değildir. Gerek 1905 tarihli gerekse de 1954 tarihli Hukuk Usulüne dair Lahey Sözleşmelerinin 8. maddesinde delil teminine ilişkin olarak bu ifade kullanılmıştır.

38 GEIMER Ewald, *Internationales Beweisaufnahme*, München 1998, 67; MEIER, (dn.11), 81.

39 İngiliz makamlarının vergi uyuşmazlıklarına ilişkin davaları da sözleşmenin uygulama alanı kapsamında değerlendirmiş oldukları konusunda bkz. EKŞİ,(dn.12), 353, dn. 36.

40 *Meeting of the Special Commission on the Operation of the Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters* June 12-15, 1978. Bu toplantının tutanakları için bkz. Int.Leg.Mat. (1978), 1417-1433.

41 *Report of the United States Delegation to the Special Commission on the Operation of the Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters*, Int. Leg. Mat. 17 (1978), 1418.

42 *Report on the Work of the Special Commission on the Operation of the Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters*, Int. Leg. Mat.(1978), 1426.

dir⁴³.

Bir konunun hukukî veya ticarî konu kapsamına girip girmediği hususunda böylesine farklı anlayışların olması, sözleşmenin uygulama alanının belirlenebilmesi bakımından 'hukukî ve ticarî konu' kavramının hangi hukuk uyarınca belirlenmesi gerektiğinin önemini açıkça ortaya koymaktadır. Bu konu hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş⁴⁴ uyarınca bu konu hakkında istinabe olunan devlet hukuku, diğer bir görüş⁴⁵ uyarınca istinabe talep eden ülke hukuku dikkate alınmalıdır. Nihayet son görüşe göre⁴⁶ ise hukukî ve ticarî konunun kapsamı bu iki devlet hukukundan bağımsız, bütün âkit devletler tarafından aynı şekilde yorumlanacak bir anlayışla belirlenmelidir. Bu son görüş, sözleşmenin uygulama alanının ülkeden ülkeye farklı olmasını engelleyeceği için en doğru çözüm gibi görünmekle birlikte, sağlıklı biçimde uygulama alanı bulması bize pek mümkün görünmemektedir. Çünkü bu şekildeki bir uygulamada yeknesaklığı sağlayacak devletler üstü bir kontrol mekanizması sözleşmede öngörülmemiştir. Böyle olunca da devletler kendi anlayışlarını öne çıkaracaklardır. Kanaatimizce, bir konunun hukukî veya ticarî konu kapsamında olup olmadığının istinabe olunan devlet hukuku uyarınca belirlenmesi görüşü uygulama bakımında en gerçekçi olanıdır.

Sözleşmenin uygulama alanının belirlenmesinde sorun teşkil edebilecek noktalardan biri de, davayı gören mahkemenin delilleri hukukî veya ticarî konular hakkındaki bir dava için istemekle birlikte, delillerin talep eden ülkede ceza veya idare hukukuna ilişkin konular hakkında da kullanılma ihtimalinin bulunması halinde ne yapılacağına ilişkindir. Sözleşmenin işleyişi hakkında yapılan 1978 tarihli toplantıda bu sorun üzerinde de durulmuş olup, delillerin ceza veya idare hukukuna ilişkin bir davada da kullanılmasının sadece "ihtimal" da-

43 *Report of the United States Delegation*, (dn.41), 1418.

44 GEIMER/GEIMER/GEIMER, (dn.23), 746, Nr. 2443; JUNKER, *Der lange Arm amerikanischer Gerichte*, IPRax (1986), 206.

45 BLASCHCZOK, *Das Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen*, Hamburg 1986, 100; BÜLOW/ BÖCKSTIEGEL/ GEIMER/SCHÜTZE, (dn.1), Nr.100,8.

46 VOLKEN Paul, *Die internationale Rechtshilfe*, Zürich 1996, 94.

hilinde bulunmasının, istinabe talebini yerine getirmekten kaçınmak için yeterli bir neden teşkil etmediği sonucuna varılmıştır. Ayrıca bu toplantıda, sözleşmenin herhangi bir maddesinde, hukukî veya ticarî konulu bir dava için sözleşme çerçevesinde temin edilmiş bir delilin daha sonra bir ceza davasında kullanılmasını yasaklayan bir hükmün yer almadığı belirtilmiştir⁴⁷.

II. Sözleşmenin Öngördüğü Delil Temini Usulleri

Sözleşme esas olarak iki yoldan delil teminine ilişkin hüküm içermektedir. Bunlardan ilki, sözleşmenin 1 ilâ 14. maddelerinin yer aldığı birinci kısmında düzenleme alanı bulan istinabedir. Diğeri ise, sözleşmenin 15 ilâ 22. maddelerinin yer aldığı ikinci kısmında düzenlenen, konsolos, diplomatik temsilci ve Anglo-Amerikan hukuklarına özgü bir görevli olan commissioner vasıtasıyla delil teminidir. Sözleşmenin birinci ve ikinci kısımlarında düzenlenmiş delil temini usullerini aşağıda inceleyeceğiz.

A. Yabancı Adli Makamların İstinabe Edilmesi

1. Genel Olarak

Sözleşmenin Birinci Kısmı milletlerarası istinabeye ilişkin hükümler içermektedir. Milletlerarası istinabe, Kara Avrupası hukuklarının⁴⁸ yabancı ülkelerde bulunan delillerin temini bakımından öngördükleri klasik metottur. Bu nedenle de Kara Avrupası devletlerince düzenlenmiş olan usul hukukuna dair önceki Lahey sözleşmelerinde de milletlerarası istinabe düzenlenmiştir. Önceki Lahey Sözleşmeleri ile kıyaslandığında, incelemekte olduğumuz 1970 tarihli Lahey sözleşmesinin birinci kısmında yer alan hükümlerin istinabe konusunda bazı kolaylıklar getirmiş olmakla birlikte, önceki sözleşmelerin istinabe konusundaki hükümlerinden pek de farklı olmadığı görülmektedir⁴⁹. Söz-

⁴⁷ *Report of the United States Delegation*, (dn.41), 1421.

⁴⁸ İstinabe yolunun ABD'de tercih edilmediği konusunda bkz. yukarıda dn.16 civarı.

⁴⁹ BÖCKSTIEGEL/SCHLAFEN, *Die Haager Reformübereinkommen über die Zustellung und die Beweisaufnahme im Ausland*, NJW (1978), 1076.

leşmenin istinabe ile ilgili en dikkat çekici, en farklı hükmü ise istinabe konusuna hasredilmiş birinci kısmında değil, sözleşmenin genel hükümlerinin düzenlediği üçüncü kısmında yer alan 23. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. 23. madde, 1970 tarihli sözleşmenin usul hukukuna dair önceki Lahey Sözleşmelerinden farklı olarak sadece kara avrupası hukuk düzenlerine sahip ülkeler arasında değil, ABD'den gelecek istinabe talepleri hakkında da uygulanacak olması nedeniyle düzenlenmiştir. ABD'de delil teminine ilişkin bir usul olan '*pre-trial discovery*' hakkındaki bu madde, sözleşmenin doktrinde üzerinde en çok tartışılmış olan hükmünü içermektedir. Sözleşmenin Anglo-Amerikan Hukukları (özellikle de ABD hukuku) ile Kara Avrupası hukuklarının farklı yöntemlerinin uyumlaştırılması amacının⁵⁰ gerçekleşebilmesi bakımından 23. madde kilit noktası rolünü üstlenmekte olup, sözleşmenin ABD bakımından ne ölçüde uygulama alanı bulacağını da belirlemektedir. Bu önemi nedeniyle de aşağıda sözleşmenin getirdiği istinabe sistemi hakkında yapacağımız açıklamalarda, bu maddeye ağırlık vereceğiz.

2. İstinabe Talebi ve İstinabe Evrakı

a. İstinabe Talebinin Konusu

Sözleşmenin 1. maddesi uyarınca istinabe talebi, delil temini veya diğer adlı bir işlemin yerine getirilmesine yönelik olmalıdır. Sözleşmenin 3. maddesinin (e), (f) ve (g) bentlerinde kullanılan, tanıklar, sorulacak sorular ve incelenecek doküman veya şey, ifadelerinden, delil temini ibaresinin hangi anlamda kullanılmış olduğuna ilişkin bazı ipuçları yakalamaktayız⁵¹. Buna göre, bir davayı gören mahkeme yabancı ülke makamlarını, bu ülkede bulunan tanıkların sorgulanması, belgelerin incelenmesi, bu ülkedeki bir yerin keşfi gibi taleplerle istinabe edebilir.

'Delil temini' sözleriyle neyin ifade edilmek istendiğinin anlaşılması daha kolay olmakla birlikte, sözleşmede geçen 'diğer adlı işlemler' ifadesinin ne şekilde anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi güçtür. 'Diğer

⁵⁰ Sözleşmenin amacı konusunda bkz. yukarıda dn.21 civarı.

⁵¹ VERSAN, (dn.16), 227.

adli işlemler' kapsamına dahil olan işlemlere örnek olarak doktrinde, sözleşmenin 2. bölümünde öngörülen istinabe eden devlet temsilcileri vasıtasıyla delil temini usulünün işletilmesi halinde bunun gerçekleştirilebilmesini sağlamak amacıyla mekân temini, bu sırada ihtiyaç duyulabilecek mahkeme görevlilerinin orada bulundurulması⁵²; aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda tarafların sulhe teşviki; belirli konular hakkında ilgili devlet makamlarınca görüş ve bilgi verilmesi gibi işlemler örnek olarak gösterilmektedir⁵³.

b. İstinabe Evrakının İçeriği

İstinabe talebinde bulunan adli makam, bu talebinin yerine getirilmesi için yabancı makama başvurduğunda, talebini yazılı olarak sunar. Sözleşmenin Türkçe tercümesinde 'istinabe evrakı' olarak tanımlanmış bu yazının içeriği, sözleşmenin 3. maddesinde dokuz bent halinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İstinabe talebinin içermesi gereken kayıtlar içinde; istinabe eden ve istinabe olunan makam, dava tarafları, delilin talep edildiği davanın niteliği, talep edilen delilin niteliği, sorgulanacak kişi, sorgulanacak kişilere sorulacak sorular, sorgulamada yemin alınmasına gerek olup olmadığı, incelenmesi istenen belge veya diğer şeyler hakkında bilgiler yer almaktadır.

1965 tarihli Tebligata ilişkin Lahey Sözleşmesinde⁵⁴ de âkit devletlere yapılacak tebligat taleplerinin hangi kayıtları içermesi gerektiği ayrıntılı olarak düzenlenmiş, ayrıca bu kayıtların tebligat için yapılan yardım talebinde ne şekilde yer alacağını göstermek için de yeknesak bir form düzenlenmiştir. Tebligata ilişkin 1965 tarihli Lahey Sözleşmesinden farklı olarak incelemekte olduğumuz 1970 tarihli Sözleşmede ise istinabe talebi için yeknesak bir form düzenlenmemiştir. 1970 tarihli sözleşmede böyle yeknesak bir formun düzenlenmemiş olmasının nedeni, yabancı ülkede tebligat için yapılan yardım talebinden farklı olarak, delil temini için yapılan istinabe taleplerinin durumdan duruma değişiklik gösterip, her bir farklı durum için kullanılması zo-

⁵² VOLKEN, (dn 46), 95; NAGEL Heinrich/ GOTTWALD Peter, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5. neuarbeitete Auflage, Münster 2002, 442.

⁵³ NAGEL/ GOTTWALD (dn.52), 442.

⁵⁴ RG. 17.6.1972 / 14218.

runlu tek bir yeknesak formun delil temini taleplerinin ihtiyaç duyacağı esnekliği sağlayamayacağı düşüncesi olmuştur⁵⁵. Sözleşmede yeknesak bir form öngörülmemiş olsa dahi, sözleşmenin işleyişi hakkında 1985 yılında gerçekleştirilmiş olan toplantıda, özel komisyon tarafından teklif edilmiş, bağlayıcı olmayan bir form bulunmaktadır⁵⁶. Kanaatimizce ülkemizin sözleşme çerçevesinde yapacağı istinabe evrakının şekillendirilmesinde 1985 tarihinde teklif edilmiş bu formdan yararlanılması faydalı olacaktır.

c. İstinabe Evrakının Dili

Sözleşmenin 4. maddesi uyarınca, istinabe evrakı istinabe olunan ülkenin dilinde düzenlenmeli veya bu ülke diline yapılmış bir tercümesinin ekli olması gerekmektedir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca her devlet Fransızca veya İngilizce olarak düzenlenmiş istinabe evrakını kabul etmek mecburiyetindedir. 4. maddenin ikinci fıkrasında yer alan bu hüküm, istinabe olunan ülkeleri bir de talebi kendi diline tercüme etme külfeti altına sokmaktadır. İşte bu külfetten kaçınma imkânı sözleşmenin 33. maddesinde izin verilen çekince ile tanınmıştır. Sözleşmeye taraf olan devletlerin çoğu da 33. maddenin tanıdığı bu imkândan yararlanarak, 4. maddenin ikinci fıkrası hükmüne çekince koymuştur. Türkiye'nin de yerinde olarak sözleşmeye katılırken 33. maddede izin verilen çekinceyi koyduğu anlaşılmaktadır. O halde, Türk makamlarının istinabe edilmesine yönelik istinabe evrakı Türkçe düzenlenmiş olmalı veya Türkçe'ye yapılmış bir tercüme ekli olmalıdır.

55 *Denkschrift zum Übereinkommen, Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln des Übereinkommens vom 18. März 1970 über die Berweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen, Deutscher Bundestag Drucksache, 7/4892, 53, Art.3..*

56 Bunun için bkz. *Report on the Second Meeting of the Special Commission on the Operation of the Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters, [July 1985], International Legal Materials (1985), 1682-1683.*

d. İstinabe Talebinde Bulunan Makam

Sözleşmenin birinci maddesi uyarınca istinabe talebinde bulunabilecek olan makamlar "*adlî makamlar*"dır. Adlî makam ifadesinin ne anlama geldiğine ilişkin tanımlama veya adlî makam olma niteliğinin hangi hukuk uyarınca belirleneceğine ilişkin kural içeren bir hüküm ise sözleşmede yer almamaktadır. Bu da sözleşme anlamında istinabe talebinde bulunacak makamların hangileri olduğu konusunda yorum yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Hakem mahkemelerinin sözleşme anlamında adlî makam sayılıp sayılmayacağı konusu tartışmalıdır. Her ne kadar sözleşme müzakereleri sırasında hakem mahkemelerinin yapacağı istinabe taleplerinin sözleşmenin uygulama kapsamı dışında tutulacağı konusunda görüş⁵⁷ bildirilmişse de doktrinde⁵⁸ hakem mahkemelerine de sözleşme hükümleri çerçevesinde bir âkit devlette bulunan delilleri temin imkânı tanınması gerektiği ifade edilmektedir. Hakem mahkemelerinin sözleşmeden yararlanıp yararlanamayacağı sorunu Lahey Konferansının 15. toplantısında da gündeme gelmiş ve Lahey Konferansının daimi bürosu tarafından sözleşmenin uygulama alanının hakem mahkemelerini de kapsayacak şekilde genişletilmesi talebinin dile getirilmesi kararlaştırılmıştır⁵⁹. Esasen hakem mahkemeleri, uzun zaman alan bir yol olduğundan, yabancı ülkelerde bulunan delillerin temini için istinabe yoluna pek başvurmayacaklarından⁶⁰ bu sorunun uygulama bakımından pek de önemi bulunmamaktadır. Hakem mahkemelerinin sözleşme çerçevesinde doğrudan âkit devlet makamlarından istinabe talebinde bulunmasının mümkün olup olmadığı tartışmaya açık olmakla birlikte, kanaatimizce hakem mahkemelerinin HUMK'muzun 527. maddesinin üçüncü bendinde veya 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 12/B maddesinde öngörülene benzer bir usulle yabancı ülkede bulunan delillerin temini için tâbi oldukları ülke mahkemesine başvurup bu mahkeme kanalıyla yabancı ülke makamlarını istinabe etmeleri halinde sözleşme uygulama alanı bulmalıdır. Bu durumda yabancı âkit devletten istinabe talebinde bulunan makam

57 AMRAN, (19), 216.

58 JUNKER, (9), 276; TRITTMANN, (dn.30), 132; MEIER, (dn.11), 119.

59 Acte final, 15e session(1984), 150, Nr XIV.

60 MEIER, (dn.11), 120, dn. 593.

hakem mahkemesi değil, bir mahkemedir ve bu mahkemenin talebi sözleşme hükümleri çerçevesinde yerine getirilmelidir.

Yargılama yetkisi olmayan araştırma komisyonları bu sözleşme uyarınca istinabe talebinde bulunmaya yetkili olmayan makamlardandır. Uygulamada da Kanada meclis araştırma komisyonu Kaliforniya makamlarına istinabe talebi ile başvurduğunda, bu başvuru, bir meclis araştırma komisyonun sözleşme anlamında adli makamlardan sayılmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir⁶¹.

İstinabe talebinde bulunmaya yetkili adli makamlardan olup olmadığının belirlenmesi güç⁶² olan bir makamın istinabe talebiyle başvurusu durumunda, bu makamın sözleşme anlamında istinabe talebinde bulunmaya yetkili makamlardan sayılıp sayılmadığına karar verecek olan, istinabe olunan devlet makamları olacaktır. İstinabe talebinde bulunan makamın sözleşme anlamında yetkili makamlardan olup olmadığının belirlenmesinde, somut olay dikkate alınmalıdır. İstinabe talebinde bulunan makamın somut olayda bir adli makam olarak hareket ettiği kanaatini uyandırması durumunda, bu makam sözleşme anlamında istinabe talebinde bulunmaya yetkili makamlardan sayılmalıdır. İstinabe talebinde bulunan makamın niteliğine ilişkin tereddüt bulunması halindeyse, istinabe olunan makam durumun gerektirdiği siyasî menfaatleri de dikkate alarak hareket edip, ilgili makamın talebini yerine getirip getirmeyeceğine karar verecektir⁶³.

⁶¹ Re Letters of Request to Examine Witnesses from Court of Queen's Bench for Manitoba, Canada, 59 F.R.D. 625 (N.D. Cal., 1973), aff'd 488 F. 2d 511 (9th Cir. 1973); PFEIL-KAMMERER, *Deutsch-amerikanischer Rechtshilfeverkehr in Zivilsachen*, Tübingen 1987.

⁶² Hem idarî hem de yargılama fonksiyonları bulunan makamlar bakımından durum böyledir. Söz gelimi, ABD hukuku uyarınca 'tribunal' olarak tanımlanan makamlar istinabe talebinde bulunmaya yetkili olan makamlardır. Bazı yargılama işlemlerini de gerçekleştiren "federal trade comission" gibi mahkeme dışı makamlar da ABD hukuku uyarınca 'tribunal' sayılan makamlardandır; *Report of the United States Delegation*, (dn.41), 1419. Ayrıca Federal Trade Commission hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. STÜRNER Rolf, *Die Gerichte und Behörden der USA und die Beweisaufnahme in Deutschland*, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (1982), 174 vd..

⁶³ TRITTMANN, (dn.30), 133.

e. İstinabe Evrakının İletilmesi Usulü

İstinabe evrakının iletilmesi için başvurulmuş yol genellikle, konsüler yoldur. Nitekim, 1956 tarihli Hukuk Usulüne dair Lahey Sözleşmesinde⁶⁴ de istinabe evrakının konsüler yoldan iletilmesi öngörülmüştü⁶⁵. Ne var ki, istinabe evrakının konsüler yolla iletilmesi uzun zaman almaktadır. Daha hızlı ulaşmasının sağlamak için 1970 tarihli sözleşmede istinabe evrakının merkezî makamlar aracılığı ile iletilmesi öngörülmüştür. Sözleşme uyarınca istinabe evrakı, istinabe talebinde bulunan adlî makam tarafından doğrudan istinabe olunan yabancı devletin tayin ettiği merkezî makama⁶⁶ gönderilir. Bu merkezî makam da istinabe evrakını kendi ülkesinde istinabe talebini yerine getirmeye yetkili olan adlî makama iletir.

İstinabe evrakının istinabe olunan yabancı devletteki merkezî makama hangi yoldan gönderileceği önem taşımamaktadır; bir kurye aracılığı gönderilebileceği gibi, bir avukat tarafından elden verilmesi de mümkündür. Önemli olan, istinabe talebi belgesinin üstünde bunu düzenlemeye yetkili makamın imzası veya mührünün bulunmasıdır⁶⁷. Sözleşme uyarınca istinabe talebini istinabe olunan ülkenin merkezî makamına iletilecek olan makam, istinabe talebinde bulunan adlî makamın kendisidir. Bu adlî makam istinabe evrakını doğrudan yabancı devletin merkezî makamına ilettebildiğinden, istinabe evrakının iletilmesi usulü sözleşme ile önemli ölçüde hızlandırılmıştır. Ancak bu noktada hemen şunu da belirtelim ki sözleşme, istinabe evrakının talepte bulunan adlî makam tarafından doğrudan yabancı dev-

⁶⁴ RG. 23.5.1972 /14194.

⁶⁵ Önceki 1956 tarihli Hukuk Usulüne dair Lahey Sözleşmesi uyarınca istinabe talebinin iletilmesi için esas olarak konsüler yolun izlenmesi gerekmektedir. Bu sözleşme uyarınca sadece ilgili devletlerin kendi aralarında yaptıkları iki taraflı ek bir sözleşme ile bu konuda anlaşmaları halinde istinabe taleplerini doğrudan birbirinin makamlarına gönderebilmeleri mümkündür (Hukuk Usulüne dair Sözleşme, md. 9).

⁶⁶ Sözleşmenin 2. maddesi uyarınca her âkit devlet bir merkezî makam tayin etmekle yükümlüdür. Ancak federal devletlere birden fazla merkezî makam tayin etme hakkı tanınmıştır (md. 24). Bu maddeye dayanarak Almanya ve İsviçre her bir federal devlet / kanton için ayrı bir merkezî makam tayin etmişlerdir.

⁶⁷ MEIER, (dn.11), 167.

letin merkezî makamına iletilmesi konusunda bir zorunluluk getirilmemektedir. Sözleşme istinabe evrakının talepte bulunan adlî makam tarafından doğrudan iletilmesini öngörmekle, evrakın iletilmesi usulüne kolaylık getiren bir imkân tanımaktadır. Yine de âkit devletlerden her biri, sözleşmenin tanıdığı bu imkândan yararlanmayıp, yabancı ülkeye gönderilecek istinabe evrakının -kontrol etme amacıyla⁶⁸- istinabe talebinde bulunan adlî makam tarafından önce ülke içindeki başka bir makama gönderilmesini, daha sonra bu makam tarafından yabancı devletin merkezî makamına iletilmesini zorunlu tutabilir.

İstinabe evrakının iletilmesi konusunda sözleşmenin öngördüğü usul, evrakın merkezî makamlar aracılığı ile iletilmesi olsa da, 27. maddenin a bendi uyarınca her bir âkit devlet sözleşmede öngörülen yol dışında başka kanallarla iletilen istinabe evrakını da kabul edeceğini beyan edebilir. Bu madde hükmü, istinabe taleplerinin merkezî makamlar aracılığı ile iletilmesinin yanısıra ilgili âkit devletin beyan ettiği diğer bir yolla da iletilebilmesi bakımından ek bir imkân tanımaktadır. Söz gelimi, bu madde hükmü uyarınca açıklamada bulunmuş ülkelerden biri olan Danimarka, istinabe evrakının istinabe talebinde bulunan devletin Danimarka'daki konsolosu tarafından doğrudan yetkili mahkemeye gönderilebileceğini beyan etmiştir. Buna göre Türk mahkemelerinin Danimarka mahkemelerinden istinabe talebinde bulunması durumunda, istinabe evrakı sözleşmenin öngördüğü usul olan merkezî makam aracılığı ile iletilebileceği gibi, Danimarka'da görevli Türk konsolosu da bu evrakı doğrudan ilgili mahkemeye iletir.

68 Bu noktada şunu da belirtelim ki, istinabe talebinin sadece sözleşme gereği zaten istinabe talebini kontrol etmekle görevli olan ülkenin merkezî makamınca kontrol edilmesi sözleşmenin amaçladığı süratin gerçekleşmesini sağlayacaktır. Kuşkusuz ki, istinabe talebinin hem talepte bulunan ülkenin bir makamı hem de istinabe edilen ülkenin merkezî makamı tarafından çifte kontrole tâbi tutulması talebin iletilmesini yavaşlatacaktır. Bununla birlikte, istinabe taleplerini yabancı makamlara mümkün olduğunca eksiksiz ve hatasız gönderip, istinabe talebinde bulunulan ülkenin merkezî makamını sözleşme şartlarına uygun olmayan istinabe talepleri ile meşgul etmemek de milletlerarası nezakete uygun bir davranış olacaktır; BLASCHCZOK, (dn.45) 115.

f. İstinabe Evrakının İncelenmesi

İstinabe evrakının istinabe olunan yabancı devletin merkezî makamına varmasından sonra, bu merkezî makam söz konusu evrakın sözleşmenin aradığı şartlara uygun olup olmadığını inceleyecektir. Merkezî makam istinabe evrakını şu noktalardan inceleyecektir:

- Hakkında istinabe talebinde bulunulan konunun hukukî veya ticarî bir konu olup olmadığı (md.1),
- istinabe talebinde bulunan makamın adlî bir makam olup olmadığı (md. 1),
- istinabe talebinin sözleşmenin 3. maddesinde sayılan kayıtları içerip içermediği,
- 'pre-trial discovery' usulü çerçevesinde yapılmış bir istinabe talebinin bulunması ve istinabe olunan devletin sözleşmenin 23. maddesinde izin verilmiş olan çekinceyi koymuş olması durumunda talebin bu çekiinceye uygun olup olmadığı,
- sözleşmenin 33. maddesinde yer alan çekinceyi koymuş olan devletler bakımından, istinabe talebinin istinabe olunan ülke dilinde olduğu veya bu dile yapılmış bir tercümenin eklenmiş olup olmadığı,
- istinabe sırasında izlenmesi talep olunan özel usulün istinabe olunan ülkede icrasının mümkün olup olmadığı (md. 12),
- istinabe konusu işlemin mahkemelerin yetkileri dahilinde olup olmadığı (md.12),
- ülkesinin güvenliği veya egemenliğine hanel getirecek unsurlar içerip içermediği (md. 12 b).

Merkezî makam bu konular çerçevesinde yaptığı inceleme sonucunda istinabe talebini yerinde bulursa, istinabe evrakını delil temini işini yerine getirecek olan adlî makama iletir. Buna karşın merkezî makam istinabe talebinin sözleşme şartlarına uymadığı sonucuna varırsa, durumu vakit geçirmeksizin istinabe talebinde bulunan makama bildirmelidir (md.5). Böylece, istinabe talebinde bulunmuş olan makamlara da gerekli düzeltmeleri yapma imkânı tanınmış olur⁶⁹.

⁶⁹ MEIER, (dn. 11), 162.

İstinabe talebinin yerine getirilmesi konusunda merkezî makamın kararı idarî bir işlem sayılacağı için, gerek istinabe talebinin yerine getirilmesi, gerekse de yerine getirilmemesi yönündeki kararı iptale konu olabilir⁷⁰.

3. İstinabe Talebinin Yerine Getirilmesi

a. Genel Olarak

Merkezî makam yukarıda sözünü ettiğimiz şartlar yönünden istinabe evrakını kontrol edip talebi yerinde bulursa, istinabe evrakını delil temini işlemlerini yerine getirecek olan adlî makama gönderir. Bu adlî makam da istinabe talebini yerine getirmelidir. Bu noktada akla gelen soru, istinabe talebini yerine getirmekle görevli adlî makamın, merkezî makamın kontrolünden geçmiş olmasına rağmen istinabe talebinin sözleşmede aranan şartlara uygun olmadığı sonucuna varması halinde bu gerekçe ile talebi yerine getirmekten kaçınma hakkının olup olmayacağıdır. Bu konu hakkında sözleşmede bir açıklık yoktur. Sözleşme metninin ifadesi, istinabe talebinin sözleşmeye uygunluğu konusundaki incelemeyi sadece merkezî makamın yapabileceği ve merkezî makamın bir kere talebin uygunluğuna karar vermesinden sonra bu konunun bir daha incelenemeyeceği düşüncesini uyandırmaya elverişlidir. Ancak doktrinde⁷¹ de belirtildiği üzere, böyle bir durumda istinabe talebinin muhatabı olan adlî makamın talebin sözleşmenin aradığı şartlara uygun olmadığı yolundaki düşüncesini merkezî makama en azından bildirme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Kendisine yapılan bu bildirimden sonra merkezî makamın da tıpkı adlî makam gibi istinabe talebinin sözleşmenin aradığı şartlara uygun olmadığı, bu nedenle talebin yerine getirilemez olduğu sonucuna varması durumunda sorun kalmaz, bu halde talep yerine getirilmeyecektir. Ancak istinabe talebinin muhatabı olan adlî makamın aksine, merkezî makamın, istinabe talebinin sözleşmeye uygun olduğu ve yerine getirilmesi gerektiği kanaatinde olması durumunda ise, adlî makamın artık istinabe talebini yerine getirmek zorunda olduğunun kabulü gerekir.

⁷⁰ MUSIELAK, (dn. 23) Anh. zu § 363, Art.2, Nr. 3.

⁷¹ MUSIELAK, (dn.23), Anh. zu § 363, Art. 5, Nr. 3.

b. İstinabe Talebini Yerine Getiren Makam

Tıpkı istinabe eden makam gibi istinabe talebini yerine getiren makam da sözleşme uyarınca bir adlî makam olmalıdır. Ancak adlî makam dahilinde hangi görevlinin bu talebi yerine getireceğine ilişkin bir açıklama, sözleşmede yer almamaktadır. Buna göre istinabe talebinin belirli bir adlî makam görevlisi özellikle de bir hâkim tarafından yerine getirilmesi zorunlu değildir. Böylece, hukuk anlayışımızdan farklı olarak tanıkların sorgulanması gibi işlemlerin bizzat hâkim tarafından değil de başka görevlilerce yerine getirilmesinin mümkün olduğu Anglo-Amerikan hukuk sistemine tâbi devletlerin⁷², diğer devletlerden gelen istinabe taleplerini hâkim dışındaki görevlilerce⁷³ yerine getirme yolundaki uygulamalarına sözleşmede de yer verilmiş ol-

⁷² Anglo-Amerikan hukuklarında tanıkların , bilirkişilerin sorgulanması gibi işlemler taraf avukatlarınca gerçekleştirilir. Hatta bu sorgulamanın delil sayılabilmesi için hâkim huzurunda gerçekleştirilmesi dahi gerekli değildir. Bu konuya değinen *Karayalçın*'da: '... tanıkların davanın görüldüğü mahkeme huzuruna çıkarılmasının mümkün olmadığı veya çok külfetli ya da masraflı olduğu haller gözönüne alınarak yeni müesseseler ihdas etmek gerekmiştir. Tanıkların olaylar hakkındaki yazılı beyanlarının doğru olduğunu kendi imzaları ve yetkili bir görevli huzurunda yeminle teyit etmeleri ve yemin işleminin yapıldığını belirten ibarenin yemin verdiren görevli tarafından imzalanması halinde bu belgeler, bazı şartlar altında, mahkemelerce delil olarak kabul edilmiş; böylece görevli mahkeme dışındaki beyanların delil olabilmesi yolu açılmıştır' ifadesine rastlamaktayız; KARAYALÇIN, *Affidavit ve Türk Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (1986), S. 3-4, 47-48.

⁷³ İngiltere'deki anlayış, hâkimin yüksek şahsiyetinin bir şahidin sorguya çekilmesinden ibaret olan bir işi gerçekleştirmek üzere zahmete sokulmaması gerektiği yönünde olduğundan İngiltere'ye yapılan istinabe başvuruları mahkemenin atayacağı bir sorgulama komiseri (examiner) tarafından gerçekleştirilir. Sorgulama komiserini mahkeme, elinde bu işi yapan avukatların (barrister) sayıldığı listeden seçer; COHN Ernst J., *Beweisaufnahme im Wege der zivilprozessualen Rechtshilfe durch das englische Gericht*, *Zeitschrift für Zivilprozessrecht* (1967),234-235.

ABD'de yabancı ülkelerden gelen istinabe taleplerini karşılamak üzere yapılan sorgulamalar, hâkim değil, savcılar tarafından gerçekleştirilmektedir; WEINER Edward, *In Search of International Evidence: A Lawyer's Guide Through the United States Department of Justice*, *Notre Dame Law Review* (1982), 66.

maktadır. Nitekim, Lahey Sözleşmesinin işleyişi hakkında 1978 yılında yapılmış toplantıda⁷⁴ da istinabe talebini yerine getirecek adlî makam kavramının geniş yorumlanması gerektiği, ABD hukukunda olduğu üzere mahkeme tarafından vekil olarak atananlar (comissioner), yine ABD hukukundaki noterler ile avukatların da istinabe talebini yerine getiren adlî makam olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁵. İstinabe taleplerinin hâkim dışında diğer adlî teşkilat görevlilerince yerine getirilmesi sadece Anglo-Amerikan hukuk sistemi gibi farklı hukuk sistemlerine sahip ülkelerde gerçekleştirilen bir durum değildir. Usul Kanunumuzu büyük ölçüde iktibas etmiş olduğumuz İsviçre'de dahi uygulamada yurt dışından gelen istinabe taleplerini yerine getirenler zabıt kâtipleridir. Gerçekten de uygulamada, Basel-Stadt, Basel-Land, Bern, Jura, Obwalden kantonlarında zabıt kâtipleri istinabe işlemlerini yerine getirmektedir. Hatta Zürih kantonunda bu durum sadece uygulamadaki fiili bir durum olmaktan çıkıp, kanunlaşmıştır da⁷⁶.

c. İstinabe Talebinin Yerine Getirilmesi Sırasında Esas Davayı Gören Mahkeme Mensuplarının da Hazır Bulunması

O güne dek yapılmış çok taraflı sözleşmeler içinde esas davayı gören mahkeme mensuplarının da yapmış oldukları istinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında hazır olmalarına ilişkin hüküm getiren ilk⁷⁷ sözleşme, ele almakta olduğumuz 1970 tarihli Lahey Sözleşmesidir. Sözleşmenin 8. maddesinin birinci cümlesi uyarınca her âkit devlet, ülkesi makamlarına yapılmış olan bir istinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında istinabe eden yabancı adlî makamın yargı mensuplarının da hazır bulunabileceğini beyan edebilir. Maddenin ikinci cümlesinde ise, birinci cümledekinden farklı bir beyan düzenlenmiştir. İkinci

⁷⁴ Bkz, dn. 40.

⁷⁵ *Report on the Work of the Special Commission* (dn.42) ,1430.

⁷⁶ Zürih kantonunun mahkeme teşkilatına dair kanununun 23. maddesi uyarınca istinabe talebini yerine getirmek zorunda olan tek hâkimli mahkemelerde, hâkimin bir engelinin olması durumunda acele işlemleri zabıt kâtibi gerçekleştirebilir. Bkz. Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, 13.6.1976 (SG 211.1); bkz. <www.zhlex.zh.ch/internet/zhlex/de/search.htm>.

⁷⁷ BÜLOW/ BÖCKSTIEGEL/GEIMER/SCHÜTZE, (dn.1), AI 3a sf. 370.3.

ci cümlede öngörülen beyanda bulunan devlet, birinci cümlede öngörülmuş olan beyandan farklı olarak istinabe talebinde bulunan yabancı adlî makam mensuplarının istinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında hazır bulunmasına yaptığı beyanla baştan izin vermiş sayılmaz. İkinci cümlede düzenlenmiş olan beyanı yapan devlet bu beyanıyla sadece, yetkili makamlarından önceden izin alınması halinde istinabe eden yabancı adlî makam mensuplarının istinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında hazır bulunmasına izin verilebileceğini açıklamış olur.

Sözleşmenin 8. maddesi uyarınca istinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında hazır bulunabilecek yabancı yargı mensuplarının içinde en başta yabancı ülkedeki davayı gören hâkimi anlamak gerekir. İstinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında hazır olan yabancı yargı mensubunun (hâkimin), yetkilerinin neler olduğuna ilişkin bir düzenleme ise sözleşmede yer almamaktadır. Sözleşmenin kuruluş aşamasında yapılmış çalışmalara ilişkin raporlardan, 8. madde hükmü ile yabancı hâkime tanınan hakkın istinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında hazır olmasından ibaret olduğu, sözleşme kurucularının bu hâkime delil ikamesi işlemine aktif olarak katılıp doğrudan soru sorma hakkını tanımak istememiş oldukları anlaşılmaktadır⁷⁸

Sözleşmenin 8. maddesi hükmünün, istinabe talebinde bulunan yabancı hâkime video konferans yoluyla istinabe talebinin yerine getiri-

⁷⁸ Sözleşmenin kuruluş çalışmaları sırasında İtalyan delegesi, yabancı hâkimin soru sormasının egemenlik hakkına ilişkin sorunlar yaratacağını belirtmiş, İngiltere delegesi de sözleşmenin Fransızca metninde geçen 'assister' terimiyle, aktif bir katılım mı yoksa pasif bir katılımın mı ifade edilmek istendiğinin anlayamadığını belirtmiştir. Bunun üzerine, İsviçre delegesi olan *MARKEES*, sözleşmenin Fransızca metninde geçen 'assister' teriminin hazır bulunmak dışında hiçbir anlamının olmadığını açıklamıştır, *Actes et documents de la Onzième session*, Tome IV, 141.

1978 yılında sözleşmenin işleyişi hakkında yapılmış olan toplantıda da, zaman zaman yabancı hâkimlerin, katıldıkları delil ikamesi işlemlerine sadece katılmak değil, bunlarda aktif olarak rol oynamak istediklerini ancak sözleşmenin bu hakkı tanımadığı, yabancı hâkimin aktif katılımının sadece istinabe edilen ülke makamının yabancı hâkime böyle bir hakkı da ayrıca tanınması halinde mümkün olduğu belirtilmiştir; *Report on the Work Of The Special Commission*, (dn. 42),1430.

lişini izleme hakkını tanıyıp tanımadığı sorusu da akla gelebilir. Hiç kuşkusuz 8. madde hükmü, sözleşmenin müzakere edildiği 1960'lı yıllarda, ileride bir gün video konferans yoluyla da yabancı hâkimin istinabe talebinin yerine getirilişini izleme olanağı bulacağı ihtimali düşünülerek düzenlenmiş değildir. Yine de bu madde hükmüne dayanarak, yabancı hâkimin video konferans yoluyla istinabe edilen ülkedeki delil ikamesi işlemlerinde hazır olabileceği kabul edilmelidir⁷⁹.

Türkiye'nin istinabe talebinde bulunan yabancı adlî makam mensuplarına Türk mahkemelerince istinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında hazır olma hakkını tanıyacağına ilişkin bir beyanı bulunmamaktadır. Oysa kanaatimizce sözleşmeye katılırken 8. maddenin 2. cümlesine uygun olarak bir beyanda bulunulmasının ülkemizin menfaatleri ile çelişen herhangi bir yönü yoktur. Bu beyan 8. maddenin ikinci fıkrası uyarınca yapılacağı için yabancı hâkimin hazır bulunması konusunda her bir istinabe talebinin yerine getirilmesinden önce yabancı makam izin alma mecburiyetinde olacağı, bu konuda izin verip vermeme hakkı da Türk makamlarına ait olduğundan, bu uygulama ülke makamlarımızın kontrolü altında olacaktır. Kaldı ki, yabancı makamların istinabe taleplerinin yerine getirilmesi sırasında yabancı hâkimlerin hazır bulunması Türk hukuk uygulamasına da yabancı bir durum değildir. Gerçekten de hukuk davaları bakımından pek olmasa da yabancı ülkelerde görülmekte olan ceza davaları bakımından bu uygulamaya zaten imkân tanınmaktadır⁸⁰.

Türk mahkemelerinin istinabe ettiği yabancı adlî makam sözleşmenin 8. maddesinde öngörülen beyanda bulunmuş olan bir âkit devlet makamı olduğunda, istinabe talebinin bu yabancı makam tarafından yerine getirilmesi sırasında Türk hâkiminin de hazır bulunması mümkündür. Her ne kadar çok masraflı ve zaman alıcı olduğundan⁸¹ yabancı ülkede gerçekleştirilen delil ikamesi sırasında Türk hâkiminin orada hazır bulunması pek de cazip görünmeyen bir imkân olsa

79 Bu yönde MEIER, (11), 171

80 Bu konu hakkında Adalet Bakanlığının açıklaması için bkz. «www.adalet.gov.tr/ulus/ek11.htm».

81 Sözleşmenin işleyişi hakkında 1978 yılında yapılmış toplantıda da, uygulamada bu yola sık başvurulmadığı belirtilmiştir. *Report on the Work Of The Special Commission*, (dn. 42), 1430.

da, öyle davalar olabilir ki, gerek maddî değeri gerekse de kamuoyunda taşıdığı önemi nedeniyle hâkimin istinabe talebinin yerine getirileceği yabancı mahkemeye gidip delil hakkında doğrudan fikir edinmesinin yararları, hâkimin yurt dışına gitmesinin doğuracağı masraf ve zaman kaybına kıyasla çok daha fazla olabilir. İşte böyle bir durumda da Türk hâkiminin yabancı ülke makamlarının istinabe talebini yerine getirirken orada hazır olma imkânından yararlanması gerekir.

d. Uygulanacak Hukuk

aa. İstinabe Talebinin Yerine Getirilmesinde Uygulanacak Hukuk

Sözleşme, usul hukuku alanında lex-foi'nin uygulanacağı yolundaki genel prensibe uygun olarak, istinabe talebinin yerine getirilmesinde, istinabe olunan ülkenin usul hukukunun (lex-foi) uygulanmasını öngörmüştür. Ne var ki, istinabe olunan devletin usul hukukunun uygulanması, esas davayı gören mahkemenin usul hukukunun öngördüğü ve bir delilinin dikkate alınabilmesi için uyulmasını şart koştuğu usullere uyulmamasına neden olur. Bu da kimi zaman istinabe yoluyla elde edilmiş delillerin, davayı gören mahkeme tarafından delil olarak değerlendirilememesi sonucunu doğurur⁸². Gerçekten de, bazen bir delilin özellikle de tanık ifadelerinin davada bir ispat aracı olarak dikkate alınabilmesi, tanığın dinlenmesinde ve sorgulama tutanaklarında belirli usul kurallarına uyulmuş olmasına bağlı tutulmaktadır. Söz gelimi, ABD hukuku uyarınca tanık beyanlarının delil olarak dikkate alınabilmesi, tanığın her söylediğinin aynen kelime kelime tutanağa geçirilmiş olmasına bağlıdır. Halbuki, hukukumuz uyarınca tanık beyanları, hâkim tarafından özetlendiği şekliyle tutanağa kaydedilir. Bu durumda, Türk usul hukuku uyarınca tutanağa geçirilmiş tanık beyanlarının, ABD'de görülmekte olan bir davada delil olarak değerlendirilmesinde sorunlar⁸³ yaşanabilecektir⁸⁴. Delillerin istinabe yo-

82 SMIT, (dn.16), 31.

83 Bu yönde, SMIT, (dn.10),1058.

84 ABD mevzuatında yapılan değişiklik ile artık bugün yabancı ülkelere istinabe yoluyla elde edilmiş tanık ifadelerinin sadece kelime kelime aynen yazılmamış olmaları gerekçesi ile reddedilmemektedir; *Report of the Special Commission*, (dn. 21), 63.

luyla elde edilmesinden sonra bu delillerin ikamesinde belirli usul kurallarına uyulmamış olduğu gerekçesi ile davayı gören mahkeme tarafından değerlendirilmemesinin, delillerin elde edilmesi amacıyla boşuna gerçekleştirilmiş istinabe için gereksiz yere harcanmış para ve iş gücü anlamına geleceği açıktır⁸⁵.

İşte, bu tür sorunların ortaya çıkmaması, istinabe talebinde bulunan mahkemelerin görmekte oldukları davada ispat aracı olarak kullanabilecekleri delillerin elde edilebilmesi için⁸⁶, istinabe talebinin yerine getirilmesinde lex-fori'nin uygulanacağı kuralına sözleşmede bir istisna getirilmiştir⁸⁷. Bu istisnanın öngörüldüğü 9. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, istinabe eden makam özel bir usule uyulmasını talep edebilir. Böyle bir durumda istinabe olunan makam da bu talebi yerine getirmek zorundadır; meğerki aynı hükümde sayılan kaçınma nedenlerinden birine sığınma imkânı olsun. İstinabe olunan makamın uyulması talep edilen özel usulü uygulamaktan kaçınma imkânı şu iki halde mevcuttur:

- a) Uyulması talep edilen özel usulün, istinabe olunan devletin iç hukuku ile bağdaşmaması;
- b) istinabe olunan devletin mahallî uygulama ve usulleri veya pratik güçlükler nedeniyle uyulması talep edilen özel usulün tatbikinin imkânsız olması.

1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Sözleşmenin 14. maddesi de istinabe eden devletin özel bir usule uyulmasını talep etmesi halinde istinabe olunan devletin buna uyması zorunluluğunu getirmiştir. 1954 tarihli Sözleşme uyarınca bu zorunluluk sadece uyulması talep olunan özel usulün istinabe olunan devletin mevzuatına⁸⁸ aykırı olması du-

85 *Report of the Special Commission*, (dn.21), 62.

86 Sözleşmenin bu amacı hakkındaki açıklama için bkz. yukarıda dn.21 civarı.

87 PFEIL-KAMMERER, (dn.61), 306-307.

88 Sözleşmenin 14. maddesinin Türkçe tercümesinde 'mevzuat' yerine 'kanun' kelimesi kullanılmıştır. Sözleşmenin esas alınması gereken İngilizce ve Fransızca metinlerinde ise, 'legislation' kelimesi kullanılmıştır. Sözleşmenin 14. maddesinin anlamından da, 'legislation' teriminin sadece kanunları değil, tüm mevzuatı kapsar şekilde kullanılmış olduğu sonucuna varılmalıdır. Bkz. Black's Law Dictionary, 17th Edition, St. Paul, Minn,1999; DUMEY R. / PLASA W., *Dictionnaire Juridique*, Paris, 1982. .

rumunda kalkar. Ele almakta olduğumuz 1970 tarihli sözleşme ise, istinabe eden makamın talep ettiği özel usule uyma zorunluluğunu, bu usulün istinabe olunan devletin iç hukuku⁸⁹ ile bağdaşmamasının yanı sıra, mahallî uygulamalar ve pratik güçlükler nedeniyle uygulanmasının imkânsız olması durumunda da kaldırmıştır. Görülüyor ki, 1970 tarihli sözleşme istinabe olunan makama, istinabe talebinde uygulanması istenen özel usulün tatbikinden kaçınma konusunda 1954 tarihli sözleşmeye kıyasla daha geniş bir imkân tanımaktadır⁹⁰.

İstinabe eden makamın uygulanmasını talep ettiği özel usulün tatbikinden kaçınma nedenlerinden ilkinin teşkil eden "istinabe olunan ülkenin iç hukuku ile bağdaşmama", yemine ilişkin bir örnek üzerinden düşünülmüşdür⁹¹. Bu örnekte, istinabe eden makam istinabe olunan yabancı adlî makamın sorgulayacağı kişiden dinî inançları üzerine yemin almasını talep etmekte, buna karşın istinabe olunan makamın tâbi olduğu hukuk uyarınca yeminler dinî inançlar üzerine verilmediği gibi ifadesi alınan ilgili de dinî inançları üzerine yemin vermek istememektedir. Bu durumda istinabe olunan makam, dinî inançlar üzerine verilen yemin kendi hukukunda öngörülmediğinden, ilgiliyi böyle bir yemin vermeye zorlayamayacaktır. Hareket noktası olan bu örnekteki gibi bir durumla karşılaşılması halinde, istinabe olunan makam, uygulanması talep edilen özel usulün ülkesinin iç hukuku ile bağdaşmadığı gerçeği ile bunun tatbikinden kaçınabilir.

1970 tarihli sözleşme ile yeni getirilmiş olan ikinci kaçınma nedeni

⁸⁹ 1954 tarihli sözleşmenin 14. maddesinin 2. fıkrası hükmü ile 1970 tarihli sözleşmesinin 9. maddesinin ikinci fıkrası hükmü birbirine benzemekle birlikte, aralarında önemli bir fark bulunmaktadır. 1954 tarihli Lahey Sözleşmesinin 14. maddesinin 2. fıkrasında istinabe edilen devletin *mevzuatına aykırı* olmama (*ne soit pas contraire á la législation*) şeklinde ifade edilmiş olan kaçınma sebebi, 1970 tarihli Lahey Sözleşmesinin 9. maddesinin istinabe edilen devlet *hukuku ile bağdaşmaması* (*ne soit incompatible avec la loi*) şeklinde ifade edilmiştir. 1970 tarihli sözleşmede kullanılmış olan '*...hukuku ile bağdaşmama...*' ifadesi 1954 tarihli sözleşmede kullanılan '*...mevzuatına aykırı olma*' teriminden daha farklı, geniş bir anlam ifade etmektedir; bkz. Report of the Special Commission, (dn. 21), 62.

⁹⁰ NAGEL /GOTTWALD (dn. 52), 429.

⁹¹ BÜLOW/BÖCKSTIEGEL/GEIMER/SCHÜTZE, (dn. 1), AI, 1a., s. 100.19; PFEIL-KAMMERER, (dn.61), 307, dpn. 9.

ise, fazlasıyla yoruma açık bir şekilde düzenlenmiş olup, istinabe olunan devletlerin bu kaçınma nedenini geniş yorumlayıp, uygulanması talep edilen özel usulü tatbik etme zorunluluğundan kolay yoldan sıyrılmalarına fırsat verebilecek niteliktedir. Halbuki sözleşmenin amacı, davayı gören mahkeme tarafından delil olarak değerlendirilebilecek ispat vasıtalarının elde edilmesidir⁹². Bunun için de davayı gören mahkemenin uygulanmasını talep ettiği özel usullerin mümkün olduğunca tatbiki gerekmektedir. İşte bu nedenle, sözleşmenin istinabe olunan devlete tanıdığı bu ikinci kaçınma imkânı mümkün olduğunca dar yorumlanmalıdır. Hükümde geçen uyulması talep edilen özel usulün uygulanmasının 'imkânsız' olması ile ifade edilmek istenen, sadece uygulanması talep edilen özel usulün istinabe olunan makamlara yabancı olması değildir. Nitekim, uygulanması talep edilen usulün istinabe olunan makamlara yabancı olması nedeniyledir ki, bu usul özel bir usul olarak anılmaktadır.

İstinabe eden devletin sözleşmenin 9/2. maddesi çerçevesinde uyulmasını talep edebileceği özel usullere örnek olarak ABD hukukunda yer alan iki usulü ele alalım. ABD'de tanık sorgulamaları, çapraz sorgulama⁹³ usulüyle gerçekleştirilir; ayrıca sorgulanan tanıkların ifadesi aynen kelime kelime tutanağa kaydedilir. Sözleşmenin 9/2. maddesi istinabe eden makama kendi özel usulünün uygulanmasını talep imkânını tanıdığından, ABD'den gelen bir istinabe talebinin tanıkların çapraz sorgulama usulüne göre sorgulanması ile sorgulanan tanıkların sorgulama sırasında sarf ettikleri her kelimenin aynen tutanağa geçirilmesi talebini içermesi mümkündür. Evvelâ şunu belirteyim ki, ABD 1954 tarihi Hukuk Usulü Hakkında Sözleşmeye taraf olmadığından, Türkiye'nin 1970 tarihli sözleşmeye taraf olmasına kadar ABD'den gelen istinabe taleplerini yerine getiren Türk makamlarının bu istinabe talebinde yer alan özel bir usule uyulması istekleri-

92 *Report of the Special Commission*, (dn. 21), 62.

93 Anglo-Amerikan hukuklarında yer alan çapraz sorgulama usulünde, tanıkları dava tarafları sorgular. Önce tanık gösteren taraf tanığı sorgular; ardından karşı taraf sorgular (cross examination). Bundan sonra yine tanığı göstermiş olan taraf tanığı sorgular (recross examination), bunu da yine karşı tarafın sorgulaması izler; COESTER-WALTJEN Dagmar, *Internationales Beweisrecht*, 1983, Ebelsbach, 1983, s. 304, Nr. 402.; TERCAN Erdal, *Medenî Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı*, Ankara, 2001, 56.

ni yerine getirme zorunluluğu yoktur. Çünkü ABD ile Türkiye arasında, istinabe eden devletin kendi özel usullerinin uygulanmasını talep edebileceğini, istinabe olunan ülkenin de buna uyması gerektiğini düzenleyen bir sözleşme bulunmamaktadır. Bu nedenle, Türkiye'nin 1970 tarihli Sözleşmeye taraf olmasına kadar ABD'den gelen istinabe taleplerinde yer alan özel bir usule uyulması isteğini yerine getirme konusunda akdî bir yükümlülüğü bulunmamaktadır^{93a}. Üzerinde durulması gereken soru, Türkiye'nin 1970 tarihli sözleşmeye taraf olmasından sonra ABD makamlarının sözleşmenin 9/2. maddesi çerçevesinde istinabe talebinde bulunurken uyulmasını istedikleri özel usullerin Türk makamları tarafından ne ölçüde yerine getirileceği, sözleşmenin yine aynı maddesinde yer alan kaçınma nedenlerine dayanarak bu usullerin tatbikinden kaçınılıp kaçınılamayacağıdır.

Çapraz sorgulama usulü HUMK'muzda öngörülmemiştir; ancak CMUK md. 232'de ABD'de uygulanan çapraz sorgulamaya benzer⁹⁴ bir sistem öngörülmüştür. Tıpkı CMUK md. 232'de olduğu gibi, Alman Ceza Usul Kanununun 239. maddesinde de çapraz sorgulamaya benzer bir usul öngörülmüştür⁹⁵. Almanya'nın ele almakta olduğumuz 1970 tarihli sözleşmeye taraf olması nedeniyle, ABD'den gelen ve sorgulamanın çapraz sorgulama usulüne uyularak gerçekleştirilmesi isteğini içeren istinabe taleplerinin, md. 9/2 gereğince bu özel isteğe uyularak gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği konusu Alman doktrininde tartışılmaktadır. Alman doktrinindeki bir görüşe⁹⁶ göre Al-

^{93a} Aksi yönde EKŞİ, (dn. 12), 368.

⁹⁴ "232. madde ile CMUK Anglosakson hukukundaki karşılıklı soru sorma (cross-examination) sistemini de kabul edilmiştir"; KUNTER/YENİSEY, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, I. Kitap, 12. Bası, İstanbul 2002, 578'den naklen.

⁹⁵ Alman ceza usul kanununun 239. maddesinde yer alan çapraz sorgulama sisteminin Anglo-Amerikan hukuklarının etkisinde kalınarak öngörülmüş olduğu, doktrinde belirtilmektedir; SCHÖCH Heinz, *Kommentar zur Strafprozessordnung*, Band 2, Neuwied, Krißtel, Berlin, Luchterhand Verlag, 1993, §. 239, Nr. 2; TREIER Gerhard, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982, § 239, Nr. 1.

⁹⁶ PFEIL-KAMMERER, (dn. 61), 310; STEIN/ JONAS/ BERGER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. Auflage, Band 4, Tübingen, 1999, Anhang zu § 363 A Art.9, Nr. 72.

man Ceza Usul Kanununun 239. maddesinde çapraz sorgulamaya benzer bir usul öngörülmüş olduğundan, çapraz sorgulama yapılması yönündeki talebin yerine getirilmesi gerekmektedir. Buna karşın diğer bir görüşe⁹⁷ göre çapraz sorgulama yapılması yönündeki talepler yerine getirilmemelidir; çünkü Alman ceza usul hukukunun öngördüğü, ABD hukukundaki çapraz sorgulamanın çok yumuşatılmış şekli olup, ABD hukukunun öngördüğü çapraz sorgulama usulü Alman hukuku ile bağdaşmaz. Nihayet bizim de katıldığımız Alman doktrinindeki üçüncü görüş⁹⁸ ise, istinabe talebinin ABD hukukunun tanıdığı çapraz sorgulama usulüne göre yerine getirilip getirilmemesi konusuna temkinli yaklaşmaktadır. Bu görüşün Alman hukuku bakımından ileri sürdükleri Türk hukuku bakımından da aynen ileri sürülebilir. Buna göre, her ne kadar CMUK'un 232. maddesi ile Anglo-Amerikan hukuklarında yer alan çapraz sorgulama usulü yumuşatılmış şekilde usul hukukumuzda girmişse de, Türk hâkiminden Anglo-Amerikan usul hukuku uyarınca yürütülen çapraz sorgulama sırasında nasıl bir tutum alacağını, hangi durumlarda müdahale etmesi gerektiğini, hangi soruların sorulmasına izin vermemesi gerektiğini bilmesi beklenemez. Öte yandan Anglo-Amerikan çapraz sorgulama usulüyle tanıkları sorgulayan avukatların tutumu da hukuk anlayışımıza ters düşmektedir. Gerçekten de, Anglo-Amerikan hukuklarında tanıkların sorgulanması işi avukatların icra ettikleri '*sanat*' olarak tanımlanmakta, bir avukatın çapraz sorgulamada yönelttiği iğneleyici ve ezici sorularla⁹⁹ karşı tarafın elindeki delilleri çürütebilme kabiliyetinin onun profesyonelliğinin, yeteneklerinin ve sanatının gerçek ölçütü olduğu, karşı tarafın lehine ifade vermiş olan tanığın, avukat tarafından yöneltilen sorulardan sonra vermiş olduğu bu ifadeden şüpheye düşmüş, yılgın ve mahcup hale getirilmesinin avukatın mahare-

97 MUSIELAK,(dn. 23), § 363 Anh I Art. 9 Nr. 1; BLASCHCZOK, (dn.45), 140 vd.. İsviçre doktrini için bkz. MEIER, (dn.11) 176.

98 STÜRNER, Rechtshilfe nach dem Haager Beweisübereinkommen für Common - Law Länder, JZ (1981), 524.

99 Çapraz sorgulamanın açılış soruları karşı tarafın kendine güvenini sarsmaya yönelik olmalı, sonraki sorular tanığın baştaki ifadesindeki bazı yönlerin yanlış olduğunu kabul etmesine yönelik olmalı, en sonunda sorulması gereken sorunun da 've siz halâ iddia ediyorsunuz ki...' şeklinde başlayıp, tanığın yılgın, mahcup ve kararsız olması sağlanmalıdır; O'HARE & HILL, *Civil Litigation*, 10th Edition, 2001, Nr. 37.013.

tinin göstergesi olduğu belirtilmektedir¹⁰⁰. Halbuki, hukuk anlayışımız uyarınca avukatlar tanıkları sözle veya eylemle de olsa küçük düşüremez, onları beğendikleri veya beğenmedikleri yönünde bildirimde bulunamaz. Aksi yöndeki davranış avukatın duruşma salonundan dışarı çıkarılmasına ve HUMK'un 70 ve 150. maddeleri gereğince işlem yapılmasına neden olur. Tüm bu sebeplerle Anglo-Amerikan hukuklarındaki çapraz sorgulama usulünün gereği gibi uygulanmasının pratik güçlükler nedeniyle mümkün olmadığı, gereği gibi uygulansa dahi hukukumuzla bağdaşmadığı, bu sebeple ABD makamlarının istinabe taleplerinde çapraz sorgulama usulüne uyulmasını istediklerinde sözleşmenin 9/2. maddesinde yer alan kaçınma nedenlerine dayanarak bu isteğin yerine getirilmeyeceği rahatlıkla savunulabilir. Ne var ki, bu konuda karar verirken sözleşmenin amacı gözden uzak tutulmamalıdır. Sözleşmenin giriş bölümünde de belirtildiği üzere, sözleşmenin amacı âkit devletlerin (özellikle kara avrupası hukuk sistemine sahip ülkelerle Anglo-Amerikan hukuk sistemine sahip ülkelerin) delil temini konusunda kullandıkları farklı metotların uyumlaştırılması olup, bunun sonucunda yabancı ülkelerde bulunan delillerin davayı gören mahkeme tarafından kullanılabilir şekilde teminidir. Delilin davayı gören mahkeme tarafından kullanılabilir şekilde temini ise, istinabe sırasında esas davayı gören mahkemenin usullerinin olabildiğince tatbiki ile mümkün olur. Bu nedenle çapraz sorgulamaya Türk usul hukuku anlayışı ile bağdaşabildiği noktaya kadar izin verilmeli, özellikle tanıkların korunmasının gerektiği durumlarda ise, Anglo-Amerikan hukuku uyarınca gerçekleştirilen çapraz sorgulama usulüne hâkim tarafından müdahale edilmelidir. Başka bir deyişle çapraz sorgulama usulünün uygulanmasına esas olarak izin verilmeli ancak Türk hukuk anlayışı ile uyumlaştırılmalıdır.

Çapraz sorgulama usulü uygulanarak taraf vekillerinin de tanıklara soru sorabileceğini böylece belirledikten sonra, taraf vekillerinin Türk vatandaşı değil de yabancı olması halinde bu sorgulamayı yapabilir yapamayacağı sorunu üzerinde durulmalıdır. İlke olarak Türk mahkemeleri huzurunda dava taraflarını temsil edebilecek olanlar, avukatlık yapma hakkına sahip olan kimselerdir. Avukatlık Kanunu avukatlık yapma hakkını sadece Türk vatandaşlarına tanımıştır (Av. K. md. 3). Ancak sözleşmenin 7. maddesi, dava tarafları ile vekillerine de

¹⁰⁰ O'HARE & HILL (dn.99), Nr. 37.013.

istinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında hazır olma hakkını tanımıştır. Bu hazır bulunma hakkının aynı zamanda tanıklara soru yöneltme hakkını da içerdiği kabul edilmektedir. Türkiye sözleşmeye taraf olduğunda, sözleşme hükümleri çerçevesinde istinabe olunan Türk mahkemelerinin istinabe talebini yerine getirdikleri sırada yabancı avukatların da hazır bulunup soru yöneltme haklarının bulunduğu kabul edilecektir.

Yine Anglo-Amerikan hukuk sistemini kabul etmiş olan ülkelere gelen istinabe taleplerinde, şahit, bilirkişi ve taraflara ait sorgulama tutanaklarının bu kişilerin ifadelerinin kelime kelime aynen yer alacak şekilde tutulması, istenebilir¹⁰¹. Kanaatimizce Türkiye'nin sözleşmeye taraf olması durumunda bu yöndeki taleplerin yerine getirilmesi zorunludur. Evvela burada çapraz sorgulamanın aksine yabancı hukuk hakkında özel bilgi sahibi olunmasını gerektiren bir durum olmadığı gibi, zabtı tutacak kişi bakımından da katlanılmaz ciddi bir zorluğun çıkması söz konusu değildir. Kaldı ki, her ne kadar ülkemizde tarafların, tanık ve bilirkişi gibi kimselerin ifadeleri tutanağa hâkim tarafından özet olarak yazdırılıyor olsa da, HUMK'un 151/4. maddesi hâkimin izin vermesi durumunda iki tarafın veya vekillerinin ifadelerini tutanağa imlâ suretiyle yazdırmalarına olanak tanımaktadır. Bu hüküm karşısında da bilirkişi, taraf, tanık gibi kişilerin ifadelerinin aynen yazılmasının hukukumuzla bağdaşmayacak bir yönü bulunmamaktadır. Ülkemizde olduğu gibi tutanaklara ilgililerin ifadelerinin özetle yazıldığı Almanya ve İsviçre'nin doktrininde de yabancı ülkelere gelen ifade tutanaklarının kelime kelime yazılması taleplerinin yerine getirilmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir¹⁰².

101 Bu şekilde tutulmamış tutanakların da ABD'de dikkate alınabilme olanağı hakkında bkz. *Report of the Special Commission*, (dn.21), 63.

102 Alman doktrini için bkz. STEIN/ JONAS/ BERGER, (dn.96), Anhang zu § 363 A Art 9, 72; MUSIELAK, (dn.23) §. 363 Anh I, Art. 9, Nr.1; PFEIL-KAMMERER, (dn.61), 332.

İsviçre için bkz., MEIER, (dn.11), 181.

bb. Tanıklıktan Kaçınma Hakkı Konusunda Uygulanacak Hukuk

Aksini öngören milletlerarası bir sözleşmenin bulunmadığı durumlarda, istinabe talebi istinabe olunan ülkenin hukuku uyarınca yerine getirileceğinden, tanıkların tanıklıktan kaçınma hakkı olup olmadığı da sadece bu hukuk uyarınca belirlenir. Ele almakta olduğumuz sözleşmenin 11. maddesi ise bu konudaki genel kuraldan ayrılmaktadır. Bu madde uyarınca tanıklıktan kaçınma hakkı konusunda hem istinabe olunan devlet hem de istinabe eden devlet hukukları birlikte uygulanır. Başka bir deyişle, tanık bu iki devlet hukukundan biri uyarınca tanıklıktan kaçınma hakkına sahipse bunu ileri sürüp tanıklıktan kaçınabilir. Böylece sözleşme tanığa, istinabe eden veya istinabe olunan ülke hukuklarından birini seçme hakkını tanıyarak, tanıklıktan kaçınma konusunda kendi menfaatine uygun olan hukukun¹⁰³ uygulanmasını sağlama yoluna gitmiştir.

Burada hemen şunu da belirtelim ki, tanığın kaçınma hakkını kullanması sonucunda tanıklık yapmaması nedeniyle istinabe talebinin yerine getirilememesi, aşağıda ele alacağımız istinabe talebinin reddinden farklı bir durumdur. İstinabe talebinin reddinde, istinabe olunan ülkenin merkezî makamı başka bir âkit devletten gelen istinabe talebini inceledikten sonra bir ret sebebinin mevcut olduğu sonucuna varırsa, bu talebi ülkesi içindeki yetkili adlî makamlara hiç iletmeden doğrudan istinabe eden merkezî makam ile temasa geçerek, ret sebebini bildirir. Halbuki, bir tanığın tanıklıktan kaçınma hakkını kullanması halinde, istinabe olunan ülkenin merkezî makamı âkit devletten gelen istinabe talebini uygun görüp, yerine getirilmek üzere ülkesindeki yetkili adlî makamlara göndermiştir. Tanık ise mahkemeye tanıklıktan kaçınma nedenini açıklamış, kaçınma nedeninin yerinde görülmesi sebebiyle sorgulanamamıştır. Görülüyor ki, burada âkit devletten gelen istinabe talebi reddedilmemiştir; yerine getirilen diğer istinabe taleplerinde işletilen usule uyulmuş, ancak tanığın kaçınma hakkını kullanması nedeniyle sorgulaması gerçekleştirilememiştir.

cc. Tazyik Vasıtaları Hakkında Uygulanacak Hukuk

Sözleşmenin 10. maddesi uyarınca, istinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında istinabe olunan ülke makamları kendi hukuklarında

¹⁰³ NAGEL/GOTTWALD,(dn.52), 431.

öngörülen münasip tazyik vasıtlarını uygular. Görülüyor ki, istinabe talebinin yerine getirilebilmesi için gereğini yerine getirmeyen ilgili-ler hakkında tazyik vasıtalarının uygulanıp uygulanamayacağı ve hangi tazyik vasıtlarının uygulanabileceği konusunda istinabe olunan ülke hukuku uyarınca karar verilecektir.

Buna göre, ülkemizin sözleşmeye taraf olması durumunda yabancı bir ülkede görülmekte olan bir dava için Türkiye’de bulunan delillerin elde edilmesi talebiyle Türk mahkemeleri istinabe edildiğinde, mahkemelerimiz sadece Türk hukukunun tanıdığı tazyik vasıtalarına başvuracaklardır. Söz gelimi, yabancı ülkede görülmekte olan bir dava için Türkiye’de bulunan ‘*dava taraflarından birinin*’ istinabe yoluyla Türk mahkemeleri tarafından isticvap edilmesi istendiğinde, söz konusu dava tarafı kendisine yapılan davete uyup mahkemeye gelmezse, istinabe eden ülke hukuku uyarınca mümkün¹⁰⁴ olsa dahi bu dava tarafı hakkında Türkiye’de herhangi bir tazyik vasıtasının uygulanması söz konusu olmaz. Çünkü usul hukukumuz uyarınca isticvap davetine uymayan taraflar hakkında sadece usulî yaptırımlar uygulanabilir; diğer maddî tazyik vasıtaları uygulanmaz. Buna karşın Türk mahkemelerinden istinabe yoluyla dinlenmesi talep edilen kişinin dava tarafı değil de bir tanık olması durumunda, davete uymayan tanık hakkında HUMK’un 253. maddesi uyarınca tazyik vasıtaları uygulanıp, tanığın zorla getirilmesine ve para cezasına çarptırılmasına karar verilmesi mümkündür.

Sözleşmenin 10. maddesinin önemi HUMK’un hükümleri incelendiğinde açık şekilde ortaya çıkar. HUMK’un davete uymayan tanık hakkında uygulanabilecek tazyik vasıtalarına ilişkin 253. maddesi sadece Türkiye’de görülmekte olan davalar hakkında uygulama alanı bulabilir¹⁰⁵. Nitekim, HUMK’ta yabancı ülkelere gelen istinabe taleplerinin yerine getirilmesi durumunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin 10. maddesinde yer alan hüküm

¹⁰⁴ ABD hukuku uyarınca kendilerine yapılan davete uymayan dava tarafları hakkında da maddî tazyik vasıtası uygulanması mümkündür. Bkz. Federal Rules of Civil Procedure Rule 37 (b) (2) (A).

¹⁰⁵ Aynı yönde AKCAN Recep, *Medeni Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması*, Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, 932.

düzenlenmemiş olsaydı, Türkiye sözleşmeye taraf olduğunda dahi, yabancı makamların istinabe suretiyle dinlenmesini talep ettikleri bir tanık Türk mahkemelerinin davetine uymadığında, bu tanık hakkında herhangi bir yaptırım uygulanamazdı. Çünkü ceza hukukumuzun bir prensibi suç ve cezanın kanuna dayanmasıdır. Kanunlarımızda yabancı mahkemelerden gelen istinabe taleplerinin yerine getirilmesine ilişkin bir hüküm bulunmadığına göre, böyle bir istinabe talebine dayanarak delil ikame etmesi istenen kimsenin, kendisine yapılmış olan davete uymaması kanunla düzenlenmiş bir suç olmayıp, hakkında tazyik vasıtası uygulanamaz¹⁰⁶.

4. İstinabe Talebinin Reddedileceği Haller

a. Genel Olarak

Sözleşmeye taraf olan devletler, kural olarak, bir âkit devletten gelen istinabe talebini yerine getirmek zorundadır. İstinabe talebinin yerine getirilmesinin reddi ise sadece sözleşmede öngörülmüş olan belirli hallerde mümkündür. İstinabe talebinin sözleşmede öngörülme-yen nedenlerle reddi ise, sözleşmenin ihlalini oluşturur. Sözleşmede öngörülmüş olan istinabe talebinin ret sebepleri çeşitlidir. Yukarıda merkezî makamın görevlerini belirlerken, istinabe olunan ülkenin merkezî makamlarının âkit devletlerden gelen istinabe taleplerinde incelemesi gerekenler olarak listelemiş olduğumuz^{106a} hususlardan her biri aynı zamanda aranan şartlara uygun olmamaları halinde istinabe talebinin reddine ilişkin birer sebep teşkil eder.

İstinabe talebinin reddi sebeplerini üç ana gruba ayırarak ele almak mümkündür. Birinci grupta yer alanlar, istinabe talebinin içerik ve şekil bakımından sözleşmede aranan şartlara uygun olmamasından kaynaklanan ret sebepleridir. Bunlar; istinabe talebinin hukukî veya ticarî bir konuya ilişkin olmaması (md.1), istinabe talebinde bulunan makamın adlî bir makam olmaması (md.1), istinabe evrakının sözleş-

¹⁰⁶ Aynı sonuca Alman ve İsviçre hukukları bakımından da varılmaktadır. Almanya içi bkz. GEIMER/GEIMER/GEIMER,(dn. 23), 747, Nr. 2445. İsviçre için bkz. MEIER, (dn.11), 184.

^{106a} Bkz. dpn. 69 civarı.

menin 3. maddesinde yer alan kayıtları içermemesi, istinabe evrakının kaleme alındığı dilin sözleşmede öngörülen dil olmaması (md.4) ve uyulması talep edilen özel usulün uygulanmasının çok güç veya mümkün olmamasıdır (md.9). Bu gerekçelerle istinabe talebinin reddedilebilmesi için aranan şartları yukarıda açıklamış olduğumuz için bunları burada tekrar ele almıyoruz.

İstinabe talebinin reddi sebeplerinden ikinci grupta yer alanlar, sadece sözleşmede izin verilmiş olan çekinceleri koymuş olan ülkelerin merkezî makamlarının dikkate alabilecekleri ret sebepleridir. Bunlardan istinabe talebinin dili konusundaki çekinceye dayanan ret sebebi yukarıda ele alınmıştı (md.4). Sözleşmenin 23. maddesinde izin verilen çekinceye dayanan ret sebebinin ise sözleşme için taşıdığı önem nedeniyle aşağıda ayrı bir alt başlık altında ele alacağız.

Üçüncü grupta yer alan istinabe talebinin reddi sebepleri ise, istinabe olunan ülkenin yargı yetkisi ile egemenlik hakkı konusundaki anlayışına bağlı olarak dayanılabilecek ret sebepleridir. Sözleşmenin 12. maddesinde düzenlenmiş olan bu ret sebepleri:

- a) istinabe talebinin yerine getirilmesinin istinabe olunan ülkenin adli makamlarının yetkileri dahilinde olmaması ile
- b) istinabe talebinin yerine getirilmesinin, istinabe olunan ülkenin egemenliğine veya güvenliğine zarar vermesi ihtimalinin bulunmasıdır.

Bu iki ret sebebi 1954 tarihli Hukuk Usulüne dair Sözleşmede de aynen yer almaktadır (md. 11). 1954 tarihli sözleşmede üçüncü bir ret sebebi olarak yer alan ‘*istinabe evrakının sahteliği*’ ise uygulamada o güne dek böyle bir durumla hiç karşılaşılmamış¹⁰⁷ olması nedeniyle gereksiz görülüp¹⁰⁸ 1970 tarihli sözleşmeye alınmamıştır.

b. 12. Maddede Öngörölmüş Ret Sebepleri

Yukarıda, sözleşmede öngörölmüş ret sebeplerini üç ana gruba ayırmıştık. 12. maddede düzenlenmiş olan ret sebeplerinin de istinabe

107 BÜLOW / BÖCKSTIEGEL / GEIMER / SCHÜTZE, (dn.1), A I 1a 100-17.

108 *Denkschrift*, (dn.55), 55.

olunan ülkenin yargı yetkisi ile egemenlik hakkı konusundaki anlayışı ile ilgili olan üçüncü grubu oluşturduğunu belirtmiştik. Bu maddede düzenlenmiş iki ret sebebinden birincisi, istinabe talebinin yerine getirilmesinin istinabe olunan ülkenin adlî makamlarının yetkileri dahilinde olmamasıdır. Sözleşmenin 12. maddesinin a bendinde düzenlenen bu ret sebebinin uygulama alanı bulacağı başlıca durum, istinabe olunan ülke mahkemelerinin yargı yetkisinin bulunmaması durumudur. Söz gelimi, bir âkit devletten gelen istinabe talebinde Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesinin 44. maddesi uyarınca kabul eden devlet mahkemesinde tanıklık yapma mükellefiyetinde olmayan bir diplomatik misyon üyesinin ifadesinin alınması veya misyon faaliyetlerinde kullanılan binalarda keşif yapılması istendiğinde bu istinabe talebi sözleşmenin 12. maddesinin a bendi anlamında adlî makamların yetkisi dahilinde olmayan bir işe ilişkin olduğu gerekçesi ile reddedilir. Benzer şekilde henüz dokunulmazlığı kaldırılmamış bir milletvekilinin sorgulanması talep edildiğinde de sözleşmenin 12. maddesinin a bendi anlamında bir ret sebebi bulunur.

Sözleşmenin 12. maddesinin b bendinde ise, istinabe talebinin yerine getirilmesinin istinabe olunan ülkenin egemenliğini veya güvenliğini zarara uğratma ihtimalinin bulunması durumunda talebin reddedilebileceği düzenlenmiştir. Esasen bu madde sözleşmenin '*kamu düzeni*' hükmünü içermektedir¹⁰⁹. Ancak sözleşmenin bir ret sebebi olarak düzenlediği bu kamu düzeni hükmünün uygulama alanı sınırlıdır. Bu sınırlı kamu düzeni maddesi uyarınca bir istinabe talebinin reddi, sadece bu talebin yerine getirilmesi halinde istinabe olunan ülkenin egemenlik haklarının veya güvenliğinin zarara uğraması ihtimalinin bulunması halinde mümkündür. Bu sınırlı kamu düzeni hükmüne dayanarak reddedilebilecek delil temini taleplerine örnek olarak¹¹⁰, isti-

¹⁰⁹ HÜLSEN Hans Viggo, *Kanadische und Europäische Reaktionen auf die US 'pre-trial discovery'*, *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)* (1982), 550.

¹¹⁰ Sözleşmenin 12 maddesinin b bendi ile ilgili olarak Alman ve İsviçre doktrinlerinde tartışıldığını gördüğümüz konulardan biri de, ABD'de görülmekte olup da bu ülkede rekabet hukuku, ile tüketicinin korunması alanlarında karşılaşılan ve sonucunda cezaî nitelikteki tazminatların (punitive damages) ve özellikle uğranılan zararın üç katı kadar tazminat ödenmesine hükmedilmesi mümkün olan davalar için istinabe talebinde bulunulması durumunda, bu talebin sözleşmenin 12.maddesinin b bendi uyarınca reddinin mümkün olup olmadığıdır. Kanaatimizce Rekabet Kanunumuzdaki düzenle-

nabe olunan ülkenin askerî güvenliğini ilgilendiren bir konuda keşif yapılması veya bir siyasî sığınmacı hakkında kişisel bilgi edinmek amacıyla sorgulama yapılması talepleri gösterilebilir¹¹¹.

12. maddenin ikinci fıkrasında istinabe talebinin yerine getirilmesinin reddi sebepleri daha da sınırlanmıştır. Esasen bu hüküm hangi gerekçelerle 12. maddenin b fıkrasına sığınıp istinabe talebinin yerine getirilmesinden kaçılmayacağını düzenlemektedir. Buna göre, istinabe olunan ülke mahkemelerinin ihtilaf hakkında münhasır yetkiye sahip olması veya istinabe olunan ülke hukuku uyarınca ihtilafın dava konusu edilemez olması, istinabe talebinin reddi nedenini oluşturmaz.

c. 23. Maddede Öngörölmüş Ret Sebebi: Pre-Trial Discovery

aa. Genel Olarak

Sözleşmenin 23. maddesi, “*Âkit devletlerden her biri, imza, onay veya katılım anında common law ülkelerinde ‘pre-trial discovery of documents*¹¹²’ ismiyle bilinen usule yönelik istinabe taleplerini yerine getir-

me karşısında bu sorunun ülkemiz bakımından Almanya ve İsviçre’de tartışıldığı zeminde tartışılmasına gerek kalmamaktadır. Gerçekten de Amerikan hukukundan esinlenerek düzenlenmiş olan Rekabet Kanunumuzun 58/2. maddesi uyarınca hâkim, zarar görenin talebi üzerine uğranılan zararın ya da zarara sebep olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kazancın üç katı kadar tazminata hükmedebilir.

111 MEIER, (dn.11), 200.

112 Sözleşmenin Türkçe tercümesinde “*pre-trial discovery of documents*” terimi “*belgelerin duruşma öncesi ortaya çıkarılması*” şeklinde tercüme edilmiştir. İçeriği *hukuk anlayışımızla tamamen yabancı olduğu için tercümesi mümkün olmayan bu terimin İngilizce kullanılması kanaatimizce daha yerindedir. Nitekim, Sözleşmenin Fransızca metninde de bu terim İngilizce kullanılmıştır. Sözleşmenin Almanca tercümelerinde de bu terim aynı şekilde İngilizce kullanılmıştır.*

Alman doktrininde de bu terim, tercümesinin doğru anlamı ifade etmeyeceği gerekçesi ile genellikle İngilizce kullanılmaktadır. Hatta JUNKER, *pre-trial discovery* konusuna ilişkin kapsamlı kitabında, bu terimi Almanca’ya çevirmeye çalışan yazarların tercümelerini eleştirerek, bu terimin tercüme edilemez olduğunu göstermiştir; JUNKER Abbo, (dn.9), s. 41.

*meyeceğini beyan edebilir*¹¹³” hükmünü içermektedir.

Her ne kadar söz konusu madde hükmünde ‘...*common law hukuk sistemine* sahip ülkelerde pre-trial discovery olarak adlandırılan usul...’ ifadesi yer almaktaysa da, bu maddede yer alan istinabe talebini ret sebebi, pre-trial discovery’nin ABD’deki uygulanış biçimine karşı bir önlem olarak düzenlenmiştir¹¹⁴. Bu nedenle burada pre-trial discovery hakkında yapacağımız açıklamalar da bu usulün diğer common-law hukuk sistemine sahip ülkelerde değil, sadece ABD’deki uygulanış biçimine ilişkindir.

Kısaca ‘*discovery*’ olarak da adlandırılan ‘*pre-trial discovery*’ dava taraflarının ihtilaf ile ilgili delilleri temin etmek için uyguladıkları usul ve bu usulün uygulanmasına ayrılmış dava safhasıdır. Pre-trial discovery safhası, dava dilekçelerinin verilmesinden sonra başlayan ve yargılama safhasına (trial) kadar devam eden bir dava safhasıdır. Görülüyor ki, pre-trial discovery safhası dava açılmadan önceki bir safha değildir. Bu nedenle, Türkiye’nin 23. maddede izin verilen çekince-

¹¹³ Madde hükmünün tercümesinde sözleşmenin Fransızca metni ile Almanca tercümesi dikkate alınmıştır.

¹¹⁴ Sözleşmeye pre-trial discovery ile ilgili bir maddenin konmasına önyak olan kişi, bir common law ülkesi olan İngiltere’nin delegesiydi. Buna karşın kara avrupası devleti delegelerinin çoğu, hükümde geçen pre-trial discovery sözünün ne anlama geldiğini dahi anlayamamıştı; çünkü sözleşmenin hazırlandığı tarihlerde kara avrupası devletleri ile ABD arasında delil teminine ilişkin bir sorun henüz ortaya çıkmamıştı. Hiç kuşku yok ki, İngiliz delege kendi eliyle kendi ülkesinin istinabe taleplerinin yerine getirilmemesine neden olacak bir madde hükmünü sözleşmeye koymayı amaçlamamıştı. Ancak İngiliz delegenin diğer kara avrupası delegelerinden bir farkı vardı, o da, daha o tarihte ülkesinin ABD’de pre-trial discovery usulünün nasıl işlediği ile ilgili tecrübesinin olmasıydı. İşte, İngiliz delege bu tecrübeye dayanarak, ABD’den gelen sınır tanımaksızın bilgi isteğini içeren istinabe taleplerinin yerine getirilmesi zorunluluğunun önüne set çekmeyi amaçlamış, bu nedenle de sözleşmeye bu yönde bir maddenin konmasına önyak olmuştur. Madde hükmünde izin verilen çekince ile uygulanması engellenmek istenenin sadece pre-trial discovery’nin ABD’deki uygulanış biçimi olduğu, sözleşmeye taraf olan tüm diğer common-law ülkelerinin hükümde öngörülen çekinceyi koymuş olmalarından da anlaşılır. Gerçekten de sözleşmeye taraf olan devletlerden sadece; A.B.D., Çek Cumhuriyeti, Slovak Cumhuriyeti, İsrail ve Barbados bu çekinceyi koymamışlardır.

ye ilişkin beyanının Türkçesinde yer alan: “ Türkiye Cumhuriyeti... common law ülkelerinde tanınan bir usul olan belgelerin *dava öncesi* ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla yönelik istinabe taleplerini yerine getirmeyeceğini beyan eder ” cümlesinde geçen ‘*dava öncesi*’ ifadesi **yanlıştır**¹¹⁵.

Pre-trial discovery safhasının özelliği, bu safhada taraf vekillerinin kendilerine tanınmış geniş yetkileri kullanarak dava ile ilgili ihtiyaç duyacaklarını düşündükleri tüm bilgi ve bilgi kaynaklarına¹¹⁶ ulaşmalarındır. Bunu yaparken de, taraf vekilleri, hâkimin neredeyse hiç katılımı olmaksızın tamamen kendi başlarına gerçekleştirdikleri; keşif (entry upon land and other property), dava tarafları ve tanıkların sorgulanması (depositions), dokümanların ibrazı (production of documents), soru belgesi gönderilmesi (written interrogatories) ve ikrara davet yöntemlerine¹¹⁷ başvurular. Pre-trial discovery safhasında taraf vekilleri bir yandan ihtilaf ile ilgili bilgileri edinmeye çalışırken diğer yandan da ellerindeki bilginin tümünü diğer tarafa aktarmak (*disclosures*)¹¹⁸; hatta bununla da kalmayıp ellerinde olmayan bilgileri de diğer tarafın isteği doğrultusunda araştırıp bulmakla yükümlüdür. Türk hukukundaki, taraflardan hiç birinin, hasmının davayı kazanması bakımından kendi aleyhine, hasmının lehine olan delilleri göstermekle yükümlü tutulamayacağı ilkesi¹¹⁹ ABD usul hukukunda geçerli olmadığından, pre-trial discovery safhasında bilgi değiştirme

115 Sözleşmenin Türkçe tercüme metninin 23. maddesinde kullanılan ‘*duruşma öncesi*’ ifadesi daha yerindedir.

116 Her delil hâkim için bir bilgi kaynağıdır. Buna karşın her bilgi kaynağı başlıbaşına bir delil olma özelliğine sahip değildir; GAFNER Max, *Die Parteibefragung*, Bern, 1919, 156; TERCAN, (dn.93), 123.

117 Pre-trial discovery safhasında dava ile ilgili bilgi edinmek için kullanılan metotlardan biri de tıbbî inceleme (*physical and mental examinations*) metodudur. Ancak diğer metotlardan farklı olarak bu metoda başvurulabilmesi hâkimin bu konuda karar vermesine bağlıdır.

118 Disclosure sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. LORENZ Stephan, *Die Neuregelung der pre-trial discovery im US-amerikanischen Zivilprozessrecht- Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozeß?*, ZJP (1998), 51-53

119 Hukukumuzda senetler bakımından bu ilkenin istisnası öngörülmüştür (HUMK’un 326).

mecburiyeti bakımından bilginin, bilgiyi verme mecburiyetinde olan tarafın aleyhine olması da herhangi bir rol oynamaz.

bb. "Delil Avı" (*Fishing Expedition*)

Yukarıda, pre-trial discovery sırasında tarafların kendi aleyhlerine dahi olsa ihtilaf ile ilgili tüm bilgileri karşı tarafa aktarmak zorunda olduğundan söz ettik. Aynı şekilde üçüncü kişiler de dava ile ilgili tüm bilgileri dava taraflarına vermek zorundadırlar. Pre-trial discovery'nin konumuzla ilgili önemli özelliği de işte burada yatmaktadır. Bu usulün uygulanması sırasında elde edilen bilgi ve bilgi kaynaklarının kapsamı çok geniştir. Discovery'de tarafların elde ettiği sadece ihtilaf- la ilgili olan ve mahkeme huzurunda kullanacakları delillerden ibaret değildir. Taraf vekilleri ihtiyaç duyacaklarını düşündükleri her türlü bilginin verilmesini ilgililerden isteyebilirler. Bu bilginin ihtilaf- la doğrudan ilgili olması, mahkeme huzurunda kullanılacak olması da gerekmez. Bilginin trial safhasında kullanılacak bilgiye ulaşılmasını sağlayacak olmasının "makul" görünmesi yeterlidir.

Dava açıldıktan sonra taraflara böylesine geniş bilgi edinme imkânı tanınmış olmasının bir sonucu olarak da ABD'de pek çok dava, vakıalar hakkında yeterli bilgi sahibi olmaksızın¹²⁰, discovery safhasında talebi haklı kılacak bir unsurun bulunacağı ümidiyle açılmaktadır¹²¹. Dava vekillerinin ihtilaf- la ilgili isteyebildikleri bilginin sınırı pek bulunmadığından, discovery'de zaman zaman kamyon dolusu dosyanın gönderilmek zorunda kalındığı belirtilmektedir. Kuşkusuz tüm bu bilgiler içinden dava konusu talebin dayandırıldığı iddianın dayandırıl-

¹²⁰ Türk hukukunda olduğunun aksine ABD hukukunda dava dilekçeleri tespit edici, sınırlayıcı bir niteliğe sahip değildir. ABD usul hukukunda dilekçenin vakıaları dermeyan etme, delilleri belirtme gibi bir işlevi bulunmamaktadır. ABD hukukunda dava dilekçesinin işlevi, davalıya kendisi aleyhine dava açıldığını bildirmekten ibarettir (*notice-pleading*); TRITTMANN, (dn.29), 69; JUNKER, (dn.9), 100-101.

ABD hukukunda dava dilekçesi örnekleri için bkz. F.R.C.P., Bölüm XII, Appendix of Forms.

¹²¹ "Many actions are instituted on the basis of a hope that discovery will reveal a claim" ; RIFKIND, Are We Asking Too Much of Our Courts? 70 Federal Rules Decissions 96, 107 (1976), JUNKER, (dn.9),102'den naklen.

masını sağlayacak vakıaların bulunması mümkündür. ABD usul hukuku uyarınca dilekçede iddianın dayanağı olan bütün vakıaların belirtilmesine gerek olmayıp ihtilafın sadece ana hatlarıyla belirtilmesinin yeterli olması da buna imkân tanımaktadır. Başka bir deyişle, ABD hukukunda üçüncü kişiden veya hasımdan istenen bilgiler vakıaların ispatına yönelik olabileceği gibi bu vakıaların öğrenilmesine de yönelik olabilir. Bu nedenle, discovery sırasında avukatların elde ettikleri tüm bu bilgi kaynaklarının içinden iddialarını kanıtlayacak bir delil bulma umuduyla hareket etmeleri denizde rasgele balık avlamaya benzetilerek, discovery faaliyeti, 'balık avına çıkma' şeklinde tercüme edebileceğimiz '*fishing expedition*' sözleriyle anılmaya başlanmıştır. Hiç kuşkusuz, pre-trial discovery safhasında söz konusu olan av balık avı değil, delil avıdır!

ABD usul hukuku uyarınca avukatların gerçekleştirdikleri bu delil avında, dava tarafları da üçüncü kişiler de ABD usul hukukundaki sınırlı kaçınma nedenlerinden birine sığınma imkânı bulamadıkları sürece taraf vekillerinin talep ettikleri bu bilgileri vermek mecburiyetindedirler; aksi halde haklarında cezaî ve usulî yaptırımlar uygulanır. Tanıkların ABD dışında bulunmaları halindeyse bu cezaî ve usulî yaptırımlar ancak sınırlı hallerde uygulanabilmektedir. Bu nedenle, yurt dışında bulunan tanıkların serbest iradeleri ile bilgi vermeye yanaşmamaları durumunda, taraf vekilleri kendi başlarına onlardan bilgi edinemez ve istinabe yoluna başvurmak zorunda kalırlar. İstinabe yolunun işletilebilmesi için de bunu isteyen taraf vekili gerekli işlemlerin yapılması için ABD hâkimine başvurur¹²². İşte, sözleşmeye 23. maddenin konmasına neden olan sorun da bu noktada karşımıza çıkmaktadır.

Taraf vekilleri istinabe için yabancı makamlara başvurulması isteği ile ABD hâkimine başvurduğunda, bu hâkim hazırladığı istinabe talebinde elde edilecek bilgi ve bilgi kaynaklarının genişliği konusunda ABD usul hukukunun delil avı anlayışını aynen sergileyebilmekte, istinabe ettiği yabancı makamdan dava ile ilgili olma ihtimali bulunan

¹²² ABD hukuku (28 United States Code §.1781 (b)(2)) uyarınca hâkim, istinabe talebini düzenlemeye ve hatta bunu doğrudan ilgili yabancı mahkemeye göndermeye yetkilidir; MOORE JAMES W. M., Moore's Federal Practice, Matthew Bender & Co. Inc., Volume 6, 1997, Release No: 115, September 1997, s. 28-15, 28-18.

her türlü delili temin etmesini talep edebilmektedir. Bu duruma tipik örnek olarak gösterilen **Westinghouse Davasında**^{122a}, bir uranyum kartelinin kurulmuş olup olmadığının belirlenebilmesi için ABD yargıcı yapmış olduğu istinabe başvurusunda 73 paragraftan oluşan ve her biri, “... ve bununla ilgili her türlü yazışma...” sözleriyle sona eren taleplerinin yanısıra, Rio Tinto Zinc isimli şirketin uranyum, toryum ve diğer maden cevheri sevkıyatına ilişkin sözleşme, niyet mektubu, araştırma, fiyat teklifi ve faturaların tümünün fotokopisini talep etmiştir. Aynı davada ABD’li yargıç Kanada makamlarına göndermiş olduğu istinabe talebine ekli protokolde: ‘*Bu malzemenin davada ne ölçüde kullanılabileceğine dair herhangi bir fikrim yok, ama ne de olsa burada iyi avukatlarım var*’ şeklinde görüş bildirerek, delil avına çıkmış avukatların isteklerini nasıl da istinabe talebi ile doğrudan yabancı makamlara aktarmakta olduğunu, en açık şekliyle ifade etmiştir.

Westinghouse davasında yapılmış olan istinabe talebinin de gösterdiği üzere, ABD’den gelen istinabe taleplerinde genel ve soyut ifadelerle dava konusuna ilişkin olabilecek her türlü delilin temininin talep edilmesi mümkündür¹²³. Böyle belirsiz ve genel ifadelerle dayanarak karşı taraftan veya üçüncü kişilerden ellerindeki dava konusu ile ilgili olan senetleri ibraz etmelerinin istenmesi usul hukuku anlayışımızla bağdaşmaz¹²⁴. Evvela hukukumuz uyarınca taraflar iddialarının

122a Rio Tinto Zinc Corporation v. Westinghouse Electric Corporations, The Weekly Law Reports, January 20 1978, Volume 2, 81 vd.

123 Dokümanların gösterilmesi (production of documents) metoduna başvurulduğunda mahkemeler, ‘**boilerplate phrases**’ şeklinde tanımlanan kalıp ifadelerle tarafların ‘*any and all documents referring to, relating to, or consisting of...*’ şeklinde kullandıkları kalıplarlarda bir aykırılık görmemekte, böylece bir hukukî ilişkiye istinad eden, onunla ilgili olan veya bu hukukî ilişki-den doğan tüm belgelerin gösterilmesi talep edilebilmektedir; JUNKER,(dn.9), 281.

124 Bu aykırılığın doğurduğu yasak, Alman hukuk dilinde ‘*Verbot des Ausforschungsbeweises*’ şeklinde ifade edilmektedir. Bu terimi Türk hukuk doktrininde Yıldırım, ‘delil araştırma yasağı’ şeklinde tercüme etmiştir; . Bkz. YILDIRIM, (dn.24), 238. Ausforschungsbeweis hakkında bilgi için ayrıca bkz. DEREN-YILDIRIM Nevhis, *Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar*, Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, 822-823.

dayanağı olan bütün vakıaları dava dilekçesinde dermeyan etmelidirler. Bu nedenle, karşı taraftan veya üçüncü kişiden talep edilecek deliller sadece halihazırda iddia edilmiş vakıaların ispatına yönelik olabilir; davanın dayanağı olan vakıaları öğrenmeye yönelik deliller talep edilemez¹²⁵. Nitekim, hâkim ancak "iki tarafın iddiaları hududu dâhilinde olmak üzere" delil ibrazını emredebilir. Buna göre, hâkimin delil ibrazını emredebilmesi için, usulüne uygun olarak yargılamaya aksettirilmiş hususlar içinde söz konusu delile işâret eden dayanak noktalarının bulunması gerekir¹²⁶. Gerçekten de usul hukukumuz uyarınca karşı taraftan veya üçüncü kişiden bir belgenin ibrazını talep eden taraf, bu belgenin içeriğini ve neyi ispat edeceğini açıkça belirtmelidir. Bunun üzerine hâkimin de ilgili taraf veya üçüncü kişiden bu belgeyi ibraz etmesini talep etmesi için, bu belgenin davanın ispatı bakımından gerekli olduğu sonucuna varmış olması gerekmektedir¹²⁷.

Başka bir deyişle, Türk hakimi yukarıda Westinghouse davasında sözünü ettiğimiz ABD hakiminden farklı olarak, talep edilen delilin davada nasıl kullanılacağını bilmeden bir delilin ibrazını emredemez. Hukukumuzda talep edilen belgelerin içeriğinin ayrıntılı olarak açıklanması mecburiyetinin bir nedeninin de, ilgililerin ticarî sırlarının belgeleri talep eden tarafça öğrenilmesinin engellenmesi olduğu doktrinde belirtilmektedir¹²⁸. Benzer şekilde ABD usul hukuku anlayışına uygun olarak gerçekleştirilecek istinabe taleplerine karşı çekince koyulmasına ön ayak olan İngiltere delegeşi de, ABD usul hukuku anlayışı uyarınca yapılan istinabe taleplerinin sanayii casusluğuna yol açabilecek olmasından söz etmiştir¹²⁹.

cc. 23. Madde Hükmü Nasıl Yorumlanmalı?

Görülüyor ki, madde hükmünün getiriliş amacı, pre-trial discovery'nin ABD'deki uygulanış biçiminin imkân verdiği 'delil avı' (fishing ex-

125 DEREN-YILDIRIM, (dn.124), 822.

126 ALANGOYA Yavuz, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 3. Bası, İstanbul 2003, 316.

127 PEKCANITEZ, Hakan, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara 2000, 338.

128 PEKCANITEZ, (127) 338.

129 Actes et documents de la Onzième session, Tome IV, 157.

poditions) için yapılan sanayii casusluğuna dahi neden olabilecek istinabe taleplerinin reddi imkânını sağlamaktır. Ne var ki, madde sözleşmenin anlaşılması en güç, nasıl yorumlanması gerektiği konusunda hakkında en çok tartışılan hükmünü içermektedir¹³⁰. Bütün bu sorunlar da maddenin kötü düzenlenmiş olmasından¹³¹ kaynaklanmaktadır¹³².

Maddenin doğurduğu bunca fikir ayrılığı, hükümde geçen '*pre-trial discovery on documents*' sözlerinin ne şekilde yorumlanması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Bu ifadede sadece belgelerden söz edilmektedir. Halbuki yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, *pre-trial discovery* safhasında taraf vekillerinin bilgi kaynaklarına ulaşmak için kullandıkları tek metot belgelerin ibrazı (*production of documents*) değildir; bu safhada tanıkların dinlenmesi (*depositions*) dahil pek çok farklı metot kullanılarak bilgi kaynaklarına ulaşılması mümkündür; başka bir deyişle İngiliz hukukundan farklı olarak ABD hukukunda, '*discovery of documents*' şeklinde ayrı bir usul tanınmamaktadır¹³³.

İşte, madde hükmünde geçen '*pre-trial discovery on documents*' ifadesinin ortaya çıkardığı sorun da, bu ifadenin *pre-trial discovery* safhasında bilgi kaynaklarına ulaşılmasını sağlayan metotlardan sadece biri olan belgelerin ibrazına (*production of documents*) mı ilişkin olduğu, yoksa tanıkların sorgulanması (*depositions*) dahil *discovery* metotlarının tümünü mü, kapsamakta olduğudur. Her ne kadar madde hükmünün lafzı, sadece belgelerin ibrazına ilişkin bir sınırlama getirilmiş olduğu düşüncesini uyandırır da, maddenin bu şekilde yorumlanması aşağıda açıklayacağımız çelişkilerin ortaya çıkmasına neden olacaktır.

¹³⁰ NAFZIGER, *Another Look at the Hague Evidence Convention After Aérospatiale*, Texas International Law Journal [2003], Vol. 38, 108.

¹³¹ Nitekim, 1978 yılında sözleşmenin işleyişi konusunda müzakerede bulunmak üzere toplanan özel komisyonun eksperleri de bu toplantıda, sözleşmenin 23. maddesinin yetersiz düzenlenmiş olduğunu, pek çok yanlış anlamaya sebebiyet verdiğini belirtmişlerdir; *Report on the Work of the Special Commission*, (dn.42), 1428.

¹³² Kullanılan sözcükler ve cümle kuruluşu bakımından 1970 tarihli Delillere ilişkin Sözleşmenin genelde yetersiz düzenlenmiş olduğu konusunda bkz. NAFZIGER, (dn. 130), 105.

¹³³ MORSE, (dn.16), 167.

23. maddenin lafzı incelendiğinde, hükmün bir bakımdan çok geniş diğer bakımdan da çok dar anlama gelecek şekilde düzenlenmiş olduğu görülür. Düzenleme bir bakımdan çok geniştir; çünkü ABD’de görülmekte ve henüz pre-trial discovery safhasında olan bir dava için bu ülke mahkemelerince yapılan ve belgelerin incelenmesi isteğini içeren istinabe talepleri, 23. maddede izin verilen çekinceyi koymuş olan devlet makamlarınca doğrudan reddedilebilir. 23. maddenin lafzından, ABD’de görülmekte olan davanın pre-trial discovery safhasında olmasının, bir belgenin incelenmesi isteğinin reddi için yeterli olduğu sonucu çıkmaktadır. Madde hükmünün lafzı uyarınca istinabe talebinin reddi bakımından, istinabe talebinin ‘delil avı’ niteliğinde olup olmadığının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. ABD mahkemelerinde görülmekte olan davanın pre-trial discovery safhasında bulunması, talebin reddi bakımından yeterlidir. Oysa, ABD mahkemelerinden gelen her istinabe talebinin ‘delil avı’ niteliğine sahip olması gerekmez, hukuk anlayışımıza uygun olarak, somutlaştırılmış belirli bir belgenin incelenmesi de talep edilmiş olabilir. Nitekim, ABD mahkemeleri son yıllarda, yabancı ülkelere gönderdikleri istinabe taleplerinin o ülkenin hukuk anlayışına uygun şekilde düzenlenmesine özen göstermektedirler. Ne var ki, madde hükmünün lafzına göre hareket edilecek olursa, hukuk anlayışımızla bağdaşmayacak herhangi bir yönü bulunmasa da, sözleşmeye taraf olduğumuzda pre-trial discovery safhasındaki dava için yapılan istinabe talepleri reddedilebilecektir. Bu noktada hemen şunu da belirtelim ki, ABD usul hukuku uyarınca delillerin temini işlemi trial safhasına geçilmeden önce, pre-trial discovery safhasında tamamlanmış olmak zorundadır. Bu nedenle, bu ülkeden gelen istinabe taleplerinin hemen hepsi sadece, pre-trial discovery’yi gerçekleştirme amacına yönelik olacaktır. Bu haliyle madde hükmünün lafzı, açık çelişki içinde olan uygulamalara neden olmaktadır. Gerçekten de belirli bir belgenin incelenmesine ilişkin talep, pre-trial discovery safhasında olan bir dava için ABD’den geldiğinde, bu talep çekinceyi koymuş olan devletlerde 23.maddenin lafzına dayanarak reddedilebilecekken, aynı talep bir kara avrupası ülkesinden, söz gelimi Almanya’dan geldiğinde bu talep yerine getirilecektir. Sözleşmenin uygulamasında ortaya çıkacak böyle çelişkilerin engellenmesi için, madde hükmünün lafzının esas alınmaması, hükmün getiriliş amacı dikkate alınarak yorum yapılması mecburidir.

Yukarıda madde hükmünün lafzının bir bakımdan da çok dar olduğunu belirtmiştik. Madde hükmünün lafzı dardır; çünkü ABD usul hu-

kukunun bilgi edinme metotlarından sadece birine, dokümanların incelenmesi metoduna sınırlama getirilmiştir; buna karşın diğer metotların, söz gelimi pre-trial discovery safhası için tanıkların dinlenmesi isteğini içeren istinabe taleplerinin yerine getirilmesi hakkında herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bu da 23. maddede izin verilmiş çekincenin kolay yoldan dolanılmasına neden olmaktadır. Gerçekten de, ABD doktrininde 23. maddede izin verilmiş çekince nedeniyle talep edilemeyen dokümanlar hakkında tanıklara soru sorma yolunun açık olduğu, böylece dokümanlar hakkında sözlü yoldan bilgi edinilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir¹³⁴. Delil avını önleme amacıyla konmuş çekince tanık sorgulanması yolu ile dolanılabildikten sonra, bu çekincenin ne anlamı kalmaktadır?

Doktrinde savunulan bir görüş¹³⁵, çekincenin lafzına göre yorumlanıp ABD'den gelen dokümanların incelenmesine ilişkin taleplerin çekince nedeniyle doğrudan reddedilmesi gerektiği yönündedir. Alman uygulamasında da **Siemens davasında** bu yönde hareket edilmiştir. Alman doktrininde çok eleştirilmiş bulunan bu davada ABD makamları Lahey Sözleşmesine dayanarak Alman makamlarından istinabe talebinde bulunmuştur. Bu istinabe talebinde bazı belgelerin incelenmesi ve tanıkların sorgulanması isteği yer almaktaydı. Alman mahkemesi, tanık sorgulaması talebini yerine getirmekle birlikte, belgelerin incelenmesi talebini, davanın ABD'de henüz pre-trial discovery safhasında olduğu gerekçesi ile sözleşmenin 23. maddesine dayanarak reddetmiştir. Bunu yaparken de, söz konusu belgelerin incelenmesi talebinin 'delil avı' amacıyla yapılmış olup olmadığını hiç dikkate almamıştır. Öyle anlaşılıyor ki, ABD'de görülmekte olan dava, pre-trial discovery safhasında değil de, yargılama (trial) safhasında olsaydı ve ABD makamları trial safhasında istinabe talebinde bulunmuş olsalardı, Alman makamları belgelerin incelenmesine ilişkin talebi yerine getirecekti. Oysa, Alman mahkemelerinin burada gözden kaçırdıkları, ABD'de delil temininin sadece pre-trial safhasında mümkün olduğu, yargılama safhasına gelindiğinde ise artık delil temini işi ile ilgilenil-

¹³⁴ GERBER, Extraterritorial Discovery and the Conflict of Procedural Systems, Germany and the United States, The American Journal of Comparative Law (1986), 783.

¹³⁵ LOWENFELD Andreas, *Discovery Verfahren und internationale Rechtshilfe*, IPRax (1984), 53.

mediği idi. ¹³⁶.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe^{136a} göre ise, 23. maddede izin verilen çekinceye dayanarak sadece soyut, genel ifadelerle talep edilen delil temini isteklerinin yerine getirilmesi reddedilebilir. Madde hükmü konuluş gayesinden hareket edilerek yorumlanmalı ve buna göre de ABD'den gelen bir istinabe talebinin yerine getirilmesi sadece 'delil avı' amacına yönelikse reddedilmelidir. İstinabe talebinin amacı delil avıysa artık, sadece belgelerin incelenmesine ilişkin talepler değil, tanıkların dinlenmesi dahil her türlü delilin teminine ilişkin talep reddedilmelidir. Buna karşın delil avı niteliği taşımayan istinabe talebi bir belgenin incelenmesine ilişkin olsa dahi yerine getirilmelidir. Hükmü bu şekilde yorumlayınca, neden tüm delilleri içerecek şekilde sadece "pre-trial discovery" değil de maddenin kapsamını daraltıyormuş izlenimi uyandıran "pre-trial discovery on documents" ifadesinin kullanılmış olduğu sorusu akla gelebilir. Bu soruya verilebilecek tek cevap, madde hükmünün düzenlenmesine önyak olan kimsenin İngiliz olup, yaptığı bu düzenlemede İngiliz hukukunun terimlerini kullanmış olduğudur¹³⁷. Gerçektende istisnalar dışında İngiltere'de discovery gerçekleştirmenin tek metodu, dokümanların ibrazıdır. Bu nedenle de ABD'de pre-trial of discovery olarak adlandırılan usul, İngiliz hukukunda "discovery of documents" olarak adlandırılmaktadır¹³⁸. ABD'de ise kapsadığı tüm usulleri ile pre-trial discovery bir bütündür; pre-trial discovery on documents ayırımı ABD'de tanınmamaktadır.

dd. Çekince İle Beraber Yapılan Yorum Beyanı

Yukarıda kısaca ele aldığımız 23. maddeye ilişkin tartışmalardan açıkça görülüyor ki, madde hükmü yetersiz düzenlenmiş olup, ne şe-

¹³⁶ HERMANN David, *Die Anerkennung US- amerikanischer Urteile in Deutschland unter Berücksichtigung des ordre public*, Frankfurt 2000, 194.

^{136a} JUNKER, (dn. 9), 295 vd., MEIER, (dn. 11), 141 vd..

¹³⁷ Discovery terimi ile discovery on documents terimi İngiliz hukukunda eş anlamlıdır; JUNKER, (dn.9), 298.

¹³⁸ Gerçekten de nasıl ki ABD usul hukuku kitaplarında "Pre-Trial Discovery" veya aynı anlama gelmek üzere "Discovery" başlığı altında bir ayrı bölüm bulunuyorsa, İngiliz usul hukuku kitaplarında da "Discovery on Documents" başlıklı ayrı bir bölüm bulunmaktadır; diğerleri yerine bkz.GOULDING Simon, *Odgers on Civil Court Actions*, 24. Edition, London 1996, 277 vd..

kilde uygulanması gerektiği konusunda izaha muhtaçtır. İşte bu izahı kimi devlet, maddede izin verilen çekinceyi koyarken ekledikleri beyanda yapmaktadır. Çekinceyi koyarken böyle bir beyanı ilk yapmış olan devlet, İngiltere'dir. İngiltere'nin yaptığı beyana göre istinabe talebi:

- a) bir kişinin istinabe talebinin yapılmış olduğu dava ile ilişkili zilyetliğinde bulunan veya zilyetliğinde bulunmuş olan belgelerin hangileri olduğunu beyan etmesi,
- b) istinabe talebinde belirtilen belgelerin dışında bir kişinin zilyetliğinde bulunan veya zilyetliğinde bulunması muhtemel diğer dokümanları ibraz etmesi

talebini içeriyorsa bu talep, 23. madde anlamında 'pre-trial discovery of documents'e yönelik' bir istinabe talebidir.

Görülüyor ki, İngiltere 23. maddedeki çekinceyi koyarken yapmış olduğu bu beyan ile pre-trial discovery safhasında olan bir dava için yapılan belgelerin teminine yönelik istinabe taleplerinin hepsini değil, sadece hangisi olduğu konusunda yeterince somutluk kazandırılmamış olan belgelerin incelenmesine yönelik istinabe taleplerini yerine getirmeyeceğini beyan etmiştir. Ele almakta olduğumuz 1970 tarihli sözleşmenin 23. maddesinin yukarıda açıkladığımız üzere, ABD'den gelen diğer bir âkit devlet ülkesinde bulunan dokümanların incelenmesine yönelik istinabe taleplerinin hiç birinin karşılanmaması şeklinde yorumlanması, sözleşmenin ABD'den gelen istinabe talepleri bakımından işlevini önemli ölçüde kaybetmesi anlamına gelmektedir. ABD yetkililerinin söz konusu maddenin bu şekilde yorumlanmasından duydukları rahatsızlığı, sözleşmenin işleyişi hakkında 1978 yılında yapılmış toplantıda¹³⁹ dile getirmeleri üzerine, bu toplantının komisyonu, halihazırda sözleşmeye taraf olup da 23. maddede öngörülmüş olan çekinceyi koymuş olan âkit devletlerin bu çekincelerini geri almaları, sözleşmeye o tarihten sonra taraf olacak devletlerin bu çekinceyi hiç koymamaları; bunlar yapılamayacak olsa dahi hiç değilse, çekince koyacak devletlerin İngiltere'nin çekinceyi koyarken yapmış olduğu beyanı örnek alarak çekinceyi sadece yeterince belirlenmemiş belgelerin gösterilmesine hasredecek bir beyanla birlikte koymaları,

139 Bkz. dn.40.

halihazırda çekince koymuş olan devletlerin ise çekincelerine bu şekilde bir beyan eklemeleri temennisinde bulunmuştur¹⁴⁰. Gerçekten de bu toplantıdan sonra başka bir beyanda bulunmaksızın 23. maddede izin verilmiş çekinceyi koymuş olan devletlerden Danimarka, Finlandiya ve Hollanda çekincelerine İngiltere'ninkine benzer bir beyan eklemişlerdir. Fransa ise ancak 1987 yılında Aerospatiale kararından sonra çekincesine bu yönde bir beyan¹⁴¹ eklemiştir. Sözleşmeye sonradan taraf olan ülkelerin¹⁴² bir kısmı da 1978 tarihli toplantıda yapılan temenniye uygun biçimde, 23. maddede izin verilen çekinceyi koyarken İngiltere'ninkine benzer bir beyan eklemişlerdir.

Kanaatimizce Türkiye de sözleşmeye taraf olurken 23. maddede izin verilen çekinceyi koyduğunda buna bir de beyan eklemelidir. Bu beyanın içeriğinin belirlenmesinde, sözleşmeye 1995 tarihinde, yani sözleşme ile ilgili bütün sorunların ortaya çıkmış olduğu geç bir tarihte taraf olmuş olan İsviçre'nin beyanın da göz önünde bulundurulmasının bu beyanın sadece belgelere hasredilmemiş olması nedeniyle yerinde olacağı kanaatindeyiz. İsviçre'nin beyanı şu şekildedir:

“23. madde uyarınca İsviçre, pre-trial discovery of documents'e yönelik istinabe taleplerini:

- a) istinabe talebinin dava ile doğrudan ve mutlak bir bağlantısının olmaması
- b) istinabe talebinin bir kimseden, zilyetliğinde veya tasarrufu altında bulunan veya bulunmuş olan dava ile ilgili senetlerin hangileri olduğunun bildirmesi isteğini içermesi,
- c) istinabe talebinin bir kimseden bu talepte somut olarak belirtilmiş senetler dışında zilyetliğinde veya tasarrufu altında bulunan diğer senetlerin ibrazı isteğini içermesi,

¹⁴⁰ *Report on the Work of the Special Commission*,(dn.42),. 1428.

¹⁴¹ Fransa'nın eklemiş olduğu beyan şöyledir: “Fransız Cumhuriyetinin ‘pre-trial discovery usulünü’ konu alan 23. madde uyarınca koymuş olduğu çekince, istinabe talebinde istenilen belgelerin tüketici biçimde sayılmış ve konularının ihtilafla açık biçimde ve doğrudan bağlantılı olması halinde, uygulama alanı bulmayacaktır.”

¹⁴² Kıbrıs Rum Kesimi, Meksika ve İsviçre bu ülkelerdendir.

d) ilgililerin korunmaya değer menfaatlerini tehlikeye düşürecek olması

hallerinde reddedecektir.”

B- Diplomatik Temsilci - Konsolos veya Commissioner Vasıtasıyla Delil Temini

Sözleşmenin İkinci Kısmı, diplomatik temsilciler veya konsoloslar vasıtasıyla delil temininin yanısıra Anglo-Amerikan hukuklarına özgü bir yol olan ‘*commissioner*’ vasıtasıyla delil temini konularını düzenlemektedir. Diplomatik temsilci veya konsolos vasıtasıyla delil temini çoğu kara avrupası devletinin uyguladığı, hatta faydaları¹⁴³ nedeniy-

¹⁴³ Konsolos vasıtasıyla delil temininin faydalarının başında, delil ikamesinin konsolosu gönderen devlet hukuku, yani esas davayı gören mahkemenin hukuku uyarınca gerçekleşecek olması gelir. Böylece davanın homojenliği sağlanmış olur. Bu da özellikle delillerin birden fazla yabancı ülkede bulunması durumunda önemli rol oynar. Gerçekten de, deliller birden fazla yabancı ülkede bulunup da, bunlardan her biri istinabe yoluyla bulunduğu farklı ülkenin yetkili makamları huzurunda dermeyan edildiğinde, aynı dava için farklı farklı ülkelerin usullerine göre ikame edilmiş deliller bulunacaktır. Bu mahzurun delillerin davayı gören mahkemenin tâbi olduğu diplomatik veya konsüler temsilcisi huzurunda ikamesi yoluyla giderilmesi mümkündür; GEIMER Reinhold, *Konularische Beweisaufnahme*, Festschrift Matscher, Viyana 1993, 135,dpn. 10; PFEIL- KAMMERER, (dn.61) sf. 286, dn. 87.

Öte yandan, konsolos huzurunda gerçekleşen delil ikamesinin konsolosu gönderen devlet dilinde yapılacak olmasının da büyük yararı vardır. Söz gelimi, Türk vatandaşı olan tanığın Türk konsolosu tarafından sorgulanması sırasında kullanılan dil Türkçe olacaktır. Halbuki, yabancı devlet makamlarının istinabe edilmesi durumunda tanığın sorgulanması, yabancı makamın dilinde gerçekleştirilecektir. Bu da, tanığın yabancı dili bilmemesinden kaynaklanan sorunların doğmasına neden olabilecektir. Halbuki, tanığın konsolos tarafından dinlenmesinde aynı dili konuşmamanın getirdiği sorunlar giderilmiş olacağı gibi, tercüman tutmanın getireceği ek bir masraf da doğmayacaktır; COHN, (dn.73), 230; PFEIL-KAMMERER, (dn.61). 286; *Report of the special commission*, (dn.21), 63.

Delillere ilişkin Lahey Sözleşmesi tasarısına ilişkin açıklayıcı raporda, konsolosun gönderen devletin memuru olması nedeniyle ona duyulacak güvenin de konsolos huzurunda delil ikamesinin avantajlı yönlerinden biri olduğu belirtilmektedir; *Report of the Special Commission*, (dn.21), 63.

le istinabeden daha çok tercih¹⁴⁴ ettiği bir usuldür. Kara Avrupası ülkelerince uygulanagelen bir yol olduğu için diplomatik temsilci veya konsoloslar tarafından delil temini konusu 1905 ve 1954 tarihli Lahey sözleşmelerinde de düzenleme alanı bulmuştur. Buna karşın Kara Avrupası hukuklarına tamamen yabancı olan 'commissioner vasıtasıyla' delil temini konusu ilk defa, ele almakta olduğumuz 1970 tarihli sözleşme ile bir Lahey Sözleşmesinde düzenlenme alanı bulmuştur. Commissioner vasıtasıyla delil temini konusunda hüküm getirilmesiyle de bu sözleşmenin oluşturulmasının esas nedeni olan Anglo-Amerikan hukuk sistemine sahip ülkelerle Kara Avrupası hukuk sistemine sahip ülkeler arasında delil temini konusunda bir uyumun sağlanması amacının gerçekleştirilmesi yolunda bir adım atılmıştır. Böyle olmakla birlikte, sözleşmenin 33. maddesinde âkit devletlere ikinci bölüm hükümlerinin kısmen veya tamamen uygulanmaması yolunda çekince koyma hakkı tanınmıştır. Esasen, 33. maddede öngörülen bu çekince hükmü sözleşmenin varlık nedenini baltalayıcı niteliktedir; bununla birlikte çekinceyi âkit devletlerden çok azının¹⁴⁵ koymuş olması, Anglo-Amerikan hukukları ile kara Avrupası hukuklarının uyumlaştırılması bakımından ümit verici bir gelişmedir.

1. Diplomatik Temsilci¹⁴⁶- Konsolos Vasıtasıyla Delil Temini İmkânı

a. Genel Olarak

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, sözleşmede konsoloslar vası-

¹⁴⁴ Alman Usul Kanunu (md. 363/2) uyarınca yabancı bir ülkede bulunan delillerin temini için delilin bulunduğu ülkede ikamesi gerekiyorsa -ve bu devletin ülkesinde görevli Alman konsoloslarına kabul eden devletin delil teminine ilişkin işlemleri gerçekleştirme yetkisini tanıması halinde- delillerin öncelikle Alman konsolosu vasıtasıyla teminine çalışılmalıdır. Delilin bulunduğu yabancı ülke makamlarının istinabe edilmesi yoluna ise ancak, delilin konsolos vasıtasıyla temininin mümkün olmaması durumunda başvurulmalıdır.

¹⁴⁵ Âkit devletlerden ikinci bölüm hükümlerinin tümüyle uygulanmaması hakkında çekince koymuş olanlar, Singapur ve Arjantin'dir.

¹⁴⁶ İncelememizin bundan sonraki bölümünde hem anlatım kolaylığı sağlayabil-

tası ile de delil temini işlemlerinin gerçekleştirilebileceğine ilişkin düzenlemelerin yer alması, Lahey Sözleşmeleri açısından bir yenilik değildir. Yine de konunun düzenleniş şekli bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Önceki 1905 ve 1954 tarihli Hukuk Usulüne dair Sözleşmelerde konsolos vasıtasıyla delil temini yolunun işletilmesine izin verilmesi dahil, her konu ilgili devletler arasındaki iki taraflı sözleşme hükümlerine veya bu yolla ülkesinde delil temin edilecek devletin tutumuna bağlı bırakılmıştır (md. 15). Her iki sözleşme de aslında sadece içerdikleri istinabeye ilişkin hükümlerin, konsolos vasıtasıyla delil teminine engel olmayacağını belirtmek için konuya değinmiş ve bunun dışında bir yolla delil teminine ilişkin düzenleme getirmeye yanaşmamıştır. Ele almakta olduğumuz 1970 tarihli sözleşme ise önceki iki sözleşmeden farklı olarak konsüler yoldan delil temininin işleyişine ilişkin kurallar getirerek bu yolun hukukî rejiminin genel çerçevesini çizmektedir.

b. Konsolosun Delil Temin Etme Yetkisi

aa. Konsolosu Gönderen Devlet Bakımından

Yabancı ülkede bulunan delillerin, bu yabancı ülkede görevli diplomatik temsilci veya konsoloslar vasıtasıyla temin edilebilmesi için iki şartın bir arada gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu şartlar:

1. Konsolosu **gönderen devletin** konsolosa delil teminine ilişkin işlemleri gerçekleştirme konusunda yetki tanımış olması ve
2. konsolosu **kabul eden devletin** (yani, delillerin bulunduğu devletin) ülkesinde görevli yabancı konsolosa delil teminine ilişkin işlemleri yapma konusunda yetki tanımış olmasıdır.

Konsolosların delil teminine ilişkin işlemlerde bulunabileceğine dair milletlerarası sözleşmelerde yer alan düzenlemeler yukarıda saydığımız şartlardan sadece ikincisi hakkındadır. Başka bir deyişle, gönde-

mek hem de uygulamada delil ikamesi işlemleri çoğunlukla diplomatik temsilci huzurunda değil de, konsolos huzurunda gerçekleştiği için, diplomatik temsilci sözünü kullanmayacağız. Konsoloslar hakkında yapacağımız açıklamalar, diplomatik temsilciler hakkında da aynen geçerlidir.

ren devlet ile kabul eden devlet arasındaki milletlerarası sözleşmenin, birbirinin ülkesinde görevli bulunan konsolosların delil temini işlemleri gerçekleştirebileceğine ilişkin hükümler içermesi, konsolosun, kabul eden devlette delil temini işlemi gerçekleştirebilmesi için yeterli değildir. İki devlet arasındaki sözleşme hükmü, sadece kabul eden devletin tutumunu belirlemektedir; gönderen devletin konsolosuna bu yetkiyi tanıyıp tanımayacağı ise kendi iç hukukuna göre belirlenir. Aynı anlayış, ele almakta olduğumuz 1970 tarihli sözleşme için de geçerlidir. Gönderen devlet hukuku uyarınca delil temini konusunda yetkisi olmayan konsoloslar, sırf sözleşmenin II. Bölümünde konsolos vasıtasıyla delil teminine ilişkin düzenlemelerin getirilmiş olması nedeniyle, delil temini yetkisine sahip hale gelmezler¹⁴⁷. Buna göre, Türkiye'nin sözleşmeye taraf olması durumunda, Yargıtayın Türk diplomatik veya konsüler temsilcilerinin delil teminine ilişkin yetkisi olmadığı yönünde kanaatimizce yerindeliği şüpheli içtihadı^{147a} değişmediği sürece, âkit devletlerde görev yapmakta olan konsoloslarımız, sözleşmenin tanıdığı bu imkândan yararlanarak delil temini işlemleri gerçekleştiremeyeceklerdir.

bb. Konsolosu Kabul Eden Devlet Bakımından

Bir âkit devletin ülkesinde görevli yabancı bir konsolosun delil teminine ilişkin işlemleri yapması konusunda vereceği izne ilişkin olarak sözleşme, bu konsolos huzurunda delil ikame edecek olan kişinin vatandaşlığına göre iki ayrı düzenleme getirmiştir. Sözleşmenin 15. maddesi delil ikame edecek kişinin konsolosun tâbi olduğu devlet vatandaşı olması durumunu, 16. maddesi ise delil ikame edecek kişinin kabul eden devlet veya üçüncü devlet vatandaşı olması durumunu düzenlemektedir. Sözleşmenin 15. maddesinin birinci fıkrası uyarınca konsolosun tâbi olduğu devlet vatandaşlarının delil ikamesi işlemlerinin bu konsolos huzurunda gerçekleştirilmesine kabul eden devletin izin vermesi esastır. 15. maddenin ikinci fıkrası ise bu esastan sapmak isteyen devletlere bir beyanda bulunma hakkı tanıyarak, konso-

¹⁴⁷ AMRAM, (dn.19), 211.

^{147a} Yargıtayın bu konudaki içtihadına örnek olarak bkz. 4. HD, E. 630, K. 332, T. 25.1.1949; AD (1949), 747 vd.; 2. HD. E. 2001/2269, K. 2001/3659, T. 12.03.2001, Yarg. Kar. Derg. Mart 2002, 361.

losların delil temini işlemlerine girişebilmesini önceden alınan izne tâbi kılma olanağını getirmektedir. Delil ikame edecek kişinin kabul eden devlet veya üçüncü bir devlet vatandaşı olması halini düzenleyen 16. madde ise, 15. maddenin getirdiği esasın tam tersi olan bir hüküm içermektedir. 16. madde uyarınca esas olan, kabul eden devlet veya üçüncü devlet vatandaşlarının konsolos huzurunda delil ikame edebilmeleri için bu konuda önceden izin alınmasıdır. 16. maddenin öngördüğü bu esastan ayrılıp ülkelerinde bulunan konsolosların önceden izin almalarına gerek olmaksızın kabul eden devlet veya üçüncü devlet vatandaşlarının delil ikamesi işlemlerini gerçekleştirmelerine genel olarak müsaade etmek isteyen devletler ise, maddenin ikinci fıkrası uyarınca bu konuda bildirimde bulunabilirler.

2) Commissioner Vasıtasıyla Delil Temini

Yurt dışında bulunan delillerin temini için Anglo-Amerikan hukuklarında öngörülen yollardan biri¹⁴⁸ de, bu delillerin 'commissioner' ola-

¹⁴⁸ ABD hukuku uyarınca yurt dışında bulunan delillerin temini için çeşitli yollar bulunmaktadır. En sık başvurulmuş yollardan biri, yurt dışında bulunan tanıkların ABD'ye, davayı gören mahkeme huzuruna davet edilmesinde olduğu üzere, delilin davayı gören mahkeme huzuruna getirilmesi olmakla birlikte, delillerin ABD'ye getirilmesinin çok güç veya değmeyecek ölçüde masraflı olması halinde, bu delillerin bulunduğu yabancı ülkede ikame edilmesi yoluna da başvurulmaktadır. Bunun için uygulanacak yollar F.R.C.P.'nin (Federal Rules of Civil Procedure) 28 ve 29. maddelerinde düzenleme alanı bulmaktadır. Delilin bulunduğu yabancı ülkede ikamesinde istinabe yoluna başvurmak F.R.C.P.'de 1963 yılında yapılan kanun değişikliği ile mümkün kılınmışsa da, tercih edilen bir yol değildir. (Yabancı mahkemelerin istinabe edilmesi konusunda 1963 yılındaki kanun değişikliği öncesindeki uygulama ve istinabeyi de mümkün kılan bir kanun değişikliğinin yapılması teklifi için bkz. SMIT, (dn.10), 1057-1058).

Yurt dışında bulunan delillerin buldukları yabancı ülkede ikamesi için başvurulmuş yollardan biri, yabancı ülkede bulunan ve ABD hukuku veya yabancı ülkenin hukuku uyarınca yemin almaya yetkili bir kimse huzurunda delil ikamesidir (F.R.C.P. 28 (b)(1) . ABD hukuku uyarınca yabancı ülkelerde bulunan ABD konsolosları yemin almaya yetkili olduklarından, bu yola başvurulduğunda genellikle yabancı ülkede bulunan delillerin ikamesi işlemi orada görevli ABD konsolosu huzurunda gerçekleştirilir. Burada konsolosu görevlendiren davayı görmekte olan ABD mahkemesi değildir; mahkeme

rak adlandırılan kişiler vasıtasıyla teminidir. Commissioner, F.R.C.P. 28 b (4) maddesi uyarınca mahkeme tarafından atanan ve yurt dışında bulunan delilleri buldukları yabancı ülkede temin etmeye yetkili¹⁴⁹ olan kişidir. Commissioner'in görevi, hukukumuzdaki istinabe

bu yoldan yabancı ülkede delil ikamesi gerçekleştirileceğini ancak, konsolos huzurunda delil ikamesinin gerçekleştirilmesini isteyen tarafın karşı tarafa bildirmek üzere gönderdiği âdi yazıya (*notice*) itiraz edilmesi durumunda öğrenir. Karşı tarafın böyle bir itirazı yapmaması durumundaysa, konsolos huzurunda delil ikamesi esas davayı gören mahkemenin bu konuda herhangi bir kararı olmaksızın gerçekleştirilir. Sözleşmenin 15. ve 16. maddesinde öngörülmüş olan konsolos huzurunda delil ikamesi imkânı ABD açısından F.R.C.P. 28 (b) (1)'de düzenlenen bu yolun kullanılması halinde uygulama alanı bulur.

Yabancı ülkede bulunan delillerin *commissioner* huzurunda ikamesi ise, yabancı ülkede bulunan delillerin buldukları ülkede ikamesi için F.R.C.P.'nin öngördüğü ikinci yoldur (F.R.C.P.28(b)(2)). Üçüncü bir yol da tarafların kendi aralarında yaptıkları anlaşma (*stipulation*) ile huzurunda delil ikame edilecek kimseyi kendilerinin belirlemeleridir. Buna göre mahkemece atanan commissioner de bir avukat veya konsolosluk görevlisi olabileceği gibi, tarafların kendi aralarında yaptıkları anlaşma ile yabancı ülkede bulunan delilleri huzurunda ikame etme konusunda mutabakata varmış oldukları kişi de bir avukat veya konsolosluk görevlisi olabilir. Commissioner ile tarafların kendi aralarındaki anlaşma sonucunda atadıkları kişi aynı olabilmekle birlikte aradaki fark, commissioner'in mahkeme tarafından atanması, tarafların anlaşması sonucu yetkili kılınan kişinin ise mahkeme tarafından atanmış bir kimse olmamasıdır. Her iki yol uygulanmak suretiyle yabancı ülkede ikame edilen deliller ABD mahkemeleri huzurunda aynı şekilde değerlendirmeye tâbi tutulurlar. Aradaki önemli fark, mahkeme tarafından atanmış olan commissioner'lerin kara avrupası hukuku anlayışı uyarınca, ABD hâkiminin bir uzantısı olarak kabul edilip, commissionerin delil ikamesine ilişkin faaliyette bulunmasının Kara Avrupası Devletlerinin egemenlik haklarının ihlali olarak değerlendirilmesi ihtimalinin daha yüksek oluşudur; GERBER (dn.10), 1386-1389.

149 Delil teminine ilişkin olarak commissioner'e ABD mahkemesi tarafından verilen yetki iki farklı şekilde olabilir. Commissioner'in yetkisi ya kendisine önceden bildirilmiş olan belirli soruları ilgililere yöneltmek (*closed commission*) veyahut da taraf avukatlarının gerçekleştirdiği çapraz sorgulama usulüne göre yapılan tanık sorgulamasına nezaret edip, delil ikamesinin kendi huzurunda gerçekleştirilmesini sağlamaktır (*open commission*) JUNKER, (dn.9)344.

olunan hâkimin görevine benzemektedir; şu farkla ki Anglo-Amerikan hukukları uyarınca delil ikamesi bir hâkim huzurunda gerçekleştirilmesi zorunlu olan işlemlerden olmadığından, mahkemenin atadığı commissioner bir hâkim değil, uygun vasıflara sahip başka herhangi biri olabilir¹⁵⁰. Uygulamada commissioner olarak atanan kişi genellikle bir avukat¹⁵¹ olur. Bununla birlikte commissioner olarak konsolosluk görevlileri de atanabilmektedir¹⁵².

İşte, sözleşmenin 17. maddesi, ABD hukuku uyarınca delil temini konusunda yetkilendirilmiş 'commissioner'in de âkit devletlerde sözünü ettiğimiz bu yetkilerini kullanması konusunu düzenlemektedir. Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca bir commissioner'in delil temini işlemlerine girişebilmesi için önce bu işlemleri gerçekleştireceği âkit devletten bu konuda izin alması gerekmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, bu esastan da ayrılmak mümkündür. Buna göre, her âkit devlet baştan yapacağı bir beyanla, commissioner vasıtasıyla delil temininin gerçekleştirilmesi istenen her bir durum için ayrı ayrı

150 Report of the Special Commission, (21), 69

151 Commissioner olarak atanacak olanlar tarafsız olmak zorunda olduklarından, taraf avukatları commissioner olarak atanmazlar; BLASCHCZOK, (dn.45), 172; *Report of the Special Commission*, (dn.21), 69.

152 Bir commissioner'in atanmasında iki farklı yol izlenebilir. Tatbikatta en çok uygulanan yol, commissioner'in davayı gören mahkeme tarafından atanmasıdır. Diğer yol ise, davayı gören ABD mahkemesinin delilin bulunduğu devlet mahkemesinden, delil temini işlemlerini gerçekleştirecek bir commissioner ataması istemiyle talepte bulunmasıdır. Sözleşmenin 17. maddesi uyarınca bu yol da açıktır. Ancak commissioner, kara avrupası hukuklarına tamamen yabancı bir görevli olduğundan, bu ülke mahkemelerinin Anglo-Amerikan mahkemelerinden gelecek bir commissioner atanması yolundaki istinabe taleplerini karşılayamayacakları kanaatindeyiz. Buna karşın özel komisyonun raporundan tersi uygulamaların, yani kara avrupası ülkelerinde görülmekte olan davalar için ABD mahkemelerince commissioner atanmasına ilişkin uygulamaların gerçekleştirilmiş olduğunu görüyoruz. Gerçekten de raporda belirtildiğine göre commissioner atamasına ilişkin en hayret verici uygulama üç kere, Almanya ve İtalya'da görülmekte olan davalar için ABD Federal Mahkemelerinin ABD'deki delil temini işlemlerini gerçekleştirebilmelerini sağlayacak amacıyla Alman ve İtalyan hâkimlerinin commissioner olarak atanmış olmasıdır; *Report of the Special Commission*, (dn. 21), 69.

önceden izin alınmasına gerek olmadan, genel olarak bu yolla ülkesinde delil teminine izin verdiğini beyan edebilir¹⁵³. Görülüyor ki, sözleşmenin konsolos huzurunda delil ikamesine ilişkin hükümlerinden farklı olarak, commissioner huzurunda delil ikame edecek kişinin, commissioner'in tâbi olduğu devlet vatandaşı olması ile üçüncü devlet vatandaşı veya ülkesinde delil ikamesi işleminin gerçekleştirileceği devlet vatandaşı olması arasında 17. madde uyarınca alınacak izin bakımından hiçbir fark bulunmamaktadır.

Türkiye 17. maddenin ikinci fıkrasında sözü edilen beyanı yapmamış olduğu için, ülkemizde commissioner vasıtası ile delil temininin gerçekleştirilmesi istenen her bir durum için önceden izin alınması mecburidir. Bu izni verme konusunda yetkili makam, Adalet Bakanlığı'dır.

3) Konsolos veya Commissioner Vasıtasıyla Delil Temininde Uyulacak Esaslar

a. İşlemin Gerçekleştirileceği Ülkenin Kontrolü Elinde Tutması (md. 19)

Sözleşmenin 19. maddesinde, konsolos veya commissioner vasıtasıyla delil temininin bu işlemlerin gerçekleştirileceği ülkenin yetkili makamlarının belirlediği şartlara uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği öngörülmüştür. Buna göre yetkili makam, delil ikamesinin gerçekleştirileceği yer ve tarih gibi şartları belirleyebilir. Konsolos veya commissioner de bu şartlara uygun olarak delilin temini işlemlerini gerçekleştirmek zorundadır. Esasen 16. ve 17. maddelerden de delilin bulunduğu ülkenin yetkili makamlarının konsolos veya commissioner'in hangi şartlarla delil temini işlemlerini gerçekleştirebileceğini belirleme yetkisinin bulunduğu ve delil temininin bu şartlara uygun şekilde yapılmak zorunda olduğu anlaşılmaktadır (md. 16/b, md.17/b). Konsolos huzurunda delil ikame edecek olanların konsolosun tâbi olduğu devlet vatandaşı olması halini düzenleyen 15. maddede ise, yetkili makamın delil teminine ilişkin şartları belirleme yetkisine ilişkin bir ifade yer almamaktadır; yine de sözleşmenin 19. maddesinden yola çıkarak bu halde de yetkili makamların delil temini

¹⁵³ Bu güne değin bu yolda bir açıklama yapmış olan devletler; ABD, Birleşik Krallık ile Finlandiya'dır.

şartlarını belirleme yetkilerinin bulunduğu kabulü zorunludur¹⁵⁴. 19. madde uyarınca yetkili makam sadece delil temininin şartlarını belirlemekle kalmaz, gerekli görmesi halinde bir temsilcisini de delil temini sırasında hazır bulundurabilir.

Görülüyor ki, Türkiye sözleşmeye taraf olduğunda II. kısım hükümleri uyarınca yabancı konsolos veya mahkemece atanan vekiller (commissioner) huzurunda gerçekleştirilen delil ikamesi işlemleri yetkili makamlarımızın kontrolü dışında kalmayacaktır. Adalet Bakanlığımızın yetkili birimleri delil ikamesi işlemlerinin yerini, saatini belirleme yetkisine sahip oldukları gibi, Adalet Bakanlığının bir temsilcisi dahi bu delil temini işlemleri sırasında hazır bulunabilecektir.

b. Kuvvet Kullanma İmkânı:

Sözleşmenin 15., 16. ve 17. maddelerinde öngörülen konsolos veya commissioner vasıtasıyla delil teminine ilişkin hükümler hep kuvvet kullanmama şartına bağlı olarak düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, sözleşme uyarınca konsolos veya commissioner vasıtasıyla delil temini konusundaki esas, bu usullerin uygulanması halinde bunun gereklerini yerine getirmeyen ilgililer hakkında zor kullanma vasıtalarına başvurulamayacağıdır (md. 15/1, md.16/1, md.17/1). Sözleşmenin 18. maddesinde bu esasa bir istisna getirilmiştir. Buna göre her âkit devlet, II. kısım hükümleri çerçevesinde ülkesinde konsolos veya commissionerler vasıtasıyla gerçekleştirilecek delil temini işlemleri için gereğini yerine getirmeyen ilgililer hakkında kuvvet kullanılabilmesi için yetkili makamlarına başvurulabileceğini beyan edebilir. Buna göre, madde hükmünde öngörülen beyanda bulunmuş olan ülkede delil temini işlemlerine girişen konsolos veya commissioner, bulunduğu ülkenin yetkili makamlarına başvurup, delil ikamesi için gereğini yerine getirmeyen kişilere kuvvet kullanılması suretiyle delilin teminini sağlayabilir.

Türkiye¹⁵⁵ 18. maddede öngörülen bu beyanı yapmamış olduğu için, ül-

¹⁵⁴ MEIER, (11), 222.

¹⁵⁵ Türkiye gibi Almanya'da sözleşmenin 18. maddesinde öngörülen bildirimde bulunmamıştır. Bu bildirim yapılmamasının gerekçesinin yer aldığı açıklama yazısında şöyle bir ifade yer almaktadır: 'İkinci bölüm hükümlerinin de-

kemizde yabancı mahkemelerde görülmekte olan bir dava için yabancı konsolos veyahut da bir commissioner vasıtasıyla delil temini yoluna başvurulup da delil ikame etmesi söz konusu olan ilgilinin kendi rızası ile delil ikamesi için gereğini yerine getirmemesi halinde, bu kişi hakkında kuvvet kullanma yoluna başvurulamaz. Kendi rızası ile delil ikame etmeyen ilgilinin, delil ikame etmesini sağlamak için istinabe yoluna başvurulmasından başka bir çare bulunmamaktadır. Çünkü ancak istinabe yoluna başvurulduğunda ilgililer hakkında kuvvet kullanılması mümkündür. Sözleşmenin 22. madde hükmü de, II. Kısım hükümleri uygulanmak suretiyle delil temin edilememesi halinde istinabe yoluna başvurulmasının mümkün olduğunu düzenleyerek, bu duruma ilişkin açık bir hüküm getirmektedir.

c. 21. Maddede Öngörülen Diğer Esaslar

aa. Delil İkamesinden Kaçınma Hakkı:

21. maddenin 'e' bendi uyarınca, ilgili kişi sözleşmenin 11. maddesi çerçevesinde delil ikamesinden kaçınabilir. Buna göre, ilgili kişi delil ikamesinin söz konusu olduğu ülke veya davanın görüldüğü ülke hukuku uyarınca sahip olduğu kaçınma hakkına dayanarak, konsolos veya commissioner huzurunda delil ikamesinden de kaçınabilir. Sözleşmenin 11. maddesi uyarınca delil ikamesinden kaçınma imkânı yukarıda ele alınmış olduğu için, bu konuya burada tekrar değinmiyoruz.

bb. Lisan

21. maddenin 'b' bendinden, konsolos veya commissioner huzurundaki

lil ikamesine ilişkin genel usullerden öylesine sapmaktadır ki, ikinci bölümde öngörülen usullerin hiç değilse şimdilik ancak bu usullerin uygulanmasına razı olan kişiler hakkında uygulanmasına göz yumulabilir. Bu usullerin ilgililerin rızası dışında da uygulanabilmesi için, evvelabu zaman içinde kazanılan tecrübe ile nu usullerle gerçekleştirilen delil ikamesinde de ilgililerin menfaatinin etkin bir biçimde korunabildiği görülmektedir; *Denkschrift*, (dn.55) 57,58.

delil ikamesi işlemlerinin esas davanın görüldüğü ülke dilinde de yapılabileceği anlaşılmaktadır. Madde hükmünün kullanılacak olan lisanına ilişkin getirdiği tek kural, ilgiliye yapılacak olan davette kullanılacak dile ilişkindir. Buna göre, konsolosun mensubu olduğu devlet vatandaşı olmayanlara yapılan davet, delil ikamesinin gerçekleştirileceği ülkenin dilinde olmalı veya bu dile yapılmış bir tercümenin davette ekli olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, davetin konsolosun mensubu bulunduğu devlet vatandaşına yapılması halinde kullanılacak dile ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, konsolosun mensubu bulunduğu devlet vatandaşına yapılan davetin, esas davanın görüldüğü ülke dilinde yapılması mümkündür.

21. maddenin 'b' bendi hükmü sadece davetin kaleme alınacağı lisanına ilişkin hüküm getirmektedir. Delil ikamesinin hangi dilde yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Konsolos veya commissioner huzurunda gerçekleştirilen delil ikamesinin esas davanın görüldüğü devletin lisanında yapılması mümkündür. İşte bu da hiç kuşkusuz konsolos veya commissioner vasıtasıyla delil ikamesi yolunun istinabe yolu ile kıyaslandığında avantajlı olan yönlerindedir¹⁵⁶. İstinabe yolu ile delil temin edildiğinde delil, bulunduğu yabancı ülke makamları huzurunda bu yabancı ülkenin dilinde ikame edilir. Halbuki delil konsolos veya commissioner huzurunda ikame edildiğinde özellikle ilgilinin esas davayı gören mahkemenin tâbi olduğu devlet vatandaşı olması durumunda, delil ikamesi mahkemenin tâbi olduğu devlet dilinde gerçekleştirileceği için ek tercüman masrafları doğmayacağı gibi, tercüme hatalarının ortaya çıkarabileceği yanlışlıkların da önüne geçilmiş olunur.

cc. Uygulanacak Hukuk:

21. maddenin d bendi uyarınca delil ikamesi esas davayı gören mahkemenin tâbi olduğu devlet hukuku uyarınca gerçekleştirilebilir. Bu hukukun uygulanması konusunda madde hükmünün getirdiği tek sınırlama, bu hukukun öngördüğü usulün delil ikamesinin gerçekleştirileceği ülkede yasaklanmış olmasıdır. Görülüyor ki, 21. maddede davayı gören mahkemenin hukukunun uygulanması bakımından getirilen sınırlama istinabede uygulanacak hukuku belirleyen 9. maddede-

¹⁵⁶ JUNKER, (dn.9), 235.

den daha dardır. 9.madde uyarınca esas davayı gören mahkemenin hukukunun öngördüğü usulün uygulanması talebinin reddi nedenlerinden biri, bu usulün uygulamasının tatbikatta güçlüklerle yol açacak olmasıdır. Uygulanması talep edilen usulün tatbikatta güçlüklerle yol açmasının esas nedeni de, bu usulün istinabe talebini yerine getirecek olan hâkime yabancı olmasıdır. 21. maddede ise davayı gören mahkeme hukukunun uygulanması bakımından böyle bir sınırlama öngörülmemiştir. Çünkü, burada delil temini işlemlerini yerine getirecek olan konsolos veya commissioner zaten davanın görüldüğü mahkemenin tâbi olduğu devlet vatandaşıdır. Yabancı ülkede bulunan delillerin konsolos veya commissioner vasıtasıyla temin edilmesinin esas nedeni de zaten bu görevlilerin vatandaşı oldukları ülkenin usullerini biliyor olmalarıdır. Davayı gören mahkemenin usullerini bildikleri ve uygulayabildikleri için de bu kişiler delilleri, davayı gören mahkemenin azami ölçüde fayda sağlayabileceği usullere uygun şekilde temin ederler. Konsolos veya commissioner bir hukukçu olarak eğitilmemiş olsa dahi, ülkesinin usulleri ona yabancı olmayacaktır. Bu nedenle de davanın görüldüğü ülkenin usullerinin tatbikinin güçlüklerle yol açması şeklinde bir sınırlama, 29. maddede öngörülmemiştir¹⁵⁷.

Sonuç

ABD'nin taraf olduğu az sayıdaki Lahey Sözleşmesinden biri olan 1970 tarihli Sözleşmenin kimi hükmü, Kara Avrupası Devletleri ile ABD arasında yorum farklılıklarından kaynaklanan derin fikir ayrılıklarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Daha Sözleşmenin uygulama alanını belirlemeye çalışırken, ABD ile Kara Avrupası Devletleri arasındaki bu yorum farklılıkları ile karşılaştık. Özellikle Aérospatiale davasından sonra alevlenmiş olan tartışmalar, söz konusu bu davadan bu yana 15 yıldan fazla zaman geçmiş olmasına rağmen hâlâ dinmemiştir. Sözleşmenin böylesine tartışmaya açık hükümler içermesi, kimi maddesinin yetersiz düzenlenmiş olmasının yanısıra, Kara Avrupası hukuklarının delil teminine ilişkin usulleri ile Anglo-Amerikan hukuklarının usullerinin birbirinden çok farklı olması ve bu Sözleşmenin de bu iki farklı usulün uyumlaştırılmasını amaç edinmiş ilk deneme olmasından kaynaklanıyor olsa gerektir. Tüm aksak-

¹⁵⁷ *Report of the Special Commission*, (21), 68.

lıklarına karşın sözleşmenin yine de delil temini konusunda ilk defa toplu, yol gösterici bir metin ortaya çıkarmış olduğu da yadsınamaz.

Burada kısaca sözleşmenin delil temini hakkında öngördüğü usullere de göz atacak olursak, bu konuda esas olarak iki usulün düzenleme alanı bulunduğunu görürüz. Bu usullerden ilki olan istinabe, ülkemizin taraf olduğu diğer iki veya çok taraflı sözleşmelerde de delil temini için öngörülmüş olan klasik yoldur. İstinabe konusunda sözleşmenin getirdiği belli başlı yeniliklerden biri, istinabe evrakının diplomatik veya konsüler kanalla iletilmesine gerek olmayıp, doğrudan merkezî makamlar vasıtasıyla iletilmesinin mümkün kılınmış olmasıdır. Bunun dışında sözleşmenin yapıldığı tarih için bir ilk olan yenilikle de, delilin bulunduğu ülkede istinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında esas davayı gören yabancı hâkimin de hazır bulunmasına izin veren hükümda karşılaşırız (md.8). Sözleşmenin en çok tartışılan hükümlerinden biri yine istinabe ile ilgili olan 23. maddesidir. Bu madde, âkit devletlere, Anglo-Amerikan hukuklarında uygulama alanı bulan bir usul olan 'pre-trial discovery' ye ilişkin çekince koyma izni veren bir hüküm içermektedir. Ne var ki, bu madde yetersiz düzenlenmiş olduğu için uyulamada pek çok sorun doğurmuştur. Bu sorunların önüne geçmek için çoğu devlet, 23. maddedeki çekinceyi koyarken bir de açıklayıcı beyan eklemiştir. Kanaatimizce, 23. maddede izin verilen çekinceyi koymuş olan ülkemizin de böyle bir açıklayıcı beyan eklemesi yerinde olur. Sözleşmenin delil temini için öngördüğü ikinci usul ise delilin bulunduğu ülkedeki diplomatik temsilci, konsolos veya commissioner isimli görevliler vasıtasıyla delil teminidir. Türkiye'nin taraf olduğu önceki iki veya çok taraflı sözleşmelerde de diplomatik temsilci veya konsolos vasıtasıyla delil teminine ilişkin hükümler öngörülmüştür, ancak bu hükümler konu hakkında ayrıntılı herhangi bir düzenleme getirmemişlerdir. Halbuki 1970 tarihli Lahey Sözleşmesi konuyu ayrıntılı olarak ele almış, konsolos huzurunda gerçekleştirilecek delil ikamesi için ilgililere gönderilecek davetin hangi dilde düzenleneceğine varıncaya kadar konu hakkında hükümler getirmiştir. Bu kısmın getirdiği önemli yeniliklerden biri, sadece diplomatik temsilci veya konsolos değil, Anglo-Amerikan hukukları uyarınca mahkeme tarafından atanan ve commissioner olarak adlandırılan kişilerin de delil temini işlemlerini gerçekleştirmelerinin mümkün kılınmış olmasıdır.

Sözleşmenin içerdiği Anglo-Amerikan hukuku kurumları bir yana bırakılacak olursa, sözleşmenin öngördüğü delil temini usullerinin Kara Avrupası devletlerinin taraf olduğu diğer iki ve çok taraflı sözleşmelerden çok da farklı olmadığı, sadece işlemleri kolaylaştıracak bir takım yeniliklerin getirilmiş olduğu görülür. Zaten bu nedenle de sözleşmenin Kara Avrupası devletleri arasındaki işleyişinde herhangi bir sorunla karşılaşılmamaktadır¹⁵⁸; uygulamada sorunlarla ABD'den gelen istinabe taleplerinin yerine getirilmesi sırasında karşılaşılmıştır. Bu da sözleşmenin amaç edindiği Kara Avrupası hukukları ile Anglo-Amerikan hukukları arasında bir uyumun istenen ölçüde sağlanamamış olduğunu gösterse de, sözleşme, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi delil temini konusunda ilk defa toplu, yol gösterici bir metin ortaya çıkarmıştır. Ayrıca sözleşme uygulamada hangi sorunlarla karşılaşılabileceğini ortaya çıkarmış olduğundan, delil temini konusunda kendisinden sonra düzenlenen metinlere örnek olmuştur. Nitekim, bu sözleşme, 28.05.2001 tarihli olup 1.1.2004 tarihi itibarıyla yürürlük kazanmış olan 1206/2001 numaralı, Hukuki ve Ticarî Konularda Delil İkamesine dair Avrupa Birliği Tüzüğüne de esin kaynağı olmuştur.

158 MEIER, (dn.11), 2.