



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 22.05.2020
Revizyon Talebi: 15.06.2020
Son Revizyon: 22.06.2020
Kabul: 22.06.2020
Online Yayın: 08.09.2020

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk

Recht auf Beweis” or “droit a la preuve” in International Arbitration and Law Applicable to Limit of the Right

Cemile Demir Gökyayla*

Öz

UNCITRAL Model Kanun, delillere uygulanacak kuralları ayrıntılı olarak düzenlememiş, delillere uygulanacak kuralları belirleme yetkisini, taraf iradelerine veya hakemlere bırakmıştır. UNCITRAL Model Kanununun 18'inci maddesi uyarınca yargılamada taraflara eşit muamele edilmelidir ve taraflara iddia ve savunmalarını hakeme sunabilmeleri için bütün imkânlar tanınmalıdır. Delillere uygulanacak kuralları belirleme konusunda taraf iradesinin ve hakem kararının sınırları ise 19'uncu 18'inci maddeler uyarınca *lex arbitri*'nin emredici kuralları, silahların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmesidir. İspat hakkı, hukuki dinlenilme hakkını içeriğine dâhil bir yargısal temel haktır. Tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak tahkim yargılamasında taraflar ispat hakkı tanımak zorundadır. İspat hakkının gereklerini *lex arbitri* belirleyecektir. Ancak, ispat hakkının sınırlarının belirlenmesi sadece *lex arbitri* uygulanmasıyla çözülemez. Bunun iki sebebi vardır. Öncelikle, nitelikleri gereği *lex arbitri*'deki ispat hakkının bazı sınırlarının tahkim yargılamasına uygulanması uygun olmayabilir. İkinci olarak, ispat hakkının sınırlanmasını gerektiren sebepler *lex arbitri* dışında başka bir hukuktan kaynaklanabilir. Bu çalışmanın amacı, ispat hakkının tahkimdeki sınırlarını ve bu sınırların tabi olduğu hukuku belirlemektir. Bu çalışma da uygun terminolojiyle ilgili problemlere de yer verilmiş ve tahkimde kullanılması gereken Türkçe kavram ve terimler de belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Tahkim, delil, Hukuki dinlenilme hakkı, İspat hakkı, İspat hakkının sınırları, Sır, Sulh, Arabuluculuk, İbraz, İbraz muafiyeti, Hukuka aykırı deliller

Abstract

UNCITRAL Model Law does not stipulate detailed rules of evidence but grants the parties and the arbitral tribunal the power to agree or determine the rules of evidence subject to the mandatory provisions of *lex arbitri*. The Model Law also states that the parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case. Consequently, under the Model Law, the parties and the tribunal's power to rule the evidence is restricted by the mandatory rules of *lex arbitri*, rights to be heard and the equality of the parties. The right to be heard subsumes the right to present his case. From Civil Law perspective, “*Recht auf Beweis*” in German or “*droit a la preuve*” in French corresponds to the right to present his case. These are all procedural fundamental rights that the parties shall be given through arbitral proceedings. In principle, *lex arbitri* governs the parties' rights to be heard (involving presenting of his case). Whilst the right to present his case is a fundamental procedural right there are important limits of the same. The questions to be answered are (i) what the limits are in international arbitration and (ii) which law governs them. *Lex arbitri* cannot be the only law who governs these limits for two reasons. First, all of the limits provided in the domestic law of the place of arbitration should not apply to international arbitration because of their domestic nature. Second,

* Sorumlu Yazar: Cemile Demir Gökyayla (Doç. Dr.), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.
E-posta: cemile.gokyayla@bilgi.edu.tr ORCID: 0000-0001-6506-9808

Atf: Demir-Gökyayla C, “Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk” (2020) 40(2) PPIL 729.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.0031>



the limits argued by the parties may base on law other than *lex arbitri*. This paper attempts to answer these questions and clarify some problems of terminology from Turkish law perspective.

Keywords

Arbitration, Evidence, Right of presenting his case, Right to be heard, *Recht auf Beweis*, Legal privilege, Legal impediment, Attorney-client privilege, Disclosure, Discovery, Settlement

Extended Summary

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985 and the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 state that each party shall be given the right of presenting his case which corresponds to “*Recht auf Beweis*” or “*droit a la preuve*” in Civil law. The Turkish Constitution secures the right to be heard and the right of presenting his case as procedural fundamental rights. Article 8 of the Turkish International Arbitration Law states that the parties shall have the same rights and powers. Each party shall be given a [full] opportunity to assert his petitions and defenses. Article 27 of the Turkish Code of Civil Procedure (TCC) provides the right to be heard and stipulates that each party shall have the right of presenting his case.

Whilst the right of presenting his case is a fundamental human right there are serious restrictions to the same in domestic laws of each country. For example, TCC Article 189 provides the restriction before the municipal courts. These restrictions are (i) presenting all pleadings and evidence in due time and in accordance with the applicable rules of evidence; (ii) presenting evidence only to prove the facts relevant and material to the outcome of the case; (iii) statutory evidence requirement (when the laws states a particular form of evidence such as written document to prove certain matter. For example, legal transactions above a statutory threshold are to be proved with a written document and the witness evidence is inadmissible) (iv) disregarding by the judge the evidence obtained in an illegal way; (vi) the parties do not have the duty to produce evidence to prove confidential information, (witnesses’ right to or lawyers’, accountants’ or doctors’ duty to refuse giving evidence on the confidential information, state secrets or settlement negotiations).

The evidentiary rules in international arbitration are a mix of Civil and Common evidentiary rules. Ultimately, there is no discovery procedure like in the USA or the UK, but the scope of the document production under the IBA Rules is much larger than in many Civil law jurisdictions. Again, there is no deposition, but each fact witness needs to present a written statement as a precondition to testify in the evidentiary hearing. In Civil Law jurisdiction there is no such a written statement requirement.

The mixed evidentiary rules of international arbitration may be ineffective or dissatisfactory determining the limits of the right of presenting his case -in Civil

law terminology “*Recht auf Beweis*” or “*droit a la preuve*”-. For example, in an arbitration seated in Geneva, a French arbitrator needs to make a decision on the American party’s objection against a German party’s document production requests on the basis of attorney-client privilege recognized under the law of the State where the American lawyer practices. Indeed, rejecting the production of the document will limit the requesting party’s right of presenting his case, but allowing the production will at least prejudice the American party’s and his lawyer’s reasonable expectation to keep the documents confidential from the other party and the tribunal.

In international arbitration, the parties shall be given the right of presenting their case which is a fundamental procedural right protected under UNCITRAL Model Law, the New York Convention, the national laws, the institutional arbitration rules and the IBA Rules. In Model Law jurisdictions, *lex arbitri* governs the right of the presenting of case but there is no clear answer to the question of what the limits are, and which law governs these limits.

From the Turkish arbitration law perspective, in consideration of the IBA Rules, the followings constitute the limits of the right of presenting his case:

The first one is making all submissions within the time stated in the procedural timetable. The evidence not presented timely may be deemed inadmissible by the tribunal.

The second one, presentation of the evidence must be in accordance with the evidentiary rules applicable to the proceedings unless they violate right to be heard and equality of the parties of *lex arbitri*.

The third one, the parties have the right of presenting their case only to prove the facts relevant and material to the outcome of the case.

In the case of the fact to be proved is subject to a *res judicata* the parties do not have the right of presenting the same case and reargue the same facts.

On the other hand, all of the restrictions provided under the domestic law of the seat of arbitration or *lex causae* do not need to apply to an international arbitration in the same way before the municipal courts. For example, the restrictions arising out of the statutory evidence systems should not apply in arbitration. Accordingly, Turkish statutory evidence rules do not apply in arbitration. The Turkish Law of Mediation in Civil Cases expressly forbids presenting or producing the document created for the purpose of mediation in arbitration proceedings.

Inadmissibility of evidence because of “legal impediment” or “legal privilege” should be governed by the law most closely with evidence. Should different laws

apply to the parties' inadmissibility claims the most favorable law apply claims of each party disregarding the most closely connected law. Such an approach is a requirement of the equality.

IBA Rules on Taking of Evidence reflect the best practices of the arbitration lawyers having different backgrounds. The Rules have been widely accepted as a guideline in the field of commercial and investment arbitration. IBA Rules do not violate any Turkish mandatory provisions or Turkish public policy, and they apply often proceedings wherein Turkish parties are involved. From the Turkish law perspective, the Rules are able to solve most -if not all- of the problem related to the admissibility of the evidence including the question of legal privilege.

Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk

I. Giriş

Milletlerarası tahkimde delillerin ikamesi, ibrazı, hakemler tarafından değerlendirilmesi ve bunların caiz delil olup olmadığına karar verilmesi esas itibarıyla usulî bir süreçtir. UNCITRAL Model Kanun'da¹ delillere ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmamaktadır. UNCITRAL Model Kanunu gibi UNCITRAL Tahkim Kurallarında² veya dünya üzerindeki önemli tahkim merkezlerinin tahkim kurallarında, örneğin Milletlerarası Ticaret Odası³, İstanbul Tahkim Merkezi⁴, Singapur Tahkim Merkezi⁵, Dubai Milletlerarası Tahkim Merkezi⁶, milletlerarası tahkimde delilleri tüm yönleriyle ele alan kapsamlı kurallar yer almamaktadır.

Bu boşluk Uluslararası Barolar Birliği'nin hazırladığı 1999 yılında yayımlanan Milletlerarası Tahkimde Delillerin İkametine İlişkin Kurallar⁷ ile doldurulmaya çalışılmıştır. Uluslararası Barolar Birliği'nin Kuralları, gözden geçirilerek 2010 yılında tekrar yayımlanmıştır. Bu Kuralların amacı milletlerarası tahkim yargılamasında delillerin ikamesi sürecini etkin bir şekilde yürütmektir. Uygulamada, hakemler delil ikamesi sürecini yönetirken Uluslararası Barolar Birliği'nin Kurallarından bir kılavuz olarak yararlanmaktadır. Taraflar da delillere ilişkin süreçlerde Kuralların uygulanacağı kararlaştırılmış olmasa bile Kuralları dikkate almaktadır. Kuralların, hem ticari *ad hoc* veya kurumsal tahkimlerde hem de yatırım tahkimlerinde geniş bir kabul gördüğü izlenmektedir.

IBA Kurallarının delillere ilişkin süreçleri yeterince etkili bir şekilde düzenlemediği kanaatinde olan tahkim uygulamacılarının inisiyatifiyle Aralık 2018'de Milletlerarası Tahkimde Yargılamanın Etkili Bir Şekilde Yürütülmesi Hakkında Kurallar (*Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*)⁸ veya kısaca Prag Kuralları (*The Prague Rules*) olarak anılan Kurallar açıklanmıştır⁹.

1 UNCITRAL Model Law in International Arbitration <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf>Erişim Tarihi 19 May 2020.

2 United Nations Commission On International Trade Law <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

3 ICC International Chamber of Commerce <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> Erişim Tarihi 19 May 2020.

4 İstanbul Tahkim Merkezi < https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/03/istac_tahkim_kurallari_v3_TR.pdf> Erişim Tarihi 19 May 2020.

5 Singapur International Arbitration Center < <https://www.siac.org.sg/our-rules>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

6 Dubai International Arbitration Center < <http://www.diac.ae/idias/rules/>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

7 International Bar Association <https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice> Erişim Tarihi 19 May 2020.

8 Prague Rules < https://praguerules.com/prague_rules/> Erişim Tarihi 19 May 2020.

9 Kabir Duggal and Rekha Rangachari, 'A Challenger Approaches: An Assessment of the Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration', in Maxi Scherer (ed), *Journal of International Arbitration*, (Kluwer Law International 2020, Volume 37 Issue 1) pp. 27 - 48 at Kluwer Arbitration <<http://0-www.kluwerarbitration.com.opac.bilgi.edu.tr/document/kli-joia-370102?q=right%20to%20be%20heard>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

Her iki Kural da delillerle ilgili meseleleri düzenlemektedir. Ancak, bunlar tarafların veya hakemlerin inisiyatifıyla uygulanacak kurallardır ve milletlerarası hukuktan kaynaklanan bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

Bu çalışmanın konusu olan ispat hakkı, yargısal bir temel haktır. Yukarıda bahsettiğimiz kurallarda farklı terminolojilerle de olsa ispat hakkına ve sınırlarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Diğer taraftan ispat hakkının yargısal bir temel hak ve sınırlanmasının yargısal bir temel hakkın sınırlanması olduğu dikkate alındığında ispat hakkının gereklerine aykırı davranılması, hakem kararının iptal edilmesine veya tenfizinin reddedilmesine neden olabilir. Konunun önemi, tahkimde ispat hakkına ve ispat hakkının sınırlarına uygulanacak kuralları ve millî hukukların müdahalesini gündeme getirmektedir.

Diğer taraftan, milletlerarası tahkimde ispat hakkı ve sınırları konusunda Türkçe terim birliği sağlanamamıştır. Bu da ispat hakkının ve sınırlarının milletlerarası tahkimde doğru terminolojiyle ifade edilmesini ve tartışılmasını zorlaştırmaktadır.

Bu çalışmanın amacı, ispat hakkı ve sınırlarına ilişkin terminoloji sorununu çözmeye, milletlerarası tahkimde ispat hakkı ve buna uygulanacak hukuku tespit etmeye çalışmaktır. Prag Kuralları, ayrı bir inceleme konusu olabileceği için bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

II. Terminoloji

HMK¹⁰, belirli delillerle ispatını gereken hususları ispat için sunulan diğer delilleri (senetle ispat zorunluluğu), süreye ve usule aykırı sunulan delilleri ve hukuka aykırı yollardan elde edilen delilleri caiz olan - olmayan delil olarak ele almıştır¹¹. HMK'nın 189'uncu maddesinde ispat hakkının sınırını ihlal eden deliller, caiz olmayan delil olarak ifade edilmiştir. Maddenin kenar başlığı ispat hakkıdır. Aşağıda ifade edileceği üzere maddede sayılan haller ispat hakkının sınırını teşkil etmektedir. İspat hakkının sınırını ihlâl eden deliller mahkeme tarafından değerlendirilmez. Maddenin üçüncü fıkrasında "*bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir*" denilmek suretiyle bir vakıanın ispatında değerlendirilemeyecek deliller caiz olmayan deliller olarak ifade edilmiştir. Caiz delil ifadesi Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay tarafından kullanılmaktadır¹²

Milletlerarası tahkimde terminoloji genellikle İngilizce gelişmektedir. Uluslararası Barolar Birliği'nin, tahkimle ilgili kural ve kılavuzları İngilizce hazırlanmakta ve diğer dillere tercüme edilmektedir. Milletlerarası Ticaret Odası'nın Tahkim Kuralları

10 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası:6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.01.2011/ 27836.

11 Serkan Kale and Salih Keser, "Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi", (2016) 21(2) MÜHFAD 701, 711.

12 Anayasa Mahkemesi, 94/89 10.07.2013 (RG 25.01.2014/28893); Yargıtay 4. HD, 5125/1595, 20.03.2019, kararda hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin caiz delil olmadığı ifade edilmiştir.

da İngilizce hazırlanmakta ve diğer dillere tercüme edilmektedir. ICSID Tahkim Kuralları¹³ da yine İngilizcedir. Dubai Milletlerarası Tahkim Kurallar İngilizce kaleme alınmıştır¹⁴. Bunun gibi örnekler çoğaltılabilir. Milletlerarası tahkim hukukunun İngilizce gelişmesi kavramların Müşterek Hukuk terminolojisiyle ifade edilmesine neden olmuştur. Böylece, Müşterek Hukuk'ta mahkemeler huzurunda yargılamada kullanılan terminoloji milletlerarası tahkimde de kullanılmaktadır. Bunun en güzel örnekleri, *discovery*, *disclosure*, *attorney-client privilege*, *evidentiary privileges* olarak sayılabilir ve bu örnekler çoğaltılabilir.

IBA Kuralları, delillerle ilgili Müşterek Hukuk terminolojisini kullanmıştır. Bu Kurallar Türkçe'ye çevrilmiştir. İngilizce ve Müşterek Hukuk'a ait terminoloji Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan Türk hukukundaki bu kavram/kurumlara tekabül eden kavramlarla ifade edilmek yerine sözlük anlamıyla tercüme edilmektedir. Bunun en bariz örneği ise IBA Kurallarının Türkçe'ye resmi tercümesinde "*admissibility of evidence*" ifadesinin sözlük anlamıyla delillerin kabul edilebilirliği olarak Türkçe ifade edilmesidir (m. 9)¹⁵. IBA Kurallarından bağımsız olarak doktrinde de Müşterek Hukuk'taki "*admissibility of evidence*" kabul edilebilir veya kabul edilemez delil olarak ifade edilmiştir.¹⁶

Doktrinde ve IBA Kurallarının tercümesinde kabul edilebilir/edilemez delil terminolojisinin kullanılması konunun daha kolay anlaşılmasına ve bir terim birliğine hizmet edebilir. Kanımızca, tercüme ifade yerine Türk hukukundaki karşılığının ortaya çıkarılması daha uygundur. Zira, yargılama usulüne Türk hukukunun uygulandığı hallerde Türk hukukundaki karşılığı bilinmeden bir delilin kabul edilebilir olup olmadığının tespitinde hatalara neden olabilir. Kabul edilebilir-edilemez delil ifadesini kullandığımızda, sanki Türk hukukunda karşılığı olmayan bir müessese ile karşı karşıya kaldığımız izlenimi doğmaktadır.

Aygül, Türk hukukunda delillerin kabul edilebilirliği için caiz delil ifadesinin kullanıldığına dikkate çekmiştir¹⁷. Milletlerarası Tahkimde Belge İbrarı İsimli çalışmamızda, kabul edilebilir olan-olmayan delil ayrımının caiz olan – olmayan delil ayrımına yakın olduğunu belirtmiş ancak IBA Kuralları ve tahkim literatürüyle uyumlu

13 <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf> Erişim Tarihi 19 May 2020.

14 DIAC <<http://www.diac.ae/idias/rules/>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

15 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 404, Yazar, HMK'daki senetle ispat mecburiyetini, delilin kabul edilebilir-edilemez olması noktasından değerlendirmiştir; Musa Aygül, *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (2nd edn, Oniki Levha 2014) 399 meseleyi delillerin kabul edilebilirliği olarak ifade etmiştir; Ekin Hacıbekiroğlu, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delilerin Değerlendirilmesi* (1st edn, Oniki Levha 2012) 131; Ferda Güvenalp, *Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali* (1st edn, Oniki Levha 2018)105; Cemile Demir Gökayla, *Milletlerarası Tahkimde Belge İbrarı* (1st edn, Vedat 2014) 22 vd.

16 Resmi Türkçe Tercümede, Kuralların, Uluslararası Barolar Birliğinin çalışma grubu tarafından İngilizce hazırlandığı ve Birliğin Konseyi tarafından kabul edildiği ifade edildikten sonra, İngilizce ve Türkçe tercümesi arasında bir çelişki olması hâlinde İngilizcesinin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. <https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx> Erişim Tarihi 19 May 2020.

17 Aygül(n 12) 399.

olmak adına kabul edilebilir -edilemez- ifadesine sadık kalmayı tercih ettiğimizi ifade etmişik¹⁸. Müessesinin Türk hukukunda bir karşılığı varsa terimi doğru ifade etmek için bu karşılığının kullanılması gerektiğine inanmaktayız.

IBA Kurallarında veya milletlerarası tahkimle ilgili yayınlarda *inadmissible evidence* veya *admissibility of evidence* olarak ifade edilen deliller aslında ispat hakkının sınırları nedeniyle tarafların ibrazına zorlanamayacağı veya bir şekilde hâkimin/hakemin huzuruna gelmişse yargılamada değerlendirilemeyecek delillerdir. İspat hakkının sınırını ihlal ettikleri için değerlendirilemeyecek olan *inadmissible evidence* Türk hukukunda caiz olmayan delildir. Bir delinin caiz olup olmadığı meselesi ise ispat hakkı ve sınırıyla ilgilidir.

Bu çalışmada milletlerarası tahkimde bir delilin caiz olup olmadığına uygulanacak hukuk bu bakış açısıyla ele alınacaktır.

III. Tahkimde Delillerle İlgili Meselelere Uygulanacak Kurallar ve Sınırları

Deliller, kural olarak, yargılama usulüne ilişkin bir meseledir ve tahkim usulüne uygulanacak kurallara¹⁹ ve hukuka²⁰ tabidir²¹.

Delilleri değerlendirme yetkisinin hakemlere ait olduğu UNCITRAL Model Kanunu'nun 19/2 maddesinde açıkça belirtilmiştir. MTK²²'da bu yönde bir düzenleme bulunmamakla birlikte aksinin düşünülmesi de mümkün değildir. Delillerin değerlendirilmesi yargılamanın en önemli parçalarıdır. Yargılama yetkisi hakemlere ait olduğuna göre delillerin değerlendirilme yetkisi de hakemlerden başkasına ait olamaz²³.

IBA Kurallarının 9(1) maddesinde, delillerin caiz olup olmadığına karar verme ve delilleri değerlendirme yetkisinin hakemlere ait olduğu açıkça kaleme alınmıştır. Hâliyle, bir delilin caiz olup olmadığına, diğer bir ifadeyle ispat hakkının sınırlarını ihlâl edip etmediğine karar verme yetkisi de hakemlere aittir²⁴. Sorun, hakemlerin hangi kurallara göre delilin caiz olup olmadığına karar verebilecekleri noktasında toplanmaktadır.

18 Demir Gökyayla (n 15) 24.

19 Geniş anlamda delillerle ilgili meselelere uygulanacak kuralları ifade etmek üzere İngilizce milletlerarası tahkim literatüründe “*rules of evidence*” ya da “*evidentiary rules*” ifadesiyle karşılansaktadır. Bunu Türkçe “delil kuralları” olarak ifade etmek doğru bir çeviri olsa da doğru terminoloji olmayacaktır. Delillere uygulanacak hukuk olarak ifade edilmesi de doğru olmayacaktır. Zira, hukuk belli bir devletin hukukunu ifade etmektedir. Oysa delillerle ilgili meselelere bir devletin hukuku dışında milletlerarası tahkimle ilgili hazırlanmış ve taraflarca seçildiklerinde bağlayıcı olan kurallar da uygulanabilir.

20 Tahkimde yargılama usulüne uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Aygül (n 12) 5-126.

21 Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, (1st edn, Legal 2008) 132; Aygül (n 12) 129.

22 Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kanun Numarası:4686, Kabul Tarihi: 21.06.2001, RG 05.07.2001/ 244532.

23 Aynı yönde Aygül (n 12) 402.

24 Nathan D O'Malley, *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*, (1st edn, Informa 2012) 7.05; Aygül (n 12) 402; Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Vol. II (2nd edn, Kluwer Law International 2014) 2309; Roman Khodykin, Carol Mulcahy, Nicholas Fletcher, *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1st edn, Oxford 2019) 12.10-12.17, 12.19.

MTK'nun 8'inci maddesi uyarınca, taraflar, tahkim usulüne uygulanacak kuralları, dolayısıyla delillere uygulanacak kuralları serbestçe ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Bu maddeden hareketle aşağıda delillerin tabi oldu olduğu kurallar açıklanmaya çalışılacaktır.

A. Milletlerarası Tahkim Kuralları

Kurumsal tahkim kurallarında yer alan delillere ilişkin kurallar, hakemlerin delilleri toplama ve değerlendirme yetkisini düzenlemektedir²⁵. Tahkim merkezleri, delillerle ilgili tüm süreçlerin yönetilmesi için ayrıntılı kurallar getirmemiş, delillere uygulanacak kuralların belirlenmesini tarafların anlaşmalarına ve/veya hakemlerin inisiyatifine bırakmıştır.

Son 100 yıl içinde²⁶ farklı hukuk kültürlerine sahip hakemlerin uygulamalarının, karşılaşılan sorunlara buldukları çözümlerin Uluslararası Barolar Birliği'nin inisiyatifıyla bir araya getirilmesiyle Milletlerarası Tahkimde Delillerin İkametine İlişkin Uluslararası Barolar Birliği Kuralları hazırlanmıştır. Bunun dışında ABD'deki tahkimle kuruluşlar (ICDR, CPR) tarafından delillere ilişkin süreçlerin yönetimi hakkında kılavuzlar yayınlanmıştır. 2018 yılında IBA Kurallarına alternatif olarak Prag Kuralları oluşmuştur.

Çeşitli kurumlar tarafından hazırlanan kurallar ve kılavuzlar konuyla ilgili *soft law* teşkil etmektedir. Diğer bir ifadeyle, uluslararası hukuktan ya da millî hukuklardan kaynaklanan bir bağlayıcılıkları yoktur. Bağlayıcılıklarını taraf iradelerinden almaktadırlar.

B. Adil Yargılanma Hakkının Gereklere

MTK, UNCITRAL Model Kanun örnek alınarak hazırlanmıştır. MTK'nın 8'inci maddesine tekabül eden Model Kanununun 19'uncu maddesi uyarınca “*bu kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla*” taraflar ve/veya hakemleri usule uygulanacak kuralları belirleyebilir. Böylece Model Kanunu benimseyen ülkelerde tahkim usulüne o yerdeki milletlerarası tahkimle ilgili emredici hükümlerinin uygulanacağı açık hükme bağlamıştır. Böylece, Model Kanun sisteminde herhangi bir devletin milletlerarası tahkimle ilgili mevzuatına tabi olmayan tahkim yargılaması yapılmasına izin verilmemiştir²⁷. MTK'nın 8'inci maddesi taraf iradelerini ve hakemlerin kararlarını, MTK'nın emredici kanun hükümleriyle sınırlamıştır. Taraflarca seçilen kurallar, tahkim yeri Türkiye ise ancak MTK'nın emredici hükümlerine aykırı değilse uygulanabilir²⁸.

25 Örneğin, ISTAC Tahkim Kurallarının 29'uncu maddesi tahkikat ve deliller kenar başlığını taşımaktadır. Bu madde uyarınca, hakemler davanın dayanağı olan vakiaları tespit edebilmek için uygun bulunduğu tüm yöntemleri kullanır. Hakemler, taraflardan birinin talebi üzerine veya kendiliğinden tarafları, tanıkları ve diğer kişileri dinleyebilir; bilirkişi atayabilir; keşif yapabilir; duruşmada bilirkişi veya uzmanlara doğrudan soru sorabilirler. Ayrıca yargılama süresince taraflardan ek bilgi ve belge sunmalarını isteyebilir.

26 O'Malley (n 24) 1.03.

27 Özel (n 21) 101; Aygül (n 15) 36.

28 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020) 232.

MTK'nın 8(B) maddesi, taraf iradelerinin sınırına ilişkin temel düzenlemeyi getirmiştir. Buna göre, “*tarafklar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır*”. Bu ifadelerle, adil yargılanma hakkının gerekleri olan, hukuki dinlenme hakkı, ispat hakkı ve tarafların eşitliği ilkelerine uyulması teminat altına alınmıştır ve böylece bu ilkeler tahkim yargılamasında da koşulsuz kabul edilmiştir.²⁹

Adil yargılanma hakkı, 8'inci maddede sayılanlardan daha geniştir. Kanun'da sadece hukuki dinlenme hakkı ve tarafların eşitliği ilkelerinden söz edilmesi âdil yargılanma hakkının içeriğinin tahkimde daraltılması olarak anlaşılmalıdır. Tahkim yargılamasının özelliklerine uygun olmayan -örneğin aleni yargılanma hakkı veya ceza yargılamasına münhasır olabilecek- haklar dışında âdil yargılanma hakkının içeriği tahkime de uygulanacaktır. Kamu düzenine aykırılık hem bir iptal sebebi hem de bir tenfiz engeli olmakla tahkimin niteliğine uygun olduğu ölçüde kamu düzenine uygun davranma zorunluluğu âdil yargılanma hakkını temin etmektedir.³⁰

Tahkimde delillerle ilgili taraflarca belirlenen kurallar ve hakemlerin verdikleri kararlar, adil yargılanma ilkesi çerçevesinde, silahların eşitliği ve hukuki dinlenme hakkının gereklerine uygun olmalıdır. Bu temel prensiplere uyulmuş olması, hem *lex arbitri* çerçevesinde iptal davasında ve/veya tenfiz aşamasında Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında Birleşmiş Milletler (New York) Sözleşmesi tahtında denetlenmektedir. Bu husus çeşitli hakem kararlarında da dile getirilmiştir³¹. Yargıtay da kararlarında, tahkimde adil yargılama hakkının gereklerine uyulması gerektiğini açıkça belirtmiştir³².

29 Milletlerarası tahkimde silahların eşitliği ve hukuki dinlenme hakkı hakkında ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz.: Born (n 24) 2170-2180.

30 Aynı yönde Aygül (n 15) 110 vd.

31 Turgut Kalpsüz, *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim* (2nd edn, Yetkin 2010) s. 101; O'Malley (n 24) 2016-2164; İpek Sarıöz Büyükalp, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri*, (1st edn, Oniki Levha 2018) 38 dn. 83.

32 Yargıtay 20. HD, 2303/6174, 02.10.2018: “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 27. maddesinde yer bulan “Hukuki Dinlenme Hakkı” gereğince davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenme hakkına sahip olup, bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerçekleştirilmesini içermektedir. Mahkeme, iki tarafa eşit şekilde hukuki dinlenme hakkı tanıyarak hükmünü vermemelidir. Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenme hakkı, adil yargılanma hakkı içinde teminat altına alınmıştır. Bu hakka, tarafın hâkime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı da denilmektedir. Ancak, hukuki dinlenme hakkı, bu ifadeleri de kapsayan daha geniş bir anlama sahiptir. Bu hak çerçevesinde, tarafların gerek yargı organlarıncaya gerekse karşı tarafa yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi, kural olarak mümkün değildir. Hukuki dinlenme hakkı, sadece belli bir yargılama için ya da yargılamanın belli bir aşaması için geçerli olan bir ilke değil, tüm yargılamalar için ve yargılamanın her aşamasında uyulması gereken bir ilkedir. Bu çerçevede gerek çekişmeli ve çekişmesiz yargı işlerinde gerekse bu yargılamalarla bağlantılı geçici hukuki korumalarda, icra takiplerinde, tahkim yargılamasında, hatta hukuki uyumsuzluklarla ilgili yargılama dışında ortaya çıkan çözüm yollarında, her bir yargılama, çözüm yolu ve uyumsuzluğun niteliğiyle bağlantılı şekilde hukuki dinlenme hakkına uygun davranılmalıdır.” Yargıtay 20 HD, 18686/22027, 08.12.2015; Yargıtay 21 HD, 4716/5490, 25.09.2019; Yargıtay 21 HD, 13566/28211, 23.12.2014.

C. Millî Usûl Hukuklarının Dışlanmış Olması

Milletlerarası tahkimde delillere ilişkin ayrıntılı düzenlemeler olmaması karşısında, tahkim yerindeki milli mahkemelerde muhakeme usulüne uygulanan kuralların (örneğin HMK Dördüncü Kısım) uygulanabileceği düşünülebilir. Ancak bu doğru bir yaklaşım olmaz. Muhakeme usulüne ilişkin kanun hükümlerinin milletlerarası tahkime doğrudan uygulanmaması gerekir. Nitekim, UNCITRAL Model Kanun ve onu takip eden MTK'nın 17'inci ve HMK'nın 444'üncü maddeleri, HMK hükümlerinin tahkim yargılamasında uygulanmayacağını ifade etmiştir³³. Buna göre Kanun'un tahkim kısmından düzenlenen konularda aksine bir hüküm bulunmadıkça HMK'nın mahkemelerde yargılamayı düzenleyen hükümleri uygulanmaz. Dolayısıyla, millî ve milletlerarası tahkimde, HMK'nın dördüncü kısmındaki ispat ve delillere ilişkin hükümler uygulanmaz³⁴.

Milletlerarası tahkim uygulamasında, hakemler, millî mahkemeler huzurundaki yargılama kurallarını, özellikle delillerle ilgili olanları, uygulamamaktadır. Esasında, tahkimi avantajlı kılan yönlerinden birisi de tahkimde milli mahkemeler huzurundaki ispatla ilgili katı kuralların uygulanmamasıdır. Birçok hakem kararında, millî mahkemeler huzurundaki delillere ilişkin düzenlemelerin tahkime uygulanmayacağı ifade edilmiştir³⁵.

IV. Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı

Milletlerarası tahkimde ispat, çok kısaca, bir iddianın doğru ve gerçek olup olmadığı konusunda hakemi inandırma faaliyeti olarak ifade edilebilir.

Davayı kazanabilmek için dayanılan (koşul) vakıaların doğru ve gerçek olduğu konusunda hakemin inandırılması gerekir. Hakem ikna edilemezse, ispat yükünü taşıyan taraf ispat edememenin sonuçlarına katlanır, kısaca davasını kaybeder. Tarafların iddialarını ispat edebilmek için eşit şartlarda herhangi bir engelle karşılaşmaksızın delillerini yargılamaya getirebilmeleri çok önemlidir. Tarafların yargılama sonucunda kendi lehlerine bir sonuç elde edebilmeleri için ispat hakkına sahip olmaları zorunlu bir unsurdur. Bu itibarla, ispat hakkı, AİHS'nin 6'ncı ve Anayasa'nın 36'ncı maddeleriyle âdil yargılanma hakkı çerçevesinde teminat altına alınmış yargılamaya ilişkin bir temel hak³⁶. Hukuki dinlenilme hakkı adil yargılanma hakkının bir unsurudur. İspat hakkı

33 Akıncı (n 28) 233, 296; Hacıbekiroğlu (n 15) 80, Hacıbekiroğlu (n 15) 77-78 mülga HMUK'nın 526'ncı maddesi nedeniyle, HUMK'taki delillere, ilişkin kuralların tahkime de uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıydı. HMK'nun 444'üncü ve MTK'nın 17'inci maddesinin lafzı karşısında delillere ilişkin HMK'nı hükümlerinin tahkimde uygulanmayacakları açıklığı kavuşturulmuştur.

34 Ali Yeşilirmak, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. III (15th edn, Onikilevha 2017)* 2594.

35 O'Malley (n 24) 7.06-7.08, 12.22; Born (n 24) 2310; Annabelle Möckesch, *Attorney-Client Privilege in International Arbitration* (1st edn, Oxford 2017) 1.13.

36 Barış Toraman, "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler"(2014) 16 DEÜHFD 1483, 1486, Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II (15th edn, Onikilevha 2017)* 1585-1588.

ise hukuki dinlenilme hakkının bir gereğidir.³⁷ HMK'nın 27'inci maddesinde ispat hakkı hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olarak açıkça ifade edilmiştir. MTK'nın 8'inci maddesinde de taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme hakkının tanınacağı düzenlenmiştir. Hiç şüphesiz ki tahkim yargılamasında da bu hakka riayet edilmesi zorunludur³⁸.

İspat hakkı, doktrinde, “gerçeği yargılamada ortaya çıkarmak amacıyla, gözleme dayalı olarak uyumsuzluk hakkında vicdani kanaatine göre karar verecek hâkimle ispat faaliyetinin objeleri ve süjeleri arasında engel yaratılmamasını talep hakkı” olarak tanımlanmıştır³⁹. İspat hakkının sınırlarını da dikkate alan başka bir tanıma göre ise ispat hakkı “somut bir vakıa iddiası hakkındaki caiz bir delilin elde edilmesi yahut ikamesi ile bunun dikkate alınmasını talep hakkıdır”⁴⁰.

Türk hukukunda, nelerin ispat hakkının içeriğine dahil olacağı kanunlarda düzenlenmemiştir. İspat hakkın uygulama alanı ve kapsamı çok geniştir.⁴¹ İspat hakkının gereğinin yerine getirilmiş sayılması için hukuki dinlenilme hakkına, silahların eşitliği ilkesine uygun davranılmalı, makul sürede yargılanma hakkı, doğrudanlık ve aleniyet⁴² ilkelerine uyulmalıdır⁴³.

V. Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkının Sınırları

İspat hakkı, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, AİHS’de ve Anayasa’da korunan bir temel haktır. Bir temel hak olmasına rağmen ispat hakkının da evrensel sınırları bulunmaktadır. HMK’nın 189’uncu maddesi ispat hakkı kenar başlığını taşımakta ve Türk mahkemelerindeki yargılamada ispat hakkının sınırlarını düzenlemektedir. Madde uyarınca, ispat hakkı kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak kullanılmalıdır (HMK. 189/1), hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz. Son olarak, kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz.

Doktrinde, Türk mahkemeleri huzurundaki yargılamada ispat hakkının beş sınırı sayılmıştır. Bunlar, (i) ispat hakkının belirtilen süre ve usule uygun olarak kullanılması, (ii) hukuka uygun yollardan kullanılması, (iii) senetle ispat zorunluluğu, (iv) caiz olmayan delillerin kullanılmaması, (v) ispat hakkının diğer temel haklarla çatışması⁴⁴.

37 Toraman (n 36) 1496.

38 Kalpsüz (n 31) 137-142, ve 193; Aygül (n 15) . 114; Sarıöz Büyükalp (n 31) 12-18 adil yargılanma hakkının temel hak niteliğini, terminolojik ve kavramsal yaklaşımı incelemektedir. Hacıbekiroğlu (n 15) 43 ise ispat hakkının tahkime hâkim olan adil yargılanma, hukuki dinlenilme, tarafların eşitliği ilkeleriyle örtüştüğünü ve ispat hakkının HMK’nın 189’uncu maddesinde kanuni bir hak olduğunu ifade etmiş ancak tahkimde de uygulanması gerektiğine ilişkin herhangi bir açıklama yapmamıştır.

39 Pınar Çiftçi, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları* (1st edn, Adalet 2018) 8; Atalay (n 36) 1588.

40 Toraman (n 20) 1493.

41 Çiftçi (n 39) 158 vd, 169-335, Yazar ispat hakkının unsurlarını ispat kataloğu olarak ifade etmiştir.

42 Tahkimde aleniyet ilkesi kabul edilmediği için bu konuya aşağıda ayrıca değinilecektir VI, F, I.

43 Atalay (n 36) 1589-1590.

44 ibid 1590.

IBA Kurallarının bazı maddelerinde, özellikle 9(2) ve (3) maddelerinde, milletlerarası tahkimde ispat hakkının sınırlarına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler yukarıda ifade ettiğimiz gibi delillerin kabul edilebilirliği noktasından değerlendirilmiş ancak ispat hakkının sınırı olarak nitelendirilmemiştir. Oysa, bu kurallar ispat hakkının sınırını teşkil etmektedir.

Çalışmanın devamında, Türk medenî usûl hukukunda belirtilen ve IBA Kurallarında düzenlenen ispat hakkının sınırları bir arada ele alınacak ve tahkime uygulanabilir olup olmadıkları bakımından değerlendirilecektir.

A. İspat Hakkının Süreyle Sınırlanması

Mahkemeler önünde yapılan yargılamada, ispat hakkı ancak HMK’da düzenlenen usule ve sürelerle uygun olarak kullanılabilir (HMK.m.189/1).

MTK’nun 10 (D) maddesi uyarınca “*tarafarca kararlaştırılan ya da hakem veya hakem kurulunca belirlenen süre içinde davacı, (...) dava dilekçesini; davalı ise, cevaplarını içeren dilekçesini hakem veya hakem kuruluna verir. Taraflar dilekçelerine yazılı delillerini ekleyebilir ve ileride sunacakları delillere yollama yapabilirler*”. MTK’nun 12 (B) maddesi uyarınca “*tarafklar, delillerini hakem veya hakem kurulunca belirlenen süre içinde verirler.*” Görüldüğü gibi, MTK tarafların yazılı beyanlarını ve delillerini sunmaları için uyulması gereken süreleri belirtmemiş, onun yerine bu sürelerin belirlenmesi için taraflara ve hakemlere yetki vermiştir. Hakemler, süreleri belirlerken, sürenin delillerin sunulması için yeterli olmasına dikkate etmek ve silahların eşitliği ilkesine riayet etmek zorundadır⁴⁵.

ISTAC Tahkim Kuralları uyarınca taraflar tahkim anlaşmalarında veya tahkim başladıktan sonra yazılı beyanların hangi süre içinde sunulacağı konusunda anlaşabilir. Anlaşamazlarsa, hakemler bu süreleri belirler⁴⁶. Kuralların 27’inci maddesi, usuli zaman çizelgesini düzenlemektedir. Birinci fıkraya uyarınca, “*görev belgesi düzenlenirken Tek Hakem veya Hakem Kurulu, tarafların görüşlerini aldıktan sonra bir zaman çizelgesi oluşturarak, özellikle dilekçelerin verilme tarihi, duruşma tarihi ve uygun gördüğü diğer usuli işlemlerin tarihlerini belirler*”. Üçüncü fıkraya uyarınca, “*gerekli görülen hallerde Tek Hakem veya Hakem Kurulu, tarafların da görüşünü alarak usuli zaman çizelgesinde belirtilmiş tarihleri ve süreleri değiştirebilir*”. Görüldüğü gibi ISTAC Tahkim Kuralları, tahkim yargılamasında süreleri belirleme yetkisini taraflara ve hakeme bırakmıştır.

ISTAC Tahkim Kuralları, taraflarca uyulması gereken süreler de düzenlemiştir. Örneğin, 8’inci madde uyarınca Tahkim Talebine Cevap dilekçesi sunmak için

45 Kalpsüz (n 31) 87.

46 Akıncı (n 28) 259.

davalının 30 gün süresi bulunmaktadır. İspat hakkını doğrudan ilgilendirmeyen hakem seçimi, hakemin reddi süreleri de düzenlemiştir. ISTAC Kurallarındaki süreler, tarafların süreleri belirlemekteki irade serbestilerinde dayanağını bulmaktadır.

ISTAC Tahkim Kurallarından başka, IBA Kurallarının 3.1, 4.1, 5.1 maddeleri uyarınca, taraflar belge, tanık ve taraf bilirkişisi delillerini hakemlerin belirlediği süre içinde sunmak zorundadır. Süreleri sınırlama yetkisinin kaynağı yine taraf iradeleridir. IBA Kurallarında bu süre sınırlamasına uyulmamasının yaptırımını açıkça düzenlenmemiştir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi, tahkimde, mahkemelerden farklı olarak dilekçeler ve delillerin sunulması için uyulan süreler, kanun hükmünden değil taraf iradelerinden veya hakemlerin kararlarından doğmaktadır. Bu sürelere uyulmamasının yaptırımını Kanun'da ve kurumsal tahkim kurallarında ya da IBA Kurallarında gösterilmemiştir.

Uygulamada, usulî zaman çizelgesi hazırlanmakta ve tarafların yazılı beyanlarını ve delillerini hangi tarihte sunacakları kararlaştırılmaktadır. Bazı hakemler ise İngilizce “*cut-off date*” -“yapılacak bir şeyin konfirme edilmesi veya tamamlanması gereken son tarih⁴⁷”- olarak ifade edebileceğimiz bir tarih belirlemektedir. Yazılı beyanlarının ve delillerinin teatisi aşaması tamamlandıktan sonraki ama duruşmadan önceki bir tarihten (*cut-off date*) sonra tarafların yeni delil sunmaları yasaklanmaktadır. Böyle bir tarihin belirlenmiş olması, duruşmadan çok kısa bir süre önce veya duruşmada delil sunulmasını engelleyeceği için aslında her iki tarafa adil bir savunma imkânı tanımaktır⁴⁸. Uygulamada, duruşmada ya da duruşmadan bir gece önce ya da duruşma sabahı henüz duruşma başlamadan elektronik postayla deliller sunulabilmektedir. Bu şekilde sürpriz denilebilecek bir delille karşı beyanda bulunmak veya bu delili çürüten başka bir delil sunmak mümkün olmayabilir. Bu delilin kabul edilmesi hâlinde de yeterli süresi olmadığı için bu delile karşı kendisini savunamayan tarafın hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilebilir. Bu nedenle, taraflara yeterli sürelerin tanınmış olması koşuluyla, ispat hakkının süreyle kısıtlanması hukuki dinlenilme hakkını ihlâl etmez.

Tarafların ispat faaliyetlerini süreyle sınırlayan bir diğer durum ise hakemlerin tahkikatın sona erdiğini taraflara bildirmesidir. ISTAC Tahkim Kurallarının 32'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “*tahkikatın sona erdiği bildirildikten sonra, kararda hükme bağlanacak konular hakkında taraflar, iddia ve savunmada bulunamaz; delil sunamaz. Lüzum görülen istisnai hallerde Tek Hakem veya Hakem Kurulu'nun talebi veya izni ile tarafların yeni beyanda bulunması ve belge sunması mümkün olabilir*”.

47 Tureng İngilizce Türkçe Sözlük <<https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/yap%C4%B1lacak%20bir%20%C5%9Feyin%20konfirme%20edilmesi%20veya%20tamamlanmas%C4%B1%20gereken%20son%20tarih>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

48 Born (n 24) 2263.

Taraflarca kararlaştırılan bir tarihten sonra ve/veya hakemler tahkikatın sona erdiği taraflara bildirdikten sonra tarafların delil sunmak istemeleri hâlinde, önce hakemlerden izin almaları gerekmektedir. Uygulamada hakemler, delil sunmak isteyen tarafın ispat hakkıyla diğer tarafın hukuki dinlenilme -sunulan delillere karşı delil sunma/delili çürütme- hakkı arasında bir denge kurmak zorundadır. Zira delil sunulmasına izin verilmezse ispat hakkı ihlal edilecek, izin verilirse de tahkikat tamamlandıktan sonra yeni bir delille karşılaşan tarafa cevap verme imkânı kalmadığı için o tarafın hukuki dinlenilme hakkı -silahların eşitliği ilkesi (MTK.m.8/2) ihlal edilecektir. Yeni delil sunulmasına izin verilmesi ve bu delile cevap hakkı verilmesi hâlinde tahkikat aşaması tamamlanamayabilir ve yargılama uzayabilir. Bu da tarafların tahkimden beklentilerinden birisi olan hızlı bir yargılama yapılmasını engelleyebilir. Görüldüğü gibi, burada tarafların adil yargılanma hakkının birden çok unsuru/gereği arasında bir denge sağlanması gerekmektedir.

Öncelikle, delillerin belirlenen süre içinde sunulması gerektiği -diğer bir ifadeyle yargılamanın her aşamasında delil sunulamayacağı- MTK'nın 10'uncu ve 12'inci maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Bu sürelerin taraflar veya hakemlerce kararlaştırılmasına Kanun'da cevaz verilmiştir. ISTAC Tahkim Kuralları, taraflar ISTAC Tahkim Kurallarının uygulanması konusunda anlaşmışları için hakemler ve taraflar üzerinde bağlayıcıdır (MTK.m.8). Dolayısıyla taraf anlaşması hükmündedir. Sonuç olarak, tahkimde ispat hakkının taraflarca ya da hakemlerce kararlaştırılan sürede kullanılması hususunda anlaşılması, böylece ispat hakkının kullanılmasının süre itibarıyla sınırlanması MTK'nın emredici bir hükmünü ihlâl etmemektedir.

Sonuç olarak, tahkimde ispat hakkının süreyle sınırlanması, tahkim usulüne uygulanacak hukuk ve kurallara tabidir ancak bu verilen süreler ispat hakkının gereğince ve yeterince kullanılmasına izin vermek zorundadır. Aksi, hâlde ispat hakkının sınırlanması sonucunda hukuki dinlenilme ve silahların eşitliği ilkeleri ihlâl edileceği için hakem kararı iptali edilebilir veya kararın tenfizi reddedilebilir.

B. İspat Hakkının Kullanılmasının Uyuşmazlık Konusu Vakıalarla Sınırlanması

Taraflar ispat haklarını sadece uyuşmazlık konusu vakıaları ispat edebilmek için kullanabilirler. Bu sınır, ispat hakkının konu bakımından sınırlandırılması olarak ifade edilmektedir⁴⁹. Hâkim, dava konusu veya uyuşmazlık konusu olmayan vakıalar hakkındaki delilleri değerlendirmek zorunda değildir. Bu da ispat hakkının ihlali anlamına gelmez zira ispat hakkı, talep sonucunun dayandığı ve taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan vakıaların ispatlanabilmesiyle sınırlıdır⁵⁰.

49 Atalay (n 36) 1593.

50 Toraman, (n 36) 1500; Atalay (n 36) 1593; Güvenalp (n 12) 82-83, iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesinin sınırları ifadesini kullanarak, iddia ve savunma hakkının, objektif olarak dava konusuyla ilgili ve hükmünün temelini oluşturan vakıalarla sınırlı olduğunu ifade etmiştir.

İspat hakkı, tahkim yargılamasında talep sonucunun dayandığı ve taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan vakıaların ispatlanabilmesiyle sınırlı olmalıdır. Nitekim, IBA Kurallarının 9.2 maddesi uyarınca, hakemler davayla yeterli ilgisinin bulunmadığı ve dava sonucuna etkili olmadığı için herhangi bir delili değerlendirme dışı bırakabilir⁵¹ ve belge ibrazı talebini reddedebilir. Böylece, IBA Kuralları da ispat hakkını, davayla ilgili ve uyuşmazlığın çözümüne etkili vakıaların ispatıyla sınırlamıştır. Bu nedenle, uyuşmazlıkla ilgili olmayan veya uyuşmazlığın sonucuna etkili olmadığı için belge ibrazı talebinin reddedilmesi ve delilin değerlendirilmemesi ispat hakkının ihlali sayılmayabilir.

İsviçre Federal Mahkemesi, 2004 yılında verdiği bir kararında⁵² uyuşmazlığın konusuyla ilgili olmayan delillerin hakemlerce değerlendirilmemiş olmasının hukuki dinlenilme hakkını ihlali etmediğini ifade etmiştir. Karara göre, sunulmak istenen delil, uyuşmazlıkla ilgili değilse, vakıayı ispatlamak için yeterince ikna edici değilse, vakıa zaten ispatlanmışsa ya da hakemlerin hâli hazırda yaptığı incelemeleri sonucunda vicdani kanaati oluşmuş ve sunulmak istenen delil vicdani kanaatini değiştirmeyecekse delilin sunulmasına izin verilmeyebilir.

Milletlerarası tahkim uygulamasında, hakemler, yargılamanın başında bir delilin uyuşmazlıkla ilgili olmaması veya davanın sonucuna etkili olmaması nedeniyle caiz olmadığına karar vermekte çekingen davranmaktadır. Buna karşılık, özellikle yargılamanın ilerleyen aşamalarında, bir vakıa hakkında başka bir delil sunulmasının sonuca etkili olmayacağına karar verdiklerinde delilin caiz olmadığına karar verebilirler⁵³. Milletlerarası tahkimde, delillerin zamanında sunulması ve belge ibrazı taleplerinin doğru zamanda yapılması önemlidir. Özellikle tahkikat aşaması sona erdikten sonra yeni bir belge ibraz talebi veya delil sunulması talebi reddedilebilir. Bu konuda, ISTAC Tahkim Kurallarının 32'inci maddesi örnek gösterilebilir. Yukarıda ifade edildiği gibi, 32'inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca, hakemler tahkikatın sona erdiğini taraflara bildirdikten sonra, kararda hükme bağlanacak konular hakkında taraflar, iddia ve savunmada bulunamaz; delil sunamaz. Lüzum görülen istisnai hallerde ancak hakemlerin talebi veya izniyle tarafların yeni beyanda bulunması ve belge sunması mümkün olabilir.

Diğer taraftan, olası bir iptal veya tenfiz yargılamasında, belge ibrazının reddedilmesi veya delilin değerlendirilmediği gerekçesiyle ispat hakkının ihlal edildiğinin iddia edilmesi hâlinde devlet mahkemelerinden IBA Kurallarındaki (m. 9.2) ifadesiyle söz konusu delilin davayla ilgili olup olmadığına -Türk literatüründeki ifadesiyle talep sonucunun dayandığı ve taraflar arasında uyuşmazlık konusu olan vakıalarla ilgili olup olmadığına- karar vermesi beklenir ki, bu içeriğin tetkiki anlamına gelebilir. Zira, hâkim, hakemin dikkate almadığı veya ibrazına gerek görmediği delilin uyuşmazlığın

51 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.65, IBA Kuralları uyarınca hakemler bu yetkilerini tahkimde bütün deliler için ve yargılamanın tüm aşamalarında kullanabilir.

52 IW. Ltd v. D. GmbH, E. GmbH, Tribunal fédéral, Ire Cour civile, 4P.196/2003, 7 January 2004 in (2004) 22(3)ASA Bulletin 592, 597.

53 O'Malley (n 24) 9.08.

çözümüne etkili olup olmadığını incelemek zorunda kalabilir. Bu da hakemin delilleri ve vakıalara ilişkin takdirinin denetlenmesi anlamına gelebilir. Hakem kararına itiraz eden taraf, söz konusu delil dikkate alınsaydı hakem kararının farklı olacağını iddia etmektedir. Bu iddianın incelenmesi, mahkemenin yargılamayı baştan ele almasını gerektirebilir ki böyle bir denetim tenfiz ve iptal davasının amacı veya aracı olamaz. Bu durumda, ispat hakkını ihlal edildiğini düşünen taraf tahkim yargılamasında ispat hakkını kullanmak için gereken iddia ve savunmaları ısrarla yapmalıdır. Gerekliğinde hakem kararının tamamlanması veya yorumlanması yollarına başvurmanın uygun olup olmayacağını mütalaa etmelidir. Hakem kararının verilmesinden önce ve/veya sonra çaba göstermeyen tarafın, iptal veya tenfiz aşamasında hakemlerin delilleri takdirinin yanlış olduğuna ilişkin iddiaları içeriğin tetkikini gerektirebileceği için dinlenmeyebilir.

C. Kesin Hükümden Kaynaklanan Sınırlamalar

Kesin hüküm konusu bir vakıa tekrar uyuşmazlık konusu yapılamayacağı için hakkında kesin hüküm bulunan vakıaları ispatlamak delil gösterilmesine izin verilmeyebilir. Kesin hüküm konusu olan vakıa hakkında delil gösterilmesine izin verilmemesi ispat hakkının ihlali anlamına gelmeyebilir. Böylece, kesin hükmün varlığı kesin hükmün konusu olan vakıa hakkında ispat hakkının bir sınırını teşkil etmektedir.⁵⁴ Mahkemelerde görülmekte olan davalarda aynı konuda kesin hükmün varlığı hâlinde dava şartı yokluğu nedeniyle reddedilmek zorundadır (HMK.m.114).

Milletlerarası tahkim uygulamasında, kesin hüküm nedeniyle hakemlerin aynı uyuşmazlık konusu hakkında yargılama yetkisine sahip olmadıkları yönünde kesin hüküm itirazıyla karşılaşmaktadır⁵⁵.

Milletlerarası tahkimde kesin hüküm itirazının ne şekilde ele alınması gerektiği hakkında UNCITRAL Model Kanun'da, MTK'da, ISTAC Tahkim Kurallarında, ICC Tahkim Kurallarında veya DIAC Tahkim Kurallarında özel bir düzenleme bulunmamaktadır⁵⁶. Hakemler, genellikle tahkim yeri hukukunun mahkeme kararları arasındaki kesin hükmü düzenleyen kurallarını tahkimde de uygulamaktadır ancak milletlerarası tahkim yargılamasının tahkim yerinin usul hukukundan bağımsız olması gerektiği için bu kuralları uygulamaktan kaçınan hakemler de bulunmaktadır⁵⁷.

Hakemler, kendi huzurlarında görülmekte olan bir davada bir mahkeme ya da başka bir hakem kararının kesin hüküm etkisini kabul etmişlerse kesin hüküm konusu olan vakıalar hakkında delil gösterilmesine izin verilmemesi veya sunulan delillerin değerlendirilmemesinin ispat hakkının ihlâl etmeyebileceği kanaatindeyiz. Burada yine tahkim yeri hukukunun ispat hakkı anlayışı belirleyici olacaktır.

54 Atalay (n 36) 1593.

55 Silija Schaffstein, *The Doctrine of Res Judicate Before, International Commercial Arbitral Tribunals* (1st edn, Oxford 2016) 3.02 vd.

56 Farklı devletlerin milletlerarası tahkimle ilgili mevzuatında karşılaştırmalı bir inceleme için bkz: Schaffstein (n 55) 4.13 vd.

57 Schaffstein (n 55) 4.138.

D. Kanuni Delil Sınırlamalarının Tahkime Etkisi

HMK'nın 189'uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Devlet mahkemelerindeki yargılamada kanunun belirli bir delille ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz. HMK'nın 192'inci maddesi uyarınca ise Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmemiş olduğu hallerde Kanunun'da düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir. HMK uyarınca, Kanunen emredilen hallerde başka bir delile dayanılmaması ispat hakkının bir diğer sınırırır⁵⁸.

Türk hukukunda ispat hakkını sınırlayan bu gibi kuralların tamamının milletlerarası veya milli tahkime uygulanması gerektiğini düşünülemez. Milletlerarası tahkimde hakemlerin, tahkim yeri ya da tarafların yerleşim yerleri hukukunun devlet mahkemelerinde yargılamayı düzenleyen usul hükümleriyle, özellikle bir delilin caiz bir delil olup olmadığına ilişkin olanlarla bağlı olmadığını yukarıda açıklamıştık.⁵⁹ Yine de konu aşağıda detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

a) Senetle İspat Mecburiyeti

HMK'daki delillere ilişkin düzenlemeler tahkimde uygulanamayacağı için, HMK'nın senetle ispat zorunluluğunu düzenleyen 200'üncü vd. maddelerinin tahkim yargılamasına uygulanamayacağı açıktır⁶⁰. Bununla birlikte, aşağıda konuyu ispat hakkının sınırını teşkil etmesi bakımından da ele almaya ve senetle ispat kuralının tahkimde uygulanmamasının gerekçelerinden birisini daha açıklamaya çalışacağız.

Kanuni delil sınırlamalarının en önemlisi, üçbinaltıyüzaltmış Türk lirasının üzerindeki hukuki işlemlerin Türk mahkemeleri önünde ancak senetle ispat edilmesine izin verilmesidir. Hukuki işlemlerin tanıkla ispatlanabilmesi için diğer tarafın muvafakat etmesi gerekir (HMK.m.200). HMK'daki senetle ispat kuralı, ispat hakkının en kapsamlı sınırlamalarından birisidir. Yine de kanun koyucu, hukuk kültürümüzün bir gereği olarak özellikle kötü niyetli alacak davalarını ve savunmalarını fiilen engelleme işlevi olduğu için senetle ispat zorunluluğunu korumuş ve ispat hakkını bu şekilde sınırlamayı tercih etmiştir⁶¹. Senetle ispat mecburiyetinin altında yatan belirleyici etken, esasen tanık deliline itibar edilmemesidir. Taraflar, delil sözleşmesiyle tanıkla ispat yasağının aksini kararlaştırabilirler (HMK.m.193). Bu delil sözleşmesi, kamu düzenini ihlal etmez ve geçerlidir⁶². Senetle ispatı zorunluluğu için de caiz delil caiz olmayan delil ayrımı yapılmaktadır, senetle ispat zorunluluğu olan hallerde senet dışındaki deliller, caiz delil değildir.⁶³

58 Atalay (n 36) 1610.

59 III, C.

60 Akıncı (n 28) 295; Aygül (n 15) 404.

61 Toraman (n 36) 1515-1516; Atalay (n 36)1610.

62 Tanıkla ispat yasağının sebepleri ve bu yasağın hukuki niteliğinde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: İlhan Postacıoğlu, *Şehadetle İspat Mecburiyeti ve Hudutları* (2nd edn, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi 1964) 16 vd; Necmeddin Berkin, "Senetle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları", İHFİM (1950) 16(3-4) 799 – 821; Rabi Koral, "Taktirli İspat Vasıtaları", İHFİM (1946) 12 (4) 1165, 1174.

63 Kale and Keser (n 17) 709.

Senetle ispat kuralının adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinde açılan dava, reddedilmiştir⁶⁴. Kanun koyucunun bu seçiminin isabetli olup olmadığı bu çalışmanın konusu değildir. Bu çalışmada, ispat hakkının bu sınırının tahkimdeki etkisini incelemekle yetinilmektedir.

Anayasa'nın 13'üncü maddesi uyarınca “*temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir (...)*.” Temel haklar bakımından özgürlük asıl, sınırlamalar istisnadır. İspat hakkının mutlaka ayrıca ve açıkça kanunla sınırlanması gerekir. Yine, ispat hakkının kapsamı ve sınırlanması konusunda bir tereddüt yaşanması hâlinde hakkın varlığı geniş, sınırlanmasının ise dar yorumlanması gerekir. Temel ilke ispat hakkının var olduğudur⁶⁵.

Senetle ispat zorunluluğunun tahkim yargılamasında uygulanacağına dair herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu durumda tahkimde hukuki işlemleri ispat hakkı, senetle ispat zorunluluğunun uygulanması suretiyle sınırlanamaz. Böylece tahkimde hukuki işlemler tanık deliliyle veya diğer takdiri delillerle de ispatlanabilir.

1981 yılında kurulan *Iran United States Claims Tribunal*⁶⁶, bir kararında İran hukukunda yer alan senetle ispat zorunluluğunun tahkime uygulanıp uygulanmayacağını ele almıştır. İran Medeni Kanun'un 1306-1310'uncu maddeleri uyarınca değeri 500 Riyalin üzerindeki hukuk işlemlerin tanıkla ispat edilememesine ilişkin kuralın, uyuşmazlığın esasına İran hukuku uygulansa bile hakem heyeti tarafından dikkate alınması gerekmediği sonucuna varılmıştır. Hakem heyeti, kararında, bütün yargı makamlarının yargılama usulüne ve delillere kendi kurallarını uygulama hakkı/yetkisi olduğunu belirtmiştir⁶⁷. Hakem heyeti, bir sözleşmenin ispatı için bir delilin caiz olup olmadığını usule ilişkin bir mesele olup olmadığını tartışmalı olduğundan bahisle ifanın kanıtlanmasının sözleşmenin kanıtlanması için yeterli olmasının milletlerarası hukukun genel prensiplerinden olduğunu belirterek sözleşmenin var olduğu sonucuna varmıştır. Görüldüğü gibi, hakem heyeti, kanuni delille ispata ilişkin kuralların usule mi esasa ilişkin bir mesele olup olmadığına dair nihai bir vasıflandırma yapmadan her iki ihtimali de kararında değerlendirmiştir.

b) Belgenin Dilinin Türkçe Olması Zorunluluğu ve Tahkime Etkisi

805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun⁶⁸'un birinci, ikinci ve üçüncü maddelerinde Türk ve yabancı şirket ve

64 AYM, 2013/1213, 04.12.2012 (RG 27.12.2013/ 28864).

65 Çiftçi (n 39) 519, 522, 525-526.

66 Iran United State Claim Tribunal <<http://www.iusct.net/>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

67 DIC of Delaware Inc, Underhill of Delaware Inc v Tehran Redevelopment Corp , The Government of the Islamic Republic of Iran, Case No. 255; Award No. 176-255-3 of 26 April 1985 at JUSMUNDI <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-dic-of-delaware-inc-and-underhill-of-delaware-inc-v-teheran-redevelopment-corporation-and-the-government-of-the-islamic-republic-of-iran-award-award-no-176-255-3-friday-26th-april-1985#decision_4068> Erişim Tarihi 19 May 2020.

68 İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 805, Kabul Tarihi: 10.4.1926, RG 22.04.1926/353.

kurumların Kanun'da sayılan belgelerinin Türkçe olarak düzenlenmesi mecburiyetine ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Türkçe düzenlenmesi gereken belgelerin Türkçe olmamasının yaptırımı, dördüncü maddede düzenlenmiştir. Bu belgelerin Türkçe olmamasının yaptırımı bu belgelerin, bunları Türkçe düzenlemeyen şirket ve müesseselerin lehine delil teşkil etmemesidir⁶⁹.

Görüldüğü gibi burada da kanundan doğan bir ispat hakkı sınırlaması söz konusudur. İlgili taraf, yabancı dilde düzenlenmiş bir belgeyle iddiasını ispatlayamaz. Yabancı dildeki belge HMK'nun 189'uncu maddesi uyarınca caiz delil değildir. Bu belgeyle ispat edilmek istenen iddia başka bir delille ispatlanmalıdır.

69 Emre Esen, "İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi" (2020) 40(1) PPIL 203, 225.

Yargıtay 11 HD, 4747/1344, 22.2.2018: "Mahkemece asıl ve birleşen davanın reddine dair verilen karar Dairemizce '805 sayılı İktisadi MüesseselerdeKullanılması Hakkındaki Kanun'un 1. maddesi gereğince, Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini tutmağa mecburdurlar. Bu itibarla mahkemece,de bulunan taraflar arasında olarak düzenlenen sözleşmenin bu kanun kapsamında geçerli olup olmadığının tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir" gerekçesiyle bozulmuş (...) Ancak, 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun'un 1. maddesinde "Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar." aynı Yasa'nın 4. maddesinde "Bu kanunun mevkii meriyete vaz'ından sonra birinci ve ikinci maddeler ahkamina muhalif olarak tanzim kılınmış olan evrak ve vesaik şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz." hükümleri düzenlenmiştir. (...) Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra somut uyuşmazlığın incelenmesinde, 805 sayılı Yasa'nın 1. ve 4. maddeleri göz önünde bulundurulduğunda, satıcı lehine düzenleme içeren sözleşme hükümlerinden hareketle hüküm tesis edilemeyeceğinin kabulü gerekir."

Yargıtay 11 HD, 15066/11597, 5.11.2015: "Oysa, 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun'un 1. ve 4. maddesi hükmü açık olup, anılan yasal hükümler çerçevesinde taraf şirketler arasında yabancı dilde yazılmış sözleşme hükümlerine değer verilemeyeceğinin kabulü gerekir. Bu bağlamda mahkemece, asıl davadaki uyuşmazlığın BK. hükümleri çerçevesinde ele alınması ve tarafların hukuki durumunun bu çerçevede tayin ve takdir edilmesi gerekirken davaya dayanak sözleşme hükümlerine 805 sayılı yasa hükümlerine rağmen değer verilerek asıl davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın asıl davada davalılardan şirket yararına bozulması gerekmiştir."

Yargıtay 11 HD, 3122/4073, 16.03.2012: "Dosya kapsamından, davanın her iki yanının da Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan şirketler olup aralarındaki varlığı ihtilafsız sözleşme(ler)in -ifa yerlerinin Türkiye dahilinde olduğu da gözetildiğinde- 805 sayılı Yasa'nın 1. maddesi uyarınca Türkçe olması zorunlu iken İngilizce düzenledikleri anlaşılmaktadır. Aynı yasanın 4. maddesinde sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi konusundaki gerekliliğe uyulmamasının müeyyidesi yer almakta olup, mahkemece söz konusu yasa hükümleri nazara alınarak yasadaki belirtilen mutlak geçersizlik sonucu doğuran maddi bir hukuk kuralı niteliğinde olup olmadığı, aksi halde ispat hukukuna ilişkin bir kural mahiyetinde bulunup bulunmadığı, bu anlamda davalı yan dayanağı sözleşmenin özellikle tahkime ilişkin hükümlerinin onun lehine nazara alınıp alınmayacağı, tahkim itirazında bulunmanın ve buna ilişkin sözleşme hükmüne dayanmanın "bir tarafın lehine" bir durum tevhit eder nitelikte olup olmadığı, öte yandan davacının davalının tahkim itirazına karşı çıkmasının MK'nun 2. maddesinde yer alan iyiniyet kuralına aykırı olup olmadığı hususları değerlendirilip tartışılmadan taraflar arasındaki 22.4.2007 tarihli sözleşmenin ilgili hükümlerine değer ilave edilerek davalının tahkim itirazının kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, davacı yan vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir."

Yargıtay 11 HD, 2051/5292, 04.05.2009: "davalı bankanın döviz alımına dayanak yaptığı sözleşmenin İngilizce olarak düzenlendiği, 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanunun 1. maddesi uyarınca, Türk ticari müessese ve şirketlerin Türkiye dahilinde yapacakları her türlü işlemi Türkçe yapmak zorunda oldukları, aynı yasanın 4. maddesi uyarınca 1. maddede belirtilen şirket ve müesseselerin işlemlerini Türkçe düzenledikleri takdirde söz konusu sözleşme ve belgeler dayanamayacaklarının düzenlendiği, 805 sayılı yasanın 1 ve 4. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde davalı bankanın dosyaya ibraz ettiği ve davacının imzasını taşıyan belgeye dayanmasının mümkün olmadığı, davacı tarafından yatırılan bedeli davacının emir ve talimatı olmadan döviz çevirdiği ve davacının bu işlemlen kaynaklanan zararından sorumlu olduğu, (...) talebin reddine karar verilmiştir. (...). Karara Yargıtay tarafından onaylanmıştır."

Yargıtay'ın belgenin yabancı dilde düzenlenmesini bir geçersizlik sebebi olarak değerlendirdiği kararına da rastlanmaktadır. Ancak, bu kararların 805 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesine uygun olmadığı görülmüştür: Örneğin, Yargıtay 11 HD, 10605/10371, 15.09.2011: "805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun'un 1. maddesi gereğince, Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar. Bu itibarla mahkemece, Türkiye'de bulunan taraflar arasında İngilizce olarak düzenlenen sözleşmenin bu kanun kapsamında geçerli olup olmadığının tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." Aynı yönde Yargıtay 11 HD, 8049/15338, 04.12.2007

Yabancı dildeki belgelerin delil olarak kullanılamaması, senetle ispat mecburiyetine benzer bir düzenlemedir. Yukarıda senetle ispat zorunluluğu için ifade ettiğimiz gerekçelerle 805 Sayılı Kanundan doğan sınırlamalar da tahkimde uygulanmamalıdır⁷⁰. Böylece, tahkim yargılamasında sunulan delillerin tahkim dilinde veya tahkim diline tercüme edilmiş olması o delilin caiz bir delil olarak kabul edilmesi için yeterlidir.

c) Arabuluculuk Kanunu'ndan Doğan Sınırlamalar

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun⁷¹ 5'inci maddesinde sayılan belgelerin tahkimde delil olarak ikame edilmesini açıkça yasaklamıştır⁷². Kanunun 5'inci maddesi yasağın kapsamını oldukça geniş bir şekilde düzenlemiştir. Maddenin 3'üncü fıkrası, bu nitelikteki belgelerin, tahkim yargılaması sırasında ikamesini ve ibrazının talep edilmesini de yasaklamıştır.

Kanunun 5'inci maddesinin 4'üncü fıkrası, herhangi bir arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelerin sadece o arabuluculuğu takip eden tahkimde kullanılmasını yasaklamakla yetinmemiştir. Bunun ötesinde, arabuluculuk faaliyeti sırasında ve arabuluculuk nedeniyle üretilen belgelerin de arabuluculuğun başarısız olması nedeniyle devam eden yargılama dışında herhangi bir hukuk davası ve tahkimde de delil olarak kullanılmaları açıkça yasaklanmıştır. Bu hükümlerle, sadece arabuluculuk konusu uyuşmazlıkla ilgili ve o tarafların açtıkları davalar değil, tarafların başka davalarında hatta üçüncü kişilerin davalarında bu bilgi ve belgelerin kullanılması yasaklanmıştır.

2012 yılında Arabuluculuk Kanunu'nun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının “arbuluculuk sürecine katılmamış ve bu faaliyet içinde yer almamış olan üçüncü kişiler için de kabul edilmesinin hak arama hürriyetine aykırılık oluşturduğu, ayrıca dava açıldığında ya da tahkim yoluna gidildiğinde gizlilik kuralı gereğince maddede belirtilen beyan ve belgelerin de delil olarak ileri sürülememesinin delil serbestisi ilkesine aykırılık oluşturduğu”, üçüncü fıkrasının da “mahkemelerin bile arabuluculuk faaliyetleri dolayısıyla hazırlanan belgeleri isteyemeyeceği ve delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alamayacaklarının belirtildiği, böyle bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ve mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığıyla ve ayrıca hak arama hürriyetiyle bağdaşmasının mümkün olmadığı, arabuluculuk müessesesinde gizliliğin gereksiz olup sonuç olarak tutulan uyuşmazlık tutanağının mahkemelere sunulabilme imkânının tanınması gerekirken bu yapılmayarak mahkemelere bu madde ile yardımcı

70 Esen (n 69) 207, 805 sayılı Kanun'un miadını doldurduğunu, milletlerarası ticari ilişkilere uygulanmaması gerektiğini ifade etmektedir.

71 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG 22.06.2012/28331.

72 5'inci maddede sayılan belgeler şunlardır:

- Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteğine ilişkin belgeler,
- Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler,
- Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakia veya iddianın kabulü,
- Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

değil, alternatif yargı mercii ihdas edildiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 9. ve 36. maddelerine aykırı olduğu" iddialarıyla Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmıştır. Anayasa mahkemesi bu hükümlerin "kurallarla getirilen yasaklar ve sınırlamaların sadece arabuluculuk faaliyetleri nedeniyle elde edilen bilgiler ile hukuk davaları ve tahkim için söz konusu olduğu dikkate alındığında, kurallarda öngörülen düzenlemenin hak arama hürriyetini aşırı derecede zorlaştıran ya da ortadan kaldıran, dolayısıyla hakkın özüne dokunan bir sınırlama niteliğinde" bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir⁷³. Bu nedenle, ispat hakkını sınırladığı düşünülen Kanun hükmünün haklı ve makul bir sınırlama olduğu Anayasa Mahkemesi tarafından ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında caiz delil ifadesini kullanmıştır: "ayrıca, maddenin iptal konusu olmayan (5) numaralı fıkrasında da bir hukuk davasında veya tahkimde ileri sürülen caiz delillerin, sırf arabuluculukta kullanılmış olmaları sebebiyle, kullanılmayacak hâle gelmeyeceği ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle, arabuluculuk faaliyeti söz konusu olmasaydı dahi, taraflar bir delili ellerinde bulunduruyor veya elde edebiliyor ve aynı zamanda mahkeme veya tahkimdeki yargılamada o uyumsuzluk için caiz delil olarak kullanabiliyorsa, sırf daha önce bir arabuluculuk faaliyetinde kullanılması, o delilin geçerliliğini etkilemeyecektir".

E. İbrahim Muafiyetinden Doğan Sınırlamalar

1. Terminoloji

IBA Kurallarının 9.2 maddesinde, kendisinden bir belgeyi ibraz etmesi istenen tarafın bu ibraz talebine itiraz etmek için dayanabileceği sebepler düzenlenmektedir⁷⁴. 9.2.(b) alt bendinde bu sebeplerden bir tanesi İngilizce "(b) legal impediment or privilege under the legal or ethical rules determined by the Arbitral Tribunal to be applicable" olarak ifade edilmiştir. IBA Kuralları'nın resmi tercümesinde, 9.2(b) alt bendi "Hakem Heyetince tahkime uygulanmasına karar verilen hukuk veya etik kurallarına göre bir hukuki engel veya imtiyaz" olarak ifade edilmiştir. Bu çeviride "(legal) privilege" için "(hukuki) imtiyaz" ifadesi kullanılmıştır⁷⁵. Tercüme, sözlük anlamı bakımından doğru olmakla beraber İngilizce IBA Kurallarında yararlanmadan kavramın tam olarak anlaşılmasına izin vermemektedir. Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazi isimli çalışmamızda IBA Kurallarının Türkçeye tercümesi kavramın içeriğini tam olarak yansıtmaya da pratik kaygılarla tercümede kullanılan ifadelerle sadık kalmayı tercih etmiş ve bu tercihin, IBA Kurallarının Türkçe tercümesinin daha kolay anlaşılmasına yardımcı olacağına olan inancımızı ifade etmiştik.

Müşterek Hukuk'ta "discovery" veya "disclosure" esnasında ibrazdan muafiyet sağlanan deliller hakkında "legal privilege" veya "evidentiary privilege" ifadeleri

73 AYM, 94/89, 10.07.2013.

74 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Demir Gökyayla (n 15) § 11.

75 Doktrin müesseseyi imtiyaz olarak ifade etmiştir, Nomer (n 129 406; Güvenalp (n 12) 99 .

kullanılmaktadır. Bu tür delillere, IBA Kurallarındaki tercümeğe uygun olarak “*imtiyazlı delil*” demiştik. Milletlerarası tahkimde “imtiyazlı delil”, imtiyaz sahibi kişiye elinde bulundurduğu bir delili bir yargılamada sunmaktan çekinme hakkı veren veya delilin kullanılmasını yasaklayan kurallar uyarınca yargılamaya sunul(a)mayan deliller olarak ifade edilebilir. “*Legal privilege*”, “*discovery*” veya “*disclosure*” olarak ifade edilen usullerinin bulunduğu Müşterek Hukuk’a ait bir müessesedir. Çünkü, bu sistemde tarafların davayla ilgili bütün belgeleri birbirlerine vermeleri gerekebilir. Bu durumda, bazı delillerin yargılamanın diğer tarafına veya mahkemeye sunulmasından kaçınma imkânı sağlayan bir müesseseye ihtiyaç duyulmaktadır⁷⁶. Kanımızca, “*discovery*” ve “*disclosure*”, yargılamanın taraflarına diğer tarafın elindeki tüm belgelere ve tanıklara ulaşma hakkını sağladığı için ispat hakkına hizmet etmektedir. İşte “*legal privilege*” de ispat hakkının sınırını belirlemektedir.

“*Legal privilege*”, Türkçe, delil ibraz muafiyeti veya ayrıcalıkları olarak ifade edilmiştir ve ispat hakkının bir sınırı olarak nitelendirilmiştir. Kurum, “*çeşitli ilişkiler sebebiyle tarafların veya üçüncü kişilerin yargılama ve özellikle ispat sürecinde sahip oldukları kaçınma sebepleri*” olarak tanımlanmıştır. Bu kaçınma sebepleri varsa taraflar ya da üçüncü kişiler delil ibraz etme yükümlülüğünden kurtulabilmektedirler⁷⁷. Türk hukukunda terim birliği sağlamak için “delil imtiyazı” kavramının içeriğini daha iyi yansıttığı için Türkçe delil ibraz muafiyeti denilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Aşağıda görüleceği gibi ispat hakkını sınırlayan birçok durum, delil ibraz muafiyeti kavramı altında toplanabilir.

2. Delil İbraz Muafiyetine Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası tahkimde, kendisinden bir belgeyi ibraz etmesi istenen tarafın ibraz muafiyeti olduğunu iddia etmesi hâlinde, hakemlerin muafiyet olup olmadığına karar vermesi gerekir. Bu konuda, milletlerarası tahkimde ibraz muafiyetini düzenleyen milletlerarası bağlayıcı sözleşmeler bulunmamaktadır. IBA Kurallarının delil ibrazından muafiyeti düzenleyen 9(2) ve (3) hükümleri, delil ibraz muafiyetine hakemlerin uygulanmasına karar verdiği hukuk veya etik kuralların uygulanacağını ifade etmiş ancak uygulanacak kuralların/hukukun nasıl belirleyeceğine ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörmemiştir. Her ne kadar konuyla ilgili doktrinde, ibraz muafiyetine ilişkin genel prensiplerin uygulanması gerektiği savunulsa da -böyle kuralların var olmadığı gerçeği karşısında- ileri sürülen ibraz muafiyetinin var olup olmadığına milli bir hukuka göre karar verilmesi gerekebilir. Bu durum, bir ibraz muafiyetinin hangi hukuka tabi olduğu ve hangi kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması suretiyle yetkili hukukun bulunması gerektiği sorularını gündeme getirmektedir.

⁷⁶ Demir Gökyayla (n 15) 135-136.

⁷⁷ Çiftçi (n 39) 730.

Hakemler, tahkim yeri hukukunun devlet mahkemelerinde uygulanan kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlı değildir. Tahkim yeri hukuku, milletlerarası tahkimde ibraz muafiyetine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları öngörmüşse hakemler bu kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili hukuku bulabilir. Ancak, UNCITRAL Model Kanunu dahil milli hukuklar bu konuda suskundur. IBA Kurallarının 2010 yılında yapılan revizyonu sırasında ibraz muafiyetine uygulanacak hukukun belirlenmesinden ya da bu konuya bir kanunlar ihtilafı kuralı getirilmesinden imtina edilmiştir. Aşağıda ibraz muafiyetine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

a) İbrahim Muafiyetinin Vasıflandırılması

İbrahim muafiyetine uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için, öncelikle ibraz muafiyetinin usul hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı ilişkin bir mesele olduğu konusunda vasıflandırma yapılması gerekir. İbrahim muafiyetinin sadece yargılama usulüne ilişkin bir mesele olarak kabul edilmesi hâlinde tahkim usulüne uygulanacak hukuka tabi tutulması gerekir. Tahkim usulüne uygulanan hukuk ise taraflarca belirlenen kurallar ve tahkim yeri hukukunun emredici kanun hükümleri (*lex (loci) arbitri*) olacaktır (MTK.m.1 ve 8; UNCITRAL Model Kanunu.m.1).

Maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak mütalaa edilirse o zaman tarafların ibraz muafiyetine ilişkin iddialarının tabi olacağı hukuk, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması suretiyle bulunacaktır. İbrahim muafiyetinin maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılması ibraz muafiyetinin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka tabi tutulması gerektiği anlamına gelmemekte sadece tahkim usulüne uygulanan hukuka tabi olmadıkları şeklinde anlaşılmaktadır. İbrahim muafiyetinin maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak kabul edilmesi hâlinde kanunlar ihtilafı kurallarıyla tarafların farklı gerekçelerine dayanan ibraz muafiyeti iddialarına uygulanacak hukukun tespiti gerekecektir⁷⁸.

b) Önerilen Bağlama Noktaları

(1) Tahkim Yeri Hukuku (*Lex Arbitri*)

İbrahim muafiyetiyle ilgili meselelere, tahkim yeri hukukunun ibraz muafiyetine ilişkin hükümlerinin uygulanması önerilmiştir. Böylece her iki tarafın da ibraz muafiyeti iddialarına aynı hukuk uygulanabilir ve taraflar arasında eşitlik sağlanabilir. Bu görüşe göre, tahkim yeri hukukunda bir boşluk olması durumunda taraflar arasında bu konuda bir anlaşma yoksa hakemler ibraz muafiyetiyle ilgili iddialar hakkında kendi belirleyecekleri kurallara göre karar vereceklerdir. Tahkim yeri hukukunun

⁷⁸ Jeffrey Maurice Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (1st edn, Kluwer Law International 2012) 802-803; Demir Gökyayla (n 15) 141-143; Aksi görüş için bkz.: Möckesch (n 35), 8.12-8.25, yazar meselenin usule ilişkin olduğu görüşündedir.

uygulanmasının önerilmesinin nedeni, meselenin tahkimde yargılama usulüne ilişkin kabul edilmesidir.⁷⁹

İbraz muafiyeti iddialarına tahkim yeri hukukunun uygulanmasının önemli sakıncaları tespit edilmiştir⁸⁰. Şöyle ki, tahkim yeri tesadüfen belirlenmiş olabilir. Örneğın, tahkim yeri bir tahkim merkezinin divanı tarafından, taraflarca her iki tarafa eşit mesafede olduğu için veya tahkim yeri hukukunun milletlerarası tahkimin prensiplerine uygun olduğu için belirlenmiş olabilir. Tahkim yeri, taraflarca seçilmişse taraflar tahkim yeri hukukunun ibraz muafiyete yaklaşımını hiç dikkate almadan seçmiş olabilir.

Bu gibi durumlarda, ibraz muafiyetinin konusu olan delil tahkim yerinde hazırlanmamıştır veya teati edilmemiştir, ibraz muafiyetinin şartları bu ülkede oluşmamıştır. Buna rağmen, tahkim yeri hukuku uygulanırsa tarafların söz konusu delilin ibraz muafiyetine sahip olacağına ilişkin haklı beklentileri boşuna çıkarılmış olur. Örneğın, avukatın sır saklama yükümlülüğü kapsamında olduğu için avukatın faaliyette bulunduğu veya baro siciline kayıtlı olduğu yer hukukuna göre ibraz muafiyetine sahip olan bir belge seçilen tahkim merkezince belirlenen tahkim yeri hukukunun göre muafiyete sahip olmayabilir.

Böyle bir sonucun isabetli olmadığı açıktır. Nitekim, IBA Kuralları.m.9(3)(c) maddesinde, hakemlerin ibraz muafiyeti hakkında karar verirken, tarafların söz konusu belgeler (deliller) meydana getirilirken -avukat davanın riskli yönlerini açıkladığı mütalaasını hazırlarken- beklentilerini dikkate almalarını istemektedir. Avukat, mütalaasının müvekkili aleyhine delil teşkil edebileceğini -işini yaptığı yer hukukunda muafiyet varsa- düşünmemiştir. Bu nedenle, ibraz muafiyetine tahkim yeri hukukunun uygulanması birçok ihtimalde âdil bir sonuç vermeyebilir⁸¹.

Diğer taraftan, tahkim yeri hukukunun ibraz muafiyetiyle ilgili doğrudan uygulanan kurallarının olması hâlinde ibraz muafiyetine hangi hukuk uygulanırsa uygulansın bu kuralların da dikkate alınması veya uygulanması gerekip gerekmediği hakemlerce değerlendirilmelidir⁸². Aksi halde hakem kararının tahkimle ilgili emredici usul hukuku kurallarının ihlal edilmesi söz konusu olabilir ki bu ihlal hakem kararının iptaline neden olabileceği (MTK.m.8, MTK.m.15/A/1f, 15/A/1g veya 15/A/2b) gibi tenfize engel de olabilir (New York Sözleşmesi.m.V/1/d veya V/2/b).

Doktrinde, tahkim yerinin usule ilişkin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması gerektiği ifade edilmiş ve bunun için birkaç gerekçe gösterilmiştir. Bunlardan bir tanesi, hakemlerin yargılama yetkilerini tahkim yeri hukukundan

79 Bu yönde Güvenalp (n 15) 108

80 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.114

81 Demir Gökyaıla (n 12) 144.

82 O'Malley (n 24) 9.21.

almış olmaları nedeniyle tahkim yerini doğrudan uygulanan kurallarına uyulması gerektiği; bir diğeri, tahkim yerini tarafların belirlemeleri hâlinde tahkim yerinin doğrudan uygulanan kurallarına uymayı da kabul ettikleri; üçüncüsü, tahkim yerinin doğrudan uygulanan kurallarının yargılama standardını korumaya hizmet etmeleri; dördüncüsü ise New York Sözleşmesinin tahkim yeri hukukuna atfettiği önem olarak ifade edilmiştir⁸³.

Burada asıl zorluk arz eden husus, tahkim yerinin ibraz muafiyetine ilişkin hangi emredici kurallarının doğrudan uygulanan kural olarak mütalaa edilmesi gerektiği ve doğrudan uygulanan bir kural söz konusuysa muafiyet iddiasının bu hükümlerin uygulama alanına girip girmediğinin belirlenmesidir.

Bir kuralın doğrudan uygulanan bir kural olup olmadığı kuralın kendisi tarafından ifade edilmez. Dolayısıyla, tahkim yargılamasında ibraz muafiyetine ilişkin kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığına hakemler karar verecektir⁸⁴.

Kanımızca, ispat hakkının bir insan hakkı, temel hak olmasıyla ibraz muafiyeti tanınan hallerde başka bir temel hakkın korunuyor olması hususuna yoğunlaşmak uygun olur. Bu sayede hakemler, tahkim yeri hukukunun bir temel hakkı korumaya hizmet etmeyen, tahkim yerine özgü kurallarını doğrudan uygulanan kural olarak mütalaa etmemelidir. İspat hakkı bir insan hakkı olduğuna ve ancak başka bir insan hakkının korunması amacıyla sınırlanabileceğine göre, hakemler tahkim yerinin ibraz muafiyetine ilişkin kurallarının temel bir hakkı koruma amacı olup olmadığını incelemelidir.

Diğer taraftan, varlığı iddia edilen ibraz muafiyeti, tahkim yerindeki doğrudan uygulanan kuralın uygulama alanına giriyor olmalıdır. Örneğin, tahkim yeri Londra'da olmasına rağmen, tarafların ve vekillerinin hiçbirisinin veya uyuşmazlığın İngiliz hukuku veya İngiltere ile hiçbir ilgisi yoksa -örneğin *charterparty* deki standart tahkim anlaşması uyarınca tahkim yeri İngiltere'deyse- Türkiye'deki bir baroya kayıtlı avukat ile Türkiye'deki müvekkili arasındaki ilişkinin gizliliğine ilişkin İngiliz hukukundaki kuralın taraflar üzerinde yaptırım gücü olmayacaksa hakemlerin yine bu kuralın uygulanmasından elde edilen adil yargılanma hakkına ilişkin menfaati dikkatle değerlendirmeleri gerekir.

(2) Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk

İbraz muafiyetine uyuşmazlığın esasına uygulanan hukukun uygulanması da teklif edilmiştir. Bu görüşe göre, taraflar, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmişlerse bu seçilen hukuk ibraz muafiyetinde uygulanmalıdır. Ancak uyuşmazlığın

83 Möckesch (n 35) 8.47; İbrahim Doğan Takavut, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar* (1st edn, Oniki Levha 2018) 120-121.

84 Takavut (n 83) 122.

esasına uygulanan hukukun uygulanması da tıpkı tahkim yeri hukuku gibi âdil bir sonuç vermeyebilir. Zira tarafların uygulanacak hukuku seçerken bu hukukun ibraz muafiyetine de uygulanacağına dair bir iradeleri hatta farkındalıkları bile olmayabilir. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk hakemler tarafından belirlenmiş de olabilir (MTK.m.12). Görüldüğü gibi, uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuk, ibraz muafiyetinin konusu olan delille herhangi bir ilgisi bulunmayan bir hukuk olabilir⁸⁵. İbrahim muafiyetine uyuşmazlığın esasına uygulanan hukukun sırf uyuşmazlığın esasına uygulandığı için uygulanması doğru olmayacaktır.

(3) Delille En Yakın İrtibatlı Hukuk

Milletlerarası tahkimde, ibraz muafiyetine, muafiyete konu olan delille objektif olarak en yakın bağlantı içinde olduğu devlet hukukunu uygulanması önerilmiştir. Bu hukuk, uyuşmazlığın esasına veya tahkim usulüne uygulanacak olan hukuktan farklı bir hukuk olabilir.

Delilin bulunduğu/saklandığı yer hukuku, belgenin (delilin) yaratıldığı/hazırlanacağı/kaleme alındığı/gönderildiği yer hukuku, ilgili tarafların yerleşim yeri, avukatın baroya kayıtlı olduğu yer hukuku delille ilgili yakın irtibatlı hukuku tespit etmek için kriter olabilir⁸⁶.

IBA Kuralları 9(3)(c) hükmü uyarınca, ibraz muafiyeti olup olmadığına karar verilirken tarafların haklı beklentilerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Delille en yakın irtibatlı hukukun uygulanması tarafların haklı beklentilerini karşılayacaktır. Deliller kuvvetle muhtemel bu hukukun uygulama alanında hazırlanmış olacaklardır. Örneğin, avukat, baroya kayıtlı olduğu veya mesleğini icra ettiği yer hukukunu dikkate alarak müvekkiliyle arasındaki iletişimin karşı tarafın eline geçmeyeceğine kanaat getirmiş olabilir. İbrahim muafiyetine farklı bir hukukun uygulanması avukatın ve müvekkilinin haklı beklentilerine uygun düşmeyecektir.⁸⁷

En yakın irtibatlı hukukun uygulanmasının olumsuz bir sonucu ise her iki tarafın farklı delillerin ibraz muafiyetine sahip olup olmadığına farklı hukukların uygulanması ihtimalidir. Örneğin, davacı, İngiltere’de mesleğini yapan bir avukatla temsil edildiği için avukatıyla olan iletişiminin ibraz muafiyetine İngiliz hukuku uygulanabileceken İstanbul Barosu’na kayıtlı bir avukatla temsil eden tarafın avukatıyla olan yazışmalarının gizliliği Türk hukukunda avukatın sır saklama yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir. Aynı nitelikteki delillerin ibraz muafiyetine farklı hukuklar uygulandığı için bir taraf avukatıyla olan yazışmalarını ibraz etmek zorunda kalırken diğeri ibraz muafiyetinden yararlanabilir. Bu durumda tarafların-silahların eşitliği ilkesi

85 Waincymer (n 78) 803; Demir Gökyayla (n 12) 145; krş. Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.116.

86 Waincymer, 803-804; O’Malley, 9.43; Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.117.

87 O’Malley (n 24) 9.42; Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.117.

ihlâl edilebilir. Diğer taraftan, delille en yakın irtibatlı hukukun uyuşmazlık çıktıktan sonra hakemlerce belirlenecek olması da taraflar için bir belirsizlik yaratabilir.⁸⁸

En yakın irtibatlı hukukun uygulanması ve bu nedenle taraflar arasında bir eşitsizlik meydana gelmesi hâlinde hakemlerin nasıl karar vermeleri gerektiği hakkında çeşitli çözüm önerileri bulunmaktadır. Bunlara aşağıda değinilecektir.

(a) “En Çok Gözetilen Muafiyet” Yaklaşımı

En çok gözetilen muafiyet yaklaşımına göre, yukarıdaki örnekte olduğu gibi aynı nitelikteki delillere farklı hukukların uygulanması nedeniyle taraflar arasında eşitsizlik meydana gelecekse daha geniş ibraz muafiyeti sağlayan hukuk her iki tarafın ibraz muafiyeti iddiası hakkında da uygulanmalıdır. Böylece o delile uygulanacak hukuka göre ibraz muafiyeti olmayan taraf da diğer tarafın yararlandığı muafiyetten yararlanabilir. Bu sayede taraflar arasında silahların eşitliği ilkesi temin edilebilir.⁸⁹. Yukarıdaki örnekten yola çıkarsak her iki tarafın avukatıyla olan ibraz muafiyeti talepleri hakkında da İngiliz hukukuna göre karar verilecektir.

New York'ta bulunan Milletlerarası Uyuşmazlıkların Çözümü Enstitüsü (CPR) tarafından hazırlanan Ticari Tahkimde Belge İbrazi ve Tanık Delili Protokolünde,⁹⁰ belge ibrazı ve tanık delilinin tahkimde ne şekilde uygulanması gerektiğine ilişkin bilgiler yer almaktadır. Protokolün, özellikle veya sadece ABD hukukundan bahsetmemekle beraber, ABD hukukunda delillere ilişkin düzenlemelerin tahkimde uygulanma(ma)sını düzenlemek için yapıldığı anlaşılmaktadır. Protokol, bağlayıcılığı olmayan, kılavuz niteliğinde bir çalışmadır. Kısım 1/b'de, avukatla müvekkili arasındaki iletişimin ibrazına farklı hukukların uygulanması hâlinde en geniş ibraz muafiyeti sağlayan hukukun uygulanması önerilmiştir.

Amerikan Tahkim Birliği (AAA) ve onun uluslararası uzantısı olan Milletlerarası Uyuşmazlıkların Çözümü Merkezi (ICDR) taraflar arasındaki bilgi teatisinin düzenlenmesine ilişkin hakemlere yönelik bir kılavuz hazırlamıştır⁹¹. 7'inci maddesinde, birden fazla hukukun uygulandığı hallerde en geniş ibraz muafiyetini sağlayan hukukun uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.

Daha geniş muafiyet tanıyan hukukun her iki tarafa da uygulanmasının IBA Kuralları.m.9(3) de ifade edilen prensiplere uygun olduğu kanaatindeyiz. Bu prensipler

88 Demir Gökyayla (n 15) 146-148; Khodykin, Muleahy, Fletcher (n 24) 12.118.

89 Waincymeyer (n 78) 805-806; Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.119.

90 Protocol on Disclosure of Documents & Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration, CPR web site <https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/protocol-on-disclosure-of-documents-presentation-of-witnesses-in-commercial-arbitration/_res/id=Attachments/index=0/CPR-Protocol-on-Disclosure-of-Documents-and-Witnesses.pdf> Erişim Tarihi 19 May 2020.

91 CDR Guidelines For Arbitrators Concerning Exchanges of Information, ICDR web site <<https://wcart.files.wordpress.com/2012/07/icdr-guidelines-for-arbitrators-concerning-exchanges-of-information.pdf>>.

şunlardır: IBA Kuralları 9(3)(e) hükmü uyarınca hakemler ibraz muafiyetinin olup olmadığı hakkında karar verirken “*özellikle Tarafların farklı hukuk ve etik kurallarına tabi olmaları durumunda, Taraflar arasındaki adaleti ve eşitliği sürdürme ihtiyacı*”nı dikkate almalıdır. Kuralların 9(2)(g) hükmü uyarınca ise hakemler “*Hakem Heyeti tarafından zorlayıcı addedilen usul ekonomisi, oranlılık, adalet veya tarafların eşitliği mülahazaları*” nedeniyle belge ibrazı istemini reddedebilir⁹².

En çok gözetilen muafiyet görüşüne karşı bazı haklı eleştiriler yapılmaktadır. Bu görüşe karşı yapılan eleştirilerden en önemlisi, kapsamı ve uygulama alanı bakımından bir ibraz muafiyetine uygulanmayacak bir millî hukukun neden uygulanması gerektiğine ilişkin tatminkâr bir cevap vermemesidir⁹³. Örneğin, Türk bir avukatla müvekkili arasındaki ilişkiye, Türkiye’de ABD hukuku uygulanmayacak olmasına rağmen diğer taraf ibraz muafiyeti iddiasına ABD hukuku uygulandığı için ABD hukuku uygulanacaktır. Müvekkil avukatın ABD hukukunu ihlal ettiğini Türk mahkemeleri huzurunda (*lex causae* olmayacağı için) ileri süremez. Ancak, tahkim yargılamasında avukatla müvekkil arasındaki yazışmaların ABD hukukuna tabi olması nedeniyle ibraz muafiyeti hakkına sahip olacaktır.

En geniş ibraz muafiyetini savunan yazarların haklı olarak işaret ettikleri nokta, milletlerarası tahkimde belge ibrazının Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki düzenlemelerden daha geniş olmasıdır. Örneğin, Türk hukukunda, ibraz mükellefiyeti, çok dar, münferit bir belge için önce o belgeye delil olarak dayanılması şartıyla bağlıdır. Oysa, IBA Kurallarına göre, milletlerarası tahkimde, davayla ilgili ve sonucuna etkili olmak koşuluyla bir belge kategorisinin ibraz edilmesi istenebilir. İbraz edilen belgeler lehe delil teşkil etmiyorsa ibrazını isteyen taraf belgeleri delil olarak kullanmak zorunda değildir (IBA Kuralları 3(3)(a), HMK.m.219). Milletlerarası tahkimde daha geniş bir ibraz mükellefiyeti olduğuna göre ibraz muafiyetinin de daha geniş olması gerekir⁹⁴.

Türk hukukunda Müşterek Hukukta düzenlendiği gibi “*previlege*” müessesesi olmadığı için en çok gözetilen yaklaşımının Türkiye’den taraflar için daha adil bir çözüm üretebileceği kanaatindeyiz.

(b) “En Az Gözetilen Muafiyet” Yaklaşımı

En çok gözetilen muafiyet yaklaşımı, taraflara daha geniş bir ibraz muafiyeti tanıyacağı için yargılamaya daha az delil sunulmasına neden olacaktır ki bu durum hakikatin ortaya çıkmasını engelleyebilir. Bu nedenle, en geniş kapsamda değil bilakis en dar kapsamda muafiyet sağlayan hukuk uygulanmasının daha doğru olduğu da ifade edilen görüşler arasındadır. Böylece en yakın irtibatlı hukuka göre daha geniş bir ibraz

92 Demir Gökyayla (n 15) 148-150.

93 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.119.

94 Waincymeyer (n 78) 805-806.

muafiyetinden yararlanabilecek olan taraf da bu muafiyetten yararlanamayacak ve delili ibraz etmesi gerekecektir. En az gözetilen imtiyaz yaklaşımı, maddi hakikatin ortaya çıkmasına daha çok hizmet edebilir.⁹⁵

Kanımızca en az gözetilen muafiyet yaklaşımı, ibraz muafiyeti müessesinin amacıyla bağdaşmayabilir. Bir delili ibrazdan muaf tutulmasının nedeni ilgililerin bir temel hakkını, -iletişimin gizliliği, özel hayata saygı gibi- korumaktır. Bu nedenle, söz konusu delile dayanmak isteyen tarafın sahip olduğu ispat hakkının sınırını teşkil etmektedir. İbraz muafiyetinin reddedilmesi hâlinde, bir temel hakkı korumak için ibraz muafiyetinden yararlanmasına izin verilen taraf tahkimde ibraz muafiyetinden yararlanamayacaktır. Bu durum kararın -bir temel hak ihlal edilerek verildiği için-kamu düzenine aykırı kabul edilmesine ve iptaline ya da tenfiz edilmemesine neden olabilir. Ayrıca, ibraz muafiyetinden yararlanamayan tarafın söz konusu belgeyi ibraz ettiği için tabi olduğu hukuk uyarınca idarî ve/veya cezai sorumluluğu doğabilir. Bu risk özellikle mesleki sır saklama yükümlülüğü nedeniyle ibraz edilmemesi gereken belgeler için söz konusudur. Başka bir sakınca ise ilgililerin delilin ibrazdan muaf olduğuna dair haklı güvenlerinin dikkate alınmamasıdır. Oysa, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, IBA Kuralları tarafların bu konudaki haklı beklentilerinin dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Kaldı ki, hukuk sistemleri ne pahasına olursa olsun gerçeğin ortaya çıkması beklentisini ispat hakkını sınırlayarak yumuşatmıştır. Kanımızca bu görüşe yöneltilen haklı eleştiriler karşısında en az gözetilen imtiyaz yaklaşımı bu sakıncaların ortaya çıkmayacağı ve belgelerin ibrazında önemli menfaatler olması hâlleriyle sınırlı olarak uygulanabilir.⁹⁶

(4) Milletlerarası Tahkimde Genel Kabul Gören Prensiplerin Uygulanması Yaklaşımı

İbraz muafiyetine uygulanacak hukuku, kanunlar ihtilafı kurallarından hareketle bulmak yerine milletlerarası tahkimde genel kabul gören prensipleri dikkate alarak bir delilin ibraz muafiyetinden yararlanıp yararlanmayacağına karar verilmesi de önerilen çözümler arasındadır. Bu görüşe göre, bir ibraz muafiyeti olup olmadığı hakkında karar vermek için mutlaka bir devletin hukukunun uygulanması gerekmez. İbraz muafiyetiyle ilgili olarak milletlerarası tahkimde bağlayıcı ve emredici milletlerarası standartlar geliştirilmelidir. Böylece, tahkimde ibraz muafiyeti hakkında arzu edilen öngörülebilirlik ve hakkaniyet sağlanabilir⁹⁷.

Buna çok yakın başka bir görüş ise “*the survey method*” ya da “*cumulative method*” olarak isimlendirilmiştir. Buna göre hakemler, birçok hukuk kaynağını araştırmalı ve hepsinde ortak olan ibraz muafiyeti sebeplerini tahkimde de uygulamalıdır.⁹⁸ Tabi

95 Demir Gökyayla (n 15) 151; Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.120.

96 Demir Gökyayla (n 15) 151; Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.110.

97 Demir Gökyayla (n 15) 151-153.

98 O'Malley (n 24) 9.48-9.53.

buradaki bir diğer problem de hangi hukukların dikkate alınması gerektiği ve birinden farklı hükümler varsa daha dar kapsamlı mı daha geniş kapsamlı mı ibraz muafiyeti sağlanması gerektiğine karar verilmesidir⁹⁹.

Konuyla ilgili genel kabul göre milletlerarası prensiplerin geliştirilmesi oldukça zordur. Her ne kadar ilk bakışta oldukça doğru bir yaklaşım gibi görünse de uygulamada çok faydalı olmayabilir¹⁰⁰.

Bu kapsamda IBA Kurallarının 9(2)(b) maddesi, “hukuki engel ve imtiyaz” ifadeleriyle ispat hakkının sınırı olarak ibraz muafiyetini düzenlemektedir¹⁰¹. IBA Kurallarının 9(3) maddesinde ibraz muafiyeti hakkında hakemlere ışık tutmak için bir kılavuz hüküm hazırlanmıştır¹⁰². Bu hükümden hareketle, en azından milletlerarası asgari ibraz muafiyetinin sınırlarının çizilebileceği düşünülebilir. Diğer taraftan, ibraz muafiyeti, yargısal bir temel hak olan ispat hakkını sınırlamaktadır. Bu nedenle, bir delilin ibrazdan muaf olup olmadığı sorusunun bütün millî hukuklar dışlanmak suretiyle sadece taraf iradesi dışında bir bağlayıcılığı olmayan temel prensiplere veya milletlerarası tahkim uygulamasında geliştirilen uygulamalara bırakılmasının doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Zira bir temel hakkın -ispat hakkının- sınırı, farklı hukuk kültürlerine mensup hakemlerin farklı yaklaşımlarına terk edilmemelidir. O nedenle, hakemlerin birçok ihtimalde yetkili millî hukukları uygulamaları gerekeceğini düşüncesindeyiz.

(5) Taraf İradesi

Doktrinde, avukat-müvekkil arasındaki iletişimin ibrazdan muaf olup olmadığına uygulanacak hukukun taraflarca seçebileceği ifade edilmiştir¹⁰³. Tarafların uygulanacak hukuku seçmeleri hâlinde hakemlerin bu seçilen hukuku uygulamaları gerektiği ve bu sayede tarafların ibraz muafiyetine uygulanacak hukukun öngörülebilir olmasının sağlanabileceği belirtilmiştir. Bu hukuk seçiminin uyuşmazlık çıkmadan önce özellikle sözleşme müzakereleri aşamasında veya uyuşmazlık çıktıktan sonra yapılmasının beklenemeyeceği bu görüşteki yazarlarca kabul edilmektedir¹⁰⁴.

99 Waincymer (n 78) 805.

100 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.110-111.

101 “Hakem Heyeti, Taraflardan birinin talebi üzerine veya resen, aşağıdaki gerekçelerden herhangi biri ile Belge, yazılı beyan, sözlü ifade veya keşif şeklindeki delilleri veya bunların ibrazını tahkim yargılaması dışında tutabilir: (...) (b) Hakem Heyetince tahkime uygulanmasına karar verilen hukuk veya etik kurallarına göre bir hukuki engel veya imtiyaz varsa”.

102 IBA Kurallarının 9(3) maddesine göre “9(2)(b) bendi kapsamında hukuki engel veya imtiyaz mülhaza edilirken Hakem Heyeti, uygulanabilir olduğuna karar verilen her türlü emredici hukuk ve etik kuralları izin verdiği ölçüde, aşağıdakileri dikkate alabilir: (a) Hukuki danışmanlık sağlamak veya edinmek amacıyla ve buna bağlı olarak ihdas edilmiş bir belgenin, yapılan bir beyanın veya sözlü iletişimin gizliliğinin korunması ihtiyacının bulunması, (b) Uzlaşma görüşmeleri amacıyla veya buna bağlı olarak ihdas edilmiş bir belgenin, yapılan bir beyanın veya sözlü iletişimin gizliliğinin korunması ihtiyacının bulunması, (c) İddia edilen hukuki engel veya imtiyazın meydana geldiği anda Tarafların ve onların danışmanlarının beklentileri, (d) İlgili herhangi bir hukuki engelden veya imtiyazdan rıza, önceki ifşaat, dokümanın, yazılı beyanın, sözlü iletişimin veya bunlarda yer alan tavsiyelerin teyit edici kullanımı veya başka bir yolla olası herhangi bir feragat; ve, (e) Özellikle Tarafların farklı hukuk ve etik kurallarına tabi olmaları durumunda, Taraflar arasındaki adaleti ve eşitliği sürdürme ihtiyacı.”

103 Aygül (n 15) 405.

104 Waincymer (n 78) 802; Möckesch (n 35) 8.05-8.011; Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.104.

Bu görüşten hareketle tarafların genel olarak bütün ibraz muafiyeti sebeplerine uygulanacak hukuku seçmelerinin, en azından teorik olarak mümkün olabileceği düşünülebilirse de ibraz muafiyeti temel insan haklarıyla ilgili olabildiği için tahkim yerinde ve/veya tenfiz yerinde kamu düzenine ilişkin hatta doğrudan uygulanan kurallar olabileceği unutulmamalıdır¹⁰⁵. Taraflarca seçilen hukukun uygulanması ulaşılan sonuç iptal ve/veya tenfiz davasında kamu düzenine aykırı olup olmadıkları noktasında denetlenebilir. Burada özellikle tahkim yerindeki doğrudan uygulanan kurallarının olası etkisine dikkat etmek gerekir.

(6) Bağımsız Yaklaşım

Bazı hakemler, kararlarında hakemlerin bir millî hukuku uygulamak zorunda kalmadan ibraz muafiyeti olup olmadığına âdil ve hakkaniyete uygun buldukları şekilde karar verebileceklerini ifade etmişlerdir. Hakemlerin, tarafların beklentilerini ve silahların eşitliği ilkesini birlikte esas alarak bir karar vermelerinin mümkün olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁶

Ancak, ibraz muafiyeti açısından bu iki ilke birbiriyle her zaman bağdaşmayabilir. Zira en geniş korumadan yararlanma beklentisi içinde olan tarafa bu hak tanınırsa silahların eşitliği ilkesi ihlal edilebilir. Diğer taraftan tarafların eşitliği her iki tarafa kendi hukukunun mu yoksa aynı hukukun uygulanmasıyla sağlanabilir, sorusunun cevabı da olmayabilir.¹⁰⁷ Bu kadar önemli bir soruna, tek başına tarafların eşitliği ve haklı beklentilerinden hareket ederek çözümü bulunamayabilir. Hakemlerin kararlarının, *lex arbitri* emredici kurallarına ve kamu düzeninin denetimine tabi olduğu unutulmamalıdır. Tenfiz yerinin kamu düzeninin de dikkate alınması gerekebilir.

(7) Değerlendirme

Yakın tarihli araştırmalar, milletlerarası tahkimde ibraz muafiyetine uygulanacak hukuk hakkında genel kabul gören bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığını göstermektedir. Aynı şekilde, hangi durumların ibrazdan muafiyet sağlayacağına ilişkin genel prensipler ya da genel kabul gören uygulamalar da geliştirilmemiştir¹⁰⁸. IBA Kurallarının 9(2) ve (3) maddelerinin lafzı, ibraz muafiyetine bir millî hukukun uygulanmasına işaret etmektedir¹⁰⁹.

Kanımızca, ibraz muafiyetine uygulanacak hukuk, delilin ibrazını isteyen tarafın ispat hakkının sınırlamaktadır. Hem ispat hakkı hem de ispat hakkının sınırlanmasının

105 Milletlerarası tahkimde avukat-müvekkil ilişkisi ve doğrudan uygulanan kurallar ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Möckesch (n 55) 8.45.

106 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.

107 Waincymeyer (n 78) 807-808.

108 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.124.

109 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.126.

nedeni temel insan haklarından adil yargılanma hakkının ya da kişinin giz/özel hayat alanına saygı duyulmasına ilişkin hakkının korunmasıdır. Hakemler, konuya temel haklar açısından yaklaşırsa daha âdil çözümler bulunabileceği kanaatindeyiz.

3. İbrazdan Muafiyet Sebepleri

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi¹¹⁰ IBA Kuralları'nın 9(2) ve 9(3) çok genel bir çerçeveye, milletlerarası tahkimde ibraz muafiyetini düzenlemektedir. 9(3) maddesi, avukatla müvekkili arasındaki iletişim, sulh görüşmelerinde yapılan beyanların ibrazdan muaf olabileceklerini zikretmiştir. Ancak, ibrazdan muafiyet nedenleri sadece bu iki hâl ile sınırlı değildir. IBA Kurallarında zikredilmemiş olsa da hakemler olası bütün ibraz muafiyeti sebeplerini dikkate alabilir¹¹¹.

a) Sır (Gizlilik) Nedeniyle Muafiyet

Bir vakıanın başka bir kişinin sır alanına giren bir bilgiyle/delille ispatlanmak istenmesi hâlinde, sırrın korunması gerekçesiyle bu kişiler delili ibrazdan muaf tutulabilir. Böylece, o delile dayanmak isteyen taraf ispat hakkını kullanamaz, diğer bir ifadeyle ispat hakkı sınırlanmış olur. İspat hakkının sır gerekçesiyle sınırlanmasının haklı sebebi sırrı korumaya ilişkin diğer temel haklardır. Sır nedeniyle ispat hakkının sınırlayan kanun hükümleri, HMK'da ve diğer çeşitli kanunlarda bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de mesleki sır saklama yükümlülüğü olan kişiler hakkında kararlar vermiştir.¹¹² Avukatlar, hekimler, mali müşavirler, muhasebeciler, banka görevlileri, HMK anlamında bilirkişiler, işçiler sır nedeniyle ibraz muafiyetine sahiptirler¹¹³. Mesleki sırlar dışında, Devlet sırları ve ticari sırlar da ibraz muafiyetine sahip olabilir.¹¹⁴

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde mesleki sır sayıldığı için meslek sahibine açıklanması yasaklanan bilgiler IBA Kurallarında “*legal impediment*” “*legal privilege*” ifadesiyle sağlanmak istenen ibraz muafiyetine karşılık gelmektedir¹¹⁵. Mesleki sır olarak ifade edilen durumlar delil ibraz muafiyeti kapsamında değerlendirilebilir. Bu çevrede avukatlar, doktorlar, mali müşavirlerle olan iletişim milletlerarası tahkimde IBA Kurallarının 9(2) ve (3) hükümleri kapsamında ibraz muafiyeti kapsamında sayılmaktadır.¹¹⁶

110 V, E, 1.

111 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.88.

112 Bu konuda daha fazla bilgi için bkz: Çiftçi (n 39) 732.

113 Mesleklerin sır saklama yükümlülüğü hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz: Çiftçi (n 39) 736-759.

114 Çiftçi (n 39) 759-765.

115 Waincymer (n 78) 801; Çiftçi (n 39) 735, terminoloji olarak delil ibraz ayrıcalığı veya muafiyeti ifadelerini kullanmış, *legal privilege* karşılığı olarak da mesleki sırlardan doğan ayrıcalık ifadesini kullanmıştır.

116 Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.89.

Kanımızca sulh görüşmeleri de yargılama merciine açıklanması istenmeyen bilgiler içerdiği için gizli kalması gereken bilgilerdir ve ibraz muafiyetinden yararlanmalıdır.

Sulh görüşmelerinin ve avukatla müvekkil arasındaki iletişimin gizliliğinden kaynaklanan ibraz muafiyeti iddiaları milletlerarası tahkim uygulamasında sık karşılaşılan durumlardır ve IBA Kurallarının 9(3) maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Konunun önemi nedeniyle alt başlıklar hâlinde inceleyeceğiz.

(1) Avukatla Müvekkili Arasındaki İletişimin İbraz Muafiyetine Sahip Olması

Milletlerarası tahkim uygulamasında, gizlilik nedeniyle ibrazdan muafiyet olup olmadığına ilişkin en sık karşılaşılan sorunlardan bir tanesi avukatla müvekkili arasındaki bilgi akışının -iletişimin- ibraz edilmesi ya da tanık ifadesi verilmesi sırasında bu kapsamdaki bilgilere yönelik sorular sorulmasıdır. Avukatla müvekkili/danışanı arasındaki bilgi alışverişinin açık olması gerekir. Avukatın görüşlerinin/tavsiyelerinin yargılamada gizli kalması gerekir. Hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde gizlilik kabul edilse de gizliliğin kapsamı bir hukuktan diğerine değişmektedir. Şüphesiz en bariz fark, Kıta Avrupası hukukunda gizliliğin sır saklama yükümlülüğü olarak ele alınmasına karşın Müşterek Hukukta konunun ibrazdan muaf tutma gerekçesi olarak ele alınmasıdır¹¹⁷. Bu iki kavram birbirinden farklıdır. Zira Müşterek Hukukta ibraz muafiyeti delillerin ibrazı edilmesi gerekip gerekmediğini belirlemek içindir. Kıta Avrupası sistemlerde ise söz konusu avukatın bir bilgiyi yargılama dışında bir sır olarak saklama yükümlülüğüdür¹¹⁸. Bu fark, iki hukuk sisteminin delillerin ibrazına farklı yaklaşımlarından kaynaklanmaktadır.

IBA Kuralları, avukatla müvekkil arasındaki iletişime ilişkin özel hüküm içermektedir. 9(3) maddesine göre, “9.2(b) bendi kapsamında hukuki engel veya imtiyaz mülahaza edilirken Hakem Heyeti, uygulanabilir olduğuna karar verilen her türlü emredici hukuk ve etik kuralları izin verdiği ölçüde, aşağıdakileri dikkate alabilir: (a) Hukuki danışmanlık sağlamak veya edinmek amacıyla ve buna bağlı olarak ihdas edilmiş bir belgenin, yapılan bir beyanın veya sözlü iletişimin gizliliğinin korunması ihtiyacının bulunması”. Bu hükmün, hakemlerin millî hukuklara başvurmak zorunda kalmadan, avukat ile müvekkili arasındaki iletişimin ifşa edilmesini, bu yönde delillerin ibrazını reddedebileceği anlamına geldiği, milletlerarası tahkimin yerleşmiş bir genel prensibi olduğu ifade edilmiştir¹¹⁹.

Avukatla müvekkil arasındaki iletişimin ibrazdan muaf olmadığına karar verirken, hakemlerin *lex arbitri*’nin hukuki dinlenilme ve silahların eşitliğini düzenleyen

117 Möckesch (n 35) 1.01-1.10.

118 Möckesch (n 35) 1.36.

119 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk.: O’Malley (n 24) 9.25-9.31.

emredici hükümlerine öncelik vermeleri ve başka bir hukuka dayanan muafiyet iddialarının reddedilmesi gerektiği de ifade edilmiştir¹²⁰.

Kanımızca, avukatla müvekkil arasındaki iletişimin gizli olması da doğrudan adil yargılanma hakkıyla ilgilidir. Avukat ve müvekkil söz konusu uyuşmazlığın bütün ayrıntılarını, bu görüşmelerin karşı tarafın eline geçmeyeceğinden emin olarak konuşabilmelidir. O nedenle, hakemlerin, avukatla müvekkili arasındaki iletişimin ibrazına karar verirken bir tarafın ispat hakkıyla avukatın müvekkiliyle olan iletişiminin gizliliğine ilişkin menfaati arasında makul bir denge kurulmalıdır.

(2) Sulh Görüşmelerinin İbrazdan Muaf Olması

Gizlilik nedeniyle muafiyet kapsamında sayılabilecek diğer bir durum ise sulh müzakerelerinde teati edilen bilgi ve belgelerin ibrazının yasaklanmasıdır. Arabuluculuk Kanunu'nun 5'inci maddesi de bu amaca hizmet etmektedir ve maddeye yukarıda değinilmiştir¹²¹. HMK'nın 188'inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar tarafları bağlamaz. HMK, ibrazdan muafiyete ilişkin özel bir düzenleme getirmemiştir.

IBA Kuralları 9(3)(b) maddesi ise, sulh görüşmelerinden elde edilen delillerin ibrazdan muaf olduklarını açıkça düzenlemiştir. Buna göre, "*uzlaşma görüşmeleri amacıyla veya buna bağlı olarak ihdas edilmiş bir belgenin, yapılan bir beyanın veya sözlü iletişimin gizliliğinin korunması ihtiyacının bulunması*" hâlinde hakemler delilin ibrazdan muaf olduğuna karar verebilirler¹²².

(3) Diğer Gizli Bilgilerin İbrazdan Muaf Olması

Gizli kalması gereken vakıaların ispatı için delil gösterilmesine izin verilmemektedir. Tarafların gizli kalması gereken vakıaları ispatlamak için delil göstermelerine izin verilmemesi ya da delillerin değerlendirilmemesi ispat hakkının ihlâlini teşkil etmez. Bu kapsamda örneğin, devlet sırları sayılabilir¹²³.

IBA Kurallarının 9.2 (e) ve (f) alt bendi gizli bilgilerin ifşa edilmesine neden olacak deliller hakkında ibraz muafiyeti düzenlenmektedir. Bu maddelere göre, Hakem Heyeti tarafından zorlayıcı addedilen ticari ve teknik gizliliğe ilişkin gerekçeler varsa, özel politik veya kurumsal hassasiyetler varsa (buna bir hükümet veya uluslararası kamu kurumu tarafından sır olarak addedilmiş olan deliller de dâhildir) ilgili taraf delil ibrazından muaf tutulabilir. IBA Kuralları uyarınca hakemlerin gizli olduğuna karar verdikleri belgelerin ibrazı istenemez¹²⁴.

120 Möckesch (n 35) 8.52.

121 Bkz.: VI, E, c.

122 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: O'Malley (n 24) 9.32-9.39.

123 Atalay (n 36) 1593, 1594.

124 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Demir Gökayla (n 15) 184-188; Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.90.

Belgenin/bilginin gizli olup olmadığına karar verilirken uygulanması gereken hukuk, tahkim yeri hukuku ya da uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk değil, yukarıda açıkladığımız gibi delille en sıkı irtibatlı olan hukuktur. Burada yine en çok gözetilen muafiyet yaklaşımı benimsenebilir¹²⁵.

b) Kendi ve Yakınları Aleyhine Ceza Soruşturmasına Neden Olabilecek Delillerin İbrazından Muafiyet

Adil yargılanmanın önemli evrensel unsurlarından bir tanesi olan ceza hukukundaki susma ve kendi suçlamama hakkı, medeni yargılamada kendi aleyhine tanıklık yapmaktan muafiyet ve kendi aleyhine delil sunmaktan kaçınma hakkı olarak kendini göstermektedir¹²⁶. Bu kapsamda, tanığın, kendi veya Kanun'da sayılan yakınları hakkında ceza kovuşturmasına neden olacak hallerde tanıklıktan veya isticvaptan çekinme hakkı vardır ve yemin etmeye zorlanamaz (HMK.m.250/1 1, b; HMK.m.175; HMK.m.226/1 c). Böylece, medeni yargılamadaki ispat hakkı, susma hakkıyla ve kendini suçlamama hakkıyla sınırlanmıştır.

Ancak, ceza soruşturmasına neden olabileceği gerekçesiyle delil ibraz muafiyetinin sadece, isticvap, tanıklık ve yeminle mi sınırlı olduğu yoksa belge ibrazından da muafiyet sağlayıp sağlamadığı konusunda Türk doktrininde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, belgenin ibrazı ceza soruşturmasına neden olacak olsa bile ceza yargılaması dışındaki davalarda belge ibraz edilmesi gerekir. Aksi hâlde, belgenin ibraz etmeyen taraf aleyhine olduğu sonucuna varılabilir (HMK.m.220). Diğer bir görüşe göre ise, ceza soruşturması tehdidi tanıklıktan kaçınma sebebi olduğu gibi belge ibrazından da muafiyet sağlamalıdır¹²⁷.

Delilin ibrazının ceza kovuşturmasına neden olma riskinin milletlerarası tahkimde ibraz muafiyeti sebebi olup olmadığı konusunda görüş birliği bulunmadığı ifade edilmiştir.¹²⁸

Tahkim yargılamasının gizli ve özel bir yargılama olması nedeniyle ceza kovuşturması tehdidi olmayacağı düşünülerek ceza soruşturmasına neden olma riski olan belgelerin de ibraz edilebileceği akla gelebilirse de bunun gerçekçi bir yaklaşım olmayacağı kanaatindeyiz. Kişilerin aleyhine ceza soruşturması riskini göze alarak belge ibraz edeceklerini düşünmüyoruz. Belgenin, bu riski almayan kişinin aleyhine delil teşkil ettiği sonucuna varılmasının da adil olmayacağı kanaatindeyiz.

¹²⁵ V, E, 2, (3), (a).

¹²⁶ Çiftçi (n 39) 765.

¹²⁷ Çiftçi (n 39) 767.

¹²⁸ Waincymer (n 78) 814.

c) Tanıklıktan Çekinme Hakkı Olan Kişilerin Delil İbrazından Muafiyeti

Kanunlarda açıkça belirtilen hallerde tanık olarak gösterilmiş olan kişi tanıklık yapmaktan çekinebilir (HMK.m.247-253). Tanıklıktan çekinme sebeplerinin de ibraz muafiyeti kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

IBA Kurallarının 4. maddesinde tanık delili düzenlenmiştir. Tanık deliliyle ilgili düzenlemede tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte Kuralların 4.9 maddesi uyarınca taraflar rızasıyla tanıklık yapmayan kişinin zorla tanıklık yapmasını sağlamak için hakemlerden gereken önlemleri almasını veya talep eden tarafa tanığın zorla ifade vermesinin temin için izin vermesini talep edebilir.

4.10 maddesi uyarınca da hakemler taraflarca tanık gösterilmeyen bir kişinin tanıklık yapmasına karar verebilir. Ancak, tanık delilini sunmaya zorlanan taraf, Kuralların 9.2 maddesindeki sebeplerle tanık delilini sunmaya itiraz edebilir. Bu sebeplerden tanığın çekinme hakkıyla ilgili olabilecek olanlar şunlardır:

- Hakem Heyetince tahkime uygulanmasına karar verilen hukuk veya etik kurallarına göre bir hukuki engel veya imtiyaz (muafiyet) varsa,
- Hakem Heyeti tarafından zorlayıcı addedilen ticari ve teknik gizliliğe ilişkin gerekçeler varsa, (Hakem Heyeti tarafından zorlayıcı addedilen özel politik veya kurumsal hassasiyetler varsa (buna bir hükümet veya uluslararası kamu kurumu tarafından sır olarak addedilmiş olan deliller de dâhildir); veya
- Hakem Heyeti tarafından zorlayıcı addedilen usul ekonomisi, oranlılık, adalet veya tarafların eşitliği mülahazaları.

Tanık delilini sunmaya zorlanan taraf, tanığın uygulanacak hukuka göre sahip olduğu tanıklıktan çekinme hakkının, 9(2)(a) maddesinde düzenlenen muafiyet sebebine dayanarak tanığın dinlenmesine itiraz edilebilir.

Diğer bir ihtimal ise IBA Kurallarının 4(9) maddesi uyarınca kendi rızasıyla tahkimde ifade vermeyen bir tanığın devlet mahkemeleri huzurunda (zorla) dinlenmesi için taraflara gereken teşebbüslerde bulunma izninin verilmesi hâlidir. Bu konuda 2020 yılının başında verilen bir İngiliz İstinaf Mahkemesi kararı güzel bir örnek teşkil etmektedir. Tahkim yeri New York olan bir tahkimde davacılar alacak davası açarlar. Davalılar ise kendi yaptıkları bazı ödemelerin bu alaktan mahsup edilmesi gerektiğini iddia eder. Bunun üzerine davacılar, bu ödemelerin rüşvet olduğunu ve alacaklarından mahsup edilemeyeceğini iddia ederler ve ödemenin rüşvet teşkil ettiğini ispatlamak için ilgili birimlerle yapılan müzakereleri bizzat yürüten kişinin davalılar tarafından tanık olarak hazır edilmesini isterler. Söz konusu kişi, kendi rızasıyla tanıklık yapmaz. Hakemler davacılar söz konu kişileri devlet mahkemeleri huzurunda dinletmek için izin verirler. Tanık İngiltere’de yaşadığı için tanığın İngiliz

mahkemeleri huzurunda dinlenilmesi talep edilir ancak tanık direnir ve ilk derece mahkemesi talebi reddeder. İngiliz İstinaf Mahkemesi¹²⁹, İngiliz Tahkim Kanununun mahkemelerin tahkim yargılamasıyla ilgili yetkilerini düzenleyen 44(2)(a) maddesi uyarınca tanıkların İngiliz mahkemeleri huzurunda ifade vermek zorunda olduklarına karar vermiştir¹³⁰.

MTK'nın 12B) maddesi uyarınca, hakem veya hakem kurulu, delillerin toplanmasında asliye hukuk mahkemesinden yardım isteyebilir. Bu takdirde mahkeme, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerini uygular. HMK'nın 432'inci maddesi ise farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. Madde uyarınca “*tarafardan biri, hakem veya hakem kurulunun onayı ile delillerin toplanmasında mahkemeden yardım isteyebilir*”¹³¹. İki madde arasındaki fark, bu çalışmanın konusu değildir. Ancak, kanımızca her iki Kanun da, üçüncü kişi tanıkların mahkemelerce dinlenilmesine izin vermektedir¹³². Bu kanun hükümleri sayesinde Türkiye’deki bir tanığın Türk mahkemeleri huzurunda dinlenmesini prensip olarak mümkün olduğu kanısındayız.

Türk mahkemelerinde dinlenen bir tanığın tanıklıktan çekinme hakkı Türk hukukuna tâbidir. Tanık, başka bir hukukun, örneğin milli hukukunun tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını talep edemez¹³³.

F. Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmemesi

Taraflarca dayanılmak istenen bir delil, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olabilir. Anayasa'nın 38'inci maddesinin 6'ncı fıkrası uyarınca kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. HMK'nın 189'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller mahkeme tarafından vakıanın ispatında dikkate alınmaz. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller, bu şekilde elde edilmemiş olsalardı mahkeme tarafından değerlendirilebilecek, ispata yarayan delillerdir. Ancak, bu delillerin elde edilmiş yöntemleri hukuka aykırı olduğu için böyle bir delil mahkeme tarafından değerlendirilmeye alınmayacaktır. Bireylerin, özel yaşam alanı veya kişilik hakları ihlal edilerek elde edilen deliller hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller olarak kabul edilmektedir, örneğin işkence yaparak elde edilen deliller bu konuda en bariz örneklerden birisidir. Anayasalarda teminat altına

129 *A and B v. C, D and E [2020] EWCA Civ 409*, BAILII <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/409.html>> Erişim Tarihi 19 May 2020.

130 Ben Ko, “Brought to the party: the English Court’s jurisdiction over non-party witnesses in arbitral proceedings” *Global Arbitration News* 03 May 2020, <<https://globalarbitrationnews.com/brought-to-the-party-the-english-courts-jurisdiction-over-non-party-witnesses-in-arbitral-proceedings/>> Erişim Tarihi 19 May 2020; Richard Lissack QC and Leonora Sagan, “A and B v C, D and E [2020] EWCA Civ 409 considers the Court’s jurisdiction to make orders against a non-party to an arbitration” *Fountain Court Chambers* 30 March 2020 <https://www.fountaincourt.co.uk/a-and-b-v-c-d-and-e-2020-ewca-civ-409-considers-the-courts-jurisdiction-to-make-orders-against-a-non-party-to-an-arbitration/> Erişim Tarihi 19 May 2020.

131 Yeşilirmak (n 34) 2714.

132 Kalpsüz (n 31) 90; Hacibekiroğlu (n 15) 82.

133 Nomer (n 15) 404; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 505; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyumazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 199.

alınan ve korunan haklar medeni usul hukukunda korunmak zorundadır. Diğer taraftan, delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilmesi medeni usul hukukuna da hâkim olan dürüstlük kuralının bir gereğidir. Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delilleri sunmak dürüstlük kuralına da aykırıdır¹³⁴.

Milletlerarası tahkim uygulamasında hukuka aykırı yollardan elde edilen ses ve görüntü kayıtlarının caiz delil olup olmadığına ilişkin her iki yönde de hakem kararları bulunmaktadır¹³⁵.

Öncelikle, hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller, *lex arbitri*'nin emredici kanun hükümlerine aykırı oldukları ve/veya milletlerarası kamu düzenini ihlal ettikleri için caiz delil kabul edilmeyebilir¹³⁶.

IBA Kurallarında, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağına dair açık hüküm bir bulunmamaktadır. Ancak, 9(2)(g) hükmü uyarınca, hakemler, usul ekonomisi, oranlılık ilkesi, hakkaniyet ve tarafların eşitliği gerektiriyorsa bir delili değerlendirmeyi reddedebilir. Kanımızca, hukuka aykırı yollardan elde edilen deliler bu hüküm çerçevesinde, değerlendirme dışı bırakılabilir. Zira, tarafların ispat hakkıyla delil elde edilirken ihlal edilen temel hak arasındaki dengede ihâl edilen temel hak aleyhine oransızlık olması hâlinde hakemler delili değerlendirmeyebilir. Yine hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delilin değerlendirilmesi hakkaniyete veya tarafların eşitliği ilkesine aykırıysa hakemler bu delili değerlendirmemelidir¹³⁷.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılması dürüstlük kuralına aykırıdır. Sonuç olarak, dürüstlük kuralına dayanarak hakemler hukuka aykırı yollardan elde edilen delilleri değerlendirmeye almayabilir.¹³⁸

Burada karşımıza bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilip edilmediğinin hangi hukuka göre belirlenmesi gerektiği sorusu çıkmaktadır. Bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmesinin yargılamadaki sonuçları tahkim usulüne uygulanan hukuka tabi tutulabilir. Ancak, delil elde edilmesinin hukuka uygun olup olmadığı meselesine tahkim usulüne uygulanan hukukun uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmesine uygulanacak hukuk, delil ibraz muafiyetine uygulanacak hukuk ile benzer özellikler göstermektedir. Yukarıda, delil ibraz muafiyetine uygulanacak hukuk incelenmiştir. Bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmesine delille en yakın irtibatlı hukukun uygulanması daha isabetli olur¹³⁹.

134 Atalay (n 36) 1593-1596; Güvenalp (n 15) 102.

135 Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerle ilgili ayrıntılı tartışmalar bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Bu konuda bkz.: Khodykin, Mulcahy, Fletcher (n 24) 12.27 vd.

136 Aygül (n 15) 405; Güvenalp (n 15) 105.

137 Aynı yönde Güvenalp (n 15) 106.

138 Waincymer (n 78) 797.

139 V, E, 2, (3)(a)

Yukarıda ibraz muafiyetine uygulanan hukukun tespitinde olduğu gibi tarafların delilleriyle irtibat halinde olan hukuklar farklı hukuklar olduğunda bir tarafın diğer tarafa göre haksız bir avantaj elde etmesi riski vardır. Örneğin, her iki taraf da diğerinin hukuka aykırı yollardan delil elde ettiğini iddia ediyorsa ve aynı fiil (telefonla yapılan gizli ses kaydı) birisinin hukukuna göre hukuka uygun diğerine göre ise hukuka aykırıysa taraflar arasında eşitsizlik ortaya çıkabilir. Bu eşitsizliğin giderilmesi gerekip gerekmediği tartışılabilir. Taraflar bir delili elde ederken o delilin elde edildiği yer hukukuna aykırı yollardan elde etmemiş olabilir. O yer hukuku dışında, örneğin hukuka aykırılığın daha geniş yorumlandığı başka bir hukukun uygulanması hâlinde hukuka aykırı delil etme niyeti olmayan ve delili hukuka aykırı yollardan elde etmeyen taraf delilinden mahrum kalmış olacaktır. Bu da taraflar için beklenmedik bir durum olabilir. Burada bir eşitsizliğin giderilmesi en çok gözetilen muafiyet yaklaşımının veya buna benzer başka bir yaklaşımın benimsenmesinin ispat hakkının aşırı sınırlandırılmasına neden olabileceği kanaatindeyiz. Bu nedenle, her iki tarafa da aynı ibraz muafiyetinin tanınmasının veya her iki tarafa da tanınmasının her zaman âdil sonuçlar doğurmaması riski vardır. Bu durumda somut olayın özelliklerine göre delilin ibraz edilmesi hâlinde ihlâl edilecek hak ile ibraz edilmemesi hâlinde ihlâl edilecek ispat hakkı arasında âdil bir denge kurulması gerektiği kanaatindeyiz.

G. Delil Sözleşmesinden Doğan Sınırlamalar

HMK'nın 193'üncü maddesi uyarınca uyuşmazlığın tarafları yazılı olarak kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmemeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca ise taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir.

Delil sözleşmesi doktrinde “*belli bir vakıanın, belli bir delille veya diğer deliller yanında kararlaştırılan türdeki delillerle ile de ispat edilebileceği konusunda taraflar arasında, davadan önce veya yargılama sırasında yapılan usûlî bir sözleşme*” olarak tanımlanmıştır¹⁴⁰. Sadece belirli delillerle ispatın mümkün olduğu (münhasır) delil sözleşmeleri, ispat hakkını sınırlar¹⁴¹.

Delil sözleşmesi usûlî bir sözleşme olduğuna göre, delil sözleşmeleri de tahkim usulüne uygulanacak kurallara tabidir. MTK'da, HMK'da ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda

¹⁴⁰ Atalay (n 36) 1741.

¹⁴¹ Çiftçi (n 39) 153, 793 vd, Yazar, delil sözleşmelerini, ispat hakkını genişleten ve daraltan delil sözleşmesi olarak ikiye ayırmaktadır. İspat hakkını daraltan delil sözleşmelerinin yargısal bir temel hakkı sınırladığı gerekçesiyle geçersiz olduğu kanaatindeyiz bkz: 798-799.

Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun¹⁴²'da tarafların delil sözleşmesi yapmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

Münhasır delil sözleşmesinin en tipik örneği, “hakem-bilirkişi sözleşmesi”dir¹⁴³. Taraflar tahkim anlaşmasıyla birlikte hakem-bilirkişi sözleşmesi de yapabilir. Hakem bilirkişiler, bir hukuki meselenin çözümlenebilmesi belirli bir olayı kendi uzmanlıklarını kullanarak tespit ederler. Hakem-bilirkişiler, hakem değildir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmezler¹⁴⁴.

Münhasır delil sözleşmesi milletlerarası tahkimde taraf iradelerinden kaynaklanan bir ispat hakkı sınırdır. Ancak, HMK'nın 193'üncü maddenin ikinci fıkrasında taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olduğu belirtilmiştir. İspat hakkının bir insan hakkı olduğu, hukuki dinlenilme, adil yargılama hakkının bir unsuru olması karşısında tahkimde de ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmelerin geçersiz olduğu düşünülebilir.

H. Tahkimde Gizlilik ve İspat Hakkı

Alenî yargılama ilkesinin ispat hakkının unsuru olduğu ve ancak istisnai hallerde, temel hakların korunması için, aleniyetin sınırlandırabileceği ifade edilmiştir. Buna göre aleniyetten vazgeçilmesi ispat hakkının sınırlandırılmasıdır¹⁴⁵. Tahkimde gizlilik taraf iradelerinden kaynaklanmaktadır. Taraflar, aleni yargılama -devlet mahkemeleri huzurunda yargılanma- yerine gizli yargılamayı tercih etmektedir. Hatta, tahkimde duruşmaların gizli olması sayesinde, tarafların kamuoyunda bilinmesi istemedikleri vakia ve delillere de iddia ve savunmalarını ispat etmek için dayanabilirler. Bu açıdan bakıldığında, tahkimin gizli olmasının ispat hakkını sınırlayan bir durum olmadığını düşünüyoruz.

VI. Sonuç

İspat hakkı, Kıta Avrupası medeni usûl hukuku sistemlerinde Almanca “*Recht auf Beweis*” veya Fransızca “*droit à la preuve*” olarak ifade edilmektedir. İspat hakkı, HMK'nın 27'inci maddesinde hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olarak düzenlenmiştir.

İspat hakkı, AİHS ve Anayasa tarafından güvence altına alınmış yargısal bir temel hak olmasına rağmen Kıta Avrupası hukuklarında ispat hakkının kullanılmasının bir

142 Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun, Kanun Numarası: 4501, Kabul Tarihi: 21.01.2000, RG 22.01.2000/239 .

143 Atalay (n 36) 1752.

144 Akıncı (n 28) 28.

145 Çiftçi (n 39) 227-230, 634vd.

takım önemli sınırları bulunmaktadır. HMK'nın 189'uncu maddesi, Türk medeni usûl hukukunda ispat hakkının sınırlarını düzenlemektedir. Bunlar kısaca, hakkın süresinde ve usule uygun olarak ve sadece davada ispatlanması gereken uyuşmazlık konusu vakıalar hakkında kullanılması; bir kesin hükmün konusu olmayan vakıalar hakkında kullanılması, kanuni delil sisteminin veya varsa delil sözleşmesinin gereklerine uygun delil kullanılması; hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hükme esas alınmamasıdır.

Diğer bir sınır ise, gizli kalması gerektiği için ve benzer sebeplerle ibraz edilmesi talep edilemeyen delillerdir. Bu deliller diğer taraf ibraz edilmelerini talep etse bile mahkemeye getirilmesi gerekmeyen delillerdir. Bu deliller için ibraz muafiyetine sahip delil ifadesi kullanılabilir. Türk hukukunda ibraz muafiyetine sahip olan deliller hakkında bir düzenleme yoktur ki olması da gerekmez. Zira, ibraz muafiyet, Müşterek Hukuktaki “*legal impediment*” veya “*legal privilege*” müesseselerinin Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde ifade edilme şeklidir. Müşterek Hukukta var olan bu müessese Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde bulunmamaktadır. Müşterek Hukukta, bir dava açıldığında daha yargılamanın başında taraflar birbirlerinin elindeki belgelerin ve tanıkların davayla ilgili olmaları koşuluyla kendilerine verilmesini talep edebilirler. Taraflar rızalarıyla bu bilgi ve belgeleri vermezse mahkemelerden bu bilgi ve verilmesine karar verilmesi talep edilebilir. “*Legal impediment*” ve “*legal privilege*” davayla ilgili olsalar bile diğer tarafa verilmeleri gerekmeyen belge ve bilgilerdir. Kıta Avrupası'nda bu şekilde “*discovery*” ya da “*disclosure*” olmadığı için “*Legal impediment*” ve “*legal privilege*” müesseselerine de gerek yoktur. Onun yerine, tanıklıktan çekinme, mesleki sırların açıklanmasına ilişkin yasaklar, arabuluculuk aşamasındaki belgelere ilişkin özel hükümler ve sulh görüşmelerindeki ikrarın bağlayıcı olmadığına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Böylece birbirinden çok farklı esaslara dayanan yargılama usulleri farklı ülkelerde uygulanmaktadır ve milletlerarası istinabe gibi çok özellikli haller dışında bir etkileşim içinde değillerdir.

Milletlerarası tahkim ise çok farklıdır. Milletlerarası tahkimde Müşterek Hukuktaki ve Kıta Avrupası Hukukundaki kavramlar, değerler, müesseseler bir araya gelmek zorunda kalmıştır. Milletlerarası tahkimde, Kıta Avrupası Hukukuna ve Müşterek Hukuk sistemlerinden gelen hukukçular aynı hakem heyetinde bir arada yargılama yapmaktadır. Tarafların vekilleri farklı hukuk sistemlerinden gelebilmektedir. İşin doğası gereği her hukukçu kendi hukukundan esinlenerek tahkim yargılama usulünü etkilemektedir. Bu durum, 20'nci Yüzyılda Müşterek Hukukun ve Kıta Avrupası Hukukunun aynı potada eridiği yepyeni bir yargılama usulünün doğmasına neden olmuştur. Bu “melez” yargılama sistemi, özellikle Milletlerarası Tahkimde Delillerine İkamesi İlişkin IBA Kurallarında somutlaşmıştır. Müşterek Hukuktan ve Kıta Avrupası hukukunda gelen hakemler ve avukatlar IBA Kurallarını aynı şekilde anlamakta ve uygulamaktadır.

Bu melez yapı bazı zorlukları bir arada getirmektedir. Bunlardan en çetrefilli olanlarından bir tanesi ispat hakkının sınırlarının belirlenmesidir. Müşterek Hukuk sisteminde “*right of presenting his case*” ve Kıta Avrupası’ndaki ispat hakkı aynı işleve sahiptir. “*Legal impediment*” ve “*legal privilege*” ise Müşterek Hukukta ispat hakkının sınırını teşkil etmektedir. Sorun, Fransız bir hakemin tahkim yeri İsviçre olan bir yargılamada Amerikalı bir avukatın “*attorney-client privilege*” nedeniyle ibraz etmek istemediği bir hukuki görüşün ibraz edilip edilmeyeceğine nasıl karar vereceği noktasında toplanmaktadır.

Biz bu çalışmada kavramları tahkim yargılamasındaki işlevlerini dikkate alarak farklı bir sistemle ele almak istedik. Hem İngilizce hem Türkçe tahkim literatüründe “ispat hakkı” ve “ispat hakkının sınırları” ifadeleri kullanılmamaktadır. Biz, Türkçe tahkim literatüründe ispat hakkı ve sınırları ifadesinin kullanılması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi hâlde, Türk medeni usûl hukukunda ve tahkim yargılamasında aynı işleve sahip müesseseler, İngilizceden doğrudan tercüme edilen kelimelerle ifade edilmektedir. Örneğin, hukuki engel veya hukuki imtiyaz gibi Türkçe nasıl bir müesseseyi ifade ettiği bile anlaşılmayan kalıplarla karşılıyoruz. Oysa, çoğu ihtimalde caiz olan-olmayan delil ifadesini kullanarak aynı durumu ifade etmemiz mümkün olabilir.

Milletlerarası tahkimde hâkim olan hukuki dinlenilme hakkının ve eşitlik hakkının bir gereği olarak taraflar ispat hakkına sahip olmalıdır ancak milletlerarası tahkimde de bu hakkın sınırları bulunmaktadır. İlk sınır, ispat hakkının hakemlerce veya taraflarca belirlenen süre içinde kullanılmasıdır. Süresinde ve kararlaştırılan usule uygun sunulmayan delil caiz delil değildir.

İspat hakkı, sadece davayla ilgili ve davanın sonucuna etkili vakıalar için kullanılabilir. İspatlanmak istenen vakıa hakkında bir kesin hüküm bulunmamalıdır.

Türk hukukunda kanuni delil sisteminden doğan sınırlamalar veya delinin kaleme alındığı dil ile ilgili sınırlamalar milletlerarası tahkimde uygulanmaz. İspat hakkı bir temel hak olduğuna göre ancak kanunla sınırlanabilir. Kanuni delil sistemi ya da delilin diline ait sınırlamaların tahkimde de uygulanacağına ilişkin kanun hükmü bulunmamaktadır. Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu’nda tahkimde kullanılmasının caiz olmayan delillere ilişkin özel hüküm vardır ve bu hüküm milletlerarası tahkimde de uygulanır.

Müşterek Hukuktaki “*legal impediment*” ve “*legal privilege*” Türkçe ibraz muafiyeti olarak ifade edilmelidir. Bir durumun, ibraz muafiyeti teşkil edip etmediğine veya bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmediğine *lex arbitri* yerine söz konusu delille en yakın irtibatlı hukuk uygulanmalıdır. Aynı tür deliller için tarafların farklı hukuka tâbi olmaları hâlinde tarafların eşitliği ilkesine ve beklentilerine uygun olarak en geniş ibraz muafiyeti sağlayan hukuk her iki tarafa da uygulanmalıdır.

Milletlerarası Tahkimde Delillerin İkamesi Hakkında Uluslararası Barolar Birliği Kuralları, 1999 yılında yayınlanan ilk versiyonundan itibaren son 20 yılda milletlerarası tahkim uygulamasında büyük bir kabul görmüştür. Hem ticarî hem de yatırım tahkimlerinde Kurallar bir kılavuz görevi görmektedir. *Lex arbitri*'nin Türk hukuku olduğu tahkimlerde de IBA Kuralları sıkça ve başarıyla uygulanmaktadır. Her ne kadar Kurallarda ispat hakkı ve sınırları ifadeleri kullanılsa da Kurallar ispat hakkının nasıl kullanılacağına ve sınırına ilişkin birçok problemi çözmeye elverişlidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Atalay O, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. II (15th edn, Onikilevha 2017)
- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020)
- Aygül M, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller* (2nd edn, Oniki Levha 2014)
- Born G, *International Commercial Arbitration* Vol. II (2nd edn, Kluwer Law International 2014)
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017)
- Çiftçi P, *İspat Hakkı ve Sınırlamaları* (1st edn, Adalet 2018)
- Demir Gökyayla, *Milletlerarası Tahkimde Belge İbrası* (1st edn, Vedat 2014)
- Doğan V, “Milletlerarası Özel Hukukta İspata Uygulanacak Hukukun Tespiti” (1998) 6(1-2) SÜHFD in Prof. Dr. Süleyman ARSLAN’a ARMAĞAN 787-819
- Esen E, “İktisadi Müesseselerde Mecburî Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun’un Milletlerarası Tahkim Anlaşmaları Üzerindeki Etkisi” (2020) 40(1) PPIL 203–229
- Güvenalp F, *Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali* (1st edn, Oniki Levha 2018)
- Hacıbekiroğlu E, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi* (1st edn, Oniki Levha 2012)
- Kale S and Keser S, “Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi” (2016) 21(2) MÜHFHAD 701-726
- Kabir D and Rekha R, “A Challenger Approaches: An Assessment of the Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration” (2020) 37(1) in Maxi Scherer (ed), *Journal of International Arbitration* 27-48
- Kalpsüz T, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim* (2nd edn, Yetkin 2010)
- Khodykin R and Mulcahy C and Fletcher N, *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1st edn, Oxford 2019)
- Möckesch A, *Attorney-Client Privilege in International Arbitration* (1st edn, Oxford 2017)
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku*, (22nd edn, Beta 2017)

- O'Malley N D, *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*, (1st edn, Informa 2012)
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (1st edn, Legal 2008)
- Postacıoğlu İ. *Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları* (1st edn, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi 1964)
- Sarıöz Büyükalp İ, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri* (1st edn, Oniki Levha 2018)
- Schaffstein S, *The Doctrine of Res Judicate Before, International Commercial Arbitral Tribunals* (1st edn, Oxford 2016)
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019)
- Takavut, İ D, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar* (1st edn, Oniki Levha 2018)
- Waincymer J M, *Procedure and Evidence in International* (1st edn, Kluwer Law International 2012)
- Toraman B, "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler" (2014) 16 DEÜHFD 1483-1523
- Yeşilirmak A, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C. III* (15th edn, Onikilevha 2017)

