

MİLLETLERARASI TİCARÎ TAHKİMDE DELİLLERİN MİLLETLERARASI İSTİNABE YOLUYLA ELDE EDİLMESİ VE KARŞILAŞILABİLECEK SORUNLAR

Musa AYGÜL*

ÖZET

Milletlerarası ticarî tahkimde, tahkim yerinin tarafsız olması sebebiyle seçilmesi halinde, deliller tahkim yeri dışında başka bir ülkede bulunabilirler. Tahkim yeri dışında bulunan delillerin elde edilmesinde mahkemelerin yardımı, işbu makalenin konusunu oluşturmaktadır. Makalede, tahkim yeri dışında bulunan delillerin hakem mahkemesi tarafından elde edilmesi yöntemleri üzerinde durulmuştur. Öncelikle hakem mahkemesi, tahkim yeri dışında bulunan delilleri doğrudan elde edebilir. İkinci olarak hakem mahkemesi, tahkim yeri dışında bulunan delilleri, yabancı mahkemeler aracılığı ile elde edebilir. Hakem mahkemesinin yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edip edemeyeceği de, hukuk sistemlerinde farklı şekillerde düzenlenmiştir. Bir kısmında hakem mahkemesinin yabancı mahkemeyi doğrudan istinabesine imkân tanınmış iken, diğer bir kısmında hakem mahkemesine bu hak tanınmamıştır. Yine makalede, yabancı hakem mahkemesi tarafından talep edilen istinabe taleplerinin kabul edilebilirliği ve yerine getirilmesi usulü de incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası ticarî tahkim, milletlerarası istinabe, istinabe talebinin kabul edilebilirliği, istinabe talebinin yerine getirilme usulü

TAKING EVIDENCE ABROAD BY INTERNATIONAL JUDICIAL ASSISTANCE AND SOME PROBLEMS THAT MAY OCCUR IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

ABSTRACT

The place of arbitration is often chosen because of its neutrality, evidence will be normally located outside of that place. In this article, we analyzed the taking evidence located outside of the place of arbitration by assistance of court. There has been a continuing process in international legal practice of developing a variety of mechanisms by which state courts assist foreign arbitral tribunals in the taking of evidence. First of all the arbitral tribunals legally could take the evidence abroad themselves. Secondly the arbitral tribunals may request from court assistance in the taking of evidence. Although some jurisdictions grant direct assistance to foreign

* Yrd. Doç. Dr. Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

arbitral tribunals, most of jurisdictions limit the courts direct judicial assistance to domestic tribunals. In this article we also analyzed the admissibility of requested assistance and prerequisites for judicial assistance.

Keywords: *International commercial arbitration, international judicial assistance, admissibility of international judicial assistance, the procedure for taking evidence.*

I. GİRİŞ

Bir hukuk davasının kazanılması ya da kaybı, delillerin ikame edilebilmesine bağlı olabilmektedir. Örneğin bir tanığın dinlenmesi ya da üçüncü kişinin belgeyi ibraz etmesi, davanın kaybı ya da kazanılması bakımından önem arz edebilmektedir. Bir kimsenin, tanıklık yapmaya ya da bir belgeyi ibraz etmeye zorlanamaması, delil yokluğuna eşit kabul edilmekte ve bu durum da davanın sonucuna etkili olmaktadır¹.

Milletlerarası ticarî tahkime ilişkin pek çok konuda bir yeknesaklık sağlandığı ifade edilebilir. Özellikle yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi², hakem kararlarının millî mahkemeler aracılığı ile tenfizinde ortak bir rejim oluşturmuştur³. Yine tahkime ilişkin bazı konularda, millî hukuk sistemleri arasındaki farklılıklardan kaynaklanan sorunlar, bazı milletlerarası araçlar (örneğin Milletlerarası Ticarî Tahkim Hakkında UNCITRAL⁴ Model Kanun) veya rehber kurallar (Milletlerarası Tahkimde Delillerin Toplanmasına İlişkin IBA Kuralları⁵ gibi) ya da pratik

¹ WOLFF, s. 145.

² “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihli New York’da Yapılan Sözleşmesi”: R.G. 25.09.1991-21002.

³ HUNTER/PANOV, s. 213. Sözleşmenin Dünyada yaygın olarak kabul edilmesi sebebiyle, yabancı hakem kararlarının tanınmasında *sütun* görevi gördüğü ifade edilmektedir: NÖMER/EKŞİ/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 84. Dünyadaki en başarılı sözleşmelerden birisi olduğu ve milletlerarası ticarî tahkimin temel kurumlarından birisi olduğu kabul edilmektedir: CHENG, s. 679. New York Sözleşmesine göre hakem kararlarının tenfizi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: AKINCI, s. 249.

⁴ Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL (= United Nations Commission on International Trade Law) tarafından yayınlanan 2006 tarihli değişiklikleri içeren metin için bkz: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (21.03.2013).

⁵ Milletlerarası Barolar Birliği (International Bar Association=IBA) yayınlanan Milletlerarası Tahkimde Delillerin Toplanmasına İlişkin IBA Kurallarının İngilizce metni için bkz: www.ibanet.org (23.03.2013).

uygulamalar ile çözülmüştür. Bu düzenlemeler ile milletlerarası tahkim bakımından pratik sonuçları haiz, genel kabul gören hukukî varsayım ya da teoriler geliştirilmiştir. Bunların en önemlilerinden birisi, tahkim sözleşmesinin bağımsızlığına ilişkin teoridir. Ancak bazı konular bakımından halen bir uyumlulaştırma da sağlanamamıştır. İşte milletlerarası tahkimde, üzerinde çok fazla durulmamış ve bir çözüme kavuşturulmamış konulardan birisi de, tahkim yeri dışında bulunan delillerin elde edilmesidir⁶.

Günümüzde, milletlerarası ticarî tahkim uygulamasında, taraflar, delilleri hakem mahkemesine bizzat sunmaktadırlar. Örneğin iddia ya da savunmalarını dayandırdıkları vakıaları ispatlamak amacıyla belgeleri bizzat getirmekte ve tanıkların da duruşmada dinlenmesini sağlamaktadırlar⁷. Hatta belgeleri ibraz etmeme ya da tanığın duruşmada hazır edilmemesi, hakem mahkemesinin bir kararının ihlâlini oluşturmakta ise, bu durum aleyhe değerlendirme (*adverse inference*) sebebi de teşkil edebilmektedir⁸. Bu sebeple, milletlerarası ticarî tahkimde, tahkim yeri mahkemelerinin yetkisi dışında bulunan delillerin elde edilmesi amacıyla, milletlerarası istinabeye çok sık ihtiyaç duyulmadığı ifade edilmektedir⁹. Bununla birlikte bazı davalarda, delillerin üçüncü kişilerin elinde olması gibi sebepler ile tahkim yargılamasının yapıldığı ülke dışında bulunan delillerin elde edilmesi ihtiyacı da olabilmektedir¹⁰. Çünkü, milletlerarası ticarî tahkimde, tahkim yeri, tarafsızlığı sebebiyle seçildiği için, deliller, tahkim yeri dışında başka bir ülkede bulunabilir¹¹.

Devlet mahkemelerinin aksine, hakem mahkemelerinin delillerin temini bakımından zorlayıcı karar verme yetkileri (*yargı makamlarına sağlanmış buyurma gücü*¹²) bulunmamaktadır¹³. Tahkim davasında bir belgenin elde edilmesi ya da bir tanığın dinlenmesi, mahkemelerin yardımını gerekli kılabilir. Çünkü ancak mahkemeler, bir tanığı zorla mahkemeye getirebilir ve üçüncü kişinin elindeki bir belgenin ibrazını emredebilir. Fakat ülke dışında bulunan

⁶ HUNTER/PANOV, s. 213.

⁷ KNÖFEL, s. 281; HUNTER/PANOV, s. 213.

⁸ HUNTER/PANOV, s. 214; BERGER, s. 604.

⁹ KNÖFEL, s. 281.

¹⁰ KNÖFEL, s. 281; HUNTER/PANOV, s. 214.

¹¹ HUNTER/PANOV, s. 213. WOLFF, s. 145; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 580; ERTEN, s. 92.

¹² LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 579 – 580. WOLFF, s. 145; GAILLARD/SAVAGE, s. 727. HEUMAN, s. 456.

¹³ WOLFF, s. 145.

delillerin elde edilmesi karmaşık olabilmekte ve işlemler gecikebilmektedir. Özellikle bu tür problemler, tahkim yerinin delillere uzak olması hallerinde ortaya çıkmaktadır¹⁴.

II. TAHKİM YERİ DIŞINDA BULUNAN DELİLLERİN ELDE EDİLMESİ YÖNTEMLERİ

Tahkim yeri dışında bulunan deliller, değişik yöntemler ile elde edilebilir. Öncelikle hakem mahkemesi, delili herhangi bir mahkemenin aracılığı olmaksızın elde edebilir. İkinci olarak hakem mahkemesi, yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edebilir. Nihayet hakem mahkemesi, yabancı mahkemenin istinabesi için tahkim yeri mahkemesinden yardım talep edebilir.

A) TAHKİM YERİ DIŞINDA BULUNAN DELİLLERİN HAKEM MAHKEMESİNCE DOĞRUDAN ELDE EDİLMESİ

Genel olarak, tahkim yeri dışında bulunan bir delilin, hakem mahkemesince doğrudan elde edilebileceği kabul edilmektedir¹⁵. Çünkü hakem mahkemesi, bir kamu kurumu ya da organı gibi faaliyette bulunmaz. Bu sebeple, hakem mahkemelerinin, delillerin toplaması da dâhil olmak üzere, bir başka ülkede gerçekleştirdikleri yargılama faaliyetleri, milletlerarası hukuka aykırı bir davranış olarak kabul edilmemektedir. Yabancı ülkede bulunan delillerin, hakemlerce bizzat elde edilmesi, bir başka devletin egemenlik hakkının ihlâli olarak değerlendirilmez. Mesela, hakem mahkemesinin delilleri, delilin bulunduğu ülkeye giderek ya da video konferans yöntemi gibi yollarla elde etmesi, milletlerarası hukuk tarafından kabul edilmektedir¹⁶.

Ancak hakem mahkemesinin, yabancı ülkedeki delilin elde edilmesinde zorlayıcı bir yetkisi de (buyurma gücü) bulunmamaktadır. Bu sebeple mesela tanığın, tanıklık yapmaktan kaçınması veya belgelerin elinde bulunduğu kimsenin bunu ibraz etmektan imtina etmesi gibi durumlarda, mahallî makamların yardımına ihtiyacı vardır¹⁷.

¹⁴ Milletlerarası tahkim ile ilgili düzenlemelere göre, hakemler yabancı mahkemelerin yardımları aracılığı ile delil elde edebilmesi bakımından seçim hakkına sahiptirler: KNÖFEL, s. 283.

¹⁵ KNÖFEL, s. 284.

¹⁶ KNÖFEL, s. 284.

¹⁷ HUNTER/PANOV, s. 222; DEREN – YILDIRIM, s. 113.

B) TAHKİM YERİ DIŞINDA BULUNAN DELİLLERİN MİLLETLERARASI İSTİNABE YOLUYLA ELDE EDİLMESİ

Tahkim yeri dışında bulunan deliller, delilin bulunduğu ülkedeki devlet mahkemelerinin milletlerarası istinabesi suretiyle de elde edilebilir. Bu halde de, bazı hukuk sistemleri yabancı hakem mahkemesinin delilin bulunduğu devlet mahkemesini doğrudan istinabesini kabul ettikleri halde, bazıları ancak tahkim yeri mahkemelerinin aracılığı ile buna izin vermektedirler.

1. Tahkim Yeri Dışında Bulunan Delillerin Doğrudan İstinabe Yoluyla Elde Edilmesi

Tahkim yeri dışında bulunan delillerin, delillerin bulunduğu ülkedeki devlet mahkemelerinin yardımı ile elde edilmesinin yollarından birisi de, hakem mahkemesinin doğrudan yabancı devlet mahkemesini istinabe edebilmesidir. Hakem mahkemesinin yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edebilmesi, süreci hem kısaltacak hem de kolaylaştıracaktır. Bir görüşe göre, hakem mahkemesinin yabancı ülke mahkemesini doğrudan istinabe edebilmesi için, *lex arbitri*'ye göre yetkisinin olması gerekir. Dolayısı ile bir hakem mahkemesinin yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edebilmesi, öncelikle tahkim yeri hukukuna bağlı olmaktadır¹⁸. Ancak bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, hakem mahkemesinin yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edebilmesi, *lex arbitri*'den ziyade, kendisinden yardım talep edilen devlet hukukuna bağlı bir husustur. Bu halde hakem mahkemesinin yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edebilmesi için, millî hukuk sistemlerinin yabancı hakem mahkemesinden gelen istinabe taleplerinin yerine getirilmesini kabul etmeleri gerekmektedir. Delillerin bulunduğu ülke hukuku, hakem mahkemesini yabancı mahkeme olarak kabul ederse, hakem mahkemesinin milletlerarası istinabe talebini yerine getirebilecektir¹⁹. Ancak milletlerarası uygulamada buna izin veren ülkelerin sayısı azdır²⁰.

¹⁸ WOLFF, s. 147; KNÖFEL, s. 286. Tahkim yeri Cenevre olan bir ICC (International Chamber of Commerce) tahkim davasında, *lex arbitri*'ye göre ancak yabancı mahkemeler istinabe talebinde bulunabildikleri halde, (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 184/II), hakem mahkemesi, İsviçre mahkemelerinin aracılığı olmaksızın doğrudan ABD (Amerika Birleşik Devletleri) mahkemelerini istinabe etmiştir: CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 491.

¹⁹ WOLFF, s. 147; KNÖFEL, s. 286.

²⁰ Milletler Cemiyetinin Tahkim Klozu Hakkında Cenevre Protokolününün 2. maddesinde âkit devletler, tahkimin tâbi olduğu usul kuralları gereğince, kendi ülkesinde yapılması gerekli tüm faaliyetleri kabul edeceklerini taahhüt etmişlerdir. Avrupa Konseyinin 1962 tarihli Milletlerarası Ticarî Tahkim Konusunda Avrupa Sözleşmesine dair Paris Anlaşmasınının 1. maddesinde, hakem mahkemesinin teşekkülü ve faaliyetlerine üye devlet mahkemelerinin yardım edeceğine dair hüküm, dolaylı olarak, hakem mahkemesinin yabancı mahkemeyi doğru-

Hakem mahkemelerinin yabancı ülke mahkemesini doğrudan istinabe edebilmesi hakkında, milletlerarası düzenlemelerde çok fazla hüküm yer almamaktadır. Buna Avrupa Birliğindeki düzenlemeler de dâhildir. Ancak milletlerarası düzenlemelerde doğrudan olmasa da, dolaylı olarak bazı hükümlere işaret edilmektedir²¹. Ayrıca olması gereken hukuk bakımından, milletlerarası sözleşmeler aracılığıyla yeknesak bir usulün benimsenmesi gerektiği de savunulmaktadır²².

Sonuç olarak, hakem mahkemesinin yabancı bir mahkemeyi doğrudan istinabe edebilmesinin hukukî dayanaklarını milletlerarası düzenlemelerden ziyade, millî hukuk sistemlerinde aramak gerekir. Modern hukuk sistemlerinin çoğunda, delillerin elde edilmesi bakımından devlet mahkemelerinin yardımı, tahkim yeri ile sınırlandırılmıştır. Mahkemeler, ancak tahkim yeri ülkelerinde bulunan hakem mahkemelerine yardımla yükümlü tutulmuşlardır. Bunun sonucu olarak mahkemeler, yabancı hakem mahkemesinden gelen istinabe taleplerini kabul etmemektedirler²³.

2. Tahkim Yeri Dışında Bulunan Delillerin Dolaylı İstinabe Yoluyla Elde Edilmesi

Milletlerarası ticarî tahkim yargılamasında, delilin bulunduğu ülke mahkemesinin yardımının, genellikle tahkim yerindeki mahkemenin aracılığı ile talep edilebileceği kabul edilmektedir²⁴. Özellikle Kıta Avrupası hukuk sisteminde bu usul benimsenmiştir²⁵. Bir görüşe göre, yardım talebinin tahkim yerindeki devlet mahkemesi tarafından yapılmasının gerekçesi, hakem mahkemesinin, kamu gücünü haiz olmamasıdır. Eğer ilgili tanık ya da üçüncü kişi ya da herhangi bir belge, hakem mahkemesine yardımla yükümlü mahkemenin yetki alanında değil ise, tahkim yeri mahkemesi, milletlerarası istinabe talebinde bulunacaktır. Dolayısı ile hakem mahkemesi, yabancı mahkemenin yardımını doğrudan talep edemez²⁶.

Yabancı ülkede bulunan bir delilin tahkim yeri devlet mahkemelerinin aracılığı ile elde edilmesi, sürecin uzamasına sebebiyet vermektedir. Çünkü delilin elde edilebilmesi için iki ülke mahkemesinin adlî faaliyetine ihtiyaç

dan istinabesinin dayanakları arasında gösterilmektedir: KNÖFEL, s. 286 – 287.

²¹ HUNTER/PANOV, s. 222.

²² KNÖFEL, s. 288.

²³ KNÖFEL, s. 284.

²⁴ CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 489 – 490.

²⁵ MÜLLER-CHEN, 206.

²⁶ CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 490.

vardır. Bu usulde hakemler, delillerin toplanması bakımından sahip oldukları kontrolü kaybetme kaygısı da duymaktadırlar. Zaman baskısı sebebiyle, hakemlerin bu usule ikna edilmelerinin zor olacağı ileri sürülmektedir²⁷. Bu sebeplerle de uygulamada, bu şekilde adlî yardım talebinin çok tercih edilmediği ifade edilmektedir²⁸.

Bu yöntem için müracaat edilebilecek hukukî yollardan birisi de, Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında La Haye Sözleşmesidir²⁹. Eğer ilgili devletler taraf iseler, bu Sözleşme hükümlerine istinaden yardım talebinde bulunabileceklerdir³⁰. Sözleşme, ülke dışında bulunan delillerin elde edilmesi bakımından mahkemelerin birbirlerine yardım mecburiyetini getirmektedir³¹.

Sözleşmenin uygulama alanını gösteren 1. maddesinde, “adlî makam=*judicial authority*” dan bahsedilmiştir. Genel olarak, adlî makam kavramına, hakem mahkemelerinin girmediği kabul edilmektedir³². Bu sebeple hakem mahkemelerinin La Haye Delil Sözleşmesine istinaden yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe yetkileri bulunmamaktadır. Ancak hakem mahkemesinin ya da hakem mahkemesinin onayı ile tarafların, tahkim yerindeki mahkemeden, yabancı mahkemenin istinabe edilmesini talep edebilecekleri genel olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple La Haye Delil Sözleşmesi, tahkim davalarında dolaylı olarak uygulanmış olacaktır³³.

²⁷ KNÖFEL, s. 284. WOLFF, s. 146 – 147. CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 490; BERGER, s. 603 – 604. Ayrıca hakem mahkemesinin istinabe için müracaat edeceği mahkeme bakımından da bazı tereddütler söz konusu olabilir. Çünkü hangi mahkemenin yetkili olacağı hakkında, ne milletlerarası sözleşmelerde ne de milletlerarası yeknesak kurallarda bir hüküm vardır: KNÖFEL, s. 285.

²⁸ Sözleşme Türkiye tarafından 7.4.2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanunla onaylanmış (R.G.: 14.4.2004 – 25433) ve 15.06.2004 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanmıştır. Bundan sonra La Haye Delil Sözleşmesi olarak anılacaktır.

²⁹ WOLFF, s. 146.

³⁰ Sözleşmenin tarihçesi ve amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ATAMAN – FİGANMEŞE, s. 21 vd.

³¹ HUNTER/PANOV, s. 217 – 218. Devletler Özel Hukuku Konferansının 2003 ve 2008 tarihli toplantılarında yapılan iki anketin sonucu, Sözleşmeye taraf devlet hükümetlerinin yukarıdaki görüşte olduklarını ortaya çıkarmıştır. Bunun sonucunda, La Haye Delil Sözleşmesinin milletlerarası (özel) tahkimde kullanılabilmesine dair ileri sürülen görüşler azınlıkta kalmaktadır: KNÖFEL, s. 300.

³² BORN, s. 1939; ATAMAN – FİGANMEŞE, s. 38. Sözleşmeyi hazırlayanların dahi bu konuda açık bir niyetlerinin olmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca hakem mahkemesinin ya da tarafların, delillerin toplanması sürecine sınırlı olarak katılabilmeleri sebebiyle, bu usulün çok güvenilir ve verimli olmadığı itirazları söz konusudur: HUNTER/PANOV, s. 218, BORN, s. 1939.

³³ Aksi görüşler de vardır: “*Calavros, taraf iradesine dayanmakla birlikte tahkim yargılama-*

Doktrinde bir görüşe göre, Sözleşmenin 1. maddesindeki “bir âkit devletin bir adli makâmı” (*a judicial authority of a Contracting State*) ifadesi, geniş yorumlanmalıdır. Gerçekten hakem mahkemesinin, kamu otoritesi ya da kamu faaliyetleri ile gerçek bir bağı bulunmamaktadır³⁴. Ancak La Haye Delil Sözleşmesi bu açıdan değerlendirilirken, hakem mahkemesi ile kamu otoritesi arasında, mahkemelerde olduğu gibi bir bağı aranması gerekir. Bu ifadenin yorumunda, hakem mahkemesinin doğrudan talepte bulunmasının yararları göz önüne alınmalıdır. Burada dikkat edilmesi ve göz önüne alınması gerekenin, hakem mahkemesi kararının, bir mahkeme kararına benzetilip benzetilemeyeceği hususudur. La Haye Devletler Özel Hukuku Konferansının kuruluş amaçları arasında, üye devletler arasında karşılıklı adli bir güven tesis etmek ve mahkeme kararlarının serbest dolaşımını sağlamak da bulunmaktadır. Bu sebeple Konferansa taraf devletleri ilgilendiren milletlerarası unsurlu ihtilâflar, farklı hukuk sistemlerinin koordinesi ve milletlerarası işbirliğini gerekli kılan karşılıklı güven anlayışına göre değerlendirilmelidir. Bu güven anlayışı, hakem mahkemesinin de, Sözleşmenin uygulama alanına dâhil olmasını sağlayacak şekilde “bir âkit devletin bir adli makâmı” olarak değerlendirilmesini gerektirebilir³⁵. Ancak bu görüş, olması gereken hukuk açısından savunulabilirse de, La Haye Delil Sözleşmesinin uygulamasında, benimsenmiş değildir. La Haye Delil Sözleşmesine göre, yabancı hakem mahkemesinin istinabe talebinin yerine getirilmesi bakımından hukuk sistemlerinin uygulamaları arasında farklılıklar vardır. İngiliz mahkemeleri, La Haye Delil Sözleşmesine istinaden yabancı hakem mahkemelerinden gelen istinabe taleplerini reddetmektedir³⁶. Alman mahkemeleri tahkim yeri ülke dışında bulunan hakem mahkemelerinin adli yardım taleplerini, La Haye delil sözleşmesine istinaden kabul etmektedir³⁷. Ancak aşağıda³⁸ izah edileceği üzere, Alman mahkemelerinin, yabancı hakem mahkemesinin istinabe taleplerini kabul etmesinin asıl sebebi, iç hukukunda (Alman Medenî Usul Kanunu m. 1050 ve m. 1025/II) yabancı hakem mahkemesinin istinabe taleplerinin kabul edileceğine dair düzenlemedir.

sının da kanuni ve anayasal temellere dayanmasından ötürü gerçek bir yargılama faaliyeti olduğunu... ”: DEREN – YILDIRIM, s. 113’den naklen.

³⁴ KNÖFEL, s. 301.

³⁵ HUNTER/PANOV, s. 218.

³⁶ KNÖFEL, s. 300 – 301.

³⁷ Dpn. 54 ve 55 civarı.

³⁸ R.G. 15.06.2004, Sayı 25493.

Türkiye, La Haye Delil Sözleşmesine taraftır³⁹. Türk Doktrininde de, La Haye Delil Sözleşmesinin dolaylı olarak tahkimde uygulanabileceği kabul edilmektedir. Çünkü bu durumda istinabe talebinde bulunan, mahkemedir⁴⁰.

III. UNCITRAL MODEL KANUN, KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VE TÜRK HUKUKU

Milletlerarası ticarî tahkim yargılamasında, tahkim yeri dışında bulunan delillerin milletlerarası istinabe yoluyla elde edilmesi, milletlerarası düzenlemelere konu olmamıştır. Bu konudaki istinabe talepleri, kendisinden istinabe talep edilen devletin iç hukuk kurallarına göre yerine getirilmektedir. Bu sebeple, öncelikle millî hukuk sistemlerine yol göstermek amacıyla kabul edilmiş UNCITRAL Model Kanun inceleme konusu yapılmıştır. Ardından konu, karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukuku bakımından incelenmiştir.

A) UNCITRAL MODEL KANUN⁴¹

UNCITRAL Model Kanununun 27. maddesine göre, delillerin toplanmasında hakem mahkemesi ya da hakem mahkemesinin onayı ile taraflardan birisi, yetkili devlet mahkemesinden yardım talep edebilir. Maddedeki düzenlemeye göre, kendisinden yardım talep edilen mahkeme, talebi, yetkisi dâhilinde kendi hukukuna uygun olarak yerine getirecektir⁴².

UNCITRAL Model Kanunda, delillerin toplanması için devlet mahkemelerinden yardım talep edilmesinde, iki sınırlama getirilmiştir. Bunlardan ilki, delillerin elde edilmesi bakımından devlet mahkemelerinin yardımının, tahkim yeri ile sınırlandırılmasıdır. İkincisi ise, istinabe talebine konu adlî işlemin, devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisi içinde olmasıdır⁴³.

³⁹ ŞANLI, s. 166; ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 38.

⁴⁰ Bkz:Dpn. 4.

⁴¹ UNCITRAL Model Kanununun hazırlık çalışmaları sırasında, yabancı hakem mahkemesinin, milletlerarası istinabe talebinde bulunup bulunamayacağı hususu önemli tartışma konularından birisi olmuştur. Bazı üyeler, bunun kabul edilmesini isterken bazıları da karşısında olmuşlardır. Sonuçta UNCITRAL Model Kanun hazırlayıcıları, Model Kanunda, yabancı hakem mahkemesine yardım bakımından hukukî bir yükümlülük getirilmemesine ve konunun, aynı dönemlerde La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansındaki çalışmalarda çözüme bağlanmasına karar vermişlerdir. Ancak Konferansta da, konunun UNCITRAL'i ilgilendirmesi sebebiyle UNCITRAL ile işbirliği içinde La Haye Delil Sözleşmesine ek bir protokol hazırlanmasını kararlaştırılmıştır. Bu sefer de, La Haye Delil Sözleşmesi hakkında oluşturulan özel komisyonun çalışmalarını tamamladığı sıralarda, UNCITRAL Model Kanunu, milletlerarası istinabe hakkında bir düzenleme içermeksizin kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: KNÖFEL, s. 300; BINDER, s. 330; DEREN – YILDIRIM, s. 113.

⁴² Bu sınırlamalar hakkında geniş bilgi için bkz: POUURET/BESSON, s. 567.

⁴³ KNÖFEL, s. 289; HUNTER/PANOV, s. 214. WOLFF, s. 147. Ayrıca Çalışma Grubu, tah-

UNCITRAL Model Kanundaki düzenlemeye göre, hakem mahkemesi ya da taraflar, ancak tahkim yerindeki mahkemeden yardım talep edebilirler. Mahkemenin yardım yükümlülüğü, tahkim yeri kendi ülkesinde olan tahkim davaları için söz konusudur. Mahkeme, tahkim yeri ülke dışında bulunan hakem mahkemelerine yardımla yükümlü değildir. Çünkü, UNCITRAL Model Kanunun uygulama alanını belirleyen 1/II. maddesinde, hangi hükümlerin tahkim yeri dışında da uygulanabileceği açıkça belirtilmiştir. Bunların arasında 27. madde bulunmadığı için, söz konusu hüküm ancak tahkim yerinde uygulanabilecektir⁴⁴. Dolayısı ile UNCITRAL Model Kanunun benimsediği sistem, tahkim yeri dışındaki delilin dolaylı istinabe yoluyla elde edilmesidir.

B) KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

1. Yabancı Hakem Mahkemesinin Doğrudan İstinabesini Kabul Etmeyen Ülkeler

Bulgaristan, Kıbrıs, Macaristan, Malta ve Litvanya gibi UNCITRAL Model Kanunu aynen iktibas eden ülkeler, yabancı hakem mahkemesinin doğrudan milletlerarası istinabe taleplerini reddetmektedirler⁴⁵.

Model Kanunu revizyon ederek kabul eden bazı ülkeler de aynı şekilde düzenleme yapmışlardır. Model Kanunu takip etmeyen İsviçre MÖH (Milletlerarası Özel Hukuk) Kanununun⁴⁶ 184/II. maddesi, Model Kanunun 27. maddesi ile aynı etkiyi haizdir. Söz konusu madde, ancak tahkim yeri İsviçre olan davalarda uygulanabilecek bir hükümdür⁴⁷. İsviçre hukukunda pozitif düzenleme bu şekilde olmakla birlikte, olması gereken hukuk açısından, yabancı hakem mahkemelerinin de, İsviçre mahkemelerini doğrudan istinabe edebilmesi gerektiği yönünde görüşler de bulunmaktadır⁴⁸.

Fransız hukukunda da hiçbir hükmün bulunmaması karşın, Model Kanunun 27. maddesinin ortaya çıkardığı sonuçlar, Fransa için de geçerli kabul edilmektedir. Fransız mahkemeleri, tahkim yeri Fransa'da bulunan hakem

kim yargılamasında milletlerarası istinabenin ancak çok ya da iki taraflı milletlerarası sözleşmeler aracılığı ile etkin olarak sağlanabileceğini ifade etmiştir: BINDER, s. 330 - 331.

⁴⁴ WOLFF, s. 148.

⁴⁵ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun ilgili maddesinin İngilizce metni için bkz: KARRER/ARNOLD/PATOCCHI, s. 154.

⁴⁶ GIRSBERGER/VOSER, s. 235; BERGER/KELLERHALLS, s. 358; POUURET/BESSON, s. 567; WOLFF, s. 148 - 149.

⁴⁷ BERGER/KELLERHALLS, s. 358.

⁴⁸ WOLFF, s. 149.

mahkemelerinin yardım taleplerini kabul ederken, tahkim yeri Fransa dışında bulunan hakem mahkemelerinin istinabe taleplerini ise reddetmektedirler⁴⁹. Yine, Hollanda, İtalya, Macaristan, Portekiz, Hırvatistan Kanada ve Japonya gibi ülkeler yardım taleplerini, ülkelerindeki hakem mahkemeleri ile sınırlandırmaktadır⁵⁰.

2. Yabancı Hakem Mahkemesinin Doğrudan İstinabe Talebini Kabul Eden Ülkeler

Model Kanununun 27. maddesine rağmen bazı ülkeler, yabancı hakem mahkemesinin doğrudan istinabe taleplerini kabul etmektedirler. Model Kanuna göre düzenleme yapsalar bile, yabancı hakem mahkemesi tarafından yapılan istinabe taleplerini karşılamak niyetinde olan devletler, Model Kanununun 27. maddesine tekabül eden millî usul hukuku kuralının bölgesel uygulama alanının genişletilmesine karar vermektedirler. Örneğin, Singapur, Avusturya⁵¹, Cezayir, Peru, Slovenya, İspanya ve Polonya gibi ülkeler, tahkim yeri yabancı ülkede bulunan hakem mahkemelerinden gelen istinabe taleplerinin yerine getirilmesine ilişkin düzenlemeler kabul etmişlerdir⁵².

Almanya da yabancı hakem mahkemesinin doğrudan istinabesini kabul eden ülkelerden birisidir. Alman Medenî Usul Kanununun⁵³ 1050.

⁴⁹ PENNY, s. 259.

⁵⁰ Avusturya Medenî Usul Kanununun 602. maddesi, delillerin toplanmasında mahkemelerin yardımını düzenlemektedir. Bu hükmün, tahkim yeri Avusturya dışında ya da henüz belirlenmemiş davalarda da uygulanacağı kabul edilmiştir. Hükme göre, hakem mahkemesi, hakem mahkemesi tarafından yetkilendirilen bir hakem veya hakem mahkemesinin onayı ile taraflardan birisi, hakem mahkemesinin icra edemeyeceği bir adli işlem için mahkemeden yardım talep edebilir. Yardım talebi, yabancı bir mahkemenin ya da kurumun milletlerarası istinabesini de kapsamaktadır: SCHWARZ/KONRAD, s. 511 - 512.

⁵¹ KNÖFEL, s. 288.

⁵² Alman Medenî Usul Kanununun 1050. maddesinin İngilizce metni için bkz: SACHS/LÖRCHER, s. 341. Ayrıca Alman Medenî Usul Kanununun tahkim kısmı ile ilgili 1025 -1066. maddelerinin Alman Tahkim Enstitüsü (DIS=Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V) tarafından İngilizceye çevrilmiş metni için bkz: <http://www.dis-arb.de/de/51/materialien/german-arbitration-law-98-id3>, (23.03.2013). Almanya'nın tahkim merkezi olmasını sağlayacak elverişli kurallar getirilmesi amacıyla Alman Medenî Usul Kanununun tahkime ilişkin 100 yıllık hükümleri 1998 yılında değiştirilmiştir. Almanya büyük ölçüde UNCITRAL Model Kanununu kabul etmiştir: WOLFF, s. 153.

⁵³ Alman Medenî Usul Kanunun m. 1050: "Hakem mahkemesi ya da hakem mahkemesince onaylanmak kaydıyla taraflardan birisi, hakem mahkemesinin yetkisi olmadığı durumlarda, delilin elde edilmesi ya da diğer adli işlemlerin yapılması hususunda mahkemelerden yardım talep edebilirler. Müracaat kabul edilemez görülmedikçe, mahkeme kendi hukukuna göre, delillerin elde edilmesi ve diğer adli işlemlerin yerine getirilmesi taleplerini yerine getirir. Hakemler, delillerin temini için yapılan adli işlemlere katılabilme ve soru sorma yetkisini ha-

maddesi⁵⁴, delillerin toplanmasında ve diğer adlî işlemlerin yapılmasında devlet mahkemelerinden yardımını düzenlemektedir. Alman Usul Kanunu, bu hükmün, tahkim yeri Almanya dışında olan ya da tahkim yerinin henüz kararlaştırılmadığı durumlarda da uygulanacağını kabul etmiştir (Alman Medenî Usul Kanunu m. 1025/II)⁵⁵.

Ayrıca Alman Medenî Usul Kanununda, mehaz UNCITRAL Model Kanunundan farklı olarak, delillerin yanı sıra hakemlerin icra edemeyecekleri diğer adlî işlemler için de, hakemlerin ve tarafların mahkemelerden yardım talep edebileceği kabul edilmiştir. Bu bağlamda tebligat, bir kamu görevlisinin tanıklığı için izin talebi ya da bir kamu kurumundaki bir belgenin elde edilmesi amacıyla idareye müracaat edilmesi, diğer adlî işlemlere örnek olarak verilebilir⁵⁶.

İngiliz hukukunda 1996 tarihli Tahkim Kanununun⁵⁷ 43 ve 44. maddeleri, mahkemelerin yardımını düzenlemektedir⁵⁸. Bu hükümlerin, tahkim yeri ülke dışında olan hakem mahkemelerini kapsayıp kapsamadığı İngiliz hukukunda tartışmalıdır. Yazarların bir kısmı, 1996 tarihli Tahkim Kanununun hükümlerinin, yabancı hakem mahkemesinin yardım taleplerinin İngiliz mahkemelerince yerine getirilmesine imkân tanıdığını belirtmektedir⁵⁹. Mahkemeye takdir yetkisi tanıyan 43. maddenin, Kanunun 2/III. maddesindeki hüküm⁶⁰ birlikte değerlendirildiğinde, tahkim yeri İngiltere dışında olan

izdirler”): Sachs/Lörcher, s. 341

⁵⁴ KNÖFEL, s. 295; SACHS/LÖRCHER, s. 342; BERGER, s. 601.

⁵⁵ SACHS/LÖRCHER, s. 341. Adlî işlemler için başkaca örnekler için bkz: WOLFF, s. 156 vd. Ayrıca, hakem mahkemelerinin Alman mahkemelerinden, Avrupa Birliği Adalet Divanı-na Ön Karar davasına müracaat etmesi bakımından yardım talep edip edemeyeceği hakkında farklı görüş ve tartışmalar bulunmaktadır. Tartışmalar için bkz: WOLFF, 156 vd.

⁵⁶ Kanunun metni için bkz: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>, (23.03.2013).

⁵⁷ İngiliz Tahkim Kanununun 43. maddesine göre, taraflardan birisinin, üçüncü bir kimsenin elinde bulunan delilleri ve belgeleri vermesi ve İngiltere’de bulunan bir tanığın dinlenmesi için mahkemenin yardımını isteyebilir. Aynı Kanununun 44. maddesinde de, tahkim yeri İngiltere dışında olanlar da dâhil olmak üzere, tahkim usulünün millî mahkemelerce desteklenmesine ilişkin hükümler yer almıştır: KNÖFEL, s. 290; WOLFF, s. 149 – 150.

⁵⁸ HUNTER/PANOV, s. 215; POUURET/BESSON, s. 567; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 581.

⁵⁹ İngiliz Tahkim Kanununun 2/III. maddesi, 43 ve 44. madde hükümlerinin tahkim yeri İngiltere dışında olan davalarda da uygulanmasını düzenlemektedir.

⁶⁰ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 581; HARRIS/PLANTERÖSE/TECKS, s. 35; WOLFF, s. 150. Özellikle maddede, tahkim yerinin mi yoksa duruşmanın yapılacağı yerin mi İngiltere olması gerektiğinin açık olmadığı ifade edilmektedir: HUNTER/PANOV, s. 215 – 216. Bir

davalar için de uygulanabileceği ifade edilmektedir⁶¹. Söz konusu hüküm, hem tanıklar hem de belgeler için kabili tatbiktir⁶². Bu görüşe göre, İngiliz tahkim hukuku, delillerin elde edilmesine yönelik yabancı hakem mahkemesinin istinabe talepleri de dâhil olmak üzere, milletlerarası tahkim usulünün etkinliğini ve icrasını destekler niteliktedir⁶³. Aynı Kanunun 44. maddesine göre, uygun görmemesi halinde mahkeme, bu şekilde bir yardım talebini reddedebilir. Ancak kanun hükmünün çok açık olmadığı ve hangi hallerde yardım talebinin reddedileceğinin belirsiz olduğu ifade edilmektedir⁶⁴.

Ancak bazı yazarlar ise, daha temkinlidir. Genel olarak İngiliz Tahkim Kanununa göre, yabancı hakem mahkemelerinin yardım taleplerinin karşılanmasında mahkemelere takdir yetkisinin tanınmış olmasına rağmen, istinabe taleplerinin çok az bir kısmının karşılandığı ifade edilmektedir⁶⁴. İngiliz mahkemeleri istinabe taleplerini yerine getirmek zorunda değildirler. Bu sebeple, uygulamada yardım talebinin kabul edilebilmesi için, yabancı ülkedeki tahkim davasının İngiltere ile bir şekilde bağlantılı olması aranmaktadır⁶⁵. Örneğin, tarafların mal varlıklarının İngiltere olması ya da sözleşmeye İngiliz hukukunun uygulanması gibi. Ayrıca, yardım talebinin karşılanmasını tahkim yargılamasının ancak ülke içinde icra edilmesine bağlanması da (m. 43/III-b), mahkemelerin yardımının, tahkim yeri İngiltere olan davalarda mümkün olabileceği yönündeki görüşlerin dayanağı olarak gösterilmektedir⁶⁶. Yine İngiliz hukukunda yabancı hakem mahkemesinin istinabe talepleri, İngiliz hukukuna aykırılık veya istinabe konusu delilin dava ile ilgisi olmadığı gibi gerekçelerle reddedilebilmektedir⁶⁷.

görüğe göre, 43. maddenin uygulanabilmesi için, duruşma yerinin İngiltere’de olması yeterlidir. Bu görüşe göre, tahkim yerinin İngiltere dışında olduğu ancak duruşmaların İngiltere’de yapıldığı durumlarda, İngiliz mahkemeleri hakem mahkemesine yardımcı olabilecektir: POUDRET/BESSON, s. 566.

⁶¹ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 582. Ancak 43. maddenin, üçüncü kişiler bakımından bütün belgeleri ibraz yükümlülüğü (*discovery*) getirme imkânı vermediğine dikkat çekilmektedir. Mahkeme, ayırt edici özellikleri ile tanımlanmış bir belgenin ibrazına ilişkin olarak yardım taleplerini kabul edecektir: HUNTER/PANOV, s. 216.

⁶² POUDRET/BESSON, s. 567; HUNTER/PANOV, s. 216; KNÖFEL, s. 289; WOLFF, s. 149 - 150.

⁶³ LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 582.

⁶⁴ KNÖFEL, s. 290, dpn. 58’de anılan yazarlar.

⁶⁵ KNÖFEL, s. 290.

⁶⁶ KNÖFEL, s. 290; WOLFF, s. 149 – 150.

⁶⁷ WOLFF, s. 150.

ABD (Amerika Birleşik Devletleri) hukukunda ise, durum farklıdır. Federal Tahkim Kanununa⁶⁸ (m. 7.) göre, hakem mahkemeleri, bir kimsenin tanık olarak dinlenmesi ya da bir belgenin ibrazı hususunda ABD mahkemelerinden karar vermesini talep edebilmektedir⁶⁹. Yabancı mahkemelerin istinabe talepleri ise, 28 U.S.C. (United States Code) § 1782 hükmüne göre yerine getirilmektedir. Bu hükme göre, “yabancı ve milletlerarası mahkemeler” (*foreign and international tribunals*), devam etmekte olan bir davada kullanılmak üzere, kendi bölgelerinde oturan bir kimsenin tanık olarak dinlenmesi ya da bir belgenin temini hususunda mahkemelerden yardım talep edebileceklerdir. ABD hukukundaki tartışma, “yabancı ve milletlerarası mahkeme” kavramının içine, yabancı hakem mahkemelerinin de dâhil olup olmadığı noktasındadır⁷⁰. Bazı federe devlet mahkemeleri, yabancı ve milletlerarası mahkemeler kavramı içine, yabancı hakem mahkemelerini de dâhil ederek, bu mahkemelerden gelen *pre-trial discovery*⁷¹ (ya da kısaca *discovery*⁷²) talepleri de dâhil olmak üzere istinabe taleplerini kabul etmişler, diğer bazı eyaletler mahkemeleri ise, söz konusu hükmün, hakem mahkemelerini kapsamadığı gerekçesiyle istinabe taleplerini reddetmişlerdir⁷³. ABD mahkemelerinde eğilim, Federal Mahkemenin 2004

⁶⁸ ABD Federal Tahkim Kanununun tam metni için bkz: <http://uscode.house.gov/uscode-cgi/fastweb.exe?search>, (23.03.2013).

⁶⁹ WOLFF, s. 150.

⁷⁰ HUNTER/PANOV, s. 216; KIRTLEY, s. 47.

⁷¹ *Pre-trial discovery* yöntemi, çok genel olarak, tarafların duruşma öncesinde dava ile ilgili lehlerine ve aleyhlerine olup olmadığına bakılmaksızın ellerinde bulunan bütün belgeleri ve hatta iç yazışmaları bile karşı tarafa vermeleri şeklinde tanımlanabilir: BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 299. *Pre-trial discovery* safhasında taraf vekilleri, kendilerine tanınan yetkiler çerçevesinde ihtiyaç duyacaklarını düşündükleri tüm bilgi ve bilgi kaynaklarına ulaşabilme hakları vardır. Dolayısı ile taraflar ve vekilleri, karşı taraftan ve üçüncü kişilerden dava ile ilgili tüm belgeleri isteyebilme hakkına sahiptirler. Bu da “delil avı” (*fishing expetidion*) olarak vasıflandırılabilir. *Pre-trial discovery* yöntemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: EKŞİ, s. 368 vd; ATAMAN – FİĞANMEŞE, s. 61 vd. La Haye Delil Sözleşmesinde, “*Pre-trial discovery of documents*” kavramı “belgelerin duruşma öncesi ortaya çıkarılması” olarak tercüme edilmiştir. İçeriği hukuk anlayışımıza tamamen yabancı olan bu terimin aynen kullanılması gerektiği görüşü dile getirilmektedir. Bu terimin, Fransızca ve Almanca kaynaklarda da, tercüme edilmeden aynen kullanıldığı ifade edilmektedir: ATAMAN – FİĞANMEŞE, s. 61, dph. 112.

⁷² La Haye Delil Sözleşmesinde, “*Pre-trial discovery of documents*” kavramı “belgelerin duruşma öncesi ortaya çıkarılması” olarak tercüme edilmiştir. İçeriği hukuk anlayışımıza tamamen yabancı olan bu terimin aynen kullanılması gerektiği görüşü dile getirilmektedir. Bu terimin, Fransızca ve Almanca kaynaklarda da, tercüme edilmeden aynen kullanıldığı ifade edilmektedir: ATAMAN – FİĞANMEŞE, s. 61, dph. 112.

⁷³ BAKER/ROMMAN, s. 10 – 11; KIRTLEY, s. 47.

tarihli *Intel v. Advanced Micro Devices* kararına değin, yabancı hakem mahkemelerinden gelen istinabe taleplerinin reddi yönünde idi⁷⁴. Çünkü, ABD mahkemeleri geleneksel olarak tahkim yeri yabancı ülkede bulunan hakem mahkemelerini “milletlerarası mahkeme” olarak kabul etmemekte idiler. Buna sebep olarak da, yabancı ülkedeki hakem mahkemelerinin, ABD’deki hakem mahkemelerinden daha avantajlı bir konuma gelmemesi konusundaki kaygı gösterilmektedir⁷⁵. Ancak Federal Mahkemenin *Intel v. Advanced Micro Devices*⁷⁶ kararından sonra, ABD’de yabancı hakem mahkemelerinden delillerin toplanmasına dair istinabe talepleri kabul edilmeye başlanmıştır⁷⁷. Çünkü Federal mahkeme, söz konusu hükmün, belirli şartlar⁷⁸ altında geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemenin kararına göre, yardım talepleri, somut şartlara göre değerlendirilmesi gerekir⁷⁹. Federal mahkemenin bu kararından sonra, New Jersey, Georgia, Colorado, Minnesota ve Massachusetts eyaletlerinin mahkemeleri, söz konusu hükmün yabancı hakem mahkemelerinde de uygulanabileceğine karar vermişlerdir. Ancak halen bazı

⁷⁴ Örnek eyalet mahkemesi kararları için bkz: KIRTLEY, s. 47 – 51.

⁷⁵ WOLFF, s. 150 – 151. ABD hukukunda 1782 nolu paragrafın, tahkim yeri yabancı ülkede olan davalarda uygulanmasına ilişkin tartışmalarda esas eleştiri noktası, söz konusu hükmün yabancı ülkedeki tahkim davalarında ABD’li tarafı dezavantajlı bir konuma sokması olarak gösterilmektedir. Çünkü söz konusu hüküm, karşılıklıktan yoksundur. Örneğin, tahkim yeri Avrupa olan bir davada, ABD’li tarafın, Avrupa’da *discovery* yöntemi ile bir delilin elde edilmesini talep etmesi halinde, bu talebin, Avrupa hukuklarında 1782. paragraf muadili bir hüküm bulunmadığı için, reddedileceği ifade edilmektedir. Buna mukabil karşı taraf, ABD mahkemelerinden *discovery* yöntemi ile delil elde edilmesini talep edebilecektir: KNÖFEL, s. 295.

⁷⁶ Aslında dava konusu ihtilâfın yabancı hakem mahkemelerinin yardım talepleri ile bir ilgisi yoktu. Çünkü Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Direktörünün dâhil olduğu bir olay söz konusu idi: KIRTLEY, s. 51; WOLFF, s. 151. Söz konusu kararda, Avrupa Birliği Komisyonu, 1782. paragraf anlamında, yabancı ya da milletlerarası mahkeme olarak nitelendirilmiştir. Federal Mahkeme, Avrupa Birliği Komisyonunu “adliye benzeri=*quasi-judicial*” bir organ olarak kabul etmiştir. Federal Mahkeme kararında, yabancı hakem mahkemelerinin de, yabancı veya milletlerarası mahkeme olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine değinmemiştir: BAKER/ROMMAN, s. 11.

⁷⁷ KIRTLEY, s. 52; WOLFF, s. 152. Örnek Federe devlet mahkemelerine ait kararlar için bkz: BAKER/ROMMAN, s. 11 vd.

⁷⁸ Federal Mahkeme söz konusu hükmün uygulanmasını bazı şartlara bağlamıştır. Bunlar arasında, yabancı hukuka göre, istinabe konusu hususun kabul edilebilirliği, yabancı mahkemenin yapısı, takip edilen usulün karakteri, istinabe konusu delillerin elde edilmesinde külfet ya da elverişsizlik, istinabe talebinin yabancı ispat kurallarını ya da yabancı ülkenin ya da ABD’nin diğer politikalarını dolanmak için yapılıp yapılmadığı gibi hususlar yer almaktadır: KIRTLEY, s. 52; WOLFF, s. 152. Örneğin, tahkimin tâbi olduğu hukuka göre, *discovery* usulü mümkün değil ise, yardım talepleri düzenli bir şekilde reddedilmektedir: MÜLLER-CHEN, s. 201.

⁷⁹ HUNTER/PANOV, s. 217.

eyalet mahkemelerinin 1782. paragrafı bu şekilde geniş yorumlamadığı ve yabancı hakem mahkemelerinden gelen istinabe taleplerini reddettikleri ifade edilmektedir⁸⁰. Bu sebeple konunun ABD hukukunda netlik kazandığı söylenemez⁸¹. Çünkü Federal Mahkemenin kararı ile gerçekten bir içtihat değişikliği mi söz konusu yoksa bir geçici sapma mı olduğu hususunda bazı tereddütlerin olduğu vurgulanmaktadır⁸². Ayrıca son zamanlarda verilen kararlarda yabancı hakem mahkemesi tarafından talep edilen istinabe taleplerinin reddedildiği de ifade edilmekte⁸³ ve bazı yazarlarca önceki statüye geri dönüldüğü (*status quo ante*) ileri sürülmektedir⁸⁴.

3. Türk Hukuku

a) Yabancı Hakem Mahkemesinin Türk Mahkemesinden İstinabe Talebinde Bulunması

Türk hukukunda, tahkim yeri yabancı ülkede bulunan hakem mahkemelerinin, delillerin toplanması amacıyla doğrudan Türk mahkemelerini istinabe edip edemeyeceği hususunda açık bir hüküm yoktur. Milletlerarası Tahkim Kanunu⁸⁵ (MTK) m. 12/B'de, hakem veya hakem kurulunun, delillerin toplanmasında asliye hukuk mahkemesinden yardım isteyebileceği düzenlenmiştir. Aynı maddede, asliye hukuk mahkemesinin de, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun (HUMK)⁸⁶ hükümlerini uygulayacağı kabul edilmiştir. Kanunun uygulama alanını tespit eden, 1/II ve III. maddeleri dikkate alındığında, madde 12/B hükmünün yalnızca tahkim yeri Türkiye olan davalarda uygulanabileceği kabul olunabilir. Çünkü, MTK m. 1/III'de, sadece Kanunun 5 ve 6. maddelerinin tahkim yerinin Türkiye dışında bulunduğu durumlarda da uygulanacağı kabul edilmiştir⁸⁷. Eğer Kanun koyucunun

⁸⁰ WOLFF, s. 151 – 152; KIRTLEY, s. 52; Örneğin, Teksas Federe Devlet Mahkemesi, 2008 tarihli, *La Comision Ejecutiva Hidroelectrica Del Rio Lempa v. El Paso Corp.* davasında, yabancı hakem mahkemesinin istinabe talebini reddetmiştir. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: BAKER/ROMMAN, s. 9.

⁸¹ BERGER, s. 603.

⁸² HUNTER/PANOV, s. 217.

⁸³ BAKER/ROMMAN, s. 14; KNÖFEL, s. 294; KIRTLEY, s. 61; BERGER, s. 603.

⁸⁴ KNÖFEL, s. 294.

⁸⁵ R.G.:5.7.2001-24453.

⁸⁶ HUMK, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile yürürlükten kaldırılmıştır (R.G.:04.02.2011 – 27836). HMK'nın 447. maddesi gereğince, HUMK'na yapılan atıfların HMK'ya yapılmış sayıldığından, MTK'daki HUMK'na yapılan atıflar HMK'ya yapılmış sayılacaktır. Söz konusu hüküm doktrinde eleştirilmiştir. Maddede, milletlerarası sözleşmeleri de kapsamına alacak şekilde, “kendi hukukunu” kavramının kullanılması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür: KALPSÜZ, s. 90.

⁸⁷ Geçici hukukî koruma önlemleri bakımından, Türk mahkemelerinin yabancı tahkime yardım

iradesi, UNCITRAL Model Kanunda benimsenen genel eğilimden ayrılmak olsa idi, MTK m. 1/III'ün kapsamına, m. 12/B'yi de açıkça dâhil etmesi gerekirdi. Nitekim Almanya'da bu şekilde bir düzenleme yapılmıştır.

Ayrıca bu yorumu, mülga HUMK m. 527'de desteklemekte idi. Çünkü, mülga HUMK m. 527'ye göre, hakemlerin mahkemelere müracaat edebilecekleri konular arasında, “*bir ecnebi mahkemesini istinabe*” de yer almakta idi. MTK m. 12/B hükmü, mülga HUMK m. 527 ile birlikte değerlendirildiğinde, yabancı hakem mahkemesinin doğrudan Türk mahkemelerinden istinabe talep etmelerinin mümkün olmadığı sonucuna rahatlıkla ulaşılabildi. Ancak mülga HUMK m. 527'deki hüküm HMK'ya alınmamıştır. Bununla birlikte HMK döneminde de aynı sonuca ulaşabileceği kanaatindeyiz. Çünkü HMK'da bu görüşün değişmesini sağlayacak bir hüküm bulunmamaktadır. Netice olarak, tahkim yeri Türkiye dışında olan bir hakem mahkemesi, ancak tahkim yeri mahkemeleri aracılığı ile Türk mahkemelerinden milletlerarası istinabe talebinde bulunabilirler.

b) Tahkim Yeri Türkiye'de Bulunan Hakem Mahkemesinin Yabancı Mahkemeyi İstinabe Etmesi

aa) Yabancı Mahkemenin Doğrudan İstinabe Edilmesi

Tahkim yeri Türkiye'de bulunan bir hakem mahkemesinin, yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edip edemeyeceği ise, kendisinden yardım talep edilen mahkemenin hukukuna göre belirlenmesi gereken bir konudur. Kendisinden yardım talep edilen mahkemenin hukukunun, yabancı hakem mahkemesinin doğrudan istinabesini kabul etmesi halinde, Türkiye'deki hakem mahkemesi, yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edebilir. Kanaatimizce, Türk hukukunda bunu engelleyecek herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim İsviçre hukukunda da, aynen Türk hukukunda olduğu gibi, devlet mahkemelerinin yardımı tahkim yeri ile sınırlandırılmış iken, İsviçre'deki hakem mahkemeleri ABD mahkemelerini doğrudan istinabe edebilmektedirler⁸⁸.

bb) Yabancı Mahkemenin Dolaylı Olarak İstinabe Edilmesi

Kendisinden istinabe talep edilen mahkemenin hukukunun, yabancı hakem mahkemesinin doğrudan istinabe talebine izin vermemesi halinde ise, hakem mahkemesi Türk mahkemeleri aracılığı ile istinabe talebinde bulunabilecektir. HMK'da ya da MTK'da açık bir düzenleme yer almamakla

ve destek olacakları kabul edilmektedir: YEŞİLIRMAK, s. 81, dpn. 143; ERTEN, s. 92 vd.

⁸⁸ Bkz: Dpn. 16.

birlikte, mahkemelerin yardımının kapsamına, yabancı mahkemenin istinabesi de şüphesiz dâhil olacaktır. Türk mahkemesi bu halde varsa milletlerarası sözleşmeler çerçevesinde istinabe talebinde bulunabilecektir⁸⁹. Örneğin kendisinden yardım talep edilen devlet, La Haye Delil Sözleşmesine taraf ise, Türk mahkemesi bu Sözleşmeye istinaden yardım talebinde bulunabilir.

cc) Milletlerarası İstinabe Talebinde Bulunabilecek Kimseler

UNCITRAL Model Kanunda, hem hakem mahkemesinin hem de hakem mahkemesinin onayı ile tarafların, delillerin elde edilmesi için mahkemeye müracaat edebileceği düzenlenmiştir (m. 27). Bu sebeple Model Kanunu benimseyen bazı hukuk sistemlerinde, taraflara da mahkemeye müracaat hakkı tanınmaktadır. Örneğin, İngiliz, İsviçre, İsveç, Almanya, Hollanda hukuklarında bu yaklaşım benimsenmiştir⁹⁰. Hakem mahkemesinin onayı ile tarafların mahkemeden yardım talebinde bulunmasında iki aşama olacaktır. Birincisi tarafın hakem mahkemesinden onay aşamasıdır. İkinci aşama ise, hakem mahkemesinin onay vermesi ile mahkemeye yapılan müracaat aşamasıdır⁹¹. Avusturya hukukunda ise, hakem mahkemesinin ataması ile hakemlerden birisinin de mahkemeden yardım isteyebileceği kabul edilmiştir⁹².

UNCITRAL Model Kanunundan farklı olarak, MTK m. 12/B'ye göre, ancak hakem ya da hakem kurulu mahkemeden yardım talep edebilecektir. Milletlerarası Tahkim Kanuna göre, taraflara bu hak tanınmamış görünmektedir⁹³.

Mahkemelerin yardımı bakımından MTK m. 12/B hükmünün HMK'ya gönderme yapması sebebiyle, HMK'nın 432. maddesinin uygulanması da söz konusu olabilir. HMK'nın 432. maddesinde, taraflardan her birinin hakem veya hakem kurulunun onayı ile delillerin toplanmasında mahkemeden yardım isteyebileceği kabul edilmiştir. Bu sebeple, kanaatimizce, HMK'nın

⁸⁹ Türk hukukunda, gerek Türkiye'den yabancı ülkedeki bir mahkemenin gerek yabancı ülkedeki bir mahkemenin istinabe taleplerinde izlenmesi gereken usulî ve şeklî şartlar, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan Hukukî Konularda Uluslararası İstinabe Taleplerine Uygulanacak Esaslar isimli 16.11.2011 tarihli Genelgede belirlenmiştir. Genelge için bkz: <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr> (12.01.2013).

⁹⁰ GAILLARD/SAVAGE, s. 727; WOLFF, s. 161.

⁹¹ HEUMAN, s. 457.

⁹² Alman hukukunda da aynı şekilde bir çözümün kabul edilmesi hakkında bkz: WOLFF, s. 162.

⁹³ YEŞİLOVA, s. 738.

432. maddesi, MTK'ya tâbi tahkim davalarında da uygulanabilir. Bu halde, Türk hukukuna tâbi bir tahkim yargılamasında, hem hakem mahkemesi hem de hakem mahkemesinin onayı ile taraflar, milletlerarası istinabe için mahkemeden yardım talebinde bulunabileceklerdir.

IV. İSTİNABE TALEPLERİNİN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ

A) KONU İTİBARIYLA KABUL EDİLEBİLECEK İSTİNABE TALEPLERİ

Öncelikle istinabe yoluyla mahkemelerden yardım talep edilmesi, ancak mahkemelerin tasarrufundaki adli işlemler için söz konusudur. Mahkemelerin görevi dışında kalan konular bakımından, istinabe talepleri kabul edilmez⁹⁴.

İkinci olarak, istinabe talebinin kabul edilebilmesi için, istinabe konusu hakkında hakem mahkemesinin yetkisinin olmaması gerekir. Diğer bir ifade ile istinabe konusu delil, hakem mahkemesince elde edilmesi mümkün olmamalıdır⁹⁵. Çünkü istinabe talebi, ancak hakem mahkemesinin buyurma gücü bulunmadığı konular için kabul edilmiş bir müessesedir. Örneğin hakem mahkemesi, gönüllü olarak tanıklık yapacak birisinin dinlenilmesinde, yalnızca farklı ülkelerde bulunması sebebiyle yabancı mahkemeyi istinabe edemez. Bu şekilde bir istinabe talebi, ancak devlet mahkemeleri arasında kabul edilmektedir. Milletlerarası tahkimde ise, taraflar ya da hakemler delili hukuken elde etme imkânına sahip ise, hakem mahkemesinin bu konudaki istinabe talebi kabul edilmemektedir⁹⁶.

Bazı hukuk sistemlerinde, mahkemelerin yardımının kapsamı daha geniş olarak düzenlenmiştir. Örneğin Alman Medenî Usul Kanununun 1050. maddesine göre, hem delillerin toplanması hem de diğer adli işlemler için mahkemelerden yardım talep edilebilir. Türk hukukunda ise, MTK m. 12/B ve HMK m. 432'de, sadece delillerin toplanması için mahkemeden yardım istenebileceği kabul edilmiştir.

Bu kapsamda olmak üzere, hakem kurulunun davetine icabet etmeyen tanıkların dinlenilmesi, taraflara ve tanıklara yemin ettirilmesi, tanıkların yemin tahtında dinlenmesi, tanıklık ya da bilirkişilik yapma mecburiyetinin yüklenmesi, tanıklıktan ya da bilirkişilikten kaçınılması halinde uygulanacak müeyyideler, davaya taraf olmayan birisinin arazisinde keşif icrası, bilirkişi

⁹⁴ KALPSÜZ, s. 91; WOLFF, s. 158.

⁹⁵ KALPSÜZ, s. 90.

⁹⁶ WOLFF, s. 160 – 161.

ve hakemlerin kilitli mahallere girmesi, üçüncü kişilerin ellerinde bulunan belgelerin ibrazını emretme gibi hususlar, mahkemelerden istenebilecek yardım konuları arasında sayılabilir⁹⁷.

Hukukî konularda, hakem mahkemesinin yetkisinin olup olmadığının tespiti kolaydır. Örneğin hakemin tanığa, taraflara ya da bilirkişiye yemin ettirip ettirmeme yetkisinin olup olmadığı rahatlıkla tespit edilebilir. Ancak maddî vakıalar bakımından durum daha karmaşık olabilir. Örneğin bir tanığın sorgulamasında, eğer tanık kendi isteği ile tanıklık yapmakta ise, hakem mahkemesinin tanığı dinleme yetkisi vardır. Ancak tanığın kendi isteği ile tanıklık yapmaması halinde ise, mahkemenin yardımı gereklidir. İşte mahkemenin yardımını gerekli bu durumun tespiti, her zaman kolay olmayabilir⁹⁸.

B) İSTİNABE TALEBİNİN KENDİSİNDEN YARDIM TALEP EDİLEN ÜLKE HUKUKUNUN TEMEL İLKELERİNE AYKIRI OLMAMASI KOŞULU

İstinabe talebinin kabul edilebilmesi için, istinabe konusunun kendisinden yardım talep edilen mahkemenin hukukuna aykırı olmaması, diğer bir ifade ile kabul edilemez olmaması gerekir⁹⁹.

Özellikle ABD hukukunda kabul edilen *discovery* amacıyla yapılan istinabe taleplerinin, kendisinden yardım talep edilen devletin hukukuna aykırılığı söz konusu olabilir. ABD hukukunda kabul edildiği şekli ile belgelerin ibrazına dair bir karar (*discovery*), kendisinden yardım talep edilen devletin hukukuna aykırılığı sebebiyle kabul edilmemesi ihtimâl dâhilindedir¹⁰⁰. Hangi belgenin istendiği açıkça belirtilmeksizin genel ve soyut ifadeler ile dava konusuna ilişkin tüm belgelerin ibrazı talebine ilişkin bir istinabe talebi, Türk usul hukukunun temel ilkeleri ile bağdaşmaz. Bu şekilde “delil avına” yönelik *discovery* yöntemine dayalı bir istinabe talebi, Türk usul hukukunun

⁹⁷ KALPSÜZ, s. 90; WOLFF, s. 154 – 155.

⁹⁸ WOLFF, s. 161; SACHS/LÖRCHER, s. 343.

⁹⁹ SACHS/LÖRCHER, s. 344.

¹⁰⁰ BERGER, s. 601. SACHS/LÖRCHER, s. 344; WOLFF, s. 166. İngiliz Mahkemelerinin ABD’den gelen “delil avı” niteliğindeki istinabe taleplerini kabul etmediği hakkında bkz: EKŞİ, s. 371.

prensiplerine¹⁰¹ aykırı olduğu için yerine getirilmeyecektir¹⁰². Ancak istinabe talebi, ayırt edilebilir özellikleri itibarı ile belirlenmiş bir delilin elde edilmesine yönelik ise, kabul edilmelidir. Çünkü bu halde istinabe talebi delil avına yönelik değildir¹⁰³.

C) MAHKEMENİN İSTİNABE TALEBİNİN İÇERİĞİNİ DENETLEYEMEMESİ

Tahkim davasında yargılama, hakemlerin mutlak kontrolü altındadır. Delillerin toplanmasına ve hangi delillerin dava için gerekli olduğu hususu, hakem mahkemesinin takdirindedir¹⁰⁴. Mahkemenin, istinabe talebine konu delilin gerekliliği hakkında değerlendirme ve bu bağlamda bir tanığın dinlenilmesinin gerekli olup olmadığı hakkında karar verme yetkisi bulunmamaktadır¹⁰⁵. Yine kendisinden istinabe talep edilen mahkeme, delilin, dava konusu ihtilâfla bağlantısı olup olmadığı veya davanın sonucuna etkili olup olmadığı hakkında bir inceleme ve denetim yetkisini haiz değildir¹⁰⁶. Örneğin Türk mahkemesinden bir tanığın dinlenilmesi konusunda yardım talep edildiğinde, mahkeme, HMK hükümlerine istinaden (m. 200), tanığın dinleneceği hususun ancak senetle ispatının mümkün olabileceği gerekçesiyle yardım talebini reddedemeyecektir. Çünkü uyumsuzluğun esası hakkında karar

¹⁰¹ Özellikle somutlaştırma yükü (HMK. m. 194) bu kapsamda sayılabilir. HMK'ya göre, taraflar dayandıkları vakaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. Somutlaştırma yükü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 558 vd. “Ancak hemen belirtelim ki, bir belgenin ya da ticarî defterin belli parçalarının ibrazını talep eden taraf, öncelikle mümkün olduğu kadar bu belgelerin içeriğini ve neyi ispat edeceğini açıkça belirtmelidir.”: PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 627; YILMAZ, s. 1108, 1109. Discovery yönteminin bu aykırılığına Alman hukukunda “delil araştırma yasağı” kavramı kullanıldığı hakkında bkz: ATAMAN – FİGANMEŞE, s. 66, dpn. 124.

¹⁰² ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 66 – 67, 71.

¹⁰³ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 71.

¹⁰⁴ HUNTER/PANOV, s. 223. Hakem mahkemesinin bu konuda tarafların eşitliği ilkesine dikkat etmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Örneğin bir ABD’li ve bir Fransız tacirin taraf olduğu bir davada, hakem mahkemesinin her iki tarafa da milletlerarası istinabe konusunda izin vermesi halinde, eşitsizlik söz konusu olabilecektir. Çünkü ABD hukukunda, yabancı hakem mahkemesinin milletlerarası istinabe talebi kabul edilebilirken, Fransız hukukunda aynı talep kabul görmeyecektir. Her iki hukuk sisteminde de, yabancı hakem mahkemesinin istinabe talepleri kabul edilse bile, muhtevaları değişik olduğundan yine de bir eşitsizlik söz konusu olabilecektir. Çünkü ABD hukukunda benimsenen *discovery* yöntemi ile her türlü belgelere ulaşmak mümkün iken, Fransa’da ancak belli bir sınırlama dâhilinde belgelere ulaşmak mümkün olabilecektir: HUNTER/PANOV, s. 221. Aynı muhtevada farklı bir örnek için bkz: HEUMAN, s. 457.

¹⁰⁵ SACHS/LÖRCHER, s. 342 – 343; HUNTER/PANOV, s. 223.

¹⁰⁶ BERGER/KELLERHALLS, s. 356.

verme yetkisi, hakem mahkemesine aittir ve mahkemeler ancak kanunda öngörülen sebepler ile tahkime müdahale edebilirler (MTK m. 3/II).

D) TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİĞİNİN İNCELENMESİ

Kendisinden yardım talep olunan mahkemenin, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini inceleyip incelemeyeceği ve inceleyebilecek ise bunun kapsamı, tartışmalıdır¹⁰⁷.

Bir görüşe¹⁰⁸ göre, kendisinden istinabe talep edilen mahkeme, tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığını ayrıntılı bir şekilde inceleyebilir. Eğer mahkeme, tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğunu tespit ederse, istinabe talebini reddedecektir. Bu görüşe göre, kendisinden yardım talep edilen mahkemenin tahkim sözleşmesinin incelemesini sınırlandıracak haklı bir gerekçe yoktur¹⁰⁹. Diğer bir görüşe¹¹⁰ göre ise, *prima facia* bir inceleme ile tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin anlaşılması halinde, mahkeme, istinabe talebini reddedecektir. Bir başka görüşe¹¹¹ göre ise, kendisinden yardım talep edilen mahkeme, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini inceleyemez.

Alman ve İsviçre doktrininde, yardım talebinin kabulü için, *prima facia* bir inceleme ile tahkim sözleşmesinin geçerli olduğunun, mahkemece incelenebileceği görüşünün ağırlıklı olarak savunulduğu ifade edilmektedir¹¹².

Ancak kanaatimizce, kendisinden yardım talep edilen mahkemenin, sınırlı ve *prima facia* bir inceleme ile dahi olsa, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini inceleme yetkisinin olmadığı görüşü üstün kabul edilmelidir. Çünkü, milletlerarası ticarî tahkimde, hakem mahkemesinin kendi yetkisini belirleme yetkisi (*kompetenz-kompetenz*) genellikle kabul edilmektedir¹¹³. Dolayısı ile hakem mahkemesinin tahkim sözleşmesinin geçerliliğine dair kararına karşı, tahkim yeri hukukuna göre mahkemeye müracaat edilebilir.

¹⁰⁷ SACHS/LÖRCHER, s. 343.

¹⁰⁸ SACHS/LÖRCHER, s. 343, dñn. 14'de anılan yazarlar. WOLFF, s. 165, dñn. 116'da anılan yazarlar.

¹⁰⁹ WOLFF, s. 166.

¹¹⁰ SACHS/LÖRCHER, s. 343, dñn. 15'de anılan yazarlar.; WOLFF, s. 165, dñn. 118'de anılan yazarlar.

¹¹¹ SACHS/LÖRCHER, s. 343. WOLFF, s. 165, dñn. 115'de anılan yazarlar.

¹¹² WOLFF, s. 165.

¹¹³ Hakem mahkemesinin yargılama yetkisi konusunda bizzat kendisinin karar vermesi prensibi anlamına gelen *kompetenz-kompetenz* kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZEL, s. 102 vd.

Kendisinden istinabe talep edilen mahkemeye de, tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin incelenmesi yetkisinin verilmesi halinde, tahkim sözleşmesinin geçersizliğini temin etmek bakımından yeni bir yol daha kabul edilmiş olacaktır. Bu şekilde bir çözüm ise, tahkim yargılamasının bloke edilmesini sağlayabilecek niteliktedir¹¹⁴.

Yabancı mahkemenin dolaylı istinabesinde ise, iki mahkemenin aracılığına ihtiyaç bulunmaktadır. Her iki mahkemenin de, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini denetlemesi halinde, farklı sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Bu sebeple de, kendisinden istinabe talep edilen mahkemenin, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini inceleyememesi gerekir. Nitekim MTK 7/H maddesinde, tahkim anlaşmasının mevcut ya da geçerli olup olmadığına ilişkin itirazların, hakem mahkemesince karara bağlanacağı kabul edilmiştir. Bu sebeple, yabancı mahkemenin istinabesi söz konusu olduğunda, Türk mahkemelerinin tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakkında bir inceleme yapmaması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü, tahkim sözleşmesinin geçerliliği meselesi, ya iptal ya da tenfiz davasında mahkemenin kontrolüne tâbi olacaktır¹¹⁵. Ayrıca Türk hukukunda, yabancı hakem mahkemesinin doğrudan milletlerarası istinabesi kabul edilmediğinden, istinabe talebi yabancı mahkeme aracılığı ile gerçekleştirilecektir. Yabancı mahkeme de istinabe talebini değerlendirirken tahkim sözleşmesinin geçerliliğini inceleme konusu yapmış olabilir. Bu gibi durumlarda, yabancı mahkemenin istinabe talebinin kabulü gerekir¹¹⁶.

Ancak istinabe taleplerinin meşru bir hakem mahkemesinden geldiği hususunda, kendisinden yardım talep edilen mahkemenin emin olması gerektiği de ifade edilmektedir. Bunun da farklı şekillerde denetlenebileceği ifade edilmektedir. Örneğin tahkim yerindeki millî mahkemelerde hakem mahkemesinin yetkisi hususunda bir karar verilmesi söz konusu olabilir¹¹⁷.

¹¹⁴ SACHS/LÖRCHER, s. 343.

¹¹⁵ ÖZEL, s. 105.

¹¹⁶ Doktrinde, hakem mahkemesinin kendi yetkisine dair bir kararı varsa, bu karara istinaden de hakem mahkemesinin istinabe talepleri kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Böyle bir karar yoksa, kendisinden yardım talep edilen mahkemenin, hakem mahkemesinin yetkisi hakkında *prima facie* bir inceleme ile karar verebileceği ifade edilmektedir: HUNTER/PANOV, s. 223.

¹¹⁷ HUNTER/PANOV, s. 223.

V. İSTİNABE TALEBİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

A) İSTİNABE TALEBİNİN YERİNE GETİRİLMESİNE UYGULANACAK HUKUK

Milletlerarası usul hukukunda istinabe taleplerinin yerine getirilmesine prensip olarak, istinabe olunan mahkemenin hukuku (*lex fori*) uygulanır¹¹⁸. Model Kanununun 27. maddesine göre, kendisinden yardım talep edilen mahkeme, kendi hukukuna göre istinabe taleplerini yerine getirecektir¹¹⁹. Nitekim bazı hukuk sistemlerinde bu ilke, kanunî düzenlemeye konu olmuştur. Örneğin Alman Medenî Usul Kanununun 1050. maddesi¹²⁰ ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 184/2. maddesine göre, mahkeme, yardım taleplerini kendi hukukuna göre yerine getirecektir. MTK m.12'ye göre, mahkeme, delillerin toplanması bakımından yardım talebini HMK hükümlerine göre yerine getirecektir. Bu şekilde bir düzenleme olmasa da, usul hukukunda *lex fori* ilkesi gereğince, mahkemeler, delillerin toplanması bakımından kendi hukukunu uygulayacaklardır. Örneğin tanığın dinlenilmesi usulü, tanıklıktan çekinme hakkı ya da tanıklık yapma yükümlülüğü gibi hususlarda, mahkeme prensip olarak kendi hukukunu tatbik edecektir¹²¹. Mahkeme her bir olayın özelliklerine göre, yardım konusu delilin toplanmasını kendi hukukuna göre yerine getirecektir¹²².

Mahkeme, görevi gereğince öncelikle istinabe talebini şekli şartlar bakımından inceleyecektir¹²³. İstinabe talepleri, daha çok şekli noksanlıklar sebebiyle reddedilmektedir¹²⁴. Örneğin istinabe talebinin mahkemenin dilinde yapılması¹²⁵, istinabe talebinin içeriğinde bulunması gerekli hususlar, hangi mahkemeden hangi adli işlem hakkında istinabe talebinde bulunulduğu, tarafların isimleri ve adresleri, tahkim şartı, hakemlerin isimleri ve adresleri ve hakem mahkemesinin söz konusu delili niçin elde edemediğine ilişkin

¹¹⁸ EKŞİ, s. 359; ATAMAN – FİGANMEŞE, s. 48.

¹¹⁹ BERGER, s. 601.

¹²⁰ SACHS/LÖRCHER, s. 342; BERGER, s. 601.

¹²¹ WOLFF, s. 169 – 170.

¹²² SACHS/LÖRCHER, s. 344.

¹²³ WOLFF, s. 164. Türk hukukunda, aranan usulî ve şekli şartlar, Hukukî Konularda Uluslararası İstinabe Taleplerine Uygulanacak Esaslar isimli 16.11.2011 tarihli Genelgede belirlenmiştir. Genelgede, hem milletlerarası sözleşmelere hem de milletlerarası sözleşmenin bulunmaması halinde takip edilecek usulî ve şekli şartlar tespit edilmiştir. Genelge için bkz: <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr> (12.01.2013).

¹²⁴ EKŞİ, s. 364.

¹²⁵ İstinabe talebinin dili hakkında bkz: ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 37.

açıklamaları içermesi gibi hususlar, istinabe taleplerinde aranabilecektir¹²⁶. Yine mahkemenin ilk inceleyeceği hususlardan birisi de, istinabe konusu delilin kendi yetkisi içinde olup olmadığıdır. Mahkeme hem coğrafi hem de maddi anlamda yetkisinin olup olmadığını inceleyecektir.¹²⁷

Ancak milletlerarası istinabe taleplerinin, *lex fori*'ye tâbi olması kuralına bazı istisnalar da getirilebilmektedir. Çünkü istinabe talebini yerine getiren devletin hukukunun uygulanması, delilin, esas davayı gören mahkemenin hukukuna göre geçersiz sayılmasına sebebiyet verebilir. Bu sebeple bazı hallerde, istinabe konusu delilin özel bir usul ile elde edilmesini kabul eden hukuk sistemleri vardır. Örneğin İsviçre hukukunda (İsviçre MÖH Kanunu m. 11/II), bazı şartlarda talep eden yabancı devletin hukukuna göre de delillerin toplanabileceği kabul edilmiştir. Bu hükmün, milletlerarası tahkimde de uygulanabileceği kabul edilmektedir¹²⁸. Bazı milletlerarası sözleşmelerde de, *lex fori* ilkesine istisnalar getirilmiştir. Örneğin La Haye Delil Sözleşmesinin 9/II. maddesinde, istinabe talep eden makâmın özel bir usule uyulmasını isteyebileceği kabul olunmuştur. Bu halde istinabe olunan makam, bazı şartlarda bu talebi yerine getirmek zorundadır. Yine 1954 tarihli Hukuk Usulüne dair La Haye Sözleşmesinin 14. maddesinde de, istinabe eden devletin özel bir usule uyulmasını talep etmesi halinde, istinabe olunan devletin buna uyması zorunluluğu getirilmiştir¹²⁹

B) TARAFLARIN VE HAKEMLERİN DELİLLERİN ELDE EDİLMESİNE KATILABİLMELERİ

Bazı hukuk sistemlerinde, hakemlerin de delillerin toplanmasına katılabilecekleri açıkça düzenlenmiştir. Örneğin Alman hukukunda, hakemlerin de delillerin elde edilmesine yönelik her aşamada bulunabileceği ve soru sorabileceği açıkça düzenlenmiştir¹³⁰.

Türk hukukunda, tarafların ve hakemlerin delillerin elde edilmesine iştiraklerini düzenleyen bir kural, ne MTK'da ne HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri arasında yer almaktadır. Dolayısı ile HMK'daki genel hükümlerin dikkate alınması gerekir (MTK m. 12/B). HMK'nın 197/III. maddesine¹³¹

¹²⁶ WOLFF, s. 162.

¹²⁷ BERGER/KELLERHALLS, s. 356.

¹²⁸ WOLFF, s. 159.

¹²⁹ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 49.

¹³⁰ SACHS/LÖRCHER, s. 344; BINDER, s. 331.

¹³¹ HMK m. 197/III: Delillerin incelenmesi veya beyanların dinlenmesi sırasında taraflar, isti-

göre, delillerin incelenmesi veya beyanların dinlenmesi sırasında taraflar, istinabe olunan mahkemede hazır bulunabilir ve deliller ile ilgili açıklama haklarını kullanabilirler¹³². MTK da, HMK'ya atıf yaptığı için söz konusu hüküm, milletlerarası istinabe taleplerinde de uygulanabilecektir. Dolayısı ile taraflar, Türkiye'de delillerin elde edilmesi aşamasındaki adlî faaliyetlere katılabileceklerdir. Ancak bunun için mahkeme, delilin toplanmasından uygun bir süre öncesinden tarafları (HMK m. 197/III) haberdar etmelidir.

Türkiye'nin taraf olduğu La Haye Delil Sözleşmesinin 8. maddesine göre, her âkit devlet, istinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında istinabe talep eden yabancı makamın yargı mensuplarının da hazır bulunabileceğini beyan edebilir. Ancak Türkiye bu beyanı yapmamıştır¹³³. Bu sebeple, yabancı mahkemenin istinabe taleplerinde, yabancı makamın yargı mensupları Sözleşmeye istinaden Türkiye'deki istinabe taleplerinin yerine getirilmesi sırasında hazır bulunamayacaklardır. Ancak hakemlerin, delillerin elde edilmesi sürecine katılmalarını engelleyecek bir hukukî sebebin olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü yukarıda¹³⁴ izah edildiği üzere, hakem mahkemesi bir kamu kurumu ya da organı değildir. Üstelik hakemler, ihtilâfî çözmekle yetkilendirilmiş kimselerdir. Bu sebeple kanaatimizce, taraflarla birlikte hakemlerin de, istinabe konusu delilin elde edilmesine katılabilmesi, gerekirse soru sorabilmesi gerekir.

SONUÇ

Milletlerarası ticarî tahkimde tahkim yeri, tarafsızlık gibi sebepler ile seçilebildiği için, deliller tahkim yerinden farklı bir ülkede bulunabilmektedir. Milletlerarası ticarî tahkimde, deliller genellikle taraflarca hakem mahkemesine getirilmekte iken tahkim yeri dışında bulunan ve taraflarca elde edilemeyen deliller bakımından bazen mahkemelerin yardımına ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu halde delillerin bulunduğu ülke mahkemesinin milletlerarası istinabesinde farklı ihtimaller söz konusu olabilmektedir.

Tahkim yeri dışında bulunan delillerin, delillerin bulunduğu ülkedeki mahkemelerin istinabesi ile elde edilmesinde birinci ihtimâl, istinabe

nabe olunan mahkemede hazır bulunabilir ve delillerle ilgili açıklama haklarını kullanabilirler. Bu hususu sağlamak için, taraflara incelemenin yapılacağı tarih ve yer bildirilir. Bu davet üzerine taraflar istinabe olunan mahkemede hazır bulunmasalar dahi deliller incelenir veya beyanlar dinlenir.

¹³² Ayrıntılı bilgi için bkz: UMAR, s. 572 – 573; YILMAZ, s. 1031.

¹³³ Bu beyanın yapılmaması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir: Ataman-Figanmeşe, s. 47.

¹³⁴ Dpn. 13 ve 30 civarı.

talebinin doğrudan hakem mahkemesi tarafından yapılabilmesidir. Aslında bu çözüm tarzı, milletlerarası ticarî tahkimin tercih sebeplerinden birisi olan seriliği sağladığından tercihe şayandır. İkinci ihtimal ise, UNCITRAL Model Kanunda öngörüldüğü üzere, delilin bulunduğu ülke mahkemesinin, tahkim yeri mahkemeleri aracılığı ile istinabe edilmesidir. Bu ise, delilin elde edilmesi bakımından iki mahkemenin işbirliğini gerektirdiğinden dolayı, daha uzun bir süreyi gerektirmektedir. İngiltere, Almanya gibi bazı ülkelerin mevzuatlarında tahkim yeri yabancı ülkelerde bulunan hakem mahkemelerinin, doğrudan istinabe taleplerinin kabulüne ilişkin düzenlemeler yapılmış ise de, ülkelerin çoğunda MODEL Kanununun da etkisiyle bu yaklaşım benimsenmemiştir. Günümüzde hukuk sistemlerin çoğunda, delilin bulunduğu ülke mahkemesinin milletlerarası istinabesinin, tahkim yeri mahkemeleri aracılığı yapılması kabul edilmektedir.

Çalışmada, MTK ve HMK hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Türk hukuku bakımından tahkim yeri yabancı ülkelerde bulunan hakem mahkemelerinin ancak tahkim yeri mahkemeleri aracılığı Türk mahkemelerinden istinabe talep edebilecekleri kanaatine varılmıştır. Tahkim yeri Türkiye’de bulunan hakem mahkemelerinin yabancı mahkemeyi doğrudan istinabe edebilmesi ise, kendisinden istinabe talep edilen devletin hukukuna bağlı bir konudur. Kendisinden yardım talep edilen devletin hukuku, yabancı hakem mahkemesinin doğrudan istinabe talebinde bulunmasına izin veriyor ise, tahkim yeri Türkiye olan hakem mahkemeleri de yabancı ülke mahkemesini doğrudan istinabe edebilir.

Kendisinden yardım talep edilen mahkeme öncelikle, yardım talebinin şekli ve maddî şartları haiz olup olmadığını inceleyecektir. Eğer istinabe talebi, mevzuatın aradığı şekli ve maddî şartları haiz ise, milletlerarası usul hukukunda genel olarak kabul edildiği üzere, kendisinden yardım talep edilen mahkeme, istinabe talebini kendi usul kuralları (*lex fori*) gereğince yerine getirecektir. Ancak *lex fori* ilkesine bazı milletlerarası sözleşmelerde istisnalar da getirilmiştir. Örneğin, Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delillerin Sağlanması Hakkında La Haye Sözleşmesinde, bazı şartlarda istinabe talep eden ülkenin hukukuna göre de, delillerin elde edilmesine imkân tanınmıştır.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya:** Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007.
- ATAMAN – FİGANMEŞE, İnci :** Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında La Haye Sözleşmesi, MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Y. 23, 2003, S. 1 – 2, s.19 – 89.
- BAKER, C. Mark/ROMMAN, Kinan H. :** Court Assistance in Obtaining Discovery in International Arbitration Proceedings: Applications Under 28 U.S.C. & 1782, yeri: Böckstiegel, Karl-Heinz/Berger, Klaus Peter (ed): The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, s. Köln 2010, s. 9 – 14.
- BERGER, Bernhard/KELLERHALLS, Franz :** International and Domestic Arbitration in Switzerland, London 2010.
- BERGER, Klaus Peter :** Private Dispute Resolution in International Business Negotiation, Mediation, Arbitration, Vol. II, 2009.
- BINDER, Peter :** International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, London 2010.
- BLACKABY, Nigel/PARTASIDES, Constantine/REDFERN, Alan/HUNTER, Martin:** Redfern and Hunter on International Arbitration, New York 2009.
- BORN, B. Gary :** International Commercial Arbitration, Vol. II, 2009.
- CHENG, Teresa :** Celebrating the Fiftieth Anniversary of the New York Convention, yeri: Van Den Berg, A. J. (ed): 50 Years of The Newyork Convention, ICCA Congress Series No:14, 2009, s. 679 – 689.
- CRAIG, Laurence W./PARK, William W./PAULSSON, Jan:** International Chamber of Commerce Arbitration, New York 2000.
- DEREN – YILDIRIM, Nevhis :** Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004.
- EKŞİ, Nuray :** Milletlerarası İstinabe, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 337 – 384.
- ERTEN, Rifat :** Milletlerarası Ticarî Tahkim Hukukunda Geçici Hukukî Koruma Önlemleri, Ankara 2010.
- GAILLARD, Emmanuel/SAVAGE, John :** Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, The Hague/Boston/London 1999.

- GIRSBERGER, Daniel/VOSER, Nathalie** : International Arbitration in Switzerland, 2012.
- HARRIS, Bruce/PLANTEROSE, Rowan/TECKS, Jonathan** :The Arbitration Act 1996 A Commentary, 2007.
- HEUMAN, Lars** : Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure, New York 2003.
- HUNTER, Martin/PANOV, Andrey** : Taking Evidence Abroad in International Arbitration in the 21st Century, yeri: Hobér, Kaj/Magnusson, Annette/Öhrström, Marie (ed): Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke, 2010, s. 213 – 225.
- KALPSÜZ, Turgut** : Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010.
- KIRTLEY, William Lawton** : Court-Ordered Discovery in the United States Under 28 USC s. 1782 for Use in Foreign International Arbitration: Its Evolution, Current Trends, Strategic Use and Dangers, International Arbitration Law Review, Vol. 14, No:2 s. 47 – 50.
- KARRER, PIERRE A. / ARNOLD , KARL W. / PATOCCHI, PAOLO MICHELE**: Switzerland’s Private International Law, Second Edition, Boston/Zurich 1994.
- KNÖFEL, Oliver L.** : Judicial Assistance in the Taking of Evidence Abroad in Aid of Arbitration: A German Perspective, Journal of Private International Law, Vol. 5, No:2, 2009, s. 281 – 309.
- LEW, Julian D. M./MISTELIS, Loukas A./KRÖLL, Stefan M.**: Comparative International Commercial Arbitration, The Hague 2003.
- MÜLLER-CHEN, Markus** : The Use of Evidence Obtained in Us-American Discovery in International Civil Procedure Law and Arbitration in Switzerland, ASA Bulletin, Vol. 27, No:2, 2009, s. 196 – 212.
- NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli**: Milletlerarası Tahkim Hukuku, İstanbul 2008.
- ÖZEL, Sibel** : Milletlerarası Ticarî Tahkimde Kanunlar İhtilâfı Meseleleri, İstanbul 2008.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet**: Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2012.
- PENNY, Michael** : Letters of Request: Will a Canadian Court Enforce a Letter

of Request from an International Arbitral Tribunal?, The American Review of International Arbitration, Vol. 12, 2001, s. 249 – 261.

POUDRET, Jean - François/BESSON, Sébastien (Tercüme: BERTI, stephen V./PONTI, Annette): Comparative Law of International Arbitration, London 2007.

SACHS, Klaus/LÖRCHER, Torsten : Böckstiegel, Karl-Heinz/Kröll, Stefan Michael/Nacimiento, Patricia (ed): Arbitration in Germany The Model Law in Practice , 2007.

SCHWARZ, Franz, T./KONRAD, Christian W.: The Vienna Rules A Commentary on International Arbitration in Austria, 2009.

ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2005.

UMAR, Bilge : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

WOLFF, Reinmar : Judicial Assistance By German Courts in Aid of International Arbitration, The American Review of International Arbitration, Vol. 19, No:1, 2008, s. 145 – 171.

YEŞİLIRMAK, Ali : Provisional Measures in International Commercial Arbitration, The Hague 2005.

YEŞİLOVA, Bilgehan : Milletlerarası Ticarî Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008.

YILMAZ, Ejder : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012.