

TÜRKİYE'NİN TARAF OLDUĞU MİLLETLERARASI
ANTLAŞMALARA GÖRE HUKUKÎ VE TİCARÎ KONULARDA
YABANCI ÜLKELERDEN DELİL TEMİNİ

Prof. Dr. Nuray EKŞİ*

Giriş

Sınır tanımayan ekonomik ve ticarî ilişkilere bağlı olarak artan milletlerarası nitelikli davalar, özellikle de delil temini konusunda farklı ülkelerde bulunan mahkemeler arasında işbirliğini zorunlu kılmaktadır. Bu işbirliği, âdil bir yargılamanın yapılması açısından hayati önem taşımaktadır. Delil temini sadece özel hukuk alanında değil kamu hukuku alanında da yakın işbirliğini gerektirmektedir¹. Özel hukuk alanındaki işbirliği, özellikle, dava konusu ile ilgili bilgilerin yurt dışından toplattırılması; olayın meydana geldiği yabancı ülkede inceleme yaptırılması; yurt dışında bulunan şahitlerin veya tarafların ifadelerinin aldırılması; kan ve doku örneklerinde tıbbî incelemelerin yaptırılması; malın koruma altına aldırılması, incelettirilmesi veya fotoğraflarının çektilmesi gibi konularda gerçekleştirilebilir. Uygulamada genellikle, Türk mahkemeleri, şahit dinlenmesi, yemin verdirmeye ve belge teminine ilişkin olarak yabancı mahkemelerden yardım istemektedirler. Bu güne kadar, daha çok, aile ve şahsın hukukunu ilgilendiren davalarda yapılan delil temini talepleri, küresel dış ticarî ilişkiler nedeniyle uluslararası ticaret hukuku alanında da yoğun şekilde yapılmaktadır².

* MÜ Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

¹ Nuray EKŞİ, Milletlerarası İstinabe, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 346-347.

² EKŞİ, Milletlerarası İstinabe, 337-338.

I. Yabancı Ülkelerde Delil Temini Konusunda Farklı Sistemler: *Common Law ve Civil Law*

A. Yabancı Ülkelerde Delil Temini Konusunda *Common Law ile Civil Law Arasındaki Farklılıklar*

Kıta Avrupa sisteminde, delillerin tespiti ve sunulması hâkim tarafından kontrol edilmektedir. Bu sistemde, prensip olarak, delillerin dava açılmadan önce temin edilmesi mümkün olmamasına karşın Amerikan hukukunda dava öncesi aşamada, taraflarca deliller toplanabilmektedir³. Delillerin dava öncesi temin edilmesi (“pre-trial discovery”, “discovery” veya “fishing expeditions”) olarak adlandırılan bu sistem Kıta Avrupa Hukukunda mevcut değildir.

Common Law ve Kıta Avrupa Hukuku delil temini konusunda farklı düzenlemelere sahiptir. Bu farklılık şahitlerin ifadesinin alınması, bilirkişilerin atanması ve delillerin kapsamı konularında bariz bir şekilde ortaya çıkmaktadır. *Common Law*'da, şahitlerin ifadesi taraflarca alınır ve taraflarca çapraz sorgulama yapılabilir. Buna karşın Kıta Avrupa Hukukunda, şahitlerin ifadesi hakim tarafından alınır⁴. *Common Law*'da bilirkişiler dahi taraflarca gösterilir. Kıta Avrupa Hukukunda ise bilirkişilerin kim olacağı ve atanması hakimin inisiyatifindedir. *Common Law*'da taraflar ellerindeki bütün belgeleri karşı tarafa vermek zorundadır. Buna karşın Kıta Avrupa Hukukunda taraflar hakim tarafından belirli belgeleri mahkemeye sunmak zorunda bırakılabilir⁵. Kıta Avrupa sisteminde delil temini mahkemenin hakiyetindedir. Mahkeme, belgelerin ibrazına ve şahitlerin dinlenmesine karar verir. Temin edilen her türlü delil mahkeme kayıtlarına geçer⁶. Kıta Avrupa ülkelerinde delil temini yargı egemenliğinin bir göstergesini teşkil ettiğinden ülke sınırları içinde delil toplamak sadece mahkemeler tarafından yerine getirilebilecek bir işlem olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, yetkisi olmayan bir kişinin başka bir ülkeden gelip delil toplaması yargı egemenliğinin ihlâli olarak görülebilir⁷.

³ Robert D. KOLAR/Katherine L. HAENNICKE, The Hague Convention on Taking Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters: <http://thefederation.org/documents/kolar-su03.htm> (6.8.2006), s. 1.

⁴ KOLAR/HAENNICKE, 1; Chiara BESSO, Taking of Evidence Abroad: From the 1970 Hague Convention to the 2001 European Regulation, International Civil Litigation in Europe and Relations with Third States, ed. Arnaud Nuyts/Nadine Watté, Bruxelles 2005, s. 367

⁵ BESSO, 367; Joan M. BETTI, Reconciling American and Civil Law Concerns in Taking Evidence Abroad: A Reevaluation of the Compromise from the Hague, 10(1986) ASILS International Law Journal, s. 119.

⁶ BETTI, 119.

⁷ BETTI, 120.

Amerikan usul hukuku, maddî vakıaların ayrıntılı olarak ortaya konulmasını ve yargılama sırasında davayla ilgili delillerin tek tek sunulmasını zorunlu kılmaz. Kıta Avrupa sisteminde sadece dava ile ilgili maddî vakıaların ortaya konulması ve bunun davanın başında gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Oysa discovery sisteminde sınırsız bir şekilde davanın taraflarında veya üçüncü şahıslarda bulunan her türlü delile ulaşılabilir⁸.

Amerikan Hukukunda, diğer ülkelerde bulunan delillerin temini veya Amerika'da bulunan delillerin diğer ülkelere gönderilmesine ilişkin temel kurallar Medenî Usule İlişkin Federal Kurallar (Federal Rules of Civil Procedure-FRCP) ile düzenlenmiştir. Medenî Usule İlişkin Federal Kurallar, belgeler ve maddî olgular dahil olmak üzere dava ile ilgili bütün bilgilerin en geniş şekilde tespitine izin vermektedir⁹. Amerikan hukukunda deliller, davanın taraflarınca temin edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, taraflar delillerin temininden sorumludur. Taraflar, ellerindeki delilleri birbirlerine vermek zorundadırlar. Mahkemeler delil teminine kural olarak müdahale etmezler. Mahkemelerin müdahalesi ancak taraflardan birinin delilleri diğer tarafa vermesi halinde gerçekleşir. Bu durumda, mahkeme, delillerin karşı tarafa ibraz edilmesini emreder. Bunun yanı sıra, davada taraf olmayan üçüncü kişilerin ifadesinin alınması da mahkemelerin sorumluluğundadır¹⁰.

Amerikan hukukunda delillerin taraflarca temin edilmesi sistemi yabancı ülkelerde bulunan delillerin elde edilmesinde de etkili olmaktadır. Amerika'da bulunan ve yabancı bir mahkemede kullanılacak olan delillerin temini 28 USC § 1782 ile düzenlenmiştir. 28 USC § 1782, Medenî Usule İlişkin Federal Kurallar'ın yabancı mahkemeler tarafından yapılan delil temini taleplerinin yerine getirilmesinde de kullanılmasına ve yabancı mahkemenin doğrudan Amerikan mahkemelerine başvurmasına izin vermiştir¹¹. 28 USC § 1782 başlığı "yabancı ve milletlerarası mahkemeler ile bu mahkemelerdeki yargılamanın taraflarına yardım"dır. 28 USC § 1782'e göre,

(a) Kişinin oturduğu veya bulunduğu yerdeki yerel mahkeme (district court) ifade vermesine veya şahitlik etmesine veya yabancı veya milletlerarası mahkemedeki yargılamada kullanılacak belge veya başka bir şeyin ibrazına hükmedebilir. Mahkeme bu hükmü, yabancı mahkeme (tribunal) veya militle-

⁸ Rolf STÜRNER, *The Principles of Transnational Civil Procedure, An Introduction to Their Basic Conceptions*, 69(2005)2 *RabelsZ*, s. 233.

⁹ Martin REUFELS/Kari KELLY, *Transatlantic Discovery: How Useful is the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters?*, July/August (2001) *JBL*, s. 292.

¹⁰ BETTI, 118.

¹¹ Pedro J. MARTINEZ-FRAGA, *The Anatomy of 2 USC Section 1782 and a Paradigm Case Study*, ÇETİNGİL ve KENDER'e 50 Yıl Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 584-585.

rarası mahkemenin (tribunal) istinabe talebi veya herhangi bir ilgili tarafın başvurusu üzerine verebilir ve ifade verilmesini veya şahitlik edilmesini veya yabancı veya milletlerarası mahkemede yargılamada kullanılacak belge veya başka bir şeyin mahkeme tarafından atanacak bir kişi huzurunda ibrazını emredebilir. Bu atamayla, atanan kişi her türlü gerekli yemin icrasını yerine getirmek, şahitlerin beyanlarını ve ifadeleri almak yetkisine sahiptir. Mahkeme hükmü usul ve uygulamayı tanımlayabilir ki bu usul ve uygulama kısmen veya tamamen yabancı veya milletlerarası mahkemenin şahitlik edilmesine veya ifade verilmesine veya belge veya diğer bir şeyin ibrazına ilişkin usul ve uygulaması olabilir. Mahkeme kararında aksi belirtilmediği sürece, Medenî Usule İlişkin Federal Kurallar'a göre şahit beyanları veya ifadeler alınır veya belge veya diğer bir şeyin ibraz edilmesi istenir.

Hukuken uygulanabilir bir imtiyaza sahip olan kişi, bu imtiyazı ihlâl edecek şekilde ifade vermeye veya şahitlik etmeye veya belge veya diğer bir şeyi ibraz etmeye zorlanamaz.

- (b) Bu bölüm, Birleşik Devletlerde bulunan bir kişinin, kendi isteğine bağlı olarak yabancı veya milletlerarası mahkemede yargılamada kullanılmak üzere herhangi bir kişi önünde ve kendisi tarafından kabul edilebilir bir usulde ifade vermesini veya şahitlik etmesini veya belge veya başka bir şeyi ibraz etmesini engellemez¹².

ABD'de ilk defa 1855 yılında yabancı mahkemelere hukukî yardım yapılması için mahkemelere yetki verilmiştir¹³. 1863 yılında yeniden düzenlenen yabancı mahkemelere yardıma ilişkin düzenleme mahkemelere verilen yetkiyi sınırlamıştır. 1863 yılında yapılan değişikliğe göre, Birleşik Devletlerin barış içinde olduğu devletlerin taraf olduğu veya menfaatlerinin bulunduğu mal ve alacak davalarında Amerikan mahkemeleri ifade alabilirler¹⁴. II. Dünya Savaşından sonra milletlerarası nitelikli davaların artması sebebiyle 28 USC § 1782'de iki önemli değişiklik yapılmış ve uygulama alanı genişletilmiştir. 1948 değişikliği ile "yabancı devletlerin taraf olduğu veya menfaatlerinin bulunduğu mal ve alacak davaları" ifadesi çıkarılmış ve yabancı

¹² 28 USC § 1782 'nir. İngilizce metni için bkz. http://www4.law.cornell.edu/uscode/html/uscode28/usc_sec_28_00001782-000.html (6.8.2006).

¹³ Christopher Walker SANZONE, Extra-Statutory Discovery Requirements: Violating the Twin Purposes of 28 U.S.C. Section 1782, 29 (1996) January Vand. J. Transnat'l L., s. 121; Mousa ZALTA, Recent Interpretation of 28 U.S.C. <Section> 1782(a) By The Supreme Court in Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.: The Effects on Federal District Courts, Domestic Litigants, and Foreign Tribunals and Litigants, 17(2005) Fall Pace Int'l L. Rev., s. 413, 415; Eileen P. McCARTHY, A Proposed Uniform Standard for US Courts in Granting Requests for International Judicial Assistance, 15(1991-1992) Fordham International Law Journal, s. 778.

¹⁴ SANZONE, 121-122; ZALTA, 416; McCARTHY, 780.

mahkemelerdeki bütün özel hukuk davalarında yardım yapılması sağlanmıştır. 1949 değişikliği ile "özel hukuk davası" ifadesinin yerini "yabancı mahkemede adli yargılama" ifadesi almıştır. 1964 yılında, yabancı davanın taraflarına etkin bir yardım sağlamak ve yabancı devletleri Amerikan mahkemelerinde görülen davaların taraflarına aynı şekilde yardımda bulunmaları için onları cesaretlendirmek amacıyla 28 USC § 1782 yeniden gözden geçirilmiştir¹⁵. 1964 değişikliği ile beraber, 28 USC § 1782 kapsamında yabancı mahkemelere yapılacak olan yardım sadece ifade almak veya şahitlerin beyanlarını almakla sınırlı olmaktan çıkmış, sözlü beyanların yanı sıra her türlü maddî olgu ve belgenin talep edilmesine imkân sağlanmıştır. Ayrıca, "yabancı mahkeme" ("in any court in a foreign country") ifadesinin yerini "yabancı yargı organı veya milletlerarası yargı organı" ("in a foreign or international tribunal") ifadesi almıştır. Ayrıca, "Amerika'nın barış içinde olduğu devletler" ifadesi ile "görülmekte olan bir dava" ifadesi metinden çıkarılmıştır¹⁶. Üstelik, yabancı mahkemelere ve ilgili kişilere istinabe yoluna gitmeden, doğrudan Amerikan mahkemelerine başvurarak delil isteme imkânı sağlanmıştır. Amerikan mahkemeleri 28 USC § 1782 kapsamında delil temini taleplerini yerine getirip getirmeme veya belirli şartlarla talebi yerine getirme konusunda takdir yetkisine sahiptirler¹⁷.

28 USC § 1782'de "tribunal"¹⁸ kavramı kullanılmış, "court" kavramı kullanılmamıştır. 28 USC § 1782 "court" kavramı yerine "tribunal" kavramı kasıtlı olarak kullanılmış ve adli işlevleri olan bütün makamların delil talebinde bulunmaları sağlanmaya çalışılmıştır¹⁹. Hatta, aksine mahkeme kararları olmasına rağmen "international tribunal" kavramının bütün milletlerarası tahkim kurumlarını da kapsadığı ifade edilmektedir²⁰. Amerikan mahkeme kararlarına göre, Amerika'dan delil teminini talep eden mutlaka yabancı bir devlet mahkemesi olmak zorunda değildir. Yabancı devlet mahkemelerinin yanı sıra adli makam benzerlerinin (quasi-judicial agencies) de de-

¹⁵ SANZONE, 123-124; ZALTA, 416-418.

¹⁶ ZALTA, 418-419; McCARTHY, 780-781.

¹⁷ ZALTA, 419

¹⁸ Black's Law Dictionary'de "court", yargılama yapmak ve adaleti yerine getirmek için bir veya birden fazla hâkimden oluşan devlet kurumu olarak (a governmental body consisting of one or more judges who sit to adjudicate disputes and administer justice) tanımlanmıştır (Black's Law Dictionary, Edt. Bryan A. Garner, 8th ed., St. Paul, MN: Thomson/West, 2004, s. 378). "Tribunal" ise, mahkeme veya diğer adli işlevleri olan kurum olarak (a court or other adjudicatory body) tanımlanmıştır (Black's Law Dictionary, 1544).

¹⁹ Hans SMIT, American Assistance to Litigation in Foreign and International Tribunals: Section 1782 of Title 28 of the U.S.C. Revisited, 25 (1998) Spring, Syracuse J. Int'l L. & Com., s. 5.

²⁰ SMIT, 5-7.

lil temini talebinde bulunabilir. Örneğin, bir rekabetin ihlâli soruşturmasında Avrupa Birliği Komisyonunun delil talebi yerine getirilebilir²¹. Nitekim, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of the US), “*Intel Corporation v. Advanced Micro Devices Inc.*” davasında²², mahkeme dışında diğer makamlar tarafından yapılan delil temini taleplerinin yerine getirilip getirilemeyeceği sorunu üzerinde durmuştur. Bu davada, Yüksek Mahkeme,

- (1) yabancı mahkeme, kendisine başvurulduğu zaman temin etmek zorunda olmadığı bir delilin temini için 28 USC § 1782 kapsamında Amerikan mahkemesine başvurabilir mi?
- (2) AB Komisyonunun rekabetin ihlâli soruşturması sebebiyle delil talep etmesi 28 USC § 1782’de yer alan “a proceeding in a foreign or international tribunal” kapsamına girer mi?
- (3) AB Komisyonuna şikayette bulunan kişi 28 USC § 1782 anlamında “ilgili kişi” (“interested person”) olarak kabul edilebilir mi?

sorularının yanıtlamaya çalışmıştır. Karara konu olan olayda, Advanced Micro Devices Inc. (AMD), hakim durumunu kötüye kullanması ve Avrupa Topluluğunun Kurucu Antlaşmasınının 82. maddesini ihlâl ettiği gerekçesiyle Intel Corporation hakkında AB Komisyonuna şikayette bulunmuştu. AMD, Kuzey Kaliforniya mahkemesine başvurarak Intel’in elinde olan ve Amerika’da bulunan bütün delillerin 28 USC § 1782 kapsamında mahkeme tarafından temin edilmesi talep etmişti. Bu talep, 28 USC § 1782 yer alan “foreign or international tribunal or upon the application of any interested person” hükmüne dayandırılmıştı. Kuzey Kaliforniya Mahkemesi, AB Komisyonunun devam eden soruşturmasınının 28 USC § 1782 kapsamında bir yargılama olmadığını; Komisyonun faaliyetinin adlî olmaktan çok idarî nitelik taşıdığını belirterek davayı reddetmişti. Temyiz Mahkemesi bu kararı bozmuştu. Temyiz Mahkemesine göre, 28 USC § 1782 açısından “quasi-judicial proceedings” için de delil temini talebinin yapılması mümkündür; bu delillerin yabancı mahkeme tarafından temin edilebilir olması zorunlu bir unsur değildir. Supreme Court’a göre, 28 USC § 1782 temin edilmesi istenilen belgelerin yabancı ülkedeki yargılamada temin edilebilir nitelikte olmasını aramamıştır. Ayrıca, “ilgili kişi” kavramını geniş yorumlamak ve sadece “davacılar” (“litigants”) veya “davanın tarafları” (“parties”) kapsayacak şekilde dar yorumlamamak gerekir. Kaldı ki, 28 USC § 1782’de “davacı” veya “davanın

²¹ Glenn P. HENDRIX, International Judicial Assistance from American Courts in Russian Litigation and Arbitration Proceedings, The Russian-American Symposium on Private International Law Moscow State Institute of International Relations, June 29, 2004, s. 23.

²² In the Supreme Court of the United States, No. 02-572 Intel Corporation, Petitioner v. Advanced Micro Devices, Inc., 124 S. Ct. 2466 (2004).

tarafı” kavramlarını değil “ilgili kişi” kavramını kullanmıştır. Üstelik, 28 USC § 1782’de 1964 yılında yapılan değişiklik sırasında davanın görülüyor olması (pending) hükmü de metinden çıkarılmıştır. 28 USC § 1782, sadece geleneksel adli yardım taleplerini yani yabancı mahkemeler tarafından yapılan delil temini taleplerini değil aynı zamanda idarî (administrative) ve adli yargılama benzerleri (quasi-judicial proceedings) için yapılan talepleri de kapsamaktadır. Ayrıca, bu davada, Supreme Court, Amerikan mahkemelerinin 28 USC § 1782 kapsamında takdir yetkisini kullanırken dikkate alması gerekli olan faktörleri de belirlemeye çalışmıştır. Supreme Court, Amerikan mahkemesinin, delil talebinde bulunan yabancı adli makamı, yabancı ülkedeki yargılamanın niteliğini, Amerikan mahkemeleri veya makamlarının adli yardım taleplerine karşı tutumunu dikkate alarak delil temini talebinin yerine getirilip getirilemeyeceğine karar vereceğini ifade etmiştir²³.

28 USC § 1782’ye göre, Amerika’da bulunan ve yabancı bir mahkemede kullanılacak olan delillerin temin edilmesinde iki yol bulunmaktadır. Birinci yol, yabancı mahkemenin milletlerarası istinabe (letter of rogatory) yoluyla Amerikan mahkemesinden delil temini konusunda yardım istemesidir. İkinci yol, ilgili her hangi bir şahsın doğrudan Amerikan mahkemesine başvurarak delil temini talebinde bulunmasıdır²⁴.

Birinci yöntemde, davanın görüldüğü yabancı mahkemede taraflardan biri, bu mahkemeden Amerika’da bulunan delillerin istinabe yoluyla temin edilmesini talep etmektedir. Yabancı mahkeme 1970 Lahey Antlaşması çerçevesinde²⁵ delil temini talebinde bulunmaktadır. Bu talep, Amerika’nın merkezî makamı olan Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Bölümü’ne (Civil Division of the Department of Justice) iletilmektedir²⁶. 1970 Lahey Antlaşması çerçevesinde Amerika, merkezî makam olarak Adalet Bakanlığını göstermesine karşın, yabancı mahkemenin talebini mutlaka merkezi makam aracılığıyla yapmasını aramamaktadır. Adalet Bakanlığı, yabancı mahkemeler tarafından merkezî makam kullanılmadan kendilerine doğrudan gönderilen delil temini talebini kabul etmektedir²⁷. Diğer bir ifadeyle, bazı Kıta Avrupa ülkelerinin aksine, Amerika Birleşik Devletleri, yabancı mahkemenin doğrudan Amerikan mahkemesine yaptığı hukukî yardım talebini de kabul etmektedir. Bu şekilde gönderilen doğrudan taleplere karşı herhangi bir iti-

²³ Intel Corp. v. Advanced Micro Devices Inc. davasında verilen kararın ayrıntılı olarak yorumu hakkında bkz. ZALTA, 436-443.

²⁴ John FELLAS, Obtaining Evidence Abroad for Use in International Litigation: Evidence Located in the United States, July/August (2001) JBL, s. 297.

²⁵ Amerika 1970 Lahey Antlaşmasını 8.8.1972 tarihinde onaylamış ve Antlaşma 7.10.1972 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (Nuray EKŞİ, Uluslararası Ticaret Hukuku Mevzuat ve Antlaşmalar, 2. bası, İstanbul 2006, s. 196).

²⁶ FELLAS, 297.

²⁷ HENDRIX, Judicial Assistance from American Courts, 22.

raz yapılmamaktadır²⁸. Yabancı mahkeme, delil temini talebini kendi merkezî makamı aracılığıyla ilettiğinde Amerikan merkezî makamı, talebi yerine getirmesi için, delilin bulunduğu yerdeki Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak çalışan Amerikan Avukatlık Ofisine (US Attorney's Office) gönderir. Amerikan Avukatlık Ofisi, zorlama olmaksızın ihtiyari olarak verilen delilleri toplayabilir veya şahit ifadelerini alabilir. Eğer şahitler kendi istekleri ile ifade vermek istemezlerse US Attorney's Office, yerel mahkemeye (district court) başvurarak şahitlerin mahkeme vasıtasıyla ifadesinin alınmasını ister²⁹. Zaten 1970 Lahey Antlaşması'nın 10. maddesinde, kendisinden delil temini talep edilen makamın, iç hukukunda öngörülen ve kendi ülkesinin makamlarının taleplerini yerine getirirken kullandığı zorlayıcı tedbirleri uygulaması öngörülmüştür. O halde ihtiyari olarak elde edilemeyen deliller için ülke içi delil temininde uygulanan zorlayıcı tedbirlerin aynısı yabancı ülkeden gelen delil temini taleplerinde de uygulanacaktır.

28 USC § 1782'de delil temini için öngörülen ikinci yolun doğrudan delil temini olduğunu yukarıda belirtmiştik. Yabancı ülkede görülen davada Amerika'da bulunan delillerin mutlaka istinabe yoluyla temin edilmesi gerekmez. "İlgili herhangi biri" delil temini için doğrudan Amerikan mahkemesine başvurulabilir. 28 USC § 1782'de "ilgili herhangi biri" kavramı kullanılmış, "davanın tarafları" denilmemiştir. 28 USC § 1782'ye göre, yabancı ülkede görülen davada kullanılmak üzere ilgili herhangi biri, delil temini için doğrudan Amerikan mahkemesine başvurma hakkına sahiptir³⁰. Genellikle doğrudan delil teminine ilişkin talep yabancı ülkeden Amerikalı avukatlara gelmekte ve gerekli işlemler Amerikalı avukatlar tarafından tamamlanmaktadır³¹. Böylece milletlerarası istinabe taleplerinin iletilmesi sırasında kaybedilen zamandan da tasarruf edilmiş olmaktadır. Hatta bu yolla delil temininin kapsamı daha da geniştir. Çünkü taraflardan biri doğrudan Amerikan mahkemesine başvurarak delil temini talep ettiğinde Amerikan mahkemesi "discovery" yöntemini uygulayarak dava ile ilgili bütün maddî olguları, belgeleri toplayabilecek ve şahit ifadelerini alabilecektir³². Nitekim, *Panayiotou and Others v. Sony Music Entertainment (UK) Limited* davasında³³ doğrudan Amerikan mahkemesine başvurarak delil temin etmenin daha avantaj-

²⁸ Bradley J. FREEDMAN/Gregory N. HARNEY, Obtaining Evidence from Canada: The Enforcement of Letters Rogatory by Canadian Courts, 21(1987) U. Brit. Colum. L. Rev., s. 352.

²⁹ FELLAS, 297; HENDRIX, Judicial Assistance from American Courts, 22.

³⁰ HENDRIX; Judicial Assistance from American Courts, 23.

³¹ Gordon A. CHRISTENSON, International Judicial Assistance and Utah Practice, 7(1960-1961) Utah Law Review, s. 496.

³² FELLAS, 297-2298.

³³ High Court, Chancery Division, [1994] E.M.L.R. 229.

lı bir netice ortaya çıkaracağı açıkça görülmektedir. Bu davada, İngiltere'de Sony Music Entertainment'a karşı dava açan George Michael, mahkemeden, New York'da bulunan ve Sony grubuna dahil olan dava dışı Sony şirketlerinin ellerinde bulunan belgelerin Amerika'dan getirtilmesini talep etmişti. İngiliz mahkemesi bu talebi kabul etmişti. Ancak mahkeme bütün belgeleri değil sadece dava ile yakın ilgisi olan belgeleri istinabe yoluyla Amerika'dan istemişti. Amerikan hukukuna göre bütün belgelerin temini mümkün olmakla beraber İngiliz mahkemesi 1970 Lahey Antlaşması kapsamında Amerikan merkezî makamına gönderdiği istinabe talebinin kapsamını kendi hukukuna göre sınırlamıştı. Çünkü İngiliz hukukuna göre, dava dışı kişilerden (1) kesin olarak belirlenmiş, (2) delil olarak kabul edilebilir, (3) davayla doğrudan bağlantılı ve (4) mevcudiyetlerine kanaat getirilen belgelerin temini için istinabe talebi yapılabilir. Eğer George Michael 1970 Lahey Antlaşması kapsamında istinabe suretiyle belgelerin Amerika'dan getirtilmesini talep etmeyip 28 USC § 1782 uyarınca doğrudan Amerikan mahkemesine başvurarak bu belgelerin toplanmasını talep etseydi üçüncü kişilerde bulunan bütün belgeler herhangi bir sınırlama olmaksızın elde edilebilecekti³⁴.

28 USC § 1782, 1964 yılında değiştirilmiştir. 1964 değişikliğinden önce, yabancı mahkemelerde görülen davalarla ilgili olarak Amerika'da bulunan deliller sadece milletlerarası istinabe yoluyla elde edilebiliyordu. 1964 değişikliği 28 USC § 1782'nin kapsamını genişleterek yabancı ülkede görülen davanın taraflarına da doğrudan Amerikan mahkemelerine başvurarak delil isteme hakkını vermiştir³⁵. Ayrıca bu değişiklik ile, milletlerarası istinabenin kapsamı genişletilmiş; yabancı mahkeme kavramına milletlerarası nitelikli mahkemeler de dahil edilmiş; istinabe eden kavramına yabancı mahkemelerin yanında milletlerarası nitelikli mahkemeler ve ilgili kişiler de eklenmiştir³⁶.

Discovery benzeri sistemlerin Kıta Avrupa ülkelerinde kabul edilmesi, bu ülkelerin hukuklarında üçüncü şahıslarda veya davanın taraflarında bulunan delillere tam olarak ulaşılabilmesini temin etmeye yönelik modern gelişmeleri yansıtmaktadır. Alman Medenî Usul Kanununda yapılan değişiklikten sonra bazı Alman yazarlar üçüncü şahıslarda veya davanın taraflarında bulunan delillerin temini konusunda ihtiyatlı da olsa yapılan düzenlemelerin Amerikan usulü discovery yöntemi olarak dikkate alınıp alınmayacağını tartışmaya başlamıştır. Ancak bu tartışma STÜRNER'e göre³⁷ pek anlamlı de-

³⁴ FELLAS, 298.

³⁵ FELLAS, 299.

³⁶ McCARTHY, 781.

³⁷ STÜRNER, 234.

ğildir. Eğer bu tehlike gerçekse, Fransa başta olmak üzere kendi usul hukuklarında delil temini konusunda cömert değişiklikler yapan diğer Avrupa ülkeleri en az otuz yıl önce fisihing expeditions'ı sistemlerine dahil etmiş sayılabılırdı, ama bu gerçekleşmedi. Kıta Avrupa ülkeleri, Amerikan sistemine benzer şekilde delillerin taraflarca sunulması sisteminin uygulanması neticesinde, tarafların maddî vakıaları ayrıntılı olarak gerekli ölçüde ortaya koymayacağıının; özellikle üçüncü şahıslarda veya davanın taraflarında bulunan deliller hakkında yeterli bilgi sahibi olamayacaklarının farkındaydılar. Kıta Avrupa ülkelerinde bu aksaklığı gidermek için devreye mahkemeler girmekte; maddî vakıaların daha geniş ölçüde ortaya konulmasını ve üçüncü şahısların veya davanın taraflarının kontrolünde bulunan delillerin sunulmasını sağlamaktadırlar. Mahkemeler devreye sokulmasaydı gerçeğin ortaya çıkması tahammül edilemez ve haksız bir şekilde engellenebilirdi³⁸.

B. Yabancı Ülkelerde Delil Temini Konusunda *Common Law* ile *Civil Law* Arasındaki Farklılıklardan Kaynaklanan Engeller

Amerikan discovery sistemi, uygulama alanının geniş olması sebebiyle eleştirilmekte; usul hukukunun yeknesaklaştırılmasına ilişkin çok taraflı bir milletlerarası antlaşmanın yapılmasına engel olduğu düşünülmektedir³⁹.

Yabancı ülkede bulunan delillerin temin edilmesi söz konusu olduğunda taraflar Amerikan usul hukuku kuralları kapsamında bu delilleri elde etmeye çalışmaktadırlar⁴⁰. Delil temini davanın taraflarını ilgilendiren bir husus olarak düzenlendiğinden yabancı ülkede bulunan delillerin temin edilmesi de taraflara yönelik bir işlem olarak kabul edilmektedir. Yabancı mahkeme-yi ilgilendiren veya yabancı mahkeme tarafından yapılması gereken herhangi bir işlem bulunmadığından delillerin bulunduğu ülkede oturan kişilerin Federal Rules of Civil Procedure kabul etmeleri beklenmektedir. Hatta, Amerikan mahkemeleri, yabancı ülkelerde bulunan delillerin 1970 Lahey Antlaşmasının göre temin edilmesine ilişkin talepleri reddetmektedirler. Mahkemeler, 1970 Lahey Antlaşmasının sadece davaya taraf olmayan üçüncü şahıslardan delil temin edilmesinin gerekli olduğu hallerde uygulanacağını; eğer deliller davanın taraflarından temin edilecekse Antlaşmanın uygulanmasına gerek olmadığını; zaten davanın taraflarının Amerikan mahkemesinin yetkisine tabi olduğunu ve bu sebeple nerede bulunursa bulunsun delilleri vermek zorunda olduğunu ifade etmektedirler⁴¹. Amerikan mahkemelerindeki baskın görüş, 1970 Delil Lahey Antlaşmasının, Antlaşma hükümleri uygulanmaksızın taraflarca delil teminini engellemediği yönündedir⁴².

³⁸ STÜRNER, 234-235.

³⁹ STÜRNER, 232.

⁴⁰ BETTI, 111.

⁴¹ BETTI, 135.

⁴² REUFELS/KELLY, 293.

Ayrıca Amerikalı hâkimler ve avukatlar Avrupa'daki delil teminine güven duymadıklarından ve merkezî makamlar vasıtasıyla delil temini uzun zaman aldığından kendi uzmanlarını göndererek doğrudan delil temin etmeyi tercih etmektedirler. Bu kişiler "legal tourist" olarak adlandırılmaktadır. Genellikle avukatlar delilin bulunduğu ülkeye giderek bunları kendileri elde etmeye çalışmaktadır⁴³. İsteğe bağlı olarak delil toplanmasına izin veren ülkelerde, Amerikalı avukatlar, Amerikan konsolosluklarının devreye girmesine gerek olmaksızın, delillerin bulunduğu ülkede yemin verdirme yetkisi olan avukatların bürolarında veya otellerde veya başka uygun yerlerde veya Amerikandan telefonla ifadeleri almaktadırlar⁴⁴. Örneğin, İngiltere, bu şekilde delil teminine itiraz etmemektedir. Amerika'da görülen bir dava ile ilgili olarak İngiliz mahkemeleri istinabe edilmeksizin zor kullanmamak yani ihtiyari şartıyla yabancı avukatların veya özel olarak atanan kişilerin İngiltere'de bulunan delilleri toplamasına yasal bir engel yoktur⁴⁵.

İsteğe bağlı olsa dahi yabancı ülkelere gelen avukatların veya özel olarak atanan kişilerin kendi ülkelerinde doğrudan delil toplamasını kabul etmeyen devletlerde, şahit veya taraf ifadeleri Amerikan konsolosluklarında alınmaktadır. Amerikanın yaptığı konsolosluk antlaşmaları Amerikan konsoloslarına yemin verdirme yetkisini de tanımaktadır⁴⁶.

Amerikalı hakimler, delillerin bulunduğu yabancı ülke tarafından açıkça izin verilmediği sürece, bu ülkeye giderek delil toplayamazlar. Hatta Amerikan konsolosluk ve elçiliklerinde dahi ifade alamazlar. Aksi halde, delillerin bulunduğu ülkenin yargı egemenliği ihlâl edilmiş olur⁴⁷.

SCHLOSSER'e göre, delillerin bulunduğu yabancı ülkelerdeki merkezî makamların onayı yoksa bu uygulama meşru değildir⁴⁸. Amerika Birleşik Devletleri'nde, Türk şirketlerine karşı açılan davalarda, Türk mahkemelerinden yardım istemek yerine, avukatların Türkiye'ye gelerek delil temin etmeye çalıştıkları görülmektedir. Yabancı bir mahkemenin Türk mahkemesine yönelik bir istinabe talebi olmadan, yabancı avukatın Türkiye'ye gelerek şahidin rızasıyla elde ettiği ifadenin delil olarak kabule şayanlığı ve ispat gücü yabancı mahkemenin hukukuna tabidir. Bu açıdan, milletlerarası istinabe yoluna başvurulmaksızın, yabancı avukatların kendiliğinden elde ettikleri ve kendi mahkemelerinde kullanacakları delillerin ispat gücü ve değerinin Türk hukukuna göre tartışılmasının pratik bir sonucu bulunmamaktadır.

⁴³ Peter SCHLOSSER, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Cooperation*, 284(2000) *Recueil des Cours*, s. 133.

⁴⁴ http://state.gov/law/info/judicial/judicial_689html (9.8.2006).

⁴⁵ DICEY/MORRIS, *on the Conflict of Laws*, Edt. Lawrence Collins, Vol. 1, 13th ed., London 2000, § 8-053.

⁴⁶ http://state.gov/law/info/judicial/judicial_689html (9.8.2006).

⁴⁷ http://state.gov/law/info/judicial/judicial_689html (9.8.2006).

⁴⁸ SCHLOSSER, 133.

Kıta Avrupa ülkeleri ise Amerika'nın bu uygulamasını yargı egemenliklerinin ihlâli olarak görmekte-dirler⁴⁹. Diğer bir ifadeyle, Avrupa devletleri, kendi ülkelerinde bulunan ve yabancı mahkemeye sunulacak olan delillerin milletlerarası antlaşma hükümleri çerçevesinde istinabe yoluna başvurulmaksızın Amerikalı avukatlar tarafından elde edilmesini yargı yetkilerinin ihlâli olarak kabul etmektedirler⁵⁰. Hatta, Amerikan hukukunda yer alan delil teminine ilişkin kuralların ülke aşan (extraterritorial) etkilerini önlemek için bazı yasal düzenlemeler (blocking statutes) yapılmaktadır⁵¹. "Blocking legislation", tanıkların ifadesinin alınmasını ve belgelerin sunulmasını, incelenmesini ve ülkeden çıkarılmasını engeller. Örneğin, yabancı ülkede görülen dava ile ilgili olarak talep edilen delillerin verilmesi Kanada'nın uluslararası ticarî menfaatlerini veya egemenliğini olumsuz yönde etkileyecek ise Kanada bu tür delil temini taleplerini kabul etmemektedir⁵². Aynı değerlendirme, bir çok ülke tarafından, Amerikan hukukunda mevcut olan "pre-trial discovery" usulünün bir parçası olarak başka bir ülkede bulunan belgelerin ve bilgilerin istenilmesi hususunda da yapılmaktadır. Amerikan mahkemeleri, diğer ülkelerin "blocking legislation" niteliğindeki düzenlemelerini istinabe taleplerini yaparken bir engel olarak görmemektedir. Bu düzenlemelere rağmen davanın taraflarını delil sunmaya zorlamaktadırlar. Hatta, kişinin bulunduğu ülkede delil sunması yasaklanmış ve yasağa uymayanlar için ceza öngörülmüş olsa bile Amerikan mahkemeleri yabancı ülkelerin "blocking legislation"larını göz ardı edip kendi kararına uymayanlara -bazı iddiaları ileri sürememesi, davanın düşmesi, gıyabında karar verme gibi- çok ağır yaptırımlar uygulamaktadırlar. Bu yaptırımların uygulanmasında kişilerin iyi niyetli olup olmadığına da bakılmamaktadır⁵³.

1987 yılında, Amerika'nın Iowa Eyalet mahkemesinde görülen bir davada (*Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. District Court for Southern District of Iowa*⁵⁴) bu konu üzerinde durulmuştur. Iowa Eyalet Mahkemesinde, uçak proje, imâlat ve pazarlaması yapan Fransız Devlete ait şirketin "Rallye" adlı uçağının Amerikan havacılık yayınlarında reklamı yapılmıştı. Bu reklamda "Rallye" dünyanın en güvenli ve en ekonomik uçağı olarak tanıtılmıştı. 19.8.1980 tarihinde "Rallye" kaza yapmış ve pilot ile bir yolcu yaralanmıştı. Yararlanan kişiler, imâlatçıların ayıplı mal ürettiklerini ve

⁴⁹ BETTI, 111-113.

⁵⁰ REUFELS/KELLY, 293; DICEY/MORRIS, § 8-053.

⁵¹ BETTI, 111-113.

⁵² FREEDMAN/HARNEY, 374-375

⁵³ FREEDMAN/HARNEY, 375.

⁵⁴ *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. District Court for Southern District of Iowa*, 26(1987) ILM, s. 1021-1044.

sattıklarını belirterek Fransız şirketine karşı zararların tazmini için dava açmışlardı. Fransız uçak şirketi mahkemenin yetkisine itiraz etmemiştir. Davanın başında, Amerika'da bulunan deliller, Federal Rules of Civil Procedure kapsamında, herhangi bir itiraz olmaksızın taraflarca temin edilmişti. Davacılar, Fransa'da bulunan delillerin temin edilmesine yönelik taleplerde bulunmuşlardı. Davacıların Fransa'da bulunan uçağın gövde, motor ve diğer bütün tasarımlarına ilişkin belgelerin sunulması, Rallye adlı uçağın deneme uçuşunu yapan pilotların sorgulanmasının talep edilmesi üzerine, davalı uçak şirketi bu talebin yerine getirilmemesi için koruyucu önlem (protective order) talep etmişti. Bu talep mahkeme tarafından reddedilmiştir. Karara karşı temyiz yoluna başvurulmuştu. Ancak temyiz mahkemesinin de kararı onaylaması üzerine, davalı Fransız şirketi Supreme Court'a başvurmuştu.

Davalı, Fransız şirketi olmaları sebebiyle Fransa'da bulunan delillerin sadece 1970 Lahey Delil Antlaşmasına göre temin edilebileceğini; bu Antlaşmanın âkit taraflar için zorunlu ve müdahaleci olarak uygulanması gerektiğini; Antlaşma varken Amerikan usul kuralları kapsamında Fransa'da bulunan delillerin temin edilemeyeceğini; yabancı ülkeden delil temin edilirken delillerin bulunduğu ülkenin egemenliğine saygı duyulması gerektiğini; üstelik Fransız Ceza Kanunu hükümleri uyarınca, milletlerarası antlaşmalara göre yapılmayan delil temini taleplerinin yerine getirilemeyeceğini; Fransız Ceza Kanununa göre, bu taleplerin yerine getirilmesinin suç teşkil ettiğini belirtmişti. Gerçekten de Fransız Ceza Kanununun 1A maddesinde, yabancı ülkelere yapılan delil temini taleplerinin yerine getirilmesinin hangi hallerde suç teşkil edeceği düzenlenmişti. Fransız Ceza Kanununun 1A maddesine göre, milletlerarası antlaşmalar, kanunlar ve diğer yasal düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, yabancı adli veya idari veya bunlarla bağlantılı yargılamalarda delil olarak kullanılmak üzere yazılı veya sözlü olarak veya başka bir şekilde ekonomik, ticari, finansal ve teknik belgelerin veya bilgilerin verilmesi, araştırılması veya ifşa edilmesi yasaktır. Fransız Ceza Kanununun 2. maddesinde, yabancı ülkelere delil temini talebi alan kişilerin ilgili bakanlığa bilgi vermesi zorunluluğu getirilmiştir.

Supreme Court'a göre, 1970 Lahey Delil Antlaşması, yabancı ülkelerde bulunan delillerin temini konusunda münhasır ve müdahaleci (exclusive or mandatory) bir usul öngörmemiştir. 1970 Lahey Delil Antlaşmasının hazırlık çalışmaları ve lafzı, diğer âkit devletlerde delil temini için zorunlu olmayan ihtiyari (optional) usul öngördüğünü kanıtlamaktadır. Antlaşmanın başlangıç kısmından da, müdahaleci olmayan, yabancı ülkelere delil teminini mümkün kılan ve bu konuda karşılıklı olarak adli işbirliğini geliştiren bir usulün amaçlandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, 1970 Lahey Delil Antlaşmasının hükümlerinde, ulusal hukukların delil teminine ilişkin usullerinin değiştirilmesi veya özel usullerin kullanılması zorunluluğundan söz edilmemiştir. Bu

sebeple, 1970 Lahey Delil Antlaşması, Amerikan mahkemesini, kendi usul kurallarına göre, Fransız şirketinden Fransa'da bulunan delilleri ibrazını isteme yetkisinden mahrum etmediği sonucuna varmıştır. Supreme Court'a göre, Federal Rules of Civil Procedure ile karşılaştırıldığında 1970 Lahey Delil Antlaşması, ağır yük getiren, zaman kaybına yol açan ve masraflı olan bir usul öngörmüştür. Adil, hızlı ve masraflı olmayan bir yargılamanın yapılması amacına Amerikan usul hukuku daha iyi hizmet etmektedir.

Davalı ise, Fransız "blocking statute"un, Fransa'da bulunan belgelerin verilmesini yasakladığını ifade etmişti. Mahkeme, Fransız "blocking statute"un Amerikan mahkemesini, yetkisine tabi olan şahsa delilleri sunmasını emretme yetkisinden mahrum edemeyeceği sonucuna varmıştı. Hatta, delillerin sunulması Fransız kanununu ihlâl etse dahi sonuç değişmeyecektir⁵⁵.

Amerikalı avukatların doğrudan veya kendi konsolosluklarında delil temin etmeleri isteğe bağlı olarak verilen deliller için geçerlidir. Eğer isteğe bağlı olarak delil temin edilmesi mümkün değilse, o zaman iki veya çok taraflı antlaşmalara uygun olarak milletlerarası istinabe yoluyla delil temini yoluna başvurulmaktadır. Telefonla veya telekonferans yoluyla ifade alama; belgelerin pre-trail discovery yöntemiyle tespiti; Amerikalı avukatların delillerin bulunduğu ülkede doğrudan delil temin etmesi bir çok ülkede yasaklanmıştır. Delillerin bulunduğu ülkede öngörülen usule uyulmadan bunların toplanması Amerikalı avukatlar da dahil tutuklama, gözaltı ve sınırdışı etme sonuçlarını doğurmaktadır. Bu ülkelere delil temin etmenin yegane yolu milletlerarası istinabe yoluna başvurmaktır⁵⁶.

C. Yabancı Ülkelerde Delil Temini Konusunda Common Law ile Civil Law Arasındaki Farklılıklardan Kaynaklanan Engelleri Kaldırma Çalışmaları

"Milletlerarası hukukî yardım alanında yeknesak bir uygulamanın sağlanması; yardım talebinin kısa sürede ve etkin bir şekilde yerine getirilmesi; diplomatik yolla iletilen yardım taleplerinin yanı sıra yeni yöntemlere başvurulması imkânının sağlanması; taraf olan devletler açısından yardım talebinin yerine getirilmesi yükümlülüğünün öngörülmesi ve böylece taleplerin reddine engel olunması amacıyla antlaşmalar yapılmaktadır"⁵⁷. "Milletlerarası antlaşmalar, istinabe taleplerinin diplomatik yolla iletilmesinden kaynaklanan zorlukları ve zaman kaybını bertaraf etmek amacıyla yapılmıştır. Bununla birlikte, milletlerarası antlaşmaların varlığı, hukuk kültür-

⁵⁵ Kararın özeti için bkz. Maurice ROSENBERG/Peter HAY/Russell J. WEINTRAUB, Conflict of Laws, 10th ed., New York 1996, s. 744-746.

⁵⁶ http://state.gov/law/info/judicial/judicial_689.html (9.8.2006).

⁵⁷ EKŞİ, Milletlerarası İstinabe, 380.

lerinden kaynaklanan zorlukları ortadan kaldırmak için yeterli olmamıştır. Antlaşmalara göre, delillerin temininde her ülke kendi hukukunu uygulayacaktır. Her ülkenin kendi usul kurallarını uygulaması ve delil teminine ilişkin usul sistemlerinin birbirinden farklı olmasından kaynaklanan sorunlar milletlerarası antlaşmalara rağmen giderilememiştir⁵⁸. Diğer bir ifadeyle “antlaşmalara rağmen, milletlerarası hukukî yardım ile ilgili sorunlar henüz tam olarak çözümlenememiştir. Özellikle de, usul hukuklarındaki farklılıkların hukukî yardım taleplerinin yerine getirilmesi bakımından yarattığı sorunlar aşılabilmiş değildir. Belki de bu sorunları aşmak için Avrupa Birliği'nin yaptığı gibi, hukukî yardım taleplerinde, merkezî makam ve diplomatik ajanları bertaraf edip doğrudan diğer bir ülkedeki mahkemenin istinabe edilmesine olanak veren bir sistemin kabul edilmesi gerekir. Ancak Avrupa Birliği gibi ekonomik ve siyasî alanda bütünleşmeyi sağlamış olan bir topluluğa üye olan ülkelerin mahkemeleri arasında yakın işbirliğini sağlamak kolay olmakla beraber aynı işbirliğini aralarında böyle bir bütünleşme olmayan ülkelerin mahkemeleri arasında sağlamak pek de kolay değildir⁵⁹.”

II. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Yabancı Ülkelerden Delil Teminine İlişkin Hükümler

HUMK'da, milletlerarası istinabeye açıkça değinen iki hüküm bulunmaktadır: HUMK 343. madde ve 527/3. madde. HUMK'un 343. maddesinde, yemin edecek kişinin, mahkemenin yargı çevresi dışında oturması halinde, yemin için davayı gören mahkemeye gelmek zorunda olmadığı; bulunduğu yer mahkemesi veya eğer yabancı ülkede oturuyorsa bu ülkenin yetkili makamları huzurunda yemin ettirilmeyi talep edebileceği ifade edilmiştir. Nitekim, Yargıtay da muhtelif kararlarında⁶⁰, yurt dışında bulunan şahitlerin ifade-

⁵⁸ EKŞİ, Milletlerarası İstinabe, 356.

⁵⁹ EKŞİ, Milletlerarası İstinabe, 380.

⁶⁰ 13. HD, E. 1985/7696, K. 1986/469, T. 31.1.1986: “Davalı Almanya'da oturmaktadır. Mahkemenin kaza çevresi dışında ikamet ettiğinden HUMK'un 343. maddesi gereğince yemin için mahkemeye gelmek zorunluluğunda değildir. O halde, davalının yemin işleminin istinabe yoluyla bulunduğu Alman mahkemelerinde usulüne uygun olarak yaptırılması icabeder. Mahkemece, davalıya yemin davetiyesi gönderilmeden yeminden kaçmış sayılmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır ve bozma nedenidir” 12 (1986) 11 YKD, s. 1665-1666.

13. HD, E.1986/3052, K. 1986/3650, T. 8.4.1986: “Davacının Libya'da bulunması davalının yemin deliline dayanmasını bertaraf edemez. Mahkemece, Libya ile aramızda adli yardım anlaşması bulunup bulunmadığı Dışişleri Bakanlığı'ndan sorularak saptanmak, varsa bu anlaşma hükümleri dairesinde işlem yapmak gerekir. Libya ile böyle bir anlaşmanın bulunmadığının saptanması halinde HUMK'un hükümleri dairesinde işlem yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir” 12 (1986)9 YKD, s. 1281.

sinin HUMK'un 343. maddesine istinaden, buldukları yer mahkemesi istinabe edilerek alınması gerektiğini ifade etmiştir. Yemin açısından, yabancı bir mahkemenin istinabe edilebileceğini açıkça düzenleyen bu madde, istinabe talebinin nasıl gerçekleştirileceği sorusunu yanıtsız bırakmıştır. Uygulamada, bu madde kapsamında yapılan milletlerarası istinabe talepleri diplomatik yolla iletilmektedir.

HUMK'un 527/3. maddesinde, hakemler tarafından yapılamayacak işler sayılmıştır. "Yabancı mahkemeyi istinabe etmek" hakemler tarafından yapılamayacak işler arasında yer almaktadır. Yabancı bir mahkemeyi istinabe etmek gerekirse, o zaman, hakemler sulh hukuk mahkemesine⁶¹ müracaat etmek zorundadırlar.

HUMK'un milletlerarası istinabeye olanak sağlayan bu hükümlerine rağmen, milletlerarası istinabe taleplerinin nasıl gerçekleştirileceği hakkında, iç hukukumuzda, özel bir düzenleme bulunmamaktadır. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunda (MÖHUK) da konuya ilişkin bir hüküm yoktur⁶². Bununla beraber, Türkiye'nin taraf olduğu

13. HD, E. 1986/2474, K.1986/2909, T.14.5.1986: "Davacının teklif ettiği yemin, davalı vekili tarafından kabul edilmiş ve müvekkilinin yurt dışında bulunduğunu bildirerek yurt dışındaki adresini açıklamıştır. Böylece davalının yeni adresi bellidir. HUMK'un 343. maddesi gereğince mahkemenin yargı çevresi dışında ikamet eden kimse yemin için o mahkemeye gelmek mecburiyetinde değildir. Bulduğu mahal mahkemesinde veya ecnebi memleketinde ise mahallinin usulüne tevfikeyen o memleketin selahiyettar memuru huzurunda yemin etmesini isteyebilir. O halde, olayda davalının yemin işlemi Adalet Bakanlığı aracılığı ile İsviçre'de yerine getirilmelidir" XI-II(1987)11 YKD, s. 1675-1676.

⁶¹ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 12/B maddesine göre, hakem veya hakem kurulu, delillerin toplanmasında asliye hukuk mahkemesinden yardım isteyebilir. Bu takdirde mahkeme, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükümlerini uygular. Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanına giren tahkimlerde, yabancı bir mahkemenin istinabe edilmesi zarureti olan hallerde müracaat asliye hukuk mahkemesine yapılacaktır. Bu maddede, asliye ticaret ve asliye hukuk mahkemeleri arasında bir ayırım yapmak yerine her ikisine de müracaat yapılmasına imkân veren "asliye mahkemeleri" kavramının kullanılması daha yerinde olurdu.

⁶² İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanununda milletlerarası hukukî yardıma ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Kanunun 11. maddesinde "hukukî yardım" başlığı altında şu düzenleme getirilmiştir: İsviçre'de hukukî yardım işlemleri, bunların yerine getirileceği Kanton hukukuna göre icra edilir. Eğer taraflardan biri önemli sebeplere istinaden itiraz etmezse veya hukukî bir talebin yabancı ülkede icrası için gerekli ise, talep eden devletin isteminde belirtilen usuller uygulanabilir veya dikkate alınabilir. Eğer İsviçre hukukundaki usul, diğer ülkede tanınmıyorsa ve bu nedenle meşru talep diğer ülkede icra edilemiyorsa, İsviçre adli veya idari makamları, yabancı hukuka göre belge düzenleyebilir veya yeminli ifade alabilirler (Kanunun İngilizce metni için bkz. A. Pierre KARRER/W. Karl ARNOLD, Switzerland's Private International Law Statute, Deventer 1989).

milletlerarası istinabe ile ilgili antlaşmalarda konuyla ilgili hükümlere yer verilmiştir. İstinabe edilecek mahkemenin bulunduğu devlet ile Türkiye arasında bir antlaşma yoksa, milletlerarası istinabeler şu şekilde yerine getirilmektedir: Türk mahkemesinin istinabe talebi, talebin içeriğine ilişkin bilgilerle beraber Cumhuriyet savcılığı aracılığıyla Adalet Bakanlığına, buradan Dışişleri Bakanlığına ulaştırılır. Dışişleri Bakanlığı talebi, ilgili Türk konsolosluğu vasıtasıyla yetkili yabancı makama iletir. İstinabe talebi yabancı makam tarafından kendi ülkesindeki mahkemeye intikal ettirilir. İstinabe talebi, yerine getirildikten sonra tutanak, aynı yolla Türkiye'ye geri gönderilir. Bu yolla istinabe talebinin iletilmesi uzun zaman alan külfetli bir iştir.

III. Yabancı Ülkelerde Delil Temini Konusunda Türkiye'nin Yaptığı İki Taraflı Antlaşmalar

A. İki Taraflı Konsolosluk Antlaşmaları

Türkiye'nin yaptığı iki taraflı konsolosluk antlaşmalarının⁶³ bazılarında delil teminine ilişkin hükümler de yer almaktadır.

Yugoslavya Federatif Sosyalist Cumhuriyeti ile yapılan konsolosluk antlaşmasının⁶⁴ 29. maddesine göre, konsolosluk memuru, gönderen devletin talebi üzerine, bu devlet uyruklarının rızaları olmak şartıyla taraf veya şahit veya ehli-vukuf sıfatıyla ifadelerini alabilir. Aynı hüküm Arnavutluk ile yapılan konsolosluk antlaşmasının⁶⁵ 39. maddesinde de yer almaktadır.

Suriye ile yapılan konsolosluk antlaşmasının⁶⁶ 42. maddesine göre, konsolosluk memuru, gönderen devlet yetkili makamlarının talebi üzerine, gönderen devlet vatandaşlarının, taraf, şahit veya bilirkişi olarak, isteğe bağlı ifadelerini kabul etmek hak ve yetkisini haizdir. Bu işlemlerin yapılmasında, zorlama vasıtalarının kullanılması veya kullanılacağı tehdidinde bulunulması yasaktır.

Polonya ile yapılan konsolosluk antlaşmasının⁶⁷ 39. maddesi konsolosluk memuru yürürlükteki uluslararası antlaşmalar uyarınca veya antlaşma bu-

⁶³ Antlaşmaların metni için bkz. Aysel ÇELİKEL/Cemal ŞANLI/Günseli ÖZTEKİN/B. Bahadır ERDEM/İnci ATAMAN/F. Kerem GİRAY, *Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri*, İstanbul 2005, s. 578-1348.

⁶⁴ RG 14.8.1971/13926. Türkiye ile eski Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti arasında yapılan konsolosluk ve hukuk alanlarındaki antlaşmaların Hırvatistan arasında halefiyet yoluyla yeniden yürürlüğe konulmasına ilişkin antlaşma için bkz. RG 2.9.1997/23098.

⁶⁵ RG 19.9.1993/21703.

⁶⁶ RG 18.1.1987/19345.

⁶⁷ RG 24.12.1988/20029.

lunmadığı takdirde kabul eden devletin kanun ve düzenlemelerine uygun olmak kaydıyla istinabeleri yerine getirmek yetkisini haizdir.

SSCB ile yapılan konsolosluk antlaşmasının⁶⁸ 43 maddesi Suriye ile yapılan antlaşmanın 42. maddesine paralel bir düzenleme getirmiştir. Bu maddeye göre, konsolosluk memuru gönderen devlet yetkili makamlarının, gönderen devlet vatandaşlarının, taraf, şahit veya bilirkişi olarak isteğe bağlı ifadelerini kabul etmek hak ve yetkisini haizdir. Bu işlemlerin yapılmasında, zorlama vasıtalarının kullanılması veya kullanılacağı tehdidinde bulunulması yasaktır. Aynı hüküm Azerbaycan⁶⁹; Türkmenistan⁷⁰; Litvanya⁷¹; Kazakistan⁷²; Özbekistan⁷³, Kırgız Cumhuriyeti⁷⁴; Gürcistan⁷⁵; Lübnan⁷⁶; Moldova⁷⁷; ve Makedonya⁷⁸ ile yapılan konsolosluk antlaşmalarının 43. maddelerinde de yer almaktadır.

Çin ile yapılan konsolosluk antlaşmasının⁷⁹ 26. maddesine göre, konsolosluk memuru kabul eden devletin kanun ve düzenlemelerini aksatmayacak şekilde gönderen devlet vatandaşlarının istimalarını yapma yetkisine sahiptir. Libya ile yapılan konsolosluk antlaşmasının⁸⁰ 35. maddesinin 4. paragrafında, kabul eden devletin kanun ve düzenlemeleriyle bağdaşan her şekilde istinabeleri yerine getirmek konsolosların görevleri arasında sayılmıştır.

B. Hukukî ve Ticarî Konularda Adli Yardımlaşma Antlaşmaları

Türkiye bazı ülkelerle ikili antlaşmalar⁸¹ yaparak istinabe taleplerinin iletilmesi ile ilgili prosedürleri basitleştirmiştir. İkili antlaşmalarda sadece hu-

68 RG 11.7.1989/20192.

69 RG 19.9.1993/21703.

70 RG 12.11.1997/23168 Mükerrer.

71 RG 22.8.1997/23088 Mükerrer.

72 RG 14.8.1997/23080.

73 RG 14.8.1997/23080.

74 RG 22.8.1997/23088.

75 RG 12.11.1997/23168.

76 RG 1.9.2004/25570.

77 RG 11.8.2003/25196.

78 RG 18.3.2004/25406.

79 RG 15.4.1991/20846.

80 RG 9.9.2003/25224.

81 İki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarının listesi için bkz. EKŞİ, Mevzuat ve Antlaşmalar 198-203. İki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarının metinleri için bkz. ÇELİKEL/ŞANLI/ÖZTEKİN/ERDEM/ATAMAN/GİRAY, 1351-1756.

kuk davalarında değil, ceza davalarında da milletlerarası istinabe yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir⁸². Milletlerarası istinabenin yanında milletlerarası tebligat, teminat konularına da yer verilen ikili antlaşmaların bir kısmında tanıma ve tenfize ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ikili antlaşmalar üye devletler arasında hukuk ve ceza davalarında yardımlaşmayı en geniş şekilde düzenlemişlerdir.

Hangi konularda milletlerarası istinabe yoluna başvurulacağı ile ilgili olarak ikili antlaşmalarda farklı yaklaşımlar sergilenmiştir. Bazı antlaşmalarda “bir araştırma ve inceleme işlemi veya diğer adli işlemlerin yerine getirilmesi”nden söz edilmişken bazılarında “her çeşit adli işlemin yerine getirilmesi” ifadesine yer verilmiştir. Bir kısım iki taraflı antlaşmalarda ise, taraf devletlerden her birinin, delillerin tespiti, dosyaların ve belgelerin iletilmesi, takibat icrası, bilirkişi incelemesi yaptırılması amacıyla hukukî konularda diğer devlete istinabe evrakını gönderebileceği ifade edilmiştir⁸³.

İstinabe talebinin, istinabe edilen mahkemenin hukukuna göre yerine getirilmesine ilişkin esas, milletlerarası antlaşmalarda da benimsenmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu ikili antlaşmalarda, istinabe talebi yerine getirilirken izlenecek metodlar ve usuller ile uygulanacak zorlayıcı tedbirler bakımından mahkemenin kendi hukukunu uygulayacağı ifade edilmiştir. Bununla beraber, bazı antlaşmalarda, istinabe edilen devletin mevzuatı ile ters düşmedikçe yardım isteyen makamın izlenmesini istediği özel usul çerçevesinde istinabe talebinin yerine getirilmesine de olanak tanınmıştır⁸⁴.

Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı antlaşmalarda hangi hallerde istinabe

⁸² Ceza hukuku alanında, özellikle, belgelerin tevdi, arama, delil teşkil eden belge ve eşyaya el konulması ve teslimi, bilirkişi incelemesi, sanıkların ve şahitlerin sorgulanması, bilirkişilerin dinlenmesi, keşif yapılması, suçluların iadesi, cezalarının vatandaş oldukları devlette infazı amacıyla hükümlülerin nakli, gayrimeşru para ve eşyaların nakli, tutuklu şahısların dinlenmek üzere celbi, adli sicil kayıtları ve ceza kararları hakkında bilgi verilmesi konularında yardımlaşma öngörülmüştür (örnek olarak bkz. Karar Sayısı: 2000/573 Türkiye Cumhuriyeti ile Tacikistan Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticarî ve Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşmasının Onaylanması Hakkında Karar, RG 30.5.2000/24064; Karar Sayısı: 2000/572 Türkiye Cumhuriyeti ile Kuveyt Devleti Arasında Hususî Hukuk, Ticaret ve Ceza Konularında Hukukî ve Adli İşbirliği Anlaşmasının Onaylanması Hakkında Karar, RG 30.5.2000/24064; Karar Sayısı: 2000/638 Türkiye Cumhuriyeti ile Moldova Cumhuriyeti Arasında İmzalanan, Hukukî, Ticarî ve Cezaî Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşmasının Onaylanması Hakkında Karar, RG 28.5.2000/24062; Karar Sayısı: 7/4299 Türkiye Cumhuriyeti ile Romanya Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Cezaî İşlerde Adli Yardım Sözleşmesi, RG 17.5.1972/14190).

⁸³ EKŞİ, Milletlerarası İstinabe, 352.

⁸⁴ Bkz. Moldova (md. 6); Kuveyt (md. 12); Tacikistan (md. 6/1); Hırvatistan (md. 7/1); Makedonya (md. 6/1); Özbekistan (md. 6/1); Çin (md. 6) ile yapılan antlaşmalar.

talebinin reddedilebileceği düzenlenmiştir. Antlaşmalarda yer alan ret sebeplerine ilişkin hükümler hemen hemen aynıdır. Antlaşmalara göre, esas olarak üç sebebe istinaden istinabe talebi reddedilebilir. Bu sebepler şunlardır:

- (1) İstinabe talebinin doğruluğunun saptanamaması,
- (2) İstinabe konusu işlemin adlî makamların yetkisine girmemesi,
- (3) İstinabe talebinin yerine getirilmesinin devletin egemenliğine, güvenliğine veya kamu düzenine zarar vermesi⁸⁵.

İki taraflı antlaşmalardan tarih itibariyle önce yapılanlarda dahi delil teminine ilişkin oldukça ayrıntılı hükümler yer almaktadır. İlk antlaşma 1929 yılında İtalya ile yapılmıştır. İtalya ile yapılan antlaşmanın⁸⁶ 7-17. maddeleri arasında hukukî ve cezaî konularda milletlerarası tebligat ve istinabe hususları düzenlenmiştir. Antlaşmanın 7. maddesinde istinabe evrakının dışişleri bakanlıkları vasıtasıyla gönderilmesini; 8. maddesinde istinabe evrakının gönderileceği devletin lisanına tercüme edilmesini; 9. maddesinde istinabe talebinin istinabe edilen devletin hukukuna göre yerine getirileceğini; bununla beraber hukukî ve ticarî nitelikte olan istinabe taleplerinin özel bir şekilde bağlı olarak yerine getirilmesinin istinabe eden makam tarafından talep edilebileceğini; istinabe eden makam talep ederse, ilgililerin hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla istinabenin yerine getirileceği yer ve zamanın istinabe eden makam bildirileceğini; 10. maddesinde istinabe talebinin yerine getirildiğine ilişkin evrakın diplomatik yolla iletileceği öngörülmüştür. İstinabe talebi, ancak antlaşmanın 11. maddesinde yer alan sebeplerden birine istinaden reddedilebilir. Bu sebepler şunlardır: (1) Evrakın geçerli olmaması, (2) İstinabe talebinin gönderildiği ülkede talebin icrası adliyenin görev alanı dışında kalması, (3) İstinabenin icrasının gönderilen devletin kamu düzenine veya mevzuatına aykırı olması. Prensip olarak istinabe talebinin yerine getirilmesi resim ve harca tabi olmamakla beraber istinabe edilen devlet, şahit ve bilirkişiye verilen tazminat ile şahitlerin mahkemeye ihzaren celp edilmelerinden doğan masrafları talep edebilir.

⁸⁵ Hukuk Usulüne Dair Antlaşma md. 11/III; Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsiline İlişkin Antlaşma md. 7.

Aynı red sebepleri Türkiye'nin taraf olduğu ikili adlî yardımlaşma antlaşmalarında da yer almaktadır. Örneğin, Tunus md. 12; Pakistan md. 5/5; Ürdün md. 13; KKTC md. 11/d; Mısır md. 18; Hindistan md. 8; Fas md. 12; Cezayir md. 11; Azerbaycan md. 10; Çin md. 5; Gürcistan md. 10; Özbekistan md. 10; Arnavutluk md. 10; Kazakistan md. 5; Makedonya md. 10; Hırvatistan md. 9; Moldova md. 5; Kuveyt md. 13; Tacikistan md. 10.

⁸⁶ Türkiye ile İtalya Arasında Adlî Himaye Adlî Makamların Hukuk ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Müzaheret ve Adlî Kararların Tenfizi Mukavelenamesi, RG 3.3.1929/1133.

Almanya ile yapılan antlaşmanın⁸⁷ 12. maddesine göre, akit devletlerin mahkemeleri hukukî ve ticari konularda gerek bir incelemenin yapılmasını ve gerekse diğer bir adlî işlemin yapılmasını talep edebilir. İstinabe talebi talep eden devletin konsolosu tarafından gönderilen devletin belirleyeceği makama iletilecektir. Antlaşmanın 13. maddesinde, istinabe talebinin yerine getirilirken, istinabe edilen mahkemenin iç istinabe taleplerini yerine getirirken uygulayacağı müeyyideleri aynen uygulamak zorundadır. İstinabe talebi, istinabe edilen devletin hukukuna göre yerine getirilir. Bununla beraber, istinabe eden mahkeme özel bir usulün kullanılmasını talep etmişse bu usul istinabe edilen devletin hukukuna aykırı değilse uygulanır. İstinabe eden makam talep ederse, ilgililerin hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla istinabenin yerine getirileceği yer ve zamanın istinabe eden makama bildirilir. İstinabe talebinin hangi hallerde reddedileceği antlaşmanın 15. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, istinabe talebi (1) adlî hükümlerine aykırıysa, (2) kamu düzeni veya kamu güvenliğine aykırıysa, (3) istinabe talebinin gönderildiği ülkede talebin icrası adliyenin görev alanı dışında kalıyorsa reddedilir. Şahit ve bilirkişiye verilen tazminat ile şahitlerin mahkemeye ihzaren celp edilmelerinden doğan masrafları özel bir usulün uygulanmasından kaynaklanan masraflar dışında istinabe edilen devlet harç ve masraf isteyemez. Antlaşmanın 17(2). maddesi taraf devletlerden birinin diğer taraf devlette bulunan vatandaşlarından zor kullanmaksızın diplomasi veya konsolosluk memurları vasıtasıyla delil talep edebileceklerini öngörmüştür.

Almanya ile yapılan antlaşmada bulunan istinabeye ilişkin bütün hükümler Avusturya ile yapılan antlaşmanın⁸⁸ 12-17. maddelerinde; İngiltere ile yapılan antlaşmanın⁸⁹ 7-11. maddelerinde; Çekoslovakya (Çek Cumhuriyeti) ile yapılan antlaşmanın⁹⁰ 12-17. maddelerinde; İsviçre ile yapılan antlaşmanın⁹¹ 10-15. maddelerinde; Yugoslavya ile yapılan antlaşmanın⁹² 12-16. maddelerinde; İran ile yapılan antlaşmanın⁹³ 11-16. maddelerinde; Ürdün

⁸⁷ Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Devleti Arasında Hukukî ve Ticarî Mevaddı Adlîyeye Müteallik Münasebatı Mütakabileye Dair Mukavelename, RG 4.6.1930/1511.

⁸⁸ Türkiye ile Avusturya Arasında Hukukî ve Ticarî Mevadda Müteallik Münasebetlere ve Adlî Kararların Tenfizine Ait Mukavelename, RG 4.8.1931/1864.

⁸⁹ Türkiye Cumhuriyeti ile İngiltere Hükümeti Arasında Mün'akit Müzaheret Adlîye Mukavelenamesi, RG 5.7.1932/2142.

⁹⁰ Türkiye Cumhuriyeti ile Çekoslovakya Cumhuriyeti Arasında Medenî ve Ticarî Hususatı Kazaiyeye Mütedair Karşılıklı Münasebatı Hakkında Mukavelename, RG 9.7.1932/2145.

⁹¹ Türkiye ile İsviçre Arasında Medenî ve Ticarî Mevatta Adlî Münasebetleri Tanzim Eden Mukavelename, RG 4.7.1934/2743.

⁹² Türkiye Cumhuriyeti ile Yugoslavya Krallığı Arasında Karşılıklı Münasebata Dair Mukavelename, RG 4.1.1936/3197.

⁹³ Türkiye Cumhuriyeti ile İran Devleti Şehinşahsisi Arasında Adlî Müzaheret Mukavelesi, RG 21.6.1937/3636.

ile yapılan antlaşmanın⁹⁴ 10-15. maddelerinde aynen yer almaktadır.

Romanya ile yapılan antlaşmanın⁹⁵ 7 ve 9. maddelerinde istinabe düzenlenmiştir. Akit taraflardan her biri, takibat icrası, delillerin tespiti, sanıkların sorguya çekilmesi, şahitler, bilirkişiler ve mağdur olmuş taraflarla şikayetçilerin dinlenmesi ve ekspertiz yapılması maksadıyla hukukî cezaî hususlarda diğer akit tarafa istinabe evrakı gönderebilir. İstinabe talebi, istinabe edilen devletin hukukuna göre yerine getirilir. İstinabe talebinde, talebin konusu; tarafların ve temsilcilerin isim ve adresleri; istinabe konusuna ilişkin gerekli bilgiler özellikle delil ve aydınlatılacak hususlar, yöneltilecek sorular açıkça yer almalıdır. Bu hükümler Bulgaristan ile yapılan antlaşmanın⁹⁶ 9. ve 11. maddelerinde aynen yer almaktadır.

IV. Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Teminini Konusunda Türkiye'nin Onayladığı Çok Taraflı Antlaşmalar

A. Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Konvansiyonu

Türkiye, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Konvansiyonuna taraf-tır⁹⁷. Bu Konvansiyonda, delil temini konsolosların yapacağı faaliyetler arasında sayılmıştır. Konvansiyonun 5. maddesinin (j) bendinde, “yürürlükteki milletlerarası antlaşmalar uyarınca veya böyle antlaşmalar bulunmadığı takdirde kabul eden devletin kanun ve düzenlemelerine uygun olacak şekilde adlî ve gayriadlî evrakı ulaştırmak veya istinabeleri yerine getirmek” konsolosun görevleri arasında sayılmıştır.

B. Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsiline İlişkin Antlaşma

Türkiye'nin taraf olduğu⁹⁸ ve milletlerarası istinabeye ilişkin hüküm içeren diğer bir antlaşma, Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsiline İlişkin Antlaşma'dır⁹⁹. Bu Antlaşmanın 7. maddesi istinabe başlığı altında

⁹⁴ Karar Sayısı 7/10031: Türkiye Cumhuriyeti ile Haşimi Ürdün Krallığı Arasında Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî İlişkileri Düzenleyen Sözleşme, RG 5.9.1975/15347.

⁹⁵ Türkiye Cumhuriyeti ile Romanya Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Cezaî İşlerde Adlî Yardım Sözleşmesi, RG 17.5.1972/14190.

⁹⁶ Karar Sayısı 7/15109: Türkiye Cumhuriyeti ile Bulgaristan Halk Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Cezaî Konularda Adlî Yardımlaşma Sözleşmesi, RG 24.5.1978/16296.

⁹⁷ RG 27.9.1975/5369.

⁹⁸ RG 18.3.1971/13782.

⁹⁹ Antlaşmaya taraf olan devletler şunlardır: Arjantin, Belçika, Kamboçya, Küba, Danimarka, Fransa, Macaristan, Meksika, Norveç, Slovakya, İsveç, Türkiye, Cezayir, Bo-

şu düzenlemeyi getirmiştir: Nafaka davasına bakan mahkeme, tamamlayıcı belgeler ve başka deliller temin etmek için, diğer âkit devlet mahkemesinden veya kurumundan istinabe talebinde bulunabilir. İstinabe talebini alan makam, tarafların hazır olabilmesi veya hazırlanabilmesi için istinabenin yerine getirileceği yeri ve zamanı müracaat eden makam ile borçluya bildirmek zorundadır. İstinabe mümkün olan süratle yerine getirilmelidir. İstinabe talebi, alındığı tarihten itibaren dört ay içinde yerine getirilmezse, gecikme sebepleri bildirilmelidir. İstinabenin icrası sebebiyle harç ve masraf talep edilemez. Hangi hallerde istinabe talebinin reddedilebileceği de 7. maddede sayılmıştır. Red halleri şunlardır:

- (1) belgenin sıhhatinin şüpheli olması;
- (2) istinabenin yerine getirilmesinin, devletin hakimiyet ve güvenliğine zarar verecek nitelikte olması.

C. Hukuk Usulüne Dair Lahey Antlaşması

Hukuk Usulüne Dair Antlaşma^{100, 101}, 1 Mart 1954 tarihinde Lahey'de imzalanmıştır. Hukuk Usulüne Dair Antlaşma bundan sonraki açıklamalarımızda kısaca 1954 Lahey Antlaşması olarak anılacaktır. 1954 Lahey Antlaşmasında, "delil temini" kavramı yerine istinabe ("letters rogatory") kavramı kullanılmıştır. Bu Antlaşmanın 8-16. maddeleri milletlerarası istinabeye ilişkindir.

1954 Lahey antlaşmasına taraf olan devletlerin mahkemeleri birbirlerini ancak hukukî ve ticarî konularda istinabe edebilirler. İstinabe eden mahkeme, diğer taraf devletin yetkili makamlarından yetkileri kapsamına giren alanlarda bir soruşturma veya diğer bir adlî işlemin yerine getirilmesini ta-

livya, Cape Verde, Kıbrıs Rum Kesimi, Dominik Cumhuriyeti, Almanya, İrlanda, Monako, Pakistan, Slovenya, İsviçre, Birleşik Krallık, Avustralya, Bosna Hersek, Merkezî Afrika Cumhuriyeti, Çek Cumhuriyeti, Ekvator, Yunanistan, İsrail, Fas, Polonya, İspanya, Sri Lanka, Hollanda, Uruguay, Avusturya, Brezilya, Kolombiya, Şili, El Salvador, Guatemala, İtalya, Yeni Zelanda, Portekiz, Filipinler, Eski Yugoslavya, Barbados, Burkina Fasso, Hırvatistan, Çin, Finlandiya, Haiti, Luxemburg, Nijerya, Romanya, Surinam, Belarus, Estonya, Kazakistan ve Tunus: <http://www.un.org> (12.6.2003).

¹⁰⁰ RG 23.5.1972/14194.

¹⁰¹ Hukuk Usulüne Dair Antlaşmaya taraf olan devletler şunlardır: Almanya, Arjantin, Avusturya, Belarus, Belçika, Bosna ve Hersek, Çek Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Ermenistan, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, İtalya, , İsveç, İsviçre, İsrail, İspanya, Japonya, Kıbrıs, Mısır, Letonya, Lithuania, Luxembourg, Macaristan, Makedonya (Eski Yugoslavya Cumhuriyeti), Morocco, Hollanda, Norveç, Özbekistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan ve Karadağ, Slovakya, Slovenya, Surinam, Kutsal Deniz, Kırgızistan, Lübnan, Moldova Cumhuriyeti, Ukrayna, Türkiye: <http://www.hcch.net/e/members/members.html> (13.3.2006).

lep edebilir (1954 Lahey Antlaşması md. 8). 1954 Lahey Antlaşmasında, hangi konularda istinabe talebinde bulunulacağına ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Herhangi bir maddî olayın tespiti veya her türlü usulî işlemin yapılması istinabe konusu olabilir¹⁰².

İstinabe talebinin yapılması ve yerine getirilmesi Antlaşmanın 9-16. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İstinabe belgeleri, müracaat eden devletin konsolosu tarafından müracaat edilen devletin tayin edeceği makama verilir (1954 Lahey Antlaşması md. 9). Aksine anlaşma yoksa, istinabe talebi ya istinabe edilen devletin dilinde ya da iki devlet arasında tespit edilmiş olan dilde olmalıdır veya bu iki dilden birine göre yapılan tercümesi istinabe talebine eklenmelidir. Ayrıca, tercümenin istinabe eden devletin konsolosu tarafından onaylanması veya istinabe edilen devletin yeminli tercümanı tarafından tasdik edilmiş gerekir (1954 Lahey Antlaşması md. 9).

İstinabe talebini alan adlî makam, bu talebi kendi ülkesindeki mahkemenin istinabe talebini hangi şartlarla yerine getiriyorsa aynı şartlar çerçevesinde icra etmek zorundadır. 1954 Lahey Antlaşmasının 11. maddesine göre, istinabenin gönderildiği adlî makam bunu kendi adlî makamlarının istinabesini yerine getirmek için kullandığı tazyik vasıtalarının aynısını kullanarak icra etmek zorundadır. Tarafların hazır bulunabilmelerini teminen istinabe talebinin yerine getirileceği yer ve zaman, talep ettiği takdirde, müracaat eden makama bildirilecektir. İstinabe talebi, istinabe edilen adlî makamın hukukuna göre yerine getirilir. Bununla beraber, istinabe eden makam özel bir usul kullanılarak istinabe talebinin yerine getirilmesini talep edebilir. İstinabe edilen adlî makam özel usule uygun olarak talebi yerine getirebilir. Ancak talebin özel usule göre yerine getirilmesi istinabe edilen devletin kanunlarına aykırı olmamalıdır (1954 Lahey Antlaşması md. 14). NAGEL/GOTTWALD'a göre, hukukî yardım taleplerinin yerine getirilmesinde her mahkemenin kendi hukukuna bağlı kalması ve özellikle talepler yerine getirilirken kullanılacak icraî tedbirler arasında farklılıkların olması, Hukuk Usulüne Dair Antlaşmanın yeknesak bir uygulama sağlamasını önlemekte, uluslararası davalarda boşluklar oluşmaktadır¹⁰³.

1954 Lahey Antlaşması, taraf devletlerin mahkemeleri arasında istinabe taleplerinin doğrudan yapılmasını temin etmemiştir. Diğer bir ifadeyle, 1954 Lahey Antlaşması kapsamında, yabancı ülkelerde delil temini her bir ülkede bulunan resmî makamlar arasında işbirliğini gerektirmektedir. Bununla beraber, iki devlet arasında yapılacak özel bir antlaşma ile diplomatik yol bir

¹⁰² Sait REZAKİ, Hukuk Usulüne Dair Sözleşme ile İlgili Bir İnceleme, (1973)1 Adalet Dergisi, s. 731.

¹⁰³ Heinrich NAGEL/Peter GOTTWALD, Internationales Zivilprozessrecht, 5. Aufl., Köln 2002, s. 430-431.

tarafa bırakılarak doğrudan istinabe taleplerinin iletilmesinin sağlanabileceği hükme bağlanmıştır (1954 Lahey Antlaşması md. 9/IV). Milletlerarası uygulamada, istinabe talebinin posta yoluyla gönderilmesi giderek artan şekilde tanınmakta ve kullanılmaktadır¹⁰⁴. Buna rağmen, bir çok ülke bu şe-

¹⁰⁴ Milletlerarası delil temini ile ilgili Avrupa Birliği tarafından hazırlanan Tüzük, bu alandaki güncel gelişmeleri en iyi şekilde yansıtmaktadır. Avrupa Birliği, üye devletler arasında delillerin teminini kolaylaştırmak için bir düzenleme yapmıştır. Hukukî ve Ticarî Konularda Delillerin Elde Edilmesinde Üye Devletlerin Mahkemeleri Arasında İşbirliğine İlişkin 28 Mayıs 2001 tarihli Konsey Tüzüğü, 1 Temmuz 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on co-operation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters: OJ, L 174, 27.6.2001, s. 1-24; Nuray EKŞİ, Cases and Materials on the EU Private International Law, Istanbul 2006, s. 131-157; Tüzüğün Türkçe tercümesi için bkz. Nuray EKŞİ, Hukukî ve Ticarî Konularda Delillerin Elde Edilmesinde Üye Devletlerin Mahkemeleri Arasında İşbirliğine İlişkin Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü, (2004)1 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 375-415). Tüzük, üye devletler arasında delil temini konusunda milletlerarası antlaşmalar ve iç hukuka nazaran öncelikli olarak uygulanır. Tüzüğün 21. maddesinin (1). paragrafına göre, üye iki taraflı veya çok taraflı antlaşmalarda yer alan hükümlerden veya üye devletlerin yapmış olduğu düzenlemelerden ve özellikle 1954 Lahey Antlaşması ile 1970 Lahey Antlaşmasından, bunlara taraf üye devletler arasındaki ilişkilerde öncelikli olarak uygulanır.

Bu Tüzük, şahit de dahil her türlü delilin elde edilmesinde üye devletlerin mahkemeleri arasındaki işbirliğini düzenlemektedir. Tüzük, bir başlangıç, III kısım altında toplam 24 madde ve A'dan J'ye kadar uzanan 10 ekten oluşmaktadır. Tüzüğün uygulama alanına ticarî ve hukukî konulardaki delillerin elde edilmesi girmektedir. Ticarî ve hukukî konular dışında kalan alanlarda örneğin, ceza davaları açısından delil temini taleplerinde, bu Tüzük uygulanmaz.

Avrupa Birliği üyesi bir devlet mahkemesinin diğer bir üye devlet mahkemesinden delil temini talebinde bulunabilmesi için açılacak veya görülmekte olan bir davanın olması gerekir. Açılacak veya görülmekte olan bir davada kullanılması düşünülmeyen bir delilin elde edilmesi talebinde bulunmak mümkün değildir (Tüzük md. 1/2). Her üye devlet, delil temininin ifası için yetkili mahkemelerinin bir listesini oluşturacaktır. Nitekim her üye devlet bu listeyi oluşturmuş ve diğer üye devletlere bildirmiştir.

Delil istemi, mahkemeler arasında yapılacaktır. Tüzüğün sisteminde, aracı makam veya merkezî makama yer verilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, üye devlet mahkemeleri arasında doğrudan işbirliği sistemi kabul edilmiştir. Üye devlet mahkemeleri, Tüzüğün ekinde yer alan matbu formu doldurarak taleplerini yapacaklardır.

İlk defa bu Tüzük ile aracı makam kullanılmaksızın bir ülkedeki mahkeme, diğer bir ülkede bulunan mahkemeden delil temini konusunda yardım isteyebilecektir. Bu talebin iletilmesinde ne diplomatik yollara ne de aracı makamlara ihtiyaç vardır. Üye devletlerin mahkemeleri doğrudan birbirlerini istinabe edebileceklerdir. Amaç, zaman kaybını önlemek ve talebin hızla yerine getirilmesini sağlamaktır. Böylece, Avrupa Birliği ekonomik ve siyasî alanda tek ülke gibi hareket etme yönünde attığı adımları delil temini konusunda da sürdürmüştür. Avrupa Birliği'nin mevcut yapısı dikkate alındığında, delil temini taleplerinin iletilmesinde diplomatik yolu ve merke-

kilde yapılan taleplerin egemenliklerini ihlâl etmesi sebebiyle istinabe talebini kabul etmemektedir. Ayrıca, ulusal hukuklarında milletlerarası istinabe taleplerinin resmî şekilde yapılmasını arayan devletler, diplomatik veya merkezî makamlar kullanılmaksızın istinabe taleplerinin doğrudan yapılmasını kabul etmemektedirler. Ayrıca, 1954 Lahey Antlaşmasının 15. maddesine göre, taraf devletler arasında anlaşmalar ile kabul edilmişse veya istinabe edilen devlet itiraz etmedikçe istinabenin doğrudan doğruya diploması memurları veya konsolosları vasıtasıyla yerine getirilmesi de mümkündür.

1954 Lahey Antlaşmasında hangi hallerde delil temini talebinin reddedileceğini düzenlenmiştir. Delil temini talebinin yerine getirilmesi ancak,

- (1) belgenin gerçek olduğu tespit edilememişse;
- (2) istinabenin icrası adlî makamların yetkileri dışında kalıyorsa;
- (3) istinabenin yerine getirilmesi hakimiyet ve güvenliği zarar verecek nitelikte ise

zî makamları bertaraf ederek doğrudan üye devletlerin mahkemeleri arasında işbirliği öngören Tüzük sisteminin kamu güvenliği veya devletin egemenliği ilkelerine aykırı olduğunu iddia etmek mümkün değildir (EKŞİ, Milletlerarası İstinabe, 358; EKŞİ, Avrupa Birliği Delil Tüzüğü, 379; Atâ SAKMAR/Nuray EKŞİ, Hukukî ve Ticarî Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü, (2002)2 MHB Ergin NOMER'e Armağan, s. 730-731.

Tüzüğe göre, davanın taraflarının veya temsilcilerinin talepte bulunulan mahkeme tarafından delil temini gerçekleştirilirken hazır bulunma hakları vardır. Fakat, delil temini, talebin yapıldığı üye devlet mahkemesi tarafından yerine getirilir (Tüzük md. 11).

Ayrıca, Tüzüğe göre, talepte bulunan üye devlet mahkemesi temsilcileri veya mahkemenin görevlendireceği bilirkişi vb. de delil temini sırasında hazır bulunabilir (Tüzük md. 12).

Tüzük, bir üye devlet mahkemesinin diğer bir üye devlet mahkemesine müracaat etmeksizin bizzat delilin bulunduğu ülkeye giderek delil temin etmesine imkan vermiştir. Tüzük, talep eden üye devlet mahkemesinin, talepte bulunulan üye devlette, kendisinin doğrudan delil temin etmek istemesi halinde Tüzüğün ekinde yer alan formu doldurarak, durumu talebin yapılacağı üye devletin yetkili makamına bildirmesini öngörmüştür (Tüzük md. 18). Doğrudan delil temininin şartları, delilin bulunduğu ülkenin merkezi makamından izin alınması ve delil temini sırasında güç kullanılmamasıdır. Bir üye devlet mahkemesinin diğer bir üye devlette doğrudan delil temin etmesi Tüzüğün reform niteliği taşıyan hükmünü oluşturmaktadır. Böylece, delil temini konusunda ülkesellik prensibinden vazgeçilmiş ve Avrupa adlî alanı (European judicial space) oluşturularak bu alanda üye devlet mahkemelerinin delil temin etmesi kabul edilmiştir (BESSO, 375). Talebin yapıldığı yetkili makam, doğrudan delil temini istemini kendi devletinin hukukunun temel prensiplerine aykırı bulursa reddedebilir (Tüzük md. 18).

reddedilebilir. Belgeden kasıt, istinabe talebine ilişkin belgedir. Eğer, istinabe olunan yabancı mahkeme, istinabe belgesinin geçerliliğinden şüphe ederse talebi yerine getirmeyecektir¹⁰⁵. İstinabe talebi yerine getirilemiyorsa, istinabe edilen makam derhal eden makam, istinabe eden makamı haberdar edecektir (1954 Lahey Antlaşması md. 13).

1954 Lahey Antlaşmasına göre, prensip olarak, istinabe taleplerinin yerine getirilmesi masraf ve harca tabi değildir. Bu prensibin istisnaları Antlaşmanın 16. maddesinde sıralanmıştır. Antlaşmanın 16. maddesine göre, istinabe edilen mahkeme, istinabe eden mahkemedен, şahitlere, bilirkişilere ödenen ücretlerle şahitlerin kendi rızalarıyla gelmemeleri nedeniyle bir noterin müdahalesine başvurulması neticesinde yapılan masrafların ödenmesini isteyebilir.

1954 Lahey Antlaşması, diplomatik yolu bertaraf etmeksizin, merkezî makamlar arasında hukukî yardımlaşmayı öngörmüştür. Hukukî yardım taleplerinin başka yollarla iletilmesi üye devletler arasında yapılacak antlaşmalara bırakılmıştır. Antlaşma, hukukî yardım taleplerinin şekli konusunda ortak bir düzenleme getirmemiştir. Her âkit devlet yardım talebinin şeklini kendisi belirleyecektir. Diğer bir ifadeyle, 1954 Lahey Antlaşması, yardım talepleri için ortak matbu bir form veya model oluşturmamıştır. Sadece 3. maddede, talebin içeriğinde bulunması gerekli olan bilgilerden söz edilmiştir¹⁰⁶.

D. Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanmasına İlişkin 1970 Lahey Antlaşması

1. 1970 Lahey Delil Antlaşmasının Hazırlık Çalışmaları ve Amacı

Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanmasına İlişkin Konvansiyonunun, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansının onbirinci oturumunda nihaî metni tamamlanmış ve 26 Ekim 1968 tarihinde oturuma katılan bütün delegeler tarafından imzalanmıştır¹⁰⁷. Antlaşma, bundan sonraki açıklamalarımızda kısaca "1970 Lahey Delil Antlaşması" olarak anılacaktır. 1970 Lahey Delil Antlaşması, giriş kısmından sonra toplam 42 maddeden oluşmaktadır. 1970 Lahey Delil Antlaşması, 1905 ve 1954 yıllarında

¹⁰⁵ Sait REZAKİ/Salim ÖZDEMİR, Açıklamalı Uygulamalı İkili ve Çok Taraflı Uluslararası Özel Hukuk Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat, Ankara 1974, s. 216.

¹⁰⁶ NAGEL/GOTTWALD, 427-428.

¹⁰⁷ 1970 Lahey Delil Antlaşmasının hazırlık çalışmaları hakkında bkz. İnci ATAMAN FİGANMEŞE, Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında 1970 Tarihli Lahey Sözleşmesi, (2003)1-2 MHB, Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 21-24.

yapılan Hukuk Usulüne Dair Antlaşmaları gözden geçirmek ve bunlarda yer alan delil teminine ilişkin kuralları yenilemek üzere hazırlamıştır. 1970 Lahey Delil Antlaşmasıyla, mevcut milletlerarası istinabe taleplerini uygulamadan kaynaklanan zorlukları aşacak şekilde iyileştirmek, konsolosların delil temini konusundaki yetkilerini artırmak ve delil temini için özel kişilerin atanması gibi farklı sistemleri devreye sokulması; ulusal hukuklarda veya iki taraflı antlaşmalarda yer alan daha etkin ve hızlı işleyen hükümlerin muhafaza edilmesi hedeflenmiştir¹⁰⁸.

Türkiye tarafından da onaylanan^{109,110} 1970 Lahey Delil Antlaşması, 1954 yılında imzalanan *Hukuk Usulüne Dair Antlaşmanın* 8-16. maddelerinin yerine almıştır. 1970 Lahey Deli Antlaşmasının 29. maddesine göre, “işbu Sözleşmeye taraf olup aynı zamanda 17 Temmuz 1905 ve 1 Mart 1954 tarihlerinde Lahey’de imzalanan Hukuk Usulüne Dair Sözleşmelere katılmış bulunan taraflar arasında, bu Sözleşme, daha önceki Sözleşmelerin 8-16. maddelerinin yerini alacaktır. Bu sebeple, hem Hukuk Usulüne Dair Konvansiyona hem de 1970 Lahey Konvansiyonuna taraf olan devletler arasındaki istinabe talepleri artık bu Konvansiyon hükümleri çerçevesinde yerine getirilecektir. Hukuk Usulüne Dair Konvansiyonda sadece milletlerarası istinabe

¹⁰⁸ Ph.W. AMRAM, Explanatory Report on the 1970 Hague Evidence Convention, Hague 1970, s. 1; Ph.W. AMRAM, Explanatory Report on the 1970 Hague Evidence Convention, 12 (1973) ILM.

¹⁰⁹ Hukuki veya Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair 5128 Sayılı Kanun (RG 14.4.2004/25433)

Madde 1- Türkiye tarafından 13 Aralık 2000 tarihinde Lahey’de imzalanan “Hukuki veya Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Sözleşme”nin ekli çekince ve beyanlar ile onaylanması uygun bulunmuştur.

Madde 2- Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 3- Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

Karar Sayısı: 2004/7340 Türkiye tarafından 13 Aralık 2000 tarihinde Lahey’de imzalanan ve 7.4.2004 tarihli ve 5128 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli “Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Sözleşme”nin ilişik çekince ve beyanlarla onaylanması; Dışişleri Bakanlığı’nın 7.5.2004 tarihli ve KOPR/168795 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu’nca 18.5.2004 tarihinde kararlaştırılmıştır: RG 15.6.2004/25493.

¹¹⁰ Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Teminine İlişkin Konvansiyona taraf devletler şunlardır: Almanya, Arjantin, Avustralya, Barbados, Belarus, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti, Hollanda, İtalya, İspanya, Kıbrıs, Meksika, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, İsrail, Kuveyt, Macaristan, Monako, Letonya, Lithuania, Luxembourg, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Seyşeller, Singapur, Slovakya, Slovenya, Güney Afrika, Yunanistan: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=33 (6.9..2006).

konusu düzenlenmemiştir. Milletlerarası istinabenin yanı sıra milletlerarası tebligat ve davada teminat (*cautio judicatum solvi*) ve adli müzaheret konuları da düzenlenmiştir.

1970 Lahey Konvansiyonunun, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl süreyle geçerli olması kararlaştırılmıştır. Ancak 1970 Lahey Konvansiyonu feshehedilmedikçe her beş yılda bir zımnen yenilenmiş sayılacaktır. Fesih, sadece bunu bildiren devlet açısından hüküm ifade edecektir. Feshe rağmen, Antlaşma, diğer âkit devletler arasında yürürlükte kalacaktır (1970 Lahey Konvansiyonu md. 41).

Konvansiyon, delil temini konusunda oldukça esnek hükümlere sahip ABD sistemi ile daha sıkı hükümlere sahip Avrupa ülkeleri arasında bir denge oluşturacak şekilde hazırlanmıştır¹¹¹. Diğer bir ifadeyle, 1970 Lahey antlaşması, Kıta Avrupa Hukuku ile Anglo Sakson Hukuku arasındaki farklılıklardan kaynaklanan zorlukları ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır¹¹². 1970 Lahey Konvansiyonunda bir yandan Avrupa ülkelerinin yargı egemenliği korunurken diğer yandan Amerikan "discovery" sisteminin de işlerlik kazanması sağlanmıştır¹¹³. Kıta Avrupa ülkelerinde, delil temini, adli bir işlem olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle yabancı bir mahkemenin, doğrudan, bu ülkelerde delil teminine ilişkin faaliyetleri devletin egemenliğinin ihlali olarak görülmektedir¹¹⁴. Delil temini için prensip olarak resmî makamların müdahalesi gereklidir. Buna karşılık, Anglo Sakson Hukukunda, delil temini tarafların sorumluluğu altındadır. Bu açıdan yabancı mahkemenin diplomatik yolla veya konsolosluk kanalıyla delil temini fazla bir bürokrasiyi gerektirmediği gibi hukukî açıdan da itiraza uğramaz¹¹⁵.

Delil temininin hukuk sistemlerinde farklı düzenlenmesi, ülke dışı delillerin elde edilmesinde bir engel oluşturmaktadır. 1970 Lahey Antlaşmasının 9. maddesinde, hukuk sistemleri arasındaki farklılıklardan kaynaklanan zorlukları önlemek veya en aza indirmek için özel bir düzenleme getirilmiştir¹¹⁶. Bu maddeye göre, istinabe talebini alan adli makam, bu talebi kendi ülkesinin kanunlarına uygun olarak yerine getirir. Bununla birlikte bu hükme bir istisna getirilmiştir. İstinabe talebinde bulunan makam, delil temininde özel bir usulün kullanılmasını talep edebilir. Eğer özel usulün kulla-

¹¹¹ Robert D. KOLAR/Katherine L. HAENNICKE, *The Hague Convention on Taking Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*, s. 1: <http://thefederation.org/documents/kolar-su03.htm>. (26.8.2006); ATAMAN FİGANMEŞE, 21.

¹¹² James WM MOORE, *Moore's Federal Practice*, 3rd ed., Vol. 6, 1997, § 28.11.

¹¹³ BETTI, 114.

¹¹⁴ DICEY/MORRIS, 8-053

¹¹⁵ DICEY/MORRIS, § 8-053; Robert B. von MEHREN, *Discovery of Documentary and Other Evidence in a Foreign Country*, 77(1983) AJIL, s. 896; MOORE, § 28.11.

nılması talebi, istinabe edilen adlî makamın hukukuna aykırıysa veya özel usulün kullanılmasına ilişkin talebin yerine getirilmesi usul ve uygulamadan kaynaklanan sebeplerden dolayı imkânsızsa veya uygulamadan kaynaklanan zorluklar sebebiyle yerine getirilmesi imkânsızsa yerine getirilmez. Özel yöntemin kullanılmasının istinabe edilen devletin hukukuna uygun olmaması demek bu hukuk sisteminden farklı olması anlamına gelmez. Burada, anayasal bir takım sınırlamaların olması veya kesin yasaklar getiren yasaların olması kastedilmektedir¹¹⁷. Örneğin, çapraz sorgulamanın (cross examination) kesin olarak yasaklanması. Hatta kendi hukuklarında yer almazsa dahi bazı Avrupa ülkeleri Anglo Sakson usulü ile ifadelerin alınmasını sağlamak, diğer bir anlatımla Amerikan veya İngiliz mahkemelerinden gelecek olan çapraz sorgulama ile ifade alma şeklindeki özel usulün kullanılması taleplerini kendi mahkemelerinin reddetmesini önlemek amacıyla bazı yasal düzenlemeler yapmışlardır. Örneğin, Fransa Medenî Usul Kanununu değiştirerek Anglo Sakson usulüne uygun olarak şahitlerin dinlenmesine imkân tanımıştır¹¹⁸.

2. Antlaşmanın Konusu ve Kapsamı

Antlaşmanın uygulama alanına, hukukî ve ticarî konularda delil sağlanması ve diğer bir adlî işlemin yapılması girmektedir (md. 1). “Diğer bir adlî işlem” ile ne kastedildiği hususuna açıklık getirilmiştir. Diğer bir adlî işlem ifadesi, adlî belgelerin tebliğini; mahkeme kararlarının veya hükümlerinin icra ve infazını veya geçici ve koruyucu nitelikte tedbir kararlarının verilmesini içermez.

Konvansiyona göre, delil temini sadece hukukî ve ticarî konulara ilişkin ise yerine getirilecektir. Ancak hangi taleplerin hukukî ve ticarî nitelikte olduğunu tayin etmek her zaman kolay olmayabilir. Cezaî konular açıkça Konvansiyonun uygulama alanı dışında kalmaktadır. Hakim görüşüne göre, vergi hukukuna ve idare hukukuna ilişkin davalarda Konvansiyon hükümleri çerçevesinde delil talep edilemez¹¹⁹. NAGEL/GOTTWALD’a göre¹²⁰, iflasa,

¹¹⁶ Glenn P. HENDRIX, Chapter 14 The Hague Evidence Convention: How is it Really Working?, CILE Studies, Private Law, Private International Law & Judicial Cooperation in the EU-US Relationship, Editor Ronald A. Brand, Pittsburgh 2005, s. 296.

¹¹⁷ HENDRIX, 297; AMRAM, 11; Philip AMRAM, Explanatory Report on the Convention on the Taking Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters, 12(1973) ILM, s. 327 vd..

¹¹⁸ HENDRIX, 297.

¹¹⁹ Martin RADVAN, The Hague Convention on Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters: Several Notes Concerning Its Scope, Methods and Compulsion, 16(1983-1984) NYU J. Int’l L.& Pol., s. 1040-1041; ATAMAN FIGANMEŞE, 32-33.

¹²⁰ NAGEL/GOTTWALD, 423.

kartel uyuşmazlıklarına, mirasa ilişkin delil talepleri de Konvansiyonun kapsamındadır ve bu konulardaki taleplerin Konvansiyondaki hükümlere göre yerine getirilmesi gerekir. Hatta, İngiliz Lordlar Kamarası (House of Lords), Norveç mahkemesi tarafından görülen vergi uyuşmazlığına ilişkin dava ile ilgili olarak İngiltere’de bulunan bir şahidin dinlenmesini özel hukuk meselesi olarak değerlendirmiştir¹²¹. Milletlerarası istinabe açısından vergi hukukuna ilişkin meselelerin hukukî ve ticarî nitelikte sayılıp sayılmaması hususunu değerlendiren Lordlar Kamarası, ceza hukuku dışında kalan bütün meselelerin bu bağlamda değerlendirilebileceğini ifade etmiştir¹²². Konvansiyonda özel hukuk ve ticaret hukuku kavramlarını genel olarak tanımlayan ve belirleyen bir düzenleme olmadığı gibi bu kavramlara ilişkin daha dar yorumlar da bulunmamaktadır. Bu kavramlar, İngiliz hukukuna göre, ceza meseleleri hariç olmak üzere, bütün delil taleplerini kapsamaktadır¹²³. İngiliz hukukunda, ticarî ve hukukî konular kavramının anlamı tam olarak açıklığa kavuşturulmuş değildir. Ancak ceza hukukuna ilişkin konuların bu kapsama girmediği hususunda tereddüt yoktur¹²⁴. Hatta Amerikan doktrinine göre, özel hukuk cezası niteliğinde olan ve gerçek zarar miktarının çok daha fazlasının ödenmesine imkân veren “treble damages” ve “punitive damages” davaları dahi özel hukuk kapsamına girmektedir¹²⁵.

3. Delil Temini Yöntemleri

1970 Lahey Konvansiyonunda delil temini konusunda üç yöntem öngörülmüştür:

- (1) Merkezî makamlar aracılığıyla delil temini¹²⁶ (1970 Lahey Antlaşması md. 1-14),
- (2) Delillerin diplomatik memurlar veya konsoloslar ve özel kişiler tarafından elde edilmesi (1970 Lahey Antlaşması md. 15-16),

¹²¹ NAGEL/GOTTWALD, 423.

¹²² COLLIER, 138.

¹²³ NAGEL/GOTTWALD, 423.

¹²⁴ JG COLLIER, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: England, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Outside the Scope of the Brussels and Lugano Conventions*, Edt. Gerhard Walter/Samuel P. Baumgartner, Kluwer Law International 2000, s. 137.

¹²⁵ NAGEL/GOTTWALD, 423.

¹²⁶ 1970 Lahey Antlaşmasının Resmî Gazete’de yer alan Türkçe tercümesinde “istinabe yoluyla delil temini”, İngilizce metninde is “letters of request” kavramları kullanılmıştır.

(3) Delillerin özel kişiler tarafından elde edilmesi (1970 Lahey Antlaşması md. 17).

Bu üç yöntemden son ikisi ancak ihtiyari olarak delil temini için kullanılabilir. Eğer delil temini konusunda zorlayıcı tedbirlere başvurulması gerektiği bir durum varsa o zaman delil temini ancak birinci yolla sağlanabilir.

a. Merkezi Makamlar Aracılığıyla Delil Temini

aa. İstinabe Talebinin Şartları

İstinabe talebinin yapılması için açılmış veya açılacak olan bir dava bulunmalıdır. Aksi halde istinabe talebi yapılamaz (1970 Lahey Antlaşması md. 1). 1970 Lahey Delil Antlaşmasının 23. maddesinde, taraf devletlerin Anglo-Sakson hukukunda yer alan delillerin dava öncesi teminine (pre-trial discovery, fishing expeditions) ilişkin talepleri yerine getirmeyecekleri konusunda beyanda bulunmaları kabul edilmiştir. Antlaşmanın 23. maddesi, Birleşik Krallığın talebi üzerine kabul edilmiştir¹²⁷. "Fishing expeditions", mahkemeyi kullanarak veya mahkeme vasıtasıyla, belirli bir davaya ilişkin olmakla beraber bu davanın makûl kapsamı dışında kalan bilgilerin elde edilmesi anlamında kullanılmaktadır. Bu kavram, geniş, müphem, belirli konulara odaklanmamış sorularla şahitlerin beyanlarının alınması veya delil tespiti usulünün aşırı derecede geniş kullanılmasını ifade etmek için de kullanılmaktadır¹²⁸. "Pre-trial discovery", yargılama başlamadan önce, dava ile ilgili olarak bir tarafın kullanacağı maddî gerçeklerin ve bilgilerin diğer taraftan elde edilmesidir. Kavram genellikle, davalı tarafın, talepte bulunan için dava sebebini tesis etmede gerekli olan maddî gerçekleri açıklamasını; münhasıran bilgisi ve zilyetliğindeki senetleri, belgeleri ve diğer şeyleri vermesini veya diğer bir mahkemeye sunmasını veya kendi delilleri olarak kullanmasını ifade etmektedir¹²⁹.

1970 Lahey Delil Antlaşmasının 23. maddesi çerçevesinde yapılan beyanları¹³⁰ iki gruba ayırmak mümkündür. Birinci grup beyanlarda belirli nitelikteki "pre-trial discovery" taleplerinin yerine getirilmeyeceği ifade edilmiştir. Örneğin, Antlaşmanın 23. maddesine uygun olarak İngiliz Hükümeti, belgelerin dava öncesi (pre-trial discovery) teminine ilişkin talepleri yerine getirmeyeceğini beyan etmiştir. Ancak İngiltere, Antlaşmanın 23. maddesine ilişkin beyanını şartlı olarak yapmış ve iki durumda delil temini talebini yerine getirmeyeceğini beyan etmiştir. İngiliz Hükümeti,

¹²⁷ AMRAM, 1; DICEY/MORRIS, 8-062.

¹²⁸ Black's Law Dictionary, 6th ed., St. Paul Minn. 1990.

¹²⁹ Black's Law Dictionary, 6th ed., St. Paul Minn. 1990.

- (1) kişinin, hangi belgelerin yargılama ile bağlantılı olduğunu beyan etmesini gerektiren delil temini taleplerini,
- (2) istinabe edilen mahkeme tarafından mevcudiyeti bilinen veya mevcudiyetine kanaat getirilen belgelerin dışında kalan başka belgelerin sunulmasına ilişkin delil temini taleplerini

beyan kapsamında kabul ederek bunları yerine getirmeyecektir. Hollanda da İngiltere ile aynı beyanda bulunmuştur.

İkinci grupta yer alan beyanlarda ise sadece *Common Law* ülkelerinde bilinen "pre-trial discovery" ilişkin taleplerinin yerine getirilmeyeceği ifade edilmiştir. Örneğin, Almanya, Antlaşmanın 23. maddesine uygun olarak *Common Law* ülkelerinde tanınan bir usul olan belgelerin duruşma öncesi ortaya çıkarılmasına (pre-trial discovery) ilişkin talepleri kendi ülkesinde yerine getirmeyeceğini beyan etmiştir¹³¹. Aynı beyanı Arjantin, Fransa, Yunanistan ve İtalya da yapmıştır. Önceleri, Almanya'nın bu tür delil temini taleplerine sıcak bakmaması, pre-trial discovery kavramının yanlış anlaşılmasına bağlıydı. Daha sonra, gerçek sebebin Amerikan ve Alman hukuk sistemlerinin medenî usul kuralları arasındaki farklılıklar olduğu anlaşılmıştır. Almanya, pre-trial discovery'e izin vermemekle, kendi vatandaşlarını korumak istemekte, onların ticarî ve endüstriyel sırlarının ifşa edilmesini önlemeye çalışmaktadır¹³².

Türkiye, Antlaşmanın 23. maddesine istinaden, Anglo-Sakson ülkelerinde tanınan bir usul olan belgelerin dava öncesi¹³³ ortaya çıkarılmasını sağlama amacına yönelik istinabe taleplerini yerine getirmeyeceğini beyan etmiştir. 1970 Lahey Antlaşmasının 23. maddesinde açıkça "belgelerin" duruşma öncesi ortaya çıkarılmasından söz edilmesi karşısında bu maddenin kapsamının şahit veya taraf ifadelerini kapsayacak şekilde genişletilemeyeceği ifade edilmiştir¹³⁴. ABD, 1970 Lahey Antlaşmasına taraf¹³⁵ olmasına rağmen Antlaşmanın 23. maddesi Amerikalı avukatlar açısından diğer ülkelerde ve

¹³⁰ http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=status.comment&csid=504&disp=resdn (15.8.2006).

¹³¹ Donald R. SHEMANSKI, Obtaining Evidence in the Federal Republic of Germany: The Impact of the Hague Evidence Convention on German-American Judicial Cooperation, 17 (1983) *International Lawyer*, s. 480.

¹³² SHEMANSKI, 480.

¹³³ "Pre-trial discovery" veya "fishing expeditions", bazı istisnai durumlar dışında genel olarak dava dilekçesinin mahkemeye verilmesi ve bu dilekçenin davalıya tebliğ edilmesinden hemen sonra delillerin taraflarca temin edilmesidir.

¹³⁴ HENDRIX, 328.

¹³⁵ Amerika 1970 Lahey Antlaşmasını 8.8.1972 tarihinde onaylamış ve Antlaşma 7.10.1972 tarihinde yürürlüğe girmiştir. EKŞİ, *Mevzuat ve Antlaşmalar*, 196.

özellikle Avrupa ülkelerinde delil teminini zorlaştırmaktadır. Çünkü 1970 Lahey Antlaşmasının 23. maddesine göre, her âkit devlet imza, onay, ve katılma anında *Common Law* ülkelerinde tanınan bir usul olan delillerin duruşma öncesi ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla yönelik istinabe taleplerini yerine getirmeyeceği talebinde bulunabilir.

Antlaşmaya taraf olan devletler, istinabe taleplerini kabul etmek ve bunları yetkili makamına iletmekle görevli bir merkezî makam tayin etmek zorundadır. Federal devletler birden fazla merkezi makam tayin edebilirler (1970 Lahey Antlaşması md. 24). Türkiye, merkezî makam olarak Adalet Bakanlığını göstermiştir. İstinabe talebini alan merkezî makam bunu doğrudan istinabe edilen ülkenin merkezî makamına gönderecektir (1970 Lahey Antlaşması md. 2). İstinabe talebinde bulunması gerekli olan hususlar Antlaşmanın 3. maddesinde sayılmıştır. İstinabe evrakının, istinabeyi yerine getirecek olan devletin dilinde düzenlenmesi veya bu dildeki tercümesinin eklenmesi gerekir. Bununla beraber taraf devletler İngilizce veya Fransızca dillerinden birinde düzenlenen veya bu dillerdeki tercümesi eklenen istinabe evrakını kabul edebilirler (1970 Lahey Antlaşması md. 4). Taraf devletlerin bu hükme çekince koyma hakları bulunmaktadır (1970 Lahey Antlaşması md. 33). Nitekim, Türkiye bu hükme çekine koymuş ve Türkiye'ye gönderilecek istinabe taleplerinin Türkçe düzenlenmesini veya talebin Türkçe tercümesinin eklenmesini istemiştir. İstinabe edilen makam, bunu yerine getirmeye yetkili değilse, istinabe evrakını kendi ülkesindeki yetkili makama iletir (1970 Lahey Antlaşması md. 6).

bb. İstinabenin Gerçekleştirilmesi Sırasında Hazır Bulunabilecek Kişiler

İstinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında, tarafların veya temsilcilerinin hazır bulunması mümkündür. İstinabe eden makamın talebi varsa, tarafların veya temsilcilerinin hazır bulunabilmeleri için istinabenin gerçekleştirileceği tarih ve yer hakkında bilgi verilir. İstinabe eden devlet, istinabenin gerçekleştirileceği tarih ve yerin doğrudan taraflara veya temsilcilerine bildirilmesini talep edebilir. Bu durumda, istinabe edilen devlet makamı, istinabe yerini ve tarihini taraflara veya temsilcilerine iletir (1970 Lahey Antlaşması md. 7). Antlaşma, istinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında istinabe eden devletin yargı mensuplarının hazır bulunabilmesini, taraf devletlerin bu yönde bir beyanda bulunmaları koşuluna bağlamıştır. Antlaşmaya taraf devletler, bu konuda kendi merkezî makamlarından önceden izin alınmasını gerekli görebilirler (1970 Lahey Antlaşması md. 8).

cc. İstinabe Talebinin Yerine Getirilmesi

Antlaşmaya göre, istinabe talebi en seri şekilde yerine getirilecektir. Talep, istinabe edilen devletin hukukunda öngörülen usul ve yöntemlerle yerine getirilir. Bununla beraber, istinabe eden devlet, farklı bir usul uygulanmasını talep edebilir. Ancak bu talebin, istinabe edilen devletin iç hukukuna aykırı olmaması veya yerine getirilmesinin imkânsız olmaması gerekir (1970 Lahey Antlaşması md. 9). İstinabe talebinin uygulanamaz olması veya uygulanmasının imkânsız olması ("impracticability" or "impossibility") ile neyin kastedildiği Antlaşmada açıklanmamıştır. Bu kavramların anlamını belirlemek istinabe edilen devletin görevidir. İstinabe eden devlet bu kavramları milletlerarası ölçütlere göre kabul edilebilir şekilde değerlendirecektir¹³⁶. İstinabe, tanık dinlenmesine ilişkin olabilir. Tanık bazı şartların varlığı halinde ifade vermektan kaçınabilir. Antlaşmaya göre, tanık, istinabe edilen devletin kanunlarına göre ifade vermektan kaçınmasını sebep olan bir ayrıcalığa veya göreve sahip ise ifade vermeyi reddedebilir. Aynı şekilde, tanık, talep eden devletin kanunlarına göre ifade vermektan kaçınmasına sebep olan bir ayrıcalığa veya göreve sahip ise ifade vermeyi reddedebilir (1970 Lahey Antlaşması md. 11).

dd. İstinabe Talebindeki Eksiklikler

İstinabe talebini alan merkezi makam, talebin Antlaşma hükümlerine uymadığı kanaatinde ise, itirazlarını da belirtmek suretiyle, durumu, istinabe eden devletin merkezî makamına bildirir (1970 Lahey Antlaşması md. 5). İstinabe talebinin gönderildiği merkezî makam 1970 Lahey Delil Antlaşmasının 5. maddesine göre talebin Antlaşma hükümlerine uygun olmadığı kanaatindeyse itirazlarını belirtmek suretiyle durumu derhal istinabe talebinde bulunan ülkenin merkezî makamına gönderir. Talebin gönderildiği merkezî makam çeşitli sebeplere istinaden itirazda bulunabilir. Bu sebepler AMRAM tarafından şu şekilde sıralanmıştır¹³⁷:

- (1) İstinabe talebinin ticarî veya hukukî bir meseleye ilişkin olmaması,
- (2) İstinabe talebinin, adlî bir makama ait olmaması,
- (3) İstinabe talebinin, adlî yargılamaya ilişkin olmaması,
- (4) İstinabe talebinin, "diğer adlî işlem" tanımına ilişkin 1. maddenin III. fıkrasının kapsamı dışında kalması,
- (5) İstinabe talebinin, Antlaşmanın 3. maddesinde yer alan bilgileri ihtiva etmemesi,

¹³⁶ AMRAM, 12.

¹³⁷ AMRAM, 9-10.

- (6) İstinabe talebinin, Antlaşmanın 4. maddesinde belirtilen dil şartına uymaması,
- (7) İstinabe talebinin yerine getirilmesinin, istinabe edilen ülkenin adli makamlarının yetkisine girmemesi (1970 Lahey Delil Antlaşması md. 12),
- (8) İstinabe talebinin, Antlaşmanın 23. maddesi çerçevesinde dava öncesi delil teminine (pre-trial discovery) ilişkin talepleri yerine getirmeyeceği beyanında bulunan bir ülkeye yapılması,
- (9) İstinabe talebi, istinabe eden ülke ile istinabe edilen ülke arasında yapılan ve 1970 Lahey Delil antlaşmasının 32. maddesiyle saklı tutulan bir antlaşma ile bağdaşmaması.

ee. İstinabe Talebinin Reddi

Antlaşmada, hangi hallerde istinabe talebinin geri çevrileceği düzenlenmiştir. Aşağıdaki hallerde istinabe edilen devlet istinabe talebini geri çevirebilir:

- (1) İstinabe edilen devlette, istinabenin yerine getirilmesi adli makamların yetkisine girmiyorsa istinabe talebi yerine getirilmez (1970 Lahey Antlaşması md. 12).
- (2) İstinabe talebinin yerine getirilmesi devletin egemenliğine veya güvenliğine zarar veriyorsa yerine getirilmez (1970 Lahey Antlaşması md. 12).

İstinabe edilen devlet, davanın esasının kendi mahkemelerinin münhasır yetkisine girdiğini veya ulusal hukukunda bu konuda dava hakkının tanınmadığını gerekçe göstererek istinabe talebini reddedemez.

1970 Lahey Delil Antlaşmasının 12. maddesinde sadece iki sebep düzenlenmiş ve ancak bu sebeplere istinaden istinabe talebinin reddedilebileceği belirtilmiştir. Ancak AMRAM'ın da ifade ettiği gibi 1970 Lahey Delil Antlaşmasının 5. maddesi ile 12. maddesini birlikte değerlendirmek gerekir. 1970 Lahey Delil Antlaşmasının 12. maddesinde "istinabe talebinin reddi" ifadesini kullanmış olmakla beraber bu ifadeyi "Antlaşma hükümlerine uygun olan ve Antlaşmayı ihlâl etmeyen istinabe talepleri" şeklinde algılamak gerekir. Aksi halde yani 12. madde metninin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınırsa, yanlış sonuçlara varılabilir. Şöyle ki, Antlaşmanın diğer hükümlerini ihlâl eden örneğin, ticarî veya hukukî bir meseleye ilişkin olmayan, bir istinabe talebi sırf istinabe edilen devletin adli makamlarının yetkisine girmesi ve bu devletin egemenliğine veya güvenliğine zarar vermemesi neticesinde yerine getirilebilecektir. Bu sonucu engellemek ve 1970 Lahey Antlaşmasının hükümleri arasında birliği sağlamak için 5. ve 12. maddeyi birlikte değerlendirmek gerekir. Sonuç olarak, istinabe talebinin yerine getirilmesi için bu talebin Antlaşmanın 5. maddesine uygun olması şartının

gerçekleşmesi gerekir. Bununla beraber 5. maddesi çerçevesinde Antlaşmada yer alan diğer hükümlere uygun olsa bile istinabe edilen devlet, 12. maddede belirtilen iki şarttan birinin varlığı halinde istinabe talebini reddedebilecektir.

1970 Lahey Antlaşmasının 12. maddesinin (b) bendine göre, âkit taraflar, egemenliklerine veya güvenliklerine zarar veren istinabe taleplerini yerine getirmeyebilir. Söz konusu bendin en fazla dikkate alındığı ve değerlendirildiği konulardan biri Amerikan mahkemelerinde görülen *punitive damages* davalarına ilişkin delil temini talepleridir. Özel hukuk cezası niteliği taşıyan *punitive damages* aynı zamanda *exemplary damages* olarak da anılmaktadır. *Punitive damages*, hukuka aykırı davranan şahsı cezalandırmak için gerçek zararın üstünde bir tazminata karar verilmesidir¹³⁸. *Punitive damages*, gerçek zararın yanı sıra, davalının pervasız, kötü niyetli ve hileli davranması hallerinde hükmedilen tazminattır¹³⁹. Hukuka aykırı eylemde bulunanları cezalandırmak ve bu eylemleri tekrarlamasını engellemek amacıyla karara bağlanmaktadır. Cezalandırma ve caydırma amacıyla öngörülen *punitive damages*'in genellikle aktin ihlâli halinde uygulanmayacağı ifade edilmekle beraber¹⁴⁰ bunun istisnaları da mevcuttur. Yani aktin ihlali halinde de istisnaen *punitive damages*'e karar verilebilir. *Punitive damages*'a ve miktarına karar vermek mahkemenin takdirine bağlıdır. Önceleri *punitive damages*'a nadiren hükmediliyordu ve miktarı da düşüktü. Fakat son zamanlarda *punitive damages* miktarları dramatik bir şekilde artmıştır. Bir çok davada iki veya üç katı milyon hatta milyar dolar *punitive* tazminatlara karar verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, tartışılacak derecede yüksek *punitive* tazminatlar ya tarafların anlaşması ya da mahkemeler tarafından indirilmektedir¹⁴¹. *Punitive damages*, cezalandırma ve caydırma fonksiyonlarının yanı sıra toplumsal düzenin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması da amaçlanmaktadır. Fakat bu ek fonksiyonlar bile bir anlamda cezalandırma ile bağlantılıdır. Mağdurun zararı olmasa bile *punitive damages*'a karar verilmektedir¹⁴².

¹³⁸ John Yukio GOTANDA, Chapter 6 Punitive Damages, Supplemental Damages in Private International Law, London 1998, s. 194.

¹³⁹ Black's Law Dictionary, 8th ed., 8. basıdan tıpkı basım, St. Paul 2004, s. 418.

¹⁴⁰ Black's Law Dictionary, 8th ed., 8. basıdan tıpkı basım, St. Paul 2004, s. 418-419.

¹⁴¹ Volker BEHR, Punitive Damages in American and German Law- Tendencies Towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts, 78(2003)105 Chi. Kent. L. Rev., s. 116-117.

¹⁴² BEHR, 121.

**b. Delillerin Diplomatik Temsilciler ve Konsoloslar
Tarafından Elde Edilmesi**

Diplomatik temsilciler veya konsoloslar, temsil ettikleri devletlerde açılan davalarda kullanılmak üzere kendi vatandaşlarından zor kullanmaksızın delil temin edebilirler (1970 Lahey Antlaşması md. 15). Diplomatik temsilcilerin veya konsolosların delil temin etme yetkileri sadece kendi vatandaşları ile sınırlanmamıştır. Bazı şartlar altında, görev yaptıkları devlet veya üçüncü devletlerin vatandaşlarından da zor kullanmaksızın delil temin edebilirler. Ancak görev yaptıkları ülke vatandaşları veya üçüncü ülke vatandaşlarından delil temin edebilmeleri için, görev yaptıkları ülke tarafından atanmış olan yetkili makamdan genel olarak veya somut bir işlem hakkında izin almış olmaları ve bu makam tarafından tayin edilen şartlara uymaları gerekir. Diplomatik temsilciler ve konsoloslar ancak bu iki şart yerine gelmiş ise görev yaptıkları ülke vatandaşları ile üçüncü ülke vatandaşlarından zor kullanmaksızın delil temin edebilirler (1970 Lahey Antlaşması md. 16). Diplomatik temsilcilerin veya konsolosların yapabilecekleri muameleler Antlaşmanın 21. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, diplomatik temsilciler veya konsoloslar, yemin verdirebilirler ve ifade alabilirler.

**c. Delillerin, Bu İş İçin Atanan Özel Kişiler Tarafından
Elde Edilmesi**

Delil temininin bu amaçla görevlendirilen özel kişiler tarafından gerçekleştirilebilmesi için bunların delillerin temin edileceği ülke tarafından atanmış olan yetkili makamdan genel olarak veya somut bir işlem hakkında izin almış olmaları ve bu makam tarafından tayin edilen şartlara uymaları gerekir (1970 Lahey Antlaşması md. 17). Özel kişilerin yapabilecekleri muameleler Antlaşmanın 21. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, delil temini için atanan özel kişiler, delilin bulunduğu devletin hukuku ile çelişmeyecek şekilde her çeşit delil toplayabilir, yemin ettirebilir ve ifade alabilir. Delilin bulunduğu ülke hukuku tarafından yasaklanmamış olması kaydıyla, delil toplamak için atanan kişi, davanın görüldüğü mahkemenin hukukuna uygun usulle delil toplayabilir. Özel kişi ancak isteğe bağlı olarak verilen delilleri toplayabilir. Eğer özel kişiye isteğe bağlı olarak deliller verilmezse o zaman deliller merkezî makamlar aracılığıyla temin edilecektir (1970 Lahey Antlaşması md. 22).

1970 Lahey Delil antlaşmasının 17. maddesi, mahkemelere özel olarak atanan kişiler vasıtasıyla delilleri toplama imkânı sağlamıştır. Finlandiya ve ABD mahkemelere bu yetkiyi vermişlerdir. Birleşik Krallık karşılıklılık çerçevesinde bu yöntemle delil temin edilmesini kabul etmiştir. Bazı ülkeler, örneğin, Danimarka ve Portekiz, özel olarak atanan kişiler tarafından delil

temin edilmesini yasaklamışlardır. Bazı ülkeler ise bu yöntemle delil temin edilmesini önceden kendi merkezî makamlarına başvurularak izin alınması kaydıyla kabul etmişlerdir¹⁴³. Bazı devletler ise, 1970 Lahey Konvansiyonunun 17. maddesine istinaden doğrudan delil teminine belirli şartlarla izin verilmektedirler. Örneğin, Fransa, incelemenin yapıldığı yerin kamuya açık olması ya da ifadesine başvuru yapan kişinin yanında avukatının bulunması şartlarını aramaktadır. Öngörülen şartların yanı sıra, doğrudan delil teminine izin verilebilmesi için, delil teminin ihtiyarî olması, cebir kullanılmaması gerekir¹⁴⁴.

Sonuç

Milletlerarası delil temini alanında yeknesak bir uygulamanın sağlanması; yardım talebinin kısa sürede ve etkin bir şekilde yerine getirilmesi; diplomatik yolla iletilen yardım taleplerinin yanı sıra yeni yöntemlere başvurulması imkânının sağlanması; taraf olan devletler açısından yardım talebinin yerine getirilmesi yükümlülüğünün öngörülmesi ve böylece taleplerin reddine engel olunması amacıyla antlaşmalar yapılmaktadır. Antlaşmalara rağmen, milletlerarası hukukî yardım ile ilgili sorunlar henüz tam olarak çözümlenememiştir. Özellikle de, usul hukuklarındaki farklılıkların hukukî yardım taleplerinin yerine getirilmesi bakımından yarattığı sorunlar aşılabilmiş değildir. Belki de bu sorunları aşmak için Avrupa Birliği'nin yaptığı gibi, delil teminine ilişkin hukukî yardım taleplerinde, merkezî makam ve diplomatik ajanları bertaraf edip doğrudan diğer bir ülkedeki mahkemenin istinabe edilmesine olanak veren bir sistemin kabul edilmesi gerekir. Ancak Avrupa Birliği gibi ekonomik ve siyasî alanda bütünleşmeyi sağlamış olan bir topluluğa üye olan ülkelerin mahkemeleri arasında yakın işbirliğini sağlamak kolay olmakla beraber aynı işbirliğini aralarında böyle bir bütünleşme olmayan ülkelerin mahkemeleri arasında sağlamak pek de kolay değildir.

Milletlerarası antlaşmalarla etkin bir delil temini sistemi öngörülmüştür. Ancak buna rağmen uygulamanın aynı etkinlikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Asıl sorun, delil temini talebinin yurt dışına gönderilmesinin zaman almasından kaynaklanmaktadır. Bu açıdan, antlaşmalar kapsamında görevli bütün birimlerin, konu ile ilgili olarak bilgilendirilmesi ve milletlerarası istinabe taleplerinin hızlı bir şekilde, eksiksiz düzenlenen belgeler doğrultusunda yapılmasının sağlanması gerekir. Bu konularda gösterilecek titizlik ve hassasiyet, Türk mahkemelerinin hızlı ve etkin bir şekilde yargılama yapmalarının yanı sıra davanın taraflarının menfaatleri açısından

¹⁴³ KOLAR/HAENNICKE, 1; http://state.gov./law/info/judicial/judicial_689html (9.8.2006).

¹⁴⁴ SCHLOSSER, 133.

hayatî önem taşımaktadır. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü vasıtasıyla gerçekleştirilen delil temini taleplerinde, sadece bu kurumun değil, davanın taraflarının ve istinabe eden mahkemenin de katkısı olduğundan, işlemlerin hızlandırılması bütün ilgililerin göstereceği özene bağlıdır. Ayrıca, bürokrasinin azaltılması, teknolojisi en yeni ve güvenilir iletişim araçlarının kullanılması ve konuyla ilgili eleman sayısının yeterli düzeye çıkarılmasıyla milletlerarası delil temini taleplerinin kısa sürede gönderilmesi açısından gerekli zemin hazırlanmış olacaktır.