

**T.C.  
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM  
ve  
GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ**

**DOKTORA TEZİ**

**Süheylâ BALKAR**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Atâ SAKMAR**

**Şubat 2010**

**T.C.  
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİM  
ve  
GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ**

**DOKTORA TEZİ**

**Süheylâ BALKAR**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Atâ SAKMAR**

**Şubat 2010**

## ÖNSÖZ

Bir doktora tezi olarak hazırlanan bu çalışmada öncelikle tez danışmanım olan ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Kurucusu Prof. Dr. Atâ SAKMAR'a teşekkürü borç bilirim. Tez izleme komitesi üyelikleri esnasında göstermiş oldukları yakın ilgi ve desteklerinden ötürü Prof. Dr. Ziya AKINCI'ya ve Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL'a, akademik kariyerimde her zaman desteğini hissettiğim Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL'a, jüri üyelikleri vesilesiyle değerli görüşlerinden faydalandığım Prof. Dr. Sibel ÖZEL ve Doç. Dr. İlhan YILMAZ'a da teşekkürlerimi sunarım. Tezimin tashihinde bana yardım eden sevgili sınıf arkadaşım ve değerli meslektaşım Dr. Tolga AYOĞLU'na ve bu zorlu süreçte benden desteğini esirgemeyen sevgili dostum ve kıymetli meslektaşım Dr. Mehtap İPEK İŞLETEN'e teşekkür ederim. Hayatım boyunca maddi ve manevi desteklerini ve sevgilerini daima yanımda hissettiğim, yetişmem için her türlü fedakârlığı gösteren sevgili annem Ayhan BALKAR ve babam Nuri BALKAR, bu tezin de olduğu gibi, kazandığım ve kazanacağım tüm başarıların gerçek sahibidirlir.

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR .....	vii
RESUME.....	x
ABSTRACT .....	xvi
ÖZET.....	xviii
GİRİŞ .....	1
I. Genel Olarak.....	1
II. Çalışmanın Kapsamı ve Sınırları .....	4

## BİRİNCİ BÖLÜM

### GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ KAVRAMI VE ULUSLARARASI ALANDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

§ 1. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ KAVRAMI .....	6
I. Tanımı ve İşlevi.....	6
II. Özellikleri.....	9
A) Yargı Organlarınca Verilme.....	10
B) Taraf Talebi.....	11
C) Geçicilik .....	11
D) Tedbir Talebinin İncelenmesinde Basitlik ve Çabukluk.....	12
E) Karşı Taraf Dinlenilmeden Verilebilme ( <i>Ex Parte</i> ).....	13
F) Yaklaşık İspatla Yetinme.....	18
G) Bağlayıcı Olma .....	19
III. Şartları.....	22
A) Şartların Hangi Hukuki Kaynak Temelinde Belirleneceğinin Tespiti Sorunu.....	22
B) Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Hükmedebilmek İçin Aranılan Ortak Şartlar .....	26
1) Taraf Talebi.....	27
2) Tedbir Alınmadığında Telifisi Güç Veya İmkânsız Bir Zararın Ortaya Çıkma Olasılığı ( <i>Periculum In Mora</i> ) .....	29
3) Esasa İlişkin Haklılığın Varlığı ( <i>Fumus Boni Juris</i> ).....	29
4) Aciliyet.....	30
5) Gecikmesinde Tehlike Bulunan Olgunun ve Tedbirin Zorunlu Olduğunun Yaklaşık İspatla Kanıtlanmış Olması .....	30
6) Oranlılık İlkesi .....	31
7) Teminat .....	31
8) Önyargı veya Peşin Hüküm Oluşmaması ve Tedbirin Dava Sonucunun Yerini Almaması.....	32

§ 2. ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUK KAYNAKLARINDA GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİNİN TÜRLERİ VE İÇERİKLERİ .....	33
I. Terminoloji .....	33
II. Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması Sorunu .....	37
III. Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerinin Türleri .....	40
A) Delillerin Tespitine ve Korunmasına İlişkin Tedbirler .....	40
1) Türk Hukuku .....	41
a) Görevli ve Yetkili Mahkeme .....	42
b) Delil Tespiti Şartları .....	42
c) Delil Tespiti Talebi ve Mahkemenin Talebi İncelemesi .....	42
d) Delil Tespiti İşlemi .....	43
2) Karşılaştırmalı Hukuk .....	43
B) Dava Süresince Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiyi Düzenlemeye ve Statükoyu Korumaya Yönelik Tedbirler .....	45
1) Türk Hukuku .....	46
a) İhtiyati Tedbir Kavramı .....	46
b) İhtiyati Tedbirlerin Amacı .....	47
c) İhtiyati Tedbirlerin Kanunlarda Düzenleniş Biçimi .....	49
d) İhtiyati Tedbir Yargılamaında Görevli ve Yetkili Mahkeme ...	51
e) İhtiyati Tedbir Yargılaması .....	53
f) İhtiyati Tedbir Kararı ile Asıl Dava Arasındaki İlişki .....	54
g) İhtiyati Tedbir Kararının Uygulanması .....	55
h) İhtiyati Tedbir Kararına Karşı Başvurulacak Yollar .....	56
i) Haksız İhtiyati Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davası .....	57
2) Karşılaştırmalı Hukuk .....	58
C) Nihai Kararın Etkinliğini Korumaya Yönelik Tedbirler .....	60
1) Türk Hukuku .....	61
a) İhtiyati Haciz Kavramı .....	61
b) Görevli ve Yetkili Mahkeme .....	62
c) İhtiyati Haciz Talebi .....	62
d) İhtiyati Haciz Kararı .....	63
e) İhtiyati Tedbir ile İhtiyati Haciz Arasındaki Farklar .....	64
2) Karşılaştırmalı Hukuk .....	65
D) Dava Konusu Hakka Geçici Olarak Önceden Kavuşmayı Sağlayan Tedbirler .....	70
E) Yargılama Düzenini ve Hükmedilen Tedbire Uyulmasını Sağlamaya Yönelik Tedbirler .....	72
1) Anti- Suit Injunctions .....	72
2) Tedbir Niteliği Tartışmalı Kararlar .....	84
a) Security for Costs .....	84
b) Tedbir Kararlarına Uyulmamasının Yaptırımı Olan Kararlar ...	87

## İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİME KONU OLAN UYUŞMAZLIKLARDA  
GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRİ VEREBİLME YETKİSİ

§ 1. IMPERIUM KAVRAMI VE ULUSLARARASI TAHKİME KONU UYUŞMAZLIKLARDA TEDBİR KARARI VEREBİLME YETKİSİNİN AİDİYETİ MESELESİ.....	89
I. Imperium Kavramının Tarihsel ve Hukuksal Gelişimi .....	90
II. Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri Bağlamında Hakimler ve Hakemlerin İktidarlarının Farkının ve Karşılıklı Yetki Alanlarının Belirlenmesinde Imperium Kavramının Önemi .....	92
A) Hakim ve Hakemin Imperium Açısından Statüsü.....	93
B) Imperium Kavramının Hakemlerin Yetkisini Belirlemede Kullanılması Halleri ve Eleştirisi .....	96
§ 2. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİNE HÜKMEDİLMESİ AÇISINDAN HAKEMLER ve MAHKEMELERİN ORTAK YETKİSİ.....	102
I. İkincillik İlkesi .....	102
A) Devlet Yargısının Sadece Tahkime Yardımcı Olmak Amacıyla Tedbirlere Hükmetmesi .....	102
B) İkincillik İlkesinin Değişik Ülke Hukuk Sistemlerindeki Görünümü .....	109
II. Hakemlerce Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Hükmedilmesi .....	113
A) Hakemlerin Tedbir Kararı Verebilme Yetkisinin Hukuki Kaynağı. 114	
1) Uygulanacak Hukuk Meselesi ve Niteleme Problemi .....	114
2) Yetkinin Hukuki Kaynağı Olarak Taraf İradelerini Yansıtan Tahkim Anlaşması .....	115
a) Tahkime Uygulanacak Hukuka İlişkin Sınırlamalar ( <i>lex arbitrii</i> ) .....	116
b) Tenfiz Ülkesi Hukukuna İlişkin Sınırlamalar.....	120
3) Hakemlerin Tedbir Yetkisinin Kaynağı Olarak Zımnî Yetkilendirme ve Inherent Power Doktrini .....	121
B) Çeşitli Ülke Hukuk Sistemlerinde Hakemlerin Geçici Hukuki Koruma Tedbiri Verebilme Yetkisinin Düzenleniş Biçimi .....	125
1) Yetkiyi Reddeden Ülkeler .....	126
2) Yetkiyi Kabul Eden Ülkeler .....	127
C) Tahkime İlişkin Kurallar İçeren Başlıca Uluslararası Düzenlemelerde Geçici Hukuki Koruma Tedbiri Verebilme Yetkisinin Düzenleniş Biçimi .....	133
1) UNCITRAL Model Kanunu .....	133
2) ICSID Konvansiyonu.....	136
3) ICC Tahkim Tüzüğü .....	138
4) UNCITRAL Tahkim Tüzüğü.....	139
5) Diğerleri .....	139
D) Hakemlerin Geçici Hukuki Koruma Tedbiri Verebilme Yetkisinin Sınırları .....	141
1) Taraf İradesine Bağlı Olan veya Tahkime Uygulanacak Hukukta Yer Alan Sınırlamalar .....	142

2) Uyuşmazlık Konusuna İlişkin Sınırlar .....	146
3) Tedbirlerin Niteliğine İlişkin Imperium Kaynaklı Sınırlar .....	147
a) Delillerin sağlanmasına ve yargılama usulünün düzenlenmesine yönelik tedbirler .....	148
b) Sözleşme ilişkisinin düzenlenmesine yönelik tedbirler .....	151
c) Teminat mektuplarının paraya çevrilmesini önlemeye yönelik tedbirler .....	154
d) Dava konusu hakka geçici olarak önceden kavuşmayı sağlayan tedbirler .....	155
e) Malvarlığı üzerinde tasarruf edilmesini önlemeye yarayan geçici koruma tedbirleri.....	157
III. Mahkemelerce Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Hükmedilmesi.....	161
A) Tahkime Konu Uyuşmazlıklarda Geçici Koruma Tedbiri Talebiyle Mahkemelere Başvurulmasını Gerektiren Haller .....	162
1) Mahkemelere Başvurulmasını Gerektiren Maddi Sebepler .....	163
2) Mahkemelere Başvurulmasını Gerektiren Hukuki Sebepler.....	164
a) Cebri İcra Organları Tarafından İcrası veya Diğer Resmi Organlar Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Geçici Koruma Tedbirleri.....	165
b) Üçüncü Kişileri Bağlayan Geçici Koruma Tedbirleri .....	169
c) Tarafların Hakemlerin Geçici Koruma Tedbirine Hükmetme Yetkisini Kaldırmak Konusunda Anlaşmaları .....	181
B) Mahkemelerin Geçici Koruma Tedbirlerine Hükmetme Yetkisinin Taraf Anlaşmasıyla Kaldırılması Meselesi .....	184
1) Genel Olarak .....	184
2) Bazı Özel Haller .....	189
a) ICC Pre-Arbitral Référé Usulü .....	189
b) ICSID Tahkim Kuralları .....	195
C) Uygulanacak Hukuk .....	198
D) Yetkili Mahkeme.....	203
E) Mahkemelerin Geçici Tedbir Kararı Vermelerinin Tahkim Anlaşmasına Etkisi .....	204
F) Mahkemelerce Verilen Geçici Koruma Tedbiri Kararlarının Sona Ermesi ve Etkisi.....	207
1) Hakem veya Hakem Kurulu Kararının İcra Edilebilir Hale Gelmesi veya Davanın Reddi.....	207
2) Hal ve Şartların Değişmesi.....	210
3) Süresi İçinde Dava Açılmaması.....	213
4) İhtiyati Haciz veya İhtiyati Tedbir Kararının Kalkmasının Etkisi.....	215

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TAHKİME KONU OLAN UYUŞMAZLIKLARDA GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİNİN İCRASI

#### § 1. TAHKİME KONU UYUŞMAZLIKLARDA HÜKMEDİLEN GEÇİCİ KORUMA TEDBİRLERİNİN VERİLDİKLERİ ÜLKEDE İCRASI .....

I. Mahkemelerce Hükmedilen Tedbirlerin Verildikleri Ülkede İcrası .....	221
II. Hakemlerce Hükmedilen Tedbirlerin Verildikleri Ülkede İcrası .....	227
A) Exequatur Sistemi .....	231

B) Assistance Sistemi.....	233
1) İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun md. 183/ 2 .....	234
2) Alman Usul Kanunu md. 1041 .....	236
C) Karma Sistem .....	237
D) UNCITRAL Model Kanunu .....	239
E) Türk Hukuku .....	241
§ 2. TAHKİME KONU UYUŞMAZLIKLARDA YABANCI ÜLKEDEN HÜKMEDİLEN GEÇİCİ KORUMA TEDBİRLERİNİN İCRASI .....	253
I. Yabancı Mahkemelerce Hükmedilen Tedbirlerin Tanınması ve Tenfizi ....	253
A) Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerinin Tanınması ve Tenfizi .....	256
B) Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (EC No. 44/ 2001) .....	258
C) Tahkime Konu Uyuşmazlıklar Açısından Yabancı Mahkeme Tarafından Verilen Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerinin Türkiye’de Tenfizi .....	269
II. Yabancı Ülkede Hakemlerce Hükmedilen Geçici Koruma Tedbirlerinin İcrası.....	277
A) Uluslararası Konvansiyonlar Uyarınca İcra .....	278
1) New York Konvansiyonu.....	279
a) New York Konvansiyonu Anlamında Hakem Kararı Kavramının Belirlenmesi .....	279
b) Konvansiyon’un Geçici Koruma Tedbirlerine Uygulanabilirliği .....	283
c) Doktrinadaki Görüşler ve Kanaatimiz .....	288
2) Diğer Çok Taraflı Konvansiyonlar .....	298
B) Çeşitli Milli Hukuk Sistemleri Uyarınca İcra .....	299
Sonuç .....	305
Kaynakça .....	312
ÖZGEÇMİŞ .....	332



**KISALTMALAR**

<b>AAA</b>	: American Arbitration Association
<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>AC</b>	: The Law Reports House of Lords (Appeal Case)
<b>AHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AJCL</b>	: American Journal of Comparative Law
<b>All ER</b>	: All England Law Reports
<b>Amer Rev. Int. Arb.</b>	: American Review of International Arbitration
<b>Arb. Int.</b>	: Arbitration International
<b>ASA</b>	: Swiss Arbitration Association
<b>ATAD</b>	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
<b>ATF</b>	: Arrêt du Tribunal Fédéral
<b>AY.</b>	: Anayasa
<b>BATİDER</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>BK</b>	: Borçlar Kanunu
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>c.</b>	: Cümle
<b>Cass.</b>	: Cassation
<b>CCI</b>	: Chambre de Commerce International
<b>CCP</b>	: Code of Civil Procedure
<b>CD</b>	: Ceza Dairesi
<b>CIETAC</b>	: China International Economic and Trade Arbitration Commission
<b>CIRDI</b>	: Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats
<b>Cir.</b>	: Circuit
<b>CJCE</b>	: Cour de Justice des Communautés Européennes
<b>CMUK</b>	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
<b>CPR</b>	: Civil Procedure Rules
<b>DAC</b>	: Departmental Advisory Committee
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>DPCI</b>	: Droit et Pratique du Commerce International
<b>E.</b>	: Esas
<b>EC</b>	: European Community
<b>ECR</b>	: European Court Reports
<b>Ed.</b>	: Edition
<b>EFTA</b>	: European Free Trade Association
<b>f.</b>	: Fıkra
<b>F. 2d</b>	: The Federal Reporter Second Series
<b>FAA</b>	: Federal Arbitration Act
<b>FIDIC</b>	: Fédération International des Ingénieurs- Conseil

<b>Gaz.Pal.</b>	: Gazette du Palais
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>HL</b>	: House of Lords
<b>HUMK</b>	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>IACAC</b>	: Inter-American Commercial Arbitration Commission
<b>ICC</b>	: International Chamber of Commerce
<b>ICCA</b>	: International Council for Commercial Arbitration
<b>ICLQ</b>	: International and Comparative Law Quarterly
<b>ICOC</b>	: İstanbul Chamber of Commerce
<b>ICSID</b>	: International Center for Commercial Arbitration
<b>İBD</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>İİD</b>	: İcra ve İflas Dairesi
<b>İİK</b>	: İcra ve iflas Kanunu
<b>İTO</b>	: İstanbul Ticaret Odası
<b>İYUK</b>	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
<b>JDI</b>	: Journal Du Droit International (Clunet) Paris
<b>JdT</b>	: Journal des Tribunaux
<b>JIA</b>	: Journal of International Arbitration
<b>JOCE</b>	: Journal Officiel des Communautés Européennes
<b>K.</b>	: Karar
<b>KHK</b>	: Kanun Hükmünde Kararname
<b>LCIA</b>	: London Court of International Arbitration
<b>LDIP</b>	: Loi Fédérale sur le Droit International Privé Suisse
<b>Lloyd's Rep</b>	: Lloyd's Law Reports
<b>LMCLQ</b>	: Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
<b>md.</b>	: Madde
<b>MHB</b>	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
<b>MK</b>	: Medeni Kanun
<b>MÖHUK</b>	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
<b>MTK</b>	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
<b>NCPC</b>	: Nouveau Code de Procédure Civile
<b>No</b>	: Numara
<b>OJ</b>	: Official Journal
<b>QB</b>	: Queen's Bench Division
<b>RCDIP</b>	: Revue Critique de Droit International Privé
<b>RDAI</b>	: Revue de Droit des Affaires Internationales
<b>RDIDC</b>	: Revue de Droit International et de Droit Comparé
<b>Rec</b>	: Recueil Officiel des Arrêts de la Cour de justice des Communautés Européennes
<b>Rec. Cours</b>	: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
<b>Rev. Arb.</b>	: Revue de l'Arbitrage

<b>Rev. Gen. de Dt. Int. Public</b>	:	Revue Générale de Droit International Public
<b>RG</b>	:	Resmi Gazete
<b>RKD</b>	:	Resmi Kararlar Dergisi
<b>S.</b>	:	Sayı
<b>s.</b>	:	Sayfa
<b>SJ</b>	:	Semaine Judiciaire (Genève)
<b>TCK</b>	:	Türk Ceza Kanunu
<b>Texas Int. Law J</b>	:	Texas International Law Journal
<b>TTK</b>	:	Türk Ticaret Kanunu
<b>UKHL</b>	:	United Kingdom House of Lords
<b>UNCITRAL</b>	:	United Nations Commission for International Trade Law
<b>v.</b>	:	Versus
<b>vd.</b>	:	ve devamı
<b>VIAC</b>	:	Vienna International Arbitration Chamber
<b>Vol.</b>	:	Volume
<b>WIPO</b>	:	World Intellectual Property Organization
<b>Y.</b>	:	Yıl
<b>Yarg.</b>	:	Yargıtay
<b>YBCA</b>	:	Yearbook of Commercial Arbitration
<b>YHGK</b>	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>YKD</b>	:	Yargıtay Kararları Dergisi
<b>ZPO</b>	:	Zivilprozessordnung

## RESUME

Au sein d'une justice arbitrale existe des problèmes et parmi ces problèmes, on peut citer "les mesures conservatoires et provisoires". Ces mesures se présentent comme un ensemble des décisions prises avant d'arriver à la décision finale c'est à dire la sentence finale. Elles sont provisoires par ce qu'elles sont limitées dans le temps et conservatoires parce qu'elle attendent une décision définitive. Ces mesures ne préjugent pas le procès et n'ont aucune influence sur la décision définitive mais c'est une décision prise pour éviter la perte des droits. Par exemple sauver des produits périssables. Toutefois, la question qui peut s'associer à cette notion est de savoir de quel juge est habilité à prendre ces mesures. Il est dit que ces mesures sont partagées entre le juge ordinaire et l'arbitre au dépend de la volonté des parties.

Dans l'arbitrage international, l'arbitre peut prononcer des mesures conservatoires et provisoires et ce, en concurrence avec le juge étatique également compétent. La présence d'une convention d'arbitrage ne prive pas les parties d'avoir recours au juge étatique notamment quand l'urgence l'exige et que le tribunal arbitral, soit n'est pas constitué, soit ne peut agir avec efficacité.

Par contre, en matière d'exécution des mesures provisoires ou conservatoires, seul le juge étatique, doté de l'imperium, est compétent pour contraindre la partie récalcitrante à exécuter la mesure prise à son encontre.

Les mesures provisoires et conservatoires dont la variété est grande ont pour objectif de préserver une situation de fait ou de droit dans le but de permettre l'instruction de l'affaire au fond et ensuite l'exécution de la sentence. Elles sont en général prises par le juge du lieu où les mesures doivent être réalisées comme dans le cas des saisies. On assiste désormais à une véritable collaboration entre l'arbitre et le juge étatique qui agit en soutien à l'arbitrage d'où la consécration de l'expression de juge d'appui pour le juge étatique.

Plusieurs arguments d'ordre juridique et pratique permettent de justifier la compétence des arbitres pour rendre des sentences autorisant la mise en oeuvre des mesures conservatoires dans l'arbitrage commercial international. Au demeurant, se pose avec pertinence la question de l'efficacité réelle de ces mesures prononcées par les sentences arbitrales.

La compétence des arbitres dans l'autorisation des mesures conservatoires au moyen des sentences trouve son fondement juridique dans la plupart des sources du droit de l'arbitrage commercial international. Les législations qui autorisent les arbitres à ordonner ces mesures leur laissent un large pouvoir d'appréciation. Certaines n'en fixent même pas les conditions laissant aux arbitres cette prérogative. Les conditions généralement observées dans la pratique arbitrale sont relatives à l'urgence, l'imminence d'un dommage irréparable, aux chances d'un succès au fond, et à la constitution de sûretés.

Dans certaines législations, cette compétence de l'arbitre n'est pas expressément consacrée mais elle peut être déduite implicitement de l'interprétation au sens large de certaines dispositions. Certains auteurs ont ouvertement manifesté leur hostilité à cette interprétation extensive des textes permettant d'établir une justification légale à la compétence des arbitres de prononcer des mesures conservatoires.

En outre, le pouvoir d'ordonner les mesures conservatoires semble inhérent au pouvoir de juger de l'arbitre. S'il fallait opérer un rattachement du pouvoir d'ordonner les mesures conservatoires on ne pourrait le rattacher qu'au pouvoir de juger de l'arbitre. Or, ce pouvoir de juger lui est conféré par la convention d'arbitrage. Du moment où l'efficacité de la convention d'arbitrage fait l'objet d'une reconnaissance universelle aujourd'hui, la compétence des arbitres d'ordonner des mesures conservatoires ne devrait plus être contestée. Par exemple, la jurisprudence arbitrale de la CCI a plusieurs fois affirmé avec constance la compétence des arbitres de prononcer des mesures conservatoires en précisant que celle-ci résulte directement de la convention d'arbitrage. A la limite, seule une interdiction expressément édictée dans un ordre juridique étatique devrait pouvoir dénier à l'arbitre la compétence d'ordonner des mesures conservatoires.

Au delà des arguments juridiques précédemment exposés, d'autres considérations d'ordre pratique semblent justifier la compétence de l'arbitre dans l'autorisation des mesures conservatoires. En effet, dans le contexte actuel de la pratique du commerce international marquée par la célérité, le besoin de souplesse, d'efficacité et d'indépendance, les juridictions étatiques et leurs règles de procédure ont montré leur limite dans la satisfaction des besoins des justiciables du commerce international.

Néanmoins les prérogatives de l'arbitre semblent souffrir d'un sérieux handicap résultant du fait qu'il est dépourvu contrairement au juge de pouvoir de coercition. Il y a donc lieu de s'interroger sur l'efficacité de ces mesures provenant de l'arbitre. Les mesures conservatoires de l'arbitre dépourvu de tout pouvoir de coercition par la force publique peuvent-elles se révéler efficaces dans la procédure d'arbitrage international? Bien que l'absence d'imperium de l'arbitre prive ses mesures d'effet contraignant et l'oblige à requérir l'assistance du juge en cas de besoin, il semble que la justice arbitrale particulièrement en matière commerciale internationale se satisfasse parfois de procédés d'efficacité qui relèvent plutôt de la persuasion ou de la dissuasion que de la contrainte par la force publique.

Les mesures conservatoires de l'arbitre semblent recéler en pratique une force de persuasion capable de leur assurer une réelle efficacité en dépit de leur caractère intrinsèquement non exécutoire. Certains auteurs expliquent l'obéissance volontaire des parties aux mesures conservatoires des arbitres par leur crainte d'indisposer le tribunal arbitral et de se voir condamner dans la sentence finale réglant l'intégralité du litige.

Mais l'exécution spontanée des mesures conservatoires ordonnées peut également s'expliquer par le souci des parties de ne pas faire entrave à la bonne administration de la justice arbitrale à laquelle elles se sont conjointement soumises par la convention d'arbitrage. Par ailleurs, lorsque les mesures conservatoires sont prévues dans la convention d'arbitrage, celle-ci donne son autorité à ces mesures.

La mise en oeuvre spontanée des mesures conservatoires présente de réels avantages à la procédure d'arbitrage commercial international. Utilisée comme un moyen de contrainte en faveur du requérant elle peut servir d'indicateur probable sur le dénouement du litige et favoriser la négociation et les transactions. Elle permet de faire l'économie d'une procédure relativement longue au fond, du temps et de l'argent. A l'inverse elle peut facilement servir à détourner la procédure de son objectif d'efficacité et de célérité faute de vigilance de l'arbitre. Un praticien a pu à juste titre observer à ce propos que ces mesures peuvent devenir un moyen dilatoire mis à la disposition d'une partie très peu soucieuse de rapidité.

Néanmoins il faut reconnaître qu'à côté des mesures emportant une exécution spontanée du fait de l'obéissance volontaire des parties et des mesures ne nécessitant aucun moyen de coercition, il existe des mesures conservatoires dont la mise en

oeuvre nécessite le recours à la force publique. Et puis, il peut arriver qu'on soit obligé de recourir à la force lorsque les parties résistent à la mise en oeuvre des mesures prononcées. Dans les deux cas il faut recourir au juge étatique.

La question de l'intervention du juge étatique pour assurer l'efficacité des mesures conservatoires de l'arbitre se pose à deux niveaux précis.

Le premier cas de figure concerne la solution appropriée à appliquer à la difficulté résultant des cas de refus d'exécution volontaire des mesures prononcées par les arbitres. A ce sujet, la question de l'opportunité d'une procédure d'exequatur spécifique aux mesures conservatoires des arbitres se pose avec pertinence, particulièrement dans l'arbitrage commercial international.

Intervenant sur cette question, certains auteurs marquent leur opposition à l'exécution des sentences ordonnant des mesures conservatoires. Selon eux, ces sentences seraient dépourvues de caractère définitif et n'auraient donc pas l'autorité de chose jugée pouvant justifier leur exécution. Ils préconisent plutôt une mesure d'assistance du juge d'appui qui ne nécessite pas l'application de la procédure d'exequatur de la Convention de New York.

Cette argumentation est critiquable car elle répond à une conception excessivement restrictive de la sentence qui la dénature. Soutenir qu'une sentence prononçant une mesure conservatoire n'est pas définitive revient à assimiler les caractères « définitif » et « final » de la sentence. Or l'inexactitude de cette confusion apparaît manifestement dans la définition des deux caractères. Une sentence définitive est celle qui règle complètement les questions concernant une partie du litige ou le litige dans son ensemble. La sentence finale est celle qui règle l'intégralité du litige à l'opposé d'une sentence partielle qui n'en règle qu'une partie. Au regard de ces définitions, il apparaît clairement qu'une sentence partielle peut être définitive du moment où elle règle complètement les questions concernant la partie du litige sur laquelle elle porte. Tel est justement le cas des sentences arbitrales prononçant les mesures conservatoires qui, bien qu'étant partielles et provisoires, ont tout de même un caractère définitif dans la durée de leur existence. Sur la base de l'autorité de chose jugée qui leur est conférée, elles peuvent valablement faire l'objet d'une exécution forcée.

En ce qui concerne la solution alternative d'une mesure d'assistance du juge d'appui proposée par les auteurs opposés à l'exequatur, il faut reconnaître qu'elle peut

être efficace à partir du moment où la législation des Etats où cette assistance est requise l'autorise. Tel est le cas en droit turc.

Mais la solution de l'assistance du juge d'appui, en raison du fait qu'elle n'est pas admise nécessairement dans tous Etats, risque de connaître une application très limitée, ce qui en réduirait considérablement la portée. L'exequatur au contraire eu égard à la portée universelle de la Convention de New York serait d'une plus grande efficacité dans la mesure où la mise en oeuvre des mesures conservatoires dans le cas particulier de l'arbitrage commercial international peut être sollicitée dans des pays différents en dehors de celui du lieu de l'arbitrage.

Le second cas de figure nécessitant l'intervention du juge pour assurer l'efficacité des mesures conservatoires concerne les mesures dont la mise en oeuvre implique nécessairement le recours à la force publique et qui de ce fait échappent à la compétence des arbitres.

Pour la mise en oeuvre de cette catégorie de mesures conservatoires, les parties sont naturellement obligées de s'adresser aux juges. C'est le cas par exemple des saisies conservatoires dont la mise en oeuvre peut être obtenue du juge, sur présentation de la sentence lui en conférant le droit, par la partie bénéficiaire. La collaboration entre l'arbitre et le juge qui est ainsi expressément instituée par l'ensemble des textes régissant l'arbitrage commercial international s'inscrit dans le souci d'assurer l'efficacité de l'institution arbitrale. Mais l'efficacité de telles mesures provenant du juge étatique dépend de la procédure arbitrale à laquelle elle est étroitement liée.

Au titre du droit comparé, presque toutes les réglementations modernes sur le droit de l'arbitrage international autorisent le tribunal arbitral à prendre, s'il le juge nécessaire, ces mesures en ce qui concerne l'objet du litige. Cependant, elles procèdent différemment aussi bien dans la formulation et le contenu de telles mesures que dans les conditions d'exercice de ces pouvoirs par les tribunaux arbitraux et étatiques au besoin.

Si les parties peuvent exclure ou non par convention ce droit légalement accordé au tribunal arbitral, ce dernier quant à lui ne peut exercer ce pouvoir légal que, si la demande est formulée par une des parties à l'arbitrage. Cependant, en dépit de sa compétence, le tribunal arbitral n'est pas autorisé à ordonner toutes sortes de mesures. Il en est ainsi, des mesures provisoires liées à une exécution forcée comme



la saisie conservatoire, le séquestre des biens. Il a besoin pour ce faire, du concours d'une autorité qui détient l'imperium notamment le juge étatique. Dans ce cas, il sera légitimé dans sa démarche par les dispositions des lois concernées.

Si la tendance majoritaire admet, du point de vue de la loi et de la jurisprudence, que le tribunal arbitral peut ordonner des mesures conservatoires et provisoires, la doctrine est presque unanime à reconnaître une compétence concurrente du juge, nécessitant une "action complémentaire des juges et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international".

## ABSTRACT

Interim relief or provisional measures may be as important as an award on the merits of any arbitration case. If the subject matter of the arbitration is not preserved, a long and costly arbitration procedure may just end up in learning at the time of execution of the award, that there is no substance right to enforce anymore. Consequently, the topic of provisional measures, in the understanding that they maintain the status quo of the arbitration, becomes of great relevance to all who may be involved in the arbitration world.

Nonetheless, the topic of provisional measures, the powers to enforce them and even, the degree of court cooperation or intervention in such matters, varies from one country to another; it is why is necessary to concentrate on the provisional measures various aspects of arbitrating under the comparative law.

Unfortunately, provisional measures in arbitration face several problems related to the lack of actual enforceability of the arbitrators' resolutions as well as to the good will of the parties to arbitrate and to grant the other parties enough securities that the subject matter of the arbitration will be executable. The critical question with regard to interim relief in arbitration is: Who provides interim measures of protection? Shall it be the courts, the arbitrators or both? The answers given in national arbitration legislation and in arbitration rules have changed over the years. Some time ago it seemed to be a common understanding that only courts provide any provisional relief.

Parties to a contract may therefore face the following problem: do you request interim relief to the arbitral tribunal and wait to see if it is enforced or do you set aside the arbitration and go to the national courts in order to seek a more efficient relief?

Options will certainly depend on the rules of arbitration chosen, the action of the arbitrators, the willingness to cooperate by the parties, and sometimes, the nature of the parties and the nature of the controversy. Decisions will have to be made on a case by case basis depending also on the speediness and efficacy of interim measures dictated by judges within ordinary proceedings, unless we can find a way of ensuring an effective cooperation between state courts and arbitral tribunals.

Due to the nature of the arbitration process, provisional measures-especially interim protection of rights-tend to play a disproportionate role in international commercial arbitrations. Indeed, the need to clearly define such measures often constitutes the major stumbling block on the path to an effective resolution of a commercial dispute.

This work covers such crucial topics and issues as the following: scholarly analysis of the problems and uncertainties surrounding provisional measures, and their solutions in light of arbitral and judicial practice; the complex interaction of historical prejudices, political will, and business needs that impact the usefulness of provisional measures; choice of forum to seek provisional measures and the problems associated with such choice; complementary mechanisms to arbitration for interim protection of rights; standards of principles and procedures for the grant of provisional measures; and a comprehensive review of the arbitrators' power to grant provisional measures and court assistance to arbitration.

The thesis examines, compares, and analyses principal sets of arbitration rules on provisional measures (including the arbitration rules of the ICC, AAA, and LCIA), all of the major state laws on commercial arbitration, and detailed analyses of some arbitral awards and many decisions.

## ÖZET

Günümüzün son derece karmaşıklaşan hukuki ilişkiler ağından ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için açılan bir davanın sonuçlanmasına kadar geçecek olan süre oldukça uzundur. Bu süreçte fiili durumlarda oluşabilecek değişiklikler davacının dava sonundaki muhtemel başarısını onun için faydasız ya da anlamsız kılabilir. Bu gibi tehlikelere karşı gerekli önlemleri almak devletin görevidir. Zira kişilerin bizzat hak almalarını yasaklayan devlet, bunun için adalet sığınan kişinin menfaatini korumak, adli mekanizmanın işleyişinde söz konusu olabilecek sorunlara çözüm bulmak ve böylelikle adaletin gerçek anlamda gerçekleşmesini sağlamak zorundadır. Bu husus aynı zamanda hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

Geçici hukuki koruma tedbirlerinin işlevi işte bu noktada önem taşır. Zira, yargılama sürecinin yaratabileceği olumsuzluklardan hak arayan kişileri korumaya ve onlara hukuki güven ortamı sağlamaya yarayan geçici hukuki koruma tedbirleri tüm hukuk sistemleri açısından yargılamanın etkinliğinin teminatıdır.

Devlet yargısında olduğu gibi, özellikle ticari uyuşmazlıklar açısından büyük önem taşıyan tahkim yargılamasında da bu tür tedbirlerin varlığına ihtiyaç gün geçtikçe artmaktadır. Bununla beraber, tahkim ve geçici hukuki koruma tedbirleri kelimelelerinin yanyana gelmesi dahi pek çok doktrinel tartışmanın ortaya çıkması için yeterli olmaktadır.

Gerek Türk doktrininde, gerekse uluslararası doktrinde sürdürülen bu tartışmaların odağında çoğu zaman iki ana sorunsal bulunmaktadır. Bunlar, hakemlerin geçici koruma tedbiri vermeye yetkili olup olamayacağı veya bu yetkinin sınırları meselesi ile hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin icrası meseleleridir. Bu meselelerin merkezinde ise hep aynı tarihsel kavramın bulunduğu görülmektedir: imperium.

Gerçekten, geçici koruma tedbirlerinde olduğu gibi, hakemlik görevinin icrası esnasında söz konusu olabilecek diğer bütün yetki kullanımını gerektiren meselelerde, mahkemelerin müdahale veya yardımının zorunlu olduğu hallerde, hakimler ile hakemlerin karşılıklı yetki alanları belirlenirken, hep aynı noktadan hareket edildiği ve hep aynı cümlenin tekrar edildiği görülmektedir: “hakemler de

tıpkı hakimler gibi “jurisdictio”ya sahiptirler ancak, hakimlerden farklı olarak “imperium”ları yoktur”.

Çalışmamızda, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine karar veremeyecekleri veya bazı tür tedbir kararlarına hükmedemeyecekleri önermelerinin salt imperium kavramına bağlanmasının ve bunu sanki değiştirilemez bir dogma gibi sunmanın doğru olmayacağı zira imperium’un yaratılan bir olgu olduğu ve çağımızda kanun koyucunun iradesinde somutlaştığı sonucuna varılmıştır.

İncelememiz boyunca, tahkime konu uyuşmazlıklar bağlamında geçici koruma tedbirleriyle ilgili ortaya çıkan tüm tartışmalarda iki temel felsefenin hakimiyetine rastlanmıştır. Bunlar, statükocu ve klasik görüş ile modern ve pragmatik görüşlerdir.

Dolayısıyla, gerek geçici koruma tedbirlerine hükmetme “yetkisi”, gerekse bu tedbirlerin “icrası” meselesi açısından benimsenen çözümlerin, bu iki yaklaşımdan hangisinin tercih edildiğine bağlı olarak ülkeden ülkeye değiştiği gözlemlenmiştir.

Uluslararası tahkimde geçici koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulan hallerde yetkinin kime ait olduğu meselesinin, taraf iradesine dayanan tahkime öncelik tanıyacak bir biçimde hakemler ile hakimler arasındaki işbirliği çerçevesinde çözümlenmesinin doğru olacağı sonucuna varılmıştır.

İkincilik ilkesi olarak ifade edilen bu ilke ışığında, yetkinin hem hakemlere hem de mahkemelere ait olabileceği, kimi hallerde münhasıran hakemlere, kimi hallerde de sadece mahkemelere başvurulmasının gerekliliği belirtilmiştir. Tahkime konu uyuşmazlıklar açısından mahkemelere başvurulmasının, uyuşmazlığın esası hakkında devlet yargısının yetkisini bertaraf eden tahkim anlaşmasına aykırılık oluşturmayacağına pek çok ülke hukuk sisteminde benimsenmiş olan bir kural olduğu görülmüştür.

Çalışmamızın ikinci bölümünün konusunu oluşturan yetki meselesine ilişkin olarak, geçmişte hakemlerin geçici ve koruyucu tedbirler alamayacağı yönündeki düşüncenin bugün artık değiştiği, birkaç istisnai ülke hukuku dışında, birçok ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemede hakemlerin de tıpkı hakimler gibi geçici ve koruyucu tedbir kararı verebileceklerinin kabul edildiği sonucuna varılmıştır.

Bununla beraber, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkileri mutlak değildir. Taraf iradesine bağlı olan, tahkime uygulanacak hukukta yer alan veya uyuşmazlık konusuna ilişkin olan sınırlamalar olabileceği gibi, bizzat

tedbirlerin niteliğine ilişkin olarak ortaya çıkan ve imperium kaynaklı denilen sınırlar da, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin kapsamında belirleyici rol oynamaktadır.

Diğer taraftan, pek çok ulusal düzenlemede bazı maddi ve hukuki sebepler yüzünden, geçici koruma tedbirleri için zorunlu olarak mahkemelere başvurulmasının gerektiğinin benimsendiği görülmüştür. Cebri icra organları tarafından icrası veya diğer resmi organlar tarafından yerine getirilmesi gereken geçici koruma tedbirleri, üçüncü kişileri bağlayan geçici koruma tedbirleri, henüz hakem heyeti oluşmadan evvel talep edilen geçici koruma tedbirleri veyahut tarafların hakemlerin tedbirlere hükmedebilme yetkisini kaldırmak için anlaşma yapmaları bu sebeplerden bazılarını oluşturmaktadır.

Her ne kadar modern hukuk sistemlerinde hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetme yetkilerinden artık şüphe edilmiyor olsa da, aynı şeyi taraflarca rızaen yerine getirilmeyen geçici koruma tedbirlerinin bizzat hakemler tarafından icra edilebilmesi açısından söyleyebilmek bugün için mümkün gözükmemektedir. Zira hakemler, devlet yargısının aksine, vermiş oldukları kararları (jurisdiction) yerine getirme gücünden (imperium) yoksundurlar. Hatta bu sebepten ötürü, hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirleri için “lex imperfecta” yakıştırması yapılmaktadır. Görüldüğü üzere tahkimin geleceğini belirleyen kutsal kavram “imperium” bir kez daha bir engel olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gerçekten, çok uzun bir süre yetki konusuyla ilgilenen uluslararası tahkim doktrini ve kanun veya konvansiyon hazırlayıcıları için artık gündemdeki mesele, tahkime konu uyuşmazlıklarda hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerine ne şekilde etki tanınacağı, diğer bir deyişle icrası meselesi olmuştur.

Genel olarak tüm ülke hukukları incelendiğinde, icra edileceği ülkede ve ender olmakla birlikte, yabancı bir ülkede hakemlerce hükmedilmiş geçici koruma tedbirlerinin, taraflarca rızaen yerine getirilmemesi halinde ne şekilde icra edileceği konusunda iki farklı sistemin benimsendiği görülmektedir. Bunlar doktrinde exequatur ve assistance sistemleri olarak adlandırılmaktadır. Bunun yanı sıra, üçüncü bir model olarak her iki sistemden de izler taşıyan karma sistemi de dikkate almak gerekir. Çalışmamızda, Türk Hukuku açısından konuya ilişkin mevzuatın, yani Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun yoruma muhtaç ve tekrar gözden geçirilmesi gereken hükümler içerdiği ve bu haliyle exequatur ya da assistance sistemlerinden

hangisinin benimsendiğinin kesin olarak tespit edilmesinin bile mümkün olmayacağı sonucuna varılmıştır.

Gerçekten, hakemlerce gerek Türkiye’de gerekse yabancı bir ülkede hükmedilmiş olan geçici koruma tedbirlerinin Türk mahkemelerince icrası meselesinin Milletlerarası Tahkim Kanunu’na düzenlendiğinde bir kuşku yoktur. Kanun’un lafzı dikkate alındığında, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin Türkiye’de icrasının, tenfize bile ihtiyaç duyulmaksızın mümkün olabileceği sonucu çıkmaktadır.

Ne var ki, gerek bu prosedürün işleyişi hakkında hiçbir açıklayıcı hüküm bulunmaması, gerek Kanun’un birbiriyle çelişen ifadelerinden ortaya çıkan karmaşık durum, UNCITRAL Model Kanunu’ndakine benzer bir düzenlemenin felsefe olarak benimsendiği ancak hukuki alt yapı olarak eksik, anlaşılmaz ve uygulamasında pek çok açıdan sorun yaratacak nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünün konusunu oluşturan geçici koruma tedbirlerinin verildikleri ülkede veya yabancı bir ülkede icrası meselesinin, tahkime konu uyuşmazlıklar açısından taşıdığı öneme rağmen, gerek ulusal, gerekse uluslararası planda yeterince ele alınmadığı görülmektedir. Yakın zamana dek hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebileceklerinin bile düşünülmediği bir ortamda, bu temkinli yaklaşımı anlamak zor değildir. Uygulamada çok büyük önem taşıyan kurumların hukuken düzenlenmesinde geç kalınması veya bu düzenlemelerin modern anlayışa veya ihtiyaçlara artık cevap verir nitelikte olmamaları daima hukuki görüş farklılıklarına zemin oluşturmuştur.

Bununla beraber, UNCITRAL Model Kanunu’nda 2006 yılında yapılan ve tamamiyle geçici koruma tedbirlerine özgülenen değişiklik ve bu Model Kanun’dan etkilenen bazı ulusal kanunların bu hususta gerçekleştirdikleri yenilikçi değişiklikler, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin icrası konusunda hukuk dünyasının da yavaş yavaş adımlar atmaya başladığını göstermektedir.

Nitekim, bu konuyla ilgili yeni hukuki düzenlemelerin yapılması ya da mevcut düzenlemelere ek hükümler getirilmesi veya New York Konvansiyonu’nun ve Brüksel Tüzüğü’nün tekrardan gözden geçirilmesi gerekliliği son zamanlarda sıkça tartışılmakta, çeşitli çalışma grupları oluşturulmakta ve pek çok değişiklik önerisi getirilmektedir.

Tüm bu incelemeler neticesinde varılan sonuçlardan sonra belki de sorulması gereken nihai soru şu olmalıdır: tahkime konu uyuşmazlıklar bağlamında, hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin özellikle verildikleri ülke dışında icrasının sağlanması gerçekten lüzumlu mudur?

Bu soruya cevap verilirken, genel olarak tahkim yargılamasının savunma haklarına uygun yürütülmesi gerekliliği karşısında ex parte niteliğinde geçici koruma tedbirleri verilemeyeceğinden bahsedilmekte ve bu sebeple, özellikle tedbirin “sürpriz etkisinin” zorunlu olacağı hallerde hakemlere geçici koruma tedbirleri için başvurulamayacağı, bu yönden mahkemelerin tercih edildiği ileri sürülmektedir.

Bir an için hakemlerin de ex parte tedbirlere hükmedebilecekleri düşünülse dahi, ki bu yöndeki görüşler gittikçe artmaktadır, bu defa tenfiz prosedürü için ihtiyaç duyulan süre ile bu tür tedbirlerin arzettiği “aciliyet”in birbiriyle çelişeceği ve bu zaman zarfında borçlunun malvarlığını kaçırabilme tehlikesinden ötürü, anılan türdeki tedbirler için, bizzat icra edileceği ülke mahkemesine başvurulmasının çok daha etkin, hızlı ve kesin çözüme ulaştıran garantili bir yöntem olduğu söylenmektedir.

Bu itirazların haklılık payı elbette vardır. Nitekim, kanun koyucuların veya konvansiyon hazırlayıcılarının bu konuda harekete geçmekte geç kalmalarının en önemli sebebi, uygulamada bu ihtiyacın yukarıdaki yöntemle giderilebiliyor olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, uygulama kendi yarasına kendi merhem olmaktadır. Oysa hukuk, toplum kurallarını belirleyen bir üst yapı olarak daima ihtiyaçları karşılayacak kurallar yaratmalı ve bu kuralları mevcut uygulamayı hukuka bağdaştırarak, ondan kopmadan, onla çelişmeden ama onu hukuki temellere oturtarak gerçekleştirmelidir.

Bu açıdan bakıldığında, yabancı bir ülkede hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin icrası hiç de anlamsız değildir.

Her ne kadar, icra edileceği mahkemeden de geçici koruma tedbirlerinin alınabilmesi mümkünse de, borçlunun birçok ülkede malvarlığının olması, tedbirden menfaati olan tarafı birden fazla ülkede hakkını aramaya mecbur etmektedir. Bu durum hem fazladan avukat ücreti ve yargılama gideri olarak borçluya ekonomik külfet olmakta, hem de anılan ülkelerin dilinin veya hukuk sisteminin bilinmemesi gibi fiziki koşullar dikkate alındığında, uyuşmazlığın esasının hakemlerde görülmesine karşın, bu kararın sonucunu temin edecek hukuki çare açısından tarafları



mağdur etmektedir. Kaldı ki, geçici koruma tedbiri talebiyle başvuru ülke mahkemesinin, tahkim anlaşması dolayısıyla, kendisini tedbir kararı vermekte yetkisiz görmesi ihtimali de daima mevcuttur.

Hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin verildikleri ülke dışında da icra edilebilmesinin bir diğer önemli avantajı da, birden fazla ülke mahkemesi nezdinde tedbir kararı almak zorunda kalmış olan alacaklının ilk başvurduğu mahkemeden sonra, diğer ülke mahkemelerinin yeterince hızlı hareket edememesi üzerine, durumdan haberdar olmuş olan kötüniyetli borçlunun anılan ülkelerdeki malvarlığını kaçırmak amacıyla harekete geçmesi tehlikesinin bulunmamasıdır.

Borçlunun malvarlığının bulunduğu farklı ülkelerde, mahkemelerden talep edilen tedbir kararlarının yaratabileceği hukuki olumsuzluklar sadece alacaklının zararına da değildir. Gerçekten, farklı ülke mahkemeleri nezdinde yürütülen paralel tedbir davalarında, uyuşmazlık konusunu temin eden miktarın çok üzerinde bir malvarlığına tedbir konulabilme ihtimali borçlunun da menfaatini zedeleyecek niteliktedir.

Tüm bu sebepler, uyuşmazlığın esasının olduğu gibi, verilecek kararın etkinliğini temin etmeye yarayan geçici koruma tedbirlerinin de hakemlerce verilebilmesini ve bu tedbirlerin sınırlar ötesinde de etki doğurabilmesini anlamlı ve faydalı kılmaktadır.

Hiç kuşku yok ki, yukarıda ara sonuçlarını yansıtmaya çalıştığımız incelememizden çıkarılacak sonuçların bu kavramlar bağlamında hukuk dünyasının geleceğine ışık tutması gerekecektir. Bu noktada konumuzu oluşturan “uluslararası ticari tahkim” ve “geçici hukuki koruma tedbirleri” kavramlarının hukuk felsefesiyle son derece önemli bir bağı olduğu daima göz önünde bulundurulmalıdır.

Zira, geçici hukuki koruma tedbirleri, bireylerin hak arama özgürlüğünün devlet güvencesinde olmasına ve böylelikle adaletin gerçekleşmesine hizmet etmesiyle adalet felsefesinin modern araçlarından birini oluşturmaktadır. Diğer yandan, uluslararası ticari tahkim ise, tarafların, tahkim anlaşması akdetmek suretiyle aralarındaki özel hukuk kaynaklı uyuşmazlıklarının çözümünü hakemlere havale edebilmelerini sağlayan “sözleşme serbestisi” ilkesi doğrultusunda cereyan eden özel bir yargılama türü olmasıyla, tarafların “irade muhtariyeti”nin yansıdığı ve onlara bireysel adaleti seçme özgürlüğü veren hukuki bir kurumdur. Dolayısıyla,

kaynağında farklı felsefi kavramların bulunduğu bu iki kurumun kesiştiği noktalarda tartışmaların çıkması kaçınılmazdır.

Konunun hukuk felsefesinden ve iktidar ve adalet kavramlarından ayrılamaz olmasının en büyük göstergesi, bugün dahi “uluslararası tahkimde geçici koruma tedbirleri” denildiğinde mevzunun öyle ya da böyle daima “imperium” kavramına bağlanıyor olmasıdır.

Oysa, çalışmamızın değişik bölümlerinde de ifade ettiğimiz üzere, imperium “iktidardır” ve iktidar bugünkü modern hukuk devletinde “kanun koyucudur”. Dolayısıyla, imperium kavramı günümüzde değişmez ve mutlak bir dogma olarak yorumlanamaz ve uluslararası ticari tahkim ile geçici koruma tedbirleri kavramlarının biraraya geldiği her konuda engelleyici bir biçimde arkasına sığınmaz.

Yapılması gereken, bu iki kavramı temsil eden “devlet yargısı” ile “hakemlerin” yetki alanlarının, zamanın, koşulların ve ihtiyaçların gerektirdiği biçimde işbirliği içinde olması; ancak bu işbirliğinin varlık sebebinin “sözleşme serbestisi”nden doğan tahkimin özel bir yargılama yöntemi olma gerçeğini göz ardı etmemesidir.

## GİRİŞ

### I. Genel Olarak

Geçici hukuki koruma tedbirleri, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın kesin hükümle sonuçlanmasına kadar geçecek olan süreçte doğabilecek tehlikelerden veya kötü niyetli girişimlerden<sup>1</sup> davalı, davacı veya dava konusu şeyi korumak amacıyla, devlet yargısının söz konusu olduğu hallerde mahkemeler, tahkim yargılamasının söz konusu olduğu hallerde ise mahkemeler ya da hakem veya hakem kurulunca hukuki koruma sağlamak amacıyla kullanılan tedbirler bütünüdür ifade eder<sup>2</sup>.

Geçici hukuki koruma tedbirlerinin asıl amacı tüm hukuk sistemleri açısından esas olarak aynıdır: yargılamanın etkinliğini sağlamak. Diğer bir ifadeyle, geçici hukuki koruma tedbirleri, günümüzün son derece karmaşıklaşan hukuki ilişkiler açısından ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözerken, hantal kurullarla oldukça yavaş işleyen yargılama sürecinin yaratabileceği olumsuzluklardan hak arayan kişileri korumak ve onlara yargılama süreci kısa bir sürede sonuç veriyormuşçasına bir hukuki güven ortamı sağlamaya yarar. Bu yönüyle geçici hukuki koruma tedbirleri, anayasal bir hak olan “adil yargılama” ilkesine de katkıda bulunan hukuki çarelerden biridir.

Gerçekten de, açılan bir davanın sonuçlanmasına kadar geçecek olan süre çoğu zaman oldukça uzundur. İşte bu süreçte fiili durumlarda oluşabilecek değişiklikler davacının dava sonundaki muhtemel başarısını, diğer bir ifadeyle davayı kazanmasını, onun için faydasız ya da anlamsız kılabilir. Elbette ki bu gibi tehlikelere karşı gerekli önlemleri almak devletin görevidir<sup>3</sup>. Zira kişilerin bizzat hak

<sup>1</sup> Dava sırasında davalının dava konusu malı başkasına devretmesi, davacının davayı kazansa dahi söz konusu mala kavuşmasını tehlikeye düşüreceğinden, kötü niyetli girişimlere örnek olarak verilebilir.

<sup>2</sup> Farklı tanımlar için bkz. **PEKCANITEZ** Hakan/ **ATALAY** Oğuz/ **ÖZEKES** Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2004, s. 489; **YILMAZ** Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Ankara, 2001, C. 1, s. 32; **PEKCANITEZ** Hakan: “*Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri*”, Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003, Ankara, s. 115 (*Geçici Koruma*); **ÖZBEK HADİMOĞLU** Nimet: Brüksel (I) Tüzüğü Işığında AB Hukukunda Geçici ve Koruyucu Tedbir Kararları, Ankara, 2009, s. 15 (*Brüksel*); **ÖZKÖK** Süleyman: İhtiyati Tedbirler (HUMK 101-113 A), Ankara 2002, s. XIX; **DE LEVAL** Georges.: “*Le juge et L'Arbitre: Les Mesures Provisoires*”, RDIDC, 1993, s. 7.

<sup>3</sup> **ÜSTÜNDAĞ** Saim: İhtiyati tedbirler, Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri, İstanbul, 1981, s. 1.

almalarını yasaklayan devlet, bunun için adalete sığınan kişinin menfaatinin korumak, adli mekanizmanın işleyişinde söz konusu olabilecek sorunlara çözüm bulmak ve böylelikle adaletin gerçek anlamda gerçekleşmesini sağlamak zorundadır. Bu husus aynı zamanda Anayasa’da yer alan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir.

Ticaret hayatının hızlı temposunun tersine, ticari uyuşmazlıklardan doğan davaların açılmasından sonuçlanmasına kadar geçen sürenin genellikle uzunca bir zaman alması, geçici hukuki koruma tedbirlerinin önemini ortaya koymaktadır. İç hukuk uyuşmazlıkları açısından dahi oldukça büyük önem taşıyan geçici hukuki koruma tedbirleri, özellikle uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarda daha da önemli bir işleve sahiptir<sup>4</sup>. Zira teknolojik gelişmeler sayesinde insanlar ellerinin altındaki bilgisayarlarla büyük para transferleri gerçekleştirebilmekte, malvarlıklarının içini bu şekilde bir çırpıda boşaltabilmektedir. Ne var ki, uyuşmazlıkların çözümlenmesi için sürdürülen hukuki süreç bu denli hızlı tamamlanamamaktadır. Hal böyle iken, yabancılaşma unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde yargılama sürecinde karşılaşılabilecek ve nihai kararı anlamsız kılabilecek kötü niyetli davranışlarla yaratılan bu tür tehlikeleri bertaraf etmek amacıyla ihdas edilmiş hukuki mekanizmaların, diğer bir ifadeyle “hukuki çarelerin” çeşitliliği, geçici ve koruyucu hukuki tedbirlerin her ülke hukuk sistemi için ne kadar vazgeçilmez bir öneme sahip olduğunu bir kez daha kanıtlamaktadır.

Gerçekten de, geçici hukuki koruma tedbirlerinin en büyük işlevi, verildikleri anda taraflar arasındaki mevcut durumu dondurması, teknik deyimiyile “*status quo*” nun korunmasıdır. Böylelikle, yargılama süresince tarafların malvarlığında oluşabilecek değişikliklere ya da tarafların kötüniyetli hareketlerine karşı korunma sağlanmış ve dolayısıyla nihai karar verilinceye dek geçecek süre içerisinde bu kararın etkisini ortadan kaldıracak ya da kararı anlamsızlaştıracak oluşumların önüne geçilmiş olmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, geçici hukuki koruma tedbirlerine sadece ulusal mahkemelerce değil, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı gibi uluslararası ve hatta uluslararası mahkemelerce de sık sık başvurulmaktadır. Aynı şekilde, devlet yargısında olduğu gibi, özellikle ticari uyuşmazlıklar açısından büyük önem taşıyan tahkim yargılamasında da bu tür tedbirlerin varlığına ihtiyaç gün geçtikçe artmaktadır.

---

<sup>4</sup> **BERMANN** George A.: “*Provisional Relief in Transnational Litigation*”, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 35, 1997, No:1, s. 554 -558 (*Provisional Relief*).

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde çeşitli avantajlarından<sup>5</sup> dolayı son zamanlarda daha çok tercih edilen yöntem olan uluslararası tahkim açısından geçici koruma tedbirlerinin önemi büyüktür. Her ne kadar tahkim yargılaması devlet yargılamasına nazaran daha kısa sürelerde sonuçlansa da, tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlıkların çoğu zaman uzmanlık gerektiren teknik meseleleri ilgilendiren karmaşık bir karaktere sahip olması, yargılama sırasındaki işlemlerin de artmasına sebep olmaktadır<sup>6</sup>. Tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararına karşı başvurulacak kanun yolları bu süreci daha da uzatmaktadır<sup>7</sup>.

Tüm bunların temelinde yatan sebep aslında tahkim yargılamasının, önceki zamanlarda “uyuşmazlıkların dostça, iyi niyetli ve iki tarafı da memnun eden bir biçimde çözümlenmesi” amacı güden istisnai bir uyuşmazlık çözme biçimi iken, günümüzde, özellikle de uluslararası ticari uyuşmazlıklar açısından olağan çözüm yöntemi haline gelmesidir<sup>8</sup>. Dolayısıyla taraflar, tıpkı devlet yargısında olduğu gibi, tahkimde de davayı boş yere uzatmak, dava konusu şeyi başkasına temlik etmek veya malvarlığını devretmek gibi yargılamayı etkileyecek veya hükmü anlamsız kılacak her türlü kötünietli davranışa kalkışmaktadırlar<sup>9</sup>. İşte tüm bu etkenlerden ötürü, gelişen ekonomik ilişkilere paralel olarak artan uyuşmazlıklarla birlikte uluslararası ticari tahkim açısından da geçici koruma tedbirlerinin önemi artmıştır.

Tahkime konu olan uluslararası ticari uyuşmazlıklarda geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin olarak gerek Türk Hukuk doktrinde, gerekse uluslararası doktrinde birçok hukuki sorun ortaya çıkmış ve bu sorunlar çerçevesinde çetin tartışmalar ve birbirine tamamen zıt fikirler ileri sürülmüştür. Bu tartışmaların odağında çoğu zaman iki ana sorunsal bulunmaktadır. Bunlar, hakemlerin geçici koruma tedbiri vermeye yetkili olup olmayacağı veya bu yetkinin sınırları meselesi

<sup>5</sup> **RAMOS MENDEZ** François: “*Arbitrage International et Mesures Conservatoires*”, Rev. Arb. 1985, No:1, s. 51; **AKINCI** Ziya: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003, s. 26-28 (*Milletlerarası Tahkim*).

<sup>6</sup> **BOND** Stefan: “*La Nature Des Mesures Conservatoires et Provisoires*”, Mesures Conservatoires et Provisoires en Matière d’Arbitrage International, Publication CCI, No: 519, Paris, 1993, s. 8; **BERNARDINI** Piero: “*Les Pouvoirs de L’Arbitre*”, Mesures Conservatoires et Provisoires en Matière d’Arbitrage International, Publication CCI, No: 519, Paris, 1993, s. 22 (*Pouvoirs*).

<sup>7</sup> **RAMOS MENDEZ**, s. 52.

<sup>8</sup> **BESSON** Sébastien: Arbitrage International et Mesures Provisoires, Etude de Droit Comparé, Zürich, 1998, s. 43. Bu noktada ulusal tahkim ile uluslararası tahkim arasında fark gözetilen görüşler de mevcuttur. Şöyle ki, **Fouchard**’a göre, uluslararası tahkim, uluslararası ticari uyuşmazlıkların mutad çözüm yöntemi haline gelmişken, ulusal tahkimin iç hukuk uyuşmazlıkları açısından istisnai çözüm yöntemi olma niteliğini aşamadığı aşikârdır (**FOUCHARD** Philippe: “*La Réforme de L’Arbitrage International en France, Spécificité de L’Arbitrage International*”, Rev. Arb. 1981, s. 459).

<sup>9</sup> **OUKRAT** Philippe: “*L’Arbitrage Commercial International et Les Mesures Provisoires: Etude Générale*”, DPCI. 1988, Tome 14, No: 2, s. 240.

ile hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin icrası meseleleridir. Bu ana sorunsallar dışında, uluslararası tahkim uygulamasında hakemlerce verilecek tedbirlerin türleri, içerikleri, bu tedbirlere hükmedilme biçimleri, tahkim anlaşmasına rağmen mahkemelere başvurulması gereken haller ve mahkemelerin yardım ve müdahalesi gibi sorunlar da, tahkim yargılamasının özelliği ile geçici hukuki koruma tedbirlerinin kendine özgü nitelikleri arasındaki farklılıklardan kaynaklanan ve özellikle üzerinde durulması gereken sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşte bu hukuki sorunlar gerek ulusal gerekse uluslararası planda sıkça tartışılmış, her ülke hukuk sisteminin kendine özgü hukuk mekanizmalarıyla farklı şekillerde çözülmeye çalışılmış ve kimi zaman da uluslararası konvansiyonlara ya da uluslararası tahkim kuruluşlarının tüzüklerine konu olmuş ve olmaya devam etmektedir.

## **II. Çalışmanın Kapsamı ve Sınırları**

Uluslararası ticari tahkime konu olan uyuşmazlıklar açısından geçici hukuki koruma tedbirlerini belirli sorunsallar çerçevesinde incelemeye çalıştığımız bu çalışmada karşılaşılan en büyük zorlukların temelinde, hukuki kavram olarak geçici koruma tedbirlerinin uluslararası alanda yeknesak bir tanıma, sınıflandırmaya, kapsama ve etkinliğe sahip olamayışı bulunmaktadır. Söz konusu hukuki kurumun yasal çerçeveye büründüğü hukuk kaynaklarının belirli bir ülke hukuk sisteminde dahi çeşitlilik arz etmesi, konunun karşılaştırmalı hukuk açısından incelenmesini, yeknesak terimlere ve ortak değerlendirmelere ulaşılmasını oldukça zorlaştırmaktadır.

Söz gelimi, geçici hukuki koruma tedbirleri belirli bir ülke hukuk sisteminde çeşitli kanunlar içerisinde düzenlenmiştir. Bunların başında iç hukuku ilgilendiren usul kanunları gelir. Ancak, yabancılik unsurlu uyuşmazlıklar açısından milletlerarası usul kanunlarında da düzenlendiğini gördüğümüz geçici tedbirler meselesi, diğer birçok kanunda da görülebileceği gibi, tahkim söz konusu olduğunda başka bir takım yasalar içerisinde de yer bulmuş; hatta bu bağlamda yerel tahkimdeki geçici koruma tedbirleri ile uluslararası tahkimdeki geçici koruma tedbirleri olarak ayırımı tabi tutulmuştur. Tek bir ülke açısından dahi mevzuat çeşitliliğinin bulunduğu böyle bir hukuki kurum, konuya ilişkin uluslararası nitelikteki düzenlemeler ile daha da karmaşık bir hal almaktadır. Hal böyle iken, tüm bu hukuki

normlar karmaşası içerisinde ortak bir takım kavramlara ulaşmak, genel geçerliliği olacak saptama ve yargılarda bulunmak ve geleceğe yönelik değerlendirmeler yapmak, geçici hukuki koruma tedbirleri gibi bir konuda oldukça zordur.

Geçici hukuki koruma tedbiri kavramının isminde dahi terminolojik açıdan birçok tartışmanın süregeldiği düşünüldüğünde, çalışmamızın kapsamının açık ve net bir biçimde ortaya konulması gerekmektedir. Buna göre, incelenmesi gereken meselelerin başında hiç kuşkusuz kavramın ifade ettiği anlam gelmektedir.

Şöyle ki; geçici hukuki koruma tedbiri denildiğinde gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse Türk Hukuku'nda genellikle en yaygın geçici hukuki koruma tedbiri türü olan "*ihtiyati tedbirler*" anlaşılmaktadır. Ancak geçici hukuki koruma kavramı, ihtiyati tedbir kavramından daha geniş bir kapsama sahiptir. Örneğin Türk Hukuku'nda geçici hukuki koruma tedbirleri kavramı, ihtiyati tedbirlerin yanı sıra, ihtiyati haciz ve delil tespiti kavramlarını da kapsamaktadır. Bununla beraber, hukukumuzda olduğu gibi, diğer ülke hukuk sistemlerinde de, ihtiyati tedbirlerin, çoğu kez geçici koruma tedbirleri ile aynı anlamda ve adeta bir üst kavram olarak ihtiyati haciz ile delil tespitini de kapsayacak biçimde değerlendirildiği görülmektedir.

Dolayısıyla, çalışmamızda kullanacağımız "*Geçici hukuki koruma tedbirleri*" kavramının, uluslararası anlamda ifade ettiği şekilde ve iç hukuklarda kapsadığı kavramlardan bağımsız olarak, daha kapsamlı ve geniş yorumlanması gerekmektedir. Bu bağlamda kavramdan anlaşılması gerekeni, tıpkı uluslararası doktrinde olduğu gibi, uyuşmazlığa ilişkin verilecek nihai karara dek geçecek süre içerisinde "*geçici*" olarak taraflara "*koruma*" sağlayan "*hukuki çare*" niteliğindeki "*tedbirler*" olarak ifade edebiliriz.

Uluslararası ticari tahkime konu olan uyuşmazlıklar kapsamında inceleyeceğimiz geçici hukuki koruma tedbirlerine dair bu çalışma, son yıllarda çağa ayak uydurmak amacıyla değişikliğe uğrayan yerel ve uluslararası hukuk düzenlerinde bu hukuki kurumun gelecekte hangi konumda olması gerektiğine ışık tutma amacı gütmektedir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ KAVRAMI VE ULUSLARARASI ALANDA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

#### § 1. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİ KAVRAMI

##### I. Tanımı ve İşlevi

Hukuki ilişki içerisine giren kişilerin, birbirlerine karşı sahip oldukları hak ve yükümlülüklerle uygun hareket etmeleri ve bu çerçevede birbirlerinin haklarını ihlâl etmemeleri toplumsal düzenin sağlanması açısından gözetilmesi gereken bir olgudur. Ancak değişik sebeplerden dolayı hukuki ilişki içerisindeki kişilerin bilinçli olarak veya istem dışı (haklı oldukları inancıyla yaptıkları) davranışlarıyla birbirlerinin haklarına tecavüz ettikleri ve böylelikle hakkı ihlâlâ uğramış olan kişi ile bu ihlâlâ yapan kişi arasında hukuki uyumsuzluğun ortaya çıktığı görülmektedir.

Bir hukuk devletinde kişiler, ihlâlâ uğradıklarını düşündükleri haklarını adaleti sağlamakla görevli mahkemelere başvurarak elde ederler. Zira kendiliğinden hak elde edilmesi (ihkâk-ı hak) modern hukuk devletlerinde kural olarak yasaktır ve hatta hukukumuzda eski Türk Ceza Kanunu'nun 308. maddesinde bir suç tipi olarak hüküm altına alınmıştır<sup>10</sup>.

Dolayısıyla, çağdaş hukuk sistemlerinde, aralarında hukuki uyumsuzluk çıkan kişiler haklarını devletin adli örgütüne yani mahkemelere başvurarak “hukuksal koruma” talep ederler. Bu koruma talebi “dava” şeklinde olmakta ve dava sürecinde yapılan yargılama kesin hükümle sonuçlandığında, davacı ile davalı arasındaki

---

<sup>10</sup> TCK. md. 308 hükmü, özel menfaatleri korumak amacıyla getirilen bir suç tipi değildir. Hükmün amacı, bireylerin resmi makamlara başvuracakları yerde zor kullanarak kendiliğinden hak almalarının engellenmesidir. Bununla beraber, bazı istisnai hallerin varlığı durumunda kanunlarda kendiliğinden hak almanın hukuka aykırı bir eylem ve hatta bir suç olarak sayılmadığı görülmektedir. Bu açıdan geçici hukuki koruma tedbirlerine benzer bir özellik gösteren kendiliğinden hak alma yasağının istisnaları arasında BK. md. 52 ve 57 ile MK. md. 664, 677 ve 894 hükümleri sayılabilir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. **YILMAZ**, s. 40-114. Ancak, 5237 Sayılı Yeni TCK'da kendiliğinden hak alma, ayrı ve bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Bunun yerine, uygulama alanı kısıtlanarak, aralarında hırsızlık (md. 144), dolandırıcılık (md. 159), belgede sahtecilik (md. 211) gibi belirli suç tiplerinin de bulunduğu suç tipleri için cezayı azaltan hal olarak düzenlenmiştir.



uyuşmazlıkta talep edilen hukuki koruma talebi de kati şekilde karşılanmış olmaktadır<sup>11</sup>. Bu sebeptendir ki dava, “kesin hukuki koruma” olarak adlandırılır<sup>12</sup>.

Ancak, hak sahibine dava hakkının tanınması ve bu hakkın anayasal güvence altında bulunması hakkın elde edilebilmesi için yeterli değildir<sup>13</sup>. Zira hakların korunması amacıyla başlatılan yargılama sürecinde taraflardan hangisinin haklı olduğunu tespit etmek için yapılan inceleme ve değerlendirmeler oldukça uzun sürmekte ve bu durum dava sonucunda hakkın elde edilmesini riskli hale getirmektedir<sup>14</sup>. Dolayısıyla, modern hukuk sistemlerinde hakkın elde edilmesi için kişilere dava hakkının verilmesi kadar, bu hakkın kullanılmasından beklenen menfaatin aynen elde edilebilmesini garanti altına alacak tedbirlerin de alınması bir gerekliliktir. O halde, kesin hukuksal korunma talebi (dava) sonuçlanıncaya dek, bu riski ortadan kaldıracak bir kuruma ihtiyaç vardır ve sözü edilen bu kurum hak sahibine geçici hukuki korunma sağlayacağından hukuk yargılamasında “geçici hukuki koruma tedbirleri” olarak adlandırılmaktadır.

Kurumun ortaya çıkış sebebi, bizzat tanımının da unsurlarını içermektedir. Türk Hukukunda konuyu en ayrıntılı biçimde ele alan yazar **Ejder Yılmaz**'ın yaptığı kapsamlı tanım geçici hukuki koruma tedbirlerinin bu yönünü gayet net bir biçimde vurgulamaktadır: “Geçici hukuki himaye, kesin hukuki himaye (dava) sonucunun ortaya çıkmasına kadar yargılama öncesinde veya sonrasında doğabilecek risklerden (tehlikelerden, sakıncalardan) davacı ve/veya davalıyı korumak için yargı organlarınca verilen geniş ya da dar kapsamlı hukuki himayedir; bunu sağlayacak somut araçlar ise, geçici hukuki himaye tedbirleridir”<sup>15</sup>.

Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin yapılacak her türlü tanım, zorunlu olarak kurumun amacını ve işlevini de barındırmaktadır<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> **YILMAZ**, s. 29.

<sup>12</sup> Nitekim, dava hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmü ile anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

<sup>13</sup> **ÖZKÖK**, s. XIX.

<sup>14</sup> **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 489.

<sup>15</sup> **YILMAZ**, s. 32.

<sup>16</sup> Geçici hukuki koruma tedbirlerinin işlevleri için bkz. **KNOEPFLER** François: “Les Mesures Provisoires et L'Arbitrage International”, Europa Institut Zürich, Schiedsgerichtsbarkeit, 1997, s. 309-310 (Mesures Provisoires); **KNOEPFLER** François/ **SCHWEIZER** Philippe: “Les Mesures Provisoires et L'Arbitrage”, Recueil de Travaux Suisses Sur L'Arbitrage International, 1984, s. 223-224 (Mesures Provisoires); **COCATRE – ZILGIEN** André: “Les Mesures Conservatoires Décidées Par le Juge ou par l'Arbitre International”, Rev. Gen. de Dt. Int. Public, Vol. 70, 1996, s. 15-19;

Doktrinde yer alan bir görüş, geçici hukuki koruma tedbirlerinin amacı ve işlevini şu şekilde ifade etmiştir: “geçici hukuki koruma tedbirleri yargılama sonucunun, yargılamaya başlandığı sırada ve hatta ondan daha önce güvence altına alınması ihtiyacına hizmet etmekle, bir taraftan medeni yargılama hukuku sisteminin amacıyla paralellik göstermekte, diğer taraftan da hakkın tamamen korumasız kalması ile asıl yargılama arasında geçen süreçte bir köprü işlevi görmektedir”<sup>17</sup>. Görüşün sahibi olan yazarlara göre, bu kurumun üstlendiği iki yönlü köprü işlevi bir yandan, hak arayışında bulunan kişiye kendiliğinden hak alma imkânı vermezken; diğer yandan da, karşı tarafın, yargılama süresince geçecek olan ve esaslı inceleme yapılması için gereken sürenin uzunluğundan kaynaklanan zaafiyetten yararlanıp kötüniyetli davranışlarıyla dava sonucunu etkisiz, anlamsız ve değersiz kılmasına engel olmakta kendini göstermektedir<sup>18</sup>.

Geçici hukuki koruma tedbirlerinin asıl yargılamayı tamamlayıcı fonksiyonu yargılamanın amacının da gerçekleşmesinin güvencesidir<sup>19</sup>. Zira, her ne kadar geçici hukuki koruma tedbirleri taraflar arasındaki uyuşmazlığı kesin olarak çözüme ulaştırmasa da, her somut olayda maddi hukuka ilişkin hakkın elde edilmesine hizmet eder ve asıl yargılamada verilen hükmün icra edilebilmesi yolunu açık tutmak suretiyle yargılamanın etkin bir biçimde hukuki koruma sağlamasının güvencesini oluşturur<sup>20</sup>.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, geçici hukuki koruma tedbirlerinin çoğu zaman bir “hukuki çare”, “geçici çare” olarak nitelendirildiği görülmektedir. Hatta Anglo Amerikan Hukuku terminolojisinde geçici ve koruyucu tedbirler “*interim relief*”, “*provisional relief*”, “*provisional remedy*” veya “*interim remedy*” yani

---

**KENNETT** Wendy: *The Enforcement of Judgments in Europe*, London, 2000, s. 157-159; **CREMADES** Bernardo M.: “*The Need for Conservatory and Preliminary Measures*”, *International Business Lawyer*, Vol. 27, No.5, 1999, s. 226-227 (*The Need*); **STALEV** Zhivko: “*Interim Measures of Protection in the Contexte of Arbitration*” in *ICCA Congress Series No:6*, 1994, s. 104; **VARADY** Tibor: “*Provisional Measures in International Commercial Arbitration*”, *Hague-Zagreb-Ghent Essays 8 On the Law of International Trade* Edited by C.C.A. VOSKUIL and J.A. WADE, s. 149; **KNOEPFLER** François: “*Les Mesures Provisoires peuvent-elles être rendues sous forme de sentence arbitrale?*”, *Mélange en l’Honneur de Henri- Robert Schüpbach*, 2000, s. 277 (*Sentence Arbitrale*); **BOND**, s. 9.

<sup>17</sup> **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 489.

<sup>18</sup> **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 489. **BACHAND** Frédéric: *L’Intervention du Juge Canadien Avant et Durant Un Arbitrage Commercial International*, Paris, 2005 (*Juge Canadien*), s. 257-258.

<sup>19</sup> **RAMOS MENDEZ**, s. 53; **OUKRAT**, s. 243

<sup>20</sup> **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 490; **RAMOS MENDEZ**, s. 53.

“geçici çare” olarak isimlendirilmektedir<sup>21</sup>. Bu kurumun “çare” olarak nitelendirilmesinin sebebi, yukarıda belirtildiği üzere, bu tedbirlerin uyuşmazlık çözümleninceye dek tarafların hak ve menfaatlerinin korunmasının ve yargılama süresince geçecek zaman zarfında tarafların adli mekanizmanın işleyişindeki hantallıktan ötürü zarara uğramalarının önlenmesinin “çaresi” olarak görülmesindedir<sup>22</sup>.

Geçici ve koruyucu tedbirlerin işleviyle beraber tanımlanması, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararlarından birinde de açıkça ortaya konmuştur. Brüksel Konvansiyonu’nun 24. maddesinin açıklaması hakkında Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın 1992 yılında verdiği bu kararda, geçici ve koruyucu tedbir kararları “*uyuşmazlığın esası hakkında yetkili olan mahkeme dışında, herhangi bir mahkeme tarafından, tanınması talep edilen hakların mevcut şekliyle korunmasını garanti altına almak için verilen ve belli bir hukuki veya fiili durumun korunmasını amaçlayan kararlar*” olarak ifade edilmiştir<sup>23</sup>.

## II. Özellikleri

Geçici hukuki koruma tedbirleri sadece çalışmamızın konusu olan özel hukuk alanına dahil olan medeni yargılama hukukunda veya uluslararası tahkim hukukunda değil, idare hukuku, anayasa hukuku veya ceza hukuku gibi kamu hukuku dallarında ve bunlara ilişkin yargılama usullerinde de söz konusu olabilmektedir<sup>24</sup>.

Değişik hukuk dallarında geçici hukuki koruma sağlayan tüm bu tedbirlerin ortak bazı özellikleri bulunmaktadır. Bu özelliklerin belirlenmesi, uluslararası tahkime ilişkin anlaşma ve kurum tüzüklerinde yer alan veya özellikle farklı ülke hukuk sistemlerinde var olan bir takım tedbir veya benzeri kurumların geçici hukuki koruma tedbiri olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ışık tutması açısından da önem taşımaktadır.

<sup>21</sup> **BÖSCH** Alex: “*Provisional Remedies in International Commercial Arbitration*”, A Practitioner Handbook, Berlin/ New York, 1994.

<sup>22</sup> **BÖSCH**, s. 3-4.

<sup>23</sup> *Mario Reichert, Hans-Heinz Reichert and Ingeborg Kockler v. Dresdner Bank AG*, Case C-261/ 90, ECR, 1992, s. 2149-2156. 26 Mart 1992 tarihli Reichert II Kararının özeti için bkz. **ÖZBEK HADİMOĞLU**, *Brüksel*, s. 40.

<sup>24</sup> İdare Hukukundaki “yürütmenin durdurulması” (İYUK. md. 27), Anayasa yargısındaki “yürürlüğün durdurulması” ve Ceza Hukukundaki “tutuklama” (CMK. md. 100) kamu hukukuna ilişkin geçici hukuki koruma tedbirlerindedir. Bunların dışında, İcra ve İflas Kanununda, Miras Hukuku da dahil diğer medeni hukuka ilişkin hükümlerde, Ticaret Hukukunda ve birçok farklı özel kanunda da benzer “muhafaza tedbirleri” öngörülmüştür. Bkz. **YILMAZ**, s. 32 ve 671 vd.

Çalışmamızın bu bölümünde, gerek devlet yargısında mahkemelerce, gerekse tahkim yargılamasında hakemlerce verilsin, geçici hukuki koruma tedbirlerinin uluslararası planda kabul gören özelliklerini inceleme konusu yapacağız. Bu özellikleri anlatırken, uluslararası tahkim yargılaması açısından konunun özel bir önem veya farklılık taşıması durumunda, bu hususu ayrıca belirteceğiz.

### A) Yargı Organlarınca Verilme

Geçici hukuki koruma tedbirleri, aksine kanuni bir düzenleme olmadıkça, kural olarak yargı organlarınca verilir<sup>25</sup>. Nitekim bu sebeptendir ki, geçici koruma tedbirleri teknik anlamda bağlayıcıdır ve bu tedbirlere uyulmamasının hukuki sonuçları ve yaptırımları mevcuttur<sup>26</sup>. Bu noktada üzerinde durulması gereken kavram “yargı organları” deyiminden ne anlaşılması gerektiğidir.

Öğretide yargı organları deyiminin geniş anlamda anlaşılması gerektiği belirtilmiştir<sup>27</sup>. Hiç kuşku yok ki, yargı organı terimi içerisine, salt resmi yargı organı olan mahkemeler değil, kendilerine kanunlarla yargılama faaliyetinde bulunma yetkisi verilen hakemler de girecektir. Zira hem iç hukuk uyuşmazlıklarında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu<sup>28</sup>, hem de uluslararası uyuşmazlıklarda Milletlerarası Tahkim Kanunu<sup>29</sup>, özel bir yargılama faaliyeti yürüten hakemlere yargılama yetkisi vermektedir. Nitekim, uluslararası tahkim açısından, hakemlerin de geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilecekleri, MTK. md. 6/ 2 hükmünde “*aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilir*” demek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

<sup>25</sup> YILMAZ, s. 35, PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 490.

<sup>26</sup> YILMAZ, s. 35. Örneğin, HUMK. md. 113/A uyarınca, ihtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimsenin eylemini, bu eylem TCK’ya göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, ait olduğu ceza mahkemesince 1 aydan 6 aya kadar hapisle cezalandırılmaktadır.

<sup>27</sup> Doktrinde tedbirlerin, sadece yargı görevini yerine getiren mahkemelerce değil, bu tür tedbirleri almaları için kendilerine kanun tarafından yetki verilmiş olan her türlü kişi ve makama bu yetkinin tanındığı ve bu bağlamda icra müdürleri, zabıta ve kolluk kuvvetleri gibi mercilerin de “hukuki” olmaktan ziyade “fiili” bazı geçici tedbirleri alabilecekleri kabul edilmektedir (YILMAZ, s. 35).

<sup>28</sup> 18.6.1927 Tarihli ve 1086 Sayılı Kanun, RG. 2,3,4 emmuz 1927- 622-623-624.

<sup>29</sup> 21.6.2001 Tarihli ve 4686 Sayılı Kanun, RG. 5.7.2001 - 24453

## B) Taraf Talebi

Geçici hukuki koruma tedbirleri çoğu zaman davacı tarafça istenmektedir. Fakat bu tespit mutlak değildir; zira somut uyuşmazlığın niteliğine göre ve hukuki menfaatin bulunması halinde davalı da geçici hukuki koruma tedbiri talep edebilir<sup>30</sup>.

Bu özellik, geçici hukuki korumayı, kesin hukuki koruma olan davadan ayıran özelliklerden biridir. Çünkü dava sonuçlandığında yargılama esnasında değerlendirilen delillerle taraflardan birinin haklı olduğu tereddüte yer vermeyecek bir biçimde ortaya konulurken, geçici hukuki korumada, kimin haklı olduğu henüz kesin olarak delillerle ispat edilmemiş olduğundan, tedbir talepleri her iki taraf lehine de sonuçlanabilmektedir<sup>31</sup>.

10 Nisan 2006 tarihindeki değişiklikle bugünkü halini alan ICSID Tahkim Tüzüğü (*International Center for Settlement of Investment Disputes Rules of Procedure for Arbitration Proceedings - ICSID Rules*)<sup>32</sup> kuralları, geçici koruma tedbirlerine tarafların talebi üzerine hükmedilebilmesi açısından ilginç bir düzenleme kabul etmiştir. Tüzüğün 39. maddesinde yer alan hüküm uyarınca, geçici koruma tedbirlerine sadece tarafların talebi üzerine değil, taraflarca talep edilmese dahi, hakemlerin kendi inisiyatifleri ile de karar verilebilmesi mümkün kılınmıştır.

## C) Geçicilik

Geçici hukuki koruma tedbirleri, isminden de anlaşılacağı üzere “geçici” nitelik taşır<sup>33</sup>. Bunun anlamı, geçici hukuki koruma tedbirlerinin taraflar arasındaki uyuşmazlığı kesin olarak çözmemesi ve etkinliğini kural olarak kesin hukuki korumanın başladığı ana kadar sürdürmesidir.

Gerçekten de, hukuki korumanın “geçici olma” özelliği, kesin hukuki korumanın elde edilmesine yönelik olarak bazı işlemlerin yapılmasını gerektirir. Örneğin, davadan veya takipten önce alınmışsa, belli bir süre içerisinde dava

<sup>30</sup> Örneğin, dava konusu malın davacının elinde bulunması ve davacının açtığı davanın menfi tespit davası olması halinde, davalı taraf, dava konusu bu malın üçüncü şahıslara devrinin önlenmesi amacıyla ihtiyati tedbir talep edebilir.

<sup>31</sup> YILMAZ, s. 37.

<sup>32</sup> WEGEN Gerhard/ ESİN İsmail/ SHORE Laurence: Materials on International Arbitration, The Second Istanbul International Arbitration Day, November 20, 2007, İstanbul, s. 173 vd.; ayrıca bkz. [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf).

<sup>33</sup> RAMOS MENDEZ, s. 53. Bkz. UNCITRAL Model Kanun md. 17/ 2. WEGEN/ ESİN/ SHORE, s. 427 vd.; [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf).

açılması, takipte bulunulması, infaz edilmesi veya diğer yasal gereklerin ifası gibi<sup>34</sup>. Bu işlemlerin yapılmasından sonra geçici hukuki koruma tedbirleri kural olarak dava sonuçlanıncaya dek geçerliliğini korur. Kesin hukuki korumaya ulaşıldığında ise ya hükmünü yitirir veya kesin hukuki korumaya dönüşür.

Geçici hukuki koruma tedbirlerinin “geçicilik” özelliği aynı zamanda değiştirilebilmelerini veya kaldırılabilmelerini de mümkün kılar<sup>35</sup>. Zira, belirli koşulların varlığı üzerine verilmiş olan geçici koruma tedbirlerinin, verildikleri anda mevcut olan koşulların değişmesi üzerine tekrar gözden geçirilmesi, tedbirlerin geçici niteliklerinin bir sonucu olup, bu sonuç doğal bir gerekliliktir. Aynı şekilde, önceden reddedilmiş olan bir geçici koruma tedbiri talebinin, sonradan değişen hal ve şartların gerektirmesi durumunda bu kez kabul edilmesi de aynı gerekçeyle mümkün olabilecektir<sup>36</sup>.

Türk Hukukunda geçici hukuki koruma tedbirlerinin en sık karşılaşılan türü olan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kurumlarının isminde yer alan “ihtiyati” sıfatı da, aslında geçicilik özelliğinin bir görünümüdür. Zira bu iki tür geçici hukuki koruma tedbirinde de, “geçicilik”, “koruma, temkin, sakınma, ileriye görme” şeklinde bir anlam ifade etmekte ve ileride ortaya çıkması muhtemel bazı sakıncaları bertaraf etme veya en aza indirme amacını taşıyan “koruyuculuk” vasfı da içermektedir<sup>37</sup>.

#### **D) Tedbir Talebinin İncelenmesinde Basitlik ve Çabukluk**

Geçici hukuki koruma tedbirlerinin amacı göz önüne alındığında, bu talebin çok çabuk bir şekilde incelenerek karara bağlanması zorunluluğu da anlaşılmaktadır. Kesin hukuki korumayı sağlayacak olan dava ile ilgili yargılama kurallarının, örneğin duruşma yapma, tarafları duruşmaya çağırma ve delillerini ileri sürmeleri için süre vererek bunları ayrıntılarıyla inceleme gibi kuralların geçici tedbir talepleri için de uygulanmasının, bu taleplerin derhal müdahale edilmezse hak kaybına sebebiyet verecek kadar aciliyet gerektiren nitelikleriyle bağdaşmayacağı açıktır.

Burada üzerinde durulması gereken en önemli husus, geçici hukuki koruma tedbiri taleplerinin incelenmesindeki “*basitlik ve çabukluk*” kavramından ne

<sup>34</sup> YILMAZ, s. 37.

<sup>35</sup> KNOEPFLER/ SCHWEIZER, *Mesures Provisoires*, s. 226; KNOEPFLER, *Mesures Provisoires*, s. 310; YEŞİLIRMAK Ali: *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, 2005, s. 7 (*Provisional Measures*).

<sup>36</sup> KNOEPFLER/ SCHWEIZER, *Mesures Provisoires*, s. 226.

<sup>37</sup> YILMAZ, s. 37.

anlaşılacağıdır. Zira bu basitlik ve çabukluğun, taraflara kesin karar öncesi bu kararı lüzumsuz kılacak ölçüde orantısız bir himaye sağlamaması ve esas hakkındaki karardan evvel arzu edilen menfaate erken bir dönemde ulaşmayı temin etmemesi lazımdır. Dolayısıyla, incelemelerde dikkate alınacak basitlik ve çabukluğun, her somut olayın özelliğine göre tedbiri verecek olan mercinin ikna olacağı kadar olması ve tedbir kararlarının adil olmasına gölge düşürmemesi gerekmektedir<sup>38</sup>.

### **E) Karşı Taraf Dinlenilmeden Verilebilme (*Ex Parte*)**

Geçici hukuki koruma tedbirlerinin basit ve çabuk bir incelemeyle verilebilmesi sonucunda ortaya çıkan ve doktrinde son derece tartışmalı olan bir özelliği de, tedbir talebi hakkında karar verilirken, hukuki dinlenilme ve savunma hakkı bakımından esasa ilişkin yargılamaların aksine, karşı tarafın dinlenilmesinin zorunlu olmaması, yani tedbirlerin *ex parte* verilebilmesi özelliğidir<sup>39</sup>. Hatta bu tedbirlerin, karşı tarafça yaratılan ve hali hazırda var olan bir tehlike veya riski bertaraf etmek amacıyla öngörüldüğü düşünülüğünde, etkinliği için gerekli olan sürpriz ve şok etkisinin yaratılması çoğu zaman bu tedbirlerin karşı tarafın yokluğunda verilmesi ile mümkün olabilmektedir. Bu durum tedbirlerin *ex parte* verilebilmesini haklı ve zorunlu kılar<sup>40</sup>. Ancak böyle bir durumda karşı tarafa, kendisi aleyhine verilen geçici koruyucu tedbir kararından sonra bu karara karşı itiraz edebilme ve hukuki dinlenilme hakkının tanınmış olması gerekir<sup>41</sup>.

Geçici hukuki koruma tedbirlerine hangi gerekçelerle karşı taraf dinlenilmeden karar verilebildiğine gelecek olursak, ilk neden bu tedbirlerin “acele karar vermeyi gerektiren” hallere ilişkin olmasıdır. Bunun yanı sıra, bazen de diğer tarafın tedbir talebinden haberdar olmasının tedbirin alınmasını tehlikeye sokacağı düşüncesiyle, örneğin diğer tarafın elinde bulunan uyuşmazlık konusu malı başkasına devredeceği veya malvarlığını eksilteceği gibi gerekçelerle, hakimler tedbirin amacının zedelenmesini veya ortadan kaldırılmasını önlemek amacıyla karşı tarafın yokluğunda tedbir kararı alabilmektedirler. Ancak bu, karşı tarafa, kendisi aleyhine verilen geçici koruma tedbiri kararına karşı itiraz edebilme ve daha sonra hukuki

<sup>38</sup> YILMAZ, s. 38; OUKRAT, s. 243.

<sup>39</sup> YILMAZ, s. 38; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 490.

<sup>40</sup> REDFERN Alan.: “*Arbitration and The Courts: Interim Measures of Protection- Is the Tide About to Turn?*”, Texas Int. Law J 1995, s. 79; YEŞİLİRMAK, s. 7.

<sup>41</sup> PEKCANITEZ, s. 129; YEŞİLOVA Bilgehan: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi”, İzmir, 2008, s. 642.

dinlenilme hakkının tanınmadığı anlamına gelmemektedir. Örneğin, Türk Hukukunda HUMK. md. 105/ 2 hükmünde hakim karşı tarafın yokluğunda ihtiyati tedbir kararı verebileceği düzenlenirken, aynı zamanda gıyaben verilmiş olan bu tedbire karşı HUMK. md. 107 hükmünde itiraz edilebilme hakkı da tanınmıştır. Bu olanak, HUMK Tasarısının 394/ 2. maddesinde “*Talep edenin haklarının derhal korunmasında zorunluluk bulunan hallerde, hâkim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir*” demek suretiyle aynen benimsenmiştir.

Devlet yargısında durum böyle iken, tahkim yargılaması söz konusu olduğunda hakemlerce *ex parte* tedbir kararı verilip verilemeyeceği doktrinde çok tartışılmış ve iki farklı görüşün ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Hakemlerce *ex parte* tedbir kararı verilmesinin karşısında olan görüşler genel olarak tahkim yargılamasına özgü niteliklerden ve gerekliliklerinden hareket etmektedir<sup>42</sup>.

Konu hakkında ayrıntılı bir makale yazan **Yves Derains**, hakemlerce *ex parte* geçici koruma tedbirlerine hükmedilmesini, böyle bir uygulamadan sağlanacak faydanın tahkim yargılaması açısından mal olacağı zarara değmeyeceğini, bu tür kararların “mükemmel iyinin en büyük düşmanıdır” sözünün adeta bir teyidi olacağını ileri sürmektedir<sup>43</sup>. Yazara göre, hakimler tarafından *ex parte* geçici tedbir kararı verilmesi bazı durumlarda gerekli ve işlevseldir. Banka teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin önlenmesi amacıyla bu tür bir tedbir kararının diğer tarafın yokluğunda verilmesinde olduğu gibi. Ancak, bu tür kararları vermeye yetkili olan mahkemeler, aynı zamanda bu kararın icrasını gerçekleştirmekte de yetkilidir. Oysa, taraflar arasındaki *status quo*'yu olduğu gibi korumak ve bozulmasına engel olmak amacıyla hakemlerce hükmedilecek geçici tedbir kararlarının yine bizzat hakemler tarafından icrasının buna benzer durumlarda mümkün olmayışı ve bu aşamada cebri icrayı sağlamak maksadıyla zorunlu olarak mahkemelere başvurma gerekliliği, değil bu tedbirin *ex parte* verilmesini, tedbirin verilmesini dahi anlamsız kılacaktır. Dolayısıyla tekrar mahkemeye başvurarak geçici tedbirin icrasını sağlamanın vakit kaybı olacağını ileri süren yazara göre, bu tür kararların doğrudan mahkemelerden

<sup>42</sup> Hakemlerin *ex parte* geçici koruma tedbiri vermelerinin sakıncalı olduğunu savunan yazarlar için bkz. **DERAINS**, Yves: “*Arbitral Ex Parte Interim Relief*”, *Dispute Resolution Journal*, Vol. 58, No: 3, 2003, s. 63 (*Ex Parte*); **BUCHER** Andreas: *Le nouvel arbitrage international en Suisse* (Basle, 1988), s. 75; **BESSON**, s. 72; **VAN HOUTTE** Hans: “*Ten Reasons Against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration*”, *Arbitration International*, Vol. 20, No: 1, s. 85 vd. (*Ex Parte*); **RAMOS MENDEZ**, s. 57;

<sup>43</sup> **DERAINS**, *Ex Parte*, s. 61.



talep edilmesinin daha etkili olacağı gerçeği karşısında hakemlerin *ex parte* tedbir kararı verebiliyor olmasının da yararı ve anlamı kalmayacaktır<sup>44</sup>.

Yazarın dayandığı diğer bir gerekçe ise, tahkimin özünde bulunan ve tarafların iradelerini yansıtan tahkim anlaşmasını temel almaktadır. Bu gerekçeye göre, hakemler aslında böyle tartışmalı ve aşırı bir yetkiye gerçekte ihtiyaç duymamaktadırlar. Tahkimin sözleşmesel niteliği ve iradi bir uyuşmazlık çözme yöntemi olması karşısında, hakemlerin *ex parte* geçici tedbir kararı verebilmesinin, kurumun doğasında yer alan uzlaşma iradesiyle çelişki içinde olduğu söylenebilir. Çünkü uyuşmazlıklarını sözleşmesel bir temelde çözmeye niyetli olan taraflar açısından, hakemlerin mevcut durumun (*status quo*) korunmasını bizzat taraflardan talep etmesi, aslında başlı başına herhangi bir zorlayıcı önleme gerek bırakmayacak kadar ikna edicidir. Zira hiçbir taraf, hakemlerin direktifine aykırı hareket ederek onların nezdinde kötü ve haksız bir duruma düşmeyi göze almak istemez. Yazar, bu sebepten ötürü hakemlerin taraflar üzerinde mevcut ikna edici güçlerinden başkaca bir yetkiyle, mesela *ex parte* geçici tedbirlere hükmedebilme yetkisiyle donatılmasının aslında gereksiz olduğunu savunmaktadır.

Yazarın savunduğu bir diğer karşı gerekçe de, hakemlere *ex parte* geçici tedbir kararı verme yetkisinin, tahkimin mümkün mertebe taraflar arasında uzlaşmayı hedefleyen niteliğiyle de bağdaşmaması ve hakemlerin mahkemelere nazaran taraflar nezdindeki güvenilir ve bağımsız olma özelliklerine gölge düşüreceği kaygısına dayanmaktadır<sup>45</sup>. Zira hakemlerce *ex parte* geçici tedbir kararına hükmedilmesi, zorunlu olarak yine “*ex parte*” tedbir talep eden tarafa kendini ifade etme ayrıcalığı ve bu erken dönemde hakemlerle iletişime geçme avantajını tanımayı gerektirir. Bunun, hemen her uluslararası belgede teminat altına alınan “savunma hakkı” ve “adil yargılanma ilkesi” ile ters düşeceği ortadadır<sup>46</sup>. Keza bu sebeplerledir ki, yargılama neticesinde verilen esasa ilişkin hakem kararı kamu düzenine aykırılık veya savunma haklarının ihlali gibi gerekçelerle iptal edilme veya tenfiz edilmeme

<sup>44</sup> DERAİNS, *Ex Parte*, s. 62.

<sup>45</sup> Gerçekten de, tahkim yargılamasında yokluğunda aleyhinde tedbir kararı alınmış olan tarafın hakemler ile talep eden taraf arasında geçen diyalogdan nasıl ve ne zaman haberdar olacağı, talep reddedilse bile hakemlerin diğer tarafın tedbire hak kazanmak için ileri süreceği olgulardan ne derece etkileneceği veyahut hakemler ile talepte bulunan taraf arasında diğer tarafın sahip olmadığı zorunlu bir iletişimin gelişeceği gibi gerekçelerden ötürü hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmaları ilkesinin zarar görme ihtimalinin bulunduğu ve bu hususun ileride tenfize engel oluşturabileceği ileri sürülmüştür (DERAİNS, *Ex Parte*, s. 63). Aynı yönde görüş için bkz. VAN HOUTTE, *Ex Parte*, s. 91.

<sup>46</sup> VAN HOUTTE, *Ex Parte*, s. 91.

tehlikesiyle karşı karşıya kalabilecektir. Böyle bir tehlike ise başlı başına ciddi bir karşı gerekçeyi oluşturmaktadır<sup>47</sup>.

Doktrinde hakemlere *ex parte* geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetme yetkisinin verilmesine karşı çıkan yazarlardan biri de, konu hakkında ayrıntılı gerekçeleri içeren bir makale kaleme alan **Hans Van Houtte**'dur<sup>48</sup>. Yazarın ileri sürdüğü gerekçelerin başında tahkim yargılamalarında hakemlere *ex parte* geçici tedbir kararı verme yetkisi tanınmasına gerçekte hiçbir ihtiyaç olmaması ve böyle bir tedbire duyulduğu iddia edilen gereksinimin aslında başkaca yöntemlerle de pekâla giderilebilecek olması gelmektedir<sup>49</sup>. Yazara göre *ex parte* geçici koruma tedbirlerinden umulan öncelikli menfaat, aleyhine tedbir kararı verilen tarafın mevcut *status quo*'yu bozucu eylemlerine engel olmaktır. Halbuki, bu amaca ulaşmak için yegâne yöntem *ex parte* geçici tedbirler değildir. Doktrinde “*ön geçici tedbirler*” (*preliminary interim measures*) olarak isimlendirilen önlemlerle de bu amaca ulaşılabilmesi mümkündür<sup>50</sup>. Tamamiyle dosya üzerinden verdikleri bu tür ön geçici tedbir kararlarında hakemler, her iki taraftan da, aralarındaki mevcut durumu değiştirecek her türlü eylemden kaçınmalarını istemekte ve böylece taraflardan hiçbiri ile özel bir münasebete girmemiş olmaktadır. Böylelikle, tarafların hakemlere veya tahkim yargılamasına olan güveni de sarsılmamış olmaktadır.

Hakemlerce verilen *ex parte* geçici koruma tedbirlerinin yöneldiği tarafa haber verilmeden alındığı düşünüldüğünde, bu tedbirlere rızaen uyulması ihtimalinin de az olacağı, dolayısıyla bu tedbirlerin cebren icrası için mahkemelere başvurmanın zorunlu olacağı söylenebilir. Hal böyle iken, mahkemelerin bu tür geçici tedbir kararlarını icra etmekte çekimsiz kaldıkları, icra etseler dahi bu esnada geçecek zaman nazara alındığında *ex parte* tedbirlerden umulan sürpriz etki veya acele müdahale gibi özelliklerin anlamsız kalacağı belirtilmektedir<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> VAN HOUTTE, *Ex Parte*, s. 91; DERAİNS, *Ex Parte*, s. 63. Nitekim, devlet yargısında mahkemelerce verilen *ex parte* kararlar dahi birçok ülke hukuk sisteminde savunma haklarının ihlali gerekçesiyle icra edilmemektedir. Örneğin, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, *Denilauler v. Snc Couchet Frères* Davasında, böyle bir kararın o dönem yürürlükte olan Brüksel Konvansiyonu'nun tenfiz şartlarını taşımadığını açıkça belirtmiştir. Taraflardan birinin yokluğunda alınan yabancı mahkeme kararlarına karşı var olan antipatinin, bilhassa Brüksel Tüzüğü ve Lugano Konvansiyonu'na taraf olan Avrupa Birliği üyesi ülkeler açısından, hakemlerce verilen *ex parte* kararlar için de geçerli olacağını ve bunların bu ülkelerde tenfizin son derece zayıf bir ihtimal olacağı ileri sürülmüştür (VAN HOUTTE, *Ex Parte*, s. 92). Karar için bkz. Case 125/ 79 (1980) ECR 1553.

<sup>48</sup> VAN HOUTTE, *Ex Parte*, s. 85 vd.

<sup>49</sup> VAN HOUTTE, *Ex Parte*, s. 89.

<sup>50</sup> VAN HOUTTE, *Ex Parte*, s. 89; YEŞİLOVA, s. 686.

<sup>51</sup> VAN HOUTTE, *Ex Parte*, s. 89.

Tahkim yargılamasının taraf iradesini esas alan özel bir yargılama türü olmasından hareketle hakemlerce *ex parte* geçici tedbir kararı verilmesinin aslında tarafların bu yargılama türünü seçmelerinin sebebiyle de bağdaşmayacağı, şayet kendilerine hukuki dinlenilme hakkı tanınmaksızın aleyhlerinde bu tür tedbir kararlarının verilebileceğini bilselerdi büyük ihtimalle tahkime gitmeyecekleri de yine ileri sürülen karşı gerekçelerden birini oluşturmaktadır<sup>52</sup>.

Hakemlerin *ex parte* geçici koruma tedbir kararı vermelerinin yanlış olacağına dair gösterilen diğer gerekçeler arasında, hakemlerin güvenilir, tarafsız, adil ve ön yargısız konularının bu tür kararlar nedeniyle sorgulanabilir hale gelmesi, hakemlerin yetki aşımı sebebiyle vermiş oldukları hakem kararlarının tenfizinde sorun yaşanması ihtimali gibi gerekçeler bulunmaktadır<sup>53</sup>.

Doktrinde azınlıkta kalan ve hakemlerin de, tıpkı mahkemeler gibi, *ex parte* geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmelerini savunan görüşün dayandığı en temel gerekçe ise, tahkim yargılamasında da *ex parte* tedbirlerin verilebilmesini haklı ve gerekli kılacak durumların söz konusu olabileceği ve etkin ve adil bir tahkim yargılaması yürütebilmek için bu nitelikteki tedbir kararlarının “sürpriz etkisi”nden faydalanmanın zorunlu olacağı düşüncesi gelmektedir<sup>54</sup>. Delillerin toplanabilmesi, mal kaçırılmasının önlenmesi gibi sebepler, bu tür tedbirleri gerektiren durumlara örnek gösterilebilir. Bundan başka, hakemlere bu yetkiyi tanımayıp, *ex parte* geçici koruma tedbirlerinden menfaati olan tarafı mahkemeye müracaat etmeye zorlamak; aynı zamanda tahkim yargılamasını tercih etmeyi gerektiren “gizlilik”, “mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundaki kaygılar” gibi sebepler karşısında da bir çelişki olacağından, *ex parte* tedbirlerin hakemlerce verilebilmesini haklı kılan gerekçeler arasında gösterilmektedir<sup>55</sup>.

Hakemlerin *ex parte* geçici koruma tedbirlerine hükmedip hükmedemeyecekleri meselesine getirilen son önemli katkı, UNCITRAL Model Kanunun hazırlık çalışmalarında ele alınan ve sıkça değişikliğe uğrayan tasarımlar ve bu bağlamda sürdürülmüş olan fikir tartışmalarıdır. Bu tartışmalar neticesinde, gerekli görülen hallerde hakemlere de *ex parte* geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisi tanınmanın ve fakat bu yetkinin yol açabileceği hukuki

<sup>52</sup> VAN HOUTTE, *Ex Parte*, s. 89.

<sup>53</sup> VAN HOUTTE, *Ex Parte*, s. 92-93; DERAİNS, *Ex Parte*, s. 62.

<sup>54</sup> CASTELLO James E.: “*Arbitral Ex Parte Interim Relief, The View in Favor*”, *Dispute Resolution Journal*, Vol. 58, No: 3, 2003, s. 60.

<sup>55</sup> CASTELLO, s. 66.

sorunları bertaraf etmeye yönelik bir takım çareler getirmenin doğru olacağı sonucuna ulaşılmıştır. Tarafların, aralarındaki tahkim sözleşmesinde *ex parte* tedbir alınmasını yasaklayan bir hüküm koymalarına imkan vermek, *ex parte* tedbirin yürürlükte kalacağı süreyi kısa tutmak amaçlı bir zaman limiti ihdas etmek veya *ex parte* tedbir talep eden tarafı muhtemel zararlardan sorumlu tutmaya yönelik düzenleme getirmek bunlara örnek gösterilmiştir<sup>56</sup>. Nihayetinde, 7 Temmuz 2006 tarihinde yürürlüğe giren yeni UNCITRAL Model Kanunu'nun 17 B maddesinin "*preliminary orders*" türü tedbirler açısından *ex parte* uygulamayı kabul ettiği görülmektedir. Buna göre, talep edilen geçici tedbirin amacına zarar verme riski bulunan hallerde hakemlerin, karşı tarafa haber vermeksizin *preliminary orders* kararı alabilecekleri belirtilmiştir. Buna mukabil, Model Kanun'un 17 E maddesinde, hakem heyetinin, normal geçici tedbirler için (*interim measures*), talep eden taraftan teminat göstermesini isteyebileceği belirtilmişken; *preliminary orders* için, hakemlerce uygunsuz veya gereksiz bulunmadığı müddetçe, teminata hükmedilmesi bir zorunluluk olarak düzenlenmiş ve bu tür tedbirler 20 günlük geçerlilik süresiyle kısıtlanmıştır. Dolayısıyla Model Kanun'un *ex parte* tedbirlere hükmederken aynı zamanda oluşabilecek olumsuz durumların da önüne geçmeye yönelik telafi edici bir düzenleme kabul ettiği görülmektedir<sup>57</sup>.

## F) Yaklaşık İspatla Yetinme

Kural olarak, taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı kendi lehlerinde sonuçlandırmak için ileri sürmüş oldukları vakıaların gerçekliğine dair tam bir kanaat oluşturmak zorundadırlar. Ancak bu kanaatin ölçüsü her talep veya vakıa için aynı değildir. Nitekim kanun koyucu bazı durumlarda ulaşılması gerekli olan kanaat ölçüsünü yoğun olarak istememiş, az-çok veya yaklaşık bir kanaati yeterli görmüştür. Bu konuların başında geçici hukuki koruma tedbirleri gelmektedir. Gerçekten de, geçici koruma tedbirlerinin talep edildiği hallerde, bu tedbirleri gerektiren vakıaların, tedbir talep eden tarafından, hakim veya hakemler nezdinde tam kanaat uyandıracak ölçüde ve kesin delillerle ispatının aranmasının hem geçici tedbir kurumunun niteliğiyle bağdaşmayacağı, hem de bu aşamada tam ispatın güç ve hatta imkânsız olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, duruşma olmadan evrak üzerinde yapılan bu basit

<sup>56</sup> CASTELLO, s. 65-66.

<sup>57</sup> WEGEN/ ESİN/ SHORE, s. 427 vd.; [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf).

ve çabuk incelemede davadaki kesin ispat kuralının değil, “yaklaşık ispat” kuralının yeterli olacağı kabul edilmektedir<sup>58</sup>. Bu bağlamda, tedbir kararlarının diğer bir özelliği olan “*prima facie*”, yani ilk bakışta elde edilen kanaate göre haklı ve gerekli olması özelliği ortaya çıkmaktadır<sup>59</sup>.

Belirtmek gerekir ki, geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmek için aranan “yaklaşık ispat”tan kasıt, tedbir talebinin haklılığına somut veriler ışığında kanaat getirebilecek oranda ispattır<sup>60</sup>. Bu ölçüyü, “*yalnız bir iddiadan daha çok, tam ispattan daha az*” diyerek belirlemek mümkündür<sup>61</sup>. Bununla birlikte, şüphe halinde tedbir talebinin reddedilmeyip, kabul edilmesi her halükârda isabetli olacaktır. Zira çoğu durumda, varsayımsal olarak, tedbir talebi reddedildiğinde uğranacak zararın, tedbir talebi kabul edildiğinde uğranılacak zarardan fazla olma ihtimali daha yüksektir<sup>62</sup>. Bunun yanı sıra, geçici tedbirlere hükmedilirken teminat istenebilmesi ya da haksız geçici tedbirler neticesinde tazminat talep edilebilmesi, geçici koruma tedbirlerinin verilmesini tereddüt halinde kolaylaştıracak telafi vasıtalarıdır.

### G) Bağlayıcı Olma

Mahkemelerce verilen geçici hukuki koruma tedbirleri yargısal bir karar oldukları ve temelinde bu tedbirleri meşru kılacak hukuki bir düzenleme bulunduğu için bağlayıcı ve zorlayıcı bir etkiye sahiptir. Bu bağlayıcılık kural olarak öncelikle tedbiri talep eden ile kendisine karşı tedbir talep edilen taraf arasındadır. Bununla beraber, geçici hukuki koruma tedbirleri duruma göre ilgili üçüncü şahısları da bağlar<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> Geçici hukuki koruma tedbirlerinde yaklaşık ispata ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **ALBAYRAK** Hakan: “*Geçici Hukuki Himaye Tedbirlerinde Yaklaşık İspat*”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 31, Mart 2009, s. 79-98. **KNOEPFLER / SCHWEIZER**, *Mesures Provisoires*, s. 226.

<sup>59</sup> Hakem heyetinin tedbir kararı verirken dikkate aldığı bu “*prima facie*” haklılık durumu özellikle tahkim yargılamasında hakemlerin bağımsızlığı ve taraflara eşit mesafede durmaları gerekliliği açısından tartışılmaktadır. Henüz yargılama yapılmadan böyle bir kanaat oluşması kimi yazarlar için hakemlerin ihsas-ı reylerinin de bir göstergesi olmaktadır. Bu hususun sonradan iptal sebebi veya tenfiz engeli oluşturması pek mümkündür (Bkz. **LEW** Julian D.M./ **MISTELIS** Loukas A./ **KRÖLL** Stefan M.: *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, s. 604).

<sup>60</sup> **ALBAYRAK**, s. 91.

<sup>61</sup> **ALBAYRAK**, s. 97. Yaklaşık ispat yerine kullanılan diğer deyimler arasında “mukarine ispat”, “hakikate yakın ispat”, “kuvvetle muhtemel görme” ve “olabilirlik ispatı” gibi terimler bulunmaktadır (**ALBAYRAK**, s. 86).

<sup>62</sup> **ALBAYRAK**, s. 91.

<sup>63</sup> **YILMAZ**, s. 38.

Devlet yargısı önünde çözümlenen uyuşmazlıklar açısından hal böyle iken, uluslararası tahkim yargılaması çerçevesinde yürütülen yargılamalarda hakem veya hakem heyeti tarafından verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin bağlayıcılık özelliği farklı bir önem taşımaktadır.

Gerçekten de, tahkim yargılamasında geçici hukuki koruma kavramına karşı ihtiyatlı yaklaşımın temelinde kimi hukukçularca<sup>64</sup> kurumun bağlayıcılık açısından arz ettiği iddia edilen zaafiyet bulunmaktadır. Bu zaafiyet hakemlerin, millet adına karar veren ve devlet iktidarını temsil eden mahkemelerden farklı olarak salt tarafların verdiği yetkiyle karar vermelerinden ve bu nedenle “*imperium*” yetkilerinin bulunmamasından kaynaklanmaktadır<sup>65</sup>. Konunun hakemlerin tahkim yargılaması sırasında geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisi ile doğrudan bağlantılı olması sebebiyle bu husus ayrıntılı olarak ikinci bölümde incelenecektir. Dolayısıyla burada bağlayıcılık özelliği açısından kısaca bilgi vermekle yetineceğiz.

Hakemlerin tedbir kararı verememesi, verebilseler dahi bu tedbirlerin aslında “etkisiz” olacağı hususunda gösterilen en önemli gerekçenin, hakemlerin verdiği geçici tedbirlerin aslında mahkemelerce verilen tedbirler gibi “bağlayıcı” ve cebri icrası mümkün olmadığından “zorlayıcı” olmaması gösterilmektedir. Bu nedenle kararların sadece görünüşte kalacağı; dolayısıyla, hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin tahkim yargılamasında “bağlayıcılık” özelliğini taşımadığı belirtilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, bu görüş aslında tam olarak isabetli değildir. Çünkü, hakemlerce verilen tedbir kararlarının cebri icrasının mümkün olmaması ile bu kararların tarafları bağlayıcı niteliğe sahip olmaması arasında fark vardır. Şöyle ki; geçici hukuki koruma tedbirleri cebri icraya gerek bulunmaksızın da tarafların rıza göstermeleriyle her zaman uygulanabilir. Hatta bu durum tahkim yargılamalarında daha da sık karşılaşılan bir durumdur. Zira hükmedilmiş olan bir tedbir kararına riayet etmemek suretiyle yargılama boyunca hakemler nezdinde olumsuz bir görüntü sergilemek, her iki taraf açısından da istenmeyecek bir haldir. Dolayısıyla hakemlerce verilen bir geçici hukuki koruma tedbirinin taraflar üzerinde yaratacağı

<sup>64</sup> RAMOS MENDEZ, s. 56-57; DE LEVAL, s. 14; OUKRAT, s. 244; BERNARDINI, *Pouvoirs*, s. 22.

<sup>65</sup> BOND, s. 15. CLAY Thomas: *L'Arbitre*, Paris, 2001, s. 95-103; JARROSSON Charles: “*Réflexion Sur l'Imperium*”, *Etudes Offertes A Pierre Bellet*, Paris, 1991, s. 245-279; MAYER Pierre: “*Imperium de l'Arbitre et Mesures Provisoires*”, *Etudes de Procédure et d'Arbitrage en l'Honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, s. 437-452 (*Imperium*); DE LEVAL, s. 15.

etki ve bağlayıcılığı konusunda tereddüt olmamalı ve bu husus bir zaafiyet veya eksiklik yaratmamalıdır<sup>66</sup>.

Doktrinde hakemlerce verilen tedbir kararlarının bağlayıcı olduğunu savunan bir başka görüş de, yargılama ile cebri icranın farklı etki alanlarının olduğu gerekçesine dayanmaktadır<sup>67</sup>. Şöyle ki; bu fikir uyarınca, hakemlerce verilen herhangi bir geçici hukuki koruma tedbirinin *lex arbitrii* veya *lex fori* yönünden cebren icrası zorunlu olsa dahi, salt bu durum, anılan kararın tarafları hukuken bağladığı gerçeğini değiştirmemektedir. Diğer bir deyişle, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesi ve bu esnada yapılmakta olan yargılama ile bunların cebri icrası sırasında yaşananlar birbirinden farklıdır. Tahkim söz konusu olduğunda, yargılama süreci ve bu bağlamda verilen tedbir kararları, her bir forum için farklı anlam ifade edebilecek ve bağlayıcılığın ifade edeceği anlam da bu oranda ülkeden ülkeye değişecektir. Oysa cebri icra sadece tek bir ülke içindir ve yalnızca onun için anlam ifade etmektedir<sup>68</sup>. Cebri icra safhası temel alınarak hakemlerin verdiği geçici hukuki koruma tedbirlerinin taraflar açısından bağlayıcı olmadığını söylemek bu sebeple isabetli olmayacaktır.

Kanaatimizce de hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirleri bağlayıcı niteliktedir. Hatta bu açıdan mahkemelerce verilen geçici tedbirlerden de herhangi bir farklılık taşımamaktadır. Nasıl ki, mahkemelerce verilen tedbirler taraflar açısından bağlayıcı ise ve taraflar kendiliğinden bu tedbirlere riayet ettiklerinde cebri icraya gerek kalmaksızın bağlayıcılık özelliği kendini gösteriyorsa, aynı sonuç hakemlerce verilen geçici tedbirler açısından da geçerli olacak ve tarafların kendiliğinden tedbirleri yerine getirmeleri durumunda cebri icra safhası söz konusu dahi olmayacaktır. Bu sebeple, farklı bir hukuki safha olan cebri icrayı kriter olarak tarafların rızaen yerine getirmediği geçici hukuki koruma tedbirlerinin *imperium* 'u olmayan hakemlerce cebren icra edilememesi gerekçe göstererek, bu tür tedbirlerin aslında bağlayıcı olmadığı şeklinde yorum yapmak, iki ayrı hukuki safhayı birbirine karıştırmak olacağından isabetli olmayacaktır. Kaldı ki, belli bir devlet mahkemesinden alınmış olan bir tedbir kararı sadece o ülke topraklarında hüküm ifade ederken, hakemlerce verilen tedbir kararları aslında belli bir ülkenin sınırları dahiline hapsolmuş olmayan tedbirlerdir<sup>69</sup>. Her ne kadar zorlayıcı etkisi

---

<sup>66</sup> YEŞİLOVA, s. 643; BOND, s. 20.

<sup>67</sup> YEŞİLOVA, s. 643.

<sup>68</sup> YEŞİLOVA, s. 643.

<sup>69</sup> BOND, s. 21.

açısından zaafiyet taşıdığı ileri sürülse de, aslında tahkim yargılaması açısından hakemlerin verecekleri geçici tedbir kararlarının böyle bir zorlayıcılığa ihtiyacı da yoktur<sup>70</sup>. Zira, tahkim yargılamasının sözleşmesel niteliğinin de etkisiyle, hakemlerce gerekli görülen bu geçici tedbir kararlarını taraflar aslında çoğu zaman rızaen yerine getirmekte ve dolayısıyla tedbirlerin etkinliği için “zorlayıcı” etkiye gerek kalmamaktadır.

Buna mukabil, zorunlu olarak cebri icrayı gerektiren ve tarafların kendi başlarına uygulayamayacakları geçici koruma tedbirlerini bundan ayrı tutmak gerekmektedir. Örneğin, ihtiyati haciz gibi bir tedbiri tarafların kendi başlarına uygulamaları beklenemeyeceğinden, buna benzer kamu gücünün kullanılmasını gerekli kılan geçici koruma tedbirlerinin hakemlerce verilebileceği bile tartışma konusu iken, bunların bağlayıcılığında bahsetmenin zorluğu ortadadır. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalara ileride değineceğimiz için şimdilik bu tespiti yapmakla yetiniyoruz.

### **III. Şartları**

Geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin en önemli meselelerin başında, hiç şüphesiz, bu tür tedbirlere hangi şartların varlığı halinde karar verilebileceği gelmektedir. Zira, ulusal veya uluslararası mahkemelerde hakimlerin ya da tahkim yargılamasında hakemlerin, uyuşmazlıkların çözümü esnasında veya bundan da evvelki bir dönemde bu tür tedbirlere karar verirken son derece ihtiyatlı davranmaları gerekmektedir. Çünkü tedbirin reddedilmesi, talep eden tarafı telafisi mümkün olmayan zararlara uğratabilmekte, kabulü ise bazı durumlarda karşı tarafın zarar görmesine sebep olabilmektedir. Hal böyle iken, tedbir kararı verilirken takdir hakkının keyfi kullanılmaması ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin doğru bir biçimde gözetilmesi gerekmektedir.

#### **A) Şartların Hangi Hukuki Kaynak Temelinde Belirleneceğinin Tespiti Sorunu**

Gerek mahkemelerce gerekse hakemlerce geçici ve koruyucu tedbir kararlarının verilebilmesi için bu tedbirleri haklı ve gerekli kılan bazı koşulların varlığı zorunludur. Söz konusu devlet yargısı olduğunda ve bu tür tedbirlere

---

<sup>70</sup> BOND, s. 21.



mahkemelerce karar verilecek olduğunda, bu şartların neler olduğu hemen her ülke hukuk sisteminde kanunlarla belirlenmiştir<sup>71</sup>. Genel olarak, geçici hukuki koruma tedbiri talep eden tarafın bu talebinde ve esas hakkındaki davasında ilk görünüşte haklılığının bulunması (*fumus boni juris*), acil tedbir alınmakta gecikildiği takdirde bu hakkın ihlâli tehlikesinin (*periculum in mora*) varlığı bütün hukuk sistemlerinin benimsediği iki temel şartı oluşturur<sup>72</sup>. Ancak tahkim yargılaması çerçevesinde hakemlerce hangi şartlarla geçici tedbir kararı verilebileceği bu denli açıklığa sahip değildir. Gerçekten de, bu hususun kanunlarda veya tahkim tüzüklerinde<sup>73</sup> çoğunlukla ya hiç düzenlenmediği<sup>74</sup>, yahut da hakemlere son derece geniş takdir yetkisi tanınacak bir biçimde “*gerekli görüldüğü hallerde*”<sup>75</sup> veya “*hakemler uygun gördüğü takdirde*”<sup>76</sup> geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebileceğinin düzenlendiği görülmektedir.

Bu bağlamda sorgulanması gerekli hususlardan biri de, kanunlarda mahkemelerce geçici hukuki koruma tedbirleri verilirken aranan şartların, bu boşluğun doldurulması amacıyla hakemler için de geçerli olup olmayacağıdır. Bu

<sup>71</sup> Örneğin Türk Hukukunda geçici hukuki koruma tedbirlerinden biri olan ihtiyati tedbirlerin mahkemelerce hangi hal ve şartlarda verilebileceği HUMK. md. 101 vd.; ihtiyati hacizde ise İİK. md. 257 vd. hükümlerinde açıkça belirtilmiştir. Bundan başka, HUMK Tasarısı'nın 393. maddesinde konuya ilişkin açık bir düzenleme getirilmiştir: “Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir” (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/hmk.htm>).

<sup>72</sup> CREMADES, *The Need*, s. 228; RAMOS MENDEZ, s. 58-59; YEŞİLOVA, s. 680; ÖZBEK HADİMOĞLU, *Brüksel*, s. 17.

<sup>73</sup> Yeşilirmak tarafından incelenen 29 tahkim kurumunun kurallarına bakıldığında bunların 25 tanesinin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme şartlarını ya belirtmediği ya da “*gerekli görülen hallerde*” gibi çok geniş ifadelerle geçiştirdiği saptanmıştır (YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 170-171).

<sup>74</sup> 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun “İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz” başlıklı 6. maddesi hangi şartlarla bu tedbirlere hükmedilebileceğini düzenlememiş, sadece 2. fıkrasında “*Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilir*” demekle yetinmiştir. Aynı şekilde 1996 Tarihli English Arbitration Act md. 38 ve 39 ile LCIA md. 25 hangi türdeki tedbirlere hükmedileceğini ayrıntılarıyla düzenlerken, bunlara hangi şartlar altında karar verilebileceğini düzenlememiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. MUSTILL Lord J.M./ BOYD C.Stewart: *Commercial Arbitration*, Second Edition, London, 2001, s. 311-316; DONOVAN Francis Donald: “*Powers of the Arbitrators to Issue Procedural Orders, Including Interim Measures of Protection, and the Obligation of Parties to Abide by Such Orders*”, ICC Bulletin Vol. 10, No: 1, 1999, s. 66-67; WEGEN/ ESİN/ SHORE, s. 62-63.

<sup>75</sup> Örneğin Alman Usul Kanunu ZPO § 1041/ I ve AAA md. 34.

<sup>76</sup> ICC Tahkim Tüzüğü md. 23. Ayrıntılı bilgi için bkz. CRAIG W. Laurence/ PARK W. William/ PAULSSON Jan: *Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules with Commentary*, 2001, s. 140; SCHAFFER Erik/ VERBIST Herman/ IMHOOS Christophe: *ICC Arbitration in Practice*, 2005, s. 114-117.

soruya kesin bir cevap vermek oldukça güçtür<sup>77</sup>. Zira, ulusal hukuklarda mahkemeler açısından aranan şartların genel itibariyle hakemler için de aranacağını ifade eden görüşler<sup>78</sup> olduğu gibi, bu boşluğun aslında belli bir amaca yönelik olduğunu savunan ve böyle bir çıkarımın yapılamayacağını ifade eden görüşler de mevcuttur<sup>79</sup>. Örneğin, bir görüşe göre, hakemlerce hükmedilecek geçici hukuki koruma tedbirlerinin hangi şartlarla verilebileceğinin mevzuatta düzenlenmemiş olmasının nedeni, tahkim yargılamasının devlet yargısına oranla sahip olduğu esneklik dahilinde hakemlerin bu konudaki düzenleme boşluğunu olabildiğince geniş bir takdir yetkisi ile doldurmalarına imkân tanımaktır<sup>80</sup>. Diğer bir görüş ise, böyle bir boşlukta hakemlerin, hangi ülkeninki olduğu tartışmalı olsa da doğrudan bir milli hukuk sistemine başvuracağından hareketle, bu boşluğun ilgili ülke hukuku içerisinde hakemlere tanınmış olan takdir yetkisi dahilinde doldurulmasının tercih edilen çözüm olduğunu ileri sürmektedir<sup>81</sup>. Bununla beraber, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe hakemlerin temel aldığı hukukun çoğu zaman tahkim yeri hukuku olduğu düşünüldüğünde, bu fikrin de aslında çok isabetli olmayabileceği ileri sürülebilir. Zira tahkim yerinin tesadüfi olması, sadece tarafsız bir ülke olduğu için seçilmiş olması veya uyumsuzlukla hiçbir bağlantısı bulunmaması gibi ihtimaller, tarafların erken dönemde söz konusu olan geçici koruma tedbirleri gibi önemli menfaatlerini bu hukukta yer alan elverişsiz şartlar sebebiyle tehlikeye düşürebilme riski taşır.

Uluslararası tahkim hukukuna hakim olan eğilimin, mahkemelerce geçici koruma tedbirlerine hükmedilirken gözetilen kriterlerin hakemler için de geçerli olması yönünde olduğu ileri sürülmüştür<sup>82</sup>. Ancak, özellikle uluslararası tahkimin

<sup>77</sup> Nitekim uluslararası tahkim uygulamasında her iki görüşü de yansıtan kararlara rastlamak mümkündür. Bkz. NAI Case no: 1694, *American Producer v German Construction Co*, XXIII YBCA 97 (1998); ICC Case no: 7544, 11 (1) ICC Bulletin 58 (2000) ve ICC Case no: 7589, 1994 (**LEW** Julian D.M.: “*Analyse des Mesures Provisoires et Conservatoires dans L’Arbitrage de la CCI*”, Bulletin de la Cour Internationale d’Arbitrage de la CCI Vol. 11/No.1, 1er semestre 2000, s. 28 (*Analyse*)).

<sup>78</sup> **CREMADES**, *The Need*, s. 227-228.

<sup>79</sup> **LEW**, *Analyse*, s. 28.

<sup>80</sup> **YEŞİLOVA**, s. 679, dn. 100.

<sup>81</sup> **YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 171-172; **KARRER**, A.Pierre: “*Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and The Courts: Less Theory, Please International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*”, ICCA Congress Series, No: 10, 2001, s. 104 (*Interim Measures*). Bu görüşün eleştirisi için bkz. **LEW**, *Analyse*, s. 28.

<sup>82</sup> **KARRER**, *Interim Measures*, s. 104; **CREMADES**, *The Need*, s. 227-228; **BERTI** Stefan: *International Arbitration in Switzerland*, 2000, s. 430; **PETER** B.: “*Switzerland*”, *Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook*, Ed. A lex Bösch, Berlin 1994, s. 699; **BUCHMAN** B. L.: “*France*”, *Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook*, Ed. A lex Bösch, Berlin 1994, s. 258; **YEŞİLOVA**, s. 680.

hızla geliştiği son yıllarda tahkim uygulamasının daha farklı ve özerk bir yol çizdiği ve içtihatların, devlet yargısı açısından geçerli olan kriterlerin sadece bazılarının dikkate alınması<sup>83</sup> ya da nazara alınan kriterlerin tahkimin niteliğine uygun bir biçimde farklı yorumlanarak uygulanması yönünde geliştiği görülmektedir<sup>84</sup>. Hal böyle iken, geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmek için aranacak şartların uluslararası tahkim uygulamasından, karşılaştırmalı hukuktan, farklı kurumsal tahkim kurallarının incelenmesinden ve doktrindeki düşüncelerden yola çıkılarak<sup>85</sup> soyut bir biçimde hakemler tarafından takdir edilmesi daha isabetli olacaktır. Bu bağlamda, özellikle “hukukun genel ilkeleri” de bir başvuru kaynağı teşkil eder. Zira, bir hakkın geçici olarak korunması ihtiyacı ve bu korumanın tedbirler yoluyla sağlanması, tüm ülke hukuk sistemlerinin gözettiği ortak ilkelerin belki de en önemlilerinden biridir<sup>86</sup>.

Meseleye Türk Hukuku açısından yaklaşıldığında, uluslararası tahkim çerçevesinde geçici hukuki koruma tedbirlerine hangi koşullarda karar verilebileceğinin, diğer ülke hukuk sistemlerinde olduğu gibi, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda da ayrı bir hükümlerle düzenlenmemiş olduğu görülmektedir. Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun geçici hukuki koruma tedbirlerini içeren “*İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz*” başlıklı 6. maddesinde, hangi şartlar altında bu tür tedbirlere hükmedileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, mahkemelerce hükmedilme şartlarının hakemler bakımından da geçerli olup olmayacağı sorusuna, bizzat kanunun 17. maddesinde yer alan “*Bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanmaz*” şeklindeki hükmün açıkça yanıt verdiği ve dolayısıyla böyle bir çıkarımın yapılmasının kanunun bu açık hükmü karşısında

<sup>83</sup> Uluslararası ticari tahkimde kendisine en fazla başvurulmuş tahkim kurumu olma özelliğine sahip ICC’nin kararları incelendiğinde, hakemlerin geçici koruma tedbiri verebilmek için üç temel şartın varlığını yeterli kabul ettikleri görülmektedir. Bunlar, verilen tedbir kararının esasa ilişkin önyargı teşkil etmemesi, aciliyet ve telafisi güç veya imkânsız bir zararın varlığının ispatıdır. Bu üç temel şartın tüm ICC hakem kararlarında aranmasının zaman içerisinde oluştuğunu, yoksa ICC Tahkim Tüzüğü içerisinde hangi şartlarla hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedeceklerinin düzenlenmiş olmadığını belirtmek gerekmektedir. Gerçekten de, ICC Tahkim Tüzüğü’nün konuyu düzenleyen 23. maddesi, salt hakemlerin geçici koruma tedbiri verebilme yetkisine işaret eden, ancak bu yetkinin hangi şartların varlığı halinde kullanılabileceğini düzenlemeyen bir maddedir (LEW, *Analyse*, s. 27-28; YEŞİLİRMAK Ali: “*Les Mesures Provisoires et Conservatoires dans la Pratique Arbitrale de la CCP*”, ICC Bulletin, Vol. 11, No: 1, 2000, s. 35 (CCD)).

<sup>84</sup> Bu görüşün gerekçeleri ve görüşün benimsendiği ICC kararları için bkz. LEW, *Analyse*, s. 24-31 ve özellikle s. 28.

<sup>85</sup> YEŞİLİRMAK, s. 173.

<sup>86</sup> COLLINS Lawrence: “*Provisional and Protective Measures in International Litigation*”, Rec. Cours. 1992, III, Vol. 234, s. 23 (*Measures*).

mümkün olamayacağı düşüncesindeyiz. Bu durumda, Milletlerarası Tahkim Kanunu açısından geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilme şartlarının, bu kurumun genel karakterinden ve iç hukuklarda düzenleniş biçiminden hareketle ve özellikle uluslararası tahkim uygulamasındaki ihtiyaçlar ve koşullar<sup>87</sup> esas alınarak soyut bir biçimde belirlenmesi isabetli olacaktır.

## **B) Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Hükmedebilmek İçin Aranılan Ortak Şartlar**

Bilindiği üzere, geçici ve koruyucu tedbirlere hükmedilmesinin mahkemeler için geçerli olan ve farklı ülkelerde kabul edilen şartları genel olarak aciliyet, gecikmesinde tehlike veya telafisi mümkün olmayan zarar ihtimali, bu ihtimallerin yaklaşık ispat yoluyla gerçeğe yakın ispatı, muhtemel zararın başkaca bir yolla giderilmesinin mümkün olmaması, uyuşmazlığın esası hakkında *prima facie* haklı olma olasılığının varlığı ve oranlılıktır<sup>88</sup>. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu kriterlerin tamamının devlet yargısında anlaşıldığı şekliyle hakemlerce verilecek geçici tedbirlerin şartı olarak aranması, tahkim kurumunun özelliği ile her zaman bağdaşmayabilir. Örneğin, doktrinde sayılan şartlardan biri olan “*uyuşmazlığın esası hakkında ilk bakışta haklı olma olasılığının varlığı*” uygulamada hakemlerin uyuşmazlığı ne yönde çözeceklerine ilişkin bir önyargı yaratabileceğinden, doktrinde tartışma konusu olmuş ve bu sebeple söz konusu şarta daima kuşkuyla yaklaşmıştır<sup>89</sup>.

Gerçekten, uluslararası tahkim uygulamasında, her somut olayın şartları dahilinde bu kriterlerin değerlendirileceği ve genel olarak, üzerinde uzlaşma sağlanan aşağıda incelenecek olan şartların değişik kombinasyonlarının varlığı halinde hakemlerin geçici tedbirlere hükmettikleri görülmektedir. Üzerinde mutabakat oluşmuş bu şartlar: (i) taraf talebi (ii) aciliyet (iii) esas hakkında haklılığa ilişkin kuvvetli ihtimal (iv) tehlike veya telafisi mümkün olmayan bir zarar ihtimali ve bu olgunun ispatı (v) menfaatler arası dengenin oranlılık prensibiyle gözetilmesi (vi) gerekli duyulan hallerde teminat gösterilmesinin aranması (vii) uyuşmazlık

<sup>87</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 129.

<sup>88</sup> LEW, *Analyse*, s. 27; KENNETT, s. 159-164.

<sup>89</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL s. 604; LEW, *Analyse*, s. 29, YEŞİLIRMAK, *CCI*, s.34. Bununla beraber 2006 yılında değişikliğe uğrayan UNCITRAL Model Kanunu'nun 17 A Maddesinin b bendinde bu şart: “*uyuşmazlığın esası hakkında haklı çıkma ihtimalinin mantıklı olması*” şeklindeki hükümlerle açıkça kabul edilmiştir. Benzer yöndeki bir karar için bkz. XXVI YBCA 2001, s. 204 vd.

hususunda bir ön yargı ve peşin hüküm oluşmaması ve (viii) kesin hukuki koruma ile arzulan menfaatin yerini almama şartlarıdır<sup>90</sup>.

Aşağıda incelenecek olan bu ortak koşullar haricinde hakemlerce geçici tedbir kararları verilebilmesi için herşeyden evvel geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunması ve tahkime elverişli bir uyuşmazlığın söz konusu olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, hakem veya hakem heyetinin de usulüne uygun olarak seçilmiş ve atanmış olmaları lazımdır. Aynı zamanda hakemler *prima facie* yani ilk bakışta da olsa olsa yargı yetkisini haiz olmalıdırlar<sup>91</sup>. Zira, uyuşmazlığı çözemeyecek olan bir mercinin doğal olarak geçici hukuki koruma tedbiri de verememesi gerekir. Ne var ki, bu noktada sırf taraflardan birinin hakemlerin uyuşmazlığı çözmeye hususunda yetkisiz olduğunu iddia etmesi tek başına geçici tedbir kararı verme yetkisinin önünde bir engel oluşturmamalıdır. Diğer bir deyişle, şüphe halinde hakemlerin en azından geçici hukuki koruma tedbiri verebilecek kadar yargı yetkisine sahip oldukları kabul edilir<sup>92</sup>. Bu noktada belirtmek gerekir ki, ancak oluşmuş bir hakem mahkemesi tedbir kararı verebilir; hakem mahkemesinin oluşmasından önce geçici hukuki koruma tedbirleri ancak mahkemelerden istenebilecektir<sup>93</sup>.

Uluslararası tahkimin söz konusu olduğu hallerde, hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirlerinin verilebilmesi için öncelikle tahkime ilişkin genel geçerlilik ve varlık şartlarının mevcudiyetinin gerektiğini bu şekilde belirttikten sonra, geçici nitelikte koruyucu tedbir kararlarının verilebilmesinin yukarıda saydığımız soyut ve genel şartlarını inceleyebiliriz.

### 1) Taraf Talebi

Gerek mahkemeler, gerekse hakemlerce hükmedilecek olan geçici hukuki koruma tedbirlerinin verilebilmesi için gerekli olan en önemli koşullardan biri taraf talebidir. Gerçekten de, uyuşmazlığa düştüğü taraftan elde edeceği bir hakkı olduğuna inanan taraf, bu hakkını, kesin hukuki himaye olan dava sonucunda elde edinceye dek geçecek süre içerisinde dava sonucunun anlamsız ve etkisiz kalmasına karşı hukukun kendisini korumasına ihtiyaç duyabilir. Bu haklı menfaat ve

<sup>90</sup> LEW, *Analyse*, s. 29; LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 604-605; CREMADES, *The Need*, s. 227-229.

<sup>91</sup> BOND, s. 18.

<sup>92</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 606; BOND, s. 18; BERAUDO Jean Paul: "Recognition and Enforcement of Interim Measures of Protection Ordered by Arbitral Tribunals", JIA 22 (3), 2005, s. 247 (*Enforcement*).

<sup>93</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 129.

beklentisinin geçici tedbir kararı ile karşılanabilmesi için, buna yönelik talepte bulunması şarttır. Zira hakem veya hakem kurulu kendiliğinden böyle bir geçici koruma tedbiri kararı veremez. Devlet yargısında mahkemeler açısından da aynı zorunluluk mevcuttur.

Uluslararası tahkime ilişkin birçok düzenleme de, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebilmesi için taraflarca bu yönde talepte bulunulmuş olması şartı aranmaktadır. Bunlar arasında LDIP md. 183/ 1, Hollanda CCP md. 1051/ 1, ZPO § 1041/ 1, MTK md. 6/ 2 bulunmaktadır. Buna karşın, ICSID Tahkim Tüzüğü md. 39/ 3 hükmünde, taraflar talep etmese dahi hakem mahkemesinin uygun gördüğü geçici tedbiri re'sen alabileceği belirtilmiştir.

Doktrinde, Türk Hukuku'nda delil tespiti söz konusu olduğunda, taraflardan başka hakemlerin de re'sen delil tespitine karar verebilecekleri ileri sürülmüştür<sup>94</sup>. Bu görüşün dayanağı, MTK. md. 12/ B hükmünün: *“Taraflar, delillerini hakem veya hakem kurulunca belirlenen süre içinde verirler. Hakem veya hakem kurulu, delillerin toplanmasında asliye hukuk mahkemesinden yardım isteyebilir. Bu takdirde mahkeme, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerini uygular”* şeklindeki ifadesidir. Madde hükmünün dolaylı ifadesinden, hakemlerin delil tespitine karar verilebilmesinin mümkün olduğu ya da Kanunun buna yabancı veya karşı olmadığını anlaşılması gerektiği savunulmuştur. Buna karşılık, bir diğer görüş ise, delil tespiti ile delil toplanmasının birbirinden farklı olduğunu, haliyle hakemlerin bu konudaki yetkilerinin de birbirleriyle karıştırılmaması gerektiğini ileri sürerek, madde hükmünün hakemlere delil tespiti konusunda bir yetki vermediğini dolaylı yoldan vurgulamıştır<sup>95</sup>.

Uygulamada geçici hukuki koruma tedbirlerinin taraflarca iyiniyetli bir şekilde ve hukuki yarar bulunduğu halde talep edilmesinin yanı sıra, bu kurumun aynı zamanda bir saldırı silahı veya engelleme aracı olarak kötüniyetle kullanıldığı da görülmektedir<sup>96</sup>. Bu nedenle tedbir isteyen kişinin talep ettiği doğrultuda karar verilmeden önce, bu yöndeki hukuki yararın araştırılması gerekir. Zira tedbir kararları ancak, yargılama süresince telafisi zor veya imkânsız bir zararın veya tehlikenin söz konusu olması halinde verilebilmektedir.

<sup>94</sup> YEŞİLOVA, s. 659.

<sup>95</sup> YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 11.

<sup>96</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 129.

## 2) Tedbir Alınmadığında Telafisi Güç Veya İmkânsız Bir Zararın Ortaya Çıkma Olasılığı (*Periculum In Mora*)

Geçici hukuki koruma tedbirlerinin tanımı ve amacı incelenirken de belirtmiş olduğumuz gibi, bu tür tedbirlere, ancak dava sonuçlandığında elde edilecek olan hakkın henüz yargılama safhasındayken acil müdahale edilmediği takdirde tehlikeye girmesinin ya da anlamsız kalmasının söz konusu olacağı durumlarda karar verilebilmektedir. Bu tehlikeler dava konusu şeye ilişkin olabileceği gibi, ispata yarayacak delillerin ortadan kaldırılması veya borçlunun malvarlığı üzerinde yapacağı kötünietli tasarruflar ile hükmün fiilen icrasının engellenmesi şeklinde de olabilmektedir.

İşte geçici hukuki koruma tedbirine karar verebilmek, yani henüz dava sonuçlanmadan evvelki bir dönemde tarafların hak ve borçları üzerinde etki edebilmek için bu gibi tehlikelerin mevcudiyeti aranmaktadır<sup>97</sup>. Diğer bir ifadeyle, ancak nihai hukuki koruma olan dava sonucunu beklemenin ve onunla yetinmenin bir risk olduğu durumda geçici hukuki koruma tedbirleri meşruiyet kazanır<sup>98</sup>.

Gerek devlet yargısında mahkemeler, gerekse tahkim yargılamasında hakemler açısından geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verirken bu şartın varlığını aramak bir zorunluluktur.

## 3) Esasa İlişkin Haklılığın Varlığı (*Fumus Boni Juris*)

Gerek mahkemelerce gerekse hakemlerce verilecek geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme şartlarından en önemlilerinden biri de, hemen hemen tüm ülke hukuk sistemlerinde de varlığı aranan “*fumus boni juris*”, yani davanın esası hakkında haklı çıkma ihtimalinin yüksek olduğunun ortaya konulabilmiş olmasıdır<sup>99</sup>. Zira, daha evvel de belirtmiş olduğumuz gibi, geçici koruma tedbirlerinin en büyük amacı, yargılama süresince geçecek olan zaman zarfında alınacak tedbirler vasıtasıyla nihai kararın etkisiz ve anlamsız kalmasını engellemektir. Dolayısıyla, geçici tedbir talebinin meşru sayılabilmesi için, nihai kararın tedbir talep eden tarafın lehine çıkmasının muhtemel gözükmesi gerekmektedir. Hiç kuşku yok ki, böyle bir çıkarımda bulunabilmek, özellikle de *lex fori*'ye bağlı olarak hüküm kurmakla

<sup>97</sup> YEŞİLOVA, s. 642.

<sup>98</sup> CREMADES, *The Need*, s. 228; BOND, s. 18; YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 7; LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 605; RAMOS MENDEZ, s. 59; LEW, *Analyse*, s. 29.

<sup>99</sup> RAMOS MENDEZ, s. 59; CREMADES, *The Need*, s. 228.

yükümlü olan mahkemeler açısından, belli ölçülerde *lex causae*'nin tanınmasını ve uyuşmazlık hakkındaki hükümlerinin bilinmesini gerektirmektedir. Hakemlerin bu şartı takdir ederken daha serbest hareket edebildikleri kabul edilmektedir<sup>100</sup>.

#### 4) Aciliyet

Geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilmek için gerekli olan şartlardan biri de yukarıda ifade edilen tehlike olasılığının derhal, vakit kaybetmeksizin ve dava sonucunu bekleyemeyecek kadar acil bir şekilde tedbir alınarak bertaraf edilmesinin zorunlu olmasıdır<sup>101</sup>. Şayet, tedbir talebini gerektirdiği ileri sürülen hal uyuşmazlığa ilişkin nihai kararı bekleyebilecek nitelikte ise, talep sahibi açısından bu durum herhangi bir giderilemez zarara neden olmayacak anlamına gelmektedir ve dolayısıyla tedbire hükmetmenin de bir gereği bulunmaktadır<sup>102</sup>. Zira dava sonucunda nihai kararlar karşılanaabilecek bu gibi durumlarda aciliyetten bahsetmek de mümkün olmayacaktır.

#### 5) Gecikmesinde Tehlike Bulunan Olgunun ve Tedbirin Zorunlu Olduğunun Yaklaşık İspatla Kanıtlanmış Olması

Olağan şartlarda dava sonucunda kazanılan kesin hukuki korumadan farklı bir biçimde, henüz taraflardan hangisinin bu korumaya layık olduğu ve hak sahibi olduğu belli olmayan bir dönemde geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilebilmesi için, özellikle buna duyulan ihtiyaç ve zorunluluğun tedbire karar verecek olan yargı merci önünde hakikate yakın bir biçimde ispatlanmış olması gerekir.

Gerçekten de, ulusal hukuklarda, geçici hukuki koruma önlemlerine hükmedebilmek için bulunması gereken, durumun aciliyeti, çekişmeli hususun içerdiği tehlike, iddia edilen tehlikeli ve kötü niyetli davranış sonucu ortaya çıkan zararın tazmin edilip edilemeyeceği, tarafların birbirlerine karşı hakları, diğer herhangi bir çarenin imkânsızlığı gibi koşulların ileri sürülmesi ve gerçeğe yakın bir biçimde kanıtlanmış olması aranmaktadır<sup>103</sup>.

Gerek mahkemelerce, gerekse hakemlerce verilen geçici koruma tedbirleri için böyle bir şartın varlığı, taraflara kesin karar öncesi bu kararı lüzümsüz kılacak ölçüde

<sup>100</sup> RAMOS MENDEZ, s. 59; KNOEPFLER, *Mesures Provisoires*, s. 311.

<sup>101</sup> LEW, *Analyse*, s. 29; BOND, s. 19; YEŞİLOVA, s. 682.

<sup>102</sup> OUKRAT, s. 241-243; PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 130.

<sup>103</sup> SCHWAB/WALTER/BAUMBAUCH, s. 198 (PEKCANITEZ'den naklen, s. 130).



orantısız bir himaye sağlanmaması ve esas hakkındaki karardan evvel arzu edilen menfaate erken bir dönemde ulaşmayı temin etmemesi açısından önem taşımaktadır. Zira unutulmamalıdır ki, geçici koruma tedbirleri, dava sonucu elde edilen kesin korumayı sağlayan nihai kararın yerini almayan, ancak onu tamamlayan ve etkinliğini temin eden tamamlayıcı bir nitelik taşır.

## 6) Oranlık İlkesi

Geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verilirken dikkate alınması gereken hususlardan biri de, acele verilen böyle bir kararın muhatabı üzerinde yaratacağı olumsuz etki ile bu tedbir kararı ile korunmak istenen menfaat arasındaki dengeyi gözetme zorunluluğudur<sup>104</sup>. Bu denge aynı zamanda başkaca bir çareyle mevcut tehlikenin giderilememesini de zorunlu olarak içermektedir.

## 7) Teminat

Gerek devlet yargısında gerekse hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirleri karşılığında belli bir teminatın gösterilmesi aranabilmektedir. Uluslararası tahkime ilişkin önemli düzenlemelerde<sup>105</sup> de öngörülen bu imkânın özellikle hakemlerin geçici tedbir kararı vermesini kolaylaştırdığı, zira bu suretle hakemlerin taraflar arasındaki menfaat dengesini koruyabildiği ileri sürülmüştür<sup>106</sup>.

Bu noktada belirtmemiz gereken önemli bir husus da, teminata karar verdiklerinde, hakemlerin yargı yetkilerinin de kendiliğinden haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararlarla ilgili talepleri de kapsayacak şekilde *ex lege* genişlemiş olduğunun doktrinde kabul edildiğidir<sup>107</sup>. Diğer bir ifadeyle, tarafların bu hususa ilişkin ayrıca bir tahkim anlaşması yapmaları gerekmeyecektir<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 605; KARRER, *Interim Measures*, s. 104; YEŞİLOVA, s. 682, YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 180.

<sup>105</sup> MTK. md. 6/ 2; UNCITRAL Model Kanun md. 17/ E; ZPO § 1041/ 1; LDIP md. 183/ 3; ICC Tahkim Tüzüğü md. 23/ 1, LCIA md. 25/ 1 ve 2.

<sup>106</sup> SORIEUL Renaud.: “UNCITRAL’s Current Work in the Field of International Commercial Arbitration”, JIA, 2005, 22 (6), s. 557; YEŞİLOVA, s. 689; RAMOS MENDEZ, s. 60.

<sup>107</sup> KARRER, *Interim Measures*, s. 103; PETER, s. 720; BUCHMAN, s. 271; YEŞİLOVA, s. 690. Alman Hukukunda bu durum açıkça hüküm altına alınmıştır. Bkz. ZPO § 1041/ 4 (BÖSCH Alex: “Germany”, *Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook*, Ed. A lex Bösch, Berlin 1994 s. 298).

<sup>108</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 146.

## 8) Önyargı veya Peşin Hüküm Oluşmaması ve Tedbirin Dava Sonucunun Yerini Almaması

Geçici hukuki koruma tedbiri talep eden tarafın bu erken dönemde elde edeceği menfaat yersiz veya haksız olmamalıdır. Bu, aynı zamanda, böyle bir tedbirle, aslında kesin korumayla ulaşılabilecek sonucun da elde edilmiş olmaması anlamına gelir<sup>109</sup>. Şayet acele verilen bu tür bir karar, uyuşmazlığın esası üzerinde yapılacak tahkikatın yahut değerlendirmenin yerini alırsa burada bir ön yargıda bulunulmuş olur<sup>110</sup>. Nitekim HUMK Tasarısı 395/ 1. maddesinde, bu hususu: “*Mahkeme, asıl uyuşmazlığı çözecek nitelikte olmamak şartıyla, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir*” ifadesine yer vermek suretiyle açıkça belirtmiştir.

Bu şartın varlığı özellikle tahkim yargılamasında hakemler açısından büyük önem taşır. Zira, bu şarta uyulmadığı takdirde, yetkilerini tamamiyle taraf iradesinden alan hakemler açısından bu husus hem hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesine aykırılık sayılacak, hem de dava sonucunu henüz yargılama süreci bitmeden ilgili tarafa bahşetmek anlamına gelecektir ki, bu da kesin hukuki korumayı anlamsız ve gereksiz kılacaktır<sup>111</sup>.

Bunun yanı sıra, yukarıda evvelce belirttiğimiz gibi, mahkemeler tarafından geçici tedbire karar verilebilmesi için aranan “uyuşmazlığın esası hakkında ilk bakışta haklı olma olasılığının varlığı” şartı da işte bu sebepten ötürü doktrinde nadiren dikkate alınan bir şart olmuştur. Zira bu şart, uygulamada hakemlerin uyuşmazlığı ne yönde çözeceklerine ilişkin bir önyargının veya peşin hükmün oluşmasına müsaittir. Dolayısıyla, somut uyuşmazlığın niteliği ve talep edilen tedbirin ağırlığı bunu gerektirmedikçe bu hususun taraflarca ispatı çok ender olarak aranmaktadır<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> KNOEPFLER / SCHWEIZER, s. 225.

<sup>110</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 605; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 183-184.

<sup>111</sup> Fransız Hukuku'ndaki “*référé-provision*” ile İngiliz Hukuku'ndaki “*interim payments*” türü geçici koruma tedbirlerinin, hakem kararı verilmeden evvelki bir dönemde, uyuşmazlık konusuna kısmen veya tamamen kavuşmayı sağlayan tedbirlerdir.

<sup>112</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 605-606; YEŞİLOVA, s. 682;

## § 2. ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUK KAYNAKLARINDA GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİNİN TÜRLERİ VE İÇERİKLERİ

Her ülkenin toplumsal ve kültürel yapısı ile milli ekonomi sisteminin gücünün birbirinden farklı oluşu, bu ülkelerin uluslararası ticari uyuşmazlıklar için kabul ettikleri hukuki düzenlemelerin de farklı olmasına sebep olmaktadır. Bu farklılıktan, hiç kuşkusuz, uyuşmazlıkların nihai karara ulaşmasına dek geçecek süre içerisinde kararın geleceğini temin etme amacı taşıyan ve borçlunun kötüniyetli davranışlarına karşı alacaklıyı koruyan geçici hukuki koruma tedbirleri de payını almaktadır.

Çalışmamızın bu bölümünde, Türk Hukuku'nda ve belli başlı hukuk sistemlerini temsil eden ülkelerin yargılama hukuklarında yer alan geçici hukuki koruma tedbirlerine yer verilecektir. Etkisi, kapsamı ve niteliği açısından birbirlerinden ayrılan bu tedbir çeşitlerinin incelenmesi, daha sonraki bölümlerde tartışacağımız; hakemlerin geçici tedbir kararı verme yetkisine sahip olup olmaması, böyle bir yetkiye sahip olduğu takdirde hangi tür tedbir kararlarının verilebileceği ve verilmiş olan geçici tedbir kararlarının etkisi ve icrası sorunu açısından da belirleyici önem taşımaktadır. Henüz global anlamda bir “uluslararası usul hukuku” bulunmasa dahi, bunun nüvelerinin oluşmaya başladığı ve yakın bir tarihte belki bölgesel, belki de daha kapsamlı uluslararası konvansiyonların oluşturulacağı düşünüldüğünde, hem günümüz hem de geleceğe ilişkin çıkarım ve değerlendirmeler yapmak, ancak geçici koruma tedbirlerine ilişkin ülke hukuklarının yaklaşımını tanımakla mümkün olacaktır. Zira, tahkim yargılaması çerçevesinde gerek mahkemelerce gerekse hakemlerce verilecek olan geçici tedbir kararları, aksi öngörülmedikçe çoğu kez tahkim yeri usul hukukuna veya tedbirin yöneldiği malvarlığının bulunduğu ülke hukukuna ait olacak veya en azından bu hukuklarca tanınan ya da benzeri bulunan tedbirlerden oluşması gerekecektir.

### I. Terminoloji

Geçici hukuki koruma tedbirleri denildiğinde bu tedbirlerin kapsamına hangi usul hukuku veya maddi hukuk kurumlarının gireceği, bunların hangi hukuki terimlerle ifade edildiği belki de üzerinde en çok tartışılan konuyu oluşturmaktadır. Çeşitli ülkelerin yerel veya milletlerarası usul hukukları incelendiğinde geçici hukuki koruma tedbirlerinin tam bir tanımının yapılamadığı, bu kavramın kapsamına nelerin

dahil olduğunun tam anlamıyla ortaya konulmadığı ve bu tür tedbir kararlarının içeriğinin de oldukça geniş olduğu görülmektedir<sup>113</sup>. Zira geçici hukuki koruma tedbirleri denildiğinde, bu kurum hem teknik bir tabiri, hem de işlevi geçici olarak hukuki koruma sağlama amacı güden her nevi tedbiri ifade etmektedir. Gerçekten de, çeşitli hukuk sistemlerinde farklı isimler altında bu işlevin<sup>114</sup> ana kriter olarak esas alındığı görülmekle birlikte, bu tür tedbirlerin görünüm biçimlerinin arzettiği farklılık ve çeşitlilik teknik anlamda kurumun içeriğini tespit etmeyi zorlaştırmaktadır. Bu sebeple her bir hukuk sisteminde kapsama dahil olan birçok tedbir türü farklı isimlerle anılmakta, işlevleri aynı olsa da, görünüm biçimlerindeki bu farklılık sebebiyle hukuk doktrininde yeknesak terimlerle ifade edilememektedir<sup>115</sup>. Uluslararası doktrin incelendiğinde geçici hukuki koruma tedbirleri için ingilizcede “*provisional and protective measures*” ve fransızcada “*mesures conservatoires et provisoires*” (geçici ve koruyucu tedbirler) terimlerinin son zamanlarda öne çıktığı söylenebilir<sup>116</sup>.

Avrupa Birliği üyesi devletlerin hukuk sistemleri incelendiğinde, amacı geçici olarak hukuki koruma sağlamak olan birbirinden farklı çok sayıda geçici koruma tedbirinin bulunduğunu söylemek mümkündür<sup>117</sup>. Her ne kadar bu devletlerin hukuk sistemleri uyarınca geçici koruma tedbirlerine hükmedilme biçimi, türleri, üzerine tedbir konulacak malın çeşidi, tedbir talebiyle başlatılacak olan yargılamanın niteliği

<sup>113</sup> KENNETT, s. 131; ÖZBEK HADİMOĞLU, *Brüksel*, s. 16.

<sup>114</sup> Karşılaştırmalı Hukuk incelendiğinde geçici hukuki koruma tedbirleri kapsamına giren birbirinden farklı isimler altındaki ve birbirinden farklı hukuki statüye sahip olan tüm tedbir türlerinin ortak bazı işlevlere sahip olduğu görülmektedir. Bu işlevler, “uyuşmazlığın esasına ait kararın icrasının güvence altına alınması”, “ tarafların mevcut haklarının ya da fiili durumların düzenlenmesi” ve “yargılamanın devamı sırasında etkilenecek olan tarafların çıkarlarının korunması” olarak ifade edilebilir (KESSEDJIAN Catherine: “*Note on Provisional and Protective Measures in Private International Law and Comparative Law*”, [Http://www.acca.com/gcadvocate/hague/protect/uk.html](http://www.acca.com/gcadvocate/hague/protect/uk.html), s. 2.

<sup>115</sup> Aynı yönde tespit için bkz. ÖZBEK HADİMOĞLU, *Brüksel*, s. 16.

<sup>116</sup> Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan “Uluslararası Usul Hukukunda Geçici ve Koruyucu Tedbir Kararlarına İlişkin Rapor” (Second Interim Report on Provisional and Protective Measures in International Litigation, International Law Association, Helsinki Conference 1996, Committee on International Civil and Commercial Litigation) ve “Devletler Özel Hukukunda Yargı Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tenfizi Hakkındaki La Haye Sözleşme Taslağı” (International Jurisdiction and The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil Matters, Preliminary Draft Convention), <http://www.hcc.net/e/conventions/draft36ehtml>, (md. 13) bu terimin kullanıldığı uluslararası belgelere örnek olarak gösterilebilir. Bkz. ÖZBEK HADİMOĞLU, *Brüksel*, s. 16.

<sup>117</sup> Avrupa Birliği’ne dahil olan ülkelerin hukuk sistemlerinde yer alan geçici koruma tedbirleri hakkında ayrıntılı bir karşılaştırma için bkz. “*Provisional Measures: Classification and the Trans-border Context*”, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_center/civil/studies/doc\\_civil\\_studies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_center/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm)).

ve esas yargılama ile ilişkisi gibi konularda farklılıklar bulunsa da<sup>118</sup>, bu tedbirlerin temel karakteri ve işlevi her devlette aynıdır<sup>119</sup>: “*uyuşmazlığın kesin çözüme ulaşmasına dek geçecek olan sürede nihai kararın anlamsız veya etkisiz kalmasını önleyecek geçici nitelikte tedbirler almak*”.

Belirtmek gerekir ki “*koruyucu tedbirler*” ifadesi, “*geçici tedbirler*” ifadesine nazaran daha dar bir kapsama sahiptir. Zira her geçici tedbir koruma amacına yönelik olmaz; mesela sadece karşı tarafın belirli bir işlemi yapmasını sağlama amacı güdebilir<sup>120</sup>. Nitekim bu iki kavram arasındaki fark, İtalyan Medeni Usul Kanunu’nun 818. maddesinde “*Hakem mahkemesi koruyucu tedbir kararı alamaz, ancak geçici ödeme de dahil olmak üzere çeşitli geçici tedbirlere hükmedebilir*” denilmek suretiyle açıkça ortaya konulmuştur<sup>121</sup>. Fransız Hukuku’nda da koruyucu tedbirler uyuşmazlık konusuyla ilgiliyken, geçici tedbirler ise kararın niteliğiyle ilgilidir<sup>122</sup>. Ancak yine de, uluslararası özel hukuk veya uluslararası tahkim hukuku doktrininde kavramı ifade etmek üzere her iki sıfatın da kullanıldığı ve aradaki farkın göz ardı edildiği görülmektedir.

Türk Hukuku’nda geçici hukuki koruma kavramı doktrinde kullanılmakla birlikte, HUMK’da veya İİK’da terim olarak yer almamaktadır. Bunun yerine ilgili kanunlarda, geçici koruma tedbiri türleri olan ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve delil tespiti kurumlarına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Ancak, HUMK Tasarısı ilk kez “geçici hukuki koruma” kavramını yasa içinde kullanmış ve konuyu “geçici hukuki korumalar” başlığı altında Onuncu Kısım’da düzenlemiştir<sup>123</sup>. Bu bağlamda, ihtiyati haciz, İcra ve İflas Kanunu’nda düzenlendiğinden bu başlık altında düzenlenmemiş, bu Kısım’da ihtiyati tedbir ve delil tespiti ayrıntılı olarak düzenlenip, diğer özel geçici hukuki korumalara genel atıf yapılmakla yetinilmiştir.

Devlet yargısının dışına çıkıldığında ve uluslararası tahkim söz konusu olduğunda bu durum daha da karmaşık bir hal almaktadır. Zira tahkim hukuku açısından sadece değişik ülkelerin hukuki düzenlemelerinde kullanılan tabirler değil,

<sup>118</sup> Commission Communication to The Council and The European Parliament, Towards Greater Efficiency in Obtaining and Enforcing Judgments in the European Union, 26.11.1997, COM (97) 609 Final, [http://aei.pitt.edu/6250/01/003423\\_1.pdf](http://aei.pitt.edu/6250/01/003423_1.pdf), s. 11; **KESSEDJIAN**, Note, s. 47.

<sup>119</sup> **HESS** B: “*Minimum Procedural Standarts for Enforcements of Provisional and Protective Measures at European Level*”, European Business Law Review, 2006, s. 265.

<sup>120</sup> **BOND**, s. 10.

<sup>121</sup> **BOND**, s. 10.

<sup>122</sup> **PLUYETTE** Gérard: “*Une Vue Française*” in *Mesures Conservatoires et Provisaires en Matière d’Arbitrage International*”, Publication CCI, No: 519, Paris, 1993, s. 81.

<sup>123</sup> <http://www.kgm.adalet.gov.tr/hmk.htm>.

aynı zamanda tahkime ilişkin birçok uluslararası konvansiyonda ve sayıları oldukça fazla olan uluslararası tahkim kurumlarının tüzüklerinde de birbirinden farklı şekillerde ifade edilen, ancak aynı işleve veya anlama sahip olan teknik terimler de ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası tahkime ilişkin hukuki düzenlemelerde geçici hukuki koruma tedbirlerini ifade etmek için kullanılan terimler arasında “*provisional interim measures*”, “*interim measures of urgency and protection*”, “*protective measures*”, “*conservatory measures*”, “*precautionary measures*”, “*holding measures*”, “*preliminary injunctions*”, “*urgent measures*”, “*freezing orders*”, “*preliminary attachments*”, “*interim relief*”, “*interim injunctions*” gibi terimler bulunmaktadır<sup>124</sup>.

Uluslararası tahkim kurumlarının tüzüklerinde ise bazen “koruyucu”, bazen “geçici” ifadelerinin, bazen de her iki sıfatın birlikte kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, MTO Tahkim Kurallarında “koruyucu ve geçici önlemler” (*conservatory and interim measures/ mesures conservatoires et provisoires* (md. 23), Londra Uluslararası Tahkim Divanı (LCIA) Kurallarında (md. 25), Zürih Ticaret Odası Uluslararası Tahkim Kurallarında (md.28) ve Québec Ticari Tahkim Kurallarında- md. 38) “geçici ve koruyucu önlemler” (*interim and conservatory measures/ mesures provisoires et conservatoires*), Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Kurallarında (md. 46), UNCITRAL Tahkim Kurallarında (md. 26) ve Amerikalılararası Ticari Tahkim Komisyonu’nun (IACAC) kurallarında “koruyucu geçici önlemler” (*interim measures of protection*), Amerikan Tahkim Derneği’nin Ticari Tahkim Kuralları’nda “geçici çareler” (*interim relief*) (md. 34) ve ICSID Tahkim Tüzüğünde ise “geçici tedbirler” ifadeleri kullanılmıştır.

Görüldüğü üzere, gerek ulusal, gerekse uluslararası nitelikteki hukuki metinlerde geçici hukuki koruma tedbirleri ifadesiyle kastedilen veya buna benzer ifadelerin kapsamına dahil olan tedbir türleri ve nitelikleri oldukça geniş bir alana yayılmakta ve bu nedenle kısaca “geçici tedbir” veya “koruyucu tedbir” denildiğinde yeknesak bir kavramın anlaşılabilmesi birçok hukuki problemi de beraberinde getirmektedir<sup>125</sup>. Tahkime konu olan uyuşmazlıklarda hangi tür geçici koruma tedbirlerini mahkemelerin alabileceği, mahkemelerce verilen tedbirlerin ne zaman tahkim yargılamasına yardım niteliği taşıyıp ne zaman hakem heyetinin yetki alanına

<sup>124</sup> VARADY, s. 148; YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 8-9; BOND, s. 10; STALEV, s. 103; ÖZEKES, Muhammet: İhtiyati Hacz, Ankara, 1999, s. 40; YEŞİLOVA, s. 644.

<sup>125</sup> KNOEPFLER/ SCHWEIZER, *Measures Provisoires*, s. 224.

tecavüz sayılacağı, *lex fori*'nin tanımladığı bir tedbir türünün yine bu hukukça mı yoksa uluslararası düzenlemelerden veya uygulamalardan ortaya çıkan genel ilke ve yorumlanmış biçimine göre mi uygulanacağı, ismen *lex fori*'ye yabancı bir tedbir türüne karar verilip verilemeyeceği gibi meselelerde geçici hukuki koruma tedbirlerinin ve bunların içeriğine dahil edilen spesifik türlerin terminolojik açıdan arz ettiği karmaşa büyük zorluklara sebep olmaktadır<sup>126</sup>.

Terminoloji sorununun en fazla hissedilmesindeki neden, geçici hukuki koruma tedbirlerinin veya bu kavrama dahil edilen tedbir türlerinin, belirli bir ülkenin veya ülkeler topluluğunun hem uluslararası özel hukuk kanunlarında hem de usul kanunlarında aynı isim altında yer almasıdır. Buna bir de uluslararası konvansiyonlardaki aynı ifadeler eklendiğinde durum gerçekten içinden çıkılmaz bir hal almaktadır. Konuyu uluslararası tahkim hukuku açısından düşündüğümüzde ise, tahkim yargılamasında söz konusu olabilecek tedbir çeşitlerinin, devlet yargısının hantal ve kısıtlı usul kurallarına hapsolmuş olan tedbir çeşitlerine nazaran daha geniş ve kapsamlı olması bu probleme başka bir boyut eklemektedir.

## II. Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması Sorunu

Geçici hukuki koruma tedbirlerinden bahsedildiğinde, gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse Türk Hukukunda genellikle en yaygın geçici hukuki koruma türü olan “ihtiyati tedbirler” anlaşılmaktadır<sup>127</sup>. Ancak geçici hukuki koruma kavramı ihtiyati tedbir kavramından daha geniş bir kapsama sahiptir. Zira bu kavram, ihtiyati tedbirlerin yanı sıra, ihtiyati haciz ve delil tespiti kavramlarını da kapsamaktadır. Hukukumuzda olduğu gibi, diğer ülke hukuk sistemlerinde de, çoğu kez ihtiyati tedbirlerin, geçici hukuki koruma tedbirleri ile aynı anlamda ve adeta bir üst kavram olarak kullanıldığı ve ihtiyati haciz ile delil tespitinin de ihtiyati tedbirler içinde değerlendirildiği görülmektedir.

Türk hukukunda görülen bu üçlü ayrımaya karşılık, konu uluslararası tahkim hukuku veya uluslararası usul hukuku olduğunda yabancı literatürde başka

<sup>126</sup> VARADY, s. 150.

<sup>127</sup> ÖZSUNAY Ergun: “Kurumsal Tahkim Sistemlerinde ve Bazı Ulusal Hukukların Uluslararası Tahkimle İlgili Düzenlemelerinde Geçici ve Koruyucu Önlemler”, Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İTO Yayın No: 2004-16, 2004, s. 85; PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 115; YILMAZ, s. 38-39.

sınıflandırmaların yapıldığı görülmektedir<sup>128</sup>. Gerçekten de, uluslararası doktrinde geçici hukuki koruma tedbirlerinin türleri bu gibi spesifik isimlerle anılmamakta, bunun yerine tedbirlerin yöneldikleri amaç ve içerikleri kategori başlığını belirlemektedir. Ancak, bu belirleme de yeknesak bir sınıflandırmanın oluşmasını sağlayamamış ve geçici koruma tedbirleri, işlevleri baz alınarak kategorilere ayrılmaya çalışılmıştır.

Alman Hukuku'nda **Jauernig**<sup>129</sup> tarafından yaratılan bir sınıflandırma biçimi, gerek Türk Usul Hukuku'nda, gerekse uluslararası usul hukukunda en fazla kabul gören sınıflandırma biçimi olmuştur. Türk Hukuku'nda çoğu zaman ihtiyati tedbirlerin çeşitleri incelenirken kullanılan<sup>130</sup>, ancak aslında geçici koruma tedbirlerinin türlerini ifade eden bu ayırıma göre geçici koruma tedbirleri: (i) teminat amaçlı tedbirler, (ii) düzenleme amaçlı tedbirler ve (iii) ifa amaçlı tedbirler olmak üzere üç ana kategoriye ayrılır.

İsviçre ve Alman Hukuku'nda kullanılan bir başka sınıflandırma ise “bir iddianın geçici olarak önceden elde edilmesini sağlayan tedbirler”, “dava müddetince taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen tedbirler” ve “bir hakkın gelecekte elde edilmesini temin eden tedbirler” şeklindedir<sup>131</sup>.

Özellikle uluslararası usul hukuklarında ve tahkime ilişkin uluslararası doktrinde hakemlerce hükmedilebilecek geçici koruma tedbiri kararlarının amacını ifade eden bir başka sınıflandırma ise: (i) delillerin korunmasına yönelik geçici tedbirler (ii) statükonun (mevcut durumun) korunması ve hukuki ilişkinin

<sup>128</sup> **VAN HOUTTE Hans**: “*Provisional Measures in Arbitration*”, Hague-Zagreb-Ghent, Essays 8, On The Law of International Trade Edited by C.C.A. VOSKUIL and J.A. WADE, s. 136 (*Measures*); **KNOEPFLER/ SCHWEIZER**, *Mesures Provisoires*, s. 223-224.

<sup>129</sup> **JAUERNIG O.**: Der Zulassige Inhalt Einsweiliger Verfügungen, ZZP., 79, Heft 5/6, s. 321 vd. (ÜSTÜNDAĞ'dan naklen s.13).

<sup>130</sup> **ÜSTÜNDAĞ**, s. 13 vd.; **DEREN YILDIRIM** Nevhis: “Medeni Usul Hukuku'nun Evrenleşmesi Yolunda İhtiyati Tedbir Alanında Yabancı Hukukun Etkileri”, Prof. Dr. Ergun Gönen'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 308 vd. (*Yabancı Hukuk*) ; **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 13 vd.; **YILMAZ**, s. 170 vd.

<sup>131</sup> **KNOEPFLER/ SCHWEIZER**, *Mesures Provisoires*, s. 223-224. Alman Hukuku'nda bu kategori tedbirlere örnek olarak sırasıyla, *leistungsmassnahmen*, *Regelungsmassnahmen* ve *sicherungsmassnahmen* isimli geçici tedbir kararlarını vermek mümkündür (**BESSON**, s. 39). Benzer bir sınıflandırma için bkz. **BERNARDINI**, *Pouvoirs*, s. 24; **BERNARDINI** Piero: “*Des Mesures Spécifiques; Les Astreintes et Les Mesures Conservatoires*”, Les Arbitres Internationaux, Colloque du 4 février 2005, Centre Français de Droit Comparé, Vol. 8, Paris, 2005, s. 146 (Astreintes); **ÖZEL** Sibel: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul, 2008, s. 115-116.



düzenlenmesine yönelik geçici tedbirler ve (iii) maddi varlıkların devri ya da sarf edilmesini önlemeye yönelik geçici tedbirler şeklindedir<sup>132</sup>.

Benzer şekilde, yabancı doktrinde de tahkimde söz konusu olabilecek tedbir türleri araştırma tedbirleri (*measures of investigation*), istikrar tedbirleri (*measures of stabilization*) ve önceden ödeme tedbirleri (*measures of anticipation*) olmak üzere isimlendirilmiştir<sup>133</sup>.

Zaman içerisinde uluslararası ticari uyuşmazlıkların boyut değiştirmesiyle birlikte geçici koruma tedbirlerine duyulan ihtiyacın da artması sonucunda bu sınıflandırmalara ek bazı kategori tedbirler de uluslararası doktrinde yerini almıştır. Bunlar arasında, “yargılama masraflarının teminine yönelik geçici tedbirler”, “nihai kararın etkinliğinin teminine yönelik geçici tedbirler”, “yargılamanın düzenini sağlamaya yönelik geçici tedbirler”<sup>134</sup> şeklinde kategoriler mevcuttur.

Tahkimdeki geçici koruma tedbirlerinin sınıflandırılmasında ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz veya delil tespiti gibi teknik terimlerin kullanılmasından kaçınılmasının sebebi, kanaatimizce, mahkemelerce hükmedilen tedbir türlerinin sınırlı sayıda olması, hükmedilebilme şartlarının ve içeriklerinin kanunlarda düzenlenmiş olması, bu düzenlemelerin hakimleri bağlaması ve fakat buna karşılık, hakemlerin bağlı buldukları bir *lex fori*'lerinin olmaması sebebiyle, herhangi bir kanunun anladığı teknik anlamda tedbir türleriyle sınırlı olmamasından ileri gelmektedir<sup>135</sup>. Bundan başka, hakemlerin hükmedebilecekleri tedbirlerle devlet yargısı dahilinde mahkemelerce hükmedilebilecek tedbir türleri arasında da farklılık vardır<sup>136</sup>. Zira, hakemler, mahkemelerin sahip olduğu *imperium* yetkisinden yoksun olmalarından dolayı, belirli bir ülkenin hukuk düzenince öngörülen geçici tedbirleri uygulayabilme açısından da daha dezavantajlı bir konumda bulunmaktadır. Buna mukabil, aynı sebeplerden ötürü, hakemlerin, mahkemelerce verilebilecek olan geçici tedbir türlerine nazaran daha geniş kapsamlı veya belirli bir ülke hukuk sisteminin parçası

<sup>132</sup> ÖZSUNAY, s. 87. ÖZSUNAY'a göre, hakemlerin ilk kategori tedbirleri alabileceği hususunda herhangi bir tereddüt mevcut değilken, statükonun korunmasına veya maddi varlıkların kaçınılmasının önlenmesine yönelik tedbirler (*injunction*) alıp alamayacakları tartışmalıdır (ÖZSUNAY, s. 88).

<sup>133</sup> VAN HOUTTE, *Measures*, s. 136; VARADY, s. 150; OUKRAT, s. 239-242; STALEV, s. 104; KNOEPFLER, *Sentence Arbitrale*, s. 277; DE LEVAL, s. 23-25.

<sup>134</sup> Örneğin, tarafları belirli belgeleri vermeye veya teslim etmeye zorlamak, şahitleri yazılı veya sözlü ifade vermeye davet etmek, herhangi bir emir veya talimata uyulmaması halinde ceza yaptırımını uygulamak gibi.

<sup>135</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 122. Mahkemelerin ve hakemlerin hükmedebilecekleri geçici koruma tedbirlerinin hukuki kaynağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KNOEPFLER, *Mesures Provisoires*, s. 310-311; RAMOS MENDEZ, s. 61-61.

<sup>136</sup> BOND, s. 11-12; YEŞİLIRMAK, *CCI*, s. 34; LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 595 vd.; RAMOS MENDEZ, s. 61-62.

olmayan bir tedbire karar verebilme serbestisinin bulunduğu da düşünülebilir. Hal böyle iken, gerek Türk Hukukunda, gerekse yabancı hukuklarda, hakemlerce hükmedilebilen tedbir türleri denildiğinde, yerel hukukla aynı teknik sınıflandırmaların tercih edilmeyip, bunları hizmet ettikleri amaç ve işlevler doğrultusunda sınıflandırma yoluna gidildiği görülmektedir.

Bu bölümde uluslararası alanda gerek mahkemelerce, gerekse hakemlerce kullanılan tüm geçici koruma tedbirlerinin işlevi esas alınarak oluşturulan beşli bir sınıflandırma çerçevesinde Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta yer alan belli başlı geçici koruma tedbirleri incelenecektir.

### **III. Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerinin Türleri**

#### **A) Delillerin Tespitine ve Korunmasına İlişkin Tedbirler**

Bir davada yargılamanın gidişatını etkileyecek ve uyuşmazlığın nasıl sonuçlanacağını belirleyecek en önemli unsur hiç şüphesiz delillerdir. Davacı iddialarını, davalı savunmalarını deliller üzerinden gerçekleştirir. Yargılama usulü çerçevesinde delillerin ortaya konulması, karşılıklı dilekçe teatilerinin sonrasında hakim tarafından verilen süre içerisinde olmaktadır. Tarafların bu şekilde delillerini göstermelerinden sonra hakim bu delilleri incelemeye başlar, örneğin tanık dinler, keşfe gidilir. Davaların olağan akışı böyleyken, kimi durumlarda delillerin bu dönemden önce incelenmesi gerekebilmektedir. İşte bu gibi hallerde delillerin incelenmesi mutad zamanından evvel, hatta dava açılmadan önce bile zorunlu bir ihtiyaç olmaktadır<sup>137</sup>. İşte delil tespiti bu ihtiyaca cevap veren bir çeşit geçici hukuki koruma tedbiridir.

Hukuki niteliği itibarıyla geçici koruma tedbiri olan delil tespitini şu şekilde tanımlamak mümkündür: gelecekte açılacak veya hali hazırda açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin, ileride kaybolma veya belirlenmesinde, dinlenmesinde, gösterilmesinde zorluk çıkma riski bulunması şartıyla, bu tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla, yargılama aşamasında gösterilmesi gereken zamandan önce toplanıp, incelenip, emniyet altına alınması ve kayda geçirilmesine delillerin tespiti denir.

Delil tespiti bir dava değildir. Ancak bazen uygulamada bir dava olan tespit davası ile bir dava içinde kullanılacak delillerin tespiti için başvuru olan geçici tedbir

<sup>137</sup> YILMAZ, s. 1333.

olan delil tespiti birbirine karıştırılmaktadır. Oysa tespit davasının konusu uyuşmazlık konusu olan hukuki ilişkiler iken, delil tespitinin konusu, belirli bir dava içinde kullanılacak delillerdir<sup>138</sup>.

Delil tespiti ihtiyati tedbir olmayıp, açılmış veya ileride açılabilecek bir davayla ilgili delillerin bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp emniyet altına alınması için kabul edilmiş bir tür geçici hukuki koruma tedbiridir<sup>139</sup>. Bu sayede, uyuşmazlıkların çözümünde son derece önemli bir role sahip olan delillerin korunması veya kaybolması tehlikesine karşı önlem alınmakta olup, bu açıdan delil tespiti, tıpkı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz gibi, yargılama sürecinde ortaya çıkabilecek tehlikeleri bertaraf etmeye yönelik bir tedbir niteliği taşır<sup>140</sup>. Bu yönüyle delil tespiti uyuşmazlığın etkili ve adil bir çözüme ulaşmasını temin etme işlevine sahiptir.

Delillerin tespiti ve korunmasına yönelik tedbirlere örnek olarak, belli bir mal veya ürünün kalitesinin, bu mal veya ürünler satılmadan veya bozulmadan tespit edilmesi; ölümcül bir hastalığa sahip olan bir şahidin ifadesinin alınması; bir yol, baraj veya liman inşaatında kullanılan malzemeye ilişkin uyuşmazlıklarda bu malzemenin vasfının tespiti için koruyucu önlemler alınması gibi geçici koruma tedbiri örneklerini verebiliriz<sup>141</sup>.

### 1) Türk Hukuku

Delil tespiti, HUMK'un 368 ila 374. maddeleri arasında düzenlenmiştir<sup>142</sup>. Kanun koyucu, HUMK. md. 368, iki taraftan her birinin, görülmekte bulunan davada henüz incelenmesine sıra gelmemiş bulunan veyahut ileride açacağı davada ileri sürülecek olan hususun şahit, keşif, bilirkişi veya diğer deliller ile tespitini talep edebileceğini hüküm altına almıştır.

Delil tespiti, özellikle bunların amaçları, uygulama alanları, şartları, uygulama usulleri, karşı koyma biçimleri ve sonuçları bakımından ihtiyati tedbir veya ihtiyati hacizden farklıdır. Örneğin, ihtiyati tedbirde dava konusu olan bir malın veya hakkın emniyet altına alınması için genellikle o mal veya hak üzerinde tedbir konurken; delil

<sup>138</sup> YILMAZ, s. 1344; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 505.

<sup>139</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 127. Delil tespitinin bir çeşit ihtiyati tedbir olduğuna ilişkin görüş için bkz. ÖZBEK HADİMOĞLU, s. 42 ve ÖZEKES, s. 50.

<sup>140</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 572.

<sup>141</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 596; ÖZSUNAY, s. 87.

<sup>142</sup> HUMK Tasarısı'nda delil tespiti Onuncu Kısım İkinci Bölümde, "Delil Tespiti ve Diğer Geçici Hukuki Korumalar" başlığı altında 404. madde ve devamında düzenlenmiştir.

tespitinde, davanın karara bağlanmasında ispat faaliyetine yardımcı olan delillerin korunmasını sağlamak veya kaybolmasını önlemek amaçlı tedbir alınmaktadır<sup>143</sup>.

### **a) Görevli ve Yetkili Mahkeme**

Delil tespiti dava sırasında isteniyorsa, görevli ve yetkili mahkeme, davanın görülmekte olduğu mahkemedir (HUMK. md. 370). Ancak tespiti istenen delil başka bir mahkemenin yargı çevresinde bulunuyorsa, davaya bakan mahkeme delil tespiti için o mahkemeyi istinabe eder. Şayet dava açılmadan önce delillerin tespit edilmesi isteniyorsa, bu takdirde görevli ve yetkili mahkeme açısından bir sınırlama bulunmamaktadır. Delil tespiti, en çabuk ve en az masrafla tespit yapacak mahkemeden istenebilir (HUMK. md. 370)<sup>144</sup>.

### **b) Delil Tespiti Şartları**

Delil tespiti yapılabilmesinin başlıca şartı, HUMK. md. 369'in de belirttiği üzere, şimdiden tespit edilmezse ileride kaybolacağı veya ileri sürülmesinde zorluk çıkacağı ihtimalinin varlığıdır. Bir anlamda hukuki menfaat şartı olarak da nitelenebilecek olan bu şartın yanı sıra böyle bir talebin ancak henüz inceleme sırası gelmemiş delillerin tespiti için yapılması gerekmektedir. Zira inceleme sırası gelmiş bir delil için delil tespiti talep etmekte hukuki bir yarar bulunmamaktadır. Bu şartların gerçekleşmesi halinde her türlü delilin tespiti yapılabilir.

### **c) Delil Tespiti Talebi ve Mahkemenin Talebi İncelemesi**

Delil tespiti taraflardan birinin talebi üzerine olur, dolayısıyla hakim re'sen delillerin tespiti işlemine karar veremez. Delil tespiti mahkemeden bir dilekçe ile istenir. Mahkeme böyle bir talep karşısında öncelikle delil tespitini gerektiren şartların varlığını inceler. Talepte bulunan tarafın bu hususta mahkemeye kanaat uyandıracak nitelikte delilleri göstermesi gerekmektedir. Ancak bu noktada da diğer geçici hukuki koruma tedbirlerinde olduğu gibi, tam ispat değil, yaklaşık ispat kuralı yeterli olacaktır.

<sup>143</sup> PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 505.

<sup>144</sup> PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 507. YILMAZ, görevli mahkeme açısından HUMK'un genel hükümlerinin uygulanacağını, yetkili mahkeme açısından ise bu kuralların, kesin yetki söz konusu olan uyuşmazlıklar hususunda dahi olsa uygulanmayıp, en az masrafla en çabuk nerede delil tespiti elde edilebiliyorsa o yer mahkemesinin yetkili olduğunu belirtmektedir (YILMAZ, s. 1346 ve 1354).

Mahkeme bu incelemeden sonra delil tespiti talebini kabul veya reddeder ve bu kararların temyizi mümkün değildir. Delil tespiti talebinin kabul edilmesi durumunda mahkeme, delillerin tespiti için bir gün belirler (HUMK. md. 371/1). Bu karar, talep dilekçesinin bir örneği ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı tarafın mahkemenin delil tespitini kabul eden kararına karşı itiraz hakkı vardır. (HUMK. md. 373).

Kural olarak delil tespiti kararı karşı tarafa da bildirilir. Karşı tarafın da delil tespiti esnasında hazır bulunma hakkı vardır (HUMK. md. 372/ 1, c.1). Bununla birlikte, şayet tespit talebinde bulunan tarafın haklarını korumak yönünden bir zorunluluk veya acil bir durum söz konusu ise, mahkeme karşı tarafa tebligat yaptırmadan da onun yokluğunda delil tespiti yapabilir (HUMK. md. 372/ 1, c.2).

#### **d) Delil Tespiti İşlemi**

Mahkeme, delil tespiti talebini uygun bulduğu takdirde bu işlemin yapılması için kararlaştıracağı günde (HUMK. md. 371) hangi delil söz konusuysa o delil hakkındaki hükümlere göre inceleme yapar. Yani her delil, kendi hükümlerine göre incelenir ve tespit edilir. Sonrasında, delil tespiti hakkında bir tutanak düzenlenir. Delil tespit dosyası, asıl dava dosyasının eki niteliğinde sayıldığından onunla birleştirilir (HUMK. md. 374). Böylelikle, ileride delilin inceleme zamanı geldiğinde, taraflar bu delile dayanarak iddia ve savunmalarını ispat etmeye çalışırlar.

#### **2) Karşılaştırmalı Hukuk**

Delillerin tespiti ve korunmasına yönelik geçici koruma tedbirleri değişik ülkelerin hukuk sistemlerinde de mevcuttur. Bunların en ilginç örnekleri, Fransız ve Belçika Hukuku'ndaki "*saisie-contrefaçon*" ile İngiliz Hukuku'ndaki "*Anton Piller Order*"dır.

Fransız ve Belçika Hukuku'nda özellikle fikri ve sınai mülkiyet haklarının ihlâline ilişkin uyuşmazlıklarda hükmedilen *saisie-contrefaçon*, patent hakkına tecavüzden şüphe edilen hallerde başkasının zilyedliğinde bulunan mallara ulaşılmasını sağlayan bir yöntemdir<sup>145</sup>.

<sup>145</sup> **DEREN YILDIRIM** Nevhis: Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, 1999, s. 96 (*İhtiyati Tedbirler*). Fikri mülkiyet haklarına ilişkin tahkime konu olan uyuşmazlıklarda geçici koruma tedbirleri için bkz. **LEW** Julian D.M.: "*Final Report on*

Bundan başka Fransız Hukuku'nda yer alan bir geçici tedbir türü de “*référé préventif / référé probatoire*” ismini taşıyan tedbirlerdir. Bu tür geçici tedbirlerde, meşru bir menfaatin bulunması durumunda yargılama sürecini beklemeden evvel, nihai kararı değiştirebileceği düşüncesiyle, delillerin toplanıp tespit edilmesi söz konusudur (NCPC md. 145).

*Anton Piller Order* ise, İngiliz Hukuku'nda delil tespitinin özel bir biçimi olarak nitelendirebileceğimiz ve delillerin korunması amacı güden bir geçici tedbir türüdür. *Anton Piller Order* olarak anılan ve davalının kişiliğine yönelmesinden ötürü “*in personam*” karakter taşıyan bu tedbir kararları<sup>146</sup> uyarınca, aleyhinde tedbir talep edilen tarafa, karşı tarafın avukatının, kendisinin hukuki hakimiyetindeki yerlere, bu yerler Birleşik Krallık topraklarında olsun veya olmasın, girmesine ve buralarda delil toplamasına müsaade etmesi doğrultusunda emir verilmektedir<sup>147</sup>. Bu emre itaatsizlik, tıpkı diğer tedbir türleri için olduğu gibi, “*contempt of court*” teşkil etmesi sebebiyle yaptırıma tabidir<sup>148</sup>. *Anton Piller Order* sıklıkla fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar için uygulanan bir tedbir kararıdır<sup>149</sup>. *Anton Piller Order* ile davacı, davalının uyuşmazlık konusu eşyaları saklama, değiştirme veya kaçırma olasılığının bulunduğu durumlarda, bunları araştırma ve avukat ya da mahkemeye vererek koruma altına almaya hak kazanır. Bu bağlamda borçlu, örneğin kapıyı açma, anahtarları verme, bilgisayardaki verilerinin kopyasının edinilmesine veya çıktısının alınmasına izin verme ve soruşturma ve araştırma için gerekli olabilecek diğer bütün yardımları yapıp, işbirliğinde bulunmak zorundadır. Bu karar esas itibariyle video ve ses bandı korsanlığına karşı geliştirilmiş olan bir tedbir kararıdır<sup>150</sup>.

İsviçre Hukuku'nda delil tespitine ilişkin düzenlemeler ise, bu kurumun geçici koruma tedbiri kavramına dahil olup olmaması ekseninde sürdürülen doktrindeki

---

*Intellectual Property Disputes and Arbitration*”, ICC Bulletin Vol. 9, No: 1, May 1998, s. 45-48 (Final Report) .

<sup>146</sup> *Anton Piller KG v Manufacturing Process Ltd.*, 1976, 1. The Law Reports, Chancery Division 55.

<sup>147</sup> COLLINS, *Measures*, s. 28; BESSON, s. 37; MUIR WATT Horatia: “Extraterritorialité des Mesures Conservatoires In Personam (A Propos de L’Arrêt de La Court of Appel, Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi)”, RCDIP, 86 (1), 1998, s. 33 (*Extraterritorialité*); GIARDINA Andrea: “*Provisional Measures in Europe: Some Comparative Observations*”, *Etudes de Droit International En L’Honneur de Pierre Lalive*, 1993, s. 500.

<sup>148</sup> Şahsa yönelmiş, diğer bir deyişle “*in personam*” nitelikteki bir geçici koruma tedbirine uygun hareket edilmemesinin, davalının duruşmaya çıkarılmaksızın hapse atılması gibi ileri boyutta bir yaptırımla karşılaşabilmesine sebep olan İngiliz Hukukundaki salt cezai nitelikteki yaptırıma “*contempt of court*” denmektedir (MUIR WATT, s. 30).

<sup>149</sup> BESSON, s. 37.

<sup>150</sup> ÖZBEK HADİMOĞLU, *Brüksel*, s. 42, dn. 144.

farklı görüşler doğrultusunda bir çerçeveye oturtulmaya çalışılmıştır. Şöyle ki, bir görüşe göre<sup>151</sup>, geçici tedbir kavramı delil tespiti meselesini de doğası gereği içinde barındırmaktadır ve dolayısıyla bunların hukuki rejimine tabidir. Bir diğer görüş<sup>152</sup> ise, delil tespitinin nihai kararı temin etmeye değil, nihai karara varmaya yarayacak olan olguların tespitine yarayan farklı işlevinden hareketle, kurumu, cebri icradan ziyade adli yardım çerçevesinde görmektedir. Dolayısıyla her iki görüş de aslında delil tespiti kurumunu başlı başına bir geçici tedbir türü olarak değil, başkaca hukuki kavramların türevi veya fer'i niteliğinde, onların hukuki rejimine tabi olarak değerlendirmektedir<sup>153</sup>.

Alman Hukukunda ise delil elde etme tedbirlerinin kapsamına ticari defterlere, faturalara el konulması, hukuka aykırı olarak üretilen malların defterlerinin tutulması ve malların kökeni hakkında bilgi verilmesi şeklinde tedbirler de dahil edilmektedir<sup>154</sup>.

Ulusal hukuk sistemlerinin tümünde var olan bu tür geçici koruma tedbiri kararlarına, uluslararası tahkim kuruluşlarının tüzüklerinde ve bazı ülkelerin uluslararası tahkim mevzuatında da rastlamak mümkündür<sup>155</sup>. Belirtmek gerekir ki, hakemlerin delillerin tespiti ve korunmasına ilişkin bu çeşit geçici tedbir kararları verilebilmesi doktrinde istisnasız kabul edilmektedir<sup>156</sup>.

## **B) Dava Süresince Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiyi Düzenlemeye ve Statükoyu Korumaya Yönelik Tedbirler**

Bu kategori geçici koruma tedbirleri, yargılama süresince taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi düzenlemeyi veya mevcut durumu yani statükoyu korumayı hedeflemektedir. Türk Hukukunda ihtiyati tedbir kararları bu tür geçici tedbir kategorisinde mütalaa edilir. Düzenleme amaçlı tedbirler de denilen bu geçici tedbirlerin büyük bir kısmı “*inşai amaçlı tedbirler*” olup, daimi bir hukuki münasebeti geçici olarak inşa etmektedirler. Bu tür geçici tedbirlere örnek olarak:

<sup>151</sup> **KNOEPFLER/ SCHWEIZER**, *Mesures Provisoires*, s. 224; **KNOEPFLER**, *Mesures Provisoires*, s. 310.

<sup>152</sup> **GAILLARD L.**: “*Les Mesures Provisionnelles en Droit International Privé*”, SJ, 1993, s. 18.

<sup>153</sup> **BAHMAEI** Mohammad-Ali: *L’Intervention du Juge Etatique des Mesures Provisoires et Conservatoires en Présence D’Une Convention D’Arbitrage*, Paris, 2002, s. 18.

<sup>154</sup> **ÖZBEK HADİMOĞLU**, *Brüksel*, s. 43, dn. 146.

<sup>155</sup> 2009 yılında yapılan değişiklikten önceki versiyonuyla AAA md. 21 ve English Arbitration Act md. 38/ 4 bu düzenlemelere örnektir: **LEW/ MISTELIS/ KRÖLL**, s. 596.

<sup>156</sup> **LEW/ MISTELIS/ KRÖLL**, s. 596; **ÖZSUNAY**, s. 87.

bozulmaya yüz tutmuş malların satılmasına ilişkin karar verilmesi, büyük inşaat projelerinde karar verilinceye dek işin durdurulması veya devamının sağlanması, fikri mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda lisans hakkı sahibi görünen kişinin bu hakkını kullanması veya kullanmamasına yönelik tedbir kararları alınması veya uyuşmazlık konusu malın muhafaza edilmesine dair tedbir kararı verilmesi sayılabilir<sup>157</sup>.

## 1) Türk Hukuku

### a) İhtiyati Tedbir Kavramı

İhtiyati tedbir, geçici hukuki koruma tedbirlerinin bütün özelliklerini barındırır ve bu tedbirlerin en önemli bölümünü oluşturmaktadır. Türk Hukuku'nda geçici hukuki koruma yöntemlerinin en geniş kapsamlısı olan ihtiyati tedbirlerin çoğu zaman bu kurumla aynı anlamda kullanıldığı<sup>158</sup> görülmektedir.

İhtiyati tedbir kavramını açıklamak için doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Bir tanıma göre ihtiyati tedbir, *“kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörölmüş, geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukuki koruma”*dır<sup>159</sup>.

**Kuru**'ya göre ihtiyati tedbirler, *“davacının davayı kazanması halinde dava konusu mala kavuşmasını daha dava sırasında (hatta davadan önce) emniyet (güvence) altına almaya yarayan tedbirler”* olarak tanımlanmıştır<sup>160</sup>. **Ansay**'a göre ise ihtiyati tedbirler *“doğrudan doğruya uyuşmazlığın konusu hakkında bir temin muamelesi”*dir<sup>161</sup>. **Berkin**'e göre ihtiyati tedbirler, *“talep üzerine yetkili mahkemenin dava açılmadan evvel veya dava açıldıktan sonra münazaalı bir malın veya hakkın hüküm altına alınıncaya kadar muhafaza edilmesine karar verilmesi”* olarak ifade edilmiştir. Bu üç tanımın da ortak noktası, genel olarak Türk Hukukunda algılandığı biçimde, ihtiyati tedbir kurumunu, salt *teminat amaçlı tedbirleri* göz önüne alarak tanımlamasıdır<sup>162</sup>. Bunun sebebinin, ilk bakışta ihtiyati tedbirlerin amacının bir teminat ve koruma sağlamak olmasından kaynaklandığı söylenebilir. Oysa ihtiyati

<sup>157</sup> **ÖZBEK HADİMOĞLU**, *Brüksel*, s. 41; **LEW/ MISTELIS/ KRÖLL**, s. 596.

<sup>158</sup> **ÖZSUNAY**, s. 85; **PEKCANİTEZ**, *Geçici Koruma*, s. 115; **YILMAZ**, s. 38-39.

<sup>159</sup> **PEKCANİTEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 492.

<sup>160</sup> **KURU** Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Altıncı Baskı, Cilt IV, İstanbul, 2001, s. 4290.

<sup>161</sup> **ANSAY** Sabri Şakir: *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara, 1960, s. 195.

<sup>162</sup> **YILMAZ**, s. 171.



tedbirler zaman içinde farklılaşan ihtiyaçlara cevap vermek için gelişmiş ve böylelikle farklı türde ihtiyati tedbirler bunları yaratan hukuksal sorunlara çare olarak ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla günümüzde *teminat amaçlı* ihtiyati tedbirlerin yanı sıra, *düzenleme amaçlı* ve *ifa amaçlı* ihtiyati tedbirler gibi başka kategoride yer alan tedbirler de bulunmaktadır<sup>163</sup>.

Türk Hukuku açısından tüm çeşitleri kapsayan geniş bir ihtiyati tedbir tanımı **Yılmaz** tarafından: “*Davacının davayı kazanması halinde dava konusu mala kavuşmasını, kanunların açıkça öngördüğü durumlarda gerekli geçici tedbirlerin alınmasını sağlamak üzere; davadan evvel veya davanın açılmasından sonra ve henüz kesin hükme bağlanmasından önce mahkemece tanınan geçici hukuki himayeye ihtiyati tedbir denir*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>164</sup>.

Tüm bu tanımlardan yola çıkılarak ihtiyati tedbirlere ilişkin şu şekilde bir toparlayıcı tanıma ulaşılabilir: *bir davanın sonuçlanmasına kadar geçecek olan süre içerisinde, kendiliğinden veya taraflardan birinin kötü niyetli davranışından dolayı gelişebilecek ve davacının dava sonucunda muhtemel başarısını etkileyebilecek ve hatta anlamsız kılacak tehlikeli fiili durumlara karşı, dava öncesi veya sırasında başvurulabilecek ve para alacakları dışındaki alacakların cebri icrasını güvence altına almaya yönelik geçici nitelikteki tedbirler*, ihtiyati tedbir olarak adlandırılır.

### **b) İhtiyati Tedbirlerin Amacı**

İhtiyati tedbir kavramının tanımı dikkate alındığında bu tedbirlerin amacının çoğu zaman bir teminat ve koruma sağlamak olduğu söylenebilir. Bu noktada üzerinde önemle durulması gereken husus, ihtiyati tedbir kararı ile hedeflenenin alacaklının tatmini değil, alacaklının sonraki tatmininin şimdiden temin edilmiş olmasıdır<sup>165</sup>. Zira ihtiyati tedbirin işlevi, esas dava yerine geçmek ve esas dava ile beklenen menfaati, esas davanın takibine ihtiyaç bırakmayacak bir biçimde önceden ihtiyati tedbir ile sağlamak değildir.

İhtiyati tedbirler üç kategoriye ayrılabilir. Bunlar teminat amaçlı tedbirler, düzenleyici tedbirler ve ifa amaçlı tedbirlerdir<sup>166</sup>.

<sup>163</sup> **DEREN YILDIRIM**, *Yabancı Hukuk*, s. 308 vd.; **ÜSTÜNDAĞ**, s. 13-15.

<sup>164</sup> **YILMAZ**, s. 178.

<sup>165</sup> **ÜSTÜNDAĞ**, s. 11.

<sup>166</sup> İhtiyati tedbirleri salt teminat amaçlı tedbirler olarak tanımlayan klasik görüş zaman içerisinde terkedilmiş ve Alman Hukukunda **Jauernig** tarafından yapılan üçlü ayırım tüm hukuk sistemlerinde büyük ölçüde kabul görmüştür (**JAUERNIG**, s. 323, **ÜSTÜNDAĞ**'dan naklen, s. 12). Ayrıca Bkz.

*Teminat amaçlı tedbirler*, ihtiyati tedbirlerin temel şeklidir<sup>167</sup>. Burada, çekişmeye konu olan hakkın sonradan icrası teminat altına alınmakta ve böylelikle kişinin hakkına kavuşmasını engelleyebilecek veya ağırlaştırabilecek tehlikelere karşı tedbir alınması söz konusu olmaktadır. Bir şeye tahammül etme, katlanma, yasaklama ve kaldırma şeklinde görünümleri olabilen teminat amaçlı tedbirlerin, İsviçre doktrininde genel olarak iki amaca hizmet ettiği kabul edilir: faaliyetin durdurulması ve önleme amacı<sup>168</sup>. Teminat amaçlı tedbirler arasında, çekişmeli bir malın muhafaza altına alınması, devir ve ferağ yasağı, tasarruf hakkının sınırlandırılması şerhi, açıklama veya değiştirme yasağı ve yediemine teslim gibi tedbirler bulunmaktadır. Aynı şekilde banka teminat mektubu verilmesi gibi hükmün icrasını temin amaçlı tedbirler de bu kategoridedir<sup>169</sup>. Teminat amaçlı tedbirlerin Medeni Usul Hukuku'nda cebri icradaki ihtiyati haczin karşılığı olduğu ileri sürülmüş ve teminat amaçlı tedbirlerin ihtiyati hacizden farkının, teminat amaçlı tedbirlerin para alacağı olmayan edimlerin ifasını garanti altına alması olduğu belirtilmiştir<sup>170</sup>.

İhtiyati tedbirlerin bir diğer amacı da, ihtilaf konusu hakkın geçici olarak ifa edilmesini mümkün kılmaktır. *Eda amaçlı ihtiyati tedbirler* olarak ifade edilen bu tür tedbirlerin en önemli özelliği, ihtiyati tedbirlerin kural olarak dava konusunu baştan sağlamayan niteliğinden belli ölçülerde ayrılmasıdır. Şöyle ki: bazı özel durumlar, kesin ifayı amaçlamasa dahi, durumun gereği olarak geçici bir ifayı zorunlu kılabilir. Keza, hukuki ilişki süresince olumlu bir davranış, ifa, katlanma veya yapmama şeklindeki bir davranış, sözleşmedeki bir ifanın devamı, fikri haklara veya haksız rekabete ilişkin yapmama davranışları, müdahalenin men'i veya eski hale getirmeye yönelik tedbirler bu tür ifa amaçlı tedbirlere örnektir<sup>171</sup>.

İhtiyati tedbirler bazen de ihtilafli hukuki ilişkinin geçici olarak düzenlenmesine yönelmektedir. *Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirler*<sup>172</sup> olarak ifade edilen bu tür tedbirlerde amaçlanan, hukuki barış ve huzurun sağlanması adına, kurulmuş olan mevcut bir hukuki ilişki hakkında geçici olarak bir düzenleme

---

**PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 132-133; **DEREN YILDIRIM**, *Yabancı Hukuk*, s. 308-317; **ÖZKÖK**, s. 7-9.

<sup>167</sup> Türk Hukuku'nda teminat amaçlı ihtiyati tedbirler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **DEREN YILDIRIM**, *Yabancı Hukuk*, s. 308-311.

<sup>168</sup> **DEREN YILDIRIM**, *Yabancı Hukuk*, s. 308.

<sup>169</sup> **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 132.

<sup>170</sup> **DEREN YILDIRIM**, *Yabancı Hukuk*, s. 308.

<sup>171</sup> **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 133; **DEREN YILDIRIM**, *Yabancı Hukuk*, s. 312-316.

<sup>172</sup> **DEREN YILDIRIM**, *Yabancı Hukuk*, s. 311.

yapılmasıdır. Böylece dava süresince daimi bir hukuki münasebet inşa edilmektedir<sup>173</sup>. Burada söz konusu olan dava türü genellikle inşai davalardır. Bir hukuki ilişkinin değiştirilmesi veya kaldırılması, genel kurul kararının iptali, bir ortağın temsil yetkisinin kaldırılması bu tür ihtiyati tedbirlere örnek olarak verilebilir<sup>174</sup>. Kısacası bu tür tedbirler, icranın teminat altına alınmasına veya hakkın geçici olarak ifa edilmesine hizmet etmeyen tedbirlerdir.

İhtiyati tedbirlerin genel olarak düzenlendiği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 101 ve 103. madde hükümlerini, bu üç işlev temelinde değerlendirdiğimizde, her iki madde hükmünde de bu işlevlerin gerçekleştiği tedbir türlerini görmenin mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Şöyle ki, HUMK. md. 101/ 1 ve 2 nci bentlerde yer alan tedbirler teminat amaçlı ihtiyati tedbirlere örnektir. Aynı maddenin 3. bendinde ise eda amaçlı bir ihtiyati tedbire değinilmiştir. Maddenin 4. bendi ise baskın olarak düzenleyici tasarruf niteliğinde bir tedbiri hüküm altına almıştır. İhtiyati tedbirleri geniş bir biçimde genel bir çerçeveye düzenleyen 103. madde hükmünde ise hakime her üç tedbir türüne de hükmedebilme imkânı tanınmıştır<sup>175</sup>.

### c) İhtiyati Tedbirlerin Kanunlarda Düzenleniş Biçimi

İhtiyati tedbir kurumu genel olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir (HUMK. md. 102-113/ A). Bununla birlikte özel kanunlarda da ihtiyati tedbirlere ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır. Örneğin, Medeni Kanun'da (md. 420, 637), Ticaret Kanunu'nda (md. 63, 140, 382, 435, 504, 880, 887), Fikri ve Sınai haklara ilişkin düzenlemelerde (551 sayılı KHK. md. 151-153; 554 sayılı KHK. md. 63-65; 555 sayılı KHK. md. 34-36, 556 sayılı KHK. md. 76-78), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da (md. 9), Bankalar Kanunu'nda (md. 14, 17, 20) ve diğer birçok kanunda da ihtiyati tedbir kurumu özel olarak düzenlenmiştir<sup>176</sup>.

Bu noktada belirtilmesi gerekir ki, belirli bir konuda özel düzenleme bulunan hallerde bu husustaki özel düzenlemenin öncelikle uygulanması, özel hüküm bulunmayan hallerde veya genel hükümlere atıf yapılan yerlerde ise HUMK'da yer

<sup>173</sup> DEREN YILDIRIM, *Yabancı Hukuk*, s. 311.

<sup>174</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 132.

<sup>175</sup> ÖZKÖK, s. 10.

<sup>176</sup> Özel kanunlarda yer alan ihtiyati tedbir çeşitleri için bkz. YILMAZ, s. 671-810.

alan ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir<sup>177</sup>. Dolayısıyla özel hüküm bulunan hallerde genel hükümler artık uygulama alanı bulmayacaktır<sup>178</sup>.

Genel anlamda Türk Hukuku içinde ihtiyati tedbirlerin düzenlendiği kanun olan Hukuk Usulü Muhakameleri Kanunu ihtiyati tedbirleri iki ayrı kanun maddesinde toplamıştır. Bunlardan ilki *numerus clausus* yani sınırlı sayıda ihtiyati tedbirin sayılmış olduğu 101. madde hükmüdür.

101. madde hükmü, hakimin iki taraftan birinin talebi üzerine, dava açılmasından önce veya sonra, (i) menkul veya gayrimenkul malların aynı üzerinde (mülkiyet veya diğer aynı haklar) uyuşmazlık varsa, bunun haczine<sup>179</sup> veya güvenilir üçüncü kişiye bırakılmasına; (ii) uyuşmazlık konusu şeyin dava boyunca korunması için gerekli her türlü tedbirin alınmasına; (iii) Medeni Kanun'un belirttiği durumlarda nafaka alınmasına; (iv) ayrılık ve boşanma davası üzerine Medeni Kanun'un öngördüğü geçici tedbirlerin alınmasına karar verebileceğini düzenlemiştir. Görüldüğü üzere, madde hükmü hakim tarafından hükmedilebilen tedbirleri teker teker saymak suretiyle *numerus clausus* ilkesini benimsemektedir.

Ancak kanun koyucu her türlü ihtiyati tedbirin tek tek sayılarak tüketilmesinin mümkün olamayacağından hareketle, “*torba madde*” niteliğindeki<sup>180</sup> HUMK. md. 103 ile, 101. maddede sayılan haller dışında da gecikmesinde tehlike olan veya önemli bir zarar doğacağı anlaşılan durumlarda, tehlike veya zararı ortadan kaldırmak için hakimin gerekli tedbirlere karar verilebileceğini belirtmiştir.

Yargı reformu çerçevesinde, 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun'unda uygulamadan kaynaklanan aksaklıkları gidermek, davaların hızlı, basit, en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesini ve bir kısım uyuşmazlıkların nizasız kaza, sulh, uzlaşma gibi yöntemlerle çözümünü sağlamak,

<sup>177</sup> PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 493.

<sup>178</sup> ÜSTÜNDAĞ, s. 7.

<sup>179</sup> Bu madde hükmünde kullanılan “haciz” kelimesi, gerçekte İcra Hukukuna ait bulunan teknik anlamda haciz kurumunu ifade etmemektedir. Teknik anlamıyla haciz, bir icra takibinde borçlunun itiraz etmemesi veya borçlunun itirazına rağmen bu itirazın hükümsüz kılınmasından sonra, kendi rızasıyla borcunu ödemeyen borçlunun mallarına el konularak bunun satılıp elde edilen meblağın alacaklıya ödenmesini sağlamak üzere, borçlunun borca yetecek kadar malı üzerinde uygulanan bir muhafaza işlemidir. Oysa md. 101 hükmündeki haciz, genel olarak “el koyma” veya “güvenilir üçüncü kişinin korumasına bırakma” anlamında kullanılmıştır. Zira burada herhangi bir icra takibi olmadığı gibi, ihtiyati tedbirde karşı tarafın malının satılıp elde edilen paranın alacaklıya ödenmesi söz konusu olmayıp, aksine uyuşmazlık konusu şeyin lehine ihtiyati tedbir konulan tarafın davayı kazanması halinde, ona aynen verilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Nitekim, kaynak 1924 tarihli Neuchatel Usul Kanunu'nun HUMK. md. 101/ 1'i karşılayan md. 94/ a hükmünde de, “haciz” kelimesi değil, türkçe karşılığı “elkoyma/ yediemine verme” olan “*séquestre*” terimi kullanılmıştır (YILMAZ, s. 182-183).

<sup>180</sup> YILMAZ, s. 170.

karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri hukuk yargılamasına yansıtma amacıyla hazırlanmış olan HUMK Tasarısı, 393 ila 403. maddeler arasında ihtiyati tedbirle ilgili hükümlerde önemli değişiklikler getirmiştir<sup>181</sup>. Aşağıda yeri geldiğinde bu değişiklikler belirtilecektir.

#### **d) İhtiyati Tedbir Yargılamasında Görevli ve Yetkili Mahkeme**

Türk Hukuku'nda ihtiyati tedbirler açısından hangi mahkemelerin görevli olacağı konusunda HUMK'da özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bazı özel kanunlarda ise bu hususta açık hükümler mevcuttur. Bu durumda, ihtiyati tedbirler açısından hangi mahkemelerin görevi olduğu konusunda genel kural uygulanmalıdır. Diğer bir ifadeyle, davanın esası hakkında hangi mahkeme görevli ise, ihtiyati tedbirler açısından da o mahkeme görevli kabul edilmelidir. Bu nedenle, mahkemelerin kendi görevlerine girmeyen davalara ilişkin olarak istenen ihtiyati tedbir taleplerini reddetmeleri gerekmektedir.

Yargıtay kararları ile de vurgulandığı üzere<sup>182</sup>, genel mahkemeler, özel mahkemelerin görevine giren bir uyuşmazlık hakkında ihtiyati tedbir kararı veremezler. Aynı şekilde özel mahkemeler de genel mahkemelerin görevine giren uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir kararı veremezler. İş mahkemeleri, ticaret mahkemeleri, kadastro mahkemeleri gibi özel görevli mahkemelerin görevine giren uyuşmazlıklar bunlara örnek verilebilir.

İhtiyati tedbirler için yetkili mahkeme ise, tedbirin dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra istenmesine göre değişmektedir<sup>183</sup>. Şayet dava açılmadan önce ihtiyati tedbir isteniyorsa, bu tedbir esas dava için yetkili olan mahkemeden istenebileceği gibi, en az masrafla ve en çabuk nerede yerine getirilecekse o yer mahkemesinden de istenebilir (HUMK. md. 104/ 1). Bu durumda, ihtiyati tedbir isteyen, ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde esas hakkındaki davasını açması gerekir (HUMK. md. 109).

Dava açılmadan evvel istenecek ihtiyati tedbir talepleri açısından kanunun herhangi bir sınırlayıcı yetki kuralı öngörmemesi, uygulamada tarafların istedikleri tedbir kararını elde edinceye dek değişik yerlerdeki mahkemelere müracaat

<sup>181</sup> Tasarı için bkz. <http://www.kgmadalet.gov.tr/hmk.htm> (Çevirim içi: 8 Mart 2010).

<sup>182</sup> Bkz. 9. HD. 16.5.1968, 1328/ 7648; 2. HD. 25.10.1965, 4929/ 5010 (ÇENBERCİ Mustafa: İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 1969, s. 162 ve s. 177).

<sup>183</sup> EKŞİ Nuray: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul, 2000, s. 227 (Yetki).

etmelerine sebep olmakta ve bu husus doktrinde eleştirilmektedir. Bir görüşe göre böyle bir durum bizzat HUMK. md. 104'ün açık hükmüyle cevaz verilen bir serbestidir ve tarafların bu çabasını doğal ve hukuki zeminde karşılamak gerekir<sup>184</sup>. Buna karşılık diğer bir görüş, kimi hallerde kesin hüküm itirazının kıyasen bu hususta da uygulanmasını ve ilki reddedilen ihtiyati tedbir talebinin devamı niteliğindeki sonraki taleplerin de bu gerekçeyle reddedilmesi gerekeceğini savunmaktadır<sup>185</sup>. Aynı yönde bir başka görüş ise dayanağını *dürüstlük kuralından* alır. Bu görüş uyarınca, aynı talebin hiçbir değişiklik olmadan, aynı taraflar arasında, aynı şartlar altında, aynı vakıalara dayanılarak ve aynı ispat araçlarıyla yenilenmesi durumunda, bu talebin aynı mahkeme tarafından veya başka bir mahkemeden talep halinde o mahkemece reddedilmesi gerekir. Zira bu her ne kadar gerçek anlamda kesin hüküm etkisi değilse de, mahkeme kararlarına duyulan güvenin ve tarafların yargılamanın her aşamasında dürüstlük kuralına uygun davranması gereğinin bir sonucudur<sup>186</sup>.

Dava açıldıktan sonra ise her türlü ihtiyati tedbir yalnızca davaya bakmakta yetkili olan mahkemeden istenebilir (HUMK. md. 104/ 2)<sup>187</sup>. Ancak, davaya bakan mahkeme, ihtiyati tedbirin başka bir yerde daha az masrafla ve daha çabuk yerine getirilmesini mümkün görürse, bu hususta karar verilmek üzere o yer mahkemesini istinabe edebilir (HUMK. md. 104/ 2).

HUMK Tasarısı, dava öncesinde ihtiyati tedbir kararı vermeye yetkili ve görevli mahkeme konusunda, mevcut yasadan farklı olarak, açık bir kural öngörmüştür. Buna göre “*İhtiyatî tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak, asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir*”(md.394/1).

<sup>184</sup> BİLGE Necip/ ÖNEN Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara, 1978, s. 373.

<sup>185</sup> ÜSTÜNDAĞ, s. 56.

<sup>186</sup> PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 496.

<sup>187</sup> Asıl davada Türk mahkemeleri milletlerarası yetkiye sahip olmayabilir. Bu durumda, HUMK. md. 104/ 1 hükmünün yine de Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbirlere hükmedebilmesini sağladığını düşünmek isabetli olacaktır. Zira doktrinde ileri sürüldüğü gibi, bu tedbirler acil bir yerel korunmayı gerektiren durumlarda şahsın ve onun malvarlığı çıkarlarının korunması düşüncesine dayanır. Asıl davada mahkemenin yetkisizliği nedeniyle ihtiyati tedbir talebi hakkında yetkisizlik kararı verilmesi, şahıs veya malvarlığı tehdit edilen kişinin korunmadan yoksun olması anlamına gelir-ki bu medeni milletlerin temel hukuk anlayışlarına aykırıdır. Gerçi, ihtiyati tedbir talebinin konusu olan değerlerin Türkiye’de bulunması halinde esas davada Türk Mahkemesi HUMK’un 16. maddesine göre yetkili olacağından böyle bir sorunun ortaya çıkma ihtimali oldukça zayıftır (EKSİ, Yetki, s. 228-229).

### e) İhtiyati Tedbir Yargılaması

İhtiyati tedbir yargılamasında basit yargılama usulü uygulanır (HUMK. md. 507/ b. 2) ve adli tatilde de ihtiyati tedbir kararı verilebilir (HUMK. md. 176/1 b. 1). İhtiyati tedbir mahkemeden bir dilekçe ile istenir (HUMK. md. 105/1). Mahkeme kural olarak iki tarafı derhal davet edip dinledikten sonra, ihtiyati tedbir talebi hakkında kararını verir. Fakat taraflar ve özellikle karşı taraf duruşmaya gelmese dahi mahkeme ihtiyati tedbir talebi hakkında karar verebilir. Ayrıca karşı taraf dinlenmeden de ihtiyati tedbir kararı alınması mümkündür. Uygulamada özellikle acele karar verilmesinin zorunlu olduğu veya diğer tarafın bu talebi öğrenmesinin tedbirin anlamını ve amacını ortadan kaldırması riskinin bulunduğu hallerde karşı taraf çağrılmadan ihtiyati tedbir talebi hakkında karar verilmekte, daha sonra itiraz üzerine ayrıntılı inceleme yapılmaktadır. Zira yokluğunda aleyhine tedbir kararı verilmiş olan tarafın bu karara karşı itiraz hakkı bulunmaktadır (HUMK. md. 107).

İhtiyati tedbir yargılamasını normal yargılamadan ayıran iki temel özellik mevcuttur. Bunlardan ilki yukarıda belirttiğimiz gibi mahkemenin karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilmesidir. İkinci özellik ise, ihtiyati tedbir yargılamasında aranan ispatın gösterdiği farklı niteliklidir. Şöyle ki, bir davada hakimler, kural olarak tarafların iddia ve savunmalarını dinledikten sonra tam bir kanaate ulaşarak uyuşmazlık hakkında karara varırlar. Oysa ki ihtiyati tedbir yargılamasında hakimlerin tedbire karar vermeleri için “*yaklaşık ispat*” yeterli sayılmaktadır<sup>188</sup>. Zira tam ispat için gereken kapsamlı araştırma ve değerlendirme bir geçici hukuki koruma tedbiri olan ihtiyati tedbirin niteliğine uygun düşmemektedir<sup>189</sup>.

Mahkeme ihtiyati tedbir talebini incelerken, tedbir isteğinin kabule değer olup olmadığını, şayet uygunsa hangi tedbire karar vereceğini takdir etme hususunda geniş bir yetkiye sahiptir. Kanun koyucu, HUMK. md. 103 hükmü ile hakime bu geniş takdir yetkisini, alacağı tedbirin içeriğini belirleme yetkisi de dahil olmak üzere açıkça bahsetmiştir. Yine de hakimlere tanınmış olan bu geniş takdir yetkisinin kanundan kaynaklanan bazı sınırları mevcuttur. Herşeyden evvel, tedbir kararı verebilmek için bu yönde bir talebin bulunması gerekmektedir. Ancak bu talepte hangi tedbir türünün alınmasının istendiğinin belirtilmesi şart değildir. Şayet belirli

<sup>188</sup> ALBAYRAK, s. 79 vd.; ÖZKÖK, s. 42.

<sup>189</sup> PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 496.

bir tedbir türü talep edilmişse, hakim buna veya uygun gördüğü başka bir tedbire veya daha azına hükmedebilir ancak daha fazlasına hükmedemez<sup>190</sup>. Hakim, ihtiyati tedbir talep edenin esas dava ile dahi elde edemeyeceği hakları ihtiyati tedbir kararı ile sağlayamaz<sup>191</sup>. Son olarak, hakim maddi hukukla bağlıdır ve özel düzenlemelerde<sup>192</sup> ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği belirtilmiş ise ihtiyati tedbir kararı veremez.

### f) İhtiyati Tedbir Kararı ile Asıl Dava Arasındaki İlişki

İhtiyati tedbir kararının ne zaman talep edildiği, bu tedbiri izleyen usul açısından önem taşır. Şöyle ki: ihtiyati tedbir kararı dava sırasında talep edilmişse tarafın yapması gereken başka bir işlem yoktur. Ancak şayet ihtiyati tedbir dava açılmadan önce talep edilmiş ve tedbir kararı elde edilmişse, tedbir isteyen tarafın on gün içinde uyuşmazlık hakkındaki esas davasını açması gerekmektedir (HUMK. md. 109). Bu süre HUMK Tasarısı'nda onbeş gün olarak değiştirilmiştir<sup>193</sup>.

İhtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde asıl dava açılırsa ihtiyati tedbir kural olarak dava süresince devam eder; aksi takdirde, kendiliğinden ortadan kalkar (HUMK. md. 109).

Bundan başka, mahkemenin esas hakkında karar vermesi ve bu hükmün tebliğ ve tevhim edilmesiyle birlikte de prensip olarak ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkmaktadır. Ancak mahkeme, hükümde tedbirin devamına ayrıca karar verebilir. Bu gibi bir karar özellikle hüküm tedbir talep eden lehine verilmişse söz konusu olmaktadır. Zira mahkeme, hükmün icrasını sağlamak için, tedbirin kural olarak hüküm kesinleşinceye dek bir süre daha geçerli kalmasına karar verebilir (HUMK. md. 112). Sayılan ihtimallerin dışında, hüküm verilirken tedbirin devamına ayrıca karar verilmemişse, tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır.

HUMK Tasarısı'nda ise, ihtiyati tedbirin, hakim tarafından aksine karar verilmiş değilse, esas hakkındaki hükmün tefhim veya tebliğ edilmesiyle kalkacağı

<sup>190</sup> ÜSTÜNDAĞ, s. 46; ÖZKÖK, s. 43.

<sup>191</sup> ÜSTÜNDAĞ, s. 28; ÖZKÖK, s. 43.

<sup>192</sup> İhtiyati tedbir kararı verilemeyecek olan hallerde örnek olarak 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu md. 26/3, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu md. 2/1, 3213 sayılı Maden Kanunu md. 40 ve 41 gibi özel kanun hükmüyle getirilen sınırlamaları sayabiliriz. Türk hukukunda ihtiyati tedbir kararı verilemeyecek haller için bkz. YILMAZ, s. 810-841; ÖZKÖK, s. 26-29.

<sup>193</sup> "İhtiyatî tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren onbeş gün içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi hâlde tedbir kendiliğinden kalkar" (HUMK Tasarısı md. 401/ 1).



yolundaki HUMK.md. 112 hükmünde öngörülen ilke değiştirilmiştir. Tasarı'daki düzenlemeye göre, mevcut düzenlemenin tam tersine, hakim tarafından kararlaştırılmadıkça tedbir kararı nihai kararın kesinleşmesine kadar geçerli olacaktır (md.401).

### g) İhtiyati Tedbir Kararının Uygulanması

Mahkemece ihtiyati tedbir kararının verilmiş olması, tedbirin hedeflediği hakkın korunması için tek başına yeterli değildir. Hakkın korunabilmesi için mahkemece verilmiş olan bu ihtiyati tedbir kararının icra edilmesi, yani uygulanması gerekir. Mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alan taraf, bu kararın icrasını kural olarak ihtiyati tedbiri yerine getirmekle görevli olan icra memurundan isteyecektir<sup>194</sup>. Bu istemden evvel mahkemece öngörülmüş olan teminatın<sup>195</sup> yatırılması gerekmektedir (HUMK. md. 110).

İhtiyati tedbir kararının yerine getirilmesi için kanunda belli bir süre öngörülmemiştir. Bu sebeple, lehine tedbir kararı verilen taraf bu tedbirin icrasını her zaman isteyebilir. Ancak kanunda belirli bir sürenin öngörülmemiş olması, tedbiri elinde bulunduran tarafça bunun karşı tarafın aleyhine bir tehdit aracı olarak kullanabilmesi nedeni ile eleştirilmektedir. Doktrinde, bu gibi kötüye kullanımların önüne geçilmesi amacıyla mahkemelerin ihtiyati tedbir kararı verirken bu kararın belirli bir süre içinde icra edilmesini aksi takdirde tedbirin kendiliğinden kalkmış sayılacağı yönünde karar verebilmeleri savunulmaktadır<sup>196</sup>.

İhtiyati tedbir kararlarına aykırı davranmanın yaptırımı, HUMK. md. 113/A'da belirtilmiştir. Buna göre, "*ihtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimse eylemi Türk Ceza Kanunu'na göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, ait olduğu ceza mahkemesince 1 aydan 6 aya kadar hapisle cezalandırılır*". 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve

<sup>194</sup> İhtiyati tedbir kararı kural olarak icra dairesi tarafından yerine getirilir ve ihtiyati tedbir kararını alan taraf, bu tedbire karar veren mahkemenin bulunduğu yerdeki icra dairesine başvurur (ÖZKÖK, s. 56).

<sup>195</sup> İhtiyati tedbir talebinde bulunanın ileride haksız çıkması ihtimali bulunduğundan, gerek karşı tarafın gerekse üçüncü şahısların haksız ihtiyati tedbirden dolayı uğrayabilecekleri zararların karşılanabilmesi amacıyla kanun koyucu kural olarak ihtiyati tedbir talep eden tarafa teminat gösterme zorunluluğu yüklemiştir. İstisnai bazı hallerde bu yükümlülüğün muafiyet mümkündür (Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKÖK, s. 44-47).

<sup>196</sup> KURU, s. 4336; ÖZKÖK, s. 55.

Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesi uyarınca HUMK. md. 113/A'da sözü edilen mahkeme sulh ceza mahkemesidir.

Tedbire muhalefeti düzenleyen Tasarı'nın 402. maddesi ise, *“ihtiyatî tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır. Görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki dava henüz açılmamışsa, ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme; esas hakkındaki dava açılmışsa, bu davanın görüldüğü mahkemedir”* hükmünü getirmiştir.

### **h) İhtiyati Tedbir Kararına Karşı Başvurulacak Yollar**

İhtiyati tedbir kararlarına karşı temyize başvurma imkanı olmamakla birlikte, kanun koyucu, alehine tedbir verilen tarafa<sup>197</sup>, ihtiyati tedbir kararlarına farklı biçimlerde karşı koyma hakkı tanımıştır. Bunlardan bazılarının neticesinde tedbir kararı kalkarken, bazıları ise tedbir kararını değiştirebilmeyi sağlar. Mahkemelerin bu yöndeki kararlarının da temyizi mümkün değildir.

İhtiyati tedbir kararlarına karşı başvuru hallerinden ilki, yokluğunda kendisi dinlenmeden tedbir kararı verilen tarafa tanınmış olan itiraz imkanıdır. HUMK. md. 107'de düzenlenen bu imkanın kullanılması için kanun belli bir süre öngörmemiştir. Dolayısıyla taraflar yargılamanın bitimine dek herhangi bir zamanda ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz edebilir. İhtiyati tedbire itirazın sebepleri kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte, doktrinde gerekçe olarak; tedbir konulmasının caiz olmadığı, tedbirin iddia olunan hakla bir ilişkisinin olmadığı, teminatın yetersiz olduğu, delilden yoksun soyut bir iddia üzerine tedbir kararının verildiği ve ihtiyati tedbire yetkisiz veya görevsiz bir mahkemenin karar verdiği gibi gerekçelerle itirazın yapıldığı belirtilmiştir<sup>198</sup>.

İhtiyati tedbir kararlarına karşı itirazın ikinci sebebi ise durum ve şartların değişmesi nedeniyle itiraz edilmesidir. Burada, ihtiyati tedbir kararı verilirken mevcut olan şartların değişmesi veya ortadan kalkması nedeniyle mahkemeden bu hususa yönelik tedbirin de değiştirilmesi veya kaldırılması talep edilmektedir.

Son olarak, ihtiyati tedbir kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılması taleplerinden biri de, tedbirin teminat karşılığında kaldırılması veya değiştirilmesi

<sup>197</sup> Hukukumuzda tedbirden etkilenen üçüncü şahıslara ihtiyati tedbir kararına karşı başvuru imkanı tanınmamıştır (PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 499).

<sup>198</sup> ÖZKÖK, s. 80.

(HUMK. md. 111) talebidir<sup>199</sup>. Aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilmiş olan tarafın davacının muhtemel zararlarını karşılamaya yetecek bir teminatı göstermesi halinde, davaya bakan mahkeme hal ve şartların da müsait olması durumunda ihtiyati tedbir kararını kaldırabilir veya değiştirebilir. Ancak mahkeme buna zorunlu değildir.

HUMK Tasarısı'nda, ihtiyati tedbir talebi reddedilirse bu karara karşı kanun yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir (m. 395).

### **i) Haksız İhtiyati Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davası**

İleride ihtiyati tedbir isteyen tarafın, tedbiri haksız olarak koydurduğu anlaşılırsa, karşı taraf veya üçüncü şahısların, bundan dolayı uğramış oldukları zararların karşılanması amacıyla, ihtiyati tedbir kararı alan taraftan, ayrı bir tazminat davası ile bu zararlarının tazmin edilmesini talep hakları bulunmaktadır. Nitekim bu sebeple HUMK. md. 110 hükmünde tedbir talep edene teminat yükümlülüğü getirilmiştir. Bu davada görevli ve yetkili mahkeme konusunda kanunda bir açıklık olmaması sebebiyle, genel hükümlerin geçerli olacağı kabul edilmektedir.

Haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davasının hukuki kaynağı HUMK. md. 110 ile BK. md. 41'dir. Zira HUMK'da bu sorumluluğun şartları belirtilmediğinden, davanın bir haksız fiil davası olduğundan hareketle haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerekecektir<sup>200</sup>.

Tazminat konusunu düzenleyen HUMK Tasarı'sının 403. maddesi uyarınca, *“lehinde ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır yahut tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılır ise teminat gösterilmiş olmasından dolayı uğranılan zararı tazminle yükümlüdür. Haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat davası, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılır. Tazminat davası açma hakkı, hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyatî tedbir kararının kalkmasından itibaren, bir yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar”* denmektedir.

<sup>199</sup> Bu noktada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus da sözü edilen bu teminat ile, ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için gösterilen teminatın birbirinden amaçsal olarak farklı olmasıdır. Şöyle ki, HUMK. md. 111'deki teminat, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen taraftan gösterildiği halde, HUMK. md. 110'daki teminat ihtiyati tedbir isteyen taraftan gösterilmektedir.

<sup>200</sup> ÖZKÖK, s. 85; PEKCANİTEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 500-501. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKÖK, s. 85-95.

## 2) Karşılaştırmalı Hukuk

Dava sonuçlanıncaya dek geçecek süre içerisinde, tarafların birbirlerine karşı davranış biçimlerini düzenlemeye yönelik olan “taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyici ve statükoyu koruyucu tedbirler”, genel olarak tüm ülke hukuk sistemlerinde ve tahkime ilişkin ulusal ve uluslararası belgelerde en geniş kapsamda düzenlenen tedbir kategorisini oluşturur. Bunun sebebi, her hukuki uyuşmazlığın temelinde bir hukuki ilişkinin, söz gelimi bir sözleşmenin var olması ve fakat taraflar uyuşmazlığa düştüğü için bu hukuki ilişkinin akıbetinin ne olacağının belirlenmesine duyulan ihtiyaçtır. Gerçekten de, uyuşmazlık çıkana kadar taraflar arasında belli bir denge bulunmaktadır. Buna statüko denir. Yargılama süresince bu dengenin bozulmamasındaki menfaat, o şartlar dahilinde açılmış olan davanın ve davadaki talebin de varlık sebebini oluşturur.

Bu türe dahil olan tedbirler genel olarak “geçici bir kesinlik” taşırlar. Zira tedbirle amaçlanan, hukuki ilişkiyi düzenlemek ve mevcut durumu muhafaza etmek olduğundan, bu tedbirler yürürlükte kaldıkları müddetçe geçerli olacak bir kesin çare oluştururlar. İstikrarı sağlama amaçlı bu tedbirler arasında: haksız rekabet teşkil eden bir davranışa son verme, bozulacak malların satılmasına izin verme, taraflardan birinin teminata başvurmamasını yasaklama veya inşaat sözleşmelerinde sıkça karşılaşıldığı üzere, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin devam etmesine hükmetme örnek olarak sayılabilir.

Fransız Usul Kanunu’nun (NCPC) 488/ 2. maddesinde yer alan “*ordonnance de référé*” bu tür bir geçici tedbir kararını oluşturmaktadır. Basit yargılama usulüyle ve “*jurisdiction de référé*” adı verilen makam tarafından verilen bu tip geçici tedbir kararları, farklılaşan koşullar üzerine değiştirilebilen ve uyuşmazlığın esasına bakan hakimi hukuken bağlamayan kararlardır<sup>201</sup>.

Özellikle yeni Fransız Usul Kanunu’nun kısım kısım yürürlüğe girmeye başladığı 1973 tarihinden sonra, Fransız Hukuku açısından geçici tedbir kararları önemli ölçüde gelişme göstermiş ve pek çok alanda özel geçici tedbir türleri ihdas edilmiştir<sup>202</sup>.

<sup>201</sup> BAHMAEI, s. 5.

<sup>202</sup> Fransız Hukuk’nda geçici tedbir kararları “*la procédure rapide*” adı verilen “*acele usul*”e ait kararlar olup, özellikle yeni Fransız Usul Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle beraber bu alandaki eksikliğe adeta sağlık sektöründeki ihtiyaca “acil tıbbi yardım” göndermeye benzer bir hızla cevap verdiği hemen her Fransız hukukçusunun yaptığı ilginç bir tespit olmuştur (Söz konusu benzetme,

Fransız Hukuku'nda “*référé*”<sup>203</sup> adı verilen kavramla ifade edilen ve “*juge des référés*” tarafından hükmedilen geçici tedbir kararları beş türe sahiptir<sup>204</sup>. Bunlardan üçü hukuki ilişkiyi düzenleyici ve statükoyu koruyucu tedbirlerdir.

Bu tedbirlerden ilki, aciliyet gerektiren durumlarda verilen ve böyle bir tedbire başvurulmasında ciddi bir tereddütün bulunmadığı hallerde özgü genel anlamdaki klasik geçici tedbir türüdür (*référé classique fondé sur l'urgence*, NCPC md. 808).

İkinci kategori geçici tedbir türü ise, tedbire başvurulmasındaki sebep ciddi anlamda ihtilaflı olsa dahi söz konusu olabilen ve yakın bir zamanda oluşabilecek bir zararı engellemek veya açıkça hukuka aykırı bir duruma son vermek için kullanılan telafi maksatlı geçici tedbir kararlarıdır (*référé de remise en état*, NCPC md. 809/ 1).

Son kategori geçici tedbir türü ise, yine alacağın varlığı hakkında ciddi bir kuşku duyulmayan hallerde, belirli bir borcun ifasını veya belirli bir yapma borcunun yerine getirilmesini sağlayan türdeki tedbir kararlarıdır (*référé-injonction de faire*). Fransız Usul Kanunu'nun 809/ 2 hükmüne sonradan eklenen bir cümleyle kabul edilen bu geçici tedbir türü uyarınca, *juge des référés*, borçluya belirli bir yönde hareket etmeye yönelik emir vermektedir<sup>205</sup>.

İsviçre Hukuk sistemi ise bu konuda oldukça karmaşık bir hukuki normlar ağına sahiptir<sup>206</sup>. Spesifik olarak uyuşmazlık konusuna yönelmeyen ve sadece taraflar arasındaki statükonun muhafazası veya hukuki ilişkinin belli bir istikrara oturmasını amaçlayan bu tür tedbirlerin son derece geniş içerikli ve çok sayıda

---

Jacques Normand tarafından kullanılmıştır: **NORMAND** Jacques: “*Les Mesures Provisoires et L'Arbitrage*”, Les Mesures Provisoires en Droit Belge, Français et Italien, Etude de Droit Comparé, Bruxelles, s. 461 ve ayrıca s. 86. Aynı yönde tespit için bkz. **BAHMAEI**, s. 6; **ESTOUP** George: La Pratique des Procédures Rapides, Référés, Ordonnances sur Requête, Procédures d'Injonction, Procédures à Jour Fixe et Abrégées, Paris, 1998 s. 13).

<sup>203</sup> *Référé* kavramının tanımını vermek oldukça zordur zira bu kavram Fransız Hukuku'nda farklı iki müesseseye karşılık gelmektedir. Gerçekten de, bir taraftan geçici koruma tedbirlerine hükmedilme usulünü ifade eden *référé* kavramı, diğer taraftan da bir yargılama yetkisini ifade etmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ESTOUP**, s. 9 vd.

<sup>204</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BAHMAEI**, s. 6-7.

<sup>205</sup> **BAHMAEI**, s. 7.

<sup>206</sup> İsviçre Hukuk sisteminin, anayasal rejimi gereği kantonlara ayrılması ve her bir kantonun kendine özgü hukukunun yanı sıra, kantonlar üzeri kanunların da bulunması sebebiyle belirli bir hukuki kavramın nitelendirilmesinin yapılması veya ifade ettiği anlamın yeknesak bir biçimde algılanmasının ne denli güç olduğu ortadadır. Hal böyle iken, İsviçre Hukuku'nda da geçici hukuki koruma tedbirleri kavramının kesin ve net bir tanımının yapılamadığı ve kavramın türlerinin ve içeriklerinin de tereddütsüz ortaya konulmadığı görülmektedir. Gerçekten de, İsviçre Hukuk sistemindeki bu zorluğun ana nedeni, hukuki hiyerarşideki karmaşık yapıdan ileri gelmektedir. Şöyle ki, geçici hukuki koruma tedbirleri İsviçre Hukuku'nda medeni usul hukuku, icra hukuku ve maddi özel hukuk alanlarının her üçüne de temas eden bir hukuki kavramdır. Konunun kantonların kendilerine özgü kanunlarının yanı sıra, konfederasyon hukukuyla da düzenlenmesi içinden çıkılması zor bir hukuksal karmaşaya sebep olmaktadır (**BAHMAEI**, s. 17).

olması sebebiyle bu kategori tedbirler de çok farklı kaynaklarda düzenlenmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşmiş kararları uyarınca<sup>207</sup>, sübjektif bir hakka ilişkin düzenleyici tedbirler, hakkın ait olduğu özel hukuka ilişkin ilgili federal düzenlemeye; statükonun korunmasına ilişkin tedbirler ise kantonal usul hukuku çerçevesindeki kurallara tabi olacaktır<sup>208</sup>. Örneğin, şahsın hukuku, fikri mülkiyet hukuku veya boşanma ve soybağına ilişkin geçici tedbirler federal düzeyde bunlara ilişkin kanunlarda, hukuka aykırı bir fiilin durdurulması veya bundan kaçınılmasına dair bir tedbir ise kantonlar düzeyindeki usuli kurallarla belirlenmiştir<sup>209</sup>.

Özellikle uyuşmazlık konusu malın fiziksel şartlarına yönelik alınan geçici tedbir kararlarının hakemlerce de alınabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Hatta bu tür geçici tedbir kararlarının çeşitli uluslararası tahkim kurallarında da yer aldığı görülmektedir. Bunlar arasında UNCITRAL Model Kanunu md. 17/ 2 ve LCIA md. 25/ 1-b bulunmaktadır.

Bununla beraber, uyuşmazlık konusu malın fiziki niteliğini gözetmeyen, taraflardan birini belirli bir yönde hareket etmeye veya etmemeye zorlayan türdeki geçici tedbir kararları için aynı şeyi söylemek daha zordur. Tartışmalı olan bu hususa hakemlerin geçici koruma tedbiri verebilme yetkisini inceleyeceğimiz ikinci bölümde ayrıntılarıyla yer vereceğimizden şimdilik sadece bu tespiti yapmakla yetineceğiz.

### **C) Nihai Kararın Etkinliğini Korumaya Yönelik Tedbirler**

Yargılama neticesinde verilecek olan karara dek geçen sürede, bu kararın etkinliğini sağlamak amacıyla belli bir hukuki veya fiili durumu muhafaza etmeye yönelik tedbirler çok çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin, belli bir meblağın veya uyuşmazlık konusu şeyin veya şirket hisse senetlerinin hake m heyetinin veya bir bankanın kontrolüne bırakılması, uyuşmazlık tutarını karşılayacak bir meblağ için teminat gösterilmesinin emredilmesi gibi. Bu tedbir çeşitlerinden bazıları mallar üzerinde (*in rem*) olurken (*saisie conservatoire, arrest*), bazıları daha geniş bir kapsama sahip olmaktadır. İngiliz Hukuku'ndaki *mareva injunction* tedbirleri, tarafların şahsına yönelmiş olan ve onların belli bir davranışa uygun

<sup>207</sup> ATF 103 II, c. 3b; 104 II 170, JdT 1979 I 68, c. 6. Kararların yorumu için bkz. **BESSON**, s. 29.

<sup>208</sup> **BESSON**, s. 29 ve 31.

<sup>209</sup> **BAHMAEI**, s. 18; **BESSON**, s. 31.

hareket etmelerini buyuran (*in personam*) nitelikteki tedbirler bunlara örnek olarak verilebilir<sup>210</sup>.

Koruyucu tedbirler denildiğinde teknik anlamda anlaşılması gereken başlıca geçici tedbir türü bu tedbirlerdir. Gerçekten de, bu tür tedbirlerde, uyuşmazlık konusu şeyin korunması veya dava sonucunda elde edilecek nihai kararın, tarafların malvarlıklarını kaçırmaması veya başkasına transfer etmesi gibi kötünietli davranışlar ile etkisiz ve anlamsız kalmasının önlenmesi amaçlanmaktadır.

Çoğu zaman uyuşmazlık konusu şeye yönelmiş olan *ihtiyati haciz* veya uyuşmazlık konusunu temin etmeye yarayan emirler (*injunctons*) kullanılarak sağlanan bu geçici koruma türlerine doktrinde “*mesures conservatoires*” veya “*teminat amaçlı tedbirler*” de denilmektedir<sup>211</sup>.

## 1) Türk Hukuku

### a) İhtiyati Haciz Kavramı

Türk Hukukundaki teminat amaçlı geçici hukuki koruma tedbiri olan ihtiyati haciz, genel olarak İcra ve İflas Kanun’nda (md. 257-268) düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bu geçici tedbir türüne diğer bazı kanunlar içerisinde yer alan özel hükümlerde de rastlanmaktadır<sup>212</sup>.

Özellikle uygulamada ihtiyati tedbirle ihtiyati haciz sıklıkla birbirleriyle karıştırılmaktadır ve bu durum hem tarafların menfaatlerini zedelemekte hem de hukuki sorunlara sebebiyet vermektedir<sup>213</sup>. Aslında birbirlerinden farklı olan bu iki geçici hukuki koruma tedbirinin tek ortak noktaları özleri itibariyle hizmet ettikleri amaçtır: dava neticesinde hak elde edilinceye dek geçecek olan süre içerisinde geçici olarak hukuki koruma sağlamak.

Kısaca tanımını yapmak gerekirse, ihtiyati haciz, para alacaklarına ilişkin mevcut veya müstakbel bir takibin sonucunun güvence altına alınması için, mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığına el konulmasını sağlayan geçici bir hukuki korumadır<sup>214</sup>. Diğer bir anlatımla, rehinle güvence altına alınmamış ve ödenecek

<sup>210</sup> KNOEPFLER, *Mesures Provisaires*, s. 309.

<sup>211</sup> ÖZBEK HADİMOĞLU, *Brüksel*, s. 49.

<sup>212</sup> Örneğin, kamu alacakları bakımından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 13-16. maddeleri veya TTK. md. 892, 1242/2 hükmünde olduğu gibi.

<sup>213</sup> PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 502.; YILMAZ, s. 1075.

<sup>214</sup> PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 502.

(muaccel) duruma gelmiş<sup>215</sup> bir borcun elde edilmesini temin amacıyla borçlunun taşınır veya taşınmaz malları ile üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarına ihtiyaten el konulması işlemidir<sup>216</sup>.

İhtiyati haczin konusu para ve teminat alacaklarıdır. Bunlardan başka alacaklar, örneğin taşınır veya taşınmaz mal teslimi, ihtiyati haczin değil, şartları varsa ihtiyati tedbirin konusunu oluştururlar<sup>217</sup>. İhtiyati haczin konusu olan para alacağının kaynağı bir sözleşme ilişkisi olabileceği gibi, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme de olabilir.

### **b) Görevli ve Yetkili Mahkeme**

İhtiyati haciz, alacaklı tarafından borçluya karşı istenir ve haciz kararı mahkemece verilir (İİK. md. 258). İhtiyati hacizde görevli mahkeme hakkında İcra ve İflas Kanunu'nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple HUMK'daki hükümler ihtiyati haciz bakımından da geçerlidir. Yetkili mahkeme ise İİK. md. 258/1 atfıyla İİK. md. 50 uyarınca belirlenmektedir. Bu hüküm, "*Para veya teminat borcu için takip hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yetkiye dair hükümleri (HUMK. md. 9-27) kıyas yolu ile tatbik olunur. Şu kadar ki, takibe esas olan akdin yapıldığı icra dairesi de takibe yetkilidir*" şeklinde yetkili mahkemeyi belirtmektedir.

Görüldüğü üzere, ihtiyati hacizde görevli mahkeme açısından ihtiyati tedbirden farklı bir düzenleme olmasa da, söz konusu yetkili mahkeme olduğunda iki kurum arasında önemli fark bulunmaktadır. Bu sebeple uygulamada talebin ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir olarak nitelenmesi özellikle yetkili mahkemeyi doğru tespit edebilmek bakımından büyük öneme sahiptir.

### **c) İhtiyati Haciz Talebi**

İhtiyati haciz talebinin şekli bakımından İcra ve İflas Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İhtiyati tedbir bakımından bu hususa ilişkin

<sup>215</sup> Kanun bazı hallerde vadesi gelmemiş olsa bile istisnaen ihtiyati haciz istenebileceğini kabul etmiştir. Bu haller İİK. md. 252/2 de belirtilmiştir.

<sup>216</sup> ÖZKAN, s. 426.

<sup>217</sup> YILMAZ, s. 1078.



düzenlemeyi içeren HUMK md. 105 hükmü kıyasen ihtiyati hacze de uygulanmaktadır<sup>218</sup>.

İhtiyati haciz talep eden taraf, alacağını ve ihtiyati haciz sebeplerini (İİK. md. 257) göstermeye mecburdur. İhtiyati haciz talebinde özellikle, alacağın rehinle temin edilmemiş bulunduğu ve alacağın (borcun) vadesinin gelmiş olduğu hakkında hakimi ikna edici açıklamaların yapılması, şayet borcun vadesi gelmemişse, istisnai durumlardan birinin söz konusu olduğunun ortaya konulması gerekmektedir.

İhtiyati haciz talebi üzerine, mahkeme iki tarafı dinleyip dinlememe konusunda serbesttir (İİK. md. 258/2). Takdir yetkisi kullanılırken mahkemenin dikkat edeceği unsur borçlunun duruşma gününe dek mal kaçırma tehlikesinin bulunup bulunmamasıdır. Şayet borçlunun mal kaçırma olasılığı varsa, duruşma yapılmadan ihtiyati haciz talebinin karara bağlanması bir zorunluluktur. Bununla birlikte, duruşma yapılmadan ihtiyati hacze karar verilmesi halinde, İİK. md. 265 uyarınca verilen karara karşı borçlunun itiraz hakkı bulunmaktadır. Tıpkı ihtiyati tedbirde olduğu gibi, ihtiyati haciz kararı verilmesinde de, alacaklının ileri sürdüğü deliller bakımından tam ispat değil, yaklaşık ispat yeterli sayılmaktadır. Benzer bir şekilde, ihtiyati haciz isteyen alacaklının, tıpkı ihtiyati tedbirdeki gibi; hacizde haksız çıktığı takdirde borçlunun ve üçüncü kişinin uğrayacakları bütün zararlardan sorumlu olup, İİK. md. 259 uyarınca HUMK. md. 96'da belirtilen teminatı vermek zorunluluğu vardır. Şayet söz konusu kişi yabancı uyruklu bir kişi ise, MÖHUK. md. 48 uyarınca bu kişinin Türkiye'de ihtiyati haciz kararı alabilmesi için İİK. md. 259'da öngörülen teminat haricinde, yabancı olması sebebiyle ayrıca bir teminat daha göstermesi gerekmektedir.

#### **d) İhtiyati Haciz Kararı**

Hakim, ihtiyati haciz sebeplerinin varlığı halinde ve bunların yaklaşık ispat kuralıyla delillendirilebilmesi durumunda ihtiyati hacze karar verir, aksi takdirde talebi reddeder. İhtiyati haciz hakkında verilen karara karşı temyiz yoluna gidilemez. Sadece İİK. md. 265'te sayılan sınırlı sebeplerin varlığı halinde ihtiyati haciz kararına itiraz imkânı bulunmaktadır. Doktrinde, ihtiyati haczin kabulü ve ya reddi kararlarına karşı gidilebilecek herhangi bir kanun yolu olmaması eleştirilmektedir. Uygulamada da her iki taraf için olumsuz sonuçlar yaratan bu neticenin yasa koyucu

<sup>218</sup> YILMAZ, s. 1104.

tarafından adaleti sağlayacak bir çözüm getirilerek değiştirilmesinin isabetli olacağı ileri sürülmüştür<sup>219</sup>.

### e) İhtiyati Tedbir ile İhtiyati Haciz Arasındaki Farklar

İhtiyati haciz, bilindiği üzere, para alacakları için söz konusu olabilen bir çeşit ihtiyati tedbirdir<sup>220</sup>. Bununla beraber, özellikle konusu ve tabi bulunduğu hükümler (İİK. md. 257-268) bakımından ihtiyati tedbirlerden farklıdır. Ancak, uygulamada bu farka dikkat edilmediği ve ihtiyati haciz kararı verilmesi gerekli hallerin birçoğunda ihtiyati tedbir kararı verildiği görülmektedir<sup>221</sup>.

İhtiyati tedbir ile ihtiyati haciz arasındaki farkları belirlemek gerekirse, en önemli fark; ihtiyati haciz sadece para alacaklarına ilişkin davalarda veya icra takiplerinde söz konusu olduğu halde, ihtiyati tedbirin kural olarak paradan başka şeylere (haklara, taşınır veya taşınmaz mallara) ilişkin davalarda alınabilen tedbir türü olmasıdır.

İhtiyati hacizde, ihtiyaten haczedilen mallar, alacaklının açtığı veya yaptığı (veya açmayı ya da yapmayı düşündüğü) bir dava veya icra takibinin konusu değildir, zira ihtiyati haczin konusu para alacağıdır. Oysa ihtiyati tedbirde üzerine ihtiyati tedbir konulan mallar, davalı ile davacı arasında çekişmeli olan ve davacının açtığı veya ileride açmayı düşündüğü bir davanın bizzat konusunu oluşturmaktadır<sup>222</sup>.

<sup>219</sup> YILMAZ, s. 1113.

<sup>220</sup> KURU, s. 4411. Bununla beraber, ihtiyati tedbir ile ihtiyati haczin bir takım ortak prensiplere sahip olduğu aşikardır. Şöyle ki: her iki tedbirde de, sözlü yargılama gerekmesizin karar verilebilir (HUMK. md. 105/2; İİK. md. 258/2); her iki tedbir için de önemli vakıaların tam olarak ispatına gerek yoktur, bu vakıaların hakikate yakın derecede ispatı yeterlidir (İİK. md. 258/1); her iki tedbir de ihtilafli yargının bir alt çeşididir ve verilen kararlar ile bir kazai tasarruf ortaya çıkar. Her iki tedbir çeşidinin ortak prensipleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Saim ÜSTÜNDAĞ, İhtiyati Tedbirler, 1981, İstanbul, s. 5-10.

<sup>221</sup> İİD. 5. 10.1970 tarihli ve 8789/9181 sayılı kararında ihtiyati tedbirle ihtiyati haciz arasındaki farklar son derece açık bir şekilde ortaya konmuştur. Bu kararın ilgili bölümü aynen şu şekildedir: “İhtiyati tedbir kararında (davacıların varlığını iddia ettikleri alacağın temini için borçluların bu nispetteki menkul ve gayrimenkul malları ile üçüncü şahıslardaki alacakları üzerine ihtiyati tedbir vaz’ına karar verildiği) yazılıdır. (İhtiyati tedbir) deyimi kullanılmış olmasına rağmen, niteliği bakımından HUMK’un 101 inci maddesine uygun bir ihtiyati tedbir değil, İİK’nin 257 nci maddesine mümas ihtiyati haczi tazammun etmektedir. Zira, HUMK’un 101 inci maddesinde açıklandığı gibi ihtiyati tedbir, menkul ve gayrimenkul malların aynının münazaalı olması halinde bunun haciz veya yedi adle tevdiine, münazaalı şeyin muhafazası için lazım gelen her türlü tedbirlerin alınmasına, MK ile muayyen hallerde nafaka veya ayrılık ve boşanma davası üzerine gerekli muvakkat tedbirlerin ittihazına taalluk edebilir. Olayda, muhtemel bir para alacağının ileride istifasını teminat altına almak için borçlunun bir kısım alacak, hak ve mallarının muhafaza altına alınması söz konusu olduğundan, konulan tedbir, İİK’nin 257 nci ve müteakip maddelerinde yazılı ihtiyati haciz niteliği taşımaktadır” (RKD 1970/11-12, s. 197-198; İBD 1971/1-2, s. 162-163).

<sup>222</sup> KURU, s. 4412.

İhtiyati tedbirle ihtiyati haciz arasındaki farklardan biri de, ihtiyati tedbirde dava konusu olan ve kime ait olduğu çekişmeli olan mal için “emniyet tedbiri” alınırken; ihtiyati hacizde, dava veya icra takibinin konusunu oluşturan para alacağının ileride (dava veya icra takibi sonunda) ödenmesini güvence altına almak için, dava veya icra takibi konusu para ile hiçbir ilgisi olmayan ve davalıya (yani borçluya) ait olduğu taraflar arasında çekişmeli bulunmayan mallara el konulması, diğer bir ifadeyle, bu malların ihtiyaten haczedilmesidir<sup>223</sup>. Gerçekten de, ihtiyati tedbirde dava konusu olan şey (taşınır veya taşınmaz bir mal) için önleyici veya koruyucu nitelikte bir tedbir alınmaktadır. Buna karşılık, ihtiyati hacizde, alacaklıya henüz kesin haciz isteme yetkisinin (İİK. md. 78, md. 37) verilmediği bir dönemde, borçlunun mallarına geçici olarak el konulmak suretiyle, alacaklının para alacağının zamanı geldiğinde (dava veya icra takibi sonunda) ödenmesi güvence altına alınır<sup>224</sup>.

## 2) Karşılaştırmalı Hukuk

İngiliz Hukuku, geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda belki de en ilginç içtihat ve diğer ülke hukuk sistemlerine nazaran farklı türde tedbirlere sahip olan hukuk sistemidir. Özellikle 1970’lerde İngiliz mahkemelerinin peş peşe vermiş olduğu kararlar, geçici koruma tedbirleri konusunda en devrimci örnekleri oluşturmaktadır.

Önceleri sadece uyuşmazlığın esası hakkında yetkili olan mahkemelerce verilebilen ve ancak davanın kazanılma ihtimalinin yüksek olduğu tedbiri talep eden tarafça ilk bakışta ortaya konulabildiği takdirde kabul edilen geçici emirler (*interlocutory order*), 1970’li yılların sonunda çok önemli radikal değişikliklere konu olmuştur<sup>225</sup>.

1975 tarihli *American Cyanamid Co. v/ Ethicon Ltd.* davasında<sup>226</sup> Lordlar Kamarası ilginç bir karara imza atmıştır. Bu karar uyarınca, geçici koruma tedbiri veya geçici emir verebilme şartlarından olan “ilk bakışta haklı olunduğuna dair kanaat oluşturma” şartı terkedilmiş ve yerine taraflar arasında menfaat dengesini sağlama şartı ile tedbirin meşru olması ve talebin kötüye kullanma sayılmaması koşulları getirilmiştir.

<sup>223</sup> KURU, s. 4412.

<sup>224</sup> KURU, s. 4412.

<sup>225</sup> BAHMAEI, s. 11, COLLINS, *Measures*, s. 99 vd.

<sup>226</sup> *American Cyanamid Co. v/ Ethicon Ltd.*, 1975, AC 396.

Bu karardan sonra İngiliz içtihatları geçici koruma tedbirleri konusunda önemli bir döneme girmiş ve o zamana dek bilinmeyen ve kullanılmayan yeni tedbir türlerine hükmedilmeye başlanmıştır. Bu yeni tedbir türleri arasında kuşkusuz en çok bilineni, ilk defa 1975 yılında verilmiş olan ve adını kullanıldığı davadan<sup>227</sup> alan “*Mareva Injunction*” isimli geçici tedbirdir. Bu geçici tedbirin özelliği, uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmeden evvel, borçlunun malları üzerindeki her türlü tasarruf yetkisini ve bu mallarını yabancı bir ülkeye transfer edilmesini engellemesi ve bu yönüyle borçlunun kişiliğine yönelik olmasıdır (*in personam*). *Mareva injunction*’ın içerdiği emre itaat etmeyen borçlunun ve ona bu tedbirden haberdar olmasına rağmen bu hususta yardım eden üçüncü şahısların, hakimin vermiş olduğu bu emre itaatsizliklerinden dolayı cezai sorumluluğu dahi doğabilmektedir (*contempt of court*)<sup>228</sup>.

*Mareva injunction*, hacizden farklı olarak, borçluya ait mallara belirli bir kurum vasıtasıyla el koymak anlamına gelmemekte, borçlunun mallarını başka bir yere göndermesini veya üçüncü bir kişiye devretmesini yasaklamaktadır<sup>229</sup>. *Mareva injunction* tedbiri, niteliği gereği “sürpriz etkisi” yaratabilmesi için çoğu zaman *ex parte* yani tek taraflı taleple verilebilse dahi, makul bir süre içerisinde diğer tarafın savunma haklarını kullanabileceği bir yargılamanın (*inter partes*) gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>230</sup>.

Kısaca yukarıda ana hatlarını belirttiğimiz *Mareva Injunction* tedbirinin İngiliz Hukukuna getirdiği yenilik, uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmeden önce de borçlunun malvarlığının geçici tedbir alınmak suretiyle bloke edilmesini sağlamasındadır. Zira önceden İngiliz Hukuk sisteminde böyle bir tedbirin alınabilmesi mümkün değildi<sup>231</sup>.

<sup>227</sup> *Mareva Companiera Naviera S.A. v. International Bulkcarriers Ltd.*, 1975, 2 Lloyd’s Reports. s. 509.

<sup>228</sup> **BAHMAEI**, s. 12. Örneğin, hakkında *mareva injunction* emri verilmiş olan bir müşterisinin çekini ödeyen banka, hakimin bu emrinden haberdar olmasına rağmen bu ödemeyi gerçekleştirmişse, *contempt of court* sebebiyle suç işlemiş olacaktır (**BAHMAEI**, s. 12, dn. 63). İngiliz Hukuku’ndaki hemen hemen bütün geçici tedbir niteliğindeki emirlere itaatsizlik, *contempt of court* sayıldığı için oldukça etkindirler (**BESSON**, 38).

<sup>229</sup> **BESSON**, s. 37; **GIARDINA**, s. 500. **CUNIBERTI** Gilles: *Les Mesures Conservatoires Portant Sur Des Biens Situés A L’Etranger*, Paris, 2000, s. 57 vd. **ZICHERMAN** David L.: “*The Use of Pre-Judgment Attachments and Temporary Injunctions in International Commercial Arbitration Proceedings: A Comparative Analysis of The British and American Approaches*”, University of Pittsburgh Law Review, 1989, Vol. 50, s. 668 vd.

<sup>230</sup> **BAHMAEI**, s. 12.

<sup>231</sup> **BESSON**, 37; **BAHMAEI**, s. 12; **MUIR-WATT**, *Extraterritorialité*, s. 34

*Mareva injunction* tedbirleri, önceleri sadece davanın esasına bakmakta İngiliz mahkemelerinin yetkili olduğu ve yabancı bir ülkede ikamet eden borçlunun malvarlığının Birleşik Krallık topraklarında bulunduğu uyuşmazlıklar hakkında verilirdi. Zira Lordlar Kamarası, açık bir biçimde, borçlunun malvarlığı İngiltere’de dahi bulunsa, davanın esası yabancı bir ülkede görülüyorsa İngiliz hakiminin *Mareva injunction* da dahil hiçbir tedbire karar veremeyeceğini kabul etmişti<sup>232</sup>. Ancak, 1981 yılında Supreme Court Act’ın 37. maddesine eklenen 3. fıkra ile İngiliz kanun koyucusu, davanın esası hakkında İngiliz mahkemeleri yetkili olmasa dahi *mareva injunction* tedbirlerine hükmedebilmesi yolunu açmıştır.

*Mareva injunction* tedbirlerinin verilebilme şartları zaman içerisinde gittikçe esnetilmiş ve ilk zamanlarda davalının yabancı ülkede ikamet etmesi halinde verilebiliyorken, sonraları davalının Birleşik Krallık’ta ikamet etmesi halini de kapsar bir biçimde uygulanmaya başlanmıştır. Diğer bir deyişle, 1981 tarihli bir mahkeme kararı ile *mareva injunction* tedbirleri, davalının ikametgahının nerede olduğu farketmeksizin uygulanır hale gelmiştir<sup>233</sup>.

1988 yılında ise *mareva injunction* tedbirleri, tüm milli hukuk sistemlerinde yer alan geçici koruma tedbiri türlerinden belki de en radikali olma niteliğine ulaşmıştır. Temelinde İngiliz yargısında devam etmekte olan bir davada davalının mallarını *for ülkesinin* yargı çevresinden çıkarmasını önlemek amacı bulunan bu tedbirlerin, 1988 yılında ard arda verilen kararlar ile ülke dışına da etki eder bir biçimde verilmeye başlandığı görülmektedir. Devletlerin egemenlik haklarının topraklarıyla sınırlı olduğu “ülkesellik” prensibinin aşılması anlamına gelen bu uygulamadan doğan geçici koruma tedbirleri, İngiliz Hukukunda “*world-wide mareva injunction*”<sup>234</sup> adıyla anılmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, 1988 yılından bu yana, *world-wide mareva injunction* tedbirlerine hükmedilmesi açısından İngiliz hakimleri, tedbirlerin ülke sınırlarını aşan etkisi konusunda hiç bir zaman çekimser bir tavır veya tereddüt sergilememiştir. Aksine, böylesine geniş kapsamlı bir tedbir türüne takviye amacıyla ve bunlara bağlı

<sup>232</sup> Buna ilişkin karar için bkz. *The Siskina v/ Diskos SA*, 1979, AC, 210, HL. Ayrıca bkz. **CUNIBERTI**, s. 65. **ZICHERMAN**, s.671-672.

<sup>233</sup> *Bekhor & Co v/ Bilton*, 1981, QB, s. 923 vd.

<sup>234</sup> *World-wide mareva injunction* ilk olarak *Babanaft International Co SA v. Bassatne* Davasında uygulanmaya başlanmıştır (1 All England Law Reports 433, 1990, Chancery Division 13). **COLLINS**, *Measures*, s. 115; **BERMANN**, *Provisional Relief*, s. 562; **ROGERS** Andrew: “*The Extra-Territorial Reach of the Mareva Injunction*”, LMCLQ, 1991, s. 231 vd.; **MUIR-WATT**, *Extraterritorialité*, s. 35.

olarak “*ancillary orders*” adı verilen başkaca tedbir türleri de yaratmıştır<sup>235</sup>. Bunlar arasında, borçlunun Birleşik Krallığı terk etmesini önleyen “*writ ne exeat regno*” ek tedbirleri, yani borçluyu hapisle tazyik etmek veya pasaportuna el koymak gibi aşırı tedbirler dahi bulunmaktadır<sup>236</sup>. Zira daha evvel de belirtildiği üzere, *mareva injunction* tedbirleri, borçlunun malları nerede olursa olsun, borçlunun şahsına yönelen, diğer bir deyişle “*in personam*” tedbirlerdendir ve bu tedbirlerin etkinliğinin azalmasını engelleyebilmek ve borçlunun alıkonulduğu bu kısa müddet zarfında gerekli takiplerin yapılabilmesini sağlamak adına İngiliz Hukuku, borçlunun ülke dışına çıkmasına bu şekilde engel olmaktadır<sup>237</sup>. *Mareva injunction* tedbirlerinin etkinliğini artırmak amacıyla ihdas edilen çok önemli bir başka ek tedbir türü de “*order for disclosure of assets*” tedbirleridir<sup>238</sup>. Burada borçlu, yemin altında malvarlığına ilişkin bir takım bilgileri (mallarının bulunduğu yerler, malvarlığının miktarı veya bunları ispatlayan belgeler gibi) vermeye zorlanmaktadır<sup>239</sup>.

İngiliz Hukuku’nda ortaya çıkan ve diğer ülke hukuk sistemlerinde örneğine pek rastlanmayacak bir diğer aşırı tedbir türü de “*order for transfer of assets*” ismi taşıyan ve amacı, borçlunun yabancı bir ülkede bulunan malvarlığını geri döndürmek olan bir tür geçici emirdir. 1990 yılında *Derby & Co. v. Weldon* davasında ilk kez kullanılan bu tedbir türü, borçlunun ülke dışına çıkarmış olduğu mallarını, İngiliz hakiminin vereceği world-wide *mareva injunction* emrini tanıyan bir ülkeye geri

<sup>235</sup> BESSON, s. 38; BAHMAEI, s. 14; MERKT Olivier: Les Mesures Provisoires en Droit International Privé, Neuchatel, 1993, s. 46-47.

<sup>236</sup> MUIR WATT, *Extraterritorialité*, s. 33, dn. 10. CUNIBERTI, s. 115.

<sup>237</sup> MUIR WATT, *Extraterritorialité*, s. 33.

<sup>238</sup> CUNIBERTI, s. 117.

<sup>239</sup> İngiliz Hukukunda kullanılan bu tür geçici tedbir türlerinin aslında uluslararası uyumazlıklarda taraflar arasındaki dengeyi hayli etkileyecek önemde bir silah olduğu vurgulanmıştır (BAHMAEI, s. 16, CUNIBERTI, s. 118). Zira bu sayede alacaklı, borçluya ait dünyanın dört bir yanındaki malvarlığı hakkında bilgi edinme hakkına kavuşmaktadır. Bununla birlikte, world-wide *mareva injunction* tedbirlerinin etkinliğini artırmak için böyle bir yola başvuruluyor olması, aslında world-wide *mareva injunction* tedbirlerinin varlığı ve etkinliği ile çelişmektedir. Gerçekten de, ancillary orders kapsamındaki diğer ek tedbirler, İngiliz Hukukuna özgü bu aşırı etkiye sahip geçici tedbir veya emirlerin ülke dışı etkisinin olmama ihtimaline karşı getirilmiş olan birer takviye veya sübap tedbirlerdir. Şöyle ki; borçlunun nerede ne miktarda malının olduğunun bilinmesinden amaçlanan şey, bu mallar üzerinde, alacaklının vakit kaybetmeden, o yer kanunları uyarınca da takibe geçebilmesini sağlamaktır. Zira, İngiliz hakiminin başka bir ülkedeki mal için geçici tedbir kararı vermesi, çoğu ülke hukuk sistemi tarafından uygulanabilmekten veyahut tanınabilmekten uzaktır. Hal böyle iken, gerek borçluyu belirli bir süre alıkoymakla, gerekse onu malvarlığıyla ilgili bilgi vermeye zorlamakla bu riskin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Ancak bu şekilde bir yaklaşımın aslında geçici tedbirlerin ülke dışında tanınıp uygulanmasının gerçekleşmemesi ihtimaline karşı o ülkede yerel hukuka göre geçici tedbir alınmasının sağlanması anlamına geldiği ve uluslararası boyutta bir yenilik veya çözüm olarak değerlendirilemeyeceği, aksine bilindik klasik bir geçici tedbir kararı alma prosedürünün izlenmesi olacağı aşıkardır (CUNIBERTI, s. 122).

getirmesini öngörmektedir<sup>240</sup>. İngiliz Hukuku açısından, borçluya ait malların mareva injunction emrini tanıyan bir ülkeye veya Birleşik Krallık topraklarına geri gelmesinden güdülen menfaat, bu yolla geçici tedbirlerin adeta yerel bir uyuşmazlık dahilinde veriliyor hale gelmesi veya en azından borçlunun malvarlığını elinde bulunduran üçüncü şahısların, örneğin bankaların, söz konusu ülkenin bu emirleri tanıyan bir ülke olması nedeniyle, İngiliz hakimince verilen mareva tedbirlerine aykırı davranmayacak olmasındadır<sup>241</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nin hukuk sisteminde de benzeri kararlara rastlamak mümkündür<sup>242</sup>. Ancak, İngiliz uygulamasının aksine, ABD Hukuku uyarınca amaçlanan, malvarlığının sadece Amerika'ya geri getirilmesinin sağlanmasıdır; bu ülkede verilecek bir geçici tedbir veya emri tanıyan bir ülkeye geri gönderimi kapsamamaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nin federal yapıda olup eyaletlerden oluştuğu dikkate alınır, söz konusu tedbirin, farklı hukuk sistemlerine ve yargı alanlarına sahip eyaletler düzeyinde de uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır<sup>243</sup>.

Fransız Hukuku'nda koruma tedbirlerinin bazıları medeni hukuka ilişkin olup, çalışmamızı daha çok ilgilendiren bir diğer kısmı da icra hukukunu ilgilendirmektedir. Bu tür koruma tedbirleri Fransız Hukuku'nda 1991 yılında yapılmış reform niteliğindeki bir kanuna dayanmaktadır<sup>244</sup>. Bu kanun ile iki büyük branşa ayrılan koruma tedbirleri, maddi ve gayrimaddi taşınır mallara ilişkin koruma tedbirlerini içeren “*saisie-conservatoire*” ve taşınmaz mallara, ticaret fonlarına, menkul kıymetlere ve şirket hisselerine ilişkin “*sûretés judiciaires conservatoires*” olarak isimlendirilmektedir<sup>245</sup>.

İsviçre Hukuku'nda para alacaklarının tahsilini garanti altına alan “*séquestre*” yani “el koyma, yediemine teslim” tedbiri, bütün unsurlarıyla Borçların ve İflasın Takibine İlişkin Federal Kanun (Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

<sup>240</sup> Kararın özeti ve eleştirisi için bkz. **CUNIBERTI**, s. 123-124; **BERMANN** George A.: “*Transnational Provisional Relief in the Courts*” in *International Dispute Resolution: The Regulation of Forum Selection*, Fourteenth Sokol Colloquium, 1997, s. 111 (*Transnational*).

<sup>241</sup> **CUNIBERTI**, s. 124, **BAHMAEI**, s. 16.

<sup>242</sup> Bkz. New York İstinaf Mahkemesi'nin, *United States v Ross Davası* (302 Federal Reporter, Second Series 831, 834, Second Circuit 1962 ve Philadelphia İstinaf Mahkemesi'nin *Hoxworth v Blinder, Robinson & Co Davası* (903 Federal Reporter, Second Series 186, Third Circuit 1990).

<sup>243</sup> New York İstinaf Mahkemesi tarafından verilen *Inter-Regional Fin Group Inc v Hashemi Davası* buna örnektir (Bkz. 562 Federal Reporter, Second Series 152, Second Circuit 1977).

<sup>244</sup> 9 Temmuz 1991 Tarihli ve 91-650 Sayılı Kanun ile gerçekleştirilen bu reform hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BLANC** Emmanuel: *Les Nouvelles Procédures d'Exécution*, Commentaires article par article de la loi no. 91-650 du 9 Juillet 1991 et des décrets d'applications, Paris, 1994; **COUCHEZ** Gérard: *Voies d'Exécution*, Paris, 2003.

<sup>245</sup> **BESSON**, s. 35; **BAHMAEI**, s. 9.

/ LP) ile düzenlenmiştir. Kantonların bu tür bir geçici tedbire ilişkin herhangi bir düzenlemesi bulunmadığından, alacaklı lehine belli bir miktar paranın ödenmesine dair kararın icrasını temin amacıyla kullanılan ve henüz daha icra takibi yapılmadan alacaklıya borçlunun mallarına başvurma imkanı tanıyan tek geçici tedbir türü olan “séquestre”, söz konusu Federal Kanun’un 271 vd. maddelerinde düzenlenmiştir<sup>246</sup>. Malların bulunduğu yer mahkemesi tarafından böyle bir geçici tedbire hükmedilebilmesi için, anılan maddedeki hallerden birinin varlığının yanı sıra, alacağın varlığının alacaklı tarafından gerçeğe yakın ispatı da aranmaktadır.

#### **D) Dava Konusu Hakka Geçici Olarak Önceden Kavuşmayı Sağlayan Tedbirler**

Geçici koruma tedbirleri içerisinde yer alıp almadığı tartışmalı olan ifa amaçlı tedbirler, yargılamanın tamamlanmasının telafisi çok güç zararlara sebebiyet vereceği hallerde, esasa ilişkin haklılığın neredeyse kuşku duyulmaz derecede olması şartıyla, henüz nihai karar verilmeden evvel, dava konusu talebe kısmen veya tamamen ulaşmayı sağlayan tedbir türüdür. Çoğu zaman ara karar niteliğindeki (*interim orders*) kararlar çerçevesinde verilmekte olan bu geçici tedbirlere, uluslararası doktrinde “önceden ödeme tedbirleri” anlamına gelen “*mesures d’anticipation*” da denilmektedir<sup>247</sup>.

Bu kararların teknik olarak geçici tedbir kararı olarak sayılmaması gerektiği doktrinde savunulmaktadır<sup>248</sup>. Zira bu kararlarda, davacının “geçici” bile olsa dava konusu olan şeyi tamamiyle elde etmesi söz konusu olmaktadır ve bu niteliği ile geçici tedbir kararlarının “nihai kararın işlevsiz kalmasını engelleme” amacıyla çalışmaktadır. Çünkü, alacağın tamamına veya önemli bir kısmına henüz yargılama başlamadan evvel sahip olunması, bizzat nihai karardan elde edilecek menfaate çok daha erken bir dönemde ulaşılması anlamına gelmektedir<sup>249</sup>.

Türk Hukuku’nda yukarıda tanımı yapıldığı şekliyle ifa amaçlı tedbirlere rastlandığını söylemek, en azından ticari uyuşmazlıklar açısından pek de mümkün gözükmemektedir. Gerçekten de, HUMK. md. 101/f. 3’te yer alan ve Medeni Kanun uyarınca belirlenen bazı hallerde nafaka alınmasına imkân sağlayan tedbir türü

<sup>246</sup> BAHMAEI, s. 17; BESSON, s. 31.

<sup>247</sup> DE LEVAL, s. 23; VAN HOUTTE, *Measures*, s. 136.

<sup>248</sup> DE LEVAL, s. 24; ÖZBEK HADİMOĞLU, *Brüksel*, s. 52; OUKRAT, s. 267 vd.

<sup>249</sup> ÖZBEK HADİMOĞLU, *Brüksel*, s. 52.



haricinde özel olarak bu kategoriye giren bir geçici tedbir mevcut değildir. Her ne kadar HUMK. md. 103 ihtiyati tedbirler konusunda bir torba hüküm niteliği taşısa da, Türk Hukuku'nda teknik anlamda ifa amaçlı tedbirlere karar verilemeyeceği, zira “geçici ödeme kararı” olarak da anılan bu tip tedbirlerin aslında Türk Hukuku uyarınca geçici koruma tedbirlerinin “esas talebin yerini almama” şartını ve “önleme veya koruma” özelliğini taşımadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Uluslararası hukuktaki uygulamalarda, “*kısmi nitelikte esasa ilişkin karar*” olarak da nitelenen ve “*geçici ödeme emri*” anlamında kullanılan bu tür tedbirler, “*interim orders*”, “*interim payments*”, “*interim remedies*” veya “*interim damages*” adı verilen kararlar çerçevesinde verilmektedir<sup>250</sup>.

Yargılamaya konu olan davada talep edilene kısmen veya tamamen ulaşmayı sağlayan ifa amaçlı tedbirlere birçok ülke hukuk sisteminde rastlanmaktadır<sup>251</sup>. Bununla birlikte bu kararların en tipik örneği Fransız Hukuku'ndaki “*référé-provision*” kararıdır. Karşılaştırmalı hukuk doktrininde belki de en tartışmalı geçici tedbir türünü oluşturan “*référé-provision*” kararları, alacağın ciddi anlamda ihtilaflı olmadığı durumlarda davacının uyuşmazlık konusu edilen şeye kısmen veya tamamen ulaşmasını sağlayan tedbir kararlarıdır (NCPC md. 809/f. 2). Bu tedbir kararlarına hükmedebilmenin tek şartı, alacağın ciddi anlamda ihtilaflı olmamasıdır. Bundan başka aciliyet veya diğer başka bir şarta ihtiyaç yoktur. Gerekli hallerde *ex parte*, yani taraf yokluğunda da verilebilen bu kararlar, bir şeyi yapma veya yapmama şeklinde kişiye yöneldiğinde, diğer bir ifadeyle “*in personam*” olduğunda “*référé-obligation*” ismini almaktayken; belli bir malı veya parasal değeri konu aldığımda, yani “*in rem*” olduğunda klasik “*référé-provision*” olarak adlandırılmaktadır. Doktrinde *référé-provision* usulünün teknik anlamda bir geçici koruma tedbiri olmadığı, zira geçici koruma tedbirlerinin özelliklerinden birinin, asıl talebin yerini almayan muhafaza amaçlı tedbirlere hükmedilmesi olduğu ve bu usulde bu özelliğin bulunmadığı ileri sürülmektedir.

<sup>250</sup> ÖZBEK HADİMOĞLU, *Brüksel*, s. 52.

<sup>251</sup> Geçici ödeme veya geçici ifa anlamına gelen “interim payment/ interim performance” usulünü benimseyen ülkeler arasında Avusturya, Belçika, Fransa, Almanya, Yunanistan, Hollanda, İtalya, Lüksemburg, Portekiz, İsveç, İngiltere gibi ülkeler bulunmaktadır. Bu tür bir geçici tedbir türünü kabul etmeyen ülkeler arasında ise Danimarka, Finlandiya, İrlanda, İspanya ve İskoçya bulunmaktadır (Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin hukuk sistemlerinde bu tür geçici koruma tedbirlerinin bulunup bulunmadığına ilişkin olarak hazırlanmış olan detaylı rapor için bkz. “Provisional Measures Allowing The Satisfaction of The Claim (*interim payment/ interim performance*)”, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_center/civil/studies/doc\\_civil\\_studies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_center/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm)).

İngiliz Hukuku'nda da benzer bir ifa amaçlı geçici koruma tedbiri türü bulunmaktadır. Alacaklının, nihai karardan evvelki bir dönemde, hakimin borçlunun hukuken kendisini savunma olanağını çok düşük görmesi durumunda veya alacağın ciddi anlamda ihtilaflı olmadığı hallerde alacağının bir kısmına kavuşmasını sağlayan bu geçici tedbir türü “*interim payment*” yani “geçici ödeme” adıyla anılan tedbir kararlarıdır. Bu tedbir kararlarına, *summary judgment* usulü ile ulaşılmaktadır<sup>252</sup>. Söz konusu geçici tedbir türü, Fransız Hukuku'ndaki “*référé-provision*” kurumuna benziyor olsa da, *interim payment* kararlarında, alacağın tamamının elde edilmesi mümkün olmadığından bu kurumdan ayrılmaktadır. Gerçekten de, *interim payment* kararları, alacağın makul miktarda bir kısmı için ön ödeme şeklinde bir tedbir geçici olarak alacaklıya sunulmaktadır<sup>253</sup>.

Hollanda Hukuku'ndaki “*kort geding*” de ifa amaçlı geçici tedbir kararlarından biridir<sup>254</sup>. Talep üzerine ve aciliyet bulunan hallerde, her iki tarafın da hukuki menfaatinin dengeli bir biçimde gözetilmesi şartıyla, borçlu tarafın sözlü ifadesinin alındığı duruşma sonucunda alınabilen bu tür geçici kararlar, bir şeyi yapmayı veya yapmaktan kaçınmayı içerebildiği gibi, belli bir miktar paranın ödenmesini de içerebilir (Hollanda Usul Kanunu md. 254-260)<sup>255</sup>. *Kort geding* türü kararların da, tıpkı *référé-provision* kararları gibi, teknik anlamda bir geçici koruma tedbiri olmadığı ileri sürülmektedir<sup>256</sup>.

## E) Yargılama Düzenini ve Hükmedilen Tedbire Uyulmasını Sağlamaya Yönelik Tedbirler

### 1) Anti- Suit Injunctions

İngiliz Hukuku'nda yer alan en ilginç tedbir türlerinden biri de “*anti-suit injunctions*” adı verilen ve taraflardan birinin, İngiliz hakiminin yargı sınırlarının

<sup>252</sup> BESSON, s. 38.

<sup>253</sup> BAHMAELI, s. 17.

<sup>254</sup> VOSKUIL C.C.A.: “*The Taking of Provisional Measures in Arbitration*”, Hague-Zagreb-Ghent Essays 8 on the Law of International Trade edited by C.C.A. Voskuil and J.A. Wade, s. 111; ÖZBEK HADİMOĞLU, *Brüksel*, s. 56.

<sup>255</sup> Hollanda Usul Kanunu için bkz. <http://wettwn.overheid.nl>

<sup>256</sup> Fransız Hukuku'ndaki *Référé Provision* ve Hollanda Hukuku'ndaki *Kort Geding* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz, VOSKUIL, s. 113-116 ve 121-124.

dışında, yabancı bir ülkede dava açmasını veyahut takipte bulunmasını yasaklayan, hatta başlamış olan bir davayı geri çekmesini emreden tedbir kararlarıdır<sup>257</sup>.

Bu emre uygun davranılmaması da, tıpkı diğer İngiliz hukuku menşeli geçici tedbir türleri için de geçerli olduğu gibi, “*contempt of court*” (mahkemeye direnme) teşkil etmektedir<sup>258</sup>. Ancak İngiliz mahkemesince verilmiş olan bir *anti-suit injunction* tedbirine uyulmamasının yegâne yaptırımını hapis veya para cezası anlamına gelen “*contempt of court*” değildir. Zira, İngiltere ile hiçbir bağlantısı olmayacak olan kişi açısından bu yaptırımın caydırıcılığı tartışma konusudur. Örneğin, kişinin İngiltere’de hiçbir maddi-gayrimaddi malvarlığı yoksa ve olmayacaksa veya bu kişi hiçbir zaman İngiltere’ye gelmeyecek ise, hakkında verilmiş olan *contempt of court* kararı da pek bir anlam ifade etmeyecektir. Bu itibarla, *anti-suit injunction* türü tedbirlerin başkaca caydırıcı neticeleri de mevcuttur. Söz gelimi, *anti-suit injunction*’a rağmen yabancı mahkemeden alınan bir kararın İngiltere’de tenfizi mümkün olmayacaktır. Ayrıca, bir münhasır yetki veya tahkim anlaşması ihlal edilerek yabancı ülkede dava açılmışsa, bu dava nedeniyle uğranılan zarar için İngiliz mahkemelerinde tazminat davası açılabilir<sup>259</sup>.

Sonuçları bu denli ağır olan böyle bir tedbire hükmedilebilmesi için, İngiliz mahkemelerinin yetki klozu ile yetkilendirilmeleri veya tahkim anlaşmalarında tahkim yeri olarak İngiltere’nin seçilmiş olması gerekmektedir<sup>260</sup>.

*Anti-suit injunction*, Türk Hukuku’na oldukça yabancı bir tedbir türüdür ve esas olarak İngiliz Hukuku menşelidir<sup>261</sup>. Türkçe’ye “*anti-dava tedbiri*”<sup>262</sup>, “dava

<sup>257</sup> **BELL** Andrew: *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, 2003, s. 170 vd.; **HARTLEY** Trevor C.: “*Comity and The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*”, *AJCL*, Vol. 35, 1997, s. 487 vd.; **SERIKI** Hakeem: “*Anti-Suit Injunctions and Arbitration: A Final Nail in the Coffin?*”, *JIA*, 23 (1), 2006, s. 25 vd. *Anti-suit injunction* emirlerinin en sık kullanıldığı alanlardan biri de, sınır ötesi iflas davalarıdır. Gerçekten, *anti-suit injunction* emirleri, uluslararası boyutu olan iflas davalarında, alacaklılar masasına dahil olmak ve alacağını sıraya girerek elde etmek istemeyen davacılar açısından, iflas eden hakkında dava açılmayan ülkelerde dava açılması suretiyle stratejik bir taktik silahı olarak kullanılmaktadır (**HO** Look Chan: “*Anti-Suit Injunctions in Cross-Border Insolvency: A Restatement*”, *ICLQ*, Vol. 52, 2003, s. 697 vd.

<sup>258</sup> **GAILLARD** Emmanuelle: “*Il Est Interdit D’Interdire: Réflexions sur L’Utilisation des Anti-Suit Injunctions Dans L’Arbitrage Commercial International*”, *Rev. Arb.* 2004/1, s. 49 (*Il Est Interdit D’Interdire*).

<sup>259</sup> **ACAR** Serdar: “*Son Gelişmeler Işığında Anti-Suit Injunctions*”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İkinci Cilt, İstanbul, 2007, s. 1612.

<sup>260</sup> **BAHMAEI**, s. 17.

<sup>261</sup> İlk kez İngiliz Hukuku içerisinde ortaya çıkmasına rağmen, *anti-suit injunction* emirleri, diğer common law ülkeleri ve Amerika’da da uygulanmaktadır. Uygulandığı ülkeler arasında Avustralya, Bermuda, Hong Kong, Singapur ve Kanada bulunmaktadır. Yeni Zelanda’da ise, mahkemelerin bu tür tedbirlere karar verebilme yetkisi kabul edilmekle birlikte fiilen mahkemeler bu tür emirleri vermekten imtina etmektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ARKINS** Jonathan R.C.: “*Borderline Legal:*

karşıtı emir”<sup>263</sup> veya “*dava açmama emri*” olarak da çevrilebilen bu tür mahkeme kararları veya emirlerinde, uyuşmazlık taraflarından biri, diğer tarafın talebi üzerine, yabancı bir ülke mahkemesinde dava açmaktan veya açılmış olan davasını devam ettirmekten men edilir. *Anti-suit injunction* ile amaçlanan, söz konusu uyuşmazlığın, tedbire karar veren ülke mahkemesinde veya tahkimde görülmesini sağlamaktır<sup>264</sup>. Bu tedbir çeşidinin altında yatan amaç, ingiliz mahkemelerinin münhasır yetkili mahkeme olarak belirlenmesi ihtimalinde olduğu gibi ingiliz mahkemelerinin yetki alanına giren veya İngiltere’nin tahkim yeri olarak seçildiği bir uyuşmazlıkta, ingiliz mahkemelerinin, taraflardan birinin bu anlaşmalara aykırı olarak yabancı bir ülke mahkemesinde beklemediği bir dava ile karşılaşmasını önlemeye yönelik hukuki menfaatini korumayı kendilerine görev edinmeleridir<sup>265</sup>. İngiliz mahkemelerinin kendilerini, bir ülkede başlatılan veya süregelen bir davada, bu davanın haksız bir şekilde söz konusu ülke mahkemesinde açıldığını varsayarak, olası adaletsizliği bertaraf etmek maksadıyla kısıtlayıcı nitelikteki *anti-suit injunction* türü emir vermeleri özellikle Avrupa Birliği’ne üye ülkeler ve *civil law* ülkeleri nezdinde “egemenlik hakkına müdahale” olarak yorumlanmaktadır<sup>266</sup>. Buna karşılık, Lordlar Kamarası (*House of Lords*), bu tür kısıtlayıcı (*restraining*) emir içeren tedbirlerin esasında yanlış anlaşıldığını, zira *anti-suit injunction* türü tedbirlerin yabancı mahkemeye yönelen kısıtlayıcı bir emir/ talimat değil, orada işlem başlatan kimseye yöneltilen ve onu şahsi olarak bağlayan (*in personam*) bir emir olduğunu ileri sürmektedir<sup>267</sup>.

---

*Anti-Suit Injunctions in Common Law Jurisdiction*”, JIA, 18(6), 2001, s. 603 vd.; **ACAR**, s. 1625-1638.

<sup>262</sup> **ACAR**, s. 1609.

<sup>263</sup> **YEŞİLOVA**, s. 419.

<sup>264</sup> **ACAR**, s. 1609.

<sup>265</sup> **ACAR**, s. 1615.

<sup>266</sup> Almanya, Belçika ve Fransa, *anti-suit injunction* tedbirlerinin devletin egemenlik yetkisine müdahale olduğunu, bu tür emirlerin kamu düzenine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesine aykırılık teşkil ettiğini belirterek, bu tür tedbirlerin tanınmasını ve tenfizini açıkça reddetmişlerdir.

<sup>267</sup> *Turner v. Grovit and Others* (2001) UKHL 65 (HL). Lordlar Kamarası’nın söz konusu kararda yapmış olduğu açıklamaların en önemli bölümleri şöyledir: “*Bu tür kısıtlayıcı emirler genellikle anti-dava tedbiri olarak anılmaktadır. Bu terminoloji yanıltıcıdır çünkü bu emrin diğer bir mahkemeye yönelildiği ve onu bağlamak istendiği izlenimi uyandırmaktadır. Yabancı mahkemenin yetkisinin sorgulandığı ve bu tedbirin yabancı mahkemeye kendi iç hukukunun verdiği yetkiyi kullanmaktan feragat etmesi için bir emir olduğu savunulmaktadır. Bunların hiçbiri doğru değildir. Bir İngiliz mahkemesi, kısıtlayıcı emir verdiğinde, bu sadece bir tarafa yöneltilmiş olan bir emirdir. Emir yabancı mahkemeye yöneltilmemiştir. Emir, sadece ilgili tarafı şahsi olarak bağlar (in personam) ve yalnızca bu taraf, İngiliz mahkemelerine tabi olabildiği, dolayısıyla emir ona karşı icra edilebildiği ölçüde etkilidir.... Bir kısıtlayıcı emir için başvuran, bu başvuruyu yapmakta hukuki bir menfaate sahip olmalıdır ve bu menfaatin korunması bu emri vermeyi gerekli kılmalıdır. Başvuran, yabancı ülkede, bir münhasır yetki klozu veya tahkim klozu nedeniyle, dava edilmemek üzerine bir sözleşmesel*

*Anti-suit injunctions* türü tedbirler son zamanlarda *civil law* ülkesi mahkemelerinin de sıkça karşılaştığı bir tedbir türü olması nedeniyle özel önem arzeder. Bunun sebebi, doktrinde ifade edildiği şekliyle, İngiliz hakimlerinin “uzun kollara” (*long arm*) sahip olmaları<sup>268</sup>, yani kendi yetki alanlarını belirlerken doğrudan veya dolaylı bir şekilde başka ülkelerin de yetki alanlarına müdahale edebilme hakkını kendilerinde görmeleridir. Bu tavrın arkasında, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin aksine, İngiltere ve diğer *common law* ülkelerinde, mahkemelerin milletlerarası yetkisinin “*forum (non) conveniens*” esasına dayanıyor olması bulunmaktadır<sup>269</sup>. Şöyle ki; bir İngiliz mahkemesi, belirli bir uyuşmazlıkta kendisinin milletlerarası yetkisinin bulunmadığını takdir edip, diğer ülkelerin mahkemeleri lehine geri çekilebilirken; asıl kendisinin söz konusu uyuşmazlıkta yetki sahibi olduğu kanaatine ulaşırsa, bunu korumak için *anti-suit injunctions* yoluyla dolaylı da olsa diğer ülkelerin yargı sistemlerini etkileyecek kararlar verebilmektedir<sup>270</sup>. Her ne kadar İngiliz Hukukunda “İngiliz mahkemeleri, *anti-suit injunctions* türü emirler verirken uluslararası nezaket kurallarına son derece saygılıdır” prensibiyle hareket edildiği ileri sürülmüşse de<sup>271</sup>, bu tavrın İngiltere’nin de üyesi bulunduğu AB üyesi ülkelerin mahkemeleri nezdinde nazik bir davranış olarak algılanmadığı açıktır<sup>272</sup>. Nitekim, bu sebeptendir ki, AB üyesi ülkelerin çoğunda olduğu gibi, diğer birçok ülke hukuk sistemi uyarınca *anti-suit injunctions*

---

*hakka güveniyorsa, o zaman, özel bir husus söz konusu değilse, bu kimse sözleşmesi nedeniyle bu hakkı sözleşmenin diğer tarafına karşı icra etmekte bir hukuki menfaate sahiptir...İngiliz hukuku, uluslararası nezakete yüksek bir önemle bağlıdır ve İngiliz mahkemesi kısıtlayıcı emrin yabancı mahkemeler tarafından nasıl anlaşılacağını akılda tutmaktadır” (Turner v. Grovit and Others (2001) UKHL 65 (HL), ACAR’dan naklen, s. 1614-1615); BELL, s. 171.*

<sup>268</sup> ACAR, s. 1610.

<sup>269</sup> *Forum non conveniens* teorisinin İngiliz Hukuku açısından gelişimi ve diğer *Common Law* ülkelerinde uygulanış biçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NORTH Peter/ FAWCETT J.J.: *Cheshire and North’s Private International Law*, 2004, s. 334 vd. Genel olarak *forum non conveniens* doktrini ve doktrin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi açısından uygulanabilirliği için bkz. EKŞİ, *Yetki*, s. 60-74. *Forum non conveniens* doktrininin, milletlerarası usul hukukundaki yetki sözleşmeleri açısından uygulanış biçimine ilişkin bkz. AKINCI Ziya: “*Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu*”, MHB, Y. 22, S. 2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, s. 12 dn.18 ve s. 21-26 (*Bağlantılı Olma*). *Forum non conveniens* doktrininin Brüksel Konvansiyonu açısından değerlendirilmesi için bkz. GAUDEMET-TALLON Hélène: “*Le Forum Non Conveniens, Une Menace Pour La Convention de Bruxelles? A Propos de Trois Arrêts Anglais Récents*”, RCDIP, 80 (3), 1991, s. 491-524 (*Forum Non Conveniens*).

<sup>270</sup> YEŞİLOVA, s. 419-420.

<sup>271</sup> *Turner v. Grovit and Others* (2001) UKHL 65 (HL). Ayrıca bkz. HARTLEY Trevor C.: “*Antisuit Injunctions and the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention*”, ICLQ, Vol. 49, 2000, s. 166-171.

<sup>272</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. AMBROSE Clare: “*Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law?*”, ICLQ, Vol. 52, 2003, s. 401 vd.; SERIKI, s. 25 vd.; YEŞİLOVA, s. 425-426.

devletin egemenlik hakkına ve kişinin adalet isteme özgürlüğüne müdahale olarak yorumlanmıştır<sup>273</sup>.

Bu tartışmalara kaynak teşkil eden *anti-suit injunction* türü tedbirlere hükmedilme şartları, kurumun gerçekçi bir değerlendirmesini yapabilmek açısından önemlidir. Zira başka bir ülke mahkemesinde süregelen veya açılmış olan bir davaya doğrudan veya dolaylı sayılabilecek bir müdahale içeren bu tür bir hakkı, İngiliz mahkemelerinin hangi şartların varlığı halinde kendilerinde görebildiği konunun temelini oluşturacaktır.

İngiliz mahkemelerinin, uyuşmazlığın bir tarafına, bir başka ülke mahkemesinde dava başlatmak veya sürdürmekten alıkoyan *in personam* bir kısıtlama getirebilmesi için herşeyden evvel İngiliz mahkemelerinin kendi yetki alanında gördüğü bir durumun varlığı gerekmektedir. Bu hallere örnek olarak, tarafın İngiltere’de bulunuyor olması, tahkim yeri olarak İngiltere’nin benimsenmesi veya tahkime uygulanacak hukuk olarak İngiliz Hukuku’nun seçilmesi ya da *Civil Procedure Rules 1998*’in öngördüğü ve İngiliz mahkemelerine “*long arm*” yakıştırmasına sebep olan diğer halleri saymak mümkündür.

Bunun dışında, böyle bir kısıtlamaya gidilmesinde “hukuki bir yararın” bulunması gerekmektedir. Böyle bir yarar İngiliz hukuku açısından iki halde mevcut sayılmaktadır. Bunlardan ilki, İngiliz Mahkemelerinin söz konusu uyuşmazlığın çözümünde doğal forum olması, teknik tabiriyle, uygun bir forum olması (*forum conveniens*) halidir. Buna göre, *anti-suit injunction* talep eden taraf, yabancı ülke mahkemesinin uyuşmazlık açısından uygun bir mahkeme olmadığını (*forum non conveniens*) ispatlamakla mükelleftir<sup>274</sup>. Hukuki yararın bulunduğu kabul edildiği diğer durum ise, yabancı mahkemede dava başlatan tarafın bu davranışının mahkeme tarafından insafsızca (*unconscionable*), zalimane (*oppressive*) ve sinir bozucu (*vexatious*) olarak nitelendirilebildiği bir halin varlığıdır. İki ihtimalde “sinir bozucu ve zalimane hareketin” kendiliğinden mevcut olduğu kabul edilmiştir. Bunlar, taraflar arasında İngiliz mahkemelerine münhasır yetki bahşeden yetki sözleşmesi (*exclusive jurisdiction*) veya bir tahkim anlaşması bulunması halleridir.

*Anti-suit injunction* türü tedbirler esas olarak mahkemeler tarafından verilen ve bir başka ülke mahkemesi nezdinde dava açılması veya yürütülmesini önleme amacı

<sup>273</sup> **AMBROSE**, s. 401 vd.; **YEŞİLOVA**, s. 425-426. Bu hususun Devletletler Umumi Hukuku sorunları yaratacağına ilişkin görüş için bkz. **GAILLARD**, *Il Est Interdit D’Interdire*, s. 48.

<sup>274</sup> **ACAR**, s. 1639.

taşıyan kararlar olarak ortaya çıkmasına karşın, son zamanlarda uluslararası tahkim uygulamasında da sıkça kullanılmaya başlanmıştır. Özellikle tahkim yargılamasını yokuşa sürmek isteyen kötü niyetli taraf, diğer tarafla arasındaki tahkim anlaşmasına rağmen, uyuşmazlığı, çoğu zaman kendi ülkesine ait olan bir devlet mahkemesine götürerek *anti-suit injunction* talep etmekte ve böylelikle tahkimi çıkmaza sokup, karşı tarafı paralel giden iki ayrı dava ile uğraşmak zorunda bırakmaktadır. Çoğu kez *common law* sistemine mensup ülke mahkemelerince tesis edilen bu tür *anti-suit injunction* tedbirleri, tahkim yargılamasına yöneldiği için bu defa “*anti-arbitration injunction*” adıyla ifade edilmektedir<sup>275</sup>. Bilindiği üzere, son yıllarda, özellikle uluslararası yatırımcılar tarafından üçüncü dünya ülkelerine veya gelişmekte olan ülkelere yapılan yatırımlarda, taraflar arasındaki sözleşmeye tahkim şartının konulması neredeyse *conditio sine qua non* olarak görülmektedir. Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, bilhassa taraflardan birini kamu tüzel kişisinin veya başkaca bir devlet kuruluşunun oluşturduğu ihtilaflarda, tahkim yargılamasını bertaraf etmek isteyen taraf, kendi mahkemesinden “*anti-suit injunction*” almak suretiyle uluslararası tahkimi adeta terörize etmektedir<sup>276</sup>.

Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ve dolayısıyla hakem heyetinin uyuşmazlığı çözüme açısından yetkisiz olduğunun tespiti amacıyla açılan davalarda istenen *anti-suit injunction* tedbirleri, haklı bir sebep olsun veya olmasın kötüniyetli tarafça bir silah olarak kullanıldığı için, bu tür suistimallerin önüne geçebilmek adına uygulamada bir başka ilginç hukuki mekanizma yaratılmıştır: “*anti-anti-suit injunction*”<sup>277</sup>. Devlet yargısının tahkime müdahalesini bu tür kötüniyetli teşebbüslere karşı önlemek amacıyla yaratılan *anti-anti-suit injunction* tedbiriyle, ya tedbirin yöneldiği diğer tarafa “mahkemece verilen *anti-suit injunction*’a uymaması” veya tahkimi sabote etmeye teşebbüs eden tarafa “*anti-suit injunction*’a başvurmadan vazgeçmesi” emredilmektedir<sup>278</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, her iki durumda da aslında tahkim yargılamasının sağlıklı olarak devamı

<sup>275</sup> **GAILLARD** Emmanuelle: “*Anti-Suit Injunction Issued by Arbitrators*”, ICCA Congress Series No: 13, International Arbitration 2006: Back to Basics?, Kluwer, 2007, s. 235 (*Anti-Suit Injunction*). İngiltere’nin yanı sıra, Pakistan, Hindistan, Kanada, Brezilya, Venezuela, Avustralya, Bermuda, Hong Kong ve Singapur gibi ülkelerde *anti-suit injunction* tedbirlerinin uygulandığı görülmektedir (**GAILLARD**, *Anti-Suit Injunction*, s. 235; **GAILLARD** Emmanuelle: “*Reflexions on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*”, L.A. MISTELIS/ D.M. LEW eds., *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer, 2006, s. 203, dn. 2)

<sup>276</sup> **BISHOP** Doak/ **HOUSTON** Spalding: “*Combating Arbitral Terrorism: Anti-Arbitration Injunction Increasingly Threaten to Frustrate the International Arbitral System*”, <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop7.pdf> (çevrim içi: 14.01.2010).

<sup>277</sup> **GAILLARD**, *Il Est Interdit D’Interdire*, s. 48.

<sup>278</sup> **GAILLARD**, *Anti-Suit Injunction*, s. 236.

sağlanamamakta ve uygulamada, çoğu zaman tarafların, en azından tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerli olup olmadığı konularında devlet mahkemelerine başvurdukları görülmektedir. Diğer taraftan, belirli bir devlet mahkemesinden davaya devam etmemesine ilişkin kararlar karşılaştıran hakem heyetinin de, söz konusu davada *prima facie* geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını tespit edebiliyor ve yine *prima facie* kendisini yetkili görüyor ise, uluslararası tahkimin başlıca ilkelerinden olan *competence-competence* ilkesi gereğince tahkim yargılamasına devam ettiği ve verilen *anti-suit injunction* tedbirine boyun eymediği gözlemlenmektedir.

İngiliz Hukuku uyarınca, bir *anti-suit injunction* tedbirine uyulmamasının yaptırımını sadece hapis veya para cezası anlamına gelen “*contempt of court*” değildir. Gerçekten, İngiltere ile hiçbir bağlantısı olmayan bir kişi açısından bu yaptırımın caydırıcılığı tartışma konusudur. Zira, örneğin kişinin İngiltere’de hiçbir maddi-gayrimaddi malvarlığı yoksa ve olmayacaksa veya bu kişi hiçbir zaman İngiltere’ye gelmeyecek ise, hakkında verilmiş olan *contempt of court* kararı da pek bir anlam ifade etmeyecektir. Bu itibarla, *anti-suit injunction* türü tedbirlerin başkaca caydırıcı neticeleri de mevcuttur. Örneğin, *anti-suit injunction*’a rağmen yabancı mahkemeden alınan bir kararın İngiltere’de tenfizi mümkün olmayacaktır. Ayrıca, bir münhasır yetki veya tahkim anlaşması ihlal edilerek yabancı ülkede dava açılmışsa, bu dava nedeniyle uğranılan zarar için İngiliz mahkemelerinde dava açılabilir<sup>279</sup>.

Uluslararası tahkim hukuku açısından *anti-suit injunction* türü tedbirlere gün geçtikçe daha sık rastlandığını daha önce belirtmiştik. Çoğu zaman *common law* ülke mahkemelerince verilen bu emirler bazen tahkim yargılamasını tırpanlamak (*anti-arbitration injunction* veya hakem heyetine yönelik *anti-suit injunction*)<sup>280</sup>, bazen de tahkim yargılamasını desteklemek amacıyla (*anti-anti-suit injunction*) kullanılmaktadır. Bu noktada şu soru akla gelmektedir: acaba, tarafların uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesini istedikleri hallerde, hakem veya hakem heyeti, bu tahkim anlaşmasına rağmen bir devlet mahkemesinde veya yetkilendirilmemiş bir başka hakem heyeti nezdinde dava başlatan tarafa yönelik

<sup>279</sup> ACAR, s. 1612.

<sup>280</sup> *Motorola Credit Corporation and Nokia Corporation v. Kemal Uzan and Others* (2004) 2. Cir. Docket No. 03-7792 (L), 03-7794(CON), 03-7796(CON), 03-7878(XAP), Bu davalara ilişkin olarak verilen birçok tedbir türleri arasında, davalılarca başlatılmak istenen tahkim yargılamasının önlenmesine yönelik bir *anti-suit injunction* tedbiri de bulunmaktadır. Davacının iddiasının, şantaj, tehdit, haraç gibi konularda sorumluluğu düzenleyen RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, 18 USC.) Kanunu’na dayanmasından ötürü, mahkeme, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına rağmen davanın tahkime götürülmesine izin vermemiştir (ACAR’dan naklen, s. 1626, dn. 50). Aynı yönde bkz. BELL, s. 191 vd.



olarak *anti-suit injunction* emri vererek, onu bu teşebbüslerden alıkoymak suretiyle tahkim anlaşmasına uygun hareket etmeye zorlayabilir mi? Bir başka deyişle, tıpkı mahkemeler gibi, hakemler de *anti-suit injunction* tedbirlerine karar verebilirler mi?

Öncelikle belirtelim ki, uluslararası tahkim uygulamasında hakemlerin *anti-suit injunction* tedbirlerine hükmedebilecekleri genel olarak kabul edilmektedir<sup>281</sup>. Gerçekten de, gerek uluslararası tahkim uygulamasında<sup>282</sup>, gerekse UNCITRAL Model Kanunu'nda yapılması istenilen değişiklikler üzerinde çalışan çalışma grubunun raporlarında hakemlerin de *anti-suit injunction* türü tedbirleri vermelerinin uygun olacağı vurgulanmıştır. Hakemlerin bu tür tedbirlere karar verebilme yetkisini meşrulaştıran hukuki gerekçeler, uluslararası tahkimin temelinde var olan bir takım prensiplerden kaynağını almaktadır. Bunların başında, “hakemlerin tahkim anlaşmasına aykırı davranışları yaptırıma bağlama yetkisine sahip olması” gelmektedir<sup>283</sup>. Zira taraflar uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini bir kez

<sup>281</sup> **GAILLARD**, *Anti-Suit Injunction*, s. 237. Bununla beraber, hakemlerin *anti-suit injunction* türü tedbirlere hükmedemeyeceklerini savunan görüşler de mevcuttur. Bu görüşlerin dayandığı hukuki gerekçeleri üç ana başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki, hakemlerin, başka bir hakem heyetine veya daha da önemlisi bir devlet mahkemesine hitaben, onların bir davayı görmelerini dolaylı da olsa yasaklamalarının hukukun uygun olmadığıdır (**KARRER**, *Interim Measures*, s. 106; **GAILLARD**, *Anti-Suit Injunction*, s. 241). İkinci karşı gerekçeyi ise, hakemlerin olduğu gibi, mahkemelerin de *compétence-compétence*, yani kendi yetki alanlarını kendilerinin belirlemesi kuralı oluşturmaktadır. Son karşı gerekçeyi ise, hakemlerin kendi yetkilerini tercih edilir görmeleri ve diğer bir makamın yetkisini kısıtlayıcı tedbirler almasının hukukun aradığı tarafsızlığa aykırı olacağı iddiası oluşturmaktadır. Bu karşı gerekçelerin eleştirisi için bkz. **GAILLARD**, *Anti-Suit Injunction*, s. 240-244.

<sup>282</sup> Bu konuda çok sayıda ICSID kararı mevcuttur (Kararlar için bkz. **GAILLARD**, *Anti-Suit Injunction*, s. 244-251). Bunun yanı sıra, aralarında ICC'nin de bulunduğu bir çok tahkim kurumu nezdinde yürütülen tahkim yargılamalarında da hakemlerin çekinmeden *anti-suit injunction* tedbirlerine hükmettikleri görülmektedir. Ancak, ICSID'in aksine, bu tür kararların, gizlilik ilkesi gereği yayımlanmamasından ötürü örnekleri ICSID kadar fazla değildir ve bu nedenle uluslararası tahkimde *anti-suit injunction*'a sıklıkla başvurulduğu yeterince bilinmemektedir. Bununla birlikte, yayımlanmış olan kararlardan birinde, Romanya'da bir petrokimya tesisi inşasıyla ilgili çıkan uyuşmazlıkta İtalyan şirketi bir Türk şirketini tahkimde dava etmiştir. Cenevre merkezli bu tahkimde tek hakem bulunmaktadır. Tahkim yargılaması başladıktan sonra davalı Türk şirketi, Türk mahkemeleri nezdinde açtığı bir dava ile, karşı tarafın iddialarının hukukun geçersiz olduğunun mahkemece tespitini istemiştir. Bunun yanı sıra, süregelen tahkim yargılamasına da katılarak, tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürerek, hakemlerin uyuşmazlığı görmeye yetkili olmadığı itirazında bulunmuştur. Hakem, bunun üzerine davalı Türk şirketinin, Türk mahkemesi nezdinde açmış olduğu davadan vazgeçmesini emreden “*procedural order*” vermiş, ancak Türk şirketi söz konusu bu *anti-suit injunction*'a uymayarak mahkeme nezdindeki davasına devam etmiştir. Tahkim yargılaması neticesinde hakem, New York Konvansiyonu'nun II/ 3. maddesi gereği Türk mahkemesinin davadan el çekip, uyuşmazlığı tahkime havale etmesi gerekirken, uyuşmazlığı esastan görmeye devam etmesinin Konvansiyona aykırı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, tahkim anlaşmasına rağmen, uyuşmazlığı devlet yargısına taşıyan tarafın, diğer tarafı müşkül durumda bıraktığını, tarafları ve konusu aynı olan iki ayrı davada kendisini savunmak durumunda kaldığını ve bütün bunların da davacı taraf için ek masraflara sebep olduğu gerekçesiyle, yapılan bu masraflarla birlikte, tahkim anlaşmasına aykırılığın da tazminat olarak karara ekleneceğine hükmetmiştir (ICC Case No. 8887,11 ICC Bulletin, 2000, No. 1, s. 91). Az sayıdaki başka örnekler için bkz. **GAILLARD**, *Anti-Suit Injunction*, s. 251-259)

<sup>283</sup> **GAILLARD**, *Anti-Suit Injunction*, s. 237.

kararlaştırmakla, uyuşmazlığın esası ile ilgili her türlü meselenin hakemler önünde çözümlenmesine rıza göstermiş sayılırlar ve bunu sağlayan tahkim anlaşmasının olumsuz etkisi, devlet yargısının söz konusu uyuşmazlıkta devre dışı kalmasıdır. Bu sonuca varılırken birbirini tamamlayan iki temel ilkedен hareket edilmektedir. Bunlar, hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında ancak kendisinin karar verebileceği (*compétence-compétence*) ve tahkim anlaşmasının esas sözleşmenin kaderinden bağımsız olduğu (*autonomie de la clause compromissoire*) kurallarıdır<sup>284</sup>. Tahkim anlaşmasının kapsadığı her türlü meselenin bizzat hakemlerce çözümlenmesi gerekliliği, bu kurala uyulmamasının, yine hakemlerce yaptırıma bağlanması ve bu kurala uygun hareket edilmesinin önceden temin edilmesini haklı ve gerekli kılar. Diğer bir deyişle, tahkime tabii uyuşmazlığın mahkemeler veya kararlaştırılan tahkim kurumunun dışındaki bir başka tahkim kurulunun önüne getirilmesi, mevcut tahkim anlaşmasına aykırılık sayılacağından bu hususun hakemlerce yaptırıma bağlanması da işin doğası gereğidir. Bu bağlamda, hakemler ya bu şekilde bir teşebbüsü önlemek ve tarafı tahkim anlaşmasına aykırı hareket etmemeye davet etmek amacıyla *anti-suit injunction* tedbiri verir (*order*), ya da bu emre itaat edilmemesi durumunda, tahkime aykırı hareket eden tarafın eyleminin sebep olduğu zararların tazminini kararına ekler (*award*)<sup>285</sup>.

Hakemlerin bu tür tedbirlere karar verebilme yetkisini meşrulaştıran tahkime ilişkin bir diğer önemli kural da, hakemlerin uyuşmazlığın daha da ciddi bir hal almasını önlemek ve verilecek hakem kararının etkinliğini temin edecek her türlü tedbiri almakla mükellef olmaları kuralıdır<sup>286</sup>. Taraflardan birinin, tahkim anlaşmasına rağmen, uyuşmazlığı bir devlet mahkemesine taşıması, sadece uyuşmazlığı daha da ciddileştirmekle kalmaz, aynı zamanda birden fazla mercii önünde süregelen paralel yargılamalar nedeniyle, birbirine zıt olası kararların çıkma riskini doğuracağından, hakem kararının etkinliğini de tehlikeye sokar. Bu durumda, hakemlerin bu tür teşebbüsleri gerekli görülen hallerde *anti-suit injunction* emirleriyle önlemeye çalışmaları, yetkilerinin ve sorumluluklarının bir gereğidir<sup>287</sup>.

Son olarak üzerinde durulması gereken husus, her ne kadar tahkim yargılamasının sağlıklı bir şekilde devam edebilmesi ve tarafların tahkim iradesine uygun hareket etmelerinin sağlanması için kullanıldığı iddia edilse de, hakemlerce

<sup>284</sup> GAILLARD, *Anti-Suit Injunction*, s. 238.

<sup>285</sup> GAILLARD, *Anti-Suit Injunction*, s. 239.

<sup>286</sup> GAILLARD, *Anti-Suit Injunction*, s. 239.

<sup>287</sup> GAILLARD, *Anti-Suit Injunction*, s. 240.

*anti-suit injunction* türü tedbirlere başvurulmasının uluslararası hukuk ve uluslararası tahkim hukuku açısından desteklenecek nitelikte olup olmadığıdır.

Bir görüşe göre, *anti-suit injunction* türü tedbirler, hiçbir şartta ve surette, hiçbir makul veya anlamlı gerekçeyle uygulanması doğru ve adil kabul edilecek tedbirler değildir<sup>288</sup>. Tamamiyle gayrimeşru olan bu tür emirler, gerek mahkemelerce, gerekse hakemlerce verilsin, nihai olarak, belirli bir uyuşmazlığı görmekte kendini yetkili gören makamın bu takdirine saygısızlık ve tarafların adalet arama hak ve özgürlüğüne aykırılık teşkil eder.

Bir diğer görüş ise, *anti-suit injunction* emirlerinin, ancak ve ancak, uyuşmazlık taraflarından birinin kötüniyetle veya hile ile, sırf karşı tarafa eziyet etmek veya onu zora koşmak için ve tahkim anlaşmasını sabote etmek maksatlı davranışının tespit edilebildiği durumlarda isabetli olacağını savunmaktadır<sup>289</sup>.

Daha pragmatik bir görüşü savunan **Gaillard** ise, hakemlerin *anti-suit injunction* türü tedbirlere karar verebilmelerini, somut olayın özelliklerine göre her uyuşmazlıkta ayrı ayrı değerlendirmenin doğru olacağını ve bu değerlendirmeyi yaparken hakemlerin belirli etkenleri dikkate almasının daha isabetli olacağını savunmaktadır<sup>290</sup>. Yazara göre, uyuşmazlık taraflarından birinin, tahkim anlaşmasına rağmen bu uyuşmazlığı devlet mahkemelerine veya önceden kararlaştırılmamış bir başka tahkim kurumuna başvurarak tahkim anlaşmasına aykırı hareket ettiği her durumda *anti-suit injunction* emri verilmesi uygun değildir<sup>291</sup>. Bu tür emirleri verebilmek için, somut olayın kendine özgü şartları mutlaka bu tür tedbirlerin verilmesini gerekli ve haklı kılmalıdır.

Hakemlerin, *anti-suit injunction* tedbirleri verirken dikkate alması gereken bu faktörlerin başında, verilecek olan tedbirin “etkinliği” olup olmayacağını doğru takdir etmek gelmektedir. Her ne kadar, ilk bakışta bu tür tedbirlerin mahkemelerce icra edilemeyeceğini ve bu sebeple aslında hiçbir işleve sahip olmayacağını söylemek mümkün gözükse de, *anti-suit injunction* tedbirlerinden beklenen fayda sadece bu değildir. Zira, tahkim anlaşmasına aykırı hareket eden tarafın bu eylemi,

<sup>288</sup> **FOUCHARD** Philippe: “*Anti-Suit Injunctions in International Arbitration: What Remedies?*”, Emmanuelle Gaillard Eds., *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 2 (Juris Publishing 2005), s. 153.

<sup>289</sup> **LEVY** Laurent: “*Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators*”, Emmanuelle Gaillard Eds., *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 2 (Juris Publishing 2005), s. 125-126.

<sup>290</sup> **GAILLARD**, *Anti-Suit Injunction*, s. 263-265.

<sup>291</sup> **GAILLARD**, *Anti-Suit Injunction*, s. 264.

tahkim anlaşmasının ve buna aykırı hareketi yasaklayan *anti-suit injunction* emrinin ihlali sayılacağından, her halükârda hakem heyeti tarafından karar aşamasında tazminat olarak karşı tarafa yüklenecektir. Dolayısıyla, *anti-suit injunction* emrine uyulmasa dahi, emrin bu açıdan caydırıcılığının bulunması, tedbirin yöneldiği taraf açısından hiç kuşkusuz bir yaptırımın varlığı anlamına gelir<sup>292</sup>. Kısacası, *anti-suit injunction*, ya verildiği anda uyulması ile önleyici etki gösterecek (order) ya da bu emre uyulmaması halinde hakem kararına eklenecek tazminat ile telafi edici bir rol oynayacaktır (award)<sup>293</sup>. Bundan başka, hakemler, diğer bütün geçici koruma tedbirlerinde olduğu gibi, *anti-suit injunction* tedbirlerinde de, bu tedbirlerin gerekli, acil, alınmadığı takdirde karşı taraf için telafisi imkânsız zarara yol açıp açmayacağı gibi şartların varlığını da dikkate almalıdır<sup>294</sup>.

Türk şirketlerinin taraf olduğu uluslararası tahkim davalarının son zamanlarda arttığı düşünüldüğünde, *anti-suit injunction* türü tedbirlerin Türk Hukuku açısından da değerlendirilmesinin yararlı olacağı anlaşılır.

Her ne kadar *anti-suit injunction* emirlerinin, yabancı mahkemeye değil de o mahkemede dava açan kişinin şahsına yöneldiği iddia edilse de, bu emre uyulmamasını hapis cezası da dahil ağır yaptırımlara bağlayan hukuki düzenlemeler karşısında, tarafların bu emre itaatsizlik edemeyeceği ortadadır. Doktrinde, bu tür emirlerle aslında yabancı mahkemenin yetkisine karışılmadığını iddia etmenin “*ben yapmadım, elim yaptı*” demekten farklı olmadığı ve bu tür ifadelerin aslında ciddiyetten, samimiyetten ve uluslararası nezaketten uzak ifadeler ve nafile çabalar olduğu savunulmuştur<sup>295</sup>. Bu açıdan bakıldığında, yabancı mahkemenin bir Türk mahkemesi olduğu durumlarda, *anti-suit injunction* tedbirinin, “egemenlik hakkının ihlali” anlamına geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır<sup>296</sup>. Dolaylı dahi olsa, Türk mahkemesinin işleyişine engel olunması Anayasa’nın pekçok maddesine aykırılık teşkil eder. Zira, “*Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanır. ... Hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz*” (AY. md. 6). “*Yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır*” (AY. md. 9). “*... Hiçbir organ, makam, merci ve kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında*

<sup>292</sup> GAILLARD, *Anti-Suit Injunction*, s. 264.

<sup>293</sup> GAILLARD, *Anti-Suit Injunction*, s. 264.

<sup>294</sup> GAILLARD, *Anti-Suit Injunction*, s. 265.

<sup>295</sup> ACAR, s. 1642-1644.

<sup>296</sup> Aynı yönde bkz. YEŞİLOVA, s. 420; ACAR, s. 1642-1644.

*mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez. ...tavsiye ve telkinde bulunamaz*” (AY. md. 138).

*Anti-suit injunction* emrine maruz kalan şahsın bir Türk vatandaşı olduğunu düşündüğümüzde ise, bu durum hem Anayasal hakların, hem de temel hak ve özgürlüklerin ihlâli anlamına gelir. Şöyle ki; “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir*” (AY. md. 36). “*Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz*” (AY. md. 37). “*Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle, gerek ceza hukuku alanında kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş olan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından ... görülmesini istemek hakkına sahiptir*” (AİHS, md. 6). Hal böyle iken, bir Türk vatandaşının, bir Türk mahkemesinde dava açarak anayasal ve temel insan haklarından biri olan hak arama özgürlüğünü kullanması, kanunla belirtilen haller dışında engellenemez. Dolayısıyla, bu şekilde Türk mahkemesinin önüne gelen bir davada, mahkeme yetkisizlik veya görevsizlik kararı vermedikçe, hak arayan kişinin Türk mahkemelerine başvurma hakkı kısıtlanamaz. Bu noktada, *anti-suit injunction* emirleri için bir istisna kabul etmek, sebep ve gerekçe ne olursa olsun, mevcut hukuki düzenlemeler ve Anayasal haklar karşısında kabul edilemez.

Bu noktada, önemli bir hususu belirtmekte fayda görüyoruz. Şöyle ki; özellikle *common law* ülkelerinde kullanılan bu tür emirlerin amaçları, Türk Hukuku da dahil, diğer Kıta Avrupası ülkelerinin hukuk sistemlerinde başka hukuki yöntemler kullanılarak gerçekleştirilebilecektir. Gerçekten de, gerek tahkim anlaşmaları, gerekse yetki anlaşmaları, her hukuk sisteminde, tarafların iradelerini yansıtmaları sebebiyle koruma altına alınmıştır. Türk Hukuku açısından da, özellikle 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte milletlerarası tahkimin korunması ve desteklenmesi fikri iyice gelişmiştir<sup>297</sup>. Bu imkanların başında, derdest davanın davalısının tahkim itirazını ileri sürmek suretiyle davayı usulden reddettirmesi gelmektedir (MTK. md. 5/I, 1/VI; New York Konvansiyonu md. II/3; Cenevre Konvansiyonu md. VI/1). Ne var ki, bu yöntem

<sup>297</sup> ANSAY Tuğrul: “*International Arbitration in Turkey*”, The American Review of International Arbitration, Vol. 14, No: 3, 2003, s. 333 vd.; ELVER Nazan Candan: “*Turkish International Arbitration Law and Restrictions on its Application*”, JIA, 21 (5), s. 452-454.

tahkim anlaşmasını koruyor olsa da, tarafların *anti-suit injunction* usulünü kabul eden bir ülkeden bu tür bir emri almasına mani olmaz.

Diğer taraftan, özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, *anti-suit injunction* tedbirleriyle varılmak istenen sonucun “iyiniyet” ve “hakkın kötüye kullanılmasının himaye edilmemesi” kuralları işletilerek de sağlanabileceği unutulmamalıdır. Hukuk Genel Kurulu kararlarıyla da benimsendiği üzere, “... bir hakkın kötüye kullanılmasını yasa himaye etmez (MK.md. 2) ...iyiniyet kuralları yetki konusunda da uygulama alanı bulur”<sup>298</sup>. Dolayısıyla, bu ilkeler çerçevesinde, bir münhasır yetki sözleşmesi bulunmayan hallerde dahi, aslında uyuşmazlık açısından yetkili bir Türk mahkemesi bulunsa bile, Türk hakiminin başka bir mahkeme lehine yetkisizlik kararı verebilmesi *teorik açıdan* mümkündür. Diğer bir deyişle, zalimane ve sinir bozucu hareketler, Türk Hukuku veya diğer Kıta Avrupası hukuklarında da korunmamaktadır. Ancak belirtilmelidir ki, böyle bir ihtimal gerek Türk Hukuku’nda, gerekse diğer Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde oldukça güç yansıma bulabilecektir. Buna mukabil, *common law* ülkeleri açısından “*anti-suit injunction*” söz konusu ülkelelerin hukuk gelenekleri açısından çok daha yaygın bir tedbir olarak varlığını sürdürmektedir<sup>299</sup>. Sonuç itibariyle, aradaki sistem farkı, *common law* ülkelerinin “*forum non conveniens*” ve “*anti-suit injunction*” kurallarını, Kıta Avrupası ülkelerinin ise “iyiniyet” kuralını benimseyerek aynı çözüme ulaşmasını sağlamaktadır<sup>300</sup>.

## 2) Tedbir Niteliği Tartışmalı Kararlar

### a) Security for Costs

Köken itibariyle İngiliz Hukuku içerisinde yer alan ve davacının yapılan yargılama neticesinde haksız çıkma ihtimaline karşı dava giderleri ve yargılama masraflarını temin etmeye yarayan bir geçici tedbir türü de “*security for costs*” tür. Bu tedbir ile davalı, davacıdan yargılama giderlerini karşılayacak miktarda bir teminatın verilmesini talep edebilir<sup>301</sup>.

<sup>298</sup> Yarg. HGK. 09.05.1984, E. 1982/ 12-524, K. 1984/ 522; Yarg. HGK. 26.09.1980, E. 1978/ 11-865, K. 1980/ 2167.

<sup>299</sup> *Anti-suit injunction* tedbirlerinin hukuk ticareti ile ilgili ve tamamen ekonomik sebeplerle kullanılan bir silah olduğuna ilişkin görüş için bkz. **ACAR**, s. 1642 ve 1648.

<sup>300</sup> **ACAR**, s. 1645-1646.

<sup>301</sup> **BOND**, s. 17. Özellikle off shore şirketlerine karşı açılan tahkim davalarında, ileride yargılama masraflarının karşılanması amacıyla talep edilen *security for costs*, uygulamada dava açma hakkını kısıtladığı için hakemlerce tereddütle karşılanmaktadır.

*Security for costs*, İngiliz ve Amerikan Hukuku'nda olduğu gibi, kabul edildiği diğer bütün ülke hukuk sistemlerinde de sadece davacıdan talep edilebilir<sup>302</sup>. Bu tür bir talebi olumlu karşılamak için çeşitli faktörlerin bunu zorunlu kılması gerekmektedir. Bunlar arasında, davacının ikametgahının veya uyruğunun for ülkesine göre veya tahkim yeri ülkesine göre yabancı ülkede olması, davacının iflas veya benzeri ödeme güçlüğü içinde bulunduğu dair kuvvetli delillerin bulunması veya kuşkulu addedilebilecek mal transferleri gerçekleştirmesi, davalının davacıya yönelik bu talebinin meşru ve haklı sebepleri olması ve talebin salt kötüniyetle yapılmamış olması gibi faktörler yer almaktadır<sup>303</sup>.

Mahkemelerce hükmedilen *security for costs* kararları, esas olarak, söz konusu mahkemenin yargı alanında ikamet etmeyen davacıdan talep edilen ve karşı tarafın davayı kazanması durumunda, yapmış olduğu yargılama giderlerini temin etmek amacı taşıyan kararlardır. Yabancı uyruklu davacıdan talep edildiği takdirde “*cautio judicatum solvi*” olarak da bilinen bu tür kararlar, aslında kötüniyetle ve gayriciddi bir amaçla dava açılmasını önlemek ve davacıyı davasını açmadan önce iki kere düşünmeye sevk etmek bakımından önemli bir işleve sahiptir. İngiltere, Amerika, Avustralya, Hong Kong gibi ülkelerin yerel hukuklarında açıkça düzenlenmiş olan *security for costs* kurumuna, bu tür kararların “adalet arama hak ve özgürlüğünü kısıtladığı ve taraflar arasındaki eşitliği bozduğu” gerekçeleriyle, uluslararası tahkim kuruluşları nezdindeki yargılamalarda ihtiyatla yaklaşılmaktadır<sup>304</sup>.

Bununla beraber *security for costs*, gerek tahkimde gerek ulusal yargı sistemlerinde, yargılama düzeninin sağlanması açısından önem taşıyan bir işleve sahiptir ve bu nedenle hem mahkemeler hem de hakem heyeti tarafından hükmedilebilmesi mümkün karar çeşitlerinden biri olarak mütalaa edilir<sup>305</sup>. Uluslararası tahkim yargılamasında da, davalı taraf *security for costs* talebini hakemlerden isteyebileceği gibi, tahkim yeri ülkesinin mahkemesinden de isteyebilir<sup>306</sup>.

Türk Hukuku'nda bu konu, devlet yargısında görülecek uyuşmazlıklar açısından, yabancı uyruklu kişiler için MÖHUK. md. 48 hükmünde düzenlenmiştir.

<sup>302</sup> Bunun haklı gerekçeleri için bkz. **RUBINS** Noah: “*In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration*”, American Review of International Arbitration, Vol. 11, No: 3, 2000, s. 313.

<sup>303</sup> **RUBINS**, s. 367-376.

<sup>304</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **RUBINS**, s. 337-351.

<sup>305</sup> **RUBINS**, s. 311.

<sup>306</sup> **RUBINS**, s. 318.

Buna göre, “*Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır. Mahkeme, dava açanı, davayı katılanı veya icra takibi yapmanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar*”. Türkiye’de ikametgahı olmayanlar için ise HUMK. md. 97 hükmü “teminat” başlığı altında konuyu şu şekilde düzenlemiştir: “*Türkiye’de Kanunu Medeni mucibince ikametgahı olmayan müddei veya davaya müdahale eden kimse diğer tarafın muhtemel zarar ve ziyaniyle masarifi muhakemesine mukabil 96. madde mucibince teminat göstermeye mecburdur. İşbu kaide tahkikat ve muhakeme esnasında ikametgahını ecnebi memlekete nakledenler hakkında da caridir. Muahede hükümleri mahfuzdur*”. Uluslararası tahkim açısından ise, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 16. maddesinin C bendinde “*hakem veya hakem kurulunun, davacı tarafından yargılama giderleri için avans yatırılmasını isteyebileceği, bu avans öngörülen süre içerisinde yatırılmazsa, hakem veya hakem kurulunun yargılamayı durdurabileceği, bu hususun taraflara bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde avansın yatırılmaması halinde ise tahkim yargılamasının sona ereceği* düzenlenmiştir.

*Security for costs* kararlarının geçici tedbir niteliğine sahip olup olmadığı doktrinde tartışma konusudur<sup>307</sup>. Özellikle *common law* ülkelerinde bu kurum “geçici koruma tedbirleri” içerisinde sayılmaktadır. Buna gerekçe olarak, her geçici tedbir kararında olduğu gibi, *security for costs*’da da henüz dava sonuçlanmadan ve uyuşmazlığın esasına girilmeden evvel yapılan bir talebin varlığı ve lehine karar verilen taraf açısından, onun ileride karşılaşılabileceği olası kayıpların engellenmesine yönelik teminat içermesi gibi gerekçeler ileri sürülmüştür<sup>308</sup>. Ancak, kanaatimizce *security for costs*, evvelce yapmış olduğumuz geçici koruma tedbirleri tanımına tam olarak uymamakta ve bu tür tedbirlerin ortak özellikleriyle örtüşmemektedir. Zira, *security for costs* kararlarının, nihai kararla somutlaşacak esasa ilişkin bir hakkın yerine getirilmesini temin eden geçici nitelikteki bir tedbir kararı olmayıp, tamamiyle usul hukukuyla ilgili bir talebi karşılamaktadır<sup>309</sup>. Bu kurum aslında Kıta Avrupası

<sup>307</sup> BESSON, s. 38.

<sup>308</sup> RUBINS, s. 315.

<sup>309</sup> BESSON, s. 39. Nitekim, İngiliz Hukuku’nda mahkemelerin de *security for costs* kararlarının geçici koruma tedbiri niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin çelişkili kararları mevcuttur. Konuya ilişkin olumlu bir karar için bkz. Ken-Ren Davası, 1994, All England Law Reports 449, 460 ve ayrıca BOND, s. 12. Olumsuz yönde bir karar için bkz. Bank Mellat Davası, 1983, 3 All England Law Reports 434 ve 439. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. BENTIL Kodwo J.: “*Applying for Judicial*



hukuk sistemlerinde geçici tedbirden ziyade, “teminat” veya “*cautio judicatum solvi*” olarak bilinmektedir<sup>310</sup>.

### b) Tedbir Kararlarına Uyulmamasının Yaptırım Olan Kararlar

Yargılama düzenini korumaya yönelik olarak verilen geçici tedbirlere uyulmasını temin eden tedbir türleri, esasında amaç bakımından geçici tedbirlerin hizmet ettiği amaca hizmet etseler dahi, hukuki nitelikleri bunların “tedbir” kategorisinde değerlendirilmesine engel teşkil etmektedir. Zira aslında burada söz konusu olan, yargılama düzenini sağlamaya veya statükoyu korumaya yönelik verilmiş olan geçici koruma tedbirlerine tarafların uymasını sağlayıcı tedbirlerin alınması değil, bu tedbirlere uyulmamasını yaptırıma bağlamaktır. Gerçekten, mahkemelerin vermiş olduğu *mareva injunction*, *anton piller order* gibi “*in personam*”, yani şahsa yönelmiş bir geçici koruma tedbirine uygun hareket edilmemesinin, davalının duruşmaya çıkarılmaksızın hapse atılması gibi ileri boyutta bir yaptırımla karşılaşabilmesine sebep olan “*contempt of court*”, salt cezai niteliğe sahip olması ile Fransız hukukunda benzer bir işlev gören “*astreinte*” adı verilen yaptırımdan ayrılmaktadır<sup>311</sup>.

Hiç kuşkusuz, gerek *contempt of court*, gerekse *astreinte*, verilmiş olan bir geçici koruma tedbiri kararına uyulmaması halinde tümüyle veya kısmen cezai etkiye sahip olan bir çeşit yaptırım olmakla, “*imperium*” yetkisinin varlığını gerektirmektedir<sup>312</sup>. Bu sebeptir ki, söz konusu yaptırımlar sadece mahkemelerce verilebilen, buna mukabil, hakemlerce hükmedilemeyecek olan niteliği tartışmalı kararlardır<sup>313</sup>.

Türk Hukuku’nda da yargılama düzenini ve hükmedilen geçici koruma tedbirine uyulmasını temin eden yaptırımlar mevcuttur. Örnek olarak, ihtiyati tedbir kararlarına aykırı davranmanın yaptırımını düzenleyen ve HUMK. md. 113/A’da yer alan hüküm sayılabilir. Buna göre, “*ihtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla*

---

*Order For Security for Costs Connected With Transnational Construction Arbitration Proceedings Conducted in England*”, The International Construction Law Review, 9, 1992, s. 42 vd.

<sup>310</sup> BESSON, s. 39; RUBINS, s. 312, dn. 11.

<sup>311</sup> MUIR WATT, s. 30. GERHARD Frank: “*The Extraterritorial Judicial Penalty- New Instrument For The Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*”, Yearbook of Private International Law, Vol. 3, 2001, s. 289-295.

<sup>312</sup> MUIR WATT, *Extraterritorialité*, s. 30.

<sup>313</sup> Örneğin, *Motorola v. Uzan* kararında, mahkemenin davalıların sahibi olduğu bazı şirketlerin hisselerini mahkemeye depo etmelerine ilişkin emrini yerine getirmedikleri için, davalılara bu kez hapis cezası verilmişti (*Motorola Credit Corporation and Nokia Corporation v. Kemal Uzan and Others* (2004) 2. Cir. Docket No. 03-7792 (L), 03-7794(CON), 03-7796(CON), 03-7878(XAP).

*verilen emre uymayan veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimse eylemi Türk Ceza Kanunu'na göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, ait olduğu ceza mahkemesince 1 aydan 6 aya kadar hapisle cezalandırılır*<sup>314</sup>. Ancak bu hükmün tedbir niteliği taşıdığı Türk Hukuku'nda hiçbir zaman ileri sürülmemiştir. Kanaatimizce de, bu tür bir savda bulunmak, karşılaştırmalı hukukta bulunan *astreinte* veya *contempt of court* gibi kurumların tedbir niteliğine sahip olup olmadığına dair yapılan tartışmayı Türk Hukuku'na da taşıma hevesinden öte bir anlam ve işlev yüklenemez.

---

<sup>314</sup> 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesi uyarınca HUMK. md. 113/A'da sözü edilen mahkeme sulh ceza mahkemesidir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### TAHKİME KONU OLAN UYUŞMAZLIKLARDA GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRİ VEREBİLME YETKİSİ

#### § 1. IMPERIUM KAVRAMI VE ULUSLARARASI TAHKİME KONU UYUŞMAZLIKLARDA TEDBİR KARARI VEREBİLME YETKİSİNİN AİDİYETİ MESELESİ

Hakemler ile hakimleri birbirleriyle kıyaslarken genel olarak Roma Hukuku'na ait iki kavramın kullanıldığı görülmektedir: *imperium* ve *jurisdictio*. Özellikle geçici hukuki koruma tedbirleri söz konusu olduğunda bu kavramların açıklanması gerekliliği daha da büyük önem arz etmektedir. Zira, geçici koruma tedbirleri konusunda olduğu gibi, hakemlik görevinin icrası esnasında söz konusu olabilecek diğer bütün yetki kullanımını gerektiren meselelerde, mahkemelerin müdahale veya yardımının zorunlu olduğu hallerde<sup>315</sup>, hakimler ile hakemlerin karşılıklı yetki alanları belirlenirken, hep aynı noktadan hareket edildiği ve hep aynı cümlelerin tekrar edildiği görülmektedir: “hakemler de tıpkı hakimler gibi “*jurisdictio*”ya sahiptirler ancak, hakimlerden farklı olarak “*imperium*”ları yoktur”<sup>316</sup>.

Geçmişte hakemlerin geçici ve koruyucu tedbirler alamayacağı yönündeki düşüncenin en önemli gerekçesini teşkil eden bu nitelemenin, günümüzde artık eskisi kadar belirleyici ve kısıtlayıcı bir biçimde kullanılmadığı görülmektedir. Gerçekten de, bugün birçok ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemede hakemlerin de tıpkı hakimler gibi geçici ve koruyucu tedbir kararı verebilecekleri kabul edilmiştir. Öyleyse akla şu sorular gelmektedir: acaba geçici ve koruyucu tedbirler almak hususunda hakemlerin yetkisi *imperium* gerektirmeyen bir yetki midir? Ya da bu gibi tedbirleri alabildiklerine göre, hakemler de, geçmişteki düşüncenin aksine, *imperium*

<sup>315</sup> Tahkim anlaşmasının geçerliliğine, kapsamına ve yorumuna, tahkime elverişliliğin tespitine, tahkimde süre uzatımına, yetkiye hüküm yetkisine (*compétence-compétence*), hakemlerin seçilmesi veya reddine ve delillerin temini gibi konularda mahkemelerin yardım ve denetimi söz konusu olabilmektedir (YEŞİLOVA, s. 1 vd.)

<sup>316</sup>JARROSSON, s. 246; MAYER Pierre: “*Imperium de L’Arbitre et Mesures Provisoires*”, Etudes de Procédure et d’Arbitrage en L’Honneur de Jean- François Poudret, Lausanne, 1999, s. 437 (*Imperium*); CLAY, s. 95 vd.; DE LEVAL, s. 15; BOND, s. 15.

sahibi midir? Yoksa bunlardan da öte, hakemlerin tedbir kararı alabilmeleri, modern kanun koyucular tarafından tahkimin niteliği ve hakemlerin yetkilerinin dayanağı gibi teorik meselelerden ayırık tutularak yeniden mi düzenlenmiştir?

Bu soruların cevabı yukarıda belirtildiği üzere *imperium* ve *jurisdictio* gibi Roma Hukuku kökenli kavramların tanımının yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bu kavramların ifade ettiği anlamın ortaya konulması sadece hakemlerin geçici koruma tedbiri verip veremeyecekleri meselesi açısından değil, aynı zamanda hakemlerin verebileceği tedbir türlerinin neler olduğunun tespiti, nasıl icra edileceği ve belki de en önemlisi hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin uluslararası alanda geçerliliği ve icrası meseleleri açısından da büyük önem taşıyacaktır. O halde öncelikle yapılması gereken “*imperium*” ve “*jurisdictio*” kavramlarının ifade ettiği anlamı ortaya koymaktır.

## I. Imperium Kavramının Tarihsel ve Hukuksal Gelişimi

*Imperium* ve *jurisdictio* Roma Hukuku kökenli kavramlardır<sup>317</sup>. Ne var ki, bu kavramların net bir tanımını verebilmek, diğer bazı Latince kavramlarda da olduğu gibi oldukça zordur<sup>318</sup>. Zira kavramlar, ortaya çıktıkları tarihsel dönemin sosyal, hukuki, iktisadi, politik ve kültürel dokusu içerisinde doğmuş olup, bu izleri taşrlar ve dolayısıyla bu kavramları bugüne taşıdığımızda, değişen doku ve koşullar içerisinde tarihi bir kavram veya kurumun tam olarak karşılığını bulabilmek çoğu zaman mümkün olmamaktadır.

Doktrinde *imperium* kavramının hukuk terminolojisi açısından çok ender kullanıldığını, kavramın kendi içerisinde birçok çelişki içerdiğini ve kullanıldığı yerlerde dahi, ne net bir tanımının yapılabildiğini, ne de içeriği ve uygulama alanının kesin bir biçimde belirlenebildiğini söylemek mümkündür<sup>319</sup>. *Imperium* kavramının kullanıldığı alanlarda dahi çoğu zaman hakimlerin *imperium* yetkisi bağlamında kıyaslama maksatlı kullanıldığı görülmektedir. Latince kökenli bu kelimenin hiçbir lisanda tam olarak karşılığının bulunmaması da, kavramın tarihsel ve etimolojik olarak ifade ettiği anlamdan daha fazlasını kapsamamasından kaynaklanmaktadır.

<sup>317</sup> JARROSSON, s. 247.

<sup>318</sup> JARROSSON, s. 245; MAYER, *Imperium*, s. 437; DE LEVAL, s. 16.

<sup>319</sup> JARROSSON, s. 245.

*Imperium* latince “*imperare*” fiilinden gelir ve “*hükmetmek-buyurmak*” anlamına taşır. *Imperium* kelimesinin üç ayrı kavramı bünyesinde barındırdığı ileri sürülmektedir. Bunlar “güç”, “yaptırım” ve “emir verme” kavramlarıdır ki, her üçü de ancak devletin sahip olabileceği yetkileri ifade eder<sup>320</sup>. Dolayısıyla *imperium* kavramının bu üç özelliği, *imperium*’un somut veya soyut bir biçimde çeşitli alanlardaki görünüş biçimini de belirlemektedir. Bunlardan en bilineni “devletin sahip olduğu” ve fakat “hakim”lere delege ettiği *imperium*’dur. Bununla beraber, devletin bu yetkiyi devrettiği yegâne makamın hakimler olmadığı, idarenin değişik kurumları, noterler ve hatta konsolos ve elçilerin de bu yetkiyi devlet adına kullandığı görülmektedir<sup>321</sup>. Dolayısıyla, tarihi süreç içerisinde, öncelikle devletin *imperium*’u kavram olarak ortaya çıkmış ve bunu onun verdiği yetkiyle onun adına kullanan hakimlerin *imperium*’u yaratılmıştır<sup>322</sup>. Bu itibarla, *imperium* önce devlete, sonra da devletin kendi toprakları üzerinde sahip olduğu bu mutlak egemenliği devrettiği kimselere ait olan bir iktidardır.

*Imperium*’un en somut hali “güç” kavramını içeren halidir. *Imperium*’un bu veçhesi, yaptırım organı tarafından kullanılan ve kendisi tarafından yaratılmayan bir kurala veya düzene uymayı sağlayacak bir biçimde güç kullanılması tehdidini içeren bir özellik taşır<sup>323</sup>.

*Imperium*’un tanımlaması en zor olan ikinci özelliği ise “yaptırım” özelliğidir. Genel olarak her ülkenin politik sisteminde farklı makamlar eliyle kullanılan bu güç, bir ülkedeki düzenin devamı için yaptırım uygulayabilecek olan çeşitli organların (hukuk mahkemeleri veya belediye gibi) sağladığı dirliği ifade eder<sup>324</sup>.

*Imperium*’un bir başka özelliği ise “emir” verebilmeyi mümkün kılmasıdır. Burada, bizzat kendisi tarafından yaratılan veya değiştirilen bir hukuki duruma veya düzene uygun davranmayan bireye karşı, yaptırım uygulayabilecek olan organın harekete geçmesine sebep olacak nitelikte bir “emir” söz konusudur<sup>325</sup>.

*Jurisdictio* kavramı ise, *imperium*’a nazaran daha kolay tanımlanabilir bir kavramdır. Latince “*jus dicere*” yani “hukuku söylemek” kelimelerinden oluşan *jurisdictio*, çok genel bir tanımlama ile “*hukuku söylemek, hakkı teslim etmek ya da*

<sup>320</sup> JARROSSON, s. 245; MAYER, *Imperium*, s. 437; DE LEVAL, s. 16.

<sup>321</sup> JARROSSON s. 246.

<sup>322</sup> JARROSSON, s. 247.

<sup>323</sup> MAYER, *Imperium*, s. 438.

<sup>324</sup> MAYER, *Imperium*, s. 438.

<sup>325</sup> MAYER, *Imperium*, s. 438.

*yargılama yapmak*” olarak açıklanabilir<sup>326</sup>. Diğer bir ifade ile, belirli bir duruma uygulanmak üzere yürürlükte olan hukuk kuralını uygulamak suretiyle bir hukuki durumu tespit etmek veya ortaya koymak anlamına sahiptir. Bu bağlamda, kavramın içerdiği iktidar unsuru, devlete ait olan yargılama yetkisini, kendisini temsil eden kişilere delege etmesinde bulunmaktadır. Nitekim bu sebeptir ki, avukatlar da, belirli bir meseleye uygulanacak hukuk kuralını müvekkillerine söyleseler ve somut uyuşmazlığın ne şekilde sonuçlanacağını bu yolla tespit edebilseler dahi, onların yaptıkları “yargılama”, yani “*jurisdictio*” olmaz<sup>327</sup>.

## **II. Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri Bağlamında Hakimler ve Hakemlerin İktidatlarının Farkının ve Karşılıklı Yetki Alanlarının Belirlenmesinde Imperium Kavramının Önemi**

Tahkim, devlet yargısından farklı olarak taraf iradelerine dayanan ve hakem adı verilen özel şahıslar aracılığıyla gerçekleştirilen özel bir yargılama türüdür. Hakemler ile hakimlerin yetki alanları belirlenirken bu husus daima belirleyici rol oynamıştır. Devlet yargısında millet adına karar veren hakimler ile tahkim yargılamasında taraflar adına karar veren hakemler karşılaştırıldığında, bazı yönlerden aynı, bazı yönlerden ise farklı oldukları görülmektedir. Tahkimin tüm ülke hukuk sistemlerinde ortaklaşa kabul edilen modern tanımı ise, “*taraflar arasındaki uyuşmazlığı yine taraflarca kendisine verilmiş olan yargılama yetkisini kullanarak çözen ve hakem adı verilen şahıslarca yürütülen özel bir yargılama biçimi*” olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla, tahkim kurumuna ilişkin her türlü meselede, bu kurumun merkezini oluşturan hakemlere referans yapma mecburiyeti ortaya çıkmaktadır. Nitekim, tahkim kurumuna ilişkin her türlü tespit ve çıkarımın yapılmasında bu kurumun özel bir yargılama türü olduğuna yapılan vurguların temelindeki esas düşünce, kurumun merkezinde “*hakem*” adı verilen kişilerin yer alması ve tahkimin bu belirleyici temelden ayrı olarak varlık gösteremeyeceği gerçeğidir<sup>328</sup>.

Bu sebeple biz de çalışmamızda tahkim kurumu bağlamında inceleyeceğimiz “geçici ve koruyucu tedbirlere hükmedebilme yetkisi” meselesine, kurumun

<sup>326</sup> CLAY, s. 8-84; JARROSSON, s. 246.

<sup>327</sup> MAYER, *Imperium*, s. 438.

<sup>328</sup> Bu husus, bir hukukçu tarafından ironik ancak çarpıcı bir biçimde şu şekilde ifade edilmiştir. “*Uluslararası tahkimin başlıca üç unsuru, hakem, hakem ve hakemdir*” CARTER J. H.: “*The Selection of Arbitrators*”, Amer. Rev. Int. Arb. Vol. 5, No: 1-4, 1994, s. 84.

merkezinde yer alan hakemlerin, hakimler karşısında *imperium* açısından sahip oldukları statü farkını ortaya koyarak başlama'yı uygun bulduk.

### A) Hakim ve Hakemin Imperium Açısından Statüsü

1395 tarihinde yapılan bir tanım uyarınca tahkim, “*herhangi bir şahsa tanınan ve taraflar arasındaki bir uyuşmazlığa ilişkin mantığın emrettiği bir tespitte veya bir çözümde bulunabilme iktidarı*” olarak ifade edilmiştir<sup>329</sup>. Tahkim kurumunun ortaya çıktığı tarihten günümüze gelinceye dek tüm hukuk sistemlerinde verilmiş olan tanımlara bakılacak olursa, tahkimin daima “*hakem*” adı verilen ve tahkimin esas unsuru sayılan kişiler temel alınarak tanımlandığı göze çarpar. Diğer bir ifadeyle, hakemleri vurgulamadan tahkimin tanımını yapmak mümkün değildir<sup>330</sup>. Nitekim tahkim kurumunun ortaya çıkışı da hakem kelimesinin ortaya çıkmasından daha sonraki bir tarihe rastlamaktadır<sup>331</sup>.

Hakem kavramını tarihsel açıdan incelemek için Roma devrine kadar gitmek gerekir<sup>332</sup>. Hakem kelimesinin Fransızca karşılığı olan “*arbitre*” kelimesinin etimolojik kökenleri, bu kavramın içeriğini doldurmak bakımından oldukça yararlı açılımlara sahiptir. Şöyle ki; Fransızcada hakem anlamına gelen *arbitre* kelimesi, Latince’de “*özel hakim*” anlamına gelen “*arbiter*” den gelmektedir ve bu kavram 12 Levha Kanunları’ndan bu yana bu anlamda kullanılmaktadır. *Arbiter* kelimesi ise Latince’de *ad* ve *baetere* kelimelerinin birleşiminden türemiş olup, “*tarafları olay yerinde dinlemek, denetlemek, sorgulamak, keşif yapmak*” anlamında kullanılmıştır ki, bu bile kavramın bugün ifade ettiği anlama oldukça yakındır<sup>333</sup>.

<sup>329</sup> BOUTILLIER J.: “*Somme Rural ou Le Grand Costumier Général de Pratique Civile et Canon*”, L. Charondas Le Caron, Edition de 1621, spéc. Livre 3, Titre 2, CLAY’den naklen, s. 13.

<sup>330</sup> CLAY, s. 14.

<sup>331</sup> Fransızcada hakem anlamına gelen “*arbitre*” kelimesine ilk olarak 1213 yılında rastlanmış, bu kelimeyi ismin sıfat hali olan “*arbitral*” ve daha sonra da fiil biçimi olan “*arbitrer*” gibi türevleri takip etmiştir. Fransız Hukukunda tahkim kelimesinin karşılığı olan “*arbitrage*” ise bu gelişimin en son halkası olmuştur. Diğer bir ifadeyle, tahkim kelimesinin ilk kez kullanımı, kurumun merkezindeki hakemler referans alınarak olmuştur ve bu sebeple tahkim kurumunun ortaya çıkışı da hakem kelimesinin ortaya çıkmasından daha sonraki bir tarihe rastlamaktadır (CLAY, s. 14). Türkçe’de ise “*hakem*” ve “*tahkim*” kelimeleri, “*hüküm*” kelimesinden türemiştir.

<sup>332</sup> JARROSSON, s. 247 vd ile 260 vd.

<sup>333</sup> CLAY, s. 14. Zaman içerisinde arbitre kelimesinden, benzer işleve sahip başka kavramları ifade etmek amacıyla farklı kelimeler türetilmiştir. Bunlardan biri de, günümüzde hakemin ingilizcedeki karşılığı olan “*arbitrator*” kelimesidir. Arbitrator aslında arbitre’den farklı olarak, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmeyen, sadece tarafların “*temsilcisi*” sıfatıyla bir sözleşmeyi akdetmek veya semen tespit etmek gibi, yargılama faaliyeti dışında bir takım yetkilere sahip olan kişiyi ifade etmekteydi (CLAY, s. 15).

Hakemin görevi çok genel bir biçimde “*yargılama faaliyetinde bulunmak, uyuşmazlığı çözmek*” olarak ifade edilebilir. Oysa bilindiği gibi yargı, temelde devlete ait olan bir yetkidir ve devlet tüzel kişisi bu yetkiyi kendisinin delege ettiği “hakimler” aracılığıyla kullanır. Başka bir ifadeyle, bu iktidarın esas sahibi, devlet tarafından yetkili kılınan ve millet adına karar veren “hakimler”dir. İşte bu noktada hakimlerin yürüttüğü yargılama faaliyeti ile hakemlerin yürüttüğü yargılama faaliyetinin birbiriyle aynı özelliklere sahip olup olmadığı, şayet farklılıklar varsa bunların neler olduğu sorusu akla gelmektedir. Bu soruya verilecek cevap büyük önem taşımaktadır. Zira, yargılama esnasında hakimler ile hakemlerin sahip oldukları yetkilerin sınırını veya genişliğini belirleyen en önemli etken, yürüttükleri yargılama faaliyetinin kapsamı ve niteliği olacaktır. Geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmek de söz konusu yetkinin somutlaştığı enstrümanların başında gelmektedir.

Hakemlerin yetkilerinde olduğu gibi, icra ettikleri yargılama faaliyeti hakkında da tespitlerde bulunurken, ister istemez hakimlerin yetki ve görevleriyle bir kıyaslama yapma gereği ortaya çıkmaktadır<sup>334</sup>. Bu kıyaslama tarihten bu yana daima “*jurisdictio*” ile “*imperium*” kavramları ekseninde yapılagelmiştir.

Gerek günümüzde, gerekse tarih boyunca “*jurisdictio*” ile “*imperium*” kavramları sanki birbirlerini dışlayan taban tabana zıt birer kavram gibi algılanmaktadır. Oysa bu yanılmanın sebebi, her iki kavramın da hakim ve hakemlerin yetkilerinin karşılaştırılmasında oynadıkları önemli roldendir. Halbuki gerek kavramların tarihsel olarak ortaya çıkışı, gerekse hukuk tarihi açısından gelişimleri dikkate alındığında, durumun hiç de böyle olmadığı anlaşılmaktadır.

*Jurisdictio* ile *imperium* kavramları arasındaki ilişki, *imperium*'un farklı türlerine göre değişen bir karaktere sahiptir. Genel olarak kabul edilen fikre göre, *jurisdictio*, *imperium*'un görünümlerinden biridir<sup>335</sup>. Örneğin, *Demangeat*'a göre mahkemeler (*magistrat*) hem yargılama yaparlar hem de belli bir emir verme gücünü haiz olmaları sebebiyle “*imperium mixtum*”a sahiptirler. Bu tespit, hakimlerin görev aldıkları mahkemeler düşünüldüğünde isabetlidir. Zira hakimler, verdikleri kararlara uyulmasını sağlamak için cebri icra organlarını harekete geçirme gücüne sahiptirler.

Oysa hakemlerin *jurisdictio*'sunda, diğer bir ifadeyle hakemlerin yaptığı yargılama sonucundaki karara uyulmaması halinde, onların, hakimlerin aksine bunun

<sup>334</sup> Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. CLAY, s. 39 vd.

<sup>335</sup> MAYER, *Imperium*, s. 438.



yerine getirecek olan makamları harekete geçirme ve onlara talimat ve emir verme kudretleri yoktur. Dolayısıyla pek çok ülke hukukunda bu mesele, bu kudrete sahip olan hakimlerin “*exequatur*” yani “*tenfiz*” usulü aracılığıyla devreye girmesi ile aşılmakta ve hakemlerin *jurisdictio* neticesinde verdikleri kararlar bu sayede icra kabiliyetine kavuşmaktadır.

Hukuku söylemek anlamını taşıyan *jurisdictio*, aynı zamanda zorunlu olarak “emir” özelliğini de içermektedir. Ancak burada söz konusu olan ve *jurisdictio*’nun tamamlayıcı bir unsuru olarak karşımıza çıkan bu “emir” niteliği, *imperium*’un görünüm biçimi olan emirden farklıdır. Bu hususu bir örnek ışığında incelemek gerekirse: hakemlerin, bir uyuşmazlıkta, esasa uygulanacak hukuk çerçevesinde borçluyu haksız bulmaları halinde, uyguladıkları hukuk kuralının bir gereği olarak borçluyu belirli bir miktar parayı ödemeye mahkum etmeleri söz konusu olacaktır. Hakemlerin borçlu olan tarafa bu miktarın “ödenmesi emri” ni içeren kararı, *imperium* anlamında bir emir sayılmayacaktır. Zira karar ve hüküm zorunlu olarak bu tespiti gerektirir. Burada söz konusu olan esasında bir “emir” değil, bir “tespit”tir<sup>336</sup>. Bu tespiti zorla ilgili tarafa uygulatacak olan makam hakemler değil, hüküm ile cebri icra organını harekete geçirecek olan hakimlerdir.

Tüm bu karmaşık çıkarımların sebebi, *imperium* kavramının aslında devletin sahip olduğu bütün egemenlik haklarını ifade etmesine karşın, bunun bir parçası olan *jurisdictio*’yu, bu kavramdan bağımsız düşünme eğilimidir. Oysa, tarih boyunca değişmeyen tek şey, *imperium*’a sahip olan devletin, bu iktidarını *jurisdictio* üzerinde de kullanması ve kullandırmasıdır. Tarihi süreç içerisinde değişen ise *imperium*’un *jurisdictio*’nun kullanılmasındaki yansımalarının az veya çok olmasıdır.

*Imperium*’un *jurisdictio* kullanımındaki az veya çok yansımalarını ifade etmek üzere iki farklı kavram kullanılmaktadır: “*imperium merum*” ve “*imperium mixtum*”.

*Imperium merum*, güç ve yaptırımın birarada bulunduğu ve hukuku söylemenin değil (*jurisdictio*), hukuku emretmenin söz konusu olduğu ve bizzat kanunlar tarafından belirlenmiş kişilerde bulunan bir yetkidir ve bu yetkinin kural olarak hakemlerde bulunmadığı kabul edilmektedir<sup>337</sup>. Hakemlerin verdiği kararların sonradan mahkemelerce tenfiz edilmesi ihtiyacı, hakemlerin işte bu *imperium merum* yetkisinden yoksun olmalarından kaynaklanmaktadır.

<sup>336</sup> MAYER, *Imperium*, s. 441.

<sup>337</sup> DE LEVAL, s. 16; JARROSSON, s. 269.

*Imperium mixtum* ise, *jurisdictio*'nun etkinliğini sağlamakla sınırlı olarak belli bir oranda *imperium merum*, yani güç ve yaptırım içeren ancak bu güç ve yaptırımın hangi durumlarda söz konusu olacağı somut olaya göre değişecek olan, salt yargılama faaliyetini destekleyen nitelikteki iktidar yansımasıdır<sup>338</sup>. Örneğin, Fransız ve Hollanda Hukuku'nda hakemler, vermiş oldukları karara uygun davranılmasını temin etmek için, karara uymayan taraf aleyhine “*astreinte*” adı verilen cezai yaptırımlar öngörebilmektedir<sup>339</sup>. Ancak, hakemlerin vermiş oldukları kararlara uyulmaması ve bu sebeple hükmedilen cezaların da yerine getirilmemesi üzerine hakemlerin, mahkemelere benzer bir biçimde cebren icra usulü ile bir zorlayıcı işlem yapabilme yetkileri bulunmamaktadır. İşte bu noktada hakemlerin *imperium merum*'unun geniş anlamda değil salt *jurisdictio* amaçlı alanlarda bulunduğu kabul edilmektedir<sup>340</sup>. Zira *astreinte* veya benzeri cezai yaptırımlar “güç ve yaptırım” içerseler dahi “cebri icra” kuvveti taşımamaktadırlar.

Sonuç itibariyle, söylenenin aksine, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisi açısından *imperium*'larının olmadığı savı, kavramın tarihsel açıdan ifade ettiği anlamla dahi çelişmektedir. Zira hakimler ile hakemleri statü olarak birbirinden ayıran tek şey, hakemlerin *jurisdictio* ile bağlantılı olmayan ve yaptırım içeren “*imperium merum*” larının olmayışdır. Bunun dışında, hakemler de, tıpkı hakimler gibi, *imperium*'un bir parçası olan *jurisdictio* yani yargılama faaliyeti görürler ve bu faaliyetin gerektirdiği ölçüde emir verme yetkisini ifade eden “*imperium mixtum*” a sahiptirler.

## **B) Imperium Kavramının Hakemlerin Yetkisini Belirleme Kullanılması**

### **Halleri ve Eleştirisi**

Aslında hukuk tarihi açısından ilginç bir saptama da, *imperium* kavramının ortaya çıktığı tarihten 18. yüzyılın sonuna dek, hakemler ile hakimlerin birbirlerinden hiyerarşik açıdan bir statü farkının olmayışdır<sup>341</sup>. Gerçekten de, bugün dahi

<sup>338</sup> DE LEVAL, s. 17; JARROSSON, s. 270.

<sup>339</sup> DE LEVAL, s. 17.

<sup>340</sup> DE LEVAL, s. 17.

<sup>341</sup> Örneğin Justinyen döneminde Code Justinianus'da “*juge compromissaire*”, Pandekt Hukukunda da “*arbitres, juges par compromis*” ifadeleri ile hakemler ile hakimler arasındaki eşitlik, “hakemler, uzlaşılacak hakimlerdir” ifadeleriyle açıkça vurgulanmıştır. Hakemlerin hakimlerden farkı sadece şu nitelendirmelerde vücut bulur: “*juge public/juge privé; juge permanent/juge temporaire; juge imposé/juge choisi*” yani “hakemler, kamusal değil özel, sürekli değil geçici görevde ve dayatılmış değil seçilmiş hakimlerdir” (CLAY, s. 71 vd). Roma Hukuku'nda hakimler için geçerli olan bütün

hakemlerin geçici koruma tedbiri de dahil olmak üzere birçok konuda yetkilerinin bulunup bulunmadığını tespit ederken kriter alınan “*imperium*” kavramı, esasında, Fransız İhtilali’nden sonraki dönemde pozitif hukuklarda yapılan değişikliklerle tamamen alt üst edilmiş<sup>342</sup> ve dönemin siyasi rejiminin etkisiyle bugün dahi kısmen geçerli olan “kutsal dogma” haline bürünmüştür. *Imperium*’un, hükmedene ait bütün yetkileri ifade eden bir kavram olduğu düşünüldüğünde, hükmedenin bu iktidarın bir parçası olan “yargılama” yetkisini delege ettiği kişi veya kişilerin iktidar alanlarının da yine hükmeden tarafından belirleneceği açıktır. Zaman içerisinde hükmeden kral, imparator veya devlet kılığına bürünmüş, siyasal iktidarın şekline göre çıkarılan kanunlar ile, yargılama yetkisinin kimlere, ne ölçüde verileceği pozitif hukuklarda yerini almıştır. Dolayısıyla, Roma Hukuku’ndaki algılanış biçiminde bile olmayan bir vasfi, zamanla değişen pozitif hukukların deforme ettiği bir biçimde bugüne taşıyıp, hakemlerin yetkisinin belirlenmesinde yegâne kriter olarak kullanmak, *imperium* kavramına aşırı bir kutsallık vermek ve kavramın esasında ifade ettiği anlamdan uzaklaşmak olacaktır. Zira *imperium* bugün pekçok ülke hukuk sistemi için “Kanun Koyucu”dur ve hiç kuşkusuz kanunlar, zaman içerisinde değişen ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla değişebilir. Konumuz açısından düşünüldüğünde, hakemlerin geçici koruma tedbiri kararı veremeyecekleri veya bazı tür tedbir kararlarına hükmedemeyecekleri önermesini salt *imperium* kavramına bağlamak ve bunu sanki değiştirilemez bir dogma gibi sunmak kanaatimizce doğru olmayacaktır<sup>343</sup>. *Imperium* yaratılan bir olgudur ve esasında kanun koyucunun iradesidir.

Hakemlerin geçici koruma tedbirlerinin de dahil olduğu bazı alanlarda yetkilerinin bulunmadığı veya kısıtlı olduğu fikrinin temelinde, daha önce de vurguladığımız üzere, birbirlerinden farklı aşamalarda devreye giren iki ayrı prosedürün içiçe geçmesinin yarattığı illüzyon bulunmaktadır. Çünkü, hakemlerin geçici koruma tedbiri verme yetkileri farklı şeydir; bu tedbirlere uyulmadığı zaman tedbirlerin zorla icrasını sağlama yetkisi ise daha farklı bir şeydir. Sorunu cebri icra sahasına çekerek çıkarımlarda bulunmak, özellikle uluslararası ticari tahkim açısından nfile bir çaba olarak bile değerlendirilebilir. Zira, uluslararası nitelikteki ticari uyuşmazlıkların neredeyse olağan çözüm yöntemi haline gelmiş olan tahkimin

---

yetkilerin aynen hakemler için de geçerli olduğu görülmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. CLAY, s. 59 vd.).

<sup>342</sup> CLAY, s. 60.

<sup>343</sup> Benzer bir tespit için bkz. JARROSSON, s. 267.

dünya üzerindeki uygulama istatistikleri incelendiğinde, tarafların cebri icraya gerek kalmadan hakem kararlarına rızaen uydukları gözlemlenmektedir. Bu hususu, tahkimin kendisinde mevcut bulunan ve ticaret ve iş ortamının baskısıyla yaratılan bir çeşit *imperium* olarak niteleyenler bile mevcuttur<sup>344</sup>.

Hukuk tarihi boyunca hakemlerin “*imperium’u olmayan hakimler*”e benzetilmeye çalışılmasına karşın, özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklar açısından bugün artık hiç kimse hakemlerin hakimlerden daha aşağıda ve eksik bir statüde olduğunu iddia edemez. Hatta tam tersine, tahkim bugün uluslararası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıklarda devlet yargısına alternatif değil, uyuşmazlıkların olağan çözüm yöntemi haline gelmiştir<sup>345</sup>. Uluslararası ticaretin gelişimine paralel olarak gelişen tahkimin, bu gelişiminin en önemli göstergesi, hakemlerin süreç içerisinde kademeli olarak artan yetkileri olmuştur<sup>346</sup>. Tahkim yargılamasının gittikçe devlet yargısına benzemeye başlaması anlamına gelen bu süreçte, önceden mahkemelere ait olan *compétence-compétence* yetkisi veya tahkim anlaşmasının geçerliliğinin tespiti meseleleri gibi, geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisi de hakemlere geçmiştir<sup>347</sup>.

Hakemlerin *jurisdictio* yetkileriyle esasa ilişkin bir karar almaları aslında *imperium* kullanmalarını gerektiren bir takım durumlarla karşılaşmadıkları anlamına gelmez. Zira öyle bazı durumlar olabilir ki, hakemlerin esasa ilişkin karara varmadan önceki bir aşamada *imperium* gerektiren bazı kararları alma zorunluluğu doğar. *Imperium’un* “yaptırım” veçhesi bir tarafa bırakılacak olursa, tahkim anlaşması çerçevesinde tarafların hakemlere kendilerine “emir” verme yetkisini bahşetmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Bununla beraber, hakemlerin taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına dayanan tek yetkileri esasen “*jurisdictio*”, yani yargılama yaparak hukuku tespit etme ve uyuşmazlığı çözüme yetkisidir.

<sup>344</sup> CLAY, s. 102-103. Tedbir ile icra kavramlarını birbirine karıştırmamak lazımdır. Nasıl ki, kimse yargılama ile icra usulünü birbiriyle mukayese etmiyorsa ve karıştırmıyorsa, bu ikisini ayırmak ve ona göre düşünmek lazım gelir. Kaldı ki, profesyonel kişilerden oluşan hakemler, olayı daha iyi ve doğru takdir edebildiğinden çoğu zaman mahkemelere nazaran daha uygun olan tedbirleri alabilmektedirler. Buna inanıp güvendikleri için hakemlere uyuşmazlıklarını çözüme görevini havale eden taraflar açısından verilmiş olan tedbir kararlarına rızaen uymak, cebri icra ihtimalinden çok daha fazla karşılaşılan bir durumdur (KNOEPFLER/ SCHWEISER, *Mesures Provisoires*, s. 231).

<sup>345</sup> CLAY, s. 44-47.

<sup>346</sup> CLAY, s. 47.

<sup>347</sup> VARADY, s. 150. Hatta bu süreç ünlü hukukçu Philippe Fouchard’a göre kendi içerisinde bir paradoksa sebep olmuştur. Şöyle ki, yazar, eskiden şekilcilikten uzak, esnek kurallı uyuşmazlıkların dostane çözüm yöntemi olan tahkimin, bugün çok sert kurallara tabi olan ve bu açıdan en az devlet yargısı kadar çetin geçen bir hal almıştır (naklen CLAY, s. 170). Tahkim yargılamasının “devletleştiği”, devlet yargısının da “tahkimleştiği” benzetmesi bile yapılmaktadır (CLAY, s. 170-175).

İşte tam da bu noktada tahkimin “*taraf iradesine dayanan özel bir uyumsuzluk türü*” olması ve hakemlerin de yetkilerini taraf iradelerinden almaları belirleyici bir rol oynamaktadır. Şöyle ki: aralarında geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin de bulunduğu bazı yetki türleri açısından gerekli olduğu savunulan “*imperium*” yetkisi hakemler açısından kat’i surette mevcut bulunmayan bir yetki midir yoksa tahkimin temelinde var olan taraf iradeleriyle bu noksanlık giderilebilir mi? Diğer bir deyişle, geçici koruma tedbirleri bağlamında, tarafların bu yönde anlaşması, hakemlerin kural olarak sahip olmadıkları “*imperium*” yetkisini onlara bahşeder mi?

Hakemlerin belirli bir konuda yetki sahibi olup olmadığı meselesi incelenirken, çoğunlukla hakimlerin yetkilerinden yola çıkıldığı görülmektedir. Zira, gerek hakimler gerekse hakemler, yargılama faaliyetinin bir gereği olarak, sağlıklı bir dava yürütebilmek adına yargılama esnasında bir takım tedbir ve ara kararlar almak durumunda kalmaktadırlar. Vakıaları tespit etmek, bilirkişilere başvurmak, şahit dinlemek ve delilleri toplamak bu yetkilerden bazılarıdır.

Söz konusu hakimler olduğunda, bu tür karar ve tedbirlerin alınmasının değil yadırganması, alınmamasının ihmalkârlık ve adaletsizlik addedileceği gerçeği karşısında, aynı durumun hakemler söz konusu olduğunda da geçerli olduğunu savunmak bu denli kolay olmamaktadır. Bunun nedeni, daha önce de belirttiğimiz üzere, hukuk tarihi boyunca hakemlerin “*imperium*” yetkisinin bulunmaması olarak açıklanmıştır.

Somut örnekler ışığında konuyu incelersek, hakimler ile hakemlerin yargılama faaliyetlerini sürdürürken aynı yetkiyle donatılıp donatılmamalarının hangi noktalarda önem taşıdığını da daha net görmüş oluruz.

Yargılamanın en önemli dayanağı olan delillerin değerlendirilmesi ve nihai kararların bu deliller ışığında oluşması, aynı zamanda delillerin toplanmasını ve tespit edilmesini zorunlu kılar. Bu bağlamda, bir çağrı veya talimat ile tarafların veya üçüncü şahısların elindeki veya kontrolündeki delillerin, yargılamaya katılmasını sağlamak amacıyla sunulması gerekir. Ya da nihai karara varılana dek geçecek süre zarfında geçerli olmak üzere, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin belirli bir yönde devam etmesinin, durdurulmasının veya değiştirilmesinin sağlanmasına yönelik tedbirler alınması gerekir. Bozulabilecek nitelikteki malların satışına izin vermek, diğer tarafın giderilemeyecek zararlara uğramaması amacıyla ticari ilişkinin

devamına veya devam eden iş ilişkisinin durdurulmasına yönelik bir emir vermek gibi. Bazen de bu karar veya tedbirler doğrudan uyuşmazlık konusunu hedef alır: mal üzerinde ihtiyati tedbir konulması buna örnektir. Kimi zaman da, belli bir para borcunun garantisi olarak borçlunun mallarının ihtiyaten haczedilmesi gerekir<sup>348</sup>.

Tüm ülke hukuk sistemlerinde hakimler açısından bu tür yetkilerin gerekliliği konusunda hiçbir zaman bir tereddüt veya sorun yaşanmazken, aynı yargılama faaliyetinde bulunan hakemler açısından bu konu üzerinde sürekli bir tartışmanın yapılıyor olması ve bu tartışmanın bilhassa “*imperium*” gibi içeriği muğlak, tanımı değişken tarihsel bir kavrama dayandırılmasının bugünün gerçekleriyle ve hukukun dinamizmiyle bağdaştığını söylemek zordur. Zira, bu tür tedbirlerin ve kararların ardında, yargılamanın sağlıklı ve adil yürütülmesi amacı bulunuyorsa, aynı amacın hakemler nezdinde yapılan yargılamada da gözetilmesi gerekecektir. Bir taraftan, bizzat kanun koyucu tarafından, hakemleri kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözmeye yetkili kılıp, onların yaptığı yargılamaya sonuç bağlanırken, diğer taraftan, bu faaliyetleri esnasında hakemleri hakimlerin sahip olduğu silahlardan yoksun bırakmak, diğer bir deyişle, hüküm vermekte yetkili kılıp, hükmü tesis etme yolundaki araçları hakemlerden esirgemek, salt tarihsel bir kavrama dayandırılacak kadar basit bir mesele olmamalıdır. Nitekim bu düşünce biçiminden hareket edilerek, doktrinde, geçici ve koruyucu tedbir kararı verebilme yetkisinin, taraflarca hakemlere tevdi edilen “yargılama yetkisi”nin doğal bir parçası olduğunu savunan bir görüş oluşmuştur<sup>349</sup>.

Hakimlerle hakemlerin yürüttükleri yargılama faaliyetinin farkının temelinde, devletin “kamusal adalet” sunarken tahkimin “bireysel adalet” sunması felsefesi bulunmaktadır. Hakimler yargılama yetkisini “devlet” adına kullanırken ve kararlarını “millet” adına verirken, hakemlerin bu yetkiyi “taraf anlaşması”ndan alıp, yine “taraflar” adına karar vermesinin yanı sıra; mahkeme kararlarının “herkes” için, hakem kararının ise sadece “taraflar” açısından bağlayıcı olması, elbette bu noktada hakemlerle hakimlerin yargılama esnasında sahip oldukları silahların da farklı olmasına sebep olmaktadır<sup>350</sup>. Ancak bu farklılık, tahkim kurumunun temelinde var olan “sözleşmesel” niteliğin boyutlarını aşacak ve tahkimi devlet yargısına nazaran

<sup>348</sup> Hatta bu tür kararlar, Fransız Hukuku ile Hollanda Hukuku’nda kabul edildiği üzere, çok ciddi bir tartışmanın olmadığı alacaklar için geçici olarak kısmi veya tam ödemeye hükmedilmesi biçiminde dahi karşımıza çıkabilmektedir (MAYER, *Imperium*, s. 442).

<sup>349</sup> *Inherent Power* olarak ifade edilen bu görüşe ileride ayrıntılı olarak değinilecektir (BESSON, s. 100).

<sup>350</sup> MAYER, *Imperium*, s. 442.

topal bırakmaya sebep olacak kadar aşırıya gitmemeli ve geçici koruma tedbirlerine karar verme yetkisi de aynen bu “sözleşmesel” nitelik çerçevesinde değerlendirilerek sadece bu çerçevede sınırlandırılmalıdır kanaatindeyiz. Bu bağlamda, üçüncü kişileri bağlayıcı bir geçici tedbir kararının verilemeyeceği meşru kabul edilmeli, ancak diğer bütün tedbirlerin hukuken geçersiz olduğu önermesinin veya *imperium* yokluğunun, taraf iradeleriyle ikame edilebilirliği sorgulanabilmelidir düşüncesindeyiz.

## § 2. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİNE HÜKMEDİLMESİ AÇISINDAN HAKEMLER VE MAHKEMELERİN ORTAK YETKİSİ

### I. İkincillik İlkesi

#### A) Devlet Yargısının Sadece Tahkime Yardımcı Olmak Amacıyla Tedbirlere Hükmetmesi

Uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi durumunda, geçici hukuki koruma tedbirlerine gerek duyulan hallerde, bu talepler hakkında hakemlerin mi yoksa mahkemelerin mi karar vereceği her zaman tartışma konusu olmuş bir meseledir.

Uluslararası tahkime ilişkin hemen her ülkenin hukuki düzenlemelerine bakıldığında, tahkime konu olan uyuşmazlıkların belirli alanlarda<sup>351</sup> mutlaka devlet yargısıyla kesiştiği ve mahkemelerin bazen müdahalesinin, bazen yardımının ve bazen de işbirliğinin gerekli olduğu görülmektedir. Bu konuların en başında hiç kuşkusuz geçici koruma tedbirleri gelmektedir.

Belirtmek gerekir ki, yakın zamana dek tahkimi rakip gören<sup>352</sup> ve hemen her konuda mahkemelerin tahkim yargılaması üzerinde denetim ve müdahalesini öngören hukuki düzenlemelerin, özellikle uluslararası ticari tahkimin gelişmesine paralel olarak son zamanlarda hızla değişikliğe uğradığı ve kanun koyucu ve uygulayıcıların da, doktrinde gelişen bu evrime ayak uydurduğu görülmektedir<sup>353</sup>. Gerçekten de, mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesini ve denetimini kısıtlama eğilimi, son zamanlarda yerini mahkemelerin tahkimin etkinliğini artırmak amacıyla yardım etmesi ve işbirliğinde bulunması şeklinde değişmiştir. Tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı, hakemlerin kendi yetkileri hakkında kendilerinin karar verebilmesi (*compétence-competence*), hakem kararlarının iptal veya tenfizinin reddi sebeplerinin usuli ve şekli unsurlarla sınırlandırılmış olması bu

<sup>351</sup> Nihai karardan önceki dönemde hakem heyetinin oluşturulması için, yargılama esnasında ve nihai kararın icrasında mahkemelerin devreye girmesi söz konusu olmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BACHAND, s. 173 vd.

<sup>352</sup> ROEBUCK Derek: "The Myth of Judicial Jealousy", Arbitration International, Vol. 10, No: 4, 1994, s. 395 vd.

<sup>353</sup> VARADY, s. 150-151.



değişimin örneklerini oluşturmaktadır<sup>354</sup>. Bu değişimin temelinde tahkimin “taraf iradesine dayanan özel bir yargılama yöntemi” olması bulunmaktadır. Zira bir kez devlet yargısı dışına çıkmak isteyen tarafların bu iradesini, yargılama süresince karşılaşılan diğer hususlarda da geçerli kılmak tarafların tahkim anlaşmasından bekleedikleri menfaat açısından isabetli olandır.

Tahkim yargılamasında mahkemelerin her türlü müdahalesini dışlama ve devlet yargısına ancak tahkime yardımcı bir rol verme anlamına gelen ve doktrinde pekçok hukukçu<sup>355</sup> tarafından da desteklenen bu eğilim “*ikincillik ilkesi*” olarak da adlandırılmaktadır<sup>356</sup>. Buradaki “*ikincillik*”, tahkim yargılamasında her türlü yetki gerektiren konuda öncelikle hakemlerin söz hakkı sahibi olması ve mahkemelerin ancak hakemlerin tarafların hak ve menfaatlerini zamanında ve etkili bir biçimde koruyamayacağı hallerde devreye girmesi anlamını taşır<sup>357</sup>.

Modern hukuk sistemlerinin uluslararası tahkime ilişkin yasalarına bakıldığında, genel olarak “*ikincillik ilkesi*”nin pekçok alanda yansımaları görmek mümkündür. Gerçekten de, bu ilke sadece hakemlerin yargı yetkilerinin kapsamını mahkemeler karşısında kuvvetlendirmekle kalmamakta, aynı zamanda taraflara istedikleri takdirde hakemlerin yetki alanlarını kuvvetlendirecek şekilde irade serbestisi de tanımaktadır. Bu eğilim, özellikle ticari uyuşmazlıklar bağlamında uluslararası tahkimin devlet yargısına oranla “*uyuşmazlıkların olağan çözüm yöntemi*” haline gelmesinin ve kurumun dayandığı taraf iradesine ve yöntemin sözleşmesel niteliğine atfedilen önemin bir göstergesidir<sup>358</sup>.

Her ne kadar modern hukuk sistemlerinin uluslararası tahkime ilişkin yasalarındaki eğilim devlet yargısının tahkime müdahalesini minimum düzeyde tutmak olsa da, mahkemelerin tahkime müdahale amaçlı değil, yardımcı olma amaçlı devreye girebileceğini açıkça ifade eden bir yasaya hemen hemen hiçbir ülkenin mevzuatında rastlanmamaktadır. Dolayısıyla bu sonuca çoğu kez içtihatlardan, doktrinindeki görüşlerden ve en önemlisi, önceki mevzuatla sonraki mevzuat arasındaki felsefe (*ratio legis*) farkından hareketle varılabilmektedir. Bununla birlikte, tarafların geçici koruma tedbirleri için mahkemeye başvurularının zaman bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olup olmadığı meselesi açısından

<sup>354</sup> VARADY, s. 150.

<sup>355</sup> YEŞİLOVA, s. 747; BESSON, s. 240.

<sup>356</sup> BESSON, s. 240.

<sup>357</sup> BESSON, s. 240.

<sup>358</sup> BESSON, s. 240.

düşünüldüğünde, kimi tahkim kurallarının bu soruya verdiği cevap, aynı zamanda uygulamada bu tür kurallara sahip tahkim kurumlarının tercih edilmesine de sebep olmaktadır. Zira henüz hakem heyeti oluşmadan önce mahkemelere başvurulması ile, tahkim yargılaması devam ederken mahkemelere başvurulması arasında koşullar açısından fark bulunmaktadır. Nitekim bu farka değinen ICC Tahkim Tüzüğü'nün 23/II. maddesi uyarınca, tahkimin devam ettiği bir dönemde, yani hakem heyeti oluşuktan sonra, geçici koruma tedbirleri için mahkemelere müracaat ancak “*uygun düştüğü hallerde*” mümkün olabilmektedir<sup>359</sup>. Keza LCIA md. 25/III hükmü de mahkemelere sonraki safhalarda başvurmanın “*istisnai durumlarda*” olabileceğini belirtmektedir.

Milli hukuk sistemlerine bakacak olursak, örneğin İsviçre, Almanya, Hollanda gibi tahkimin son derece gelişmiş olduğu ülkelerin mevzuatlarında veya içtihatlarında açıkça ifade edilemeyen bu ilkenin bir yansıması İngiliz Hukuku'nda 1996 tarihli Arbitration Act md. 44 (5) hükmünde yer almaktadır<sup>360</sup>. Söz konusu Kanun'un “*Hakimin Yardım Yetkisi*” başlıklı 44. maddesinin 5. fıkrasında “*Ancak hakem mahkemesinin veya tahkim kurumunun veya taraflarca bu anlamda yetkili kılınan herhangi bir kişi veya kurumun, müdahale edebilmesinin mümkün olmadığı hallerde hakime başvurulabilir*” hükmü açıkça *ikincilik ilkesini* ifade etmektedir<sup>361</sup>. İngiliz tahkim mevzuatında yer alan bu hüküm, tahkimde taraf iradesini üstte tutması ve mahkemelerin sadece taraflarca yetkilendirilmiş olan hakemlerin etkin olarak vaziyet edemeyecekleri hallerde devreye girebileceklerini belirtmesi açısından son derece önemli bir örnektir.

Tahkime konu olan bir uyuşmazlıkta, geçici koruma tedbiri kararı almak için mahkemelere başvurulduğunda, mahkemelerin bu konudaki yetkilerini hakemlere nazaran “*ikincil*” nitelikte görüp, talebin uyuşmazlığın esasını çözmeye yetkili olan hakemlerce karşılanması için tarafları hakemlere yönlendirmesi, hiç şüphesiz devlet yargısının kişilerin hak arama özgürlüğünün güvencesi olma özelliği karşısında kolay olmamaktadır.

Mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisi açısından kendilerini geri planda tutmalarının hukuki dayanağının ne olduğu konusu, doktrinde oldukça tartışmalı bir konudur.

<sup>359</sup> **BLESSING** Marc: “*The Procedure Before The Arbitral Tribunal*”, ICC Bulletin, Vol. 3, No: 2, November 1992, s. 28.

<sup>360</sup> **SUTTON** David St. John/ **GILL** Judith: *Russell on Arbitration*, 22nd Edition, 2003, s. 350-357.

<sup>361</sup> **BESSON**, s. 241.

İlk olarak ileri sürülen hukuki dayanak, New York Konvansiyonu'nun II. maddesinin 3. fıkrası hükmüdür. Söz konusu hüküm: “*Bir akit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir meseleye taalluk eden ihtilafına vaziyet ettiği takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkansız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunların birinin talebi üzerine, hakemliğe sevk eder*” şeklindedir. Taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunmasına rağmen uyuşmazlığın mahkeme önüne gelmesi durumunda, tahkim itirazı ile mahkemelerin davanın esasını görmekten el çekmesi zorunluluğunu ifade eden bu hükmün geniş yorumlanarak, geçici koruma tedbirleri açısından da uygulanabilmesine dayanan bu gerekçe, Amerikan Mahkemelerinin *McCreary*<sup>362</sup> ve *Cooper*<sup>363</sup> kararlarına da konu olmuştur. Ancak bu kararlar uluslararası tahkim doktrininde çokça eleştirilmiştir<sup>364</sup>. Zira, New York Konvansiyonu'nun II. maddesinin 3. fıkrası, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmesini engelleyen ve davanın *esası* açısından mahkemelerin hakemler lehine görevsizlik kararı vermesini gerektiren bir hüküm içermektedir. Yoksa bu madde, geçici koruma tedbirleri açısından da hakemlerin münhasır bir yetkisinin olduğunu söylememektedir. Dolayısıyla, New York Konvansiyonu'nun II/ 3 maddesi hükmü, geçici koruma tedbiri talebiyle kendisine başvurulmuş mahkemelerin, bu talebi hakemlerin yetkisi lehine reddetmesi şeklinde yorumlanmaya elverişli değildir<sup>365</sup>.

İkincilik ilkesinin hukuki dayanağı olarak ileri sürülen bir başka gerekçe de, tahkim şartı veya sözleşmesi varken, mahkemelerin, olağan şartlarda yetkili dahi olsalar artık o uyuşmazlığa bakamayacaklarını ifade eden ve ulusal mevzuatlarda yer alan kanun maddeleridir<sup>366</sup>. Yukarıda belirttiğimiz karşı gerekçeler bu hususta da geçerliliğini koruyacaktır. Zira tıpkı New York Konvansiyonu'nun II/ 3 hükmünde olduğu gibi, ulusal mevzuatlarda yer alan bu gibi hükümler de sadece uyuşmazlığın esası açısından mahkemelerin yetkisizliğini ifade etmekte, fakat geçici koruma tedbirleri konusunu kapsamamaktadır<sup>367</sup>.

<sup>362</sup> *McCreary Tire & Rubber Company v/ CEAT* 501 F. 2d 1032 (1974). Kararın özeti için bkz. **BESSON**, s. 158-161.

<sup>363</sup> *Cooper v/ Podar Brothers* 636 F. 2d 75 (1981). Kararın özeti için bkz. **BESSON**, s. 162-165.

<sup>364</sup> *McCreary ve Cooper* kararlarının ayrıntılı eleştirisi ve değerlendirmesi için bkz. **BESSON**, s. 166 vd.; **VARADY**, s. 152-155; **ZICHERMAN**, s. 689-691; **EBB** Lawrence F.: “*Flight of Assets from the Jurisdiction “In the Twinkling of a Telex”*”; *Pre- and Post- Award Conservatory Relief in International Commercial Arbitrations*”, JIA, Vol. 7, No: 1, 1990, s. 15-16.

<sup>365</sup> **BESSON**, s. 242; **BACHAND**, s. 266-267.

<sup>366</sup> Bu husus “Mahkemede Tahkim İtirazı ve Anlaşması” başlığını taşıyan Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 5/ 1. Maddesinde de açıkça belirtilmiştir.

<sup>367</sup> **CREMADES**, *The Need*, s. 228-229; **BESSON**, s. 242.

Geçici koruma tedbirine hükmedebilme yetkisinin asıl olarak hakemlerde olması ve mahkemelerin ancak “*ikincil*” olarak yardım maksadıyla devreye girebilmesinin en güçlü hukuki dayanağı, hiç kuşkusuz yine tarafların bu konudaki iradeleri olacaktır. Diğer bir deyişle, şayet taraflar hakemler ile mahkemelerin geçici tedbir kararı vermeleri hususundaki yetkileri açısından bir hiyerarşi kabul etmişlerse, örneğin bu yetkinin esas olarak veya münhasıran hakemlerde olduğunu tahkim anlaşmasında kabul etmişler veyahut bu yönde bir hüküm içeren uluslararası bir tahkim tüzüğüne veya kanununa atıfta bulunmuşlarsa, işte o takdirde mahkemeler, tarafların bu iradesine uygun olarak, geçici tedbir kararı verme konusunda hakemler lehine kendi yetkilerinden vazgeçmek zorunda kalacaklardır<sup>368</sup>. Daha önceden incelediğimiz İngiliz Tahkim Kanunu’nun 44/ 5. maddesi hükmünün taraflarca kabul edilmesi buna örnek olarak gösterilebilir.

Taraflar arasında bu türde hüküm içeren bir anlaşma bulunmaması halinde, mahkemelerin geçici koruma tedbiri kararı verebilme yetkisinin hakemlerin yetkisine oranla “*ikincil*” nitelikte olup olmadığı sorusunun cevabı ülkeden ülkeye değişmektedir, zira bu konu hakimlerin takdirine kalmıştır<sup>369</sup>. Hakimler ise bu takdir yetkisini, bağlı buldukları *for hukukunun* usul kanunları çerçevesinde kullanacaklardır. Doktrinde de, tahkime konu olan uyuşmazlıklarda geçici tedbir talebiyle mahkemelere başvurulması halinde, hakimlerin ne şekilde hareket edeceklerini belirlemeye yarayan kriterlerin aslında mahkemenin bulunduğu ülkenin usul hukukunun geçici tedbirlere ilişkin hükümlerinden oluştuğu ileri sürülmüştür<sup>370</sup>. Gerçekten de, mahkemeler, tahkime konu olan uyuşmazlıkta hakemlere nazaran yetkilerinin ikincil olup olmadığına ilişkin karar verirken, kendi hukuklarında yer alan geçici tedbir kararlarına hükmedebilme şartlarını da nazara almak zorundadırlar. Diğer bir ifadeyle, geçici tedbir kararlarını gerekli kılacak koşulların varlığı, mahkemelerin yetkisinin ikincilliğini takdir ederken de uygulanacaktır. Bu bağlamda, hakemlerin etkin bir biçimde geçici tedbir kararı alamayacağı ihtimali bu takdir yetkisinin belirleyici unsuru olacaktır. Zira ancak bu halde, mahkemelerce

<sup>368</sup> BESSON, s. 242.

<sup>369</sup> Örneğin, Amerikan Mahkemelerinin uygulamasında “*pro-enforcement bias*” ın yani tahkim anlaşmalarına ve hakem kararlarına üstünlük ve öncelik tanınması şeklinde görüşün var olduğu ileri sürülmüştür (SCHLOSSER Peter.: “*The Competence of Arbitrators and of Courts*”, Arbitration International, 1992, Vol. 8, No: 2, s. 194).

<sup>370</sup> BESSON, s. 243.

geçici tedbir kararının “acilen” verilmesi, “telafisi zor veya imkânsız zarar ihtimali”nin engellenmesi açısından lüzumlu olacaktır<sup>371</sup>.

Gerçekten de, belirli bir olayda, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen geçici tedbir talebiyle mahkemelere başvurulması durumunda hakimlerin kendi yetkilerini “*ikincil*” addederek talebi geri çevirebilmeleri için, söz konusu tedbirin hakemler tarafından verilmesi ile mahkemelerce verilmesi arasında “etkinlik” bakımından hiçbir farkın bulunmadığına kanaat getirmeleri şarttır<sup>372</sup>. Böyle bir tespiti yapabilmek ise oldukça zordur. Zira bu tespit, hakemlerce verilecek bir geçici tedbir kararının ihtimal olarak etkin olup olmayacağı hususunda önceden yapılacak bir saptamayı gerektirir. Böyle bir incelemenin olumsuz bir yanıtla karşılaşabilme ihtimali ise oldukça yüksektir.

Konuyu bir örnekle açıklayacak olursak: acaba yabancı bir ülkede tahkim yargılaması sürerken, geçici koruma tedbiri talebiyle kendisine başvuru alan bir ülke mahkemesi, hakemlerin vereceği tedbir kararının kendi ülkesinde tanınmasının mümkün olmayacağı veya cebren icra edilemeyeceği gerekçeleriyle doğrudan geçici tedbir kararı vermeli midir? Zira bu iki durumda da hakemlerin vereceği geçici tedbir kararlarının etkinliğinden bahsetmek oldukça zor olacaktır.

Yukarıda belirtildiği gibi, hakemlerin geçici tedbir kararı verebilme yetkisi hususunda hiçbir incelemeye gidilmeksizin mahkemelerce doğrudan geçici tedbir kararına hükmedilmesi, doktrinde aşırı önyargı olarak nitelendirilmiştir. Bu çıkarım iki sebebe dayanmaktadır. İlk olarak, uluslararası ticari tahkim uygulamasına bakıldığında, istatistikler tarafların hakem kararlarını büyük oranda rızaen uyguladıklarını göstermektedir<sup>373</sup>. Dolayısıyla, aslında hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbiri kararları da çoğu kez cebri icraya veya tanımaya gerek kalmaksızın taraflarca rızaen uygulanmaktadır<sup>374</sup>. Bir diğer sebep ise, her ne kadar hakemlerce verilen geçici tedbir kararları cebri icradan yoksun olsa da, bu, söz konusu hakem kararının hukuki etkiden tamamiyle yoksun oldukları anlamına gelmemektedir<sup>375</sup>. Gerçekten de, yukarıdaki örnekte olduğu gibi, yabancı bir ülkede hakemlerce verilen bir geçici koruma tedbiri, her ne kadar cebren icra edilemese

<sup>371</sup> BESSON, s. 242.

<sup>372</sup> BACHAND, s. 260.

<sup>373</sup> RAMOS MENDEZ, s. 56.

<sup>374</sup> BESSON, s. 246 ve s. 312.

<sup>375</sup> Hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin, cebren icra edilemese veya tanınması mümkün olmasa dahi hukuken pek çok açıdan etkin olduğuna ilişkin görüş için bkz. BESSON, s. 312-315.

veya tanınamasa dahi, çeşitli açılardan hukuki etkinliğe sahiptir<sup>376</sup>. En başta, taraflar üzerinde hakemler nezdinde kötü bir imaj sergilememek adına hakemlerce verilmiş olan tedbir kararlarına uymaya yönelik psikolojik baskı yaratmaktadır. Aynı şekilde, hakemlerce hükmedilen bir geçici koruma tedbirine riayet etmemek, hakemlerin tarafları ek tazminat ödemeye mahkum etmesiyle veya dava müddeabihinin artırılmasına ilişkin taraf talebinin kabulüyle de sonuçlanabileceğinden, bunlar da taraflar açısından geçici tedbir kararlarına uygun hareket etmeyi sağlayabilecek ve dolayısıyla tedbir kararlarının etkinliğini temin edecek faktörler arasında bulunmaktadır.

İkincilik ilkesinin mahkemelerce hangi hallerde uygulanıp uygulanmayacağını belirlerken, hakimlerce ilk başta dikkate alınacak husus hiç kuşkusuz geçici koruma tedbirinin talep edildiği zamandır. Zira, mahkemeler, ancak hakimlerin olaya vaziyet edebilmesi mümkün olan hallerde kendi yetkilerinin “*ikincil*” olabileceğine hükmedebilirler. Yoksa, henüz hakem heyeti teşekkül etmemişken mahkemelere yapılan geçici tedbir başvurusunun, hakimlerce, konuya ilişkin yetkilerinin “*ikincil*” nitelikte olması gerekçesiyle reddedilmesi mümkün değildir<sup>377</sup>.

Bunun gibi, tahkime konu olan uyuşmazlıklarda, geçici koruma tedbiri talep edilen mahkemelerin, bu husustaki yetkilerinin “*ikincil*” olup olmadığını tespit ederken, “*talep edilen tedbirin cinsi ve hukuki etkisini*” de daima göz önünde bulundurmaları gerekmektedir<sup>378</sup>. Söz gelimi, mahkemelerin münhasır yetkisine giren bir geçici tedbir söz konusu ise (örneğin bir ihtiyati haciz talebi) mahkemelerin müdahalesi kaçınılmaz olurken, hakemlerce verilebilen ve uyuşmazlığın esası ile yakın irtibatla olan (örneğin delil tespiti) bir geçici tedbir türü açısından mahkemeler, kendi yetkilerini “*ikincil*” addedebileceklerdir.

Son olarak, uluslararası ticari tahkimin kendine özgü niteliğinin de bu ilkenin uygulanışında mahkemelere yol göstermesi gerekecektir. Farklı vatandaşlığa sahip tarafların uyuşmazlıklarının çözümlendiği tahkim yargılamasında en önemli unsurlardan birinin de “tarafsızlık” olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, her ülke hakimi, önüne gelen uluslararası ticari uyuşmazlıkta, kendi müdahale yetkisini, tahkimin dayanağı olan “taraf iradesi”nin üzerinde tutmamaya ve bu konuda ihtiyatlı

<sup>376</sup> RAMOS MENDEZ, s. 56.

<sup>377</sup> BESSON, s. 247.

<sup>378</sup> BESSON, s. 247.

davranmaya özen göstermelidir<sup>379</sup>. Bu husus özellikle devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda daha da önem kazanmaktadır.

## B) İkincillik İlkesinin Değişik Ülke Hukuk Sistemlerindeki Görünümü

Çoğu ülkede, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesinin kararlaştırılmış olmasına rağmen geçici koruma tedbirleri konusunda mahkemelerin yetkisinin devam edeceği kabul edilmiştir. Hollanda Usul Kanunu md. 1022/ 2 ve md. 1074/ 2 ile Belçika Usul Kanunu md. 1679/ 2 açıkça tarafların tahkim anlaşmasının varlığı halinde dahi geçici koruma tedbirleri için mahkemeye başvurabileceklerini kabul etmiştir. Fransız ve İtalyan mahkemeleri de, tahkim yeri yurt dışında bile olsa, hakimlerin geçici koruma tedbirleri açısından yetkisinin baki olacağını çeşitli kararlarıyla vurgulamıştır<sup>380</sup>.

İsviçre Hukuku'nda, henüz hakem heyeti oluşmadan talep edilen geçici koruma tedbirleri için mahkemelere başvurulması gerekeceği doktrinde tereddütsüz kabul edilirken<sup>381</sup>, hakem heyeti oluşuktan sonra bu yetkinin kime ait olacağı meselesi iki ayrı görüşün ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bir kısım yazara göre, Uluslararası Özel Hukuka İlişkin Federal Kanun'un konuyla bağlantılı "*aksi öngörülmedikçe, hakem mahkemesi taraflardan birinin talebi üzerine geçici veya koruyucu tedbir kararı verebilir*" şeklindeki md. 183/ 1 hükmü, bir kez hakem heyeti oluşuktan sonra geçici koruma tedbiri verme yetkisinin de münhasıran hakemlere ait olması gerekeceği şeklinde yorumlanmalıdır<sup>382</sup>. Buna karşılık, doktrindeki çoğunluk, söz konusu hükmün hakemlere geçici koruma tedbirlerine hükmetme açısından ne münhasır ne de öncelikli bir yetki bahsettiğini, tarafların bu hususta gerek hakem heyetine, gerekse İsviçre veya yabancı mahkemelere başvurma haklarının bulunduğu görüşündedir<sup>383</sup>.

<sup>379</sup> BESSON, s. 248.

<sup>380</sup> BESSON, s. 149. Örnek kararlar için bkz. Gaz. Pal. 1960 1 191; Rev. Arb. 1989, s. 653; Rev. Arb. s. 125.

<sup>381</sup> BAHMAEI, s. 122, BUCHER, s. 76.

<sup>382</sup> BUCHER, s. 74-76; KARRER Pierre: "*Les Rapports entre le tribunal arbitral, les tribunaux étatiques et l'institution arbitrale*", RDAI, 1989, s. 761 vd. Belirtmek gerekir ki, kanunun Fransızca metninde "ordonner" yani emretmek, talimat vermek fiili kullanılmıştır. Hakemlerin geçici tedbir kararı vermeleri ile, geçici tedbir kararına hükmetmeleri veya geçici tedbir emri/talimatı vermelerini birbirinden farklı değerlerde algılamamak gerekmektedir. Zira böyle bir kabul için hakemlere hasredilmiş ek bir cebri icra yetkisi veya yaptırım gücü mevcut değildir. Konunun salt bir terminoloji seçiminin ibaret olduğunu düşünmek isabetli olacaktır.

<sup>383</sup> BESSON, s. 150.

Bu iki görüşün yanı sıra, doktrinde kanun koyucunun amacından, kanun maddesinin birbirini takip eden ifadesinden ve İsviçre tahkim hukukunun uygulamasından yola çıkarak, geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin, hakem heyetinin oluşumundan sonra sadece hakemlere ait olmasını savunan bir görüş de mevcuttur. Bu görüş uyarınca, dünya hukuk sistemleri içerisinde ilk kez İsviçre tarafından hakemlere geçici tedbir kararı verme yetkisinin tanınmış olmasının ışığında, hakemlerce verilmiş olan geçici koruma tedbirlerine tarafların rızaen uymamaları durumunda mahkemelerinin bu hususta yardımlarının istenebileceğini düzenleyen LDIP. md. 183/ 2 hükmü yukarıdaki çoğunluk görüşünden farklı bir biçimde yorumlanmıştır. Şöyle ki, kanun koyucu, bu yetkiyi esas olarak hakemlere tanımış, ancak onların verdikleri geçici tedbir kararları taraflarca uygulanmaz ise mahkemelerin yardımına cevaz verilmiştir. Böylelikle, kanun koyucunun devlet yargısının tahkime müdahalesini mümkün olduğunca kısıtlamak amacı güttüğünü söylemek mümkündür. Bu görüş, kanunun, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisini öngören ilk fıkra hükmü karşısında, özellikle hakem heyetinin oluşmasından sonraki bir dönemde mahkemelere başvuru imkânını açık tutmanın, kanunun hedeflediği hakemlere tanınan yetkilerin çoğaltılması amacıyla çelişeceğini savunmaktadır. Nitekim aynı gerekçeyle, kendisine geçici koruma tedbiri talebiyle başvurulmuş mahkemelerin, LDIP. md. 183/ 2’de belirtilen ihtimal dışında, tarafların bu taleplerini geri çevirerek, bu hususta onları hakem heyetine başvurmaları doğrultusunda yönlendirmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>384</sup>.

Geçici koruma tedbirleri konusunda her zaman en farklı ve radikal yasal düzenlemeye sahip olan İngiliz Hukuku’nda ise, tahkim anlaşmasına rağmen mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine karar verebilme yetkisi, 1996 Tarihli *English Arbitration Act*’da, pekçok ülke hukuk sisteminden farklı olarak, genel değil özel hükümler ile düzenlenmiştir<sup>385</sup>. Gerçekten de, söz konusu Kanunun “*Hakimin yardım yetkisi*” başlıklı 44. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında, mahkemelere açıkça “*ikincil*” nitelikli bir rol biçilerek, tahkim yargılamasına destekleyici mahiyette hangi tür geçici koruma tedbirlerine hükmedilebileceği teker teker sayılmak suretiyle açıkça düzenlenmiştir. Böylelikle, İngiliz mahkemeleri, bizzat tahkime ilişkin kanuni

<sup>384</sup> BAHMAEI, s. 122-123.

<sup>385</sup> MAIN Haydn A.: “*Court Ordered Interim Relief: Developments in English Arbitration Law*”, JIA, 22 (6), 2005, s. 505-510.



düzenlemeler çerçevesinde geçici koruma tedbirleri açısından kendi yetkilerini ve bu yetkinin sınırlarını belirleyebilmektedirler<sup>386</sup>.

İsviçre Kanun Koyucusu'nun bu düzenlemesinin ardında, İsviçre Hukuku'nda bu yönde gelişen doktriner düşüncelerin yanı sıra, UNCITRAL Model Kanunu'nun da etkisi bulunmaktadır<sup>387</sup>. Zira ulusal hukuk sistemlerine örnek oluşturma amacı taşıyan Model Kanun'un 17. maddesi, hakemlerin geçici tedbir kararı verme yetkisine sahip olduklarını kabul etmiştir. Nitekim, UNCITRAL Model Kanun'un 9. maddesinden esinlenerek kaleme alınan bu hükmün, İngiliz Tahkim Hukuku Tavsiye Komitesi Departmanı DAC'ın raporu uyarınca, tahkim anlaşmasının mahkemelerin *Mareva Injunction* veya *Anton Piller Order* türü geçici tedbir kararları alabilme yetkisini etkilemeyeceği ve tahkim yeri İngiltere dışında dahi olsa, İngiliz hakiminin bu tür geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisinin bulunduğu şeklinde yorumlanması gerekir<sup>388</sup>.

Görüldüğü üzere, birçok ülke hukuk sistemi açısından tahkim anlaşması uyumsuzluğun esası yönünden devlet yargısını devre dışı bıraksa da, geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme bağlamında mahkemelerin yetkisini otomatikman ortadan kaldırmamaktadır. Bu ise, birbirini tamamlayan iki prensibi oluşturmaktadır: tahkim anlaşmasının varlığına rağmen mahkemelerden geçici koruma tedbiri talep etmek tahkim anlaşmasına aykırılık veya tahkim iradesiyle çelişki oluşturmaz ve tahkim anlaşmasının varlığı mahkemelere bu amaçla müracaat etmeyi engellemez.

Ancak, tahkim anlaşmasının veya süregelen bir tahkim yargılamasının varlığının, mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmelerine hiçbir etkisinin olmayacağını söylemek de çok doğru olmayacaktır. Zira uluslararası doktrin ve mahkeme içtihatlarında hakemler ile mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme açısından yetkilerinin ve karşılıklı konularının ne olacağı son zamanlarda sıkça tartışılmış ve bu tartışmaların sonucunda, mahkemelerin yetkisinin hakemlerinkine nazaran "ikincil" nitelikte kabul edilmesi gerektiği fikri ağırlıklı olarak benimsenmiştir.

<sup>386</sup> BESSON, s. 148 ve 152; BACHAND, s. 261.

<sup>387</sup> BAHMAEI, s. 121.

<sup>388</sup> BESSON, s. 154.

Bu konu Türk Hukukunda ilk kez 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu Kanun, Türk Hukukunda yabancılık unsuru<sup>389</sup> taşıyan tahkim anlaşmalarından doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin Türk Milletlerarası Tahkim Hukuku'nun başlıca kaynağı niteliğindedir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun “*ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz*” başlıklı 6/ 2. maddesi, hukukumuzda ilk defa hakemlerin de ihtiyati tedbir veya ihtiyati hacze karar verebileceklerini düzenleyen hükümdür<sup>390</sup>. Belirtilmelidir ki, MTK. md. 6 hükmü tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu durumlarda da uygulanan bir hükümdür (MTK. md. 1/3). Dolayısıyla, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, tahkim yeri Türkiye dışında da olsa, Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları alınabilir. Keza, yabancılık unsuru taşıması şartıyla, MTK'ya tabi tutulmamış tahkim davalarında da 6. madde hükmünün uygulama alanı bulacaktır<sup>391</sup>. Diğer bir ifadeyle, MTK'nın 6/ 1, 3 ve 4. maddesi hükümlerinin uygulanabilmesi için ne tahkim yerinin Türkiye'de olması zorunludur, ne de söz konusu tahkimin bu kanuna tabi olması şarttır; tahkimin MTK anlamında

<sup>389</sup> Yabancılık unsuru hakkında bkz. **AKINCI**, *Milletlerarası Tahkim*, s. 59 vd.; **NOMER** Ergin: *Devletler Hususi Hukuku* (17. Bası: Nomer/ Şanlı, İstanbul, 2009), s. 517 ve 530 vd.; **SAKMAR** Atâ: *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, İstanbul, 1982, s. 42 (*Yabancı İlamlar*); **KALPS ÜZ** Turgut: “*Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi*”, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, Ankara, s. 17 vd.; **ŞANLI** Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul, 2005, s. 228 vd. (*Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*); **NOMER** Ergin/ **EKŞİ** Nuray/ **ÖZTEKİN GELGEL** Günseli: *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, İstanbul, 2008 s. 30 vd.; **EKŞİ** Nuray: “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, MHB 1-2, 2003, İstanbul, 2004, s. 302 vd. (*Değerlendirme*); **ÖZDEMİR** Hatice: “*MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları*”, İBD, 1999/ IV, s. 926 vd.; **ÖZDEMİR KOCASAKAL** Hatice: “*La Nouvelle Loi Turque Sur L'Arbitrage International*”, RDAI, No: 2, 2007, s. 213 vd.; **TANRIBİLİR** Bilge/ **ŞİT** Banu: “*Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu*”, MHB 2/ 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, İstanbul, 2001, s. 828 vd. Uluslararası tahkim hukukunda tahkimin veya hakem kararının “uluslararası” olarak nitelendirilmesi için gereken unsurlar çeşitli hukuk sistemlerinde farklı biçimlerde ele alınmıştır. Bu sebeple ne zaman uluslararası bir tahkim ne zaman yerel bir tahkimin söz konusu olacağı her ülkenin kendi milli hukuklarının anlayışına bağlı olarak açıklanmak durumundadır. Türk hukuku açısından konu bizzat 4686 sayılı Kanun ile düzenlenmiş ve Kanun belirli bazı yabancılık unsurlarına sahip olan tahkimi “uluslararası tahkim” kavramı altına sokmuştur. HUMK içerisinde yer alan hükümler ise, bu yabancılık unsurlarını taşımayan ve usul kanunu hükümlerine göre verilen “uluslararası nitelikte olmayan” hakem kararlarını düzenlemektedir. Her iki hakem kararının da “ulusal” yani “Türk hakem kararı” olduğunu unutmamak gerekir (**NOMER**, *Devletler Hususi Hukuku*, 17. Bası: Nomer/ Şanlı, İstanbul, 2009, s. 530).

<sup>390</sup> **ŞANLI**, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 253; **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 118. Zira, iç tahkim açısından hakemlerin geçici koruma tedbirine hükmedemeyecekleri bugün de kabul edilen görüştür. (**KURU**, s. 6055; **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 118; **YILMAZ**, s. 878; **ÜSTÜNDAĞ**, s. 964, **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 597; **ERTEKİN** Ero/ **KARATAŞ** İzzet: *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, Ankara, 1997, s. 209).

<sup>391</sup> **NOMER**, *Devletler Hususi Hukuku*, 17. Bası: Nomer/ Şanlı, İstanbul, 2009, s. 532.

milletlerarası olması, yani Kanun'un 2. maddesi uyarınca yabancılık unsurlarından birini içermesi yeterlidir<sup>392</sup>.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 3. maddesi, hakemler ile mahkemelerin tahkim yargılaması sürecinde karşılıklı rollerini şu şekilde belirlemiştir: “Milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanunun hükümlerine göre müdahale edebilir”. Görüldüğü üzere, tahkim söz konusu olduğunda yargılama süresince asıl yetki hakemlere ait görülmekte, mahkemelerin müdahalesi ise ancak yardımcı olmak ve yargılamanın daha sağlıklı ilerlemesine katkıda bulunmak amacıyla sınırlı bir şekilde kabul edilmektedir. Gerçekten de, amaçlanan mahkemelerin tahkime müdahalesinin en aza indirgenmesidir<sup>393</sup>. Bununla birlikte, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konularında, tedbirlerin etkinliği ve daha kolay icra edilebilmesi için hakemlerin yanı sıra mahkemelerin de geçici koruma tedbirlerine hükmedebileceği kanunda düzenlenmiş bulunmaktadır.

## II. Hakemlerce Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Hükmedilmesi

Oldukça uzun bir süre, tahkime konu olan uyuşmazlıklarda geçici hukuki koruma tedbirlerine sadece mahkemelerce karar verilebileceği, hakemlerin böyle bir yetkilerinin bulunmadığı kabul edilmiştir. Zaman içerisinde uluslararası tahkimin gelişmesi ve bilhassa uluslararası ticari uyuşmazlıkların neredeyse olağan çözüm yöntemi haline gelmesi ile birlikte, tahkime konu olan uyuşmazlıklarda geçici hukuki koruma tedbirlerine sadece mahkemelerce karar verilebileceği, hakemlerin “*imperium*” eksikliği sebebiyle böyle bir yetkisinin bulunmadığına ilişkin yerleşmiş görüşler değişmiş ve gerek pozitif hukuklarda, gerekse uluslararası tahkim uygulamasından çıkan içtihatlarda, mahkemelerin yanında hakemlere de bu yönde yetkinin tanınması veya geçici hukuki koruma tedbirlerinin hakemlerin yargı yetkisi kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği yaygın olarak benimsenmeye başlanmıştır<sup>394</sup>. Bu itibarla, tartışma konusu artık hakemlerin geçici tedbirlere hükmetme yetkilerinin bulunup bulunmadığı değil, bu yetkinin hangi kapsam ve nitelikte olduğu sorusunun etrafında toplanmaktadır.

<sup>392</sup> YEŞİLOVA, s. 715.

<sup>393</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 100.

<sup>394</sup> LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 589; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 50; BERNARDINI, *Pouvoirs*, s. 23.

Tahkim anlaşmasının varlığı halinde uyuşmazlığın esasının çözümlenmesi hiç kuşkusuz hakem heyetinin yetkisindedir. Zira taraflar, aralarında akdettikleri tahkim anlaşması ile uyuşmazlıklarının devlet yargısında mahkemeler aracılığıyla çözümlenmesi olanağını kendi rızalarıyla dışlamış bulunmaktadır. Bu noktada, tahkim yargılaması içerisinde geçici koruma tedbirlerine gereksinim duyulduğunda bu konuda kimin yetkili olacağı, bu yetkinin münhasıran hakemlerde veya mahkemelerde mi yoksa her ikisinde mi veyahut öncelikle birinde mi olduğu soruları akla gelmektedir. Çalışmamızın başında, tahkime konu uyuşmazlıklarda hemen her ülkenin hukuk sisteminde ve uluslararası tahkim kurumlarının tüzüklerinde hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebileceklerinin bugün için tartışmasız şekilde kabul edildiğini belirtmiştik. Gerçekten de, her ne kadar hukuki düzenlemeler bakımından farklılıklar bulunsa da, günümüz modern hukuk sistemlerinde, hakemlerin uyuşmazlığın esasına ilişkin yetkileri gerekli olan hallerde geçici koruma tedbirlerine de hükmedebilme yetkileriyle tamamlanmıştır.

Bu bölümde, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin hukuki dayanağı, bu yetkinin kapsamının ve sınırlarının hangi hukuka göre belirleneceği, çeşitli ulusal ve uluslararası düzenlemelerde hakemlerin tedbir kararı verebilme yetkisinin ne şekilde düzenlenmiş olduğu ve hakemlerce en çok hükmedilen tedbir türleri ile hükmedilmesi mümkün olmayan türdeki tedbirler incelenecektir.

## **A) Hakemlerin Tedbir Kararı Verebilme Yetkisinin Hukuki Kaynağı**

### **1) Uygulanacak Hukuk Meselesi ve Niteleme Problemi**

Hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedip hükmedemeyeceği meselesi aslında hukuken birbirleriyle sıkça karıştırılan iki ana kavram çerçevesinde incelenmiştir. Gerçekten, geçici koruma tedbirlerinin “*usul hukuku*”na ait bir kavram olması nedeniyle, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkilerinin *tahkim usulüne uygulanacak hukuk* tarafından belirleneceği sıklıkla yapılan hatalı bir saptamadır<sup>395</sup>.

---

<sup>395</sup> BESSON, s. 81.

Geçici koruma tedbirleri “usul hukuku”na ait bir kavram<sup>396</sup> olsa da, hakemlerin geçici koruma tedbiri kararı verip veremeyecekleri meselesi, hakemlerin “yetkisi” ile ilgili bir konudur<sup>397</sup>. Çoğu kez kamu hukukçuları<sup>398</sup> tarafından dile getirilen bu ayırım uyarınca, yargılamanın işleyişi ile yargılama süresince taraflar arasındaki ve taraflar ile hakem heyeti arasındaki ilişki usul hukukuna ait konulardan sayılmaktadır. Oysa geçici koruma tedbirleri, yargılama içerisindeki ilişkileri düzenleyen bir konu olmaktan ziyade, yargılama dışında taraflar arasındaki ilişkiyi ilgilendirmektedir. Nitekim, bu sebepten ötürü, birçok ulusal veya uluslararası düzenlemede, hakemlerin geçici tedbir kararı verebilme yetkileri genel olarak tahkim yargılamasının işleyişine ait madde hükmünde değil, ayrı bir maddede ele alınmıştır<sup>399</sup>.

## 2) Yetkinin Hukuki Kaynağı Olarak Taraf İradelerini Yansıtan Tahkim Anlaşması

Geçici koruma tedbirlerine karar verme yetkisinin hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili bir mesele oluşu<sup>400</sup>, bu yetkinin hukuki dayanağının belirlenmesini gerektirmektedir. Tahkimin, uyuşmazlıkların çözümlenmesinde kullanılan sözleşmesel temele sahip özel bir yargılama yöntemi olmasından ötürü, hakemlerin yetkisinin hukuki dayanağının aranacağı ilk hukuk kaynağı hiç kuşku yok ki tarafların iradesini yansıtan *tahkim anlaşmasıdır*<sup>401</sup>.

Bununla beraber, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme konusunda sahip oldukları yetkinin hukuki kaynağını sadece tarafların iradesini yansıtan tahkim anlaşması ile sınırlamak doğru değildir. Zira tarafların iradeleri, *tahkime uygulanacak hukuk ve tenfiz ülkesi hukuku* içerisinde yer alan hükümlerden büyük ölçüde etkilenmektedir. Aşağıda, tahkim anlaşmasına dayanan bu yetkinin hukuki rejimini, diğer bir deyişle, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisini ve bu yetkinin sınırlarını belirleyen hukukları inceleyeceğiz.

<sup>396</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 588.

<sup>397</sup> BESSON, s. 81; YEŞİLOVA, s. 645.

<sup>398</sup> ELKIND J.B.: Interim Protection, A Functional Approach, La Haye/ Boston/ Londres, 1981, s. 169.

<sup>399</sup> Karş. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun md. 183/ 1 ve 182/ 2; Hollanda Usul Kanunu md. 1051/1 ve 1036; UNCITRAL Model Kanun md. 17 ve 19/ 2; UNCITRAL Tahkim Tüzüğü md. 26/ 1 ve 15/1; İsviçre Kantonlararası Tahkim Konkordatosu md. 26/1 ve 24/1 ve İtalyan Usul Kanunu md. 818 ve 816/ 3.

<sup>400</sup> YEŞİLOVA, s. 645.

<sup>401</sup> BESSON, s. 82.

### a) Tahkime Uygulanacak Hukuka İlişkin Sınırlamalar (*lex arbitri*)

Tahkim anlaşmasında yansımaları bulan taraf iradelerinin hiçbir sınırlama olmaksızın geçerli olacağını düşünmek mümkün değildir. Zira tahkimin zorunlu olarak belirli bir hukuk düzenine dayanması ve yapılan yargılamanın o hukuk düzeni çerçevesinde cereyan etmesi gerekir. Bu hukuk düzeninin kaynağında bir milli hukuk sisteminin veya *lex mercatoria* gibi ulusal olmayan nitelikteki bir hukuk sisteminin bulunmasının önemi olmadığı; önemli olanın, tahkimin belirli bir normatif sisteme binaen cereyan etmesi olduğu ileri sürülmüştür<sup>402</sup>.

Bu hukuk sistemi, uluslararası tahkim doktrinde “*tahkime uygulanacak hukuk*” veya “*lex arbitri*” olarak adlandırılmaktadır<sup>403</sup>. Bu noktada önemle belirtilmesi gereken husus, *tahkime uygulanacak hukuk*, yani *lex arbitri* ile *tahkim usulüne uygulanacak hukuk (lex curiae)* ve *tahkim yeri hukuku (lex loci arbitri)* kavramlarının çoğu zaman birbirlerini ikame eder biçimde kullanılsalar veya örtüşmeler dahi, aslında farklı anlamlara sahip olmalarıdır. Bu farklılığın kaynağında, tahkimde irade serbestisi ilkesinin taraflara sunduğu hukuk seçimi imkânı bulunmaktadır.

Konuyu Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde bir örnekle açıklayacak olursak; bilindiği gibi, Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu “*yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği*” tahkimlerde uygulanır (md. 1/ II). Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda tahkimin 4686 sayılı Kanun’a tabi kılınması anlamını taşımaktadır. Bu açıdan, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi, bir bağlama noktasıdır ve Türkiye bu tahkimler açısından “*tahkim makarrını*” (*seat of arbitration*) teşkil eder<sup>404</sup>. Buna göre, yabancılık unsuru içeren ve tahkim yeri olarak Türkiye’nin seçildiği tahkimler bakımından 4686 Sayılı Yasa, zorunlu olarak uygulanacak bir otorite kanunu yani “*lex loci arbitri*” dir<sup>405</sup>.

Bununla birlikte, MTK. md. 8/ A hükmü taraflara, tahkime uygulanacak yargılama kurallarını belirlemede bir serbesti tanımıştır. Söz konusu hükme göre, “*Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da*

<sup>402</sup> BESSON, s. 82.

<sup>403</sup> ÖZEL, s. 117.

<sup>404</sup> ŞANLI, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 239-240

<sup>405</sup> ŞANLI, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 239-240.

*bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını bu Kanun hükümlerine göre yürütür*". Bu hüküm uyarınca, taraflar Türkiye'yi sadece hakemlerin kısmen veya tamamen yargılama faaliyetlerini icra edecekleri yer olarak seçmişler; buna karşılık, 4686 Sayılı Yasa ile bağlanmama yönündeki iradelerini açıkça veya zımni olarak ortaya koymuşlarsa, Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun zorunlu olarak uygulanmasından ve adı geçen Kanun'un "*lex loci arbitri*" niteliğinden bahsetmek artık mümkün olmayacaktır<sup>406</sup>. Bu takdirde, taraflarca seçilen kanun veya kurallar bütünü, "*lex arbitrii*" teşkil edecek ve tahkime uygulanacak kurallar, MTK'nın emredici hükümleri ile taraflarca seçilmiş olan usul kurallarından (*lex curiae*) oluşacaktır. Tahkime uygulanacak usul hukuku çoğu ülke hukuk sisteminde taraflarca serbestçe belirlenebildiğinden, bu hukuk *lex curiae* olarak adlandırılmakta olup, tarafların herhangi bir usul hukuku seçmemeleri durumunda ise prensip olarak "*tahkim yeri hukuku*" uygulanacağından aslında bu ikisi çoğu kez örtüşen kavramları oluştururlar. Kısacası, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, 4686 Sayılı Kanun zorunlu olarak uygulanması gereken "*lex loci arbitri*"yi oluşturur ve taraflar başka bir usul hukukunu seçmemişlerse, bu Kanun aynı zamanda *lex curiae* niteliği de taşır. Böyle bir uyuşmazlıkta *lex arbitrii*, yani *tahkime uygulanacak hukuk*, *tahkim yeri hukuku* ve *tahkim usulüne uygulanacak hukuk* tek bir hukuktur: Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu. Böyle bir durumda, *lex arbitrii* için, *lex loci arbitri*'nin, seçilmiş bir *lex curiae* ile sulandırılmış biçimi benzetmesini yapabiliriz. Somut örneğimizde bu durum şöyle cereyan etmektedir: yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta tahkim yeri olarak Türkiye'nin kararlaştırılması ve taraflarca tahkime uygulanacak usul kuralları bakımından ICC Tahkim kurallarının seçilmiş olması durumunda; kural olarak mecburen uygulanması gereken *lex loci arbitrii* niteliğindeki MTK'nın emredici hükümleri saklı kalmak suretiyle, *lex curiae* sıfatıyla ICC Tahkim Tüzüğü uygulanacak ve böylelikle *lex arbitrii* her iki hukuk kaynağının birleşiminden oluşacaktır.

Türk Hukuku uyarınca *lex arbitrii*'den ne anlaşılacağını bu şekilde belirleseک dahi, her milli hukuk sistemi, tahkimi belirli bir hukuk düzenine bağlarken Türk Hukuku'ndaki gibi bir yöntem belirlemeyebilir ve hatta tahkimi tamamiyle bir hukuk

<sup>406</sup> ŞANLI, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 240

sisteminden soyut tutabilir. Örneğin, Fransa bu konuda ilginç bir uygulamaya sahiptir. Zira Fransız mahkemeleri değişik alanlardaki içtihatlarıyla tahkimi kademe kademe milli hukuk sistemlerinden bağımsızlaştırarak, sonunda tam anlamıyla “delokalizasyon” yani “tahkim yerinden ayırma/ bağlantısızlaştırma” yı tercih etmiştir. Şöyle ki, önce tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı ile başlayan bu bağlantısızlık hareketi, sonradan tahkim anlaşmasının geçerliliği ile esas sözleşmenin geçerliliğinin ayrı hukuklara tabi tutulabileceğine kadar gitmiş ve en sonunda tahkimin belirli bir hukuk düzenine bağlantılı olması gerekmediğine ilişkin “delokalizasyon teorisi”nin ortaya atılmasıyla daha da ileri boyutlara ulaşmıştır<sup>407</sup>. Dolayısıyla, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmesinin kaynağında var olan tahkim anlaşmasının ve tarafların iradelerinin bir hukuk sistemiyle sınırlandırılması gibi bir mesele Fransız Hukuku’nda bulunmamaktadır.

Gerçekten de, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin bir “yetki” meselesi olması sebebiyle, bu yetkinin kaynağındaki hukuki dayanağın ne olduğunu incelerken bu dayanağı belirli bir hukuk düzenine bağlama ihtiyacının hemen her ülke hukuk sisteminde geçerli olduğunu<sup>408</sup> söyleyebilirsek bile, Fransa örneği bu açıdan ezber bozan ve oldukça liberal bir yaklaşım ortaya koymuştur. *Delokalizasyon teorisinin* savunucularından **Mayer** konuyu gayet çarpıcı bir biçimde şöyle dile getirmiştir: “*Hakem heyetinin sanılanın aksine compétence-compétence yani kendi yetkisini kendisinin belirlemesi gibi bir yetkisi yoktur. Olsa olsa kendi yetkisi hakkında bir fikri (opinion sur la compétence) bulunabilir. Zira, hakemler kendi yetkileri hakkında gerçekten söz sahibi olsalardı, devlet yargısının yani mahkemelerin “iptal” veya “tenfiz” amaçlı incelemesinde bu hususun tartışılmaz ve değiştirilemez olması gerekirdi. Halbuki mahkemeler bu amaçlı denetimler yapabilmektedirler. Hal böyle iken, özellikle de yetki konusunda tahkimi belirli bir hukuk düzenine bağlamak bir zorunluluktan değil, pragmatik bir ihtiyattan kaynaklanmaktadır. Aslında, tahkimin hiçbir hukuk düzenine bağlı olması gerekmemesine rağmen, hakemlerin “mümkün mertebe tenfiz edilebilir karar vermeye özen gösterme yükümlülükleri”nin bulunması, hakem kararının etkinliği ve geçerliliği için, “tahkim yeri ülkesinin” veya “tenfiz ülkesinin” emredici kurallarının hakemlerce dikkate alınmasına sebep olmaktadır. Yoksa, tahkimin*

<sup>407</sup> Fransız Hukuku’ndaki bu gelişimler için bkz. **BESSON**, s. 83-86.

<sup>408</sup> MTK. md. 1/ II; İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun md. 176/ 1; Hollanda Usul Kanunu md. 1073/1; UNCITRAL Model Kanun md. 1/ 2; İsviçre Kantonlararası Tahkim Konkordatosu md. 1/1.



*belirli bir hukuk düzenine bağlanması zorunluluğu kesinlikle mevcut değildir. Hakemlerin yetkisiyle ilgili zorunlu uygulanması gereken ve hakemleri bağlayan tek hukuki dayanak taraf iradelerinin vücut bulduğu “tahkim anlaşmasıdır”<sup>409</sup>.*

Görüldüğü üzere, Fransa’da ortaya çıkan *delokalizasyon teorisi* tahkim konusunda oldukça farklı ve radikal bir yaklaşımı benimsemektedir. Buna mukabil, gerek Türk Hukuk sisteminde, gerekse diğer birçok ülke hukuk sisteminde tahkimin belirli bir hukuk düzenine bağlanması ihtiyacı tartışmasız kabul edilmekte ve bu husus söz konusu ülkelerin yasal düzenlemelerine olduğu kadar içtihatlarına da yansımaktadır<sup>410</sup>. Fransız örneğini bir kenara bırakacak olursak, tahkimin bağlanacağı hukuk sisteminin bütün bu ülke hukuklarında aynı bağlama noktasını işaret ettiği görülmektedir: *tahkim yeri hukuku*. Kanaatimizce, tahkim yeri hukukunun patronajı altında cereyan eden tahkim yargılaması, uluslararası ticaretin gereklilikleri ile uluslararası konvansiyonlarda yer alan hükümler dikkate alındığında ve bu yerin belirtilmesinin zorunlu olmasından ötürü belirlenmesi ve uygulanmasındaki kolaylık göz önünde tutulduğunda, tahkim yeri hukuku isabetli bir seçimdir. Bununla beraber, tahkim yeri hukukunun her halükârda tarafların iradesinin üzerinde olacağı veya tarafların iradelerini kısıtlayacağı düşünülmemelidir. Zira, tahkim yeri hukuku ile taraflarca belirlenen tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk çelişmeyebilir veya çelişse dahi, tahkim yeri hukuku, taraflarca öngörülen hukuka üstünlük tanıyabilir. Örneğin, bizzat tahkim yeri hukuku içerisinde, tarafların bu hukukun uygulanmaması yönündeki açık irade beyanlarına etki tanınmış olabilir veya bu hukukta hiçbir hüküm emredici bulunmayabilir.

*Lex arbitrii* bu şekilde belirlendikten sonra, bu hukukta hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmeleri konusunda taraf iradelerini kısıtlayıcı veya engelleyici hüküm bulunmasının ne anlama geleceğini belirlemek gerekecektir. Bu sorunun cevabı, tahkim yerinin, yukarıda örneğini verdiğimiz ihtimallerin hangisinin benimsendiği bir ülkede olduğuna göre değişecektir. Fransa’nın tahkim yeri olarak belirlendiği bir tahkim yargılaması açısından taraf iradelerine hiçbir kısıtlama veya engel bulunmazken; lokalizasyon teorisini benimseyen ülkelerde, örneğin Türkiye’de, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme konusundaki

<sup>409</sup> **MAYER** Pierre: “*L’Autonomie de L’Arbitre International Dans L’Appréciation de Sa Propre Compétence*”, RCADI, 1989, V, s. 327 vd (*Autonomie*). Ayrıca bkz. **MAYER** Pierre: “*Le Mythe de L’Ordre Juridique de Base*”, *Le Droit des Relations Economiques Internationales, Etudes Offertes à Berthold Goldman*, Paris, 1987, s. 199 vd., özellikle s. 214-216.

<sup>410</sup> Bkz. **BESSON**, s. 86-92.

yetkileri, bu ülke kanunlarında yer alan emredici kurallarla çeliştiği ölçüde kısıtlanacaktır.

### **b) Tenfiz Ülkesi Hukukuna İlişkin Sınırlamalar**

Uluslararası tahkim açısından yaygın olarak benimsenen ve yazılı olmasa dahi hakemler tarafından varlığı daima hissedilen kuralların başında, “*hakemlerin kararlarını oluştururken mümkün olduğunca tenfiz edilebilir bir karar vermeye çaba sarfetmeleri*” gelmektedir<sup>411</sup>. Hakem sözleşmesinde hakemlerin uyuşmazlığı çözerken sergileyecekleri özen yükümlülüğünün bir yansıması olan bu kural, ICC Tahkim Tüzüğü’nün 35. maddesinde “genel kural” başlığı altında somut bir hüküm olarak da yer almaktadır.

Hakemlerin tenfizi kabil karar vermeye özen gösterme yükümlülükleri, tenfiz ülkesinin emredici kurallarını da dikkate almalarını gerektirmektedir. Tahkim yeri ülkesinin hukuk sisteminin *lokalizasyon* veya *delokalizasyon* ilkesini benimseyen bir ülke olması bu açıdan hiçbir farklılık yaratmayacak, tam tersine Fransa gibi *delokalizasyon* teorisini benimsemiş bir ülkenin tahkim yeri olarak benimsendiği bir tahkimde, hakemlerin yetkilerini kısıtlayabilecek yegâne hukuk tenfiz ülkesi hukuku olacağından, hakemlerin bu hukuku dikkate almaya özen göstermeleri daha da önem taşıyacaktır<sup>412</sup>. Zira, *lokalize* tahkimi benimseyen ülkeler açısından hakemlerin yetkisi, tahkim yeri hukukuna göre kurulabiliyorsa, hakemler bu özene uygun hareket etmiş sayılabilecekken; diğer sistemde hakemlerin yetkilerini dayandırabilecekleri alternatif bir hukuk bulunmayacaktır.

Ancak hakemlerin yetkilerini belirlemekte olsun, başka hususlar için olsun, tenfiz ülkesinin hukukunu önceden bilebilmek çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Zira, tahkim davasının davacısının hakem kararını hangi ülkede tenfiz ettireceği, tahkim yargılaması sonuçlanmadan bilinebilecek bir şey değildir. Aynı şekilde, bu yer birden fazla da olabilmektedir.

Hal böyle iken, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisi de dahil olmak üzere, kendi yetkileri hakkında karar vermelerinin gerektiği böylesine erken bir dönemde, tenfiz ülkesinin emredici hukuk kurallarını da dikkate almalarını beklemek oldukça güçtür. Bununla birlikte, öyle bazı haller olabilir ki, hakemlerin tenfiz ülkesi hukukunun emredici kurallarına aykırı hareket etmesi tahkim

<sup>411</sup> **MAYER**, *Autonomie*, s. 366.

<sup>412</sup> **MAYER**, *Autonomie*, s. 366; **BESSION**, s. 93.

yargılaması açısından daha adil ve hakkaniyetli bir yaklaşım sayılır. Hakemlerce fayda-zarar değerlendirilmesi neticesinde varılabilecek bu gibi kanaatler çoğu kez tahkimin alternatif olduğu devlet yargısının daha baştan taraflı olacağına ilişkin güçlü bir inancın bulunması gibi hallerde ortaya çıkmaktadır<sup>413</sup>.

Bununla beraber bir hususu belirtmekte fayda görüyoruz. Hakem kararlarında tenfiz ülkesi hukukunun emredici hükümlerinin de dikkate alınması gerekliliği, aslında hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme konusundaki yetkilerinin belirlenmesinden ziyade, uyuşmazlığın esasını çözerken veya yargılama usulünü yürütürken nazara almaları gereken bir konudur. Çünkü geçici koruma tedbirlerinin tenfizi gibi bir durum, esas hakkındaki kararın tenfizi ile aynı öneme sahip olmayacaktır<sup>414</sup>. Zira, hakemlerce verilen geçici koruma tedbiri kararları, etkinliğini ve gücünü aslında tarafları bu tedbirlere zorla uymayı buyuracak devlet yargısından veya tedbir kararlarının tenfiz edilebiliyor olmasından değil; tahkimin bir başka sessiz kuralından, “*kimse hakemleri kızdırmak istemez*” kuralından almaktadır.

### 3) Hakemlerin Tedbir Yetkisinin Kaynağı Olarak Zımni Yetkilendirme ve Inherent Power Doktrini

Hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin temel dayanağının tahkim anlaşmasında somutlaşan taraf iradeleri olduğunu belirtmiştik. Tahkim anlaşmasında veya tahkim şartında taraflar hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmeleri konusunda herhangi bir irade beyanında bulunmamışlarsa, diğer bir ifadeyle tahkim anlaşmasında konuya ilişkin hiçbir hüküm yoksa bu takdirde hakemlerin geçici tedbirler konusunda yetkili sayılıp sayılmayacağı tartışmalı bir konudur.

Tahkim anlaşmasında konuya ilişkin hiçbir düzenleme bulunmaması halinde hakemlerin geçici tedbirlere hükmedip hükmedemeyeceklerine karar verebilmek için başvurulacak hukuki kaynak, “*tahkime uygulanacak hukuk*” yani “*lex arbitrii*”dir. Bu hukukta hakemlerin geçici tedbir kararı verip veremeyeceklerine ilişkin düzenleme bulunması pek olasıdır. Örneğin, MTK. md. 6/ 2, İsviçre MÖHK. md. 183/ 1, Hollanda Usul Kanunu md. 1051/1, İngiliz Arbitration Act 1996 md. 38/ 2, 39/ 4 gibi

<sup>413</sup> BESSON, s. 94.

<sup>414</sup> Geçici koruma tedbirlerinin “karar”, “ara karar” veya “geçici karar” niteliği ve tenfizi kabil hakem kararı olarak (*sentence arbitrale*) sayılıp sayılmayacağı, dolayısıyla New York Konvansiyonu uyarınca tenfizinin mümkün olup olmayacağı tenfiz ülkesi hukukuna ait bir meseledir (BESSON, s. 95). Geçici koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi konusuna daha ileride ayrı bir bölüm halinde ayrıntılı olarak değinilecektir.

kanunlar, bu konuya ilişkin olarak hakemlere yetki veren hükümlere sahiptir ve bu gibi kanunların tahkime uygulanacak hukuk olması durumunda, tahkim anlaşmasında hiçbir hüküm bulunmasa dahi hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilecekleri sonucuna ulaşmak gerekecektir. Buna mukabil, İtalyan Usul Kanunu (md. 818/ 1) veya İsviçre Kantonlararası Tahkim Konkordatosu (md. 26/ 1) gibi hakemlere böyle bir yetkiyi bahşetmeyen veya yasaklayan hukukların *lex arbitrii* olması durumunda, hakemlerin geçici tedbirlere hükmedebilme yetkisinin bulunmadığına karar vermek gerekecektir.

Hal böyle iken, asıl sorun, tahkim anlaşmasında hakemlerin geçici tedbirlere hükmedebilme yetkileri hakkında taraflarca hiçbir düzenleme yapılmamış olmasından ziyade, bu duruma ek olarak, tahkime uygulanacak hukukta da konuya ilişkin olumlu veya olumsuz hiçbir hükmün bulunmaması olacaktır.

Bu takdirde hakemlerce nasıl karar verileceği doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu bağlamda iki teori ortaya atılmıştır. Bunlardan ilki, bu hususta tarafların gerçek iradelerinin ne olabileceğini araştırmak suretiyle karara ulaşılmasını öngören *zımnî yetki teorisi*; ikincisi ise, hakemlerin böyle bir arayış içerisine girmesine gerek olmadığını, zira uyuşmazlığın esası hakkında karar verebilme yetkisiyle donatılmış olan hakemlerin evleviyetle gerekli gördükleri hallerde tedbir kararlarını da verebilme yetkilerinin bulunmasının işin doğası gereği olduğunu savunan *inherent power teorisidir*<sup>415</sup>.

*Zımnî yetki teorisi*, tarafların gerçek iradelerinin araştırılmasına ve hakemlerin geçici tedbirlere hükmedebilme konusunda yetkili olup olmayacağına, tahkim anlaşmasında yansımaları bulan taraf iradelerinin yorumlanması yoluyla karar verilmesine dayanmaktadır. Doktrinde ve tahkim uygulamasında taraf iradelerinin yorumunun neye göre yapılacağı hakkında tam bir uyumun varlığından bahsetmek mümkün değildir. Zira, klasik görüş<sup>416</sup> uyarınca, tahkim anlaşmasının, sözleşmeye uygulanacak hukuk tarafından yorumlanması gerekirken, daha liberal bir düşünce, tahkim anlaşması veya klotzlarının milli hukuk sistemlerinden bağımsız bir biçimde değerlendirilmesinin ve bu değerlendirmenin uluslararası hukukun genel ilkeleri ile

<sup>415</sup> RAU Alan Scott: "Provisional Relief in Arbitration: How Things Stand in the United States", JIA, 22 (1), 2005, s. 6-7.

<sup>416</sup> BATIFFOL Henri/ LAGARDE Paul: Droit International privé, Paris, 1983, Tome II, s. 330.

uluslararası ticari örf ve âdetler nazara alınarak yapılmasının daha isabetli olacağını savunmaktadır<sup>417</sup>.

Tahkim anlaşmasında yansımaları bulan taraf iradelerinin yorumlanmasında, hakemlere geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin tanınması yönünde tavır alan yazarların<sup>418</sup> çoğu, bu görüşlerini dayandıracak hukuki bir gerekçe ileri sürme zorunluluğu hissetmemektedirler. Oysa, konu bu kadar açık ve basit çözümlenebilir bir konu olsa, uluslararası kurum tüzüklerinde, ulusal kanunlarda ve uluslararası tahkim uygulamalarında bu denli farklılıklar ve tartışmalar bulunmazdı.

Kanaatimizce, *zımni yetki teorisi*, tahkim kurumunun varlık sebebi olan ve *conditio sine qua non* niteliğindeki “ tarafların irade beyanlarının varlığı” koşulu karşısında kolaylıkla savunulabilecek bir teori değildir. Bundan kasıt, geçici koruma tedbirleri konusunda, tahkim anlaşması veya *lex arbitrii*’de hiçbir hüküm bulunmaması halinde hakemlere bu yetkinin tanınmamasının daha doğru olacağı yönündeki tespit değil, böyle bir yetkinin hakemlere tanınması bakımından kaynağın, nafile bir çabayla “ taraf iradeleri”ne dayandırılmasındaki isabetsizliktir.

Bu hususa ilişkin olarak doktrinde yer alan bir başka teori de, “*inherent power*” teorisidir<sup>419</sup>. Bu teori, zımni yetki teorisinin aksine, tarafların iradesinin araştırılmasına değil, uyuşmazlığı çözmek üzere yetkilendirilmiş hakemlerin yetkisinin hukuki işlevine dayanmaktadır. Buna göre, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözmeye yetkisi olan hakemler, bu amaçla gerçekleştirecekleri yargılama faaliyetlerinde, tıpkı hakimler gibi, gerekli gördükleri tedbirleri alabilme yetkisiyle de donatılmıştır. Hakemlerin bu yetkisi yürüttükleri yargılama faaliyetinin içinde mündemiç bir yetki olup, bu faaliyetin gereği gibi yürütülebilmesi için de varlığı zorunlu olan bir yetkidir. Hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin yargılama yetkilerinin doğal bir uzantısı olduğunu ve ayrıca belirtilmese dahi, hakemlerin bu yetkiye sahip olmalarının işin tabiatı gereği olduğuna dayanan *inherent power teorisi common law* ülkeleri içerisinde doğmuş, fakat sınırlı bir biçimde uygulamaya yansımıştır<sup>420</sup>. İngiliz ve Amerikan

<sup>417</sup> **FOUCHARD** Philippe/ **GAILLARD** Emmanuelle/ **GOLDMAN** Berthold: *Traité de L’Arbitrage Commercial International*, Paris, 1996, s. 276. Bu yönde ICC kararları için bkz. CCI no: 1434, J.D.I. 1976, s. 978, 982; CCI no: 3380, J.D.I. 1981, s. 927, 929.

<sup>418</sup> Alman doktrininde baskın görüş olarak ifadesini bulan bu eğilimi destekleyen yazarlar arasında Fransız doktrininde Jean Robert, Yves Derains ve Dominique Hascher; Belçika doktrininde M. Huys ve G. Keutgen bulunmaktadır (ayrıntılı bilgi için bkz. **BESSON**, s. 99 ve s. 113 vd.).

<sup>419</sup> **DONOVAN**, s. 60-61; **BESSON**, s. 100-103; **RAU**, s. 7.

<sup>420</sup> **BESSON**, s. 101.

Hukuklarında örnekleri görülen bu teori esas olarak İnan-Amerikan uyuşmazlıkları olarak bilinen tahkim davalarında kullanılmıştır<sup>421</sup>.

Bu teori doktrinde bazı açılardan eleştirilmiştir. Eleştirilerin başında, teorinin dayandığı, hakemlerin yargılama faaliyetleri ile geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkilerinin işlevsel olarak birbirlerinden ayrılamayacakları önermesinin aslında doğru olmadığı iddiası gelmektedir. Bu eleştirinin sahibi **Besson**, bu fikrine dayanak olarak, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmesine imkân tanımayan veya bu yetkiyi sınırlayan hukuk sistemlerini örnek göstermektedir<sup>422</sup>. Kanaatimizce, bu çıkarım isabetli değildir. Zira bu, yazarın, ilk ortaya çıkışı Roma Hukuku'na dayanan tahkim kurumunu, bu bağlamda yürütülen tahkim yargılamasını ve tarihi süreç içerisinde hakemlere atfedilen yetkilerin genişleyerek günümüze gelmesine sebep olan olguları tamamiyle göz ardı etmesi; dolayısıyla tahkim kurumunun tarihi, hukuki ve felsefi temellerini hiçe sayıp, ülkelerin her an değişiklik gösterebilecek hukuk politikalarıyla şekillenen pozitif normları temelinde yargıya ulaşması anlamına gelir. Böyle bir yaklaşımın hukuk gibi yaşayan ve toplumun ihtiyaçlarına göre şekil alan bir bilim dalı açısından kısır ve sığ kalacağı düşüncesindeyiz.

*Inherent power* teorisine **Besson** tarafından getirilen bir diğer eleştiri de, tarafların sahip olduğu “hakemlere geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisini tanımama” yönündeki irade özgürlüğüne dayanmaktadır. Yazar, yargılama faaliyeti için olmazsa olmaz sayılabilecek ve yargılama yetkisinin ayrılmaz bir parçası niteliğindeki bir yetkinin, taraf iradeleriyle dahi olsa bertaraf edilebilmesinin mümkün olmaması gerektiğini, şayet bu mümkünse, söz konusu yetkinin de aslında “*inherent power*” olamayacağını savunmaktadır<sup>423</sup>.

Kanaatimizce bu eleştiri daha savunulabilir bir temele dayanmaktadır. Zira, tahkim herşeyden evvel tarafların iradesine dayanan sözleşmesel bir nitelik taşır. Dolayısıyla, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetmeleri veya bu yetkiden mahrum bırakılmaları tarafların pekâla irade serbestisi dahilinde kararlaştırabilecekleri bir meseledir. Nitekim doktrinde **Knoepfler/ Schweiser** tarafından *inherent power* teorisine ile tarafların irade serbestisi şu şekilde bağdaştırılmıştır: “*taraflar, aralarındaki tahkim anlaşmasıyla kendi iradeleri ile*

<sup>421</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **BESSON**, s. 101; **VICUNA** Francisco Orrego: “*The Binding Nature of Procedural Orders in International Arbitration*”, ICC Bulletin Vol. 10, No: 1, Spring 1999, s. 42-43.

<sup>422</sup> **BESSON**, s. 102.

<sup>423</sup> **BESSON**, s. 102.

*uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde hakemleri yetkilendirmekle, hakemlerin yargılamada bulunurken gerekli gördükleri tedbirlere de hükmetmelerine rıza göstermiş olmaktadır. Nasıl ki, taraflar, hakemlerce çözümlenmesini istedikleri konu veya konuları tahkim anlaşmasında belirleyebilirse, aynı şekilde, hakemlerin geçici tedbir kararı alabilme yetkisine de sınırlama getirme veya kaldırabilme imkânına da sahiptirler. Tarafların iradelerinin somutlaştığı tahkim anlaşmasında böyle bir yetki kısıtlaması bulunmadığı takdirde, hakemlerin geçici tedbir kararı verebilmelerinin önünde hiçbir hukuki kural veya prensip bulunmayacaktır*<sup>424</sup>. Bununla birlikte, şu detayı da gözden kaçırmamak gerekir: herşeyden evvel, taraflara bu yönde irade özgürlüğü tanıyan veya bu serbestiye geçerlilik tanıyan da yine bir hukuk sistemidir ve yukarıda açıklandığı üzere, hukuk kuralları, farklılaşan toplum ihtiyaçlarına veya devletlerin hukuk politikalarına göre değişip, gelişebilmektedir. Bugün için taraflara “*hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisi yoktur*” deme hakkı tanıyan belirli bir hukuk sistemi veya uluslararası bir konvansiyon ya da kurum tüzüğünün, değişen koşul ve zamanlarda, “*taraflar, hakemlerin tahkim yargılaması esnasında geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkilerini bertaraf edici anlaşma yapamazlar*” demesi pekâla mümkündür. Dolayısıyla bu eleştiri de, hukukun dinamizmi karşısında her zaman geçerliliğini koruyabilecek bir gerekçe niteliğinde değildir.

## **B) Çeşitli Ülke Hukuk Sistemlerinde Hakemlerin Geçici Hukuki Koruma Tedbiri Verebilme Yetkisinin Düzenleniş Biçimi**

Tahkime konu olan uyuşmazlıklarda, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilecekleri yakın zamana dek kabul edilmeyen bir olgu idi. Gerçekten de, oldukça uzun bir süre, geçici koruma tedbirlerine sadece mahkemelerin hükmedebilmesine imkan tanınmıştı. Bu durum, özellikle uluslararası ticaretin artmasıyla önem kazanan uluslararası tahkimin gittikçe tercih edilen bir uyuşmazlık çözme yöntemi haline gelmesiyle aşılmaya ve hakemlere, hakimlerle özdeş yetkiler tanınmaya başlanmıştır. Buna rağmen, halen dahi geçici koruma tedbirleri açısından hakemlerin yetkisini kabul etmeyen milli hukuk sistemleri mevcuttur. Bununla beraber, gerek uluslararası tahkim uygulaması, gerek uluslararası tahkim kurumlarının tüzükleri ve gerekse ulusal hukuk sistemleri hakemlere geçici koruma

<sup>424</sup> **KNOEPFLER/ SCHWEIZER**, *Measures Provisoires*, s. 229.

tedbirlerine hükmedebilme yetkisini tanıma ve bu yetkinin sınırlarını kademe kademe genişletme yönünde gelişim göstermektedir.

### 1) Yetkiyi Reddeden Ülkeler

Tahkime konu olan uyuşmazlıklarda geçici ve koruyucu tedbir kararlarına hükmedebilme yetkisini sadece mahkemelere özgüleyip, hakemlere tanımamak ya da en iyi ihtimalle bu yetkiyi oldukça sınırlı tutmak, yakın zamana dek çoğu ülke hukuk sisteminin benimsediği yaklaşım olmuştur. Bu yaklaşımın ardındaki sebepler arasında, hiç kuşkusuz, geçici koruma tedbirlerinin usul hukukuna ait bir mesele olarak görülmesi ve bu nedenle, bu tür tedbirlere hükmetme yetkisinin, uyuşmazlığın sadece esası için yetkilendirilmiş olan hakemlerin yetki alanının dışındaki bir mesele olarak görülmesi bulunmaktadır. Ancak daha da önemli bir sebep, tedbirlere uyulmasını sağlamak açısından gerekli olan kamu otoritesinin sadece devlet yargısında, yani mahkemelerde bulunduğuna inanılmasıdır<sup>425</sup>. Tarihsel kavramla ifade etmek gerekirse “*imperium*” gerektiren bu tür yetkiler, uzun zaman boyunca devlet yargısının hakemlerle paylaşmaktan imtina ettiği münhasır bir egemenlik yetkisi olarak algılanmıştır. Bunun yanı sıra, *ex parte* tedbir talepleri, hakem heyetinin teşekkül etmesinden evvelki bir zamanda tedbir alınması gerekliliği veya cebri icra gerektiren nitelikteki tedbirlerin çoğu hukuk sisteminde hakemlerin yetkisi dışında tutulması gibi bazı hukuki sorunlar da, bu yetkinin hakemlere verilmemesinin sebeplerini oluşturmaktadır<sup>426</sup>.

Her ne kadar bugün birçok modern hukuk sisteminde bu yaklaşım terkedilmiş olsa dahi, halen hakemlerin geçici tedbirlere hükmedebilmesine imkân tanımayan ülkeler bulunmaktadır. Örneğin, İtalyan Medeni Usul Kanunu’nun 818. maddesi hakemlerin geçici ve koruyucu tedbir kararlarına hükmedemeyeceklerini açıkça ifade etmiştir. Benzer bir hüküm Arjantin Medeni Usul Kanunu’nun 753. maddesinde yer almaktadır. Aynı şekilde İsviçre Kantonlararası Tahkim Kanunu’nun 26. maddesi ile 1999 yılındaki değişiklikten önce yürürlükte bulunan Yunan Medeni Usul Kanunu’nun 889. maddesi de hakemlerde geçici tedbir yetkisinin bulunmadığını düzenleyen ulusal hukuklardandır<sup>427</sup>.

<sup>425</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 588.

<sup>426</sup> LEW, *Analyse*, s. 25; LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 588.

<sup>427</sup> LEW, *Analyse*, s. 25; LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 588-589; STALEV, s. 105-106.



Bu noktada Türk Hukuku yasakçı ulusal hukuk düzeninden modern hukuk sistemine geçiş yönünde bir yola girmiştir. Zira, halen yürürlükte bulunan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu içerisinde konuya ilişkin hiçbir hüküm bulunmaması sebebiyle doktrinde oybirliğiyle kabul edilen hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisinin bulunmamasına ilişkin yaklaşımın, henüz yasalaşmamış olan HUMK Tasarısı'nda terkedilmiş olduğu görülmektedir. Tasarı'nın yerel tahkimi düzenleyen kısmında yer alan “*ihtiyati tedbir ve delil tespiti*” başlıklı 418. maddesi “*Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilir*” hükmünü getirmek suretiyle, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndan sonra hakemlere iç hukuk tahkimi açısından da ihtiyati tedbir ve delil tespiti kararı verme yetkisini kabul eden bir düzenlemeyi benimsemiştir.

## 2) Yetkiyi Kabul Eden Ülkeler

Uluslararası tahkimin uluslararası ticari uyuşmazlıklar açısından gün geçtikçe tercih edilen yargılama yöntemi haline gelmesi, milli hukuk sistemlerinin hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkileri konusundaki yasaklayıcı tavrı terketmelerine sebep olmuştur. Bugün için modern hukuk sistemlerinin hemen hepsi hakemlerin tedbire hükmedebileceğini kabul etmiş, en azından taraflara bu yetkiyi istedikleri takdirde hakemlere verebilme yetkisi tanımıştır.

Hakemlere geçici koruma tedbiri verebilme yetkisini tanımının aslında çok önemli bazı faydaları bulunmaktadır. Şöyle ki; herşeyden evvel, hakemler, uyuşmazlığın esasına vakıf olmalarından ötürü, özellikle hakem mahkemesi kurulduktan ve yargılamaya başlandıktan sonra talep edilen geçici koruma tedbirlerinin yerindeliliğini mahkemelere nazaran daha iyi takdir edebilecek, somut olaya en uygun tedbire karar verebilecek pozisyondukları<sup>428</sup>. Bunun yanı sıra, geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme şartlarından bilhassa uyuşmazlığın esası ile yakından bağlantılı olan “tedbir talep eden tarafın uyuşmazlığın esası hakkında *prima facie* haklı olması ihtimali” yine hakem heyetince daha kolay değerlendirilebilecek bir şarttır<sup>429</sup>. Keza, hakemler, geçici tedbirlere hükmedebilmek için varlığı aranan diğer koşulları da, talep edilen söz konusu geçici tedbirin uyuşmazlık ve dava açısından yaratacağı etki ve faydayı da mahkemelere nazaran

<sup>428</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 589.

<sup>429</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 589.

daha isabetle takdir edecek konumdadırlar. Ayrıca, hakemlerin taraflarla iletişim halinde olmaları ve onların davadaki tavır ve yaklaşımlarını gözlemleyebiliyor olmaları, geçici koruma tedbirinin taktiksel, hileli veya sırf saldırı amacıyla mı, yoksa sahiden meşru bir menfaatin himayesi için mi yapılmış olduğunu tespit etmekte onlara avantaj sağlamaktadır<sup>430</sup>.

Yukarıda ifade edilen sebeplerden ötürü bugün pek çok ülke hukukunda kabul edilen hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisi her sistemde aynı kapsamda ve aynı şartlar dahilinde görülmemiş ve dolayısıyla bu konuda da milli hukuk sistemleri arasında farklılaşmalar ortaya çıkmıştır<sup>431</sup>. Evvelce belirttiğimiz gibi, konunun bir açıdan “egemenlik yetkisi” ile bağlantılı olması ve bu yetkinin devlet adına mahkemelerce kullanılmasına ilişkin geleneksel düşünce devletlerin hukuk politikalarına ve tahkime bakış açısına da yansımıştır<sup>432</sup>.

Elbette ki dünyada var olan bütün devletlerin hukuk düzenlerini incelemek bu çalışmanın kapsamı ve amacı değildir<sup>433</sup>. Bununla birlikte bu milli hukuk sistemlerinin hakemlere tanıdığı tedbir yetkisinin varyasyonlarıyla birlikte üç ana kategori altında toplanması mümkündür.

Bu kategorilerin ilkinin, aksi taraflarca öngörülmedikçe, hakemlerin her türlü geçici koruma tedbirine hükmedebilmesini çok genel bir biçimde tanıyan hukuk sistemleri oluşturmaktadır. Bu kategorideki ülke hukuklarının ortak özelliği, belirli bazı geçici koruma tedbirlerini ismen zikretmeksizin, hakemlere uygun gördükleri ve somut olayın şartlarının gerektirdiği her nevi geçici tedbire hükmedebilme yetkisini tanımasıdır.

2006 yılındaki değişiklik öncesinde UNCITRAL Model Kanunu’nun 17. maddesi bu yaklaşımı benimseyen ülkelere örnek niteliğinde bir hüküm içermektedir. Şu an yürürlükte olmayan bu hükümde, “*taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, hakem mahkemesi, taraflardan birinin talebi üzerine,*

<sup>430</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 589.

<sup>431</sup> ÖZEL, s. 112-115.

<sup>432</sup> Ülkelerin ve hukuk sistemlerinin tahkim kültürleri ve tahkime bakış açıları için bkz. FROMMEL Stefan N./ RIDER Barry A.K.: *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration Old Issues and New Trends*, 1999, Kluwer Law International, s. 1 vd. Örneğin, Latin Amerika’da tahkim kültürünün ICC kararları ışığında değerlendirilmesi için bkz. NAON Horacio A. Grigera: “*Latin American Arbitration Culture and The ICC Arbitration System*”, *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration Old Issues and New Trends*, 1999, Kluwer Law International, Editors: Stefan N. FROMMEL/ Barry A.K. RIDER, s. 117 vd.

<sup>433</sup> Bütün ülke hukuk sistemleri açısından ayrıntılı bilgi için bkz. BÖSCH Alex: “*Provisional Remedies in International Commercial Arbitration*”, *A Practitioner Handbook*, Berlin/ New York, 1994.

*uyuşmazlık konusuyla ilgili gerekli gördüğü her türlü koruma tedbirine hükmedebilir*” denilmektedir. Model Kanun’u temel alan birçok ülkenin hukuku buna benzer bir hüküm kabul etmiştir<sup>434</sup>. Örneğin, İsviçre MÖHK. md. 183/ 1 “*tarafarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, hakem mahkemesi, taraflardan birinin talebi üzerine, geçici ve koruyucu tedbirlere hükmedebilir*” demek suretiyle, Model Kanun içerisinde yer alan, tedbirin “*uyuşmazlık konusuyla ilgili*” olma şartı olmadan hakemlere bu konuda geniş bir yetki tanımıştır.

Kanada Tahkim Kanunu<sup>435</sup> md. 17, Alman Medeni Usul Kanunu<sup>436</sup> md. 1041, Mısır Tahkim Kanunu<sup>437</sup> md. 24, Yunan Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu<sup>438</sup> md. 17, benzer biçimde hakemlere geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme konusunda geniş yetki tanıyan milli düzenlemeler arasında yer alır.

İkinci kategori olarak nitelendirebileceğimiz milli hukuk sistemlerinde, hakemlerin verebileceği belirli bazı geçici koruma tedbirlerinin ismen sayıldığı, bu tedbirler dışındaki talepler için tarafların buna ayrıca rıza göstermelerinin arandığı görülmektedir. 1996 Tarihli İngiliz Tahkim Kanunu bu kategoride bir hukuki düzenlemeye sahiptir. İngiliz Hukuku, geçici koruma tedbirleri açısından Türk Hukuku’nun da içinde bulunduğu Kara Avrupası hukuk sistemlerinden oldukça farklı ve çarpıcı bir hukuki düzenlemeye sahip olmasından ötürü yakından incelenmesi gereken bir hukuktur. Özellikle *common law* dışındaki hukuk sistemleri için anlaşılması zor bir yasal düzenleme örneği olan *Arbitration Act 1996*, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisini, uygulama alanları birbirinden farklı olan iki ayrı bölümde ele almıştır<sup>439</sup>. 38. maddede, aksi taraflarca

<sup>434</sup> **SEMPLÉ** Walter G.: “*The UNCITRAL Model Law and Provisional Measures in International Commercial Arbitration*”, The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, 1994, Vol. 3, s. 269-289.

<sup>435</sup> **BACHAND** Frédéric/ **NYER** Damien: “*Coming in From the Cold-20 Years of UNCITRAL Model Law in Canada*”, International Commercial Arbitration, A Comparative Survey, ICOC Publication No: 2007/ 45, s. 26-27 vd.

<sup>436</sup> **WIESEN** Guido Maria/ **BARTELS** Anne Katrin: “*Arbitration in Germany*”, International Commercial Arbitration, A Comparative Survey, ICOC Publication No: 2007/ 45, s. 324-325.

<sup>437</sup> 1994 yılında yürürlüğe giren Mısır Tahkim Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ABOUL-ENEIN** Mohammed: “*Legal Rules Governing International Arbitration in Egypte*”, International Commercial Arbitration, A Comparative Survey, ICOC Publication No: 2007/ 45, s. 3 vd ve özellikle s. 12.

<sup>438</sup> **PROKOPIS** Dimitriadis G.: “*Legal Framework of International Commercial Arbitration in Greece*”, International Commercial Arbitration, A Comparative Survey, ICOC Publication No: 2007/ 45, s. 272 vd.

<sup>439</sup> **JOHNSON** Adam: “*Interim Measures of Protection Under The Arbitration Act 1996*”, International Arbitration Law Review, Issue 1, 1997, s. 10. **SUTTON/ GILL**, s. 235-236; **MUSTILL/BOYD**, s. 311-316.

öngörülmediği takdirde hakemlerin karar verebileceği ve yargılamanın yürütülmesiyle ilgili geçici koruma tedbirleri düzenlenmiştir.

Bu madde uyarınca, aksi taraflarca öngörülmedikçe, hakem mahkemesi *security for costs*' a hükmedebilir; uyuşmazlık konusunu oluşturan mallara ilişkin emir ve talimatlar verebilir; yargılama esnasında taraflardan birine ait veya onun zilyedliğindeki şeylerin korunmasına, hakem heyeti, bilirkişi veya diğer tarafa sunulmasına, fotoğrafının çekilmesine; delillerin korunmasına ilişkin emir şeklinde kararlara hükmedebilir<sup>440</sup>.

Hakemlerin geçici tedbirlere hükmetmesini düzenleyen bir diğer madde olan 39. madde ise, genel anlamda tarafların, hakem heyetinin nihai kararda öngörülebilecek türdeki geçici tedbir kararlarına hükmedebileceklerinin kararlaştırabileceğini düzenlemektedir (md. 39/1). Bu madde uyarınca, hakemler, belli bir miktar paranın veya tahkim yargılamasına ilişkin giderlerin önceden karşı tarafa ödenmesini veya dava konusu şeyin karşı tarafa devrini emreden geçici koruma tedbirlerine hükmedebilirler [md. 39/ 2 (a) ve (b)]. Bununla birlikte, maddenin son fıkrasında, tarafların bu maddedeki geçici tedbirlere hükmedebilmeleri için buna ilişkin olarak açıkça hakem heyetini yetkili kılmış olmaları şartı aranmıştır (md. 39/ 4).

İngiliz Tahkim Kanunu çerçevesinde hakemlerin daha önce incelediğimiz *Mareva Injunction* veya *Anton Piller Order* türü “*interim injunction / geçici emir*” niteliğinde emir verme yetkilerinin bulunup bulunmadığı doktrinde tartışma konusudur. Bir görüşe göre, *English Arbitration Act 1996* içerisinde bu konuda hiçbir hüküm bulunmaması, hakemlerin bu tür tedbirlere hükmedemeyecekleri yönünde yorumlanmalıdır<sup>441</sup>. Buna karşılık bir başka görüş, aynı düzenleme eksikliğinin, tarafların istedikleri takdirde hakemlere *interim injunction* türü emir verme yetkisi tanıyabilecekleri şeklinde yorumlanmasının daha isabetli olacağını, zira bu konuda kanunen hiçbir yasaklama bulunmadığını ileri sürmektedir<sup>442</sup>.

İngiliz Hukuku'nda hakemlerin *injunction* türü tedbirlere hükmedip hükmedemeyecekleri bakımından asıl mesele, bu yetkiyi haiz olsalar dahi; tarafların

<sup>440</sup> SUTTON/ GILL, s. 187; MUSTILL/ BOYD, s. 312-313.

<sup>441</sup> MERKIN Robert: Arbitration Act 1996, An Annotated Guide, London, 1996, s. 64-65 ve 71. DAC Report olarak bilinen *Departmental Advisory Committee on Arbitration Law* raporu uyarınca *freezing order* yani *mareva injunction* ve *search order* yani *anton piller order* türü “*draconian powers*” yani çok sert ve zalimane tedbirlerin münhasıran mahkemelere ait olması gerektiği belirtilmektedir.

<sup>442</sup> BESSON, s. 108-109.

bu tür emirlere rızaen uymamaları halinde, hakemlerin mahkemelerin sahip olduğu cezai yaptırım uygulama imkânından, yani hapis cezası da dahil olmak üzere *contempt of court*'un sonuçlarına hükmedebilme yetkisinden yoksun olmalarıdır. Bu nedenle, tarafların, hakemlerin yetkileri bulursa dahi, *injunction* türü tedbirler için mahkemelere başvurmalarının daha etkin bir çözüm olacağı düşünülmektedir<sup>443</sup>.

Üçüncü tip ülke hukuk sistemleri ise, tahkim kurumuna karşı herhangi bir önyargı taşımamakla birlikte meseleye daha dar bir çerçeveden bakan Fransa, Belçika ve Amerika gibi ülke hukuk sistemleridir. Bu ülkelerin tahkime ilişkin kanunlarında kural olarak hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisinin bulunduğu zikredilmemiş, hakemlere böyle bir yetkiyi bahşetmek isteyen tarafların, bu yöndeki rızalarını tahkim anlaşmasında açıkça belirtmeleri mecburi kılınmıştır<sup>444</sup>.

Bu hukuk sistemlerinin dışında kalan ilginç bir düzenlemeye Hollanda Hukuku'nda rastlamaktayız. Gerçekten, Hollanda Medeni Usul Kanunu'nun 1051/ 1. maddesi uyarınca, hakemlerin “*référé*”ye karar verebilmeleri için taraflar arasında bu hususa ilişkin özel bir anlaşmanın bulunması aranmaktadır. Zira Hollanda Hukuku uyarınca “*ordonnance de référé*” niteliğindeki bu tür kararlar tenfizi mümkün olan nihai hakem kararları (*sentence arbitrale*) hükmünde görülmektedir. Bununla beraber, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında bu yönde açık hüküm bulunmaması ihtimalinde ise, hakemler yine de geçici koruma tedbirlerine hükmedebilecekler; ancak hükmettikleri bu tedbir kararları, *ordonnance de référé* mertebesinde olmayacak ve alelâde geçici tedbir (*sentence préjudicielle/ interim award*) kararı olmaları sebebiyle cebri icra olanağından yoksun olacaktır<sup>445</sup>.

Daha önceden de belirttiğimiz üzere, uluslararası tahkim söz konusu olduğunda hakemlerin geçici koruma tedbiri kararları verebilecekleri MTK. md. 6 hükmünde düzenlenmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kenar başlığına bakıldığında, konuyu düzenleyen 6. madde hükmünde “geçici hukuki koruma tedbirleri” şeklinde genel bir ifadeye rastlanmadığı, bunun yerine “ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz” biçiminde bir ifadeye yer verildiği görülmektedir. İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kavramlarına ayrı ayrı ve özel olarak yer verilmesi, Kanunu diğer kanunlardan ayıran önemli bir

<sup>443</sup> BESSON, s. 109.

<sup>444</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 591; BESSON, s. 104.

<sup>445</sup> BESSON, s. 110.

özelliğidir. Zira Türk Kanun Koyucusu, bu tür bir düzenleme ile, hakemlere de ihtiyati haciz kararı verebilme yetkisi tanımak suretiyle, hakemlerce hükmedilecek geçici hukuki koruma tedbirleri ile yalnızca çekişme konusu şeyi değil, esasa ilişkin nihai hakem kararlarının icrasını da güvence altına almış bulunmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası "*aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilir*" hükmünü içermektedir. Görüldüğü gibi, Kanunumuz hakemlere ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilme yetkisi tanımıştır. Geçici koruma tedbiri alanında Türk Hukuku'nda ilk kez hakemlere tanınmış olan bu yetki, kanun metninin ifadesinden de anlaşılacağı üzere emredici bir hükümle düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, tarafların kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile hakemlerin ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilme yetkilerinin bulunmayacağını kararlaştırmaları mümkündür.

Hakemlerin ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilmeleri için herşeyden evvel tarafların bu yönde bir talepte bulunmaları gerekmektedir. Zira, hakemlerin kendiliğinden ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilmeleri mümkün değildir.

Geçici koruma tedbirlerinin genel işlev ve özelliklerine paralel olarak, ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verilmesi henüz yargılama sonlanmadan ve hatta kimi zaman dava bile açılmadan taraflardan biri lehine geçici de olsa bir koruma temin ettiği için, bu tür tedbirlere karar verirken taraflar arasındaki hassas menfaat dengesini ölçülü bir biçimde gözetmek gerekir. Bu bağlamda, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz isteyen tarafın bu talebi haklı görüldüğü takdirde, karşı tarafın bu geçici tedbirden uğraması muhtemel zararlarının güvence altına alınması gerekmektedir. İşte bu ihtimali düzenlemek için Milletlerarası Tahkim Kanunu 6. maddesinin 2. fıkrasında "*hakem veya hakem kurulu, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı vermeyi uygun bir güvence verilmesine bağlı kılabilir*" hükmü getirilmiştir.

## C) Tahkime İlişkin Kurallar İçeren Başlıca Uluslararası Düzenlemelerde Geçici Hukuki Koruma Tedbiri Verebilme Yetkisinin Düzenleniş Biçimi

### 1) UNCITRAL Model Kanunu

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanan 21 Haziran 1985 Tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Model Kanun'un<sup>446</sup> bazı maddeleri üzerinde, zaman içerisinde uluslararası ticaretin gelişmesi ve buna paralel olarak uluslararası tahkimin önem kazanması üzerine bir dizi çalışma yapılarak, ihtiyaç ve beklentilere uygun değişiklikler yapmıştır. 7 Temmuz 2006 tarihli bu değişikliğin en önemli kısmı geçici ve koruyucu tedbir kararlarına ilişkin madde hakkında olmuştur.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu da dahil olmak üzere, birçok modern ülkenin tahkime ilişkin kanunlarına örnek teşkil etmiş ve bu konudaki ilk başvuru kaynaklarından biri olan UNCITRAL Model Kanunu'nda çok yakın bir zamanda yapılan bu köklü değişikliğin ayrıntılarıyla incelenmesi, tahkim ve geçici koruma tedbirleri arasındaki ilişkinin hangi yönde ilerlediğini anlayabilmemiz açısından çok önemlidir. Zira Model Kanun geçmişte ve günümüzde birçok ülke hukukuna yön verdiği gibi, bundan sonra da verecektir.

Değişiklikten önceki düzenleme tek bir maddeyi kapsayan ve son derece genel bir biçimde hakemlerin geçici tedbirlere ilişkin yetkilerini belirleyen bir düzenleme şeklindeydi. Model Kanun'un 17. maddesinde yer alan bu hükümde, *“Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, hakem mahkemesi, taraflardan birinin talebi üzerine, uyuşmazlık konusuyla ilgili gerekli gördüğü her türlü koruma tedbirine hükmedebilir. Hakem mahkemesi söz konusu tedbire ilişkin taraflardan herhangi birinden teminat sağlamasını isteyebilir”* denilmekteydi.

Değişiklik sonrasında, evvelce tek paragraf halindeki bu düzenleme yerini 5 kısma ayrılmış ve yerini toplam 10 maddeden oluşan içeriği oldukça geniş ve uluslararası tahkim uygulamasından ortaya çıkan ihtiyaçlara cevap verebilecek düzeyde bir düzenlemeye bırakmıştır. Model Kanun'un yine 17. maddesinde yer alan geçici koruma tedbirleri, sonrasında (A) bendinden (I) bendine kadar devam eden bir şekilde numaralandırılmıştır.

<sup>446</sup> WEGEN/ ESİN/ SHORE, s. 427 vd.; [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf).

Model Kanun'un ilk kısmı "geçici tedbirler" başlığını taşımakta ve 17 ile 17 A maddelerinden oluşmaktadır. 17. madde, tarafların aksini kararlaştırmadıkları müddetçe hakem mahkemesinin geçici tedbirlere hükmetme yetkisinin bulunduğunu belirtmektedir. Tedbirin "geçici" olma niteliğinin üzerinde durulduğu maddede, genel olarak dört geçici tedbir çeşidine yer verilmiştir. Bunlar arasında taraflar arasındaki statükoyu korumaya veya yeniden oluşturmaya yönelik tedbirler, uyuşmazlığın çözümlenmesine katkıda bulunacak delillerin korunmasına ilişkin tedbirler ve tahkim yargılamasına zarar verebilecek hareketlerden kaçınmayı sağlamaya veya tam tersine zararı önleyecek hareketi yapmaya yönelik tedbirler gibi tedbirler bulunmaktadır.

17 A maddesi ise daha önceki düzenlemede olmayan ve çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere, genel olarak tahkime ilişkin hiçbir ulusal mevzuatta bulunmayan tartışmalı bir konuyu, "geçici tedbirlere hükmedebilme şartlarını" ele almaktadır. Buna göre, delillerin korunmasına ilişkin tedbirler dışındaki tedbirleri talep eden taraf, hakem mahkemesini belirli konularda ikna etmelidir. Bunlardan ilki, tedbir kararı verilmediği takdirde oluşacak olan zararın, sonradan verilecek tazminat ile dahi giderilemeyecek olması ve bu zararın, tedbirin yöneldiği kişinin bu tedbir sebebiyle uğrayabileceği zarardan maddi olarak daha yüksek bir zarar olması şartıdır. Görüldüğü üzere ilk şart, zarar ve oranlılık ilkesine işaret etmektedir. İkinci şart ise tedbir talep eden tarafın uyuşmazlığın esası hakkında haklı çıkma ihtimalinin makul sayılması şartıdır ki, bizzat madde içerisinde bu hususun hakem mahkemesinin tarafsızlığını etkilememesi gerektiği vurgulanmaktadır. Delillerin korunmasına yönelik geçici tedbirlerde ise bu şartların sadece hakem mahkemesinin uygun gördüğü kapsamda uygulanacağı kabul edilmiştir.

"Geçici Emirler" başlıklı ikinci kısım ise iki maddeden oluşmaktadır. 17 B maddesi, geçici emirlerin uygulanışı ve verilebilme şartlarını içermektedir. Buna göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, bir taraf, diğer tarafa önceden bildirmeksizin, söz konusu tedbirin amacının engellenmemesine ilişkin geçici emir içeren bir geçici tedbir kararı talep edebilir. Bu emirlerin verilebilme şartları da, geçici tedbirlerinkiyle aynıdır. 17 C maddesi ise, geçici emirlerin hukuki rejimini düzenlemektedir. Karşı tarafın itiraz hakkını kullanması gibi prosedürlere ilişkin yöntemin belirtildiği bu hüküm uyarınca, geçici emirler verildiği tarihten itibaren 20 gün içinde yürürlükten kalkmakta ve bu emirler taraflar açısından bağlayıcı nitelik



taşımaktadır. Bununla beraber, Model Kanun bu emirlerin “*karar/ award*” niteliği taşımadığını ve dolayısıyla mahkemelerce icra edilemeyeceğini vurgulamaktadır.

Dört maddeden oluşan üçüncü kısım ise, hem geçici tedbirlere hem de geçici emirlere uygulanacak ortak hükümleri düzenlemektedir. Uygulamada büyük tartışmalara neden olan konuların başında gelen, tedbir kararlarının hangi makam tarafından değiştirilip ortadan kaldırılabileceği meselesi Model Kanun’un 17 D maddesinde açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, hakem mahkemesi, taraflardan birinin talebi üzerine veya çok istisnai durumlarda kendi takdir yetkisini kullanarak, vermiş olduğu geçici tedbir veya geçici emirlere ilişkin kararlarını değiştirme, askıya alma veya sona erdirmeye yetkisine sahiptir. Hakem mahkemesinin, gerekli görmesi halinde tedbir isteyen taraftan uygun bir teminat göstermesini talep edebileceğinin belirtildiği 17 E maddesinin ikinci fıkrasında geçici emirler için farklı bir düzenleme getirilmiş ve hakem mahkemesi tarafından gereksiz veya uygunsuz olacağına kanaat getirilmediği müddetçe, geçici emir talep eden taraftan buna ilişkin teminat istenmesinin kural olarak zorunlu olduğu belirtilmiştir. 17 F maddesinde tarafların açıklama yapma yükümlülüklerinden bahsedilirken, haksız yere verilmiş olan geçici tedbir veya emirler yüzünden karşı tarafın uğradığı zararın tazmini meselesi ise 17 G hükmünde düzenlenmiştir.

Model Kanun’un dördüncü kısmı “*geçici tedbirlerin tanınması ve tenfizi*” başlığını taşımakta olup iki maddeden oluşmaktadır. 17 H maddesinin ilk fıkrası uyarınca hakem mahkemesi tarafından verilen bir geçici tedbir bağlayıcıdır ve tanınabilir; aksi hakem mahkemesi tarafından öngörülmedikçe, verildiği ülkeye bakılmaksızın, yetkili mahkemeye yapılacak başvuru üzerine, bu Kanun’un 17 I maddesi uyarınca tenfiz de edilebilir. Geçici tedbir kararının tanınması veya tenfizini isteyen taraf, bu tedbirlere ilişkin her türlü değişiklik, askıya alınma veya sona erme kararından mahkemeyi derhal haberdar etmek zorundadır (md. 17 H/ 2). Tedbir kararının tanınması veya tenfizi için başvurulmuş ülke mahkemesi uygun bulunduğu takdirde, üçüncü şahısların haklarını korumak gibi sebeplerden ötürü tedbiri talep eden taraftan uygun bir teminat isteyebilir (md. 17 H/ 3).

Tanım ve tenfiz taleplerinin red sebepleri ise 17 I maddesinde, ilk fıkrasında davalının itirazına tabi, ikinci fıkrasında ise mahkemenin re’sen dikkate alacağı sebepler olarak iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Buna göre, hakem mahkemesince takdir edilen teminatın verilmemesi sebebiyle veya hükmedilen geçici tedbir

kararının hakem mahkemesince ya da tahkim yeri mahkemesince veya tedbirlere uygulanan hukuk uyarınca ortadan kaldırıldığı veya geri bırakıldığı anlaşılması üzerine mahkemeler, geçici tedbirin tanınması veya tenfizini reddedebilirler. Bundan başka, geçici tedbirin, tenfiz edecek olan mahkemeye tanınan yetki ile bağdaşmaması halinde de, mahkeme söz konusu tedbiri kendi yetkisine adapte etmek ve esasına dokunmadan tedbirin tenfizini sağlamak amacıyla gerekli prosedür ve içerik değişikliğini yapmayı tercih etmediği müddetçe, tedbir talebinin tenfizini reddedebilir. Bu sebeplerin dışında, md. 36'da yer alan esasa ilişkin hakem kararının tenfizinin reddi sebepleri ile de geçici tedbir taleplerinin tanınması ve tenfizinin reddi mümkün kılınmıştır. Madde ayrıca tanıma ve tenfiz talep edilen ülke mahkemesinin, red sebeplerini incelerken, söz konusu geçici tedbiri esastan inceleyemeyeceği hususunu önemle vurgulamıştır.

Model Kanun'un son maddesi olan 17 J maddesi, "*mahkemelerce hükmedilen geçici tedbirler*" başlığını taşımaktadır. Bu madde uyarınca, bir tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlıkta mahkeme, geçici tedbirlere hükmedebilme açısından, tahkim yerinin bu ülkede olmasına bakılmaksızın, mahkeme yargılamayla bağlantılıymış gibi aynı yetkiye sahip olmalıdır. Mahkemeler bu yetkisini, uluslararası tahkimin özelliklerini dikkate alarak, kendi usulüne uygun bir biçimde kullanmalıdır.

Görüldüğü gibi, UNCITRAL Model Kanunu 2006 yılında yapılmış olan bu değişikliklerle asıl olarak geçici ve koruyucu tedbirleri uluslararası tahkimin değişen ve gelişen ihtiyaçlarına uygun hale getirmeyi hedeflemiş ve bu bağlamda oldukça kapsamlı ve liberal bir düzenleme benimsemiştir. Bilhassa, geçici koruma tedbirlerine hükmedilme biçimi ve icrası meselelerinde benimsenen yenilikçi eğilimin, zaman içerisinde birçok ülke hukuk sistemini değiştirecek nitelikte olduğu düşüncesindeyiz.

## 2) ICSID Konvansiyonu

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Washington Konvansiyonu (ICSID Konvansiyonu)'nun<sup>447</sup> geçici koruma tedbirleri ile ilgili düzenlemesi 47. maddededir. Bu hüküm uyarınca, "*Taraflar başka biçimde anlaşmadığı takdirde, hakem heyeti*

<sup>447</sup> ICSID Konvansiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **YILMAZ** İlhan: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul, 2004; **TUYGUN** Salih: ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, İzmir, 2007.

*şartların böyle gerektirdiğini düşünerek, her iki tarafın karşılıklı haklarını korumak için ihtiyati tedbirler tavsiye edebilir*”<sup>448</sup>. Bununla birlikte, taraflar hakem heyetine geçici tedbirlere hükmedebilme yetkisi tanıyabilirler, zira Konvansiyon’un bu hükmü emredici bir hüküm değildir<sup>449</sup>.

İlk bakışta, Konvansiyon’da yer alan “*tavsiye edebilir*” ifadesinin hakem heyetinin bir aczi olarak düşünülmesi mümkün olsa bile, bu durum doktrinde aslında bir zaafiyetten ziyade gerçek bir yetkinin varlığı olarak yorumlanmaktadır<sup>450</sup>. Zira, uluslararası hukuk düzeni açısından “yetki” ile bu yetkinin “yaptırım gücü” ile donatılmış olmasının birbirlerini tamamlayıcı niteliği hiçbir zaman ulusal hukuklardaki kadar önem atfedilen bir konu olmamıştır. Devletlerin eşitliği ilkesi karşısında hiçbir devletin, bir diğerine yaptırım uygulayabilecek konumda olmamasına rağmen, uluslararası anlaşmalara riayet edilmesi, bu anlaşmalara taraf devletlerin taahhütleriyle bağlı olması, uluslararası mahkeme kararlarının uygulanması ve dikkate alınması gibi olgular gerçekten de uluslararası hukuk düzeni açısından “yaptırım” kavramının farklı algılandığını ortaya koymaktadır. Yine de, hakem heyetinin tavsiye kararlarının çok da etkisiz olduğu düşünülmemelidir. Çünkü, hakem heyetinin tavsiyelerine aykırı bir tutum izleyen tarafların bu davranışının, hakem heyetince kararlarında dikkate alınacağı gerek doktrin<sup>451</sup>, gerekse ICSID hakem kararlarında<sup>452</sup> kabul edilmektedir. Bunun dışında, ICSID kurumunun arkasında Dünya Bankası’nın (*World Bank*) olması nedeniyle oluşan ekonomik baskı da, tarafların hakem heyetince verilen tavsiye kararlarına aykırı hareket etmelerinin önünde ciddi bir engelleyici unsurdur<sup>453</sup>.

Bununla birlikte, ICSID hakem mahkemelerine yapılan başvuruların çoğu, devlet mahkemeleri nezdinde geçici koruma tedbirleri açısından yapılabilecek başvuruların engellenmesi veya yapılmış olan taleplerin geri çekilmesini sağlamaya yöneliktir. Belirtilmelidir ki, ICSID hakem mahkemeleri, tarafların geçici koruma

<sup>448</sup> RG 6.12.1988/ 19830.

<sup>449</sup> BESSON, s. 127; YILMAZ, İ., s. 80-81.

<sup>450</sup> BESSON, s. 127. ICSID tahkim davaları bağlamında “tavsiye kararları”nın ifade ettiği anlam ve bağlayıcılık açısından sahip olduğu hukuki etkinin değerlendirilmesi için bkz. VICUNA, s. 44-47.

<sup>451</sup> PARRA Antonio R.: “*Pratique et Experience du CIRDI*””, Mesures Conservatoires et Provisoires en Matière d’Arbitrage International, Publication CCI, No: 519, Paris, 1993, s. 44; MARCHAIS Bertrand: “*Mesures Provisoires et Autonomie du Système d’Arbitrage CIRDI*”, DPCI, 1988, s. 282 (CIRDI).

<sup>452</sup> 4 Aralık 1985 tarihli MINE Davası olarak bilinen davada, hakem heyetinin Konvansiyon’un 47. maddesi uyarınca verdiği tavsiyelere uymayan tarafın bu davranışının sonuçlarını hakem kararına yansıtacakları açıkça belirtilmiştir (MARCHAIS, CIRDI, s. 287).

<sup>453</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 593.

tedbirleri için devlet yargısına başvurmalarını olumlu karşılamamaktadır. Ancak yine de, devlet mahkemelerinden alınmış olan bir tedbir kararıyla veya başkaca bir usuli meseleyle ilgili konularda, söz konusu devletin hukuk düzeniyle mümkün olduğunca çelişmemek veya doğrudan bu tür kararlarla uyuşmazlık içerisine girmemek için ICSID hakemleri özen göstermektedir<sup>454</sup>.

### 3) ICC Tahkim Tüzüğü

En önemli kurumsal tahkim kuruluşlarının başında gelen ve merkezi Paris'te olan Milletlerarası Ticaret Odası'nın 1 Ocak 1998 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte bulunan Tahkim Tüzüğü<sup>455</sup>'nün "Geçici ve Koruyucu Tedbirler" başlığını taşıyan 23. maddesi, konuyu iki fıkra halinde düzenlemektedir.

Birinci fıkra uyarınca, "*Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, dosyanın işleme konulmasından itibaren, taraflardan birinin talebi üzerine hakem mahkemesi uygun bulunduğu her türlü geçici ve koruyucu tedbire karar verebilir*<sup>456</sup>. *Tedbir kararı verilmesi uygun bir teminat gösterilmesine bağlanabilir. Bu madde uyarınca hükmedilebilecek olan geçici koruma tedbirleri "gerekçeli emir / ordonnance motivée" veya gerekli görülen hallerde, tahkim mahkemesi uygun bulunduğu takdirde "karar" şeklinde olabilir*".

İkinci fıkra ise, tarafların, dosyanın işleme konulmasının öncesinde ve özel bazı durumlarda sonrasında, geçici ve koruyucu tedbir talepleri için her türlü yargı merciine başvurabileceğini belirtmektedir. İlgili hüküm, bu başvurunun tahkim anlaşmasına aykırılık oluşturmayacağını, bunun tahkim iradesinden vazgeçilmesi anlamı taşımayacağını ve hakem mahkemesinin yetkisine zarar vermeyeceğini belirtmektedir. Bununla beraber, mahkemelere yapılan bu tür tedbir taleplerinin vakit

<sup>454</sup> BESSON, s. 128.

<sup>455</sup> WEGEN/ ESİN/ SHORE, s. 11 vd.

<sup>456</sup> Basılmış ICC kararlarında yer alan ve hakemlerce en çok verilen tedbir türlerinden bazıları şunlardır: tarafların hisse senetlerini depo etmeleri ve birbirlerinin rızası veya hakem heyetinin emri olmadan çekmemeleri, belirli bir meblağın bloke edilmiş bir hesaba yatırılması ve hakem kararına dek tarafların ortak kontrolünde tutulması, davacının belli bir meblağı hakem heyetince kontrol edilen bloke edilmiş bir hesaba yatırması, davacının davalıya ait ürünleri satmaktan kaçınması ve buna aykırı davranışta davacının her satılan ürün için ceza ödemesinin kararlaştırılması, davalının teminat mektubuna başvurması halinde, teminat mektubunun toplam ederi kadar parayı ödemesi, davalının uyuşmazlık konusu farmasötik ürünlerin üretimine veya hammadesinin ihracatına izin veren lisans belgesinin yetkili organ tarafından iptalinin talep edilmesi, davacının aynı tutarı teminat göstermesi karşılığında davalının belli bir meblağı geçici ödeme olarak yatırmasının istenmesi ve ödenmesinin askıya alınmasına izin verilmiş olan belli vadelerdeki bir borcun, aynı tutardaki banka teminatının sunulması karşılığında, davacıların davalılara belirli vadelerle geçici ödemeler yapmasına ilişkin tedbirler (LEW, s. 30-31).

geçirilmeksizin Sekreteryaya'ya bildirilme zorunluluğu mevcuttur. Sekreteryaya da hakem mahkemesini konudan haberdar edecektir.

#### 4) UNCITRAL Tahkim Tüzüğü

28 Nisan 1976 Tarihli UNCITRAL Tahkim Tüzüğü<sup>457</sup>, “Geçici Koruma Tedbirleri” başlığını taşıyan 26. maddesinde geçici ve koruyucu tedbirleri üç fıkra halinde düzenlemiştir. İlk fıkra hükmü uyarınca, tarafların talebi halinde, hakem mahkemesinin, uyuşmazlık konusunu oluşturan malların korunması veya üçüncü bir şahsa teslim edilmesi ya da bozulabilir malların satılması da dahil olmak üzere, uyuşmazlık konusu ile ilgili gerekli gördüğü her türlü tedbiri alabileceği belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, bu tür geçici koruma tedbirlerine “geçici karar/ interim award” şeklinde hükmedilebileceği vurgulanmış ve hakem mahkemesinin söz konusu geçici tedbire ilişkin bir teminatın yatırılmasını talep etme yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Tüzüğün son fıkrası ise, klasik olarak benimsenen bir kurala işaret etmekte ve tarafların, geçici koruma tedbiri talebiyle devlet mahkemelerine yapacakları başvuruların tahkim anlaşmasıyla çelişmeyeceği ve böyle bir başvurunun tarafların tahkimden vazgeçtikleri anlamı taşımayacağı belirtilmiştir<sup>458</sup>.

#### 5) Diğerleri

Hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkilerine ilişkin düzenlemelere hemen hemen bütün kurumsal tahkim merkezlerinin tüzüklerinde rastlanmaktadır.

Bu kurumlar arasında London Court of International Arbitration (LCIA) Tahkim Kuralları<sup>459</sup>, diğer kurumsal tahkim merkezlerinin tüzüklerine oranla daha detaylı bir düzenlemeye sahiptir. Hakemlerin verebilecekleri spesifik tedbir türlerinin belirtildiği, hakemlerin ve mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine ilişkin olarak karşılıklı yetkilerinin düzenlendiği kurallar Tüzüğün 25. maddesinde yer almaktadır.

<sup>457</sup> WEGEN/ ESİN/ SHORE, s. 95 vd.

<sup>458</sup> Uluslararası tahkim uygulamasında “İran-Amerikan Uyuşmazlıkları” olarak bilinen meşhur tahkim davalarının UNCITRAL Tahkim Kuralları uyarınca yürütüldüğünü ve bu davalarda tahkim yargılamasında hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkileri ve bu yetkilerin kapsamı açısından önemli kararların alındığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BESSON, s. 124-126.

<sup>459</sup> 1 Ocak 1998 tarihinde değişikliğe uğramış olan bu tüzüğün İngilizce metni için bkz. WEGEN/ ESİN/ SHORE, s. 43 vd.; [http://www.lcia.org/ARB\\_folder/arb\\_english\\_main.htm#article25](http://www.lcia.org/ARB_folder/arb_english_main.htm#article25).

American Arbitration Association (AAA) Tahkim Tüzüğü ise 34. maddesinde “*tarafaların talebi halinde, hakem mahkemesinin, uyuşmazlık konusunu oluşturan malların korunması veya üçüncü bir şahsa teslim edilmesi ya da bozulabilir malların satılması da dahil olmak üzere, uyuşmazlık konusu ile ilgili gerekli gördüğü her türlü tedbiri alabileceği*” belirtilmiştir<sup>460</sup>.

Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kuralları ise, 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe giren yeni Tahkim Tüzüğü’nün 32. maddesinde “*interim measures*” başlığı altında hakemlerin gerekli gördüğü tedbirlere hükmedebilme yetkisini belirtmiştir.

Hakemlerce geçici koruma tedbirlerine hükmedilme yetkisi ve usulüne ilişkin bir diğer çok ayrıntılı kurumsal tahkim tüzüğü de, 2006 yılında yenilenen Avusturya Federal Ekonomi Odası’nın Viyana Uluslararası Tahkim Merkezi Tüzüğü<sup>461</sup>,’nde yer alan kurallardır. Kısaca VIAC olarak bilinen bu kurallar 1 Temmuz 2006 tarihinden itibaren yürürlükte ve geçici koruma tedbirleri “*interim measures of protection*” başlıklı 22. maddede son derece ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

WIPO (*World Intellectual Property Organization*) olarak bilinen Dünya Fikri Mülkiyet Organizasyonu’nun Tahkim Kuralları’nda da geçici koruma tedbirleri düzenlenmiştir. 1 Ekim 2002 Tarihli Tüzüğü’nün 46. maddesinde, *UNCITRAL* Tahkim Kuralları’ndakine benzer bir hüküm yer almaktadır<sup>462</sup>.

Alman Tahkim Enstitüsü’nün 1 Temmuz 1998 tarihinden bu yana geçerli olan Tahkim Kuralları (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. / DIS Rules*), hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisini 20. maddesinde düzenlemiştir ve düzenleme ICC Tahkim Tüzüğü’nde yer alan hükme büyük ölçüde benzemektedir<sup>463</sup>.

10 Nisan 2006 tarihindeki değişiklikle bugünkü halini alan ICSID Tahkim Tüzüğü (*International Center for Settlement of Investment Disputes Rules of Procedure for Arbitration Proceedings - ICSID Rules*)<sup>464</sup> kuralları hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisini 39. maddesinde düzenlemektedir. Bu

<sup>460</sup> 1 Haziran 2009 tarihinde değişikliğe uğramış olan Tüzük, 1 Ocak 2010 Tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Tüzüğün İngilizce metni için bkz. <http://www.adr.org/sp.asp?id=22440#R34>.

<sup>461</sup> WEGEN/ ES İN/ SHORE, s. 239 vd.; ayrıca bkz. [http://portal.wko.at/wk/format\\_detail.wk?angid=1&stid=501448&dstid=8459&opennavid=0](http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=501448&dstid=8459&opennavid=0).

<sup>462</sup> WEGEN/ ES İN/ SHORE, s. 119 vd.; ayrıca bkz. <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html>.

<sup>463</sup> WEGEN/ ES İN/ SHORE, s. 69 vd.; ayrıca bkz. <http://www.dis-arb.de/>.

<sup>464</sup> WEGEN/ ES İN/ SHORE, s. 173 vd.; ayrıca bkz. [http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR\\_English-final.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf).

düzenlemenin en ilginç yanı, geçici koruma tedbirlerine sadece tarafların talebi üzerine değil, taraflarca talep edilmese dahi, hakemlerin kendi inisiyatifleri ile de karar verilebiliyor olmasıdır.

Son olarak inceleyeceğimiz tahkim kuralları, kapalı bir ekonomiye sahip olmasına rağmen dünya ekonomisinde son yıllarda gittikçe söz sahibi olan ve hukuk sisteminin de bu sebepten ötürü dünya hukuklarına entegre olması beklenen Çin'e ait olan kurallardır. CIETAC (*China International Economic and Trade Arbitration Commission*) olarak bilinen Çin Uluslararası Ekonomi ve Ticari Tahkim Komisyonu'nun 1 Mayıs 2005 tarihinden bu yana yürürlükte olan Tahkim Tüzüğü<sup>465</sup>, belki de bu konuda ender istisnalardan birini teşkil etmektedir. Zira Tüzüğün "Malların Korunması" başlıklı 17. maddesi ile "Delillerin Korunması" başlıklı 18. maddesi, taraflarca bu amaç için yapılan her türlü başvuru üzerine hakemlerin, tarafları yetkili mahkemeye başvurmaları konusunda yönlendirmesi gerektiğini belirtmektedir. Yetkili mahkemeden kastedilen, 17. madde hükmü çerçevesinde *mülkün bulunduğu yer veya talepte bulunanın ikamet ettiği yer* mahkemesi iken, 18. maddede ise korunması talep edilen *delillerin bulunduğu ülke* mahkemesidir. Bu yönlendirme, hakem mahkemesinin henüz oluşmadığı ve tahkim yargılamasının daha başlamadığı bir dönemle sınırlı olmayıp, geçici koruma tedbirleri konusunda tek yetkili makamın devlet mahkemeleri olması anlamını taşımaktadır.

#### **D) Hakemlerin Geçici Hukuki Koruma Tedbiri Verebilme Yetkisinin Sınırları**

Hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkileri bugün için artık neredeyse tartışmasız şekilde kabul edilse bile, bu yetkinin hakimlerinkiyle aynı güçte olmadığı da ortadadır. Zira hakemlerin geçici tedbirlere hükmedebilme yetkisi kimi taraf iradesine bağlı olan, kimi uyuşmazlık konusuna ilişkin olan ve bazıları da hükmedilecek tedbirin niteliğine bağlı olan bir takım kısıtlamalarla daralmaktadır. Hiç kuşkusuz, bu kısıtlamaların en önemlisi, devlet yargısını temsil eden hakimlerde olan ve fakat hakemlerde olmadığı veya en azından aynı nitelikte bulunmadığı ileri sürülen "*imperium*" eksikliğinden kaynaklanan sınırlamalardır. Aşağıda hakemlerin geçici koruma tedbiri verebilme yetkilerinin tabi olduğu sınırlamalar, bu sınırlamaların kaynaklandığı olgular çerçevesinde incelenecektir.

<sup>465</sup> WEGEN/ ES İN/ SHORE, s. 319 vd.; ayrıca bkz. <http://cn.cietac.org/rules/rules.pdf>.

### 1) Taraf İradesine Bağlı Olan veya Tahkime Uygulanacak Hukukta Yer Alan Sınırlamalar

Tahkimin taraf iradesine bağlı sözleşmesel niteliği, hakemlerin sahip olduğu yetkilerin de yine tarafların iradeleri ile kısıtlanabilmesini veya ortadan kaldırılabilmesini mümkün kılmaktadır. Bu kısıtlayıcı irade beyanları doğrudan tahkim anlaşması veya tahkim şartında bulunabileceği gibi, hakemlere geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme konusunda sınırlı bir yetki bahşeden veya istisnai de olsa hiç yetki tanımayan bir tahkim kurumu tüzüğünün veya bir ülke hukukunun tahkime uygulanmak üzere seçilmiş olması halinde de ortaya çıkabilmektedir.

Gerek ulusal hukuklarda, gerekse uluslararası tahkim kuruluşlarının tüzüklerinde yer alan geçici koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemelere bakıldığında genel olarak iki sistemin benimsenmiş olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, belli bir somut sorun bazında, o soruna özgü geçici koruma tedbirlerinin kabul edildiği düzenlemelerdir. Diğer sistem ise, belli bir duruma özgü olmayan ve her türlü ihtimalde kullanılacak genel bir kuralın ihdas edilmesi suretiyle her somut olaya adapte edilebilecek geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmeyi mümkün kılan düzenlemelerin kabul edilmesi sistemidir.

Bu noktada evvelce incelediğimiz tahkim kurumlarının kuralları veya çeşitli ülkelerin kanunlarını temel aldığımızda akla şu soru gelebilmektedir: acaba, tarafların tahkime uygulanmasını istedikleri bu kurallar, hakemlerin verebileceği geçici koruma tedbirlerini ismen zikreden türde bir düzenleme içermekteyse, bu takdirde hakemlerin bu sayılan tedbirlerin dışında tedbirlere hükmedemeyeceklerini kabul etmek mi gerekecektir? Yoksa bu tedbirleri örnek babında kabul edip, hakemlere, talep edilen başka tedbirlere de karar verebilme yetkisi tanınmalı mıdır?

Bu sorunun yanıtı hiç kuşkusuz söz konusu olan hukuki düzenlemeye göre değişecektir. Yargıya varılırken, kuralın kaleme alınış biçimi, kuralın yer aldığı düzenlemenin amacı ve uygulanış biçimi, önceki düzenlemelerdeki farklılıklar, uluslararası doktrin ve tabii ki hazırlık çalışmalarında yapılan tartışmalar yol gösterici olacaktır. Bu noktada, Kıta Avrupası ülkelerinin hukuklarının veya kurum tüzüklerinin genel ve soyut normlar koyma eğiliminde olduğu ve bu sebeple bahsi geçen düzenlemelerdeki geçici koruma tedbirlerinin, ismen sayılsalar bile “örnekleme” olarak algılanmasının daha doğru olacağını; buna mukabil *common law* ülkelerinin ise hukuk yapma eğilimi olarak daha *casuistique* bir metod



benimsediğinden, “tüketici” olma kaygılarının daha ön planda olduğunu söylemek mümkündür<sup>466</sup>.

Konuya Türk Hukuk açısından yaklaştığımızda iki farklı tablo ile karşılaşırız. Şöyle ki, iç hukuk açısından bir taraftan ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir gibi belli tür geçici koruma tedbiri ihdas eden kanun koyucu, diğer taraftan da HUMK. md. 103 hükmüyle her türlü ihtiyaca adapte edilebilecek tedbirlerin alınabilmesini mümkün kılan bir “torba hüküm” kabul etmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu ise bu noktada üzerinde durulması gereken bir düzenleme getirmiştir.

MTK. md. 6/ f. 2 hükmü uyarınca, “*Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilir*”. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun kenar başlığına bakıldığında, konuyu düzenleyen 6. madde hükmünde “geçici hukuki koruma tedbirleri” şeklinde genel bir ifadeye rastlanmadığı, bunun yerine iç hukukta kabul edilen iki farklı geçici koruma tedbiri olan “ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz” kavramlarına ismen belirtilmek suretiyle yer verildiği görülmektedir.

Kanun koyucunun, böyle bir düzenleme biçimini, geçici koruma tedbirlerinin üçüncü türü olan delil tespiti kurumunu bilinçli olarak kapsam dışı bırakmak istemesinden dolayı tercih ettiğini söylemek kanımızca isabetli olmayacaktır. Zira, böyle bir sınırlamaya gidilmesinde hiçbir hukuki yarar bulunmamaktadır. Bilindiği gibi delil tespiti, uyuşmazlığın çözümü için zorunlu bir koruma tedbiridir ve bu sebeple MTK’da delil tespitinden söz edilmemiş olması, hakemlerin delil tespitine karar veremeyecekleri anlamına gelmemelidir<sup>467</sup>.

Bu bağlamda Milletlerarası Tahkim Kanunu’nu iyi değerlendirmenin ve geniş yorumlamanın hakemlerin delil tespitine karar verebilmesi açısından önem taşıdığını söylemek mümkündür. Gerçekten, her ne kadar delil tespitine ilişkin bir hükme, ayrıca ve açıkça Kanun’da yer verilmemiş olsa da, Kanun’un bir diğer maddesinde, “*hakem veya hakem kurulu delillerin toplanmasında asliye hukuk mahkemesinin yardımını isteyebilir*” hükmü yer almaktadır (MTK. md. 12/ B). Delillerin toplanmasının, delillerin tespitinden çok farklı olmadığı ve tamamen farklı bir amaca hizmet etmediği düşünülecek olursa, delil tespitinin, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirlerin tabi olduğu rejimden farklı bir rejime tabi tutulmasının da haklı bir

<sup>466</sup> BESSON, s. 143.

<sup>467</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 128; YEŞİLOVA, s. 658.

gerekçesi olmayacağı açıktır<sup>468</sup>. Nitekim, “delil tespiti”, HUMK içerisinde de “deliller ve ikamesi” faslında düzenlenmiş olup, belli bir delilin, bazı nedenlerden ötürü diğerlerinden daha önce toplanması ve tahkikata konu edilmesidir<sup>469</sup>. Gerek MTK. md. 6/ 2 hükmünün amaca uygun şekilde geniş yorumlanması ile, gerekse MTK. md. 12/ B hükmü yardımıyla her iki kurumun eş işlevleri neticesinde birbirinin türevi sayılması nedeniyle, hakemlerin delil tespitine karar verebilmesinin mümkün olduğunu, en azından Kanun’un bunu yasaklamadığını ve karşı olmadığını söylemek isabetli olacaktır.

Türk Hukuku açısından söz konusu olabilecek hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmederken karşılaşılabilecekleri bir diğer sorun da, yine Kanun’da yer alan “ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz” kavramlarından kaynaklanmaktadır.

Birçok maddesi UNCITRAL Model Kanunu’ndan veya İsviçre LDIP’sinden etkilenen MTK’nın, düzenlemelerinde genel olarak “geçici hukuki koruma tedbiri” ifadesine yer veren bu iki örnek kanunun aksine, aynen iç hukuktaki ayrımı takip eder biçimde “ihtiyati tedbir” ve “ihtiyati haciz” terimlerine yer vermesi; akla iç hukuktaki şartların esas alınarak, bunların gerçekleşmesi halinde hakemlerin bu iki tedbirden sadece birine uygun hareket etmelerinin mi bekleneceği sorusunu getirebilir. Zira, MTK. md. 6/ 2, “aksi kararlaştırılmadıkça hakemler, ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilir” hükmüyle bu ayrımı işaret etmektedir.

Doktrinde, Kanun’un hakemlere adeta bir yükümlülük yükleyerek, iç hukuktaki ihtiyati tedbir-ihtiyati haciz ayırımına uygun hareket etmelerini beklediği, dolayısıyla iç hukuktaki tanıma paralel olarak; söz konusu “para alacaklarının güvence altına alınması” ise, bu tür alacakları temin eden asli tedbir niteliğindeki ihtiyati hacze (İİK. md. 257/ 1), diğer hallerde ise şartları dahilinde “ihtiyati tedbir”e karar verilmesinin hakemler açısından bir zorunluluk olarak görülebileceği savunulmuştur<sup>470</sup>. Bu düşüncenin dayandığı temel gerekçe, Kanun’un hangi hallerde ihtiyati tedbir, hangi hallerde ihtiyati haciz kurumuna başvurulacağını düzenleyen açık bir hükme yer vermemiş olmasıdır. Zira bu fikre göre Kanun’da aslında bir boşluk bulunmamakta, tam tersi, Kanun Koyucu bilinçli olarak iç hukuktaki konuya

<sup>468</sup> YEŞİLOVA, s. 659.

<sup>469</sup> YEŞİLOVA, s. 659. Aksi fikri savunan Yeşilirmak’a göre, hakemlerin delillerin toplanması konusunda sahip olduğu yetki ile geçici tedbir kararlarından biri olan delillerin tespitine dair yetkisi birbirinden farklı iki yetkidir. Nitekim, Yazara göre, hakemler, delillerin toplanması açısından, geçici tedbir kararı alabilmelerindeki yetki sorunun aksine, hiçbir zaman bir yargı yetkisi zaafi yaşamamışlardır (YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 11).

<sup>470</sup> YEŞİLOVA, s. 669.

ilişkin düzenlemenin dikkate alınmasını istediği için bu ayırımı gönderme yapmaktadır. Dolayısıyla Türkiye’de icra edilecek ve bu sebeple Türk mahkemelerinin yardımının isteneceği geçici koruma tedbirlerinde, hem bu ayırımı göre karar verilmesi, hem de iç hukukta öngörülen şartların dikkate alınması Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun da beklentisi olarak yorumlanmıştır<sup>471</sup>.

Kanaatimizce, söz konusu uluslararası tahkim olduğunda, hakemlerin Türk Usul Hukuku’ndaki geçici koruma tedbirlerinin hangi şartlarda verilebileceğini, hangi kurumun ne zaman uygulama alanına sahip olacağını bilmesini beklemek uluslararası tahkimin ihtiyaçları ve niteliği ile bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla, söz konusu bir para alacağı olsa dahi, hakemlerin bu alacağı güvence altına almak için Türk Hukuku açısından başvurulması zorunlu olan ihtiyati haciz tedbirinden başka bir tedbire de başvurabilmeleri mümkün olmalıdır. Bu bağlamda hatırlatılması gereken en önemli hususlardan biri de, hakemlerin belli bir konuda verecekleri geçici koruma tedbiri açısından “yetkili” olmaları ile, söz konusu tedbirin “icra edilmesi”nin birbirinden farklı yorumlanması gerekliliğidir. Uluslararası tahkimde geçici koruma tedbirleri denildiğinde genel olarak yapılan hata, çoğunlukla bu iki birbirinden farklı konunun, birbirini etkiler biçimde özdeş kabul edilerek yargıya varılıyor olmasıdır. Oysa, hakemlerin “yetkisi” ile verdikleri tedbir kararlarının akıbeti, yani “icra edilmesi” farklı rejimlere ve farklı temellere dayanan iki konudur. Yetki, daha ileride inceleneceği üzere, tahkim anlaşmasına dayanması ile daha “sözleşmesel” temele dayanırken, “icra” meselesi ise, daha ziyade icra edilecek ülkenin hukukunda yer alan normlara dayanmaktadır ve bu normların zaman içerisinde değişmesi, değişmese bile farklı bir biçimde yorumlanabilmesi mümkündür. Hal böyle iken, hakemlerin verebilecekleri tedbir kararlarında sahip oldukları serbestiyi, yani “yetkilerini”, bu tedbir kararlarının icrasını belirleyen ancak her an değişebilir nitelikteki normlara mahkum etmenin isabetli olmayacağını düşünmekteyiz. Unutulmamalıdır ki, çoğu zaman Kanun Koyucuyu modern hukuka ilişkin düzenlemeler yapmak için adım atmaya zorlayan şey, belirli bir ihtiyacı karşılayan müesseselerle uygulamada sık sık karşılaşılması ve bu konudaki boşlukların veya engellerin, sonradan kanunlaştırma veya mevcut düzenlemelerin gözden geçirilmesi ile aşılması gerekliliğidir.

---

<sup>471</sup> YEŞİLOVA, s. 670.

Dolayısıyla, hakemlerin verecekleri tedbir kararının Türk Hukuku'nda bilinen bir tedbir kararı olmasının zorunlu olmadığını söylemek kanımızca mümkündür<sup>472</sup>. Tahkim yargılamasının niteliği gereği, hakemler devlet yargısındaki hakimlere nazaran daha geniş bir yetki alanına sahiptirler. Bu sebeple, Türk Hukuku'ndaki tedbirlerden farklı bir tedbir çeşidine de karar verebilirler. Belirtmek gerekir ki, bu tür tedbirlerin cebri icrası gerektiğinde mahkemelerin yardımına ihtiyaç duyulacağından sorun yaşanabileceği de bir gerçektir. Zira, hakemler tarafından verilen bir tedbir kararının hakimin hukuku, yani *lex fori* uyarınca var olmayan bir tedbir türü olması sebebiyle icra edilememesi durumunda alınmış olan tedbirin de bir işlevi kalmayacaktır. Yine de, pratik açıdan geçici tedbirin uygulanamaması ihtimalinden yola çıkılarak hakemlerin yetkilerinin bulunmadığı yargısına varılamayacağı düşüncesindeyiz<sup>473</sup>.

## 2) Uyuşmazlık Konusuna İlişkin Sınırlar

Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkilerini sınırlayan sebeplerden biri olarak, alınacak tedbirin “*uyuşmazlık konusuyla ilgili bir tedbir*” olması şartını arayan hukuki düzenlemeler gösterilmiştir.

Yukarıda incelemiş olduğumuz UNCITRAL Tahkim Tüzüğü veya AAA Tahkim Kuralları gibi uluslararası tahkim kuruluşlarının kurallarında da yer alan bu tür ifadeler uygulamada sorunlara yol açabilmektedir. Örneğin, Amco Asia ile Endonezya Cumhuriyeti arasındaki bir ICSID tahkim davasında, Endonezya Devleti'nin talep ettiği geçici tedbirler, hakem heyetince, o zaman yürürlükte bulunan ICSID Tahkim Tüzüğü'nün 39/1. maddesi uyarınca reddedilmişti. Bu tahkim davasında Endonezya Devleti, hakem heyetinin Amco Asia'nın uyuşmazlığı daha da ağırlaştıracak hareketlerden ve özellikle kendi menfaatine gelen şekilde propaganda içerikli gazete yayınları yapmaktan kaçınmasına ve Endonezya'ya yabancı yatırım yapılmasını engelleyecek beyanlarda bulunmamasına ilişkin tedbir alınmasını istemişti. Bu talebi reddeden hakem heyeti, ICSID Konvansiyonu'nun 47. maddesi'nin uygulanmasına ilişkin ICSID Tahkim Tüzüğü md. 39/1'de, “*tedbir talep eden tarafın, tedbirin korumasını umduğu hakkını açıkça belirtmiş olması*”nın

<sup>472</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 132.

<sup>473</sup> Aynı yönde görüş için bkz. PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 132.

aranacağını ileri sürmüş ve bu talepte ise hakkın uyuşmazlık konusuyla doğrudan ilgili olmadığına kanaat getirip tedbiri reddetmiştir<sup>474</sup>.

Doktrinde eleştirilere uğramış olan bu karar, aslında “uyuşmazlık konusu ile ilgili olma” ibaresinden kastedilenin ne olduğu tartışmasını da gündeme getirmiştir. Bu noktada iki ihtimal söz konusudur. Dar yorum yapıldığı takdirde, uyuşmazlık konusunu doğrudan koruyacak tedbirlerin dışında hiçbir tedbire cevaz verilmemesi gibi bir sonuçla karşı karşıya kalınacaktır. Kanaatimizce, buna benzer ifadelerle kastedilen, aslında belirli bir tedbir çeşidinin uyuşmazlık konusu ile sınırlandırılması değildir. Zira böyle bir uygulama, geçici koruma tedbirleri ile hedeflenen amacın gerçekleşmesini, belli bazı tedbirlere mahkum kılarak son derece zaafiyete uğratar. Bu bağlamda iki kavramı birbirinden ayırmak gerekecektir. Bunlar, “uyuşmazlık konusu” ile bu uyuşmazlık konusunu korumaya yönelmiş olan “geçici tedbirlerin konusu” dur. Her ne kadar geçici tedbirlerin konusu aynı zamanda uyuşmazlığın konusunu da ilgilendirse dahi, somut olarak uyuşmazlık konusunu doğrudan hedeflemek ve alınacak tedbirleri, onun özne olduğu türde tedbirlerle sınırlamak zorunda değildir<sup>475</sup>. Dolayısıyla, “uyuşmazlık konusu ile ilgili olma” ifadesinden kastedilenin, geniş yorum yapılmak suretiyle, esasında uyuşmazlık konusunu korumaya yönelmiş geçici koruma tedbiri şeklinde algılanmasının daha amaca uygun bir yorum olacağı düşüncesindeyiz.

### 3) Tedbirlerin Niteliğine İlişkin Imperium Kaynaklı Sınırlar

Hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkilerinin tabi olduğu sınırlamaların en önemli kaynağı, hiç kuşkusuz, devlet yargısını temsil eden hakimlerde olan ve fakat hakemlerde olmadığı veya en azından aynı nitelikte bulunmadığı ileri sürülen “*imperium*” eksikliğinden kaynaklanan sınırlamalardır.

Hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkilerinin “*imperium*” temelinde sorgulanması bugün için eskisi kadar büyük bir sorun oluşturmamaktadır. Bununla beraber, *imperium* kavramı artık hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedip hükmedememeleri açısından değil, hangi tür geçici koruma tedbirlerine hükmedip, hangilerine hükmedemeyeceklerini belirlemede kullanılan bir olgu haline dönüşmüştür. Dolayısıyla, sorulması gereken soru aslında hangi tür geçici koruma

<sup>474</sup> Karar için bkz. BESSON, s. 143.

<sup>475</sup> BESSON, s. 144.

tedbirinin “*imperium*” gerektirip, hangilerinin gerektirmediği olacaktır. Zira bazı geçici tedbirler, *imperium* yetkisine değil, *jurisdictio* yetkisine dayanmaktadır.

Uluslararası tahkim uygulamasına bakıldığında, bu sorun bağlamında belli başlı geçici koruma tedbirlerinin ön plana çıktığı görülmektedir. Değişik açılardan kategorize edilebilecek bu tedbirlerin hakemler tarafından verilir verilemeyeceği meselesi genel itibarıyla “*imperium*” gerektirip gerektirmediği ve gerektirdikleri hallerde bu noksanlığın, tahkimin taraf iradesine dayanan sözleşmesel boyutuyla, yani tarafların tahkim anlaşmasında bu hususta hakemlere açıkça yetki tanımlarıyla giderilip giderilemeyeceğine göre çözümlenebilecektir.

#### **a) Delillerin sağlanmasına ve yargılama usulünün düzenlenmesine yönelik tedbirler**

Tahkim yargılaması esnasında hakemlerin, sağlıklı bir yargılama sürdürmek adına hükmetmeye ihtiyaç duyacağı geçici koruma tedbirlerinden bazıları *delillerin sağlanmasına ve yargılama usulünün düzenlenmesine* yönelik olabilmektedir. Bu amaçla kullanılan tedbirler için tarafların ayrıca hakemlere bu yönde bir yetki bahşetmeleri gerekmez, zira yargılama yapma görevi aynı zamanda bu yargılama esnasında hükme varmaya yarayacak delilleri toplama ve düzenleme yetkisinin varlığını da zımnen içermektedir.

Ancak bu tür tedbirlere hükmetme açısından hakimler ile hakemlerin yetkisinde şöyle bir ayırma gidilmesi mecburidir: hakimlerin gücünü devletten alması ve kararlarını millet adına vermesine karşılık, hakemler taraf iradelerinden aldıkları yetkiyle sadece taraflar için karar vermektedirler. Bu gerçeğin ilk yansıması, hakemlerin üçüncü kişilere yönelik tedbir kararı verememelerinde kendini gösterir. Gerçekten de, hakemler tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilere, tanıklık etmeleri veya belirli belgeleri sunmaları yönünde emir verememektedirler. İşte bu noktada, mahkemelerin uyuşmazlıkları çözmekle ve devleti temsilen adaleti sunmakla görevli resmi organ sıfatıyla bir “kamu hizmeti” görmelerine mukabil, hakemlerin özel bir yargılama merci olmaları ayırımı belirleyici olmaktadır. Tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü şahıslardan temin edilecek deliller açısından hakemlerin tedbire hükmedebilmesinin, bu tür tedbirlerin taraf iradeleriyle dahi ikame edilemeyecek bir *imperium* gerektirmesi sebebiyle mümkün olamayacağı açıktır.

Bu bağlamda hakemlerle hakimlerin yetkilerinde fark yaratan ve yabancı doktrinde tartışılan bir başka çok önemli konu da, verilmiş olan bir emir veya tedbire uygun hareket edilmediğinde, örneğin istenen bir belgenin sunulmaması veya çağrılan bir duruşmaya çıkılmaması halinde, buna ilişkin bir cezai yaptırımın, mesela Fransız Hukuku'ndaki “*astreinte*” niteliğindeki bir yaptırımın hakemlerce taraflara uygulanabilmesinin mümkün olup olmayacağı meselesidir. Gerçekten de, tarafların anlaşmalarında veya tahkim kanunlarında<sup>476</sup>, belirli bir tedbir veya emre itaatsizliğin cezalandırılmasına ilişkin bir düzenleme bulunması mümkündür. Ancak bu iki halin dışında, hakemlerin, emirlerine uygun hareket etmeyen tarafa yönelik belirli bir cezai yaptırım öngörmelerinin, *jurisdictio* yetkilerinin bir uzantısı olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır<sup>477</sup>. Uluslararası doktrinde hakemlerin “*astreinte*” yani verilen kararlara uyulmaması halinde cezai yaptırım öngörebilme yetkisinin var olup olmadığı oldukça tartışmalıdır<sup>478</sup>.

Fransız, Belçika ve Hollanda Hukuklarında benzeri bulunan bu gibi cezai yaptırımlar çoğu kez geçici bir ödeme emrini (*ancillary order for payment*) veya hükmedilen tedbire uyulmayan her gün veya ay başına önceden belirlenmiş bir meblağın ödenmesini öngörebilmektedir<sup>479</sup>. Özellikle Fransız Hukuku'nda konuya ilişkin olarak doktrinde süregelen tartışmalar, uygulamada mahkeme içtihatlarına da yansımıştır. Zarar ziyandan kaynaklanan tazminattan farklı niteliğe sahip olan ve devlet yargısında hakimlerce re'sen hükmedilebilen *astreinte* türü özel ceza hükümlerinin hakemlerce de uygulanabilirliği, mevcut yasal boşluklar karşısında iki farklı şekilde yorumlanmıştır. Hakemlerin *astreinte* yetkisinin olmadığını savunanların<sup>480</sup> dayanağı, usul kanununun tahkime de uygulanacak hükümlerini belirten NCPC md. 1460 içinde, belli bir delilin sunulması için delili elinde

<sup>476</sup> Örneğin İngiliz Hukuku'nda 1996 Tarihli Arbitration Act md. 41 § 6 ve md. § 7b, hakemlerin emrine itaatsizliğe, bu emre uymayan taraf aleyhinde bazı sonuçlar bağlamış ve hakemlerin bu sonuçlar dahilinde kanaat tesis etmesine olanak tanıyarak, yargılamayı aksatan ve sağlıklı yürütmesi için verilmiş olan tedbirlere riayet etmeyen tarafı cezalandırmıştır (**HUNTER** Martin / **LANDAN** Toby: The English Arbitration Act 1996 Text and Notes, English, Français, Deutsch, Espanol, 1998, Kluwer Law International, s. 123-124).

<sup>477</sup> **MAYER**, *Imperium*, s. 442-443; **CARLEVARIS** Andrea: “*The Enforcement of Interim Measures Ordered by International Arbitrators: Different Legislative Approaches and Recent Developments in the Amendment of the UNCITRAL Model Law*”, Interim Measures in International Commercial Arbitration, Association for International Arbitration Ed., Antwerp-Apeldoorn, 2007, s. 16.

<sup>478</sup> **JARROSSON**, s. 269 vd; **CLAY**, s. 192 vd. **CARLEVARIS**, s. 15.

<sup>479</sup> Bkz. Hollanda Medeni Usul Kanunu md. 1056, Belçika Medeni Usul Kanunu md. 1709-bis. Buna karşılık, 4 Mart 1999 Tarihli İsveç Medeni Usul Kanunu'nun 25/ 4. maddesinde açıkça hakemlerin bu tür cezai emirlere hükmedemeyecekleri belirtilmiştir (**CARLEVARIS**, s. 15; **BERNARDINI**, *Astreintes*, s. 151.).

<sup>480</sup> **De BOISSESON** Matthieu: *Le Droit Français De l'Arbitrage Interne et International*, Paris, 1990, s. 743.

bulunduran tarafa emir vermeyi düzenleyen ve bu emre uyulmadığı takdirde *astreinte* cezasının öngörüldüğü NCPC md 11/ 2 hükmünün<sup>481</sup> bulunmamasıdır. Karşı görüş ise aynı düzenleme eksikliğini tam aksi biçimde yorumlayarak, hakemlerin *astreinte* türü cezai tedbirlere başvurmalarının önünde hiçbir engel bulunmadığını savunmaktadır<sup>482</sup>. Fransız İstinaf Mahkemesi 7 Ekim 2004 tarihinde vermiş olduğu bir kararla hakemlerin *astreinte* yetkisinin bulunduğu hükmetmiş ve bu yetkinin hakemlerin yargılama yetkisine dahil olduğuna ve etkin bir yargılama için bu tür cezai karakterli tedbirlerin hakemlerce de alınabilmesinin yargılama faaliyetinin bir gereği olduğuna karar vermiştir<sup>483</sup>. Yalnız belirtmek gerekir ki, bu kararda Fransız mahkemesi hakemlerin *astreinte* yetkisi olduğuna hükmetmekle birlikte, hakemlerin bu tür cezai tedbirlerin icrası için de yetkili olup olmadığı hususunu muğlak bırakmıştır<sup>484</sup>. Hakimlerin cezaları icra etmesinde hiçbir tereddüt bulunmazken bu hususta suskun kalınmasının tek bir sebebi vardır, o da, yine aynı *imperium* sorunudur<sup>485</sup>.

Gerçekten de, hakemlerin vereceği nihai kararın etkinliğini temin etmesi bakımından bir açıdan geçici koruma tedbiri de sayılabilen bu tür cezai nitelikteki kararların hakemler tarafından verilmesinin önündeki en büyük engel, aslında bu kararlara uyulmaması halinde kararın ne şekilde icra edileceği sorunudur. Bir kararın cebren icrasının tamamen ayrı bir prosedür olduğu düşünüldüğünde, salt bu amaçla *astreinte* veya benzeri cezai kararların hakemlerce verilmesinin reddedilmesinin çok da isabetli olmayaktır. Zira pek tabiidir ki, kararı veren makam, yani hakemler, yine bizzat kendileri bu karara uyulmasını temin etme yetkisiyle donatılmış olmalıdır. Gerek kanunlarca, gerekse taraflarca uyuşmazlıkların çözümünde yetkilendirilmiş olan hakemlerin, bu yargılama faaliyetinin tamamlayıcı parçasından yoksun bırakılması doktrinde eleştirilmiştir<sup>486</sup>. Bir görüşe<sup>487</sup> göre *imperium merum* yansıması olan bu tür geçici tedbir kararlarına hükmedebilme yetkisi, bir başka görüş uyarınca

<sup>481</sup> NCPC art. 11/2: *Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.*

<sup>482</sup> Bu fikre göre yapılması gereken tek şey, hakemlerin *astreinte* türü cezaları, tenfize elverişli bir karar içine (*sentence intérimaire*) dertcetmeleridir (FOUCHARD/ GAILLARD/ GOLDMAN, s. 713).

<sup>483</sup> 7 Oct. 2004- 1ere Chambre Civile (Rev. Arb. 2005 (3), s. 737).

<sup>484</sup> CARLEVARIS, s. 16.

<sup>485</sup> Bu nedenledir ki doktrinde *astreinte* türü emirlerin, geçici tedbirlerin “melez” bir türü olduğu ve bu tür cezai nitelikteki emirlerin “*juridictio*” ile “*imperium*” arasında gri bir alanda bulunduğu belirtmiştir (CARLEVARIS, s. 16; JARROSSON, s. 269-270).

<sup>486</sup> DE LEVAL, s. 18, dn. 21.

<sup>487</sup> DE LEVAL, s. 17.



“*imperium*” bile gerektirmeyen bir yetkidir<sup>488</sup>. Zira, taraflar aralarındaki tahkim anlaşmasında, hakemlerce verilmiş olan tedbirlere itâatsizliğe belirli bir sonuç bağlayarak bir yaptırım öngörebilirler. Dolayısıyla, söz konusu fikir uyarınca, bu gibi bir durum, hakemlerin *jurisdictio*'sunu aşan ve fakat taraf iradesiyle bahşedilmesi mümkün bir yetkiyi ifade ettiği için *imperium* gerektirmeyen bir konu olarak değerlendirilmiştir. Nitekim, İsviçre Hukuku, taraflarca açıkça kararlaştırılmış olması durumunda, hakemlerin *astreinte* verebilmesine imkân tanımaktadır<sup>489</sup>.

Bununla beraber, hakemlerin verdikleri tedbirlere itâatsizliği cezalandırmanın ne derece lüzumlu olduğu da ayrı bir tartışma konusudur. Zira, bir tahkim yargılamasında hakemlerin uygun gördüğü tedbire veya vermiş oldukları bir emre itâat etmeyen tarafın, hakemlerin nezdinde belirli bir güven kaybına sebebiyet vereceği ve kötü niyetli olduğu şüphesini uyandıracığından hiç kuşku yoktur. Bu ise başlı başına psikolojik bir yaptırım anlamına gelmektedir<sup>490</sup>.

#### **b) Sözleşme ilişkisinin düzenlenmesine yönelik tedbirler**

Taraflar arasında devam eden bir sözleşmesel ilişkinin, uyuşmazlık çıktığı zaman ne şekilde devam ettirileceği veya ettirilmeyeceğine karar vermek ve buna ilişkin olarak taraflardan biri hakkında edimini ifa etmesine veya etmemesine yönelik bir emir tesis etmek *imperium* gerektiren bir husus mudur yoksa *jurisdictio* yetkisinin dahilinde midir sorunu, hakemlerin uygulamada sıkça karşılaştıkları bir meseledir. Konunun geçici tedbirlerle bağlantısı ise, tedbirlerin amacı ve bu tür kararların niteliği çerçevesinde şu şekilde açıklanabilir: geçici koruma tedbirlerinin amaçlarından biri de, belirli bir ilişkiyi uyuşmazlık sonuçlanıncaya dek geçecek süre içerisinde yeniden düzenlemek ve böylelikle tarafların orantısız veya adil olmayan bir sonuca katlanmasını ve dolayısıyla telafisi zor bir zararın oluşmasını engellemektir. Bu itibarla, bu tür kararların da aslında birer geçici koruma tedbiri olduğu aşikârdır.

Hakemlerin nihai karara ulaşmalarına dek geçecek süre içerisinde taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyi düzenlemeye yönelik geçici koruma tedbirlerinin *imperium* gerektiren türde bir yetki olup olmadığı, şayet gerektiriyorsa bu

<sup>488</sup> JARROSSON, s. 269-273.

<sup>489</sup> LEVY LAURENT: “*Les astreintes et l'arbitrage international en Suisse*”, Bulletin Association Suisse de L'Arbitrage, Bâle, 2001, Vol. 1, s. 21vd. (*Astreintes*); CARLEVARIS, s. 16.

<sup>490</sup> CARLEVARIS, s. 15; YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 238.

noksanlığın tarafların anlaşması ile giderilip giderilemeyeceği soruları, bu tedbirleri ikiye ayırarak incelemeyi gerektirir.

Şayet hakem, talep edilen geçici koruma tedbirinin dayandığı hakka ilişkin tüm maddi ve hukuki vakıaları değerlendirebiliyor ve söz konusu tedbiri bu bağlamda hukuken meşrulaştırabiliyorsa, diğer bir ifadeyle, “*uyuşmazlığın esasına ilişkin olmasa da, geçici tedbir talebinin dayandığı hakkın muhakemesine ilişkin nihai bir hükme*” varabiliyorsa; bu takdirde, taraflar açıkça böyle bir yetkilendirmede bulunmamış olsalar dahi, hakemlerin sözleşmesel ilişkinin düzenlenmesine dair yetkilerinin bulunduğu ve bu yetkinin *jurisdictio* yetkisinin doğal bir sonucu olduğunu kabul etmek gerekecektir<sup>491</sup>.

Örneğin, FIDIC kurallarına tabi bir inşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, yargılama süresince müteahhitin edimini ifa etmeye devam edip etmeyeceğine ilişkin karar vermek bu konuya verilebilecek örneklerdendir. Burada söz konusu olan durum, hakemlerin somut olaydaki vakıaları ve hukuk kurallarını değerlendirerek nihai karara dek geçecek süre içerisinde sözleşmesel ilişkilerin devamına dair geçici bir çözüm bulunması ve bunun taraflara empoze edilmesidir. Hakemin bu konuda yapacağı, tarafların hak ve yükümlülüklerinin çerçevesini çizen FIDIC kurallarının somut olaya uygulanmasından başka bir şey değildir. Tedbir kararının, hakemlerin uyuşmazlığı hukuken değerlendirerek geçici bir statüye oturtması anlamına geldiği düşünüldüğünde, bunun bir *jurisdictio* kullanımı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>492</sup>. Bu bir nevi ara karardır<sup>493</sup>. Böyle bir kararı vermek için hakemlerin “*imperium*” yetkisine ihtiyaçları bulunmamaktadır.

Buna karşılık, şayet hakemlerin talep edilen geçici tedbire hükmedebilmeleri için yukarıdaki örnekte olduğu gibi, sözleşmesel ilişkiyi geçici bir müddet için düzenlemeye ışık tutacak hukuki bir dayanakları bulunmuyorsa, bu takdirde hakemlerin geçici tedbirlere hükmedebilmesini farklı şekilde değerlendirmek gerekecektir.

Genel olarak, taraflardan hangisinin haklı olduğuna karar verilinceye dek geçecek zaman zarfında taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyi düzenlemek amacı

<sup>491</sup> **MAYER**, *Imperium*, s. 443.

<sup>492</sup> **MAYER**, *Imperium*, s. 444.

<sup>493</sup> Fransızca hukuk terminolojisinde bu tür kararlara “geçici tedbir kararı” anlamındaki “*mesure provisoire*” dan ziyade “sürekli olmayan karar” yani “*décision temporaire*” terimi tercih edilmektedir (**MAYER**, *Imperium*, s. 443).

taşıyan geçici koruma tedbirlerinin *imperium* gerektirdiği ileri sürülmüştür<sup>494</sup>. Ancak bu *imperium*, tarafların aralarındaki tahkim sözleşmesinde bu hususta anlaşmaları ile veya hakemlerin yetkisini düzenleyen hukukta yer alan hükümler ile ikame edilebilir bir niteliğe sahiptir<sup>495</sup>. Söz gelimi, bozulabilecek nitelikteki malların satışına izin vermek, sahip olunan bir fikri hakkın kullanılmasını yasaklamak yahut diğer tarafın giderilemeyecek zararlara uğramaması amacıyla ticari ilişkinin devamına veya devam eden iş ilişkisinin durdurulmasına yönelik emir vermek gibi yetkiler, hakemlerin taraflar arasındaki sözleşmeden veya hakemlerin yetkisine uygulanacak hukuktan aldığı yetkililerdir. Bu tür geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisi de dahil olmak üzere, hakemlerin yetkisini düzenleyen hukuk; tarafların tahkim usulüne uygulanmak üzere seçtikleri hukuk, böyle bir seçim yapılmaması durumunda ise tahkim yeri hukukudur. Tahkim yeri hukuku uyarınca, tahkim usulüne uygulanacak hukukun belirli bir ülke hukuku olması şartı aranmıyorsa ve taraflar da tahkim yargılamasını hiçbir usul hukukuna tabi tutmamayı tercih etmişlerse, bu takdirde hakemlerin bu tür geçici tedbir kararlarına hükmedebilme yetkisi sadece taraf iradelerine bağlı olacaktır<sup>496</sup>. Doktrinde, taraf iradelerinden hiçbir şekilde sonuca ulaşılamaması halinde, hakemlerce bu tür tedbirlere karar verilememesi gerektiği belirtilmektedir<sup>497</sup>.

Bu tür yetkilerin hukuken meşru bir temele dayanması ihtiyacının altında yatan neden ise, alınan geçici tedbirlerin kimi zaman nihai karar neticesinde haklı çıkacak olan tarafın menfaatinin zedeleyecek nitelikte olabilmesi, hatta belki nihai karar ile geçersiz olduğuna hükmedilecek olan bir sözleşmenin geçici müddetle ifasına tarafı zorlayabilmesidir. Bu gibi ihtimallerde alınmış olan geçici tedbir kararlarının yarattığı ve sonradan hukuka aykırı olacağı tespit edilecek sonucun sebep olacağı zararlar, her ne kadar tazminatla giderilebilse dahi, böyle bir olgunun meşruiyet kazanması ihtiyacı kullanılan yetkinin *imperium*'a dayanmasını gerektirmektedir<sup>498</sup>. Zira, hukuka aykırı davranışın tarafı empoze edilmesi, hukuken haklı olan tarafın bu hakkından geçici de olsa yoksun bırakılması gibi “zorlayıcı” durumlar, *imperium*'a dayanan yetkililerdir. Ancak bu *imperium* hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin içinde mündemiçtir. Diğer bir ifadeyle, bu tür geçici tedbirlere hükmedebilme yetkisi *imperium* gerektirse dahi, bu yetki, tarafların

<sup>494</sup> MAYER, *Imperium*, s. 444.

<sup>495</sup> MAYER, *Imperium*, s. 445.

<sup>496</sup> MAYER, *Imperium*, s. 445, dn. 15.

<sup>497</sup> Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. MAYER, *Imperium*, s. 445-447.

<sup>498</sup> MAYER, *Imperium*, s. 444-445.

aralarındaki tahkim sözleşmesinde bu hususta anlaşmaları ile veya hakemlerin yetkisini düzenleyen hukukta yer alan hükümler ile tesis edilebilen bir niteliğe sahiptir.

**c) Teminat mektuplarının paraya çevrilmesini önlemeye yönelik tedbirler**

Teminat mektuplarının paraya çevrilmesini önlemeye yönelik tedbirler, hakemlerin uygulamada en sık karşılaştıkları geçici tedbir taleplerinin başında gelmektedir. Taraflar arasında mevcut dengenin, yani statükonun korunmasına yönelik olan bu geçici tedbir türü, uluslararası ticari hayatta büyük önem taşımaktadır.

Şayet taraflardan biri, belirli şartların gerçekleşmesi halinde paraya çevirebileceği bir teminat mektubuna sahipse ve karşı taraf da bu şartların gerçekleşmediğini ispat edebilir konumda değilse, uyuşmazlığın ortaya çıkmasıyla birlikte elinde teminat mektubu olan tarafın bunu paraya çevirmek istemesi son derece doğaldır. Ancak bu hakkın iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanılması hakemler tarafından çoğu zaman gözetilen bir husustur. Zira uyuşmazlık konusunun daha da ağırlaştırılmaması ve zararın sonradan karşılanamayacak kadar yüksek meblağlara ulaşması riski hakemler tarafından dikkate alınması gereken bir olgudur. Burada, teminat mektubunu elinde bulunduran tarafın bunu paraya çevirme hakkı ile karşı tarafın bu durum gerçekleştiğinde uğrayacağı zarar hassas bir biçimde hakemlerce dengelenmelidir. Hakemlerin teminat mektubunu paraya çevirmeyi yasaklamaya yönelik bankalara verecekleri tedbir kararının “*imperium*” gerektiren bir geçici tedbir kararı niteliği taşıdığı çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>499</sup>. Zira, olağan şartlarda teminat mektubunu elinde bulunduran tarafın bunu paraya çevirme hakkı mutlak ve bu hak çok kısıtlı durumlarda engellenebilmektedir. Diğer bir deyişle, teminat mektubunun paraya çevrilmesini önlemeye yönelik tedbir kararları mahkemelerce bile çok sınırlı hallerde verilebilmektedir. Böyle bir yasaklama veya talimatın, hakimlerde olduğu gibi hakemlerde de “*imperium*” gerektiren bir yetki olduğunda şüphe yoktur. Tahkim anlaşmasının sözleşmesel niteliği gereği hakemler, bu anlaşmaya taraf olmayan üçüncü şahısları, yani bankaları bağlayacak bir tedbir kararı veremeyecek ve bu eksiklik “taraf iradesi”yle dahi bertaraf edilemeyecektir. Bu sebeptendir ki, uygulamada çoğu zaman “teminat mektubunun paraya

<sup>499</sup> MAYER, *Imperium*, s. 444.

çevrilmesinin önlenmesine ilişkin ihtiyati tedbir kararı”nın mahkemelerden alındığı görülmektedir. Bununla beraber, üçüncü şahıs konumundaki bankalara yönelik emir veremeyecek olan hakemler, bizzat tarafların şahsına yönelik olarak “teminat mektubunu paraya çevirmeme” tedbirine hükmedebilmektedirler. Ne var ki, hakemlerce verilecek böyle bir geçici tedbir kararına uyulmaması ihtimali, tedbirin önem ve niteliği karşısında mahkemelere başvurulmasını tercih edilir kılmaktadır.

#### **d) Dava konusu hakka geçici olarak önceden kavuşmayı sağlayan tedbirler**

Hakemlerin, tahkim yargılaması esnasında karşılaştıkları ve uygulamada sorun yaratan bir diğer geçici koruma tedbiri türü de, daha evvel incelemiş olduğumuz “geçici ödeme tedbirleri”dir. Uyuşmazlıkta kimin haklı olduğunun henüz nihai kararla saptanmadığı bir zamanda, alacağın tartışmalı sayılmayacağı hallerle sınırlı olarak, borçlunun gelecekte ödeme güçlüğüne düşme riskinin bulunması halinde veya alacaklının mali durumu açısından ön ödemenin zaruri sayılabilmesi durumunda, alacağın tamamına veya belli bir miktarına önceden kavuşabilmeyi sağlayan bu tür tedbir kararlarının hakemler tarafından verilemeyeceği; zira geçici koruma tedbiri olup olmadığı bile tartışmalı olan bu kararların uluslararası tahkim açısından pek çok sakıncalarının bulunduğu doktrinde ağırlıklı görüş olarak benimsenmektedir<sup>500</sup>.

Öncelikle böyle bir geçici tedbire hükmedilebilme yetkisi, alacağın tabi olduğu, diğer bir deyişle uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka değil, hakemlerin yetkisini belirleyen hukuka tabi olan bir meseledir. Bununla beraber, dava konusu alacağı, yargılama neticelenmeden evvel peşinen elde etmeye yarayan bu tür tedbir kararlarına çok az ülke hukuk sisteminde<sup>501</sup> yer verildiği düşünüldüğünde; böyle bir geçici tedbir kararının söz konusu olabilmesi için tahkime uygulanacak hukukun bu ülke hukuk sistemlerinden biri olması gerekecektir. Ancak bu bile hakemlerin talep edilen bu tür tedbirlere hükmedebilmeleri için yeterli olmayacaktır. Zira, bu tür tedbirlere usul hukuklarında yer veren ülkeler, bu tür tedbirlerin ancak ve ancak mahkemelerce verebileceğini hüküm altına almışlardır. Örneğin, bu tür tedbirlerin bulunduğu Fransız Hukuku’na göre, tahkim yeri Fransa olsa veya tahkim usulüne Fransız Hukuku’nun uygulanması kararlaştırılmış dahi

<sup>500</sup> **MAYER**, *Imperium*, s. 448-449.

<sup>501</sup> İngiliz Hukuku’ndaki “*interim payment*” ile Fransız Hukuku’ndaki “*référé-provision*” bunlara örnek olarak verilebilir.

olsa, hakemler *référé-provision* kararı veremezler, çünkü Fransız Hukuku'nda bu tür kararları verebilme yetkisi sadece hakimlere tanınmıştır.

Diğer taraftan, hakemlerin bu yetkileri “*imperium*” açısından da sorun teşkil etmektedir. Yeni bir durum yaratan bu tür kararların ancak “*imperium*”u olan hakimler tarafından verilebileceği ileri sürülmüştür<sup>502</sup>. Zira henüz esasa ilişkin yargılama tamamlanmadan, ilk bakışta alacağın tartışmalı olmadığı inancıyla böyle bir tedbire hükmedilmesi, geçici ödeme kararının az da olsa yanlış olabilme ihtimali karşısında taraflardan birine haksız bir menfaat sağlamak anlamı taşıyacaktır. Sonradan tedbirin haksız verildiği saptanırsa, peşinen ödenmiş olan meblağın, faiziyle birlikte geri alınabilmesi ancak *imperium* sahibi olan hakimlerin zorlayabileceği bir çaredir.

Sonuç olarak, dava konusu alacağı kısmen veya tamamen yargılama neticelenmeden evvel peşinen elde etmeye yarayan bu tür tedbir kararları *imperium* gerektirmektedir. Bununla beraber, tarafların hakemleri açık olarak bu tür tedbir kararları verebilmeleri konusunda yetkilendirmeleri veya tahkim usulüne, bu tür tedbirlerin hakemlerce de verilebileceğini açıkça kabul eden bir usul hukukunun uygulanması durumunda hakemlerin geçici ödeme kararına hükmedebileceklerini söylemek mümkündür<sup>503</sup>. Bu iki hal dışında hakemlerin bu tür geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmeleri mümkün olmayacaktır<sup>504</sup>.

Bir an için hakemlerin hukuki açıdan geçerli bir geçici ödeme tedbirine hükmedebileceklerini varsaysak bile, bu ihtimalde dahi hakemler aslında bu tür tedbir kararları verirken kendilerini ne denli zor bir pozisyona sokacaklarını bildiklerinden, bu konuda oldukça çekimser ve tereddütlü hareket edeceklerdir. Gerçekten de, geçici ödeme talebini kabul eden hakemlerin, yapılan tahkim yargılaması sonucunda yanıldıklarını anladıklarında vermiş oldukları karardan dönmeleri psikolojik açıdan oldukça zor olacaktır. Bu durum ise, ilk bakışta tartışmalı olmayan alacağı yönelik esasa ilişkin kararın, geçici ödeme kararı ile çelişmemesi yönünde hakemler üzerinde baskı yaratacaktır<sup>505</sup>.

<sup>502</sup> **MAYER**, *Imperium*, s. 448.

<sup>503</sup> **MAYER**, *Imperium*, s. 449.

<sup>504</sup> Bu husus, uluslararası tahkim uygulamasında sıkça zikredilen Kostas Melas Kararında açık ve net bir biçimde vurgulanmıştır. Karar için bkz. *SL Sethia Liners Ltd. v/ Naviagro Maritime Corp.*, (1981) 1 Lloyds Rep. 18. Kararın değerlendirmesi için bkz. **KNOEPFLER**, *Mesures Provisoires*, s. 315; **MAYER**, *Imperium*, s. 449.

<sup>505</sup> **MAYER**, *Imperium*, s. 449.

Geçici ödeme şeklindeki tedbir kararlarının yegâne şartının “alacağın ciddi anlamda tartışmalı olmaması” şartı olduğu düşünüldüğünde, bu husus bile, esasa ilişkin hakem kararının iptaline sebep olabilecektir. Uluslararası tahkim tarafların iradesine dayanan özel bir yargılama türü olduğundan, borçlu tarafça ileri sürülen savunmaların “ciddi anlamda tartışmaya değer bulunmaması”, adil yargılanma ilkesi ve savunma haklarına riayet edilmesi zorunluluğu açısından sonraki aşamalarda hakem kararının geçerliliğini zedeleyecek nitelikte<sup>506</sup> olduğundan, bu tür tedbirlerin, *imperium* sorununun da ötesinde, tahkim kurumuyla bağdaşmayacağı vurgulanmalıdır.

#### e) Malvarlığı üzerinde tasarruf edilmesini önlemeye yarayan geçici koruma tedbirleri

Değişik ülkelerin hukuk sistemlerinde, malvarlığının kaçırılması maksadıyla kişinin sahip olduğu tasarruf yetkisini kullanmasını önlemeyi sağlayan farklı geçici koruma tedbirleri mevcuttur. Bu tedbirlerden bazıları İngiliz Hukuku’ndaki *mareva injunction* tedbirleri gibi kişiye yönelik (*in personam*) iken, bazıları da Türk Hukuku’ndaki ihtiyati haciz veya Fransız Hukuku’ndaki *saisie conservatoire* gibi doğrudan malvarlığı üzerinde (*in rem*) etki doğurmaktadır.

Malvarlığının kaçırılmasını engellemeye yarayan bu kategorideki geçici koruma tedbirlerinin *imperium* gerektiren türde tedbirler olduğundan doktrinde şüphe edilmemektedir. Zira bu tedbirlerde hem “emir” özelliği, hem de “yaptırım ve güç kullanma” özelliği birarada bulunmaktadır<sup>507</sup>.

Uyuşmazlığın tarafı olan bir şahsı, uyuşmazlık konusu olsun veya olmasın, kendisine ait olan bir malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinden yoksun bırakmak veya kişinin o mala ulaşmasını, satıp devretmesini yasaklamak gibi tedbirlerin hakemler tarafından verilebilmesi için, tıpkı yapma veya yapmaktan kaçınmaya yönelik geçici tedbirlerde olduğu gibi; tarafların buna ilişkin olarak hakemleri açıkça yetkilendirmiş olması veya tahkim usulüne uygulanan hukukta hakemlere bu tür geçici tedbir kararlarına hükmedebilme yetkisinin tanınmış olması gerekmektedir<sup>508</sup>.

<sup>506</sup> MAYER, *Imperium*, s. 449.

<sup>507</sup> MAYER, *Imperium*, s. 450.

<sup>508</sup> MAYER, *Imperium*, s. 450.

Bununla birlikte, hakemler bu tür geçici koruma tedbirlerine hükmedebilseler dahi, bu tedbirlerin niteliği gereği, yaratacakları sonuç ve etkinlikleri konusunda ciddi hukuki engeller bulunmaktadır.

İlk olarak, malvarlığı üzerinde etki doğuran geçici tedbirler çoğu zaman sadece borçlu olan kişiyi değil, esas ilişkiden bağımsız üçüncü kişileri de etkilemektedir. Oysa tahkim anlaşması sadece tarafları bağladığı için ve hakemler de yetkilerini sadece uyuşmazlığın tarafı olan bu kişilerin iradesinden aldığı için, hakemlerce verilecek herhangi bir karar, bu karar nihai veya geçici tedbir kararı olsun olmasın, ancak taraflar üzerinde etki edecek kuvvettedir. Dolayısıyla, hakemlerin bu tür geçici tedbir kararı verebilme yetkisi bulursa dahi, bu yetkinin üçüncü şahısların haklarına tesir etmemesi şarttır. Başkasının elinde bulunan bir malın veya bir alacağın haczedilmesi bu gibi durumlara örnek olarak gösterilebilir. Hiç kuşkusuz, bu gibi durumlarda hakemlerin malvarlığı üzerinde geçici tedbir kararı verebilmesi mümkün olmayacaktır<sup>509</sup>.

İngiliz Hukuku'nda buna benzer meseleler, *mareva injunction* türü geçici tedbirlerle aşılmaya çalışılmıştır. Burada, kişinin mala ulaşmasını ve mal üzerinde tasarruf etmesini önleyen bu tür tedbir kararlarından malı elinde bulunduran üçüncü şahıs haberdar edilmekte ve bu üçüncü şahsa, hakkında tedbir kararı alınan kişiye malı teslim etmemesi veya örneğin bu bir banka ise, paranın ödenmemesi (*injunction*) emredilmektedir. Ayrıca üçüncü şahsın bu emre aykırı hareketinin "*contempt of court*" ile cezalandırılacağı da kendisine belirtilmektedir. Ancak hakemlerce üçüncü kişilere böyle bir emrin verilebilmesi, hem üçüncü kişilerin tahkime taraf olmaması, hem de bu emre aykırılığı yaptırıma bağlayan "*contempt of court*" usulünün münhasıran devlet yargısında geçerli olabilmesi nedeniyle mümkün olmayacaktır. Bir an için hakemlerin üçüncü şahsa böyle bir emir verebileceği kabul edilebilse dahi, bu emre itaatsizliğin yaptırımının olmayışı bu tür geçici koruma tedbirlerinin etkinliğini sorgulatacaktır. Hal böyle iken, tedbirden menfaat uman taraf, tedbiri hakemlerden talep etmek yerine, mahkemelere başvurmayı tercih edecektir<sup>510</sup>.

<sup>509</sup> Bazı durumlarda ise, her ne kadar geçici tedbir kişiye değil de, mala yönelmiş olsa bile, üçüncü şahısların durumları yine de etkilenmektedir. Borçlu havayolu şirketine açılan tahkim davası süresince, uyuşmazlık konusu olan uçağın yolculuktan menedilmesine ilişkin tedbir kararının, o uçakla seyahat etmek isteyen yolcuların haklarını etkileyeceği bu duruma örnek olarak gösterilebilir (MAYER, *Imperium*, s. 451).

<sup>510</sup> MAYER, *Imperium*, s. 450.



Hakemlerin, nihai kararın icrasını temin etmek maksadıyla uyuşmazlık konusu olmayan malvarlığı üzerinde etki doğuracak geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin bulunup bulunmadığı sorunu, uluslararası tahkim doktrininde tartışmalı olan konuların başında gelmektedir. Birçok ülke hukuk sisteminde, hakemlerin, uyuşmazlık konusu olmayan mala veya malvarlığına yönelik geçici koruma tedbirine hükmedebilme yetkisinin bulunmadığı zımnen veya açıkça hüküm altına alınmıştır<sup>511</sup>. Hakemlere bu yönde bir tedbir kararı verme yetkisinin tanınmamasının ardında, kanun koyucuların, malvarlığı üzerine tedbir konulmak istenen kişinin tahkime konu olan uyuşmazlıktaki karşı tarafı ile borçlu olabileceği diğer alacaklıları arasında eşitsiz bir konum yaratmama kaygısı bulunmaktadır<sup>512</sup>. Zira bir uyuşmazlığın tahkim ile çözülüyor olması, hakem kararı lehine çıkan tarafı, diğer alacaklılara nazaran ayrıcalıklı kılmamaktadır.

Hemen her ülkede, el koyma veya ihtiyati haciz gibi zorlayıcı niteliğe sahip geçici koruma tedbirleri (*mesures de coercion*) “cebri icra hukukuna” ait bir mesele olarak sayılmakta ve cebri icra hukukuna ait meseleler devlet yargısının münhasır yetkisinde kabul edilmektedir<sup>513</sup>. Bu sebeple, bu tür geçici tedbir kararlarının hakemlerce verilebilmesi pek çok hukuk sisteminde kabul edilmemektedir.

Daha evvel de belirttiğimiz üzere, uyuşmazlık konusunu belirli bir malın oluşturduğu hallerde, tahkim yargılaması sonuçlanıncaya ve hakem kararı oluşuncaya dek geçecek olan zaman zarfında söz konusu mal üzerinde tasarruf edilmesinin önlenmesi amacıyla hakemlere uyuşmazlık konusu üzerinde ihtiyati tedbir kararı alabilme yetkisinin tanınması, hiç şüphesiz nihai kararın bir anlamı olması için gerekliliği kabul edilen bir yetkidir<sup>514</sup>.

<sup>511</sup> Buna mukabil, Amerikan mahkemelerinin uygulaması uyarınca, muhtemel nihai kararın temini amacıyla borçlunun malvarlığına yönelik geçici tedbir konulması mümkündür (**MAYER**, s. 451). 2006 yılında değişikliğe uğramış olan UNCITRAL Model Kanun’un 17. maddesinin 2. fıkrasında hakemlerin bu tür tedbirlere hükmedebilecekleri belirtilmiştir.

<sup>512</sup> **MAYER**, *Imperium*, s. 451

<sup>513</sup> Fransız Hukuku açısından da konu cebri icra hukuku meselesi olup, bu tür geçici tedbirler, devlet mahkemelerinin mutlak ve münhasır egemenliği alanına girmektedir (**MAYER**, *Imperium*, s. 451). Türk Hukuku’nda da ihtiyati haciz, cebri icra hukukunun bir parçası olarak görülmektedir ve Yargıtay kararlarında da, bu tür geçici tedbirlerin mahkemelerin münhasır yetkisine girdiği ve konunun devletin egemenlik hakkıyla ilgili olduğu açıkça vurgulanmıştır: Y. 11. HD. E. 2006/7031, K. 2006/8189, T. 10.7.2006 (www.kazanci.com.tr); YHGK. E. 1998/12-287, K. 1998/325, T. 6.5.1998 (**SAKMAR Atâ/EKŞİ** Nuray/**YILMAZ** İlhan: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları, İstanbul, 2001, s. 220 vd).

<sup>514</sup> Önceden yürürlükte olan UNCITRAL Model Kanunundan (md. 17) farklı olarak, hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verirken dava konusu ile sınırlı karar verebileceklerine ilişkin bir ifade Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda yer almamaktadır. Böyle bir sınırlamanın Kanunda yer almasının sebebi, MTK’nın hakemlere ihtiyati haciz kararı verebilme yetkisi tanımış olmasından

Ancak, söz konusu nihai hakem kararından önceki dönemde, para alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklar olduğunda hakemlere ihtiyati haciz kararı verebilme yetkisi tanımak bu denli tereddütsüz kabul edilen bir genel kural olmaktan uzaktır. Nitekim birçok ülkenin hukuk sisteminde ihtiyati haciz kavramı genellikle hakemlerin yetki alanının dışında mütalaa edilmiştir<sup>515</sup>.

Doktrinde hakemlere ihtiyati haciz kararı verme yetkisinin tanınmamasının gerekçelerinden biri olarak, hakemlerin ihtiyati haciz kararı verebilmek bakımından gerekli olan yargı yetkisinden yoksun olmaları ileri sürülmüştür<sup>516</sup>. Bu düşünceye göre, hakemlerin yargı yetkisi, tahkim anlaşmasının tarafları ile bu anlaşmanın kapsadığı uyuşmazlıkla sınırlıdır. Uyuşmazlık belli bir malvarlığını ilgilendirdiğinde, bu malvarlığı üzerinde tarafın tasarrufta bulunmasının önlenmesi maksadıyla geçici koruma tedbiri alınabilse de; uyuşmazlığın para alacaklarıyla ilgili olması durumunda, hakemlerin bu alacağı nihai hakem kararından önce güvence altına almaya yönelik olarak verecekleri ihtiyati haciz kararının tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil edeceği savunulmuştur. Örneğin, borçlunun bankadaki parası üzerinde ihtiyati haciz kararının alınması söz konusu olduğunda, bankaların tahkim anlaşmasına taraf olmamaları sebebiyle, hakemler bankalara yönelik böyle bir karar veremeyecekleri gibi, üçüncü şahıslara tesir edecek nitelikte tedbir kararına hükmedebilmeleri de mümkün olmayacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, doktrinindeki bu genel olumsuz yaklaşıma rağmen ihtiyati haczi açıkça benimsemesi dikkat çekicidir. Gerçekten de, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası hükmünde hakemlerin hem ihtiyati tedbire hem de ihtiyati hacze karar verebilecekleri belirtilmektedir.

---

ötürüdür. Zira, ihtiyati tedbirler, dava konusu ile ilgili olarak verilebilse dahi, ihtiyati hacizlerin dava konusuyla ilgili olması imkânsızdır. Bununla beraber, bu, hakemlerin vereceği ihtiyati tedbir kararlarının mutlaka dava konusu şey ile ilgili olması gerekeceği anlamına da gelmemektedir.

<sup>515</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 126; LEW, *Analyse*, s. 25; BERTI, 430-431; YEŞİLOVA, s. 663. Örneğin Belçika Yargılama Usulü Kanunu md. 1696/ I uyarınca, hakemlerin, tarafların mahkemeye başvuru hakkı saklı kalmak kaydıyla, talep halinde, ihtiyati haciz kararı dışında, geçici veya koruyucu tedbirlere hükmedebilecekleri düzenlenmiştir (YEŞİLOVA, s. 662). Bu konuda Alman ve İsviçre Hukukunda sadece ihtiyati tedbirden bahsedilmiş, hakemlerin ihtiyati haciz kararı verebilecekleri kabul edilmemiştir (PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 124). Bununla beraber, hakemlerin ihtiyati haciz kararına benzer işleve sahip tedbir kararı verebilecekleri yabancı hukuklarda da kabul görmektedir. Örneğin, borçlunun bankadaki parası haczedilememekle birlikte, bu parayı borçlu olan davalının çekememesine karar verebilir. Benzer bir şekilde, davalıdan bir teminat mektubu getirmesinin istenmesi, onun malvarlığının ihtiyaten haczedilmesi yerine tedbir kararı ile tasarruflardan korunması anlamına gelmektedir (PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 126). Keza İngiliz Hukukundaki *Mareva Injunction* kararları, ihtiyati haciz karakteri olmayan, borçlunun mallarına el konulmasının değil, borçlunun mallarını haczetmeden alacaklının alacağı nispetinde bu mallar üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlayan türde bir ihtiyati tedbir türüdür ve fakat ihtiyati hacize benzer işleve sahiptir (PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 124).

<sup>516</sup> Bu fikrin ayrıntılı gerekçeleri için bkz. YEŞİLOVA, s. 663.

Bununla beraber, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, hakem veya hakem kurulunun, "cebri icra organları tarafından icrası ya da resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken" ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı veremeyeceklerine ilişkin düzenlemesinin karşısında bu hüküm ciddi bir çelişki yaratmaktadır. Bu hususa ayrıntılı bir biçimde ileride değineceğimizden, şimdilik bu çelişkili duruma işaret etmekle yetineceğiz.

### III. Mahkemelerce Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerine Hükmedilmesi

Oldukça uzun bir süre, tahkime konu olan uyuşmazlıklarda geçici hukuki koruma tedbirlerine sadece mahkemelerce karar verilebileceği, hakemlerin böyle bir yetkilerinin bulunmadığı kabul edilmiştir. Örneğin bugün dahi yürürlükte olan Yunan Medeni Usul Kanunu'nun 889. maddesi, İtalyan Medeni Usul Kanunu'nun 818. maddesi ve İsviçre'de yerel tahkimi düzenleyen Concordat Intercantonal Suisse sur L'Arbitrage<sup>517</sup> md. 26 hükmü, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedemeyeceklerini açıkça ifade etmektedir<sup>518</sup>. Türk Usul Hukuku'nu etkileyen hukuk sistemlerinden biri olan İsviçre Hukuku'nda, hakemlere yerel tahkim açısından geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisi tanınmamasının sebebi olarak, bu tür tedbir kararlarının cebri icra hukukuna ait bir mesele olarak görülmesi ve hakemlerin de cebri icra yetkisinin bulunmaması gösterilmektedir<sup>519</sup>.

Türk Hukuku'nda da iç tahkim açısından durum farklı değildir; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda konuya ilişkin hiçbir kanun hükmünün bulunmaması, İsviçre Hukuku'ndakine benzer gerekçelerle, Türk Hukuku'nda da hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedemeyecekleri şeklinde yorumlanmıştır ve bu görüş bugün dahi geçerliliğini korumaktadır<sup>520</sup>. Yerel tahkim açısından, hakemlerin geçici tedbir kararına hükmedememelerinin ardında; esas olarak geçici tedbirlerin rızaen

<sup>517</sup> İsviçre Hukukunda iç hukuk tahkimi ve uluslararası tahkim iki ayrı kanunda düzenlenmiştir. İç hukuk tahkimi, 1969 Tarihli Tahkime İlişkin Kantonlar Arası Konkordato (Concordat Intercantonal Sur L'Arbitrage) ile düzenlenirken, uluslararası tahkim ise 1987 Tarihli Uluslararası Özel Hukuka İlişkin Federal Kanun içerisinde yer alan 12. Bölümde düzenlenmektedir.

<sup>518</sup> Yerel tahkim açısından geçici hukuki koruma tedbirlerini düzenleyen Konkordato'nun 26. maddesi, "Geçici tedbirlere hükmetme yetkisi münhasıran adli mercilere aittir. Bununla beraber, taraflar hakem mahkemesince önerilen geçici tedbirlere rızaen uyabilirler" şeklinde bir hüküm getirmek suretiyle, hakemlerin tarafları zorlayıcı bir biçimde geçici tedbir kararlarına hükmedemeyeceklerini, bu tür tedbirleri ancak "önerebileceklerini" ve tarafların bu geçici tedbir kararlarına uyup uymamakta serbest olduklarını kabul etmektedir.

<sup>519</sup> BAHMAEI, s. 121.

<sup>520</sup> KURU, s. 4324; AKINCI Ziya: "Hakemlerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi", Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir, 1997, s. 218 (İhtiyati Tedbir).

uygulanmaması durumunda zorla yerine getirilmeleri gerekeceği, bu husus göz önüne alındığında ise ihtiyati tedbirlerin icrasında kamu otoritesi kullanımının zorunlu olduğu, bunun da ancak ve ancak kamu iktidarına sahip olan mahkemeler aracılığıyla yerine getirilebileceği gerekçesi yatmaktadır. Mahkemelerin sahip oldukları kamu iktidarına karşılık, hakemlerin yetkilerini salt taraf iradelerinden almaları sebebiyle “*imperium*” adı verilen bu yetkiden yoksun olmalarından ve iç tahkimde bunu bertaraf edecek özel bir düzenleme de bulunmadığından dolayı hakemlerin yerel tahkimde ihtiyati tedbir veya ihtiyati hacze karar verme yetkilerinin bulunmadığı görüşü bugün için Türk Hukuku’ndaki baskın görüştür<sup>521</sup>.

Bunun yanı sıra, mevzuatında açık bir yasaklama öngörmeyen hukuk sistemlerinde, kanun koyucuların bu sessizliğine verilen anlam, son zamanlara dek hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkilerinin bulunmadığı şeklinde olmuştur<sup>522</sup>. Bu tür hukuk sistemlerinde, yasal düzenlemelerinde açık bir yasaklama ve hatta dolaylı bir sınırlama dahi bulunmamasına rağmen hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedemeyeceklerinin ve bu yetkinin sadece mahkemelerde olduğunun kabul edilmesindeki sebep yine hakemlerin “*imperium*” yetkilerinin bulunmadığına ilişkin yerleşmiş kanaattir.

## A) Tahkime Konu Uyuşmazlıklarda Geçici Koruma Tedbiri Talebiyle

### Mahkemelere Başvurulmasını Gerektiren Haller

Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi kararlaştırıldığında, mahkemeler artık o uyuşmazlığın esası hakkında yetkilerini yitirirler. Uluslararası tahkimin devlet yargısı üzerindeki dışlayıcı etkisini yansıtan temel prensip bu olmakla birlikte<sup>523</sup>, tahkim yargılamasının ve neticesinde verilecek hakem kararının

<sup>521</sup> KURU, s. 6055; PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 118; YILMAZ, s. 878; ÜSTÜNDAĞ, s. 964, PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 597; ERTEKİN/ KARATAŞ, s. 209. Ancak doktrinde YILMAZ tarafından savunulan bir görüş, olması gereken hukuk açısından en azından ihtiyati tedbirin icrası için kamu otoritesinin gerekmediği durumlarda HUMK’da değişiklik yapılarak hakemlere de bu kararı alma yetkisi tanınabileceğini veya mahkemelerin bu konuda yardımcı rol üstlenebileceğini ileri sürmektedir (YILMAZ, s. 878). Nitekim yeni HUMK Tasarısı 418. maddesinde hakemlere bu yetkiyi tanımaktadır. Gerçekten, henüz yasalaşmamış olan HUMK Tasarısının yerel tahkimi düzenleyen kısmında yer alan “ihtiyati tedbir ve delil tespiti” başlıklı 418. maddesi “*Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilir*” hükmü getirmek suretiyle 4686 sayılı Kanundan sonra hakemlere iç hukuk tahkimi açısından da ihtiyati tedbir ve delil tespiti kararı verme yetkisini kabul eden bir düzenlemeyi benimsemiştir.

<sup>522</sup> MAYER, *Imperium*, s. 445; YEŞİLOVA, s. 647.

<sup>523</sup> OUKRAT, s. 244.

etkinliğini sağlamak amacıyla kimi zaman devlet yargısına başvurarak mahkemelerin yardımını almak zorunluluğu başgösterir. Geçici koruma tedbirleri bu konulardan en önemlisini oluşturur.

Geçici koruma tedbirleri açısından mahkemelerin tahkim yargılamasına yardım ve müdahalesini gerekli kılan sebepler, esasında tahkim kurumunun bünyesinde barındırdığı bir takım zayıflıklardan ileri gelmektedir. Bu zayıflıkların bazıları hukuki, bazıları ise maddi sebeplere dayanmaktadır. Hiç kuşkusuz, hukuki olarak nitelenen bu zayıflıklar her ülkenin tahkime bakış açısını yansıtan yasal düzenlemelerinden ve hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisi açısından gerekli otoriteye sahip olamamasından kaynaklanmaktadır. Maddi olanlar ise bizatihi tahkim kurumunun niteliğine ve fiziki imkânsızlığa dayanır.

### **1) Mahkemelere Başvurulmasını Gerektiren Maddi Sebepler**

Hakemler, kanunlar çerçevesinde teorik olarak geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisine sahip olsalar bile, öyle bazı durumlar olabilir ki, tahkim kurumunun kendine has özellikleri yüzünden etkin ve yerinde tedbir alınması çok zor ve hatta imkânsız olabilir.

Bu sebeplerden ilki, tahkimde hakem heyetinin sürekli faaliyet gösteren bir yargılama merci olmamasına dayanır. Gerçekten de, tahkimin sözleşmesel ilişkiye dayanan özel bir uyuşmazlık çözüme yöntemi olmasından ötürü, hakem mahkemeleri, devlet yargısının aksine, sürekli olarak faaliyette olan bir yargılama merci değildir. Seçilecek hakem veya hakem heyeti, belli bir uyuşmazlığın çözümü için oluşturulur. Ancak, aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesini isteyen taraflar, bu amaçla kendileri veya yetkilendirecekleri kurum tarafından seçilecek hakem veya hakem heyetinin belirlenmesine dek geçecek süre zarfında geçici koruma tedbirlerine ihtiyaç duyabilirler. Böyle bir durumda ise geçici koruma tedbirleri için başvurulabilecek bir hakem veya hakem heyeti bulunmayacağından, mahkemelere müracaat etmek gerekecektir. Uyuşmazlıklarda geçici koruma tedbirlerine en çok ihtiyaç duyulan zamanın çoğu kez tahkim yargılamasının başındaki bu kritik zaman

dilimi olduğu düşünülüğünde<sup>524</sup>, mahkemelerin tahkim yargılamasına yardımlarının da sıklıkla bu sebebe dayandığı söylenebilir.<sup>525</sup>

Tahkim yargılamasının niteliği gereği mahkemelere başvurulmasını zorunlu kılan bir başka sebep de, hakemlerin bazı durumlarda “*etkin*” geçici koruma tedbirleri alamayacak olmalarıdır<sup>526</sup>. Tahkimin “dosya üzerinden” yürütülebilecek bir yargılama türü olmayıp, her iki tarafın da iddia ve savunmalarının dinlenmesi ve tarafların savunma hakları açısından eşitliğinin daimi olarak gözetilmesi zorunluluğu, hakemlerin “*ex parte*” tedbir kararı almalarına engel olarak görülmektedir<sup>527</sup>. Oysa öyle bazı haller olabilir ki, talep edilen geçici koruma tedbiri ancak ve ancak “*ex parte*” yani karşı tarafın yokluğunda ve ondan habersiz alındığında etkili olabilir. Özellikle taraflar arasındaki statükoyu korumaya yönelik olan geçici tedbirler açısından böyle bir durum söz konusudur. İşte, geçici koruma tedbirlerinde “sürpriz etkisi”nin aranacağı bu gibi durumlarda, hakemlerden alınamayacak “*ex parte*” tedbirler için mahkemelere başvurulması tek çare olmaktadır<sup>528</sup>.

## 2) Mahkemelere Başvurulmasını Gerektiren Hukuki Sebepler

Taraflar arasında tahkim anlaşması olmasına rağmen, uyuşmazlığın esasını çözmekte yetkisi bertaraf edilmiş olan devlet yargısının, geçici koruma tedbirleri konusunda hakemlerin yanı sıra yetkilerini muhafaza etmesi, maddi sebeplerden ziyade aslında hukuki nedenlere dayanmaktadır.

Tahkim kurumunun kaynağında sözleşmesel bir ilişki bulunması ve taraf iradesinin tahkim anlaşmasında somutlaşması, devlet yargısına oranla hakemleri iki yönden zaafa uğratmaktadır. İlki, geçici koruma tedbirleri de dahil olmak üzere, hakemlerce verilecek hiçbir kararın tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü şahıslara etki edemeyecek olmasıdır. Zira hakemlerin yetkisi, onların verecekleri

<sup>524</sup> Delillerin korunma altına alınması ve tespiti, bilirkişi tayini, uyuşmazlık konusu malın başkasına devredilmesinin engellenmesi gibi geçici koruma tedbirlerine çoğu zaman uyuşmazlık çıktığı anda ve fakat hakem veya hakem heyeti henüz oluşmadan evvel ihtiyaç duyulmaktadır (OUKRAT, s. 245).

<sup>525</sup> YEŞİLOVA, s. 716.

<sup>526</sup> OUKRAT, s. 245.

<sup>527</sup> Hakemlerin, karşı tarafın yokluğunda geçici koruma tedbirlerine hükmedip hükmedemeyecekleri uluslararası tahkim doktrininde tartışmalı olan bir konudur. Ağırıklı görüş hakemlerce *ex parte* tedbirlere hükmedilemeyeceğidir. Her ne kadar bazı ulusal hukuk sistemlerinde veya tahkim kurumlarının tüzüklerinde *ex parte* tedbirlere hükmedilebileceği kabul edilmiş olsa dahi, bu sefer de hakem kararının tenfiz engeline takılabileceği ihtimali yüzünden hakemler kendilerini bu tür geçici koruma tedbirlerine hükmetmekte çok da özgür hissedememektedirler. Dolayısıyla, istisnai durumlar haricinde, karşı tarafın yokluğunda geçici koruma tedbiri almak isteyen taraf sıklıkla bu talebini mahkemelere taşımak zorunda kalmaktadır.

<sup>528</sup> OUKRAT, s. 246.

kararla bağılı olma iradesini gösteren tahkim sözleşmesinin tarafları ile sınırlıdır. Tahkim kurumunun bir diğere zaafi ise, tarafların iradesinden yetki alan hakemlerin yetki alanlarının, doğal olarak tarafların kanunlar çerçevesinde sahip oldukları yetki ile sınırlı olmasıdır. Diğere bir ifadeyle, taraflar, kendilerinde olmayan bir yetkiyi hakemlere devredemezler.

Bazı geçici koruma tedbirleri için mahkemelere başvurulması zorunluluğı, Türk Hukuku açısından da Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6. maddesinin ikinci fıkrasında da açıkça ifade edilmiştir. Hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verebilme yetkilerinin sınırlarını da çizen bu hüküm uyarınca; "*Hakem veya hakem kurulu, cebri icra organları tarafından icrası ya da diğere resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyeceğı gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı da veremez*".

Aşağıda, MTK. md. 6/ 2 hükmü de dahil olmak üzere, geçici koruma tedbirleri için mahkemelere başvurulmasını gerektirecek hukuki sebepler ayrıntılarıyla incelenecektir.

#### **a) Cebri İcra Organları Tarafından İcrası veya Diğere Resmi Organlar Tarafından Yerine Getirilmesi Gereken Geçici Koruma Tedbirleri**

Gerek hukukumuzda (MTK. md. 6/ 2), gerekse diğere ülke hukuk sistemlerinde, geçici koruma tedbirleri için mahkemelere başvurulmasını gerekli kılan hukuki sebeplerin başında, hakemlerin *imperium* yetkisinin yokluğuna dayanan "*cebri icra organları tarafından icrası veya resmi diğere organlar tarafından yerine getirilmesi gereken*" geçici koruma tedbirlerinin söz konusu olduğu haller gelmektedir<sup>529</sup>.

MTK. md. 6/ 2'de de ifadesini bulan bu durum, bir diğere açıdan hakemlerin geçici koruma tedbirleri bakımından sahip oldukları yetkinin sınırlarını da çizmektedir. Zira hemen her ülke hukuk sisteminde olduğu gibi, Türk Hukuku uyarınca da, hakemler, cebri icra organları tarafından icrası ya da diğere resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremezler. Örneğın, hakemler Karayolları Genel Müdürlüğü veya Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından uygulanacak bir tedbir kararına

<sup>529</sup> DE LEVAL, s. 14 vd.; OUKRAT, s. 247 vd.

hükmedemezler<sup>530</sup>. Keza hakemler, tedbiren bir malın ya da aracın yurt dışına çıkarılmaması için gümrük müdürlüklerine yazı yazılmasına ya da tapu müdürlüklerine, taraflardan birine ait gayrimenkullerin ihtiyaten haczedilmesine veya bir başkasına devredilmemesi için tedbir konulmasına dair emir de veremezler<sup>531</sup>. Örnekleri çoğaltmak gerekirse, hakemler, resmi makam olan tapu dairesi, nüfus müdürlüğü, trafik müdürlüğü, ticaret sicili gibi resmi daireler tarafından yerine getirilmesi gereken tedbirlere de hükmedebilme yetkisini haiz değildirler. Zira özel kişilerden oluşan hakemlerin devletin resmi organlarının yerine getireceği emir niteliğindeki tedbir kararlarını verebilmelerine kanun cevaz vermemektedir<sup>532</sup>.

Bununla beraber iki hali birbirinden ayırmak gerekecektir. Gerçekten de, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ifade ettiği “*resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı*”ndan ne anlaşılması gerektiği büyük önem taşımaktadır. Hiç kuşkusuz, bu gibi bir sınırlamanın temelinde, devletin veya resmi organların hakemlerden emir veya talimat almayacağı, özel kişilerden oluşan hakemlerin devletin resmi organları hakkında tedbir kararlarına hükmedemeyecekleri<sup>533</sup>, bu hususların devletin hakimiyet alanına ilişkin münhasır yetkilerinden sayıldığı<sup>534</sup> ve *imperium* yetkisi olmayan hakemler tarafından anılan türde emir ve kararlar verilemeyeceği<sup>535</sup> gerekçeleri bulunmaktadır. Ancak pek tabiidir ki, bu resmi makamlar bizzat uyuşmazlığın tarafı iseler durum farklı şekilde değerlendirilecektir<sup>536</sup>. Bu takdirde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlığın tarafı

<sup>530</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 123.

<sup>531</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 102.

<sup>532</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 131.

<sup>533</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 123.

<sup>534</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2006/7031, K. 2006/8189 ve 10.7.2006 tarihli kararında “...ihtiyati haciz kararının cebri icra yolu ile uygulanmasına dair yetkinin, devletin hakimiyet alanına ilişkin münhasır yetkilerinden biri olduğu..., Türk mahkemelerinin Türkiye sınırları içinde geçerli olmak üzere ihtiyati haciz kararı verebileceği...” demek suretiyle, ihtiyati haciz kararının cebri icra yoluyla uygulanmasının devletin egemenlik hakkıyla bağlantısı açıkça vurgulanmıştır (www.kazanci.com.tr). Bir başka kararda da, “...İhtiyati haciz kararının infazının, hukuki sonuç ve hükümlerinin bir cebri icra olduğunda duraksama olmamalıdır. Cebri icra her devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkilerdendir. Yine cebri icra devletin egemenlik ve hükümlerlik haklarının kullanılmasının doğrudan bir sonucudur. O nedenle devletin nüfuz ve iktidarını simgeleyen bir hakimiyet tasarrufudur denilebilir. “Türk milleti egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir suretle, hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz, hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz (Anayasa Md. 6)” belirtilerek aynı görüş ifade edilmiştir (HGK, E. 1998/ 12-287, K. 1998/ 325 ve 6.5.1998 tarihli Karar için bkz. SAKMAR/ EKŞİ/ YILMAZ, s. 220 vd.).

<sup>535</sup> OUKRAT, 247 vd.

<sup>536</sup> Nitekim pek çok ulusal kanunda, devletin tahkim sözleşmesi yapması halinde tahkimle ilgili bir prosedürde yargı bağıışıklığını iddia edemeyeceği kabul edilmiştir (ÖZEL Sibel: “Devletin Özel Kişilerle Yapmış Olduğu Tahkim Sözleşmesi ve Yargı Bağıışıklığı”, İBD, C. 65, 1991, s. 906-907.



olan resmi makam, yani idare hakkında tedbir kararı verebilecektir. Zira tarafların eşitliği ilkesi, tahkim sözleşmesini imzalamış olan resmi kurum hakkında hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veribilmesini gerektirir<sup>537</sup>.

Aynı şekilde, hakemlerin vereceği bir ihtiyati haciz kararı ile bir malın davalının elinden alınarak ihtiyaten haczedilmesi de mümkün değildir<sup>538</sup>. Zira hakemlerin vereceği böyle bir ihtiyati haciz kararının icra edilebilmesi için davalının malına *cebri icra yolu* ile el konulması gerekecektir; oysa hakemlerin cebri icra organlarının icra edilecek bir ihtiyati haciz kararını verebilmeleri mümkün değildir.

Hakemlerin ihtiyati haciz kararı verebilme yetkisinin tahkime olan bu yabancılığı Türk Hukuku'nda özellikle **Pekantez** tarafından da haklı bulunmaktadır. **Pekantez**, hiçbir cebri icra gücü bulunmayan hakemlere kanuni düzenlemeyle ihtiyati haciz kararı verebilme yetkisi tanınmasının isabetli olmadığı görüşündedir<sup>539</sup>. Yazara göre, ihtiyati haczin tahkime yabancılığının en önemli sebebi, borçlunun uyumsuzlukla ilgisi bulunmayan mallarına zorla el konulmasıdır<sup>540</sup>. Oysa zorla el koyma "*kamu iktidarını*" kullanmayı gerektirir ve bu yüzden mahkemelere ait olan bu yetkinin tamamen taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına binaen yetki kazanan ve fakat özel şahıs statüsünde olan hakemlerce kullanılması mümkün değildir<sup>541</sup>. Yazara göre, resmi olarak borçlunun mallarına el koyma anlamına gelen ihtiyati haciz kararına, aleyhine haciz kararı verilen kişi tarafından kendiliğinden uyulması mümkün olmadığından, haciz işleminin cebri icra organlarına başvurularak uygulanması zorunludur. Cebri icra organlarına başvurabilmek için de bir mahkeme kararı gerekmektedir. Dolayısıyla, hakemlerin cebri icra organlarını harekete geçirebilmeleri söz konusu olamayacağı için, verecekleri ihtiyati haciz kararlarının da tek başına bir anlamı olmayacaktır.

**Pekantez**, bu açıklamaların ışığında, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, hakem veya hakem kurulunun, "*cebri icra organları tarafından icrası ya da resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken*" ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz

---

Devlet veya devlete ait kamu kurumlarının egemenlik veya hükümet tasarrufları ile (*jure imperii*) devletin özel hukuk kişisi gibi giriştiği ticari faaliyetleri (*jure gestionis*) birbirinden ayırmak gerekmektedir (ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice: "*Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü*", MHB, Y. 22, S. 2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 527 vd.

<sup>537</sup> PEKCANITEZ, s. 123.

<sup>538</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 101.

<sup>539</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 125.

<sup>540</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 124.

<sup>541</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 125.

kararı veremeyeceklerine ilişkin düzenlemesinin de aslında bir çelişki içerdiğini; kurumun “*cebri icra*” gerektiren karakteri karşısında Kanun’un hakemlere tanıdığı ihtiyati haciz kararı verme yetkisinin aslında anlamsız kaldığını ileri sürmektedir<sup>542</sup>. Zira, borçlunun mallarına cebri icra organları tarafından el konulmadıkça ihtiyati haciz icra edilmiş olmayacağından, hakemler ihtiyati haciz kararı verseler dahi bu kararın taraflarca uygulanabilmesi mümkün olmayacak ve kararın icrası için mahkemeden yeniden ihtiyati haciz kararı almak zarureti doğacaktır<sup>543</sup>. Yazar, bu sebeplerden ötürü Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda hakemlere ihtiyati haciz kararı verme yetkisi tanınmasının uygun ve pratik açıdan yararlı olmadığını ileri sürmektedir<sup>544</sup>.

Bu noktada iki şeyi birbirinden ayırmak gerekir. “*Cebri icra organları tarafından icrası gereken*” tabiri, esas olarak iki farklı durumda söz konusu olabilecek bir konudur. Bunlardan ilki, yukarıda belirtildiği üzere, ihtiyati hacizde olduğu gibi, geçici koruma tedbirinin kendine özgü niteliği gereği, bizzat taraflarca yerine getirilemeyecek ve zorunlu olarak “*kamu iktidarı*”nın kullanımı gerektiren ve dolayısıyla bu iktidara sahip olan organları, yani cebri icra organlarını harekete geçirme yetkisini (*imperium*’u) haiz olan hakimlerce verilebilen türdeki tedbirlerdir. Gerçekten de, gerek Türk Hukuku’nda, gerekse yabancı ülke hukuk sistemlerinde, geçici koruma tedbirleri türlerine bağlı olarak bu tedbirlerin uygulanış biçimi de farklılıklar arzeder. Şöyle ki, hakemlerce hükmedilen tedbir bir ihtiyati tedbir ise, bu tür tedbirlerin büyük bir bölümünün tarafların rızaen yerine getirmeleri dışında ayrıca icrasına gerek bulunmamaktadır. Örneğin hakemler, taraflardan birine birşey yapmasını veya yapmaktan kaçınmasını emredebilirler ve bu durumda söz konusu tedbirlerin ayrıca icrası gerekli olmaz. Bunun gibi, delil tespitine ilişkin kararların da icrası gerekli değildir. Hakemler bu kararlara uyulmamasını kendi kararlarında ayrıca değerlendirebilirler. Buna karşılık, bazı geçici koruma tedbirlerinin zorunlu olarak icrası gerekir. Özellikle ihtiyati haciz kararları icra edilmedikçe bir sonuç doğurmazlar ve taraflarca kendiliğinden yerine getirilemezler<sup>545</sup>.

İşte Türk Hukuku’ndaki ihtiyati haciz, Fransız Hukuku’ndaki *saisie conservatoire* veya İsviçre Hukuku’ndaki *séquestre* gibi bu tür geçici koruma tedbirlerini bizzat tarafların icra edebilmeleri mümkün olmadığı için, zorunlu olarak

<sup>542</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 125.

<sup>543</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 139.

<sup>544</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 126.

<sup>545</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 139.

cebri icra organlarına başvurulması gerekecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun anladığı anlamda “cebri icra organları tarafından icrası gereken” tabirinin öncelikle ifade ettiği anlam budur.

Cebri icra organlarının müdahalesini gerektiren bir diğer durum ise, hakemlerce verilmiş olan ancak tedbirin yöneldiği tarafça rızaen yerine getirilmeyen bir geçici tedbir kararının sonuçsuz kalmaması için, karşı tarafın söz konusu tedbire “cebren” uygun hareket etmesini sağlamak üzere cebri icra organlarını harekete geçirmenin gerektiği hallerdir.

İşte gerek söz konusu geçici tedbire taraflarca rızaen uyulmaması halinde, gerekse ihtiyati hacizde olduğu gibi bizzat taraflarca icrası mümkün olmadığından zorunlu olarak cebri icra organlarınca icrasının gerekeceği hallerde, karşı tarafın geçici tedbir kararının verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebileceği Kanun'da hüküm altına alınmıştır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrasında ifadesini bulan bu hüküm uyarınca, *“taraflardan biri, hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararını yerine getirmezse; karşı taraf, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir”*. Yetkili mahkeme, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, oturma yeri ya da işyerinin bulunmaması halinde ise, İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesi’dir. Yetkili mahkemenin gerekli görülen hallerde başka bir mahkemeyi istinabe etmesi her zaman mümkündür. Geçici tedbir kararı verilmiş ancak karşı tarafın bu kararı rızaen uygulamamasından dolayı yetkili mahkemenin yardımına başvurulmuş olması durumunda, mahkeme, şayet koşulların<sup>546</sup> oluşmadığı düşüncesindeyse ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz başvurusunu reddedebilecektir<sup>547</sup>.

### **b) Üçüncü Kişileri Bağlayan Geçici Koruma Tedbirleri**

Üzerinde fikir birliği olan konuların başında, hakemlerin yargılama yetkilerinin, bu yetkinin dayanağı olan tahkim anlaşmasına taraf olan şahıslar için bağlayıcı olduğu; buna mukabil, hakemlerce verilecek geçici veya nihai hiçbir kararın, tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü şahısları bağlamayacağı

<sup>546</sup> İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararı verilebilmesinin koşulları İİK. md. 257 ve HUMK. md. 101 de düzenlenmiştir.

<sup>547</sup> AKINCI, s. 102; STALEV, s. 108-109.

gelmektedir<sup>548</sup>. Örneğin, hakemler; üçüncü bir şahsa ait bir yerde inceleme yapma veya üçüncü şahsın elinde bulunan delil niteliğindeki bir belgeyi talep etme, üçüncü şahsın banka hesabını bloke etme, yargılamaya taraf olmayan bankaya yönelik olarak tarafın banka hesaplarının dondurulması emri (*freezing order*) verme, üçüncü şahsın elindeki çekişme konusu malın yediemine teslimini emretme ya da davalıya borçlu olan üçüncü kişiye “alacağı davalıya ödememe” yönünde talimat verme gibi geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisine sahip değildirler<sup>549</sup>. Dolayısıyla, bu gibi geçici koruma tedbirleri açısından mahkemelere başvurmak zorunluluğu mevcuttur<sup>550</sup>.

Birçok ülkenin uluslararası tahkime ilişkin yasal düzenlemelerinde olduğu gibi, Türk Hukuku’nda da bu konu açık hüküm getirilerek düzenlenmiştir. Gerçekten de, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 6. maddesinin 2. fıkrası hükmü şu ifadeyi içermektedir: “*Hakem veya hakem kurulu, cebri icra organları tarafından icrası ya da diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı da veremez*”. Türk Hukuku açısından, hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkilerine ilişkin olarak Kanun’da yer alan bu sınırlamanın ardında yatan gerekçe, tahkim anlaşmasına taraf olmayan bir kişinin, yetkisini taraf iradelerinden alan hakemlerin verecekleri hiçbir kararla bağlı tutulamayacağı ve bu kişilerin, tahkime dahil olarak, hakemlerce verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararına itiraz etme olanaklarının bulunmamasıdır.

Bu noktada üzerinde durulması gereken önemli bir mesele de, “üçüncü kişiler” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Hiç kuşkusuz, tahkim anlaşması sadece tarafları için bağlayıcı ve geçerlidir<sup>551</sup>, çünkü nispi karakterde olan tahkim anlaşmasının temel dayanağında sözleşmesel ilişki bulunmaktadır. Dolayısıyla, tahkim şartına taraf olmayan üçüncü kişilerin, rızaları hıfına, bu tahkim anlaşmasında rızaları olan taraflarca yetkilendirilmiş hakemlerin verecekleri geçici koruma tedbirleriyle bağlı olmaları, tahkim anlaşmasının nisbiliği, tahkimin

<sup>548</sup> Tahkim Hukuku açısından “tahkim anlaşmasının tarafları” deyiminden kastedilenin ne olduğu ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilmesinin hangi hallerde mümkün olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **HANOTIAU** Bernard: “*Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues*”, JIA, Vol. 18, no: 3, 2001, s. 251 vd. (*Problems*).

<sup>549</sup> **AKINCI**, *İhtiyati Tedbir*, s. 221-222; **WERBICKI** Raymond J.: “*Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction?*”, *Dispute Resolution Journal*, November 2002-January 2003 s. 65.

<sup>550</sup> **WERBICKI**, s. 66.

<sup>551</sup> **ŞANLI**, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 307; **ESEN** Emre: *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, İstanbul, 2008, s. 10.

sözleşmesel niteliği, tahkim yargılamasının taraf iradesine dayanan özel bir yargılama türü olması ve herşeyden önemlisi adil yargılanma hakkı ile bağdaşmamaktadır<sup>552</sup>. Zira, ilgili herkesin kendi çıkarlarını korumak için devlet yargısına dahil olabilmesi mümkünken, tahkim yargılaması sadece tarafları arasında cereyan eder ve verilen hakem kararı da kural olarak sadece taraflarını bağlar<sup>553</sup>. Tahkimin bu özelliği sonucudur ki, hakemler üçüncü kişileri bağlayıcı geçici koruma tedbirlerine karar veremezler.

Bununla birlikte, her ne kadar tahkim anlaşmaları sadece bu anlaşmalara taraf olan kişileri bağlasa da, bu kişilerin kimler olduğunu tespit etmek her zaman kolay olmamaktadır. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili meselesi olarak adlandırılan bu sorunun<sup>554</sup> konumuz açısından önemi, kağıt üzerinde taraf sıfatına sahip olmayan kişilerin, esasında farklı gerekçelere dayanılarak tahkim anlaşmasının tarafı gibi muamele görmelerinin mümkün olduğu hallerde, hakemlerin bu kişilerin üzerinde etki edecek şekilde geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkilerinin bulunduğunu kabul etmenin gerekip gerekmediğidir. Diğer bir ifadeyle, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edildiği durumlarda, hakemlerin bu şahısları bağlayıcı etki doğuran geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisi mevcut mudur?

Doktrinde, tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili çeşitli hallerde kabul edilmektedir<sup>555</sup>. Bu hallerden biri de, uluslararası tahkim uygulamasında hakemlerin sıkça karşılaştıkları “*grup şirketler doktrini*”dir<sup>556</sup>. Bilindiği gibi, şirketler grubuna dahil olan her bir yan veya yavru şirket hukuken birbirinden ve ana şirketten ayrı ve bağımsız bir tüzel kişiliğe sahiptir. Modern ticari hayatta şirketler, bir ana şirket ve birden fazla yavru şirket şeklinde bir oluşum dahilinde faaliyetlerini sürdürmektedirler. Grup şirketler adı verilen bu ticari teşebbüs türünün ulusal ve uluslararası alanda sayıca artmasının neticesinde, finansal, vergisel, hukuksal veya muhasebesel sorumluluğa ilişkin kaygılardan veya diğer ticari nedenlerden ötürü,

<sup>552</sup> AKINCI, *İhtiyati Tedbir*, s. 221; WERBICKI, s. 65.

<sup>553</sup> ESEN, s. 11.

<sup>554</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ESEN, s.7 vd.

<sup>555</sup> Bu hallerin başında pek tabiidir ki, tahkim anlaşmasının nisbiliği ilkesine istisna yaratan yasal düzenlemelerle gelmektedir. Bunun dışında, temsil, halefiyet, ortaklar veya ortaklıklar arasındaki ilişkinin niteliği ve bu bağlamda grup şirketler doktrini, garanti sorumluluğu, iyiniyet prensibinin gerektirdiği haller, çelişkili davranış yasağı ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi haller de, tahkim anlaşmasının, tahkim anlaşmasına taraf olmayan üçüncü kişilere de teşmil edilmesini gerekli kılacaktır (Ayrıntılı bilgi için bkz. ESEN, s. 12 vd.).

<sup>556</sup> BESSON, s. 68-69; COHEN Daniel: *Arbitrage et Société*, Paris, 1993, s. 267-268 ve özellikle 273 vd.

esas sözleşmeye ve tahkim anlaşmasına taraf olmasalar dahi, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki ile doğrudan bağlantıya sahip olan şirketlere sıkça rastlanmaktadır. İşte grup şirketler doktrini olarak ifade edilen teori uyarınca tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilmesinde kullanılan esas da, tahkim anlaşmasına ve esas sözleşmeye taraf olmasalar dahi, sözleşmenin ifasına ve sözleşmeden doğabilecek uyumsuzluğa doğrudan karışan taraflara, konumları ve davranışlarının tahkim şartının farkında olduklarını ortaya koyduğu takdirde uygulanmasıdır<sup>557</sup>.

Grup şirketler teorisinin kabul edildiği uygulamalara bakıldığında, teorinin *lex mercatoria*'ya dayandırıldığı görülmektedir. Gerçekten de, hakem heyetlerinin, tahkim şartının üçüncü kişilere teşmili hakkındaki kararlarında, uygulanacak hukuka ilişkin bir ön belirlemeye gitmedikleri dikkat çekmektedir. Hakemler, yargılama yetkilerini belirlemede, tahkim şartının bağımsızlığından yola çıkarak, uluslararası ticari örf ve adetleri göz önünde bulundurmakta ve davada söz konusu olan somut vakıalar ile tarafların ortak niyetini esas almaktadır<sup>558</sup>. Grup şirketler doktrini kabul eden en meşhur kararlardan biri olan *4131 sayılı Dow Chemical Davasına ilişkin ICC kararında*<sup>559</sup> hakem heyeti, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadıklarını tespit ederken milli bir hukuku uygulamamıştır. Gerek bu davada, gerekse diğer ICC davalarında kullanılan ortak gerekçe, esas sözleşmeyle tahkim şartı veya sözleşmesinin birbirinden bağımsız iki sözleşme olduğundan hareketle, esas sözleşmeye ilişkin hukuk seçimi mevcut olsa dahi tahkim şartına uygulanmak üzere belirli bir hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde, hakemlerin bu konuda serbest hareket edebileceklerinin kabul edilmesi ve tahkim anlaşmasıyla bağlanma iradesinin belirli bir hukuka göre değil, maddi vakıalar ile çözümlenmesidir<sup>560</sup>.

Grup şirketler doktrini kabul eden<sup>561</sup> ülke hukuk sistemleri yanında önemli sayıda ülke, açıkça bu teorinin uygulanmasıyla tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin mümkün olmayacağını<sup>562</sup> benimsemiştir. Türk Hukuku'nda ise,

<sup>557</sup> **ESEN**, s. 100.

<sup>558</sup> **HANOTIAU**, *Problems*, s. 297; **ESEN**, s. 63.

<sup>559</sup> *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. 9, 1984, s. 131.

<sup>560</sup> **ESEN**, s. 63-64.

<sup>561</sup> ICC nezaretinde faaliyet gösteren hakemler arasında, bir şirketler grubuna üye bir şirket tarafından akdedilen tahkim anlaşmasının, bazı şartların yerine gelmesi halinde gruba üye diğer şirketleri bağlayacağı konusunda güçlü bir eğilim söz konusudur (**ESEN**, s. 99). Bu teoriyi benimseyen ülke ve uygulamaları için bkz. **ESEN**, s. 103 vd. Grup şirketler doktrini özellikle ICC hakem kararlarını denetleyen Fransız Mahkemeleri tarafından geliştirilmiştir (**ESEN**, s. 99; **WOOLHOUSE** Sarita Patil: “*Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law*”, *Arbitration International*, Vol. 20, No: 4, 2004, s. 441).

<sup>562</sup> Avusturya, Kolombiya, Çek Cumhuriyeti, Hong Kong, Hindistan, İtalya, Japonya, Kore, Meksika, Hollanda, Yeni Zelanda, Nijerya, Polonya, Rusya, İsveç Tanzanya, Ukrayna, Birleşik Arap Emirlikleri

yürürlükte olan mevzuatta konuyla ilgisi olabilecek hüküm bulunmamakla birlikte, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı<sup>563</sup> içerisinde, 195 ila 209. madde hükümleri arasında yeni bir düzenleme bulunmaktadır. Bununla beraber, gerek bu hükümlerde, gerekse Türk mahkemelerinin içtihatlarında, tahkim anlaşmalarının grup şirketler teorisine istinaden teşmili mümkün görülmemiştir<sup>564</sup>.

Bu doktrinin de içinde bulunduğu birçok teşmil halleri temel olarak tek bir amaca yönelmiştir: “likiditesi düşük davalı yanında, likiditesi yüksek başka davalılara erişerek, nihai kararın icrasını temin etmek”. Konumuz olan geçici koruma tedbirleri açısından düşünüldüğünde, davalının muhtemel kötüniyetli tasarrufları sonucunda hakemlerin vereceği nihai kararın anlamsız kalmasını önlemeye yarayacak geçici tedbirlerin, davalı haricinde, davalı ile doğrudan organik bağa sahip olan veya ekonomik açıdan onun kontrolü altında olan veya onu kontrol eden şirketler üzerinde de, örneğin grup şirketleri arasında da etki edip etmeyeceği meselesi önem kazanmaktadır.

Burada çok önemli bir ayırma dikkat etmek gerekir. *Grup şirketler teorisi* ilk bakışta *tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin* bir tezahürü gibi görülebileceğinden, bu iki teorinin birbirleriyle karıştırılması çok mümkündür. Oysa bu iki teori arasında çok önemli bir belirleyici fark vardır. Şöyle ki, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması; hile, hakların suistimali ve emredici hükümlerin ihlâli konularıyla sınırlı olarak kabul edilmektedir<sup>565</sup>. Buna karşılık, grup şirketler teorisinde, grup yapısını, vergisel, finansal veya hukuksal sebeplerle bir araç olarak kullanabilecek şekilde ana-yan veya yavru şirketler olarak kullanmak ve sadece bu sebepten ötürü tahkim anlaşmasını ilgili şirketlere de teşmil etmek söz konusudur<sup>566</sup>. Doktrinde, grup yapısını dilediği şekilde kullanma hakkına sahip şirket aleyhine adeta bir müeyyide gibi kullanılarak tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmil edilmesinin, grup şirketler teorisinin en zayıf noktası olduğu belirtilmektedir<sup>567</sup>. Böyle bir uygulamanın dahi tahkim iradesinin açık veya hiçbir kuşkuya mahal bırakmamak kaydıyla zımnen mevcut olması koşulunun yerini tutabilecek nitelikte görülmemesi, ilgili teorinin bir başka zaafiyetidir.

---

ve Venezuela bunlara örnektir (**ESEN**, s. 100-101 ve 114 vd.). İngiliz Hukuku'nda grup şirketler teorisinin kabul edilmemesinin değerlendirilmesi için bkz. **WOOLHOUSE**, s. 435 vd.

<sup>563</sup> <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf>

<sup>564</sup> **ESEN**, s. 101.

<sup>565</sup> **ESEN**, s. 102 ve s. 243.

<sup>566</sup> **ESEN**, s. 102.

<sup>567</sup> **ESEN**, s. 132-133.

Bu itibarla, tahkim anlaşmasının tarafı olmayan ve şirketler hukuku anlamında kendilerine tanınmış olan şirket yapılandırma tercihini dilediği gibi kullanma hakkına sahip bulunan şirketleri, bu haklarını kullanmalarından ötürü tahkim anlaşmasının tarafı gibi tahkim anlaşmasıyla veya verilecek olan geçici koruma tedbirleri ile bağlı kılmak kanaatimizce de isabetli görünmemektedir.

Geçici koruma tedbirlerinin üçüncü kişileri bağlayamayacağına ilişkin kuralın uygulanmasında “*üçüncü kişi*”den kastedilenin ne olduğunu irdelemeye hizmet eden bir başka teori ise, yukarıda belirttiğimiz “*tüzel kişilik perdesinin kaldırılması*” teorisidir<sup>568</sup>. Acaba bu teori kullanılmak suretiyle tahkime taraf olmayan üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasına taraf olması sağlanabilir mi? Dolayısıyla, hakemlerin bunlara ait malvarlığı üzerinde geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmesi mümkün olabilir mi?

Tüzel kişiliğin veya ayrı tüzel kişilik savunmasının bir sorumluluktan kurtulma aracı olarak kullanılmasının önlenmesi, bazen özel hükümlere<sup>569</sup>, bazen de Türk Hukuku’nda MK. md. 2 hükmünde yer alan “dürüstlük kuralı”na benzer genel prensiplere dayanan bir teoridir<sup>570</sup>. Hukuk sistemlerinde bu teorinin kullanılmasının ardındaki gerekçe, hukuk normlarının amaçları dışında kullanılmasına izin vermeyerek, tüzel kişiliğin sorumluluktan kurtulma aracı olarak istismarını önlemek, tüzel kişiliğin ayrı bir hukuki kişilik olduğu savunmasını nazara almayarak, onunla birlikte veya münferiden perdenin arkasındaki kişiyi sorumlu tutmaya imkân tanımaktır<sup>571</sup>. Kıta Avrupası ülkelerinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında “*ekonomik birlik teorisi*” kullanılmaktadır. Bu teoride, hukuk kurallarından ziyade ekonomik vakıalar önem taşımakta ve aynı hissedarların hakimiyet ve yönetimi altında bulunmaları halinde, birden çok tüzel kişiye tek bir tüzel kişi muamelesi yapılmaktadır<sup>572</sup>. Tıpkı grup şirketler teorisinde olduğu gibi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinde de, milli hukuk sistemlerinden bağımsız uluslararası ticaret

<sup>568</sup> **TEKİNALP** Gülören/ **TEKİNALP** ÜNAL: “*Perdeyi Kaldırma Teorisi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s. 387.

<sup>569</sup> Türk Hukuku’nda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması anlayışını yansıtan kanun hükümleri arasında, kolektif şirketlerde şirket borcundan dolayı ortakların kişisel sorumluluğuna başvurulmasını sağlayan TTK. md. 179-180 ve 192; limited şirketin kamu borçlarının ortaklardan tahsilini mümkün kılan 6183 Sayılı Kanun md. 35 ve 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu md. 134’de yer alan düzenlemeler bulunmaktadır (**ESEN**, s. 255).

<sup>570</sup> **ŞANLI** Cemal: “*Konişmentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konişmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu*”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, MHB Y: 22, S. 2, 2002, s. 786 (*Perdeyi Kaldırma*).

<sup>571</sup> **ŞANLI**, *Perdeyi Kaldırma*, s. 786-787.

<sup>572</sup> **ESEN**, s. 252.



hukukunun genel prensiplerinden ve bilhassa *lex mercatoria*'dan hareket edildiği ve böylelikle, daha pragmatik ve adil sonuçlara ulaşmanın mümkün olduğu hakem kararlarında belirtilen en önemli gerekçelerden biridir<sup>573</sup>.

Türk Hukuk'unda, özellikle Danıştay kararlarında “*mücerret hukuki durumun değil, fiili durumun esas alınması*” formülüyle uygulanan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 15.5.2006 tarihli bir kararında ismen de zikredilerek uygulanmıştır<sup>574</sup>. Bununla birlikte, Türk Hukuku'nda, tahkim şartının perdenin kaldırılması teorisinin uygulanması suretiyle üçüncü kişilere teşmili meselesinin kabul edildiğini söylemek şu an için mümkün gözükmemektedir. Türk Hukuku açısından böyle bir uygulamanın yasal dayanağı, diğer bir ifadeyle, perdenin arkasında kalan kişinin hukuken sorumlu tutulmasını sağlayan kural hiç kuşkusuz MK. md. 2, yani dürüstlük kuralıdır<sup>575</sup>. Bir maddi hukuk normu olan dürüstlük kuralının, bir usul hukuku anlaşması olan tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini sağlayamayacağı ileri sürülmektedir<sup>576</sup>. Zira, uyuşmazlığın olağan çözüm yeri devlet mahkemeleridir ve tahkim, ancak tarafların iradesi tahkim anlaşmasında somutlaştığı takdirde geçerli olabilecek istisnai bir yargı yoludur<sup>577</sup>. Hal böyle iken, dürüstlük kuralı temel alınarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla tahkim anlaşmasına taraf olmayan bir kişinin, tahkim anlaşmasıyla bağlı tutulması, tahkim anlaşmasının yorum yoluyla genişletilerek üçüncü şahıslara teşmili anlamına gelir. Bu ise, tahkimin geçerliliği için zorunlu olan, tarafların tahkime gitme hususundaki irade beyanlarının yerini tutabilecek kuvvette değildir<sup>578</sup>.

Sonuç olarak, perdenin önündeki ve arkasındaki kişiler arasındaki menfaat ve mülkiyet birliğinin, ortada farklı hukuki kişiliklere sahip ayrı tüzel kişilerin bulunduğu olgusunu unutturması ve bu fiili durumun, tahkim anlaşmasının tarafı olmayan kişilerde eksik olan tahkim iradesinin yerini alması kanaatimizce tahkim kurumunun “sözleşmesel” niteliği ile bağdaşmaz. Bu teorisinin uygulanması neticesinde, tahkim anlaşmasına, bu yönde iradesinin olmamasına rağmen dahil edilen kişiler aleyhine hakemlerce geçici hukuki koruma tedbirleri verilmesi de hukuken mümkün olmamalıdır. Nitekim, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması

<sup>573</sup> DERAİNS Yves: Note to ICC Award No: 8385, Clunet, 1997, s. 1068 - 1073.

<sup>574</sup> SEVEN Vural/ GÖKSOY Can Y.: “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Bir Kararın Değerlendirilmesi”, İBD, C. 80, S: 2006/ 6, s. 2459-2460, 2469.

<sup>575</sup> TEKİNALP/ TEKİNALP s. 396.

<sup>576</sup> ŞANLI, *Perdeyi Kaldırma*, s. 789; ESEN, s. 255.

<sup>577</sup> ESEN, s. 256; ŞANLI, *Perdeyi Kaldırma*, s. 789.

<sup>578</sup> ŞANLI, *Perdeyi Kaldırma*, s. 787; ESEN, s. 256.

teorisinin zikredildiği birçok hakem kararında, tahkimin esas itibariyle rızaya dayandığı ve tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin, zımni de olsa, iradi bir temele dayanmasının zorunlu olduğu belirtilerek; perdenin arkasındaki şirketin, tahkim anlaşmasına yönelik açık yahut zımni iradesini gösteren tutum veya davranışlar bulunmadıkça, hile veya hakkın kötüye kullanımını söz konusu olsa dahi tahkim şartının perdenin arkasında kalan kişiye teşmilinin mümkün olmadığı belirtilmiştir<sup>579</sup>. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında kötü niyetli davranışlar çoğu zaman tahkim anlaşmasına değil, asıl sözleşmeye yönelik olduğundan, bu ihtimalin gerçekleşmesi sanıldığı kadar kolay olmayacaktır.

Üzerinde durulması gereken önemli bir nokta ise şudur: Gerek tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ya da bu teorinin türlerinden biri olan “*kişilerde özdeşlik ilkesi*”nin<sup>580</sup>, gerekse grup şirketler doktrininin tahkime konu olan belirli bir uyumsuzluğa uygulanması suretiyle tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinin kabul edilip edilmeyeceği sorusunun, her ne kadar hakemlerce belirli bir milli hukuk sisteminden bağımsız olarak çözümlense ve çoğu zaman *lex mercatoria* temelinde değerlendiriliyor olsa da, esas olarak tahkim şartı veya sözleşmesinin maddi geçerliliğine uygulanacak hukuka göre yanıtlanması gerekir<sup>581</sup>. Dolayısıyla, Türk Hukuku’nda böyle bir kabulün bulunmamasına dair yapmış olduğumuz açıklamalar, maddi geçerlilik bakımından Türk Hukuku’na tabi tahkim anlaşmaları açısından geçerli olacaktır. Tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine uygulanacak hukuk ise, varsa tarafların seçtikleri hukuk, tarafların böyle bir hukuk seçimi yapmamları halinde ise tahkim yeri hukukudur<sup>582</sup>. Bundan başka, tahkim anlaşmasının şeklen geçerliliğini düzenleyen New York Konvansiyonu’nun II/ 2. maddesi ile bu hükmün tekrarı niteliğindeki Avrupa Anlaşması’nın I/ 2-a maddesi ve MTK. md. 4 hükmü “yazılı şekil” şartı aramaktadır. Yukarıda sözü geçen teorilerin uygulanmasının bu açıdan da zorluk yaratacağı ve bu teorilerin, tahkim iradesinin “*şeklen mevcut ve geçerli olması zorunluluğu*” karşısında, bu şartın yokluğunu telafi edemeyeceği ortadadır<sup>583</sup>.

<sup>579</sup> ESEN, s. 256-257.

<sup>580</sup> TEKİNALP/ TEKİNALP, s. 388. Konuya ilişkin yayımlanmamış bir karar için bkz. Yargıtay 19. HD, E. 2002/ 7495, K. 2002/ 6932, T. 24.10.2002 (ŞANLI, *Perdeyi Kaldırma*, s. 789).

<sup>581</sup> ŞANLI, *Perdeyi Kaldırma*, s. 787.

<sup>582</sup> Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu md. V/ I-a; Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa Anlaşması md. VI/ 2; MÖHUK. md. 62/e ve MTK. md. 4/ III aynı yönde düzenlemelere sahiptir.

<sup>583</sup> ŞANLI, *Perdeyi Kaldırma*, s. 789. İsviçre Hukuku’nda, tahkim anlaşmasının yazılı olması zorunluluğunu belirten LDIP. md. 178/f. 1 hükmünün sadece tahkim anlaşmasının asli tarafları için

Dolayısıyla, dürüstlük kuralı temelli teorilerden hiçbirinin, istisnai bir yargı yolu olan tahkime gitme iradesinin yerini tutamayacağı, ne şeklen ne de maddi olarak bu eksikliği gidermeye yetmeyeceği; bu sebeple, üçüncü şahısların da, taraf olmadıkları bir tahkim yargılaması çerçevesinde hakemlerce verilecek geçici koruma tedbirleriyle bağlı tutulamayacakları kanaatindeyiz. Hal böyle iken bu tür üçüncü kişilere yönelik geçici koruma tedbirleri için de mahkemelere başvurulması zorunluluğu bulunmaktadır<sup>584</sup>.

Son olarak, her ne kadar teorik açıdan durum böyle olsa da, uluslararası tahkim uygulamasında hakemlerin üçüncü şahısların haklarını etkileyen türdeki geçici koruma tedbirlerine alternatif yollarla ulaştıklarını belirtmekte yarar görmekteyiz. Örneğin, hakemler, üçüncü şahsın elindeki belgelerin temini için üçüncü şahsa talimat vermek yerine bizzat tahkimin tarafı olan şahsa bu kişiden belgeleri temin etmesini emredebilir veya üçüncü şahıs konumundaki bankaya, tahkim anlaşmasının tarafı olan şahsın hesabındaki parayı bloke etmesi veya bu kişinin bu parayı tahsil etmesine müsaade etmemesi yönünde emir vermek yerine bizzat tahkim anlaşmasına taraf olan şahıstan bloke bir hesaba para yatırmasını talep edebilir<sup>585</sup>. Bunların dışında, üçüncü şahısları bağlayacak geçici koruma tedbirlerine ancak mahkemeler hükmedebileceklerdir.

Üçüncü kişileri bağlayıcı geçici koruma tedbirleri denildiğinde uluslararası ticarete uygulaması en fazla olan ve üzerinde çok büyük tartışmalar yapıldığı bir diğer konu da, *banka teminat mektuplarının* paraya çevrilmesinin engellenmesine yönelik geçici koruma tedbirlerinin hakemlerce verilip verilemeyeceği meselesidir. Şimdiye kadar özel bir yasa ile düzenlenmemiş olan banka teminat mektupları, genel yasa hükümleri ve bu hükümleri yorumlayan doktrin ve yargı kararlarından oluşan hukuki düzen içerisinde işlevini yerine getirmektedir.

Banka teminat mektupları, üçlü bir hukuki ilişkiye dayanmaktadır: lehine teminat mektubu düzenlenen ve satıcı ya da müteahhit konumunda bulunan "*lehdar*",

---

uygulanması ve fakat söz konusu tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili olduğunda ise, bu kuralın doğal olarak yumuşatılarak uygulanması hakkında görüş için bkz. **POUDRET** Jean-François: "*Un Statut Privilégié pour l'Extension de L'Arbitrage Aux Tiers?*", 22 ASA Bulletin 2/2004 (Juin), s. 390 vd.; **HABEGGER** Philipp: "*Extension of Arbitration Agreements to Non-signatories and Requirements of Form*", 22 ASA Bulletin 2/2004 (Juin), s. 398 vd.

<sup>584</sup> **WERBICKI**, s. 65; **OUKRAT**, s. 246; **DE LEVAL**, s. 14.

<sup>585</sup> **WERBICKI**, s. 65.

alıcı veya iş sahibi sıfatıyla “*muhatap*” ve garanti veren “*banka*”<sup>586</sup>. Banka teminat mektubunun düzenlenmesinde üç tarafın menfaati olsa da teminat ilişkisinin iki tarafı vardır<sup>587</sup>. Bunlar, teminat mektubunu düzenleyen, yani garanti veren banka ile garanti alan muhataptır. Muhataba karşı aralarındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde bir edimi veya fiili taahhüt eden lehtar ise, teminat ilişkisinin tarafı değildir. Bununla birlikte, lehtar ile muhatap arasında satım veya istisna akdi gibi bir temel borç ilişkisi, banka ile muhatap arasında ise, hukuki niteliği tartışmalı<sup>588</sup> da olsa, genellikle kabul edildiği üzere bir garanti sözleşmesi bulunmaktadır.

Bilindiği gibi, teminat mektubu veren banka başlangıçta bir ödeme yapmamaktadır. Lehine teminat mektubu verilen kişinin, yani lehdarın, muhataba karşı olan yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve riskin gerçekleşmesi halinde bankanın ödeme yapma yükümlülüğü doğmaktadır. Teminat mektubunun verilmesi ile banka, bu mektubu elinde bulunduran kişi ve kuruluşa, yani muhataba karşı, öngörülen şartın gerçekleşmesi halinde mektupta belirtilmiş olan tutarı derhal ödemeyi taahhüt eder. Zira teminat mektuplarında “önce öde sonra dava et” prensibi geçerlidir. Teminat mektubu vermekle banka, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir riskin altına girmektedir. Uluslararası ticarete kullanılan banka teminat mektupları genel olarak “ilk talepte ödeme” kayıtlı olanlardır<sup>589</sup>.

Teminat mektubu düzenlenmesine yol açan temel borç ilişkisi gibi, banka ile lehtar arasında teminat mektubu düzenlenmesi amacıyla yapılan sözleşme de, HUMK. md. 518 anlamında tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konulardan olduğu için, tarafların bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların mahkemeler yerine hakemler aracılığıyla çözümlenmesini kararlaştırmaları mümkündür<sup>590</sup>. Ancak, tahkim anlaşması sadece tahkim iradesini ortaya koymuş taraflar için bağlayıcı olduğundan, garanti sözleşmesine (teminat mektubuna) tahkim şartı konulmadığı müddetçe, lehtar ile muhatap arasındaki asıl sözleşmede yer alan tahkim kaydına binaen hakemlerin teminat mektubunun paraya çevrilmesinin önlenmesi amacıyla vereceği bir geçici koruma tedbiri, hukuken bankayı bağlayıcı

<sup>586</sup> **ÖZDEMİR** Hatice: “*Uluslararası Özel Hukuk Açısından Banka Teminat Mektupları*”, İBD, Eylül, S. 3, 1999, s. 730 (*Teminat Mektupları*).

<sup>587</sup> **ŞANLI** Cemal/ **EKŞİ** Nuray: *Uluslararası Ticaret Hukuku*, İstanbul, 2007, s. 207.

<sup>588</sup> Doktrin ve uygulamada banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin kefalet mi yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu çokça tartışılmış ve her iki şekilde de düzenlenebileceği için, genellikle garanti sözleşmesi niteliği taşısalar da, her somut olayda mevcut olan banka teminat mektubunun özellikleri dikkate alınarak sonuca varılması gerektiği kabul edilmiştir (**ŞANLI/EKŞİ**, s. 217; **ÖZDEMİR**, *Teminat Mektupları*, s. 733 vd.).

<sup>589</sup> **BESSION**, s. 269.

<sup>590</sup> **ÖZDEMİR**, *Teminat Mektupları*, s. 758.

nitelikte değildir. Zira banka, tahkim anlaşmasının tarafı olmadığı için üçüncü şahıs konumundadır ve hakemler, üçüncü kişiler üzerinde etki doğuracak şekilde geçici koruma tedbirlerine hükmedemezler<sup>591</sup>. Dolayısıyla, hakemlerin vereceği “teminat mektubunun paraya çevrilmesinin önlenmesine ilişkin ihtiyati tedbir kararı”, üçüncü şahıs konumundaki bankalar açısından bağlayıcı nitelik taşımayacaktır<sup>592</sup>.

Ancak sözleşmesel ilişkilerin birbirinden bağımsız olması ve tahkim anlaşmasının nisbi niteliği sonucunda ortaya çıkan bu tablo, bazı hallerde muhatabın elinde son derece tehlikeli sonuçlar doğuracak ve telafisi imkânsız zararlara yol açacak bir silaha dönüşebilmektedir. Teminat mektubunun, muhatap tarafından hakkın kötüye kullanımı niteliğindeki paraya çevirme talebi ile lehtara karşı baskı aracı olarak kullanılma olasılığı, tam da “geçici koruma tedbiri” kararı verilmesini haklı kılacak bir durum oluşturur. Ancak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi halinde, hakemlerin bu tür geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin bulunup bulunmadığı, bankanın üçüncü şahıs konumunda bulunması sebebiyle, mahkemelerden alınacak tedbir kararları gibi basit ve sorunsuz olmamaktadır. Nitekim birçok hakem kararında, bankaların, taraf olmadıkları tahkim anlaşmasına binaen yetkilendirilmiş olan hakemlerin verecekleri ihtiyati tedbir kararlarıyla bağlı tutulamayacakları ve hakemlerin de üçüncü şahıs olan bankalara karşı bu tür tedbir kararları tesis etmeye yetkilerinin bulunmadığı açıkça ifade edilmiştir<sup>593</sup>.

Hakemlerin yetkisinin “*rationae personae*” niteliği de denilen üçüncü şahıslara ilişkin bu kısıtlamayı aşmak için uygulamada çeşitli hukuki enstrümanlara başvurulmaktadır. Teminat mektubuna tahkim şartı koymak ve bu şartta lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden kaynaklanacak olası uyuşmazlığın çözümleneceği tahkim anlaşmasına atıfta bulunmak bunlardan biridir<sup>594</sup>.

İngiliz Hukuku’nda yer alan *Mareva Injunction* tedbirleri de, banka teminat mektuplarının paraya çevrilmesini engellemeye yönelik bu çarelerden biridir; ancak burada söz konusu olan tedbir, üçüncü şahıs konumundaki bankalara değil, bizzat bu talebi yapacak olan muhatabın şahsına yönelmiştir ve emir niteliğindeki bu tedbir

<sup>591</sup> BESSON, s. 68.

<sup>592</sup> BESSON, s. 68.

<sup>593</sup> 3896 sayılı ICC hakem kararı (J.D.I. 1983, s. 914-915; 5721 sayılı ICC hakem kararı, J.D.I. 1990, s. 1019, 1025-1026; Cas. 20.12.1982 tarihli Fransız Yargıtay Kararı, Rev. Arb. 1984, s. 477; 14.12.1987 tarihli Paris İstinaf Mahkemesi Kararı, Rev. Arb. 1989, s. 240-243.

<sup>594</sup> Böyle bir atıf, aynı anda iki farklı tahkim yargılamasının yürütülmesinin engellenmesi ve ilişkiler arasında illiyet bağı kurulması açısından gerekli ve önemlidir (BESSON, s. 271).

kararı ile hakemler, muhataba “teminat mektubunu paraya çevirme!” talimatı vererek aynı sonuca farklı bir yolla ulaşmaktadır. Tarafların hakemlerin verecekleri tedbir kararlarıyla bağlı olup olmadıkları konusunda bir tartışma olmamakla birlikte, bu tedbir kararlarına rızaen uygun davranıp davranmamak ayrı bir meseledir ve uluslararası tahkim uygulamasında tarafların çoğu zaman hakemlerin talimatlarına aykırı hareket etmeyi tercih etmedikleri görülmektedir.

Hakemlerce banka teminat mektuplarının paraya çevrilmesini önlemeye yönelik ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceğine ilişkin yaygın görüşe karşın, tahkim uygulamasında bu tür tedbir kararlarına rastlanmakta ve hatta bankaların da kimi zaman bu kararlara uygun hareket ettikleri görülmektedir. Bankaların hiçbir hukuki gerekçeyle temellendirilemeyecek bu davranışının ardındaki sebepler tamamen pragmatik ve ekonomik kökenlidir. Zira bu şekilde muhataba ödeme yapmamakla hem müşterisi olan lehdarın haklarını korumakta, hem de geçici de olsa para kasasında kalmaktadır. Bununla birlikte, üçüncü şahıs olan bankaların, hakemlerce verilen teminat mektubunun nakde çevrilmesini önlemeye ilişkin ihtiyati tedbir kararlarına uymaması ve muhataba ödeme yapması durumunda, kimi tahkim kurumlarının tüzüklerinde öngörüldüğü üzere, ödeme yapılan tutar kadar müddeabihin yükseltilmesi imkânına başvurmak ve oluşan zararı bu şekilde telafi etme yoluna gitmek uygulamada başvuru hukuki çarelerdendir (ICC Tahkim Tüzüğü md. 19).

Tabiidir ki, yukarıda sayılan tüm bu çarelerin içerisinde sonucu en kesin olanı, lehdarın, banka teminat mektubunun paraya çevrilmesini engellemek amacıyla hakemlerce verilemeyecek olan tedbir kararını almak için mahkemelere müracaat etmesidir. Ne var ki, unutulmaması gereken bir husus da teminat mektubunun temel ilişkiden bağımsız niteliği; yani esas sözleşmeye aykırılığın veya geçersizliğin teminat mektubunun kaderini etkilememesidir. Bu durumda yargı mercii ister mahkemeler ister hakemler olsun, esas sözleşmeden kaynaklanan sebeplerle teminat mektubunun paraya çevrilmesini önlemek kural olarak mümkün olmamalıdır. Bununla birlikte, bazı istisnai durumlarda, lehdarın, bankanın muhataba ödeme yapmasını önlemek için mahkemelere müracaat ederek, geçici koruma tedbirinin varlık şartlarını ve bu bağlamda, teminat mektubunun muhatap tarafından paraya

çevrilmesinin hakkın kötüye kullanımı sayılabileceğini likit delillerle ispatlamak suretiyle mahkemelerden geçici tedbir kararı alması mümkün olmaktadır<sup>595</sup>.

Böyle bir yola başvurmak isteyen lehdarın, teminat mektubunu düzenleyen bankanın bulunduğu ülkenin mahkemelerine müracaat ederek, muhatabın teminat mektubunu nakde çevirme talebinin hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğunu likit delillerle ispatlaması ve mahkemeden alacağı ihtiyati tedbir kararı ile, bankanın muhataba teminat mektubunun karşılığını ödemesini engellemesi gerekmektedir<sup>596</sup>. Böylece muhatabın kötünietli paraya çevirme talebini önlemek mümkün olacaktır. Bu noktada belirtilmesi gereken önemli hususlardan biri de, lehdarın, ihtiyati tedbir kararını, doğrudan muhataba ödeme yapmakla yükümlü olan bankanın bulunduğu ülkenin mahkemelerinden alması gerektiğidir. Çünkü, böyle bir tedbir kararının lehdarın kendi ülkesindeki bir mahkemeden alınması pratik açıdan pek değer ifade etmeyecektir<sup>597</sup>. Zira böyle bir tedbir kararının bankaya karşı etki doğurması, hukuk sistemlerinin çoğunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizini, kesinleşmiş olmalarına bağlayan şart yüzünden mümkün olmayacaktır.

### **c) Tarafların Hakemlerin Geçici Koruma Tedbirine Hükmetme Yetkisini Kaldırmak Konusunda Anlaşmaları**

Geçici hukuki koruma tedbirleri için mahkemelere başvurulmasını zorunlu kılan bir başka durum da, hakemlerin yetkilerinin kaynağındaki tahkim anlaşmasının sözleşmesel niteliğine dayanan bir hukuki sebep olan, tarafların, hakemlerin sahip oldukları geçici koruma tedbiri kararlarına hükmetme yetkilerini sınırlamaları veya kaldırmalarıdır<sup>598</sup>.

Gerçekten, taraflar, hakemlerin geçici koruma tedbirleri veremeyecekleri konusunda tahkim yargılamasından önce veya sonra kendi aralarında anlaşabilirler. Bu iradi seçim tahkim şartı veya sözleşmesinde olabileceği gibi, bu yönde bir hüküm benimseyen belirli bir tahkim kurumunun tüzüğüne yapılan atıfla da gerçekleşebilir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası "*Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilir*"

<sup>595</sup> ULUTAŞ Ahmet: Banka Teminat Mektubu ve Akreditifte Geçici Himaye Tedbirleri, [www.yayin.adalet.gov.tr/27\\_sayi.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/27_sayi.htm) (çevirim içi: 8 Mart 2010).

<sup>596</sup> BESSON, s. 270.

<sup>597</sup> ÖZDEMİR, *Teminat Mektupları*, s. 761;

<sup>598</sup> BESSON, s. 142; FOUCHARD/ GAILLARD/ GOLDMAN, s. 731.

hükümü ile bu hususu açıkça belirtmiş ve olağan şartlarda hakemlerde olduğu varsayılan geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin aksine bir düzenlemenin de taraflarca kabul edilebileceğine işaret etmiştir. İşte, tarafların bu yönde bir düzenlemeyi benimsemeleri durumunda, geçici koruma tedbirleri için hakemlere başvurmak artık mümkün olmayacağından, bu talepler için mahkemelere müracaat edilmesi zorunlu olacaktır.

Bununla beraber, kimi zaman hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisinin tümüyle değil de, kısmen kaldırılması anlamına gelecek durumlarla karşı karşıya kalındığı görülmektedir. Gerçekten, bazı tahkim düzenlemelerinde, hakemlerin verebilecekleri geçici koruma tedbirlerinin ismen sayılması nedeniyle, anılan tedbirler haricindeki tedbirlere hükmedemeyecekleri, bu sebeple de bazı tedbir türleri için mahkemelere başvurulmasının zorunlu olacağı doktrinde ileri sürülmüştür<sup>599</sup>. Tartışmanın odak noktasında, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin düzenlendiği tahkim tüzüklerinin ilgili maddelerinde yer alan ve bazı geçici koruma tedbirlerinin ismen zikreden düzenlemeleri “*sınırlayıcı*” mı yoksa “*örnekleyici*” mi kabul etmek gerektiği bulunmaktadır.

Örneğin, UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın 26. maddesinde zikredilen bazı geçici koruma tedbirlerinin “*örnekleyici*” olduğu ve hakemlerin gerekli gördüğü her tür tedbire hükmedebilecekleri kabul edilmekle birlikte, sonradan kabul edilen UNCITRAL Model Kanun’un 17. maddesinde bu tür gereksiz tartışmalara ve kuşuklara mahal vermemek için örnekleme yönteminden vazgeçildiği görülmektedir.

Görüldüğü üzere, gerek tahkim kurumuna özgü maddi sebeplerden, gerek aralarında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun da bulunduğu tahkime ilişkin hukuki düzenlemelerden kaynaklanan yasal sınırlamalardan, gerekse hakemlerin verdikleri geçici tedbir kararlarını tarafların rızaen yerine getirmemesi sebebiyle, taraflarca mahkemeye başvurulması suretiyle devlet yargısının yardımının alınması, diğer bir deyişle geçici tedbir kararlarının mahkemelerden talep edilmesi zorunluluğu doğabilmektedir. Bu gibi ihtimallerin uyuşmazlığın her aşamasında söz konusu olabilmesi sebebiyle, taraflar kimi zaman hiç hakemlere gitmeden doğrudan mahkemelere başvurarak ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesini talep etmektedir. Nitekim bu husus, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 6. maddesinin 4. fıkrası hükmünde “*tarafların, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile İcra ve İflas*

<sup>599</sup> BESSON, s. 142-143.



*Kanunu'na göre istemde bulunma hakları saklıdır*” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir.

Yukarıda ayrıntılarıyla incelemiş olduğumuz güçlüklerden ötürü tarafların doğrudan mahkemelere başvurmayı tercih etmeleri mümkünse de, bu da bazı sorunlar yaratabilir. Şöyle ki, taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunduğu, uyuşmazlığın esası hakkında karar verme yetkisi artık hakemlerdedir ve mahkemelerin bu konudaki yetkileri, bizzat taraf iradeleriyle devre dışı bırakılmıştır. Bunun yanı sıra, içlerinde New York Konvansiyonu'nun II/3. maddesi, 1961 Tarihli Cenevre Konvansiyonu'nun VI. maddesi ve UNCITRAL Model Kanun'un 8/1. maddesi de bulunan birçok uluslararası tahkime ilişkin düzenleme, mahkemelere, kendilerine başvuru yapılması halinde, tarafları kural olarak tahkime yönlendirme görevi yüklemiştir. Ancak, bu zorunlu yönlendirme asıl olarak uyuşmazlığın esası ile ilgili olarak kabul edilmiş, buna karşılık, tahkime uygulanacak hukukta veya tahkim kurallarında konuya ilişkin bir açıklık olmasa dahi, geçici koruma tedbirleri açısından mahkemeler kendilerini daima yetkili görmüşlerdir. Zira bazı hallerde mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebiliyor olması, sadece bir alternatif kolaylık değil, adaletin sağlanması açısından kaçınılmaz olabilmektedir<sup>600</sup>.

Bununla birlikte, kanaatimizce, tahkime konu olan bir uyuşmazlıkta, konu geçici koruma tedbirleri olsun veya olmasın, mahkemeler ile hakemlerin karşılıklı yetki alanları belirlenirken daima göz önünde bulundurulması gereken şey “*ikincillik ilkesi*”dir. Mahkemelerin daima tahkim yargılamasında gölgede ve ikinci planda kalmasını ifade eden bu ilke, tarafların iradesi ve rızası doğrultusunda yargılama yapılabilmesi ve sonuca ulaşılabilmesi açısından her zaman titizlikle riayet edilmesi gereken bir ilke olmalıdır. Nitekim bu husus, İngiliz Hukuku'nda Lord Mustill tarafından verilen ve tahkim hukuku açısından oldukça önemli olan “*Ken-Ren*” kararında çok güzel bir biçimde ifade edilmiştir<sup>601</sup>. Mahkemeler ile hakemlerin karşılıklı statülerinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak menfaatlerin ve bu bağlamda “*ikincillik ilkesinin*” altının çizildiği bu davada, bu menfaatler arasında tahkimin çıkmaza sürüklenmesinin önüne geçilmesi ve tahkim yargılamasının sağlıklı işleyebilmesi için önünün açılması gibi amaçların da bulunduğu vurgulanarak, mahkemelerin tahkime yardım ve gerekli zamanlarda müdahalesinin

<sup>600</sup> *Coppee-Lavalin v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers Ltd.*, 1994, 2 All ER 449.

<sup>601</sup> **BRANSON** David: “*The Ken-Ren Case: It Is An Ado Where More Aid Is Less Help*”, Arbitration International, Vol. 10, No: 3, 1994, s. 313 vd.

kimi zaman zorunlu olabileceği belirtilmiştir. *Security for costs* konusunda verilen bu kararda, adeta bir uluslararası tahkim düsturu olarak kabul edilebilecek olan bir ilkeye, yani “*ikincilik ilkesi*”ne şu sözlerle atıfta bulunulmuştur: “*it should aim to be at the same time supportive but sparing in the use of its powers*” (*Mahkemelerin, yetkilerini kullanırken aynı anda hem tahkimi destekleyici hem de bu yetkilerinin kullanımında cimri olmaları amaçlanmalıdır*)<sup>602</sup>.

## **B) Mahkemelerin Geçici Koruma Tedbirlerine Hükmetme Yetkisinin Taraf Anlaşmasıyla Kaldırılması Meselesi**

### **1) Genel Olarak**

Tahkime konu olan uyuşmazlıklarda, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen tarafların, henüz hakem heyeti oluşmadığından bazen zorunlu olarak, bazen de yukarıda incelemiş olduğumuz diğer hukuki sebeplerle geçici koruma tedbirleri için mahkemelere başvurmaları kaçınılmaz olabilmektedir. Herhangi bir zorunluluk olmasa dahi, bazen taraflar salt menfaatleri icabı mahkemelere başvurmayı daha uygun görebilmektedirler. Zira, hakem heyetinin aksine, her daim hazır ve kurulu olan mahkemelerin sahip olduğu cebri icra gücü de düşünüldüğünde, mahkemelerden alınacak geçici koruma tedbirlerinin hakemlerden alınanlara oranla daha hızlı, doğrudan ve daha etkin olacağı düşüncesi uygulamada daha yaygındır<sup>603</sup>. Tahkim anlaşmasının varlığının, mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisini etkilemeyeceği ve bu hususun tahkime aykırılık veya tahkim iradesiyle çelişki oluşturmayacağı hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde kabul edilmiş olan bir prensiptir. Belirli bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesinin kararlaştırılması durumunda, benimsenen yaklaşım ister mahkemelere “*ikincil*” statü vermek ister hakemler ile mahkemelerin eşit düzeyde yetkili olduğunu kabul etmek olsun, aslında hep tek bir gerçeğin altı çizilmektedir: tahkim anlaşmasının varlığı, geçici koruma tedbirleri için mahkemelere müracaat edilmesini engellemez.

Hal böyle iken, mahkemelerde daima bulunduğu inanılan bu yetkinin, bizzat bu yetkiden menfaati olan taraflarca ortadan kaldırılması konusunda anlaşma yapılması, diğer bir ifadeyle, tahkim yargısı yönünden mahkemelerin devre dışı bırakılmasının mümkün olup olmayacağı sorusu akla gelmektedir. Hemen akabinde,

<sup>602</sup> Söz konusu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BESSON**, s. 224-231; **BRANSON**, s. 313 vd.

<sup>603</sup> **FOUCHARD/ GAILLARD/ GOLDMAN**, s. 725.

şayet böyle bir feragâtin geçerli olacağı kabul edilirse, bu defa hangi ölçü ve sınırlar dahilinde bunun mümkün olacağı da ayrı bir tartışma konusunu oluşturmaktadır. Zira, mahkemeler hak arama özgürlüğünün anayasal zemini ve güvencesidir.

Mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisinin bertaraf edilip edilmemesi meselesinin, aslında mahkemelerin yargı yetkisinin, tarafların tasarruf alanına girip girmediğiyle ilgili olduğu söylenebilir<sup>604</sup>. Bu sorun ise esas olarak *lex fori*'nin sorunudur ve tahkime konu olan belirli bir uyuşmazlıkta geçici koruma tedbiri talebiyle karşılaşan hakim, taraflardan birinin ileri süreceği, mahkemelerin geçici tedbirlere hükmetme yetkisini bertaraf etmeye yönelik anlaşmanın geçerli olup olmayacağına kendi hukukuna göre karar verecektir.

Konuya ilişkin olarak doktrinde olumlu ve olumsuz yönde görüşler mevcuttur. Uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmek hususunda anlaşmış olan tarafların, nasıl ki davanın esası hakkında mahkemelerin yetkisini bertaraf etmeleri kabul ediliyorsa, aynı şekilde taraf iradeleri bu yönde uyuşmuşsa tedbirler konusunda da mahkemelerin devre dışı bırakılmasının önünde bir engel olmaması gerektiği savunulan görüşlerden biridir<sup>605</sup>. Bilindiği gibi, Türk Hukuku'nda ve karşılaştırmalı hukukta tahkim, kural olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda uygulanabilen bir uyuşmazlık çözüme yöntemidir (HUMK. md. 518). Tahkim anlaşmasının sözleşmesel niteliği ve yalnız iki tarafın tasarrufunda bulunan konulara hasredilmiş olan tahkime gidebilme özgürlüğü, yine aynı mantıktan hareketle tarafların tahkime konu ettikleri bu haklarını güvence altına almaya hizmet eden geçici koruma tedbirleri açısından da özgür iradeleriyle mahkemeleri devre dışı bırakabilmelerine imkân tanınmasını gerektirir. Uyuşmazlığa düştükleri bir konuda haklarını aramak amacıyla davanın esası üzerinde tasarruf edebilen taraflara, yargılamada kullanılması olası hukuki çareler açısından aynı tasarruf yetkisini tanımamanın işin doğasına aykırı ve çelişkili sayılabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Tarafların aralarında anlaşarak mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisini kaldırmaları ve bu hususta tek yetkili merci olarak hakemleri kararlaştırmaları doğrudan tahkim anlaşması veya tahkim şartında<sup>606</sup> olabileceği gibi,

<sup>604</sup> BACHAND, s. 268-270,

<sup>605</sup> DE LEVAL, s. 23; BESSON, s. 178; FOUCHARD/ GAILLARD/ GOLDMAN, s. 731; BACHAND, s. 269-270.

<sup>606</sup> Örneğin, *Mantovani v. Caparelli SpA* davasında, tahkim şartı şu şekilde bir hüküm içermekteydi: "taraflardan hiçbiri, diğeri aleyhine, aralarındaki uyuşmazlıkla ilgili olarak, söz konusu uyuşmazlık

bu yönde düzenleme içeren bir tahkim tüzüğüne veya belli bir ülke hukukuna atıf şeklinde de yapılabilir<sup>607</sup>.

Örneğin, LCIA md. 25/ III hükmünde, taraflara bu yönde bir irade serbestisi tanınmış ve geçici koruma tedbirleri için mahkemelere müracaat etmenin ancak hakem heyetinin oluşmasından önce mümkün olabileceği, bir kez hakem heyeti teşekkül ettikten sonra ancak istisnai hallerde mahkemelere başvurulmasının kabul edilebileceği ve bu durumda dahi Tüzüğün 25. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca tarafların, hakemlerce verilebilecek tedbirler açısından mahkemelere müracaat etmeyecekleri konusunda anlaşabilecekleri belirtilmiştir.

Mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisini kaldırmaya ilişkin taraflar anlaşmasının geçerli sayılıp sayılamayacağına *lex fori* tarafından belirleneceğine değinmiştik. Genel olarak ülke hukuk sistemleri incelersek, bu meseleye milli hukukların bakış açısının ne olduğunu söyleyebiliriz.

Örneğin Belçika mahkemelerinde konuya ilişkin net bir tavrın benimsenmediği, doktrinde ise meselenin hak arama hürriyeti ve tarafların irade serbestisi arasında farklı şekillerde değerlendirildiği görülmektedir<sup>608</sup>. Almanya’da ise doktrin ciddi şekilde bölünmüş olup, her iki bakış açısı, değişik versiyonlar ile ve istisnalar getirilmek suretiyle savunulmaktadır<sup>609</sup>. İsviçre’de ise doktrinde hakim olan fikir, mahkemelerin yetkisinin bertaraf edilebileceğidir<sup>610</sup>. Hollanda Hukuku’na göre ise, mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisi bertaraf edilemez<sup>611</sup>. İngiliz Hukuku’nda, 1996 Tarihli Arbitration Act’ın 44/1. maddesi hükmünün

---

*öncelikle hakemlerce görülene kadar, mahkemeler nezdinde herhangi bir dava veya benzeri yargısal işleme başvurmayacaktır*”. Bu hükmü yorumlayan İngiliz Court of Appeal Mahkemesi, söz konusu anlaşmanın kapsamına geçici koruma tedbirlerinin de girdiği şeklinde karar vermiştir (1980, 1 Llyod’s Rep. 375).

<sup>607</sup> DE LEVAL, s. 23.

<sup>608</sup> BESSON, s. 181-182.

<sup>609</sup> BESSON, s. 182-184.

<sup>610</sup> WIRTH Marcus: “*Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland*”, 18 (1), ASA Bulletin 2000, s. 37-38; BESSON, s. 184-185.

<sup>611</sup> BESSON, s. 185. Hollanda Medeni Usul Kanunu md. 1051/ 2 bu bağlamda dikkat çekici bir düzenlemeye sahiptir. Zira söz konusu madde uyarınca, tarafların, hakemlerin veya baş hakemin acele muhakeme usulüne (*référé arbitral*) tabi olarak karar verebileceklerini kararlaştırma ları halinde, böyle bir anlaşmaya rağmen taraflardan birinin mahkemeye başvurması durumunda, hakim, bütün hal ve şartları dikkate alarak kendini yetkisiz sayar. Bununla birlikte, doktrin bu hükmün, hakimlerin her iki yönde de karar verebilecekleri şeklinde yorumlanmaya müsait olduğunu ve şayet şartlar hakimin tedbirler hususunda karar vermesini gerektiriyorsa, hakimin tedbir kararı verebileceğini kabul etmektedir. Hal böyle iken, Hollanda Hukuku uyarınca, mahkemelerin yetkisinin her halükarda bertaraf edilmiş sayılamayacağını söylemek mümkündür. Bundan başka, hakimler, bu yöndeki bir anlaşmanın geçerli olup olmadığını incelemeye ve durumun aciliyetinin takdirine de karar verebilmektedirler. Tüm bunların incelenmesinden sonra hakimler şartlar müdahaleyi gerektirmiyorsa, yetkisizlik kararı verip, çözü mün taraflarca kararlaştırılan usulde yani hakemler nezdinde aranmasını sağlayacaktır (BESSON, s. 218-219).

mevhumu muhalifinden, mahkemelerin geçici tedbirler konusundaki yetkisinin taraf anlaşmasıyla kaldırılabileceği anlaşılmaktadır<sup>612</sup>. Amerikan Hukuku'nda da, karşıt görüşler bulunmasına rağmen, hakim fikir, tarafların bu konudaki anlaşmalarına geçerlilik tanınması yönündedir<sup>613</sup>. Fransız Hukuku'nda da içtihatlar, tarafların anlaşmaları durumunda, mahkemelerin bu husustaki yetkilerinin bertaraf edilebileceğine ilişkindir<sup>614</sup>. Özellikle uluslararası tahkim açısından tarafların mahkemelerin yetkisini bertaraf etmeye yönelik yaptıkları anlaşmalar, içtihatlar<sup>615</sup> bazında muteber kabul edilmekle birlikte, doktrinde aşırı aciliyet durumunda veya hak arama özgürlüğünü engelleyen ve adaletin gerçekleşmesine engel oluşturan hallerde bu sübjektif haktan feragât edilmesinin kayıtsız ve şartsız kabul edilmesinin doğru olmayacağı, bu sebeple anılan sözleşmelerin bu gibi durumlar söz konusu olduğunda geçersiz sayılması gerekeceği ileri sürülmüştür<sup>616</sup>.

Türk Hukuku'nda ise Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda konuya dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yukarıda açıklandığı üzere, adaletin tecellisi ve etkin hukuki korumaya duyulan gereksinim ile tarafların sözleşme serbestisi çerçevesinde uyuşmazlıkları açısından sahip oldukları tasarruf yetkisini bir menfaat dengesine oturtup, belirli bir tercih yaparak karar vermek gerekecektir. Tahkim anlaşmasında açık hüküm bulunması veya bu yönde hukuki düzenlemeye sahip bir tahkim tüzüğüne kabul edilmesi durumunda, tarafların, uyuşmazlıkların esasında olduğu gibi, geçici koruma tedbirlerinin alınmasında da mahkemeleri devre dışı bırakmalarına izin vermenin, taraf iradesine dayanan tahkim kurumunun niteliği dikkate alındığında daha isabetli olacağı kabul edilmektedir<sup>617</sup>. Bu hususu **PEKCANITEZ** şu şekilde ifade etmiştir: “*Devlet mahkemeleri, tahkim sözleşmesine aykırı olmadıkça ve taraflar açıkça feragât etmedikçe ihtiyati tedbir kararı verebilirler*”. Bu ifadenin zıt anlamından ortaya çıkan, tarafların, devlet mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisinden açıkça feragât etmelerinin ve bu hususu tahkim anlaşmasında belirtmelerinin mümkün olmasıdır<sup>618</sup>. Ne var ki, MTK. md. 6/ IV hükmü bu hususta engel sayılabilecek bir düzenleme içermektedir.

<sup>612</sup> **BESSON**, s. 185.

<sup>613</sup> **BESSON**, s. 187.

<sup>614</sup> **PLUYETTE**, s. 75-76.

<sup>615</sup> *Atlantique Triton* Kararı olarak bilinen kararda bu husus açık ve net ortaya konulmuştur. (Cas. 18 novembre 1986, Rev. Arb. 1987, s. 315). Ayrıca bkz. Cas. 6 mars 1990, Rev. Arb. 1990, s. 633; TGI Bressuire, 6 février 1994, Rev. Arb. 1995, s. 132.

<sup>616</sup> **PLUYETTE**, s. 77; **BESSON**, s. 181.

<sup>617</sup> **YEŞİLOVA**, s. 724.

<sup>618</sup> **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 121.

Buna göre, “*Tarafların, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile İcra ve İflas Kanununa göre istemde bulunma hakları saklıdır*”. Bu hüküm, “*Bu Kanunun 5 ve 6. madde hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır*” şeklinde bir düzenleme getiren MTK. md. 1/ III hükmü ile birlikte yorumlandığında; tahkim yeri Türkiye olsun olmasın, mahkemelerin geçici koruma tedbirleri hakkındaki yargı yetkisinin her halükârda geçerli kalacağını ve tarafların HUMK veya İİK uyarınca sahip oldukları haklarının saklı olduğunu kabul etmenin, mevcut düzenlemeler karşısında daha doğru olacağı düşüncesindeyiz.

Akla gelebilecek bir diğer sorun ise, mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkilerinin taraflarca devre dışı bırakılmasına ilişkin yapılan anlaşmanın, aynı zamanda hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin cebri icrası için gerekli mahkeme yardımını da kapsayıp kapsamadığıdır. Hakemlerin, *imperium* kökenli cebri icra yetkisine sahip olmadıkları düşünüldüğünde, cebri icrası gereken geçici koruma tedbirleri için böyle bir olanağın bertaraf edilmesi, taraflardan birinin hukuki kaderini diğerinin insafına bırakmak ve dolayısıyla adaletin tecellisine engel olmak anlamına gelecektir<sup>619</sup>. Tarafların bu şekilde bir anlaşma yapmalarının, İsviçre Medeni Kanunu’nun 27/II hükmünde, yani Türk Medeni Kanunu’nun 23/II. maddesinde karşılığını bulan “*kimse özgürlüklerinden vazgeçemez ve onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz*” hükmüne aykırılık oluşturacağı kabul edilmektedir<sup>620</sup>.

Benzer bir tartışma konusu da, tarafların, mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisini sınırlayan veya tamamen ortadan kaldıran yönde düzenlemeler içeren bir tahkim tüzüğünü kabul etmeleri veya doğrudan bu yönde bir anlaşma akdetmeleri halinde, bu gibi anlaşmaların, milli mahkemelere sınırsız yetki veren *lex loci arbitri* yani tahkim yeri hukukuna aykırı olduğunda akıbetlerinin ne olacağına ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Doktrinde baskın görüş, bu gibi bir durumda taraf iradesinin *lex loci arbitri*’ye nazaran öncelikle uygulanması gerekeceği yönündedir<sup>621</sup>. Bununla beraber konuyu iki ayrı yönde değerlendirmek gerekir. Şöyle ki; şayet geçici koruma tedbirleri hususunda mahkemeleri sınırsız yetkili kabul eden ülke, bu yetkisini sadece tahkim yerinin ülke içinde olması ihtimaline hasretmişse, bu defa tahkim yerinin bu ülke dışında olduğu hallerde taraf

<sup>619</sup> WIRTH, s. 38; YEŞİLOVA, s. 721.

<sup>620</sup> WIRTH, s. 38.

<sup>621</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 624; YEŞİLOVA, s. 724. Kamu düzenine aykırılık oluşturulması kaydıyla aynı yönde görüş için bkz. YEŞİLİRMAK, CCI, s. 35.

iradesine öncelik tanımak gerekecektir. Buna karşılık, Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda olduğu gibi (MTK. md. 1/III ve MTK. md. 6/ IV), tahkim yeri ülke içinde olsun veya olmasın, geçici koruma tedbirlerine ilişkin maddenin emredici hüküm olması sebebiyle uygulanması gereken hallerde, mahkemelerin yetkisini bertaraf etmeye yönelik taraf anlaşmasını geçerli saymanın mümkün olmayacağı kanaatindeyiz.

## 2) Bazı Özel Haller

Tarafların, mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkilerini kaldırmaları, bu konuda yaptıkları bir anlaşma veya tahkim sözleşmesi veya şartında buna dair bir hükme yer vermeleri ile mümkün olabileceği gibi; acaba bu konuda açık veya doğrudan taraf iradelerini yansıtmayan ve fakat tarafların, geçici koruma tedbirleri için devlet yargısına başvurmaktan zımnen ferâgat etmeleri anlamını taşıyan irade açıklamaları ile de mümkün olabilir mi? İşte bu soru kapsamında incelenmesi gereken iki kavram karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, *ICC Pré-Arbitral Référé* usulü olarak bilinen ve esas işlevi henüz hakem heyeti oluşmadan önce alınması gerekli geçici koruma tedbirlerinin alınmasına imkân sağlamak olan kurumdur. 1990 tarihinden bu yana ICC bünyesinde uygulanmaya devam edilen bu usulün taraflarca benimsenmesi, acaba geçici koruma tedbirleri için devlet yargısına başvurmaktan zımnen feragat anlamı taşır mı? İkinci olarak inceleyeceğimiz ve doktrinde benzer bir tartışmaya yol açan ihtimal ise, ICSID Tahkim Tüzüğü'nün kabul edildiği hallerde aynı zımni feragatin varlığının kabul edilip edilemeyeceğine ilişkindir.

### a) ICC Pre-Arbitral Référé Usulü

Bilindiği üzere, taraflar, mevcut haklarından feragat edebilseler dahi, henüz doğmamış haklarından feragat edebilmeleri kural olarak kabul edilmemektedir. Oysa tahkim iradesinin tahkim anlaşması veya tahkim şartında somutlaştığı düşünüldüğünde, çoğu zaman henüz ortada bir uyuşmazlık yokken böyle bir anlaşmanın yapılmış olması ihtimali büyüktür. Dolayısıyla, ileride geçici koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulup duyulmayacağı, duyulacaksa bunun hangi içerikte ve ne şekilde talep edileceği gibi konuların daha baştan öngörülebilmesi mümkün

olamayacağı için, tarafların bu yönde bir anlaşma ile mahkemeleri devre dışı bırakmalarına şüpheyle bakılmaktadır<sup>622</sup>.

Bu bağlamda, tarafların, zamanlama açısından özellikle hakem heyeti oluşmadan ve hatta tahkim başlamadan evvelki bir dönem için de mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisini bertaraf edip edemeyecekleri tartışma konusudur. Bilhassa taraflar arasındaki uyuşmazlığın gizli kalmasındaki menfaatleri böyle bir tercihi makul kılacağından doktrinde bu soruya olumlu cevap veren yazarlar da bulunmaktadır<sup>623</sup>. Ancak, daha evvel de belirtmiş olduğumuz üzere, özellikle etkin hukuki korumaya duyulan ihtiyacın öngörülmediği bir zamanda, henüz uyuşmazlık ortada yokken tarafların kendilerini bu haktan mahrum etmeleri kolay kabul edilebilecek bir yaklaşım değildir. Zira, bu tür bir anlaşmanın tarafları etkin bir hukuki korumadan mahrum edeceği ve dolayısıyla adaletin tecellisini de tehlikeye atabileceği daima göz önünde bulundurulması gereken bir gerçektir.

Bu noktada akla şu soru gelmektedir: acaba, tahkim yargılaması başlamadan evvel, devlet yargısının geçici koruma tedbirleri hususundaki yargı yetkisini ortadan kaldırmaya yönelik taraf anlaşmalarının geçerli sayılabilmesi için, yukarıda bahsedilen riskleri bertaraf etmek maksadıyla ikâme başka bir makamın ihdas edilmiş olması gerekli midir? Bu soru, uygulamada sıkça duyulan bir kavram olan “*référé pré-arbitral*” kurumuna işaret etmektedir.

ICC uygulamasında 1 Ocak 1990 tarihinden bu yana yürürlükte olan “*ICC Pre-Arbitral Référé Procedure*”, tahkim öncesi *référé* usulü olarak adlandırılan ve hakem heyetinin oluşumundan önce ve hatta tarafların tahkime başvurmalarından evvelki bir dönemde hükmedilecek geçici koruma tedbirlerine ilişkin hukuki düzenlemeleri içeren, asıl olarak Fransız Hukuku’ndaki “*référé usulü*”nden<sup>624</sup> esinlenilmiş olan bir kurumdur<sup>625</sup>. Tarafların yazılı olarak anlaşmaları halinde, henüz uyuşmazlığın esasını görmeye yetkili olan hakem heyeti oluşmadan önce, üçüncü

<sup>622</sup> BESSON, s. 178; YEŞİLOVA; s. 718

<sup>623</sup> WIRTH, s. 37; YEŞİLOVA, s. 720, dn. 232.

<sup>624</sup> GARAUD Jean-Yves/ DE TAFFIN Charles- Henri: “*The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*”, ICC Bulletin Vol: 16, No: 1, 2005, s. 36.

<sup>625</sup> Tüzüğün fransızca metni için bkz. Rev. Arb. 1990, s. 937 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. BERAUDO, s. 245 vd.; LECUYER- THIEFFRY Christine: “*First Court Ruling on the ICC Pre- Arbitral Referee Procedure*”, JIA, 20 (6), 2003, s. 599 vd.; DERAİNS Yves: “*Technical Expertise and Référé Arbitral, New Trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role Of Arbitral and Other Institutions*”, ICCA Congress Series No: 1, 1983; HAUSMANİNGER Christian: “*The ICC Rules for a Pre- Arbitral Referee Procedure: A Step Towards Solving the Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration?*”, ICSID Review, Vol. 7, No: 2, 1992, s. 82 vd.; BAHMAEI, s. 212 vd.



şahısların atanmasını öngören kuralların yer aldığı Tüzük'te yer alan geçici koruma tedbirlerinin alınmasına imkân tanıyan bir usuldür<sup>626</sup>. Atanan kişilerin öngörmüş olduğu geçici koruma tedbirleri taraflar açısından bağlayıcıdır. Hükmedilen tedbirlere uyulmaması halinde, sonradan oluşacak olan uyuşmazlığın esasını görmekle yetkili hakem heyeti bu hususu kararında değerlendirecektir. Bu kişilerin görevinin devam ettiği süre içerisinde, bizzat bu usule göre atanan kişilerin veya hakem heyetinin kaldırmadığı veya değiştirmedığı geçici koruma tedbirleri nihai karara dek geçerliliğini korumaktadır<sup>627</sup>.

Belirtmek gerekir ki, *ICC Pre-Arbitral Référé* usulü dairesinde verilen geçici koruma tedbiri kararları, hakemlerce hükmedilen kararlardan farklıdır. Bu farklılık ilk önce makamda kendini gösterir; zira *référé*, hakem değildir<sup>628</sup>. Uygulamada bu tür bir kuruma ihtiyaç duyulmasının başlıca sebeplerinden biri de, bizzat kurumun daha çok tercih edildiği tip uyuşmazlıklarda kendini göstermektedir: uzun süreli ve sürekli borç ilişkileri<sup>629</sup>. Gerçekten, *ICC Pre-Arbitral Référé* usulü, uyuşmazlık ortaya çıktığı andan itibaren taraflar arasındaki hukuki ilişkinin geleceğini belirlemek amacıyla vakit geçirilmeksizin verilmesi gerekli kararların, bu gibi durumlarda dahi mahkemelere gitmek istemeyen tarafların iradelerine uygun olarak, acilen alınabilmesine hizmet eden bir kurumdur. Özellikle devletin veya kamu kuruluşlarının taraf olduğu sözleşmelerde, inşaat sözleşmelerinde, teknoloji, enformasyon ve enerji sözleşmelerinde ve nihayet yatırımcının devlet karşısında kendini zayıf konumda hissettiği her tür sözleşmede söz konusu kurallar önemli avantajlar getirmektedir<sup>630</sup>.

Gerçekten de, *ICC Pre-Arbitral Référé* kuralları ile uygulamada eksikliği duyulan önemli gereksinimler karşılanmaya çalışılmıştır. Kuralların avantajları arasında, usulün, devlet yargısına oranla daha esnek olması ve tedbire hükmeden makama daha geniş yetki vermesi gelmektedir. Milli hukuk sistemlerinde *lex fori* ile

<sup>626</sup> **BAHMAEI**, s. 213. *ICC Pre-Arbitral Referee* Usulünün işleyişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **HAUSMANINGER**, s. 98-112; **GARAUD/ DE TAFFIN**, s. 38-53.

<sup>627</sup> **BAHMAEI**, s. 215.

<sup>628</sup> **JARVIN** Sigvard: “*Alternative Solutions to the Intervention of the Engineer*”, ICCA Congress Series No: 5, s. 402.

<sup>629</sup> *ICC Pre-Arbitral Referee* Usulüne en fazla hangi konularda ve ne tür sözleşmelerde ihtiyaç duyulacağına ilişkin uygulamadan örnekler için bkz. **PAULSSON** Jan: “*A Better Mousetrap: 1990 ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*”, International Business Lawyer, Vol. 18, 1990, No: 5, s. 214-215. Uluslararası inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklardaki önemi için bkz. **DAVIS** Benjamin: “*The ICC Pre-Arbitral Referee Procedure in Context with Technical Expertise, Conciliation and Arbitration*”, The International Construction Law Review, 1992 (9), s. 226-227; **JARVIN**, s. 401.

<sup>630</sup> **GARAUD/ DE TAFFIN**, s. 59-60.

sınırlı tedbir alabilen hakimlere nazaran *référé* nin alabileceği tedbir çeşitleri çok daha fazla sayıda ve uyumsuzluğa uygun niteliktedir. Özellikle yukarıda belirtildiği üzere, devlet veya kamu kuruluşlarının taraf olduğu uyumsuzluklarda, karşı taraf açısından daha bağımsız ve tarafsız bir makam olarak görüleceğinden, *référé* tarafından verilen tedbirlerin rızaen uygulanma olasılığı mahkemelerce verilen tedbirlere nazaran daha fazla olacaktır. Kuralların kendi içerisinde belirli bir telafi sistemi benimsemiş olması (md. 6. 8.1-2), diğer bir ifadeyle, tedbirlere rızaen uyulmaması halinde hakemlerin bu hususu tazminat olarak kararlarına yansıtabiliyor olması, usulün uygulanmasındaki psikolojik etkenlerden biridir. Tedbirlerin, konusunda uzman kişilerce alınıyor olmasının taraflarda yarattığı güven hissi mahkemelerin yerindeliği takdir ederken gösterebileceği özene göre daha fazla olacağından, taraflar da bu tedbir kararlarının adil ve hakkaniyetli olduğundan şüphe etmeyeceklerdir. Tüm bunların yanı sıra, geçici koruma tedbirlerine hükmetmek için *référé* tarafından yapılacak muhakeme ve varılacak sonuç gerekçeleriyle birlikte değerlendirildiğinde, taraflar açısından bir ölçüde uyumsuzluğun esastan görülmesinin simülasyonu ve karşılıklı uzlaşma veya güç dengesinin sezinlenmesi imkânı yaratacaktır<sup>631</sup>. Erken dönemde, henüz hakem heyeti oluşmadan evvel söz konusu olan geçici koruma tedbirleri için mahkemelere başvuru zorunluluğunu kaldıran bu usul sayesinde, çelişen tedbir kararları veya farklı makamların yetki çatışması da böylelikle engellenmiş olacaktır<sup>632</sup>.

Bununla beraber, *référé* tarafından verilen kararların hukuki niteliğinin ne olduğu da tartışmalıdır. Bu tartışma, söz konusu tedbir kararlarının mahkemelerce cebren icrası gerektiğinde, hakem kararları gibi muamele görüp görmeyeceği hususunda önem kazanır. Paris İstinaf Mahkemesi'nin önüne gelen bir uyumsuzlukta, bu usulde verilen bir kararın hakem kararı olmadığı, hakem kararlarının ancak hakemlerce verilebileceği ve bu kararların uyumsuzluğu esastan çözüme ulaştırın, tarafların hak ve borçları üzerinde nihai etki eden bir karar olması gerektiği belirtilmiştir<sup>633</sup>. Oysa, *pre-arbitral référé* usulü ile verilen kararlar, tarafların rızaen uygulaması mümkün olan kararlardır ve esas olarak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasını içermesi bakımından bir sözleşme hükmü niteliğindedir<sup>634</sup>.

<sup>631</sup> GARAUD/ DE TAFFIN, s. 57-58.

<sup>632</sup> Diğer avantajlar için bkz. GARAUD/ DE TAFFIN, s. 58.-59.

<sup>633</sup> GARAUD/ DE TAFFIN, s. 53-56.

<sup>634</sup> HAUSMANINGER, s. 107. Doktrinde YEŞİLIRMAK tarafından savunulan fikir uyarınca, bu tür kararları verenlerin birer hakem, kararların da birer hakem kararı olarak görülmesi mümkündür.

Doktrinde, *ICC Pre-Arbitral Référé* usulünün taraflarca kabul edilmesinin mahkemelerin geçici koruma tedbirleri açısından sahip oldukları yargı yetkisinden zımnen feragat edilmesi anlamına gelip gelmeyeceği tartışmalıdır<sup>635</sup>. Ağırlıklı görüş, bu usulün benimsendiği anlaşmalarda, tarafların *référé* usulüne binaen atanan kişilerin geçici koruma tedbirleri verme konusunda münhasıran yetkili olacaklarını açıkça kararlaştırmadıkları müddetçe, mahkemelerin konuya ilişkin yetkilerinin devam etmesi gerektiği yönündedir<sup>636</sup>. Zira, taraflarca bu usulün benimsenmiş olmasına rağmen, yine de “*sur minute*” denilen ve vakit kaybetmeksizin etkin tedbir alınmasını gerektirecek durumlar için mahkemelerin yardımına ihtiyaç duyulması mümkündür<sup>637</sup>. Bundan başka, özellikle cebri icra kuvveti gerektirecek türde tedbirlerin, örneğin ihtiyati haciz, *saisie conservatoire* gibi geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmek için gerekli *imperium* yetkisi mevcut olmadığından, bu tür tedbirler açısından da mahkemelere başvuru imkânının korunması gereklidir<sup>638</sup>.

*ICC Pre-Arbitral Référé* usulünün uygulamada ne derece başarılı olacağı<sup>639</sup> veya duyulan ihtiyaçlara ne ölçüde cevap verebildiğinin, aslında hakemlerin verdiği geçici koruma tedbirlerinin akıbetinden veya uygulamadaki algılanış biçiminden farklı değerlendirilemeyeceği ileri sürülmüştür<sup>640</sup>. Bununla beraber, doktrinde bu görüşün aksini savunanlar da bulunmaktadır. Karşı fikri temsil eden bu görüşün en kuvvetli savunucusu olan **Beraudo**'ya göre, her ne kadar bu gibi kararların, hakem kararları gibi tenfiz veya icrasının istenmesi mümkün olmasa da, usule uygulanan hukukun taraflara tanıdığı geçici koruma tedbirlerine nazaran aslında çok daha kuvvetli bir imkân bulunmaktadır. Zira bu durumda söz konusu olan şey, hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerine uyulmaması neticesinde bu tedbirlerin mahkemlerce cebren icrasını talep etmek değil, bizzat “sözleşme hükmünün yerine

---

Yazara göre, çözmediği sorunla sınırlı kalmak kaydıyla nihai bir nitelik taşıyan bu tip kararların, *lex arbitri*'ye uygun düştüğü ölçüde icra edilebilmesi gerekir (**YEŞİLİRMAK**, *Provisional Measures*, s. 145- 146). Aksi görüş için bkz. **JARVIN**, s. 402-403.

<sup>635</sup> **BAHMAEI**, s. 217 vd.; **BESSON**, s. 75; **YEŞİLOVA**, S. 719- 720.

<sup>636</sup> **BESSON**, s. 75; **BAHMAEI**, s. 217- 219.

<sup>637</sup> **GAILLARD** Emmanuel/ **PINSOLLE** Philippe: “*The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences*”, Arb. Int. Vol. 20, No: 1, 2004, s. 23.

<sup>638</sup> **BAHMAEI**, s. 217-218; **JARVIN**, s. 403.

<sup>639</sup> Bu usule uygulamada çok az rağbet ediliyor olduğuna ilişkin görüş için bkz. **BAHMAEI**, s. 216. *ICC Pre-Arbitral Referee Usulünün uygulamadaki örnekleri ve değerlendirmesi için bkz. TERCIER Pierre: “Le Référé Pre-Arbitral”, ASA Bulletin 2005, Vol. 22, No: 3, s. 464 vd.; GAILLARD/ PINSOLLE*, s. 13 vd.; **HAUSMANINGER**, s. 112-114; **GARAUD/ DE TAFFIN**, s.37-38.

<sup>640</sup> **BESSON**, s. 75. Dolayısıyla, *référé* tarafından verilmiş bir geçici koruma tedbirinin cebren icrasını sağlamak üzere mahkemelerin bu gibi kararlara etki tanıyıp tanımayacağı, söz konusu usulü veya benzer kurumları benimseyen bir ülkede icra talebinde bulunulup bulunulmayacağına göre değişecektir (**HAUSMANINGER**, s. 107).

getirilmesi” talebi olacaktır<sup>641</sup>. Çünkü, verilen karara uyulmaması sözleşmeye aykırılık sayılacaktır. Bundan başka, *ICC Pre-Arbitral Referee* Tüzüğü’nün<sup>642</sup> 6.8.1-2. maddesinde, uyuşmazlığın esasına bakmakla yetkili hakem heyetine, bu usul dairesinde verilmiş olan bir geçici tedbir kararına uygun davranılmamasını nihai karara varırken dikkate alma yetkisi tanınmasının ve bu aykırılıktan ötürü, karara uymayan tarafın, karşı tarafa verdiği zarardan sorumlu olacağını belirtilmiş olmasının, kurumun etkinliğinin bir başka teminatını oluşturduğunu söylemek mümkündür<sup>643</sup>.

Sonuç olarak, özellikle uyuşmazlıklarının hiçbir surette devlet yargısına tabi olmasını istemeyen veya gizlilik, tarafsızlık, bağımsızlık ve sair menfaatleri gereği mahkemelerin her açıdan yetkisini bertaraf etmek isteyen tarafların, tahkimin sürekliliği olan bir kurum olmaması sebebiyle yaşayacağı zorlukları gidermek yolunda ICC’nin attığı bu yenilikçi adımın önemi yadsınamaz<sup>644</sup>. Nitekim, uygulamada ICC’den sonra en sık başvuru LCIA veya AAA gibi tahkim kurumlarının da, bu usulün yaygınlaşmasını müteakiben, bu yönde benzer adımları atmakta gecikmeyecekleri ileri sürülmüştür<sup>645</sup>. Bu bağlamda, WIPO Tahkim Merkezi, bu usulü örnek alan bir tüzük önerisi yaparak, geçici koruma tedbirleri konusunda yetkili “*emergency arbitrator*” adı verilen bir kurum yaratmak istegindedir<sup>646</sup>. Doktrinde, *ICC Pre-Arbitral Referee* usulünün gelişmesi için bir takım değişikliklerin ve kurumu tanıtıcı reklam ve benzeri faaliyetlerin yararlı olacağı belirtilmiştir<sup>647</sup>. Tüzüğün uygulanmasını kolaylaştıracak ve madde hükümlerini basitleştirecek değişikliklerin kabulünün yanı sıra, ICC Tahkim Tüzüğü içerisinde bu usulün de doğrudan yer alması, örnek tahkim klotunda bu usule de yer verilmesi ve tarafların aksini belirtmemiş olmaları halinde *ICC Pre-Arbitral Referee*

<sup>641</sup> **BERAUDO**, s. 252-253; **HAUSMANINGER**, s. 102- 108; **LECUYER- THIEFFRY**, s. 509 vd.

<sup>642</sup> Tüzüğün İngilizce metni için bkz. ICCA Congress Series No: 5, 1990, s. 406-412.

<sup>643</sup> **HAUSMANINGER**, s. 107. Tüzükte bu şekilde bir hükmün olmasının büyük bir avantaj olduğu ve özellikle uluslararası inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda bu hususun, bu tür bir imkan içermeyen FIDIC tahkim sistemine alternatif sayılabileceğine dair görüş için bkz. **JARVIN**, s. 404.

<sup>644</sup> Bu usulün, devlet yargısından alınacak geçici koruma tedbirlerine nazaran sahip olduğu avantajlar için bkz. **GAILLARD/ PINSOLLE**, s. 23-24; **GARAUD/ DE TAFFIN**, s. 58-59. *ICC Pre-Arbitral Referee* usulünün uluslararası tahkim hukukuna katkıları ve etkileri için bkz. **HAUSMANINGER**, s. 114-117.

<sup>645</sup> **HAUSMANINGER**, s. 114.

<sup>646</sup> **BESSON**, s. 76. *ICC Pre-Arbitral Referee* usulüne benzer usuller kabul etmiş olan tahkim kurumları ve milli tahkim sistemleri için bkz. **HAUSMANINGER**, s. 37.

<sup>647</sup> **GARAUD/ DE TAFFIN**, s. 61-63.

usulünün otomatikman uygulama alanı bulması da öneriler arasında yer almaktadır<sup>648</sup>.

### b) ICSID Tahkim Kuralları

18 Mart 1965 Tarihli Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Washington Konvansiyonu'nun (ICSID Konvansiyonu) belirli maddeleri ve ICSID Tahkim Kuralları'nın hükümleri beraber yorumlandığında, doktrinde sıkça tartışılan bir soru akla gelmektedir: acaba belirli bir uyuşmazlıkta ICSID Tahkimine başvurulması, tarafların geçici koruma tedbirleri açısından devlet yargısına başvurma hakkından feragat etmeleri anlamına gelir mi?

Bilindiği gibi ICSID Konvansiyonu, yatırımcı ile yatırım yapılan devlet arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesini öngörmek suretiyle aslında uyuşmazlığın devlet yargısı dışında tutulmasına ve böylelikle her iki tarafın da menfaatine olacak şekilde davalarını ülke mahkemelerine nazaran daha tarafsız ve bağımsız olduğu düşünülen bir makama, yani hakem heyetine teslim etmelerine olanak sağlamaktadır<sup>649</sup>.

Meşhur mahkeme kararlarına konu olmuş yukarıda sözü edilen bu tartışmanın merkezinde, ICSID tahkim kuralları ve ICSID Konvansiyonu hükümlerinin, uyuşmazlığın esasının yanı sıra geçici koruma tedbirleri konusunda da hakem heyetine “münhasır yetki” verip vermediği sorusu bulunmaktadır<sup>650</sup>. Söz konusu hükümleri inceleyecek olursak, ilk başta ICSID Konvansiyonu'nun konumuza ilişkin 26. maddesine bakmak gerekecektir. Bu madde şu hükmü içerir: “*Bu Sözleşme çerçevesinde tarafların hakemlik için rızaları, aksi belirtilmediği takdirde, herhangi bir çözüm dışında bu hakemliğe rızaları demektir*”. Konvansiyon'un 47. maddesi ise “*Taraflar başka biçimde anlaşmadığı takdirde, Heyet şartların böyle gerektirdiğini düşünerek, her iki tarafın karşılıklı haklarını korumak için ihtiyati tedbirler tavsiye edebilir*” şeklindedir. Bu iki maddenin, hakem heyetinin “geçici koruma tedbirlerine

<sup>648</sup> GARAUD/ DE TAFFIN, s. 63.

<sup>649</sup> BAHMAEI, s. 199. Konunun özellikle gelişmekte olan ülkelere yatırım yapan yatırımcılar açısından önemi ve ICSID tahkiminde görülen davaların bu açıdan değerlendirilmesi için bkz. EL-KOSHERI Ahmed Sadek: “*ICSID Arbitration and Developing Countries*”, ICSID Review, Vol. 8; No: 1, Spring 1993, s. 104 vd. ICSID tahkiminin temel özellikleri için bkz. YILMAZ İ., s. 41-44.

<sup>650</sup> YILMAZ, İ., s. 81-82. ICSID Tahkimine konu olmuş bu kararlar ve değerlendirmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PARRA, s. 39 vd.; BROWER Charles N./ GOODMAN Ronald E.M.: “*Provisional Measures and the Protection of ICSID Jurisdiction Exclusivity Against Municipal Proceedings*”, ICSID Review, Vol. 6; No: 1, Spring 1991, s. 431 vd.

hükmedebilme yetkisi” açısından da münhasır bir yetkiye sahip olup olmadığı konusunda gerek ulusal mahkemelerin kararlarında, gerekse bizzat ICSID kararlarında farklı şekilde değerlendirildiği görülmektedir.

Örneğin, *Holiday Inns Davası*<sup>651</sup> olarak bilinen ve ICSID tahkimine konu olan ilk uyuşmazlık olma özelliğine sahip olan davada, hakem heyeti, henüz uyuşmazlığın esası hakkında yargı yetkisine sahip olduğuna karar vermeden önce, bu hususta *prima facie* şekilde yetkili olduğuna kanaat getirebiliyor olmasını yeterli görüp, taraflara geçici koruma tedbirleri tavsiye etmiştir. Sulh ile çözüme kavuşan bu davanın konumuz açısından önemi, ICSID’e konu olan ilk uyuşmazlıkta mahkemeleri hemen devre dışı bırakmış olmamak için<sup>652</sup> ve yargı yetkisi konusunda kışkanç ve saldırgan bir tavır sergilememek amacıyla geçici koruma tedbirleri açısından devlet mahkemelerinin yetkisinin bulunmadığına ve bu yetkinin Konvansiyon ve Tüzük hükümleri uyarınca münhasıran hakemlere ait olduğuna veya tam aksine açık ve net bir biçimde tavır alınamamış olunmasıdır. Zira hakem heyeti bu davada geçici koruma tedbirleri tavsiye edebileceklerini vurgulamış, ancak hakem heyetinin bu konudaki yetkisinin “münhasır” olup olmadığı konusunu muğlak bırakarak, “*Taraflar, sözleşme hükümleri ile çelişen türde tedbirler almaktan kaçınmalıdır ve halihazırda almış olduklarının gelecekte bu hükümlere aykırı olmayacağını temin etmelidir*” denilmiştir<sup>653</sup>.

Sonraki tarihlerde konuya ilişkin belki de en çarpıcı çıkarımlar, *Atlantic Triton Davası*<sup>654</sup> olarak bilinen ve bir Norveç şirketi ile Yeni Gine Hükümeti’ni karşı karşıya getiren uyuşmazlıkta Fransız Mahkemeleri tarafından verilmiştir. Fransız Quimper mahkemesinin, Yeni Gine Hükümeti’ne bağlı kamu tüzel kişisi Sogupêche’e ait gemiler üzerinde ihtiyati haciz talep eden *Atlantic Triton* şirketinin bu talebini kabul etmesi üzerine, Yeni Gine Hükümeti’nin Rennes İstinaf Mahkemesi’ne başvurarak ihtiyati haczin kaldırılmasını talep etmesini müteakiben, Rennes İstinaf Mahkemesi, ICSID Konvansiyonu uyarınca hakem heyetinin geçici koruma tedbirleri konusunda “münhasır yetkili” merci olduğunu belirtmiştir. *Atlantic Triton* Şirketinin bu karara Fransız Temyiz Mahkemesi nezdinde yapmış olduğu

<sup>651</sup> *Holiday Inns/ Occidental Petroleum v. Morocco* (ICSID Case No: ARB/ 72/ 1). Karar hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. LALIVE Pierre: “*The First World Bank Arbitration (Holiday Inns v. Morocco)- Some Legal Problems*”, The British Yearbook of International Law, 1980, s. 123 vd.

<sup>652</sup> BAHMAEI, s. 184.

<sup>653</sup> DELAUME George D.: “*ICSID Tribunals and Provisional Measures- A Review of the Cases*”, ICSID Review Foreign Investment Law Journal, Vol. 1, No: 1, Spring 1986, s. 392-393;

<sup>654</sup> *Atlantic Triton Co. Ltd. V. Guinea* (ICSID Case No: ARB/ 84/ 1).

itiraz üzerine bu defa Temyiz Mahkemesi, tarafların geçici koruma tedbirleri için devlet yargısına başvurmalarının önünde ICSID açısından bir engel olmadığına ve tam tersi bu yetkinin devlet yargısında geleneksel olarak zaten mevcut olduğuna, hakem heyetinin geçici koruma tedbirlerini sadece “tavsiye edebileceği”ni düzenleyen 47. madde hükmü karşısında aksini düşünmenin mümkün olmadığına hükmetmiştir. Bu karar, ICSID tahkimine tabi uyuşmazlıklarda mahkemelerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisi konusunda uluslararası tahkim çevrelerinde ne derece muğlak bir hukuki ortamın bulunduğunu vurgulamaktadır.

Konu üzerindeki bu tartışmalar, 26 Eylül 1984 yılında ICSID Tahkim Tüzüğü'nün 39. maddesine eklenen bir fıkayla bugün için artık kesin bir sonuca ulaştırılmıştır. Buna göre; *“Tarafların rızalarını içeren anlaşmada bu şekilde kararlaştırmış olmaları kaydıyla, bu madde hükümleri, tarafların haklarını ve menfaatlerini korumak amacıyla, tahkim yargılaması başlamadan önce veya tahkim yargılaması sırasında, devlet yargısı veya başka bir merciye başvurarak koruyucu tedbir talep etmelerine engel sayılmaz”* (ICSID Tahkim Tüzüğü md. 39/ 6)<sup>655</sup>. Dolayısıyla, bugün için ICSID tahkimi açısından geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin kimde olduğu veya bu yetkinin münhasır olup olmadığı tartışması güncel bir tartışma olmaktan çıkmıştır. Zira, taraflar, aralarındaki tahkim anlaşmasında açıkça aksini belirtmemişlerse<sup>656</sup>, geçici koruma tedbirleri hakem heyetinin münhasır yetkisine dahil olup, bunlar için mahkemelere başvurmak ICSID Konvansiyonu ve Tahkim Tüzüğü uyarınca mümkün değildir<sup>657</sup>. Nitekim sonraki tarihlerde meydana gelen uyuşmazlıklarda, gerek ulusal mahkemelerin yaklaşımı, gerekse ICSID hakem heyetinin değerlendirmeleri hep geçici koruma tedbirleri açısından hakemlerin yetkisinin münhasır olduğu yönünde olmuştur<sup>658</sup>.

<sup>655</sup> 10 Nisan 2006 Tarihinde değişikliğe uğramış olan bu Tüzüğün İngilizce metni için bkz. **WEGEN/ ESİN/ SHORE**, s. 171 vd. “Tarafların rızalarını içeren anlaşmada” ifadesinden, bu rızanın ulusal mevzuatta ya da ikili yatırım anlaşmalarında olması halinde anılan hükmün aradığı şartın gerçekleşmiş sayılmayacağı; söz konusu rızanın tarafların tahkime onay verdikleri belgede olması gerekeceği yönünde bkz. **YILMAZ**, İ., s. 82.

<sup>656</sup> ICSID Model tahkim klotunda önerilen yazılı şeklin İngilizce metni şöyledir: “*Without prejudice to the power of the Arbitral Tribunal to recommend provisional measures, either party hereto may request any judicial or other authority to order any any provisional or conservatory measure, including attachment, prior to the institution of the arbitration proceeding, or during proceeding, for the preservation of its rights and interests*” (ICSID Model Clauses, Doc. ICSID/ 5/ Rev. 2 clause 14).

<sup>657</sup> **BAHMAEI**, s. 199-200; **FOUCHARD/ GAILLARD/ GOLDMAN**, s. 731; **MARCHAIS** Bertrand: “ICSID Tribunals and Provisional Measures- Introductory Note To Decision of The Tribunals of Antwerp and Geneva in *MINE v. Guinea*”, ICSID Review, 1986, s. 379 (*ICSID*); **BROWER/ GOODMAN**, s. 435; **BESSON**, 177-178; **YILMAZ**, İ., s. 82.

<sup>658</sup> *MINE Davası* olarak bilinen davada (*Maritime International Nomines Establishment (MINE) v. Gouvernement de la République de Guinée*, ICSID Case No: ARB/ 84/ 4), Belçika ve İsviçre

Kanaatimizce bu noktada iki hususun birbirinden farklı değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. Bunlar, ICSID tahkimine konu olan uyuşmazlıklarda hakem heyeti tarafından verilebilecek türdeki geçici koruma tedbirleri açısından mahkemelere başvurulamayacağı, yani hakem heyetinin bu konudaki yetkisinin münhasırlığı kavramı ile hakemlerce verilemeyecek geçici koruma tedbirleri açısından mahkemelerin yetkisidir. Zira, her ne kadar tarafların, yatırım uyuşmazlıkları gibi bir tarafını zorunlu olarak devletin oluşturduğu ICSID tahkiminde, mahkemeleri devre dışı bırakmak istemeleri onların menfaati ve kurumun özelliği gereği olsa da, aynı menfaatin diğer bazı konularda da geçerli olacağını söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Örneğin, üçüncü şahısları bağlayan türdeki tedbirler ile cebri icra organlarınca icra edilmesi gereken ve kamu gücünü kullanmayı zorunlu kılan türdeki geçici koruma tedbirlerinin, *imperium* yetkisi gerektirdiğinden hakemlerce alınamayacağını daha önce belirtmiştik. İşte bu gibi tedbirlerin acilen alınmasının zaruri olması halleriyle sınırlı olmak üzere, mahkemelere başvurulmasının ICSID nezdindeki tahkimler açısından da mümkün sayılması kanaatimizce tarafların menfaati için daha uygun olacaktır. Zira bu gibi hallerde mahkemeler, tahkime müdahaleden ziyade, tahkime yardımcı nitelikte bir rol üstlenmektedirler. Sonuç itibarıyla, yukarıda belirtilen şartlar dahilinde ve ancak hakemlerce verilemeyeceği kabul edilen geçici koruma tedbirleri ile sınırlı kalmak şartıyla, mahkemelere başvurulmasını kabul etmenin daha isabetli olacağını düşünmekteyiz. Zira aksini kabul ederek, bu hallerde dahi mahkemelere başvurulmasını tahkim anlaşmasına ve ICSID Konvansiyonu ile ICSID Tahkim Tüzüğü hükümlerine aykırılık olarak yorumlamak, tarafların bu konuda başvurabilecekleri yegâne imkânı onların elinden almak olurdu ki, böyle bir sonucun benimsenmesi mümkün değildir.

### C) Uygulanacak Hukuk

Tahkime konu olan uyuşmazlıklarda mahkemelere geçici koruma tedbiri verilmesi için başvurulduğu zaman, hakimlerin, uygulanacak hukuku tespit ederken, uluslararası özel hukukun en klasik kurallarından biri olan “*lex fori*” kuralını uygulayacakları, yani kendi hukukları uyarınca karar verecekleri doktrinde genel

---

Mahkemeleri ile ICSID Hakem Mahkemesi açık ve net bir biçimde bu yaklaşımı benimseyen kararlar almıştır (BAHMA EI, s. 190-191 ve 197).



olarak kabul edilmektedir<sup>659</sup>. Hiç kuşkusuz *lex fori*, hakimın hukukunda yer alan kanun hükümlerinin yanı sıra, uluslararası konvansiyonları da içermektedir<sup>660</sup>.

Geçici koruma tedbirlerine ilişkin taleplerde *lex fori*'nin uygulanmasına ilişkin yaygın görüşün gerekçesi olarak, bu gibi taleplerde derhal karar verilmesi gerekliliği karşısında, hakimın esasa uygulanacak hukukun gerçek içeriğini tam ve doğru bir biçimde tespit edebilmesi imkânına çoğu zaman sahip olamayışı gösterilmiştir<sup>661</sup>.

Geçici koruma tedbirleri alanında “*usuli meselelerde lex fori kuralı uygulanır*” ilkesinin<sup>662</sup> bir yansıması olarak da kabul edilebilecek olan bu genel yaklaşıma rağmen, doktrinde *lex fori*'nin katı bir biçimde uygulanmaması ve kimi durumlarda *lex causae*'nin de uygulanmasının isabetli olacağı yönünde eğilimlerin olduğu gözlemlenmektedir<sup>663</sup>. Örneğin, ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, “ilk bakışta haklılığın varlığı”, “esasa ilişkin davanın kazanılması ihtimalinin yüksekliği” gibi geçici koruma tedbirlerinin verilebilme şartlarının *lex causae*'den tamamiyle soyutlanarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır<sup>664</sup>. Keza, “gecikmesinde tehlike bulunan haller”, “giderilmesi imkânsız zarar” veya “alacaklının zararının borçlunun zararından fazla olacağını anlaşılması” gibi kriterlerde de zarar unsuru ön plana çıkacağından; zararın belirlenmesi meselesini usule değil, esasa ilişkin bir mesele olarak kabul eden Milletlerarası Özel Hukuk doktrinindeki yaygın görüş, *lex causae*'nin uygulanmasının isabetli olacağını savunmaktadır<sup>665</sup>. Bundan başka, esasa uygulanacak hukukla sıkı sıkıya bağlı subjektif bir hakkı yansıtan türdeki tedbirler açısından da *lex causae*'nin uygulanmasının gerekeceği ileri sürülmüştür<sup>666</sup>. Bu görüş uyarınca, tamamiyle usuli bir tedbir söz konusu olduğunda *lex fori*, maddi hukukla bağlantılı bir tedbirin varlığı halinde ise, tedbiri doğuran hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk yani *lex causae*'nin uygulanmasının gerekeceği belirtilmektedir.

<sup>659</sup> **NOMER**, *Devletler Hususi Hukuku*, 17. Bası: Nomer/ Şanlı, İstanbul, 2009, s. 198, dn. 228.; **ÇELİKEL/ ERDEM**, s. 457; **ÖZBEK HADİMOĞLU** Nimet: Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Ankara, 2002, (*İhtiyati Tedbirler*), s. 191; **ÖZEL**, s. 117.

<sup>660</sup> **BESSON**, s. 147; **BÖSCH**, s. 7.

<sup>661</sup> **NOMER**, *Devletler Hususi Hukuku*, 17. Bası: Nomer/ Şanlı, İstanbul, 2009, s. 198, dn. 228.; **ÇELİKEL / ERDEM**, s. 457. Türk karasularındaki yabancı gemilerin ihtiyati haczinde de *lex fori*'nin hakimiyeti vardır (**EKŞİ** Nuray: Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi, İstanbul, 2000, s. 57 vd.).

<sup>662</sup> **NOMER**, *Devletler Hususi Hukuku*, 17. Bası: Nomer/ Şanlı, İstanbul, 2009, s. 374 vd.; **MERKT**, s. 157.

<sup>663</sup> **MERKT**, s. 153-162; **ÖZBEK HADİMOĞLU**, *İhtiyati Tedbirler*, s. 197 vd.

<sup>664</sup> **MERKT**, s. 159.

<sup>665</sup> Bununla beraber, delillerin takdiri yetkisi usuli bir konu olarak kabul edildiğinden, zararın belirlenmesinin de *lex fori*'ye tabi tutulması gerektiği ileri sürülebilir (**ÖZBEK HADİMOĞLU**, *İhtiyati Tedbirler*, s. 195).

<sup>666</sup> **KNOEPFLER** François/ **SCHWEIZER** Philippe: Précis de Droit International Privé Suisse, Berne, 1990, s. 211.

*Lex causae*'nin uygulanmasının önündeki hukuki engellerin başında, *lex causae* uyarınca öngörülmüş olan bir geçici koruma tedbirinin, *lex fori*'de yani hakim kendi hukukunda düzenlenmemiş olması ihtimali gelmektedir<sup>667</sup>. Böyle bir durumla karşılaşan hakim ne şekilde tavır alacağı gerçekten cevaplaması zor bir sorudur. *Lex causae*'nin uygulanmasından da bağımsız bir sorun olarak, hakimlerin karşılaşabileceği bu tür bir meselede ölçülü bir pragmatizm içinde karar verilmesinin doğru olacağı kanaatindeyiz. Şöyle ki; böyle bir durumla karşılaşan hakim yapması gereken, öncelikle kendi hukukunda *lex causae*'de öngörülmüş olana veya taraflarca talep edilene benzer bir geçici koruma tedbiri olup olmadığına bakmak ve böyle bir tedbir bulabilmesi durumunda bu tedbire, bulamaması durumunda ise, aynı işlevi görebilecek başka bir tedbire karar vermektir. Hiç kuşkusuz, *lex fori*'nin yasakladığı türdeki geçici koruma tedbirleri açısından durum farklı değerlendirilecek ve bu tür tedbir talepleri hakim tarafından reddedilecektir. Örneğin, Fransız Hukuku'ndaki "*référé provision*" veya İngiliz Hukuku'ndaki "*interim payment*" türü geçici tedbir niteliği tartışmalı olan ve uyuşmazlık konusu hakka henüz nihai karar verilmeden kısmen veya tamamen kavuşmayı sağlayan tedbirlerin Türk mahkemeleri tarafından verilmesi mümkün olmayacaktır.

Doktrinde **Pekantez** bu konuya başka bir boyuttan yaklaşmaktadır. Yazar, mahkemelerce verilecek geçici koruma tedbirleri açısından değil, hakemlerce verilmiş olan bir geçici koruma tedbirinin, taraflarca rızaen yerine getirilmemesi sebebiyle konunun cebri icrayı sağlamak amacıyla mahkeme önüne gelmesi ihtimalini Türk Hukuku açısından değerlendirmiştir. **Pekantez**'e göre, hakemlerin verdiği tedbir kararlarının Türk Hukuku'nda bilinen ve tanınan bir tedbir kararı olması zorunlu değildir<sup>668</sup>. Hakemlerin yetkisinin mahkemelerin yetkisinden ileri gidebileceğini ve hakemlerin, hakimlerden farklı tedbirlere karar verebileceklerini belirten yazara göre; bu tür tedbirlerin rızaen uygulanmaması sebebiyle, bunların cebri icrasını sağlamak için mahkemelere başvurulması durumunda bu defa mahkeme, sadece kendi hukukunda bilinen ve tanınan bir tedbir kararının uygulanmasına karar verebilecektir<sup>669</sup>. Yazar, bu fikrine gerekçe olarak, hakimlerin, tedbir kararının icrasına karar verecek ülkenin hukuku ile yani *lex fori*'leri ile bağlı olacağını göstermiştir<sup>670</sup>.

<sup>667</sup> MERKT, s. 161.

<sup>668</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 122 ve 132.

<sup>669</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 122 ve 132.

<sup>670</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 122 ve 132.

Uygulanacak hukuku belirlemede kullanılan yöntemler arasında klasik yöntem olarak ifade edebileceğimiz kanunlar ihtilafı yönteminin uygulanması neticesinde ulaşılabilecek olan ve bazen *lex fori*'nin bazen de *lex causae*'nin bağlama kuralı olarak benimsenmesi gerektiğini ileri süren bu gibi görüşlerin yanı sıra, geçici koruma tedbirleri konusunda aslında kanunlar ihtilafı problemi doğmayacağı ve bu tür tedbirlere uygulanacak hukukun *doğrudan uygulanan kurallar* yöntemiyle<sup>671</sup> çözümleneceğini savunan görüşler de mevcuttur<sup>672</sup>. İlk kez *Francescakis* tarafından ortaya atılan doğrudan uygulanan kurallar (*lois d'application immédiate*), devletin sosyal, ekonomik, siyasal ve hukuki örgütlenmesini yansıtan ve bu alanda korumayı amaçladığı menfaatlerinin gözetilmesi için, esas itibarıyla iç hukuka ilişkin maddi çözümler getirirse dahi, yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde de uygulanması zorunlu bulunan kurallardır<sup>673</sup>. Belirli bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesinin açık ve net kıstasları olmadığından, geçici koruma tedbirlerini içeren usul hukuku hükümlerinin de doğrudan uygulanan kurallar arasında bulunup bulunmayacağı, kuralın korumayı amaçladığı menfaatten yola çıkılarak tespit edilebilecektir. Kanaatimizce bu soruna olumsuz cevap vermek gerekir. Zira, bu kurallar genel itibarıyla maddi hukuk kurallarıdır ve devletin belirli alanlardaki politikalarını gerçekleştirmek amacıyla yabancılık unsuru taşıyıcılar dahi, ülke topraklarındaki her türlü hukuki işlem ve uyuşmazlıklara uygulanmaları zorunludur. Geçici koruma tedbirlerine ilişkin usul hukuku normlarının genel olarak devletin yargısal örgütlenmesiyle ilgili olmasından yola çıkarak, usul hukukuna ait kurallara bu niteliği vermek, *usuli meselelerde lex fori uygulanır* ilkesi karşısında gereksiz bir zorlama olacaktır<sup>674</sup>. Kaldı ki, tahkime konu olan bir uyuşmazlıkta geçici koruma talebiyle karşılaşan hakimin, bu talep karşısında kendi hukukunu uygulamasının gerekçesinin doğrudan uygulanan kurallar veya *lex fori* olmasının ne fark yaratacağı sorusu da tartışmanın esasında hiçbir sonuca hizmet etmeyeceğini göstermektedir. Bu noktada önemle belirtilmesi gereken hususlardan biri de, belirli bir uyuşmazlıkta mahkemelerden talep edilen geçici koruma tedbirinin, Türk Hukuku içerisinde

<sup>671</sup> Doğrudan uygulanan kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZDEMİR KOCASAKAL** Hatic: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul, 2001 (*Doğrudan Uygulanan Kurallar*).

<sup>672</sup> **ÖZBEK HADİMOĞLU**, *İhtiyati Tedbirler*, s. 212 vd. ve özellikle s. 216.

<sup>673</sup> Tanım için bkz. **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 8-13.

<sup>674</sup> Doktrinde aksini savunan bir görüş uyarınca, tedbirlerin icrasıyla ilgili yetkili makamların belirlenmesi, bu makamların yetki ve sorumlulukları, çalışma usulleri devletin yargı işlevinin yerine getirilmesinin bir gereği olarak konulmuş kurallardır ve bu sebeple, ihtiyati tedbire Türk Hukuku'nun uygulandığı yediemin tayini, yedieminin hukuki ve cezai sorumluluğu, yediemin ücreti vs. gibi durumlarda, buna dair hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunun söylenebileceği belirtilmiştir (**ÖZBEK HADİMOĞLU**, *İhtiyati Tedbirler*, s. 219).

doğrudan uygulanan kural niteliğindeki bir hukuki düzenleme içerisinde yer alması halidir. Örneğin Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun<sup>675</sup>, un 9. maddesinde düzenlenen ihtiyati tedbir<sup>676</sup> veya Bankacılık Kanunu'nda<sup>677</sup> düzenlenen (md. 109) ihtiyati tedbirler bu nitelikteki yasal düzenlemelerdendir. Ancak, bu durum, söz konusu hukuki düzenlemelerin “maddi kurallar” içeren yasalar oldukları gerçeğini değiştirmez ve bu nedenle, anılan türdeki yasalar içerisinde yer alsalar dahi, bu durum, geçici koruma tedbirlerinin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu anlamına gelmez.

Sonuç itibariyle, geçici koruma talebiyle karşılaşan hakim, esasa uygulanacak hukuku gözardı etmeyecek ve yukarıda örneklediğimiz istisnai durumlar dışında, *lex fori*' yi yani kendi hukukunu uygulayarak bu talepler hakkında karar verecektir<sup>678</sup>. Dolayısıyla, çoğu hukuk sisteminde olduğu gibi, Türk Hukuku açısından da usuli bir mesele olarak kabul edilen geçici koruma tedbirlerine hükmedilebilmesi için aranan

<sup>675</sup> 4208 Sayılı ve 13 Kasım 1996 Tarihli Kararının Aklanmasının Önlenmesine, 2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakebesi Hakkında Kanunda, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununda ve 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (R.G. 19.11.1996- 22822). Konu Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KOCASAKAL** Ümit: Karapara Aklama Suçu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000 (yayınlanmamış).

<sup>676</sup> Madde 9 hükmü aynen şöyledir: “*Kararının aklanmasına yönelik ciddi emarelerin varlığı halinde, bankalar ve banka dışı mali kurumlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki kiralık kasa mevcutları da dahil olmak üzere hak ve alacakların dondurulmasına, tasarruf yetkisinin tamamen veya kısmen kaldırılmasına, mal, kıymetli evrak, nakit ve diğer değerlerin zaptına, bunların bir tevdi mahalline yatırılmasına ve hak ve alacaklar üzerinde diğer tedbirlerin konulmasına hazırlık tahkikatı sırasında sulh ceza hakimi; yargılama sırasında ise mahkeme tarafından karar verilebilir. Tedbire ilişkin talepler, evrak üzerinden yapılacak inceleme sonucu derhal ve nihayet 24 saat içerisinde sonuçlanır. Gecikmesinde sakınca görülür hallerde cumhuriyet savcılığı da hak ve alacakların dondurulmasına karar verebilir. Cumhuriyet savcılığı bu kararı en geç 24 saat içinde sulh ceza hakimine bildirir. Hakim en geç 24 saat içinde onaylanıp onaylanmamasına karar verir, onaylanmama halinde, cumhuriyet savcılığının kararı hükümsüz kalır”.*

<sup>677</sup> 19.10.2005 tarihinde kabul edilip 01.11.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nda yer alan ve “Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankalara ilişkin ortak hükümler” yan başlıklı yasanın 109. maddesinin 3. fıkrası, 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 101 ila 113/A maddelerinde düzenlenen usule tabi olması gereken türde bir karardır: “*Fon, faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankada mevduat ve katılım fonu sahipleri ile diğer alacaklıların haklarını korumaya yönelik olarak gerekli göreceği her türlü tedbiri alır. Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankanın hakim ortakları ve tüzel kişi ortaklarının sermayesinin yüzde onundan fazlasına sahip gerçek kişi hissedarları ve yöneticilerinin mal, hak ve alacaklarına Fonun talebi üzerine mahkeme tarafından teminat şartı aranmaksızın ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz konulabilir, bu kişilerin yurt dışına çıkışları yasaklanabilir. Bu şekilde alınan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları, karar tarihinden itibaren altı ay içinde dava, icra ve iflas takibine konu olmaz ise kendiliğinden ortadan kalkar. İlgililer hakkında 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 11. bab hükümlerine göre açılacak iptal davalarında aciz vesikası şartı aranmaz”.* Burada sözü edilen mahkeme hiç kuşkusuz hukuk mahkemesidir.

<sup>678</sup> Doktrinde yer alan bir görüşe göre, “ihtiyati tedbir kararlarının verilmesi koşulları” ile “tedbir kararlarının icrası” arasında ayırım yapmak gerekir. Tedbir kararlarının verilebilmesi için gereken şartlar açısından, kimi zaman bu tedbirlerin doğduğu hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun (*lex causae*) uygulanması, kimi zaman da *lex fori*'nin uygulanması doğru olacaktır; tedbir kararlarının icrasında ise, tamamıyla hakimin hukukunun yani *lex fori*'nin uygulanması gerekmektedir (**ÖZBEK HADİMOĞLU**, *İhtiyati Tedbirler*, s. 216).

şartlar, verilecek tedbirin türü, tedbirlerin doğuracağı sonuçlar, esasa ilişkin davanın hangi süre zarfında açılmasının gerekeceği, talep edilen tedbir mukabilinde teminata gerek olup olmadığının takdiri veya haksız yere hükmedilen geçici koruma tedbirinden doğan zararın tazmini meseleleri de dahil olmak üzere, ilgili tüm konularda *lex fori'nin* uygulanması, kurumun usul hukuku karakterinin bir gereğidir<sup>679</sup>.

#### D) Yetkili Mahkeme

Taraflar, aralarındaki tahkim anlaşmasında devlet mahkemelerinden geçici koruma tedbiri alınmamasını kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda, tarafların bu iradesine mahkemeler tarafından kural olarak uyulması gerekecektir. Dolayısıyla, tahkime konu olan bir uyuşmazlıkta, geçici koruma tedbiri talebiyle karşılaşan mahkeme, kendi yetkisini belirlemek için öncelikle tarafların iradesini yansıtan tahkim anlaşmasında konuyla ilgili hüküm olup olmadığına bakacaktır<sup>680</sup>. Türk Hukuku açısından bu türde bir anlaşmanın Milletlerarası Tahkim Kanunu karşısında geçerli olamayacağına ilişkin görüşümüzü bu noktada yineliyoruz.

Belirtmek gerekir ki, birçok ülkenin tahkime ilişkin hukuki düzenlemelerinde, tahkim anlaşmasına rağmen geçici hukuki koruma tedbirleri için mahkemelere başvurulabileceği ve bunun tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bununla beraber, bu tür uyuşmazlıklarda geçici koruma tedbiri verebilecek yetkili mahkemelerin hangi yer mahkemeleri olduğu tahkime ilişkin yerel mevzuatlarda çoğunlukla düzenlenmemiş ve bu sorunun çözümü, klasik bir milletlerarası yetki meselesi addedilerek, geçici koruma tedbirleri hakkındaki iç hukukun yetki kurallarına (*lex forin*in yetki kurallarına) bırakılmıştır.

Türk Hukuku açısından da durum farklı değildir. Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6. maddesi, "*Taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez*" ifadesine yer vermek suretiyle mahkemelerin, tahkim anlaşmasına rağmen geçici koruma tedbirlerine hükmedebileceklerini açıkça kabul etmiş; ancak bu ihtimalde hangi mahkemelerin yetkili olacağını düzenlemeyerek bu

<sup>679</sup> MERKT, s. 162.

<sup>680</sup> BESSON, s. 147.

hususlu HUMK'ta yer alan genel yetki kurallarına bırakmıştır<sup>681</sup>. Burada önemle belirtilmesi gereken hususlardan biri de, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun geçici koruma tedbirlerini düzenleyen 6. maddesi hükmünün, Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrası gereği, tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hallerde de uygulanabiliyor olmasının açıkça Kanun'da öngörülmüş olmasıdır. Bunun anlamı, tahkim yeri Türkiye dışında da olsa, HUMK uyarınca yetkisi tesis edilebildiği müddetçe, Türk mahkemelerinin milletlerarası tahkime konu olan bir uyuşmazlıkta geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin bulunduğudır.

Bununla beraber, 1996 Tarihli English Arbitration Act, tahkime konu uyuşmazlıklar açısından mahkemelerin yetkisini, pek çok ülke hukuk sisteminden farklı bir biçimde, genel değil, özel hükümler getirmek suretiyle düzenleyen ender kanunlardan biridir<sup>682</sup>. Gerçekten de, söz konusu Kanunun "*Hakimin yardım yetkisi*" kenar başlıklı 44. maddesinin 2. fıkrası, tahkim anlaşmasının varlığı durumunda hangi geçici hukuki koruma tedbirleri açısından İngiliz mahkemelerinin yetkisinin mevcut olduğunu, madde madde sayarak belirtmektedir. Böylelikle, İngiliz mahkemeleri, bizzat tahkime ilişkin kanuni düzenlemeler çerçevesinde geçici koruma tedbirleri açısından yetkilerini ve sınırlarını belirleyebilmektedirler<sup>683</sup>.

### **E) Mahkemelerin Geçici Tedbir Kararı Vermelerinin Tahkim Anlaşmasına Etkisi**

Taraflar, tahkim anlaşmasıyla aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü hakem heyetine bırakmış olsalar dahi öyle bazı haller olabilir ki, mahkemelere başvurmak zorunda kalabilirler. Geçici hukuki koruma tedbiri talepleri de bu hallerden biridir.

Örneğin henüz hakem heyeti oluşmamış ise, tedbir talebinin mahkemelere götürülmesinden başka bir seçenek bulunmamaktadır. Geçici koruma tedbirlerinin, derhal müdahale edilmediği takdirde telafisi mümkün olmayan zararların oluşması ihtimaline karşı acilen alınması gereken tedbirler olduğu düşünüldüğünde, hakem heyetinin teşekkül etmesini beklemenin, geçici koruma tedbirlerinden beklenen menfaate uygun düşmeyeceği ortadadır. Aynı şekilde, hakemlerin geçici koruma

<sup>681</sup> İhtiyati tedbirler için yetkili mahkeme, tedbirin dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra istenmesine göre değişmektedir. Şayet dava açılmadan önce ihtiyati tedbir isteniyorsa, bu talep esas dava için yetkili olan mahkemeden istenebileceği gibi, en az masrafla ve en çabuk nerede yerine getirilecekse o yer mahkemesinden de istenebilir (HUMK. md. 104/ 1).

<sup>682</sup> JOHNSON, s. 9-18.

<sup>683</sup> BESSON, s. 148 ve 152; JOHNSON, s. 11.

tedbirlerine hükmedebilme yetkisini belirleyen hukuk olan tahkime uygulanacak usul hukukunun, hakemlere geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisi tanımaması veya bu yetkiyi bazı tür geçici tedbirlerle sınırlaması da, mahkemelere başvurmayı gerekli kılabilir. Böyle bir zorunluluğu doğurabilecek bir diğer ihtimal de, taraflardan birinin malvarlığının yabancı bir ülkede olması ve bu ülkenin hakemlerin geçici koruma tedbirlerine karar verme yetkisini kabul etmemesi veya yurt dışında verilmiş olan bir tedbir kararını kendi ülkesinde tenfiz etmemesi yüzünden, geçici koruma tedbiri kararı almak için o ülke mahkemelerine başvurmanın zorunlu olacağı haldir. Tahkimin tarafların iradesine bağlı olarak gerçekleşen sözleşmesel niteliği göz önüne alındığında, tarafların, aralarında anlaşarak hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetmelerini yasaklaması da yine bu tür talepler için mahkemelere başvurulmasını gerekli kılacak hallerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşte bu gibi ihtimallerde, uyuşmazlığın tahkimle çözümleneceği taraflarca kararlaştırılmış olsa dahi, hakemlerin geçerli, etkin veya icra edilebilir nitelikte geçici koruma tedbiri kararı almalarının mümkün olmamasından dolayı, geçici tedbirler için mahkemeye başvurmak tek seçenek haline gelmektedir. Bu noktada akla şu soru gelmektedir: Acaba, bu gibi hallerin söz konusu olduğu durumlarda, geçici koruma tedbiri almak için zorunlu olarak devlet yargısına, yani mahkemelere başvurulmasının tahkim iradesiyle çelişeceğinin ve bu sebeple de tahkim anlaşmasına aykırılığın mevcut olacağı ileri sürülmesi mümkün müdür? Diğer bir ifadeyle, tarafların, aralarındaki tahkim anlaşmasıyla uyuşmazlığın çözümü açısından devlet yargısını dışlamış olmalarına rağmen, geçici koruma tedbirleri için mahkemeye başvurmaları, en azından tedbir talep eden taraf açısından tahkim anlaşmasından vazgeçme yönünde bir irade beyanı olarak sayılabilir mi?

Bu soruların cevabını, çeşitli ülke hukuk sistemlerinde ve uluslararası tahkim kurumlarının tüzüklerinde yer alan hükümlerde bulmak mümkündür<sup>684</sup>.

Gerçekten de, birçok ülkenin uluslararası tahkime ilişkin yasal düzenlemesinin yanı sıra, UNCITRAL Model Kanunu'nun 9. maddesi, ICC Tahkim Tüzüğü'nün 23/2. maddesi, American Arbitration Association Tüzüğü md. 21/3, WIPO Tüzüğü md. 46/d ve 1961 Tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Cenevre Konvansiyonu'nun 6/ 4. maddesi gibi tahkime ilişkin hukuki düzenlemelerde; hakem heyeti oluşmadan önce veya hakem heyeti oluşuktan sonra

---

<sup>684</sup> ÖZEL, s. 110.

geçici koruma tedbiri talepleri için mahkemelere müracaat etmenin mümkün olduğu, tahkim anlaşmasının buna engel olmadığı ve bunun tahkim anlaşmasından feragat anlamına gelmeyeceği, tahkim anlaşmasına aykırılık oluşturmayacağı ve tahkim iradesiyle çelişkili irade beyanı sayılmayacağı açıkça kabul edilmiştir.

Türk Hukuku açısından da konu Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6. maddesinde net bir biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki, MTK. md. 6/ 1 hükmünde; *“Taraflardan birinin, tahkim tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşmil etmez”* denilmektedir.

Madde hükmünün ifadesinden de anlaşılacağı üzere, tarafların talebi üzerine mahkemelerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı vermelerinin tahkim anlaşması ile bağdaşmayacağı ileri sürülebileceğinden, kanun koyucu böyle bir hükümle bu meselelerin önünü almış olmaktadır.

**Akıncı**'ya göre, kanun koyucunun böyle bir hüküm ihdas etmesinin iki sebebi vardır<sup>685</sup>. Yazara göre, böyle bir maddeyi gerekli kılan ihtimallerden ilki, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hakemlere belli ölçüde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verebilme yetkisi tanınmasına rağmen, bazı durumlarda hakemlerin yetkisinin bulunmaması ve bu gibi hallerde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı alabilmek için mahkemelere başvurmanın zaruri olması ihtimalidir. Cebri icra organları tarafından icrası ya da diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken veya üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları bu tür tedbir kararlarıdır. Böyle bir maddeyi gerekli kılan ikinci ihtimal ise, Türkiye dışında bir ülkede ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alınmasının gerektiği hallerdir. Gerçekten kimi zaman taraflardan birinin malvarlığının yabancı bir ülkede olması ve bu ülkenin hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisini kabul etmemesi veya yurt dışında verilmiş olan bir tedbir kararını kendi ülkesinde tenfiz etmemesi gibi ihtimaller nedeniyle, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı almak için o ülke mahkemelerine başvurmak tek çare olmaktadır.

İşte bu gibi ihtimallerde, uyuşmazlığın tahkimle çözümleneceği taraflarca kararlaştırılmış olsa dahi, hakemlerin geçerli, etkin veya icra edilebilir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı almalarının mümkün olmamasından dolayı, geçici tedbirler

<sup>685</sup> **AKINCI**, *Milletlerarası Tahkim*, s. 100.



için mahkemeye başvurmak tek seçenek haline gelmektedir. Bu itibarla, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı almak için zorunlu olarak devlet yargısına başvurulmasının tahkim iradesiyle çeliştiğinin ve bu sebeple de tahkim anlaşmasına aykırılığın mevcut olacağıın ileri sürülmesi mümkün olmamalıdır.

## **F) Mahkemelerce Verilen Geçici Koruma Tedbiri Kararlarının Sona Ermesi ve Etkisi**

### **1) Hakem veya Hakem Kurulu Kararının İcra Edilebilir Hale Gelmesi veya Davanın Reddi**

Tahkim yargılaması bağlamında verilmiş olan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının hangi ana kadar uygulanacağı bizzat Milletlerarası Tahkim Kanununun 6. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; *“Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin istemi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde ortadan kalkar”*. Diğer bir ifadeyle, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararları, hakem kararının MTK. md. 15 hükmüne göre icra edilebilir hale gelmesi ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesine kadar uygulanabilecektir.

Söz konusu geçici tedbir bir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı olduğu takdirde, bu tedbir kararları, hakem kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ortadan kalkacaktır. Bu noktada, hakem kararlarının ne zaman icra edilebilir hale geldiği sorusu anlam kazanmaktadır. Hakem kararları iki şekilde icra edilebilir hale gelmektedir. Birincisi, hakem kararına karşı iptal davası<sup>686</sup> açılır, ancak iptal davasının reddine ilişkin karar kesinleşirse, kesinleşmeden sonra asliye hukuk mahkemesinin hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair belgeyi istemde bulunan tarafa vermesiyle olur (MTK. md. 15 B, f. 1). İkinci hal ise, hakemlerin verdikleri karara karşı taraflarca süresi içerisinde iptal davası açılmaması veya iptal davası açmaktan feragat edilmesi halidir ki, bu halde de hakem kararının icra edilebilir

<sup>686</sup> MTK. md. 15 uyarınca iptal davası açılma süresi otuz gündür. Bu süre, hakem kararının veya düzeltme, yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar ve iptal davasının açılması, hakem kararının kendiliğinden icrasını durdurur.

olduğuna ilişkin belge asliye hukuk mahkemesinden istenebilecektir (MTK. md. 15 B, f. 2).

Burada dikkat çekici bir başka husus da, Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının hakemlerin karar vermesi üzerine kendiliğinden kalkmıyor olmasıdır. Kanun'un gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmiştir. Gerçekten, hakemlerin karar vermesi üzerine ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı kendiliğinden kalkmamakta, hakem kararına karşı iptal davası açılmış ise davanın sonuna kadar devam etmekte; iptal davası açılmamış veya reddedilmiş ya da iptal davası açmaktan feragat edilmiş ise de, kararın icra edilebilir hale gelmesiyle kalkmaktadır. Oysa bilindiği üzere, HUMK uyarınca, taraf talebi ile mahkemece aksine karar verilmedikçe, ihtiyati tedbir kararı mahkemenin karar vermesiyle kendiliğinden kalkmaktadır (HUMK. md. 112).

Bir diğer önemli husus da, hakemlerin tahkim yargılaması neticesinde ulaşmış oldukları kararın, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının lehine veya aleyhine verildiği tarafa göre değişecek şekilde geçici tedbirlere etki etmesidir. Şöyle ki: şayet hakem kararı, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı aldırان taraf aleyhine ise, bu takdirde ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı kendiliğinden kalkacaktır; zira davayı kaybetmiş olan tarafın haklarını geçici olarak temin etmeye yarayan bu tedbir kararlarının devam etmesinde herhangi bir hukuki yarar bulunmamaktadır. Oysa, hakem kararı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı aldırان taraf lehine sonuçlandığında, hakem kararının icra edilebilir olması ile birlikte geçici tedbir kararı da kendiliğinden kalkacak ve bu durumda davayı kazanan taraf açısından zarar verici sonuçlar doğurabilecektir. Çünkü, kararın icra edilebilir olması ile bu karara dayanarak takip yapılması arasında, tedbir konusu malvarlığı değerü üzerinde davalı tekrar tasarrufta bulunabilecektir. Böyle bir ihtimal içerisinde şayet bu mal ya da şeyin başkasına satılması, devredilmesi ya da yok edilmesi söz konusu olursa, o zamana dek konulmuş olan geçici tedbir kararının da hiçbir anlamı kalmayacaktır. Bu nedenle, hakem kararının icra edilebilir olduğunu açıklayan mahkemenin, gerekli gördüğü hallerde tedbir kararının devamına da karar verebilmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>687</sup>.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, ihtiyati haczin sona ermesi bakımından İcra ve İflas Kanunu'ndan farklı bir düzenleme getirmiştir. Bilindiği gibi, İcra ve iflas

<sup>687</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 147.

Kanunu'nun 264. maddesi uyarınca, mahkeme kararından itibaren bir ay içinde takip yapılmadığı takdirde ihtiyati haciz kendiliğinden kalkacaktır. Esas hakkındaki kararın mahkemece tebliğinden itibaren bir aylık süre içinde takip yapıldığında ise ihtiyati haciz kararı devam edecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu ise takip yapılmasını dikkate almaksızın, hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ihtiyati tedbir kararının kendiliğinden ortadan kalkacağını düzenlemektedir. Halbuki ihtiyati haciz kararının amacı, ihtiyaten haczedilen mallar üzerindeki bu geçici haczi, ileride dava sonuçlandığında kesin hacze dönüştürmektir<sup>688</sup>.

Oysa hakem kararının icra edilebilir hale gelmesiyle söz konusu mallar üzerindeki ihtiyati haciz kendiliğinden kalkacak olursa, takip yapılsa dahi bu mallar üzerindeki haciz, kesin hacze dönüşmeyecektir<sup>689</sup>. Hal böyle iken, haczin kalkmasıyla mallar üzerinde serbetçe tasarruf etme yetkisine yeniden kavuşan taraf, bu mallarını elden çıkararak bunlar üzerinde haciz konulmasını önleyecektir. Davacı taraf açısından bakıldığında, teminat göstererek almış olduğu ihtiyati haciz kararını kesin hacze dönüştüremediğinden, başta koydurmuş olduğu ihtiyati haczin de anlamı ve amacı kalmayacaktır. Bu nedenle, doktrinde **Pekcanitez**'in de vurguladığı üzere, Kanun Koyucunun amacının bu yönde olamayacağı düşünülmelidir. Yazarın isabetli olarak belirttiği gibi, hakem kararı icra edilebilir olsa da, ihtiyati haciz kararı kendiliğinden sona ermemeli, lehine ihtiyati haciz kararı verilmiş olan taraf, mahkemeden ihtiyati haczin devamını isteyebilmelidir<sup>690</sup>. Dolayısıyla, mahkeme ihtiyati hacze karar verirse, bu karardan itibaren bir ay beklenmeli ve şayet bu süre içinde takip yapılırsa ihtiyati haciz kararı kalkmamalı, bir aylık süre zarfında takip yapılmazsa ihtiyati haciz kararı hükümsüz sayılmalıdır.

Geçici koruma tedbirlerinden biri olan delil tespitine gelecek olursak; ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının aksine, delil tespiti kararları bir kez alındıktan sonra geçerliliğini koruyacak, esas hakkındaki dava açılmadan önce istenmişse belli bir süre içinde dava açma zorunluluğu olmadığı gibi, hakemlerin esas hakkında açılan davayı reddetmesi üzerine de etkisini yitirmeyecektir. Zira delil tespiti, diğer iki geçici koruma tedbiri türlerinden nitelik ve işlev açısından farklı bir özelliğe sahiptir.

<sup>688</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 147.

<sup>689</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 147.

<sup>690</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 148.

## 2) Hal ve Şartların Değişmesi

Daha önce de incelediğimiz üzere, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verebilmek için bir takım koşulların varlığı gerekmektedir. Belli bir zamanda mevcut olan bu koşullar neticesinde mahkeme veya hakemlerin vermiş oldukları ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının akıbetinin, bu koşullarda değişiklik olduğunda veya tedbir kararının haksızlığı ortaya çıktığında ne olacağı doktrinde oldukça tartışılan bir meseledir. Acaba, bu durumda mevcut geçici koruma tedbiri sona erecek midir? Ya da, bu tedbirlerin mutlaka tedbire karar veren makam tarafından gözden geçirilip kaldırılması mı aranacaktır? Yoksa mahkemenin verdiği tedbir kararını, hal ve şartlardaki değişikliklerden dolayı hakemler de veyahut tam tersi hakemlerce verilmiş olan bir tedbir kararını mahkemeler de kaldırabilecekler midir?

İhtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararının verildiği anda mevcut olan hal ve şartlar ileride değiştiğinde ve tedbir kararının buna paralel olarak değişmesi veya ortadan kalkması gerektiğinde, mahkeme veya hakemler, kendilerince verilmiş olan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararını tekrar gözden geçirebilir, değiştirebilir ve hatta kaldırabilirler<sup>691</sup>. Zira geçici koruma tedbirlerinin “geçici” olma özellikleri, zamana bağlı olarak değiştirilip, kaldırılarak sona erdirilebilmelerini de mümkün kılar<sup>692</sup>.

Bununla beraber, mahkemeden alınmış olan geçici tedbir kararlarının hakemlerce tekrar gözden geçirilmesinin veya kaldırılmasının; ya da hakemlerce verilmiş olan geçici tedbir kararlarının mahkemelere başvurulmak suretiyle değiştirilip, sona erdirilmesinin mümkün olup olmayacağı sorusunun cevabı yukarıdaki ihtimal kadar basit değildir. Bu konuda ne iç hukukumuzda ne de Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber, Türk tahkim doktrinde mahkemelerin verdiği ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının hakemler tarafından değiştirilemeyeceği ve kaldırılmayacağı kabul edilmektedir<sup>693</sup>.

**Akıncı**’ya göre, tahkim yargılaması öncesinde veya sırasında mahkemece verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının hakem veya hakem kurulunun kararıyla kaldırılmayacağı, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun gerekçesinde de

<sup>691</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 148.

<sup>692</sup> YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures*, s. 7; YEŞİLOVA, s. 642.

<sup>693</sup> AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 103; PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 143-144 ve 161.

açıkça ifade edilmiştir<sup>694</sup>. Buna göre: “*Tahkim yargılaması öncesinde veya tahkim yargılaması sırasında mahkemece verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararları, hakem veya hakem kurulunun kararıyla kaldırılamayacaktır. O nedenle tahkim davasının hakem veya hakem kurulunca reddedilmesi ya da hakem kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının kendiliğinden ortadan kalacağı kuralına yer verilmiştir*”<sup>695</sup>.

Doktrinde **Pekantez** tarafından savunulan bir görüş uyarınca, devlet mahkemelerinden verilmiş olan geçici koruma tedbirlerine hakemler nezdinde itiraz etmek veya hakemlerden bu tedbir kararlarında değişiklik yapılmasını istemek mümkün değildir<sup>696</sup>. Yazara göre, bu tedbirlerin daha sonra değiştirilmesi veya kaldırılması yine kararı vermiş olan mahkemeye aittir. Yazar, bu fikrine dayanak olarak, Alman doktrininde ileri sürülen şu gerekçeyi göstermektedir: “*Mahkemenin verdiği karar her ne kadar maddi anlamda kesin hüküm oluşturmaya da, bağlayıcı etkiye benzer bir etki gösterir. Bunun anlamı verilen karar daha sonra hakemler tarafından değiştirilemez veya kaldırılamaz. Ancak bu mahkemenin de verdiği kararı daha sonra değiştiremeyeceği anlamına gelmemektedir. Kararın bağlayıcı etkiye benzer etkisi, tedbir kararını daha sonra başka bir mahkemenin kaldıramaması veya değiştirememesi anlamına gelir. Henüz hakem mahkemesi oluşmadan önce tedbir kararı alınmış olsa bile, hakem mahkemesi oluşuktan sonra, mahkemenin kararını hakem ya da hakemler değiştiremez ya da kaldıramaz. Bunun en önemli nedeni ihtiyati tedbir kararının, kararı veren merci dışında yabancı bir merci tarafından değiştirilmemesi ya da kaldırılmamasıdır*”<sup>697</sup>.

Görüldüğü üzere, aslında mahkemelerce verilmiş olan geçici tedbir kararlarının sonradan hakemler tarafından değiştirilememesi veya kaldırılamamasının açık ve net bir gerekçeye dayandırıldığı söylenemez. “Yabancı bir merci”nin tedbir hakkında sonradan farklı bir karar veremeyeceğine dayanan Alman hukukçularının bu fikri, kanaatimce idare hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan “*yetkide paralellik*” ilkesi ile felsefi anlamda büyük ölçüde benzerlik taşımaktadır. Nitekim yetkide paralellik ilkesi uyarınca, idari bir işlemi yapan mercinin o idari işlemi değiştirmek

<sup>694</sup> **AKINCI**, *Milletlerarası Tahkim*, s. 103.

<sup>695</sup> Bkz. MTK. md. 6 hükmünün gerekçesi.

<sup>696</sup> **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 143-144 ve 161.

<sup>697</sup> **SCHWAB/ WALTER/ BAUMBACH**: *Schiedsgerichtsbarkeit*, München, 2000, s. 202 (**PEKCANITEZ**'den naklen, s. 143, dn. 59). Aynı yönde bir başka düşünce için bkz. **WALTER/ BOSCH/ BRÖNNIMANN**: *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR- Gesetzes, Bern, 1991, s. 147 (**PEKCANITEZ**'den naklen, *Geçici Koruma*, s. 144).

veya sona erdirmek hususunda da tek yetkili merci olması söz konusudur. Yetkide paralellik ilkesinde olduğu gibi, geçici koruma tedbirlerinde de buna benzer bir görüşün kabul edilmesinin ardında yatan düşünce, belli bir mercinin (konumuz açısından mahkemeler), karar mercii olma sıfatıyla söz konusu tedbir kararını alırken olayı her türlü boyutuyla inceleyen, o sırada mevcut olan hal ve şartları en iyi bilen ve durumun gerektirdiği tedbiri en iyi takdir etmiş olan mercii olması sebebiyle; bu kararın temelinde var olan şartların değişmesi durumunda, kararın ne yönde gözden geçirileceğine en iyi yine bizzat o mercinin kendisinin karar verebileceği düşüncesinin bulunduğu kanaatindeyiz.

**Pekcanitez** tarafından hakemlerin mahkemelerce verilmiş olan geçici koruma tedbirlerini değiştirip kaldıramayacaklarına ilişkin olarak ileri sürülen gerekçelerden biri de, bu hususa ilişkin Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda hakemlere yetki veren açık bir hüküm bulunmamasıdır<sup>698</sup>. Yazar, Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca, resmi organlar tarafından yerine getirilecek tedbir kararı veremeyen hakemlerin, mahkemelerin kararlarını da değiştirememelerinin doğru olacağını ileri sürmektedir<sup>699</sup>. Mahkemenin verdiği tedbir kararlarına karşı itiraz veya bu kararların değiştirilmesi ya da kaldırılmasına ilişkin talepleri, bu kararları alan mahkemelerin inceleyip karara bağlayacağı ve bu hususta hakemlerin yetkisinin mevcut olmadığını ileri süren **Pekcanitez**, yine de olması gereken hukuk açısından bu görüşün aksinin daha isabetli olacağı ve bu yönde bir yasa değişikliğinin bu engeli ortadan kaldıracığı düşüncesindedir<sup>700</sup>. Gerçekten de, uyuşmazlığın esası hakkında karar vermeye yetkili olan hakemlerin, çoğu zaman henüz hakem heyeti oluşmadığı için mahkemelerce alınmış olan geçici tedbir kararları hakkında sonradan değişen hal ve şartlara göre değişiklik yapamamaları veya gereksiz kalan tedbiri kaldıramamaları, yargılamanın bütünlüğü açısından da kabul edilemez niteliktedir. Zira, hakemlerin yargılamayı yürüten makam olduğu düşünüldüğünde, taraflar ve uyuşmazlık konusuyla en yakın irtibatla olan ve yargılamanın gerektirdiği her türlü tedbiri takdir etmekte en doğru makam oldukları açıktır. Bu sebeple davaya vaziyet eden hakemler yerine tekrar zaman ve masraf harcanarak mahkemelerden geçici koruma tedbirlerinin değiştirilmesi veya kaldırılmasını talep etmek, olması gereken hukuk açısından isabetli görünmemektedir<sup>701</sup>.

<sup>698</sup> **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 161.

<sup>699</sup> **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 144.

<sup>700</sup> **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 144 ve 161.

<sup>701</sup> **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 144.

Burada belirtilmesi gereken bir husus da, gerek hakem heyeti oluşmadığı için, gerekse diğer bir sebepten ötürü mahkemelere başvurularak alınmış olan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarına itirazların, sonradan, tedbiri veren mahkeme tarafından, uyuşmazlığın tahkimde görüldüğü gerekçesine dayanılarak reddedilmesinin mümkün olmamasıdır<sup>702</sup>. Bununla birlikte, tedbire karar vermeyen mahkemenin bu tedbirleri değiştirmesi veya kaldırması da mümkün değildir<sup>703</sup>.

Son olarak belirtmekte fayda gördüğümüz bir husus da, doktrinde yer alan tüm bu katı fikirlere karşı, yeni HUMK Tasarısı metninde konunun çok daha liberal ve ilerici biçimde ele alınmış olmasıdır. Gerçekten de, henüz yasalaşmamış olan HUMK Tasarısının Tahkim bahsini düzenleyen kısmında yer alan “ihtiyati tedbir ve delil tespiti” başlıklı 418. maddesinin 5. fıkrası; “*Mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararı hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabılır*” şeklindeki hükmüyle, hakemleri oldukça ilerici ve geniş bir yetkiyle donatmıştır. İç tahkim açısından hukukumuzda yapılması muhtemel olan bu değişiklik karşısında, söz konusu uluslararası tahkim olduğunda hakemleri bu yetkiden mahrum etmek, Kanun’un amacıyla ve uluslararası tahkimin gerekleri ile olduğu kadar, Türkiye’nin bir tahkim merkezi olma yolundaki çabasıyla da bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla, HUMK Tasarısı yasalaştığı takdirde, iç tahkimde hakemlere bahşedilen bu yetkinin uluslararası tahkim alanında da evleviyetle kabul edilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

### 3) Süresi İçinde Dava Açılmaması

Uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak hakemler nezdinde tahkim davası açılmadan önce devlet mahkemesinden ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı alındığı takdirde, belirli bir süre içinde tahkimde dava açılması gerekmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 10. maddesi, “*Taraflardan biri, mahkmeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı almış ise otuz gün içinde tahkim davasını açmak zorundadır. Aksi halde ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı kendiliğinden ortadan kalkar*” şeklinde bir hükümle bu hususu açıkça belirtmiştir. Burada, HUMK’un 109. maddesinde yer alan on günlük dava açma süresi, uluslararası tahkimin ihtiyaçları göz önüne alınarak, özellikle davacının dava dilekçesini daha kolay hazırlamasını sağlamak için otuz gün olarak belirlenmiştir.

<sup>702</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 144.

<sup>703</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 144.

Türk mahkemelerinden alınan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının devam edilmesi için süresi içerisinde dava açmanın tek başına yeterli olmayacağı, dava açıldıktan sonra HUMK. md. 109'daki işlemlerin ifasının da gerçekleşmesinin aranacağı unutulmamalıdır<sup>704</sup>. Buna göre davacı tarafın tahkimde dava açtığını gösteren belgeyi tedbiri icra eden İcra Müdürlüğü'ne ibraz edip, karşılığında ilmühaber alması gerekmektedir. Bu formalitelerin yerine getirilmemesi halinde, otuz gün içerisinde tahkim davası açılmış olmasına rağmen tedbir kendiliğinden düşer.

Burada uygulamada ortaya çıkabilecek bir sorun da şudur: henüz hakem heyeti oluşmadığı için Türk mahkemelerine başvurarak ihtiyati tedbir kararı alınmış olduğunu farzederek, HUMK. md. 109 uyarınca Türk mahkemesi tedbir kararından sonraki on gün içinde dava açılıp, bunu tevsik eden belgenin ibrazını aramakta, bu işlemin gerçekleşmemesi halinde de ihtiyati tedbirin kendiliğinden düşmesi söz konusu olmaktadır. Oysa söz konusu dava Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulama alanına giren bir tahkim davası ise, bu süre otuz gündür. Hal böyle iken, henüz süresi olduğu düşüncesiyle on günden geç bir zaman içerisinde dava açan taraf açısından, tedbir kararını veren mehkemenin on günlük süre bitiminde dava açılmadığı düşüncesiyle tedbirin kalktığına karar verebilmesi riski mevcuttur. Kanaatimizce, bu tehlike, mahkemeden tedbir isteyen tarafın talep dilekçesinde uyuşmazlığın Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulama alanına giren bir uyuşmazlık olduğunu ve bu Kanun'un 10. maddesi uyarınca verilecek tedbir kararından sonra otuz gün içerisinde tahkim davasını açacağını belirtmesi, bu farklı sürelerin ortaya çıkardığı karışıklığı önlemek açısından faydalı olacaktır.

Geçici tedbir kararı bir ihtiyati haciz ise, bu defa davadan önce alınmış olan bu ihtiyati haciz kararının devamını sağlamak için, karardan itibaren otuz gün içinde tahkim davasının açılması gerekecektir. Burada da İcra ve İflas Kanunu'ndan farklı bir süre kabul edilmiştir. Zira İİK. md. 264 uyarınca alacaklının hakeme başvurmadan evvel ihtiyati haciz kararı alması halinde, yedi gün içinde dava açması veya takip yapması gerekecektir. Aksi halde ihtiyati haciz hükümsüz kalacaktır.

İhtiyati haciz söz konusu olduğunda önemle vurgulanması gereken husus, ihtiyati haciz kararından sonra yedi gün içinde dava açılması zorunluluğu ile ihtiyati haciz kararından sonra on gün içinde bu kararın infazını isteme zorunluluğunun

<sup>704</sup> ŞANLI, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 250.



birbirinden farklı olmasıdır. Şöyle ki: ihtiyati haciz kararının verilmesinin ardından, çoğu hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk Hukuku'nda da kararın cebren icrasına yönelik ikinci bir yargısal işlemin yapılmasına ihtiyaç vardır<sup>705</sup>. Salt ihtiyati hacze karar verilmesi, tarafların malvarlıkları üzerinde hukuki sonuçların meydana gelmesi için yeterli olmayıp, İİK. md. 261/1'de de belirtildiği üzere, ayrıca kararın infazına yönelik ikinci bir işlemin gerçekleştirilmesi zorunluluğu mevcuttur. Buna göre, on gün içinde haczin infazı talep edilmezse, ihtiyati haciz kendiliğinden kalkacaktır. Her ne kadar Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda bu konuda açık bir hüküm bulunmamakta ise de, Türkiye'de alınmış olan bir ihtiyati haciz kararının ayakta kalabilmesi için, alacaklının bu ihtiyati haciz kararından itibaren on gün içinde ihtiyati haczin yerine getirilmesini, yani infazını istemesi gerekecektir<sup>706</sup>.

#### 4) İhtiyati Haciz veya İhtiyati Tedbir Kararının Kalkmasının Etkisi

HUMK. md. 261 uyarınca, ihtiyati tedbir hakkında mahkemelerin verdiği kararlar, kural olarak o mahkemenin yargı çevresindeki icra daireleri tarafından yerine getirilmektedir. Bununla beraber, her tedbir çeşidinin icrası için icra dairesine başvurmak gerekmez. Örneğin, bir taşınmazın devrinin yasaklanmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararının icrası için icra dairesine başvurulmadan, mahkemenin doğrudan doğruya tapu idaresine bildirimini yeterli olmaktadır.

MTK. md. 10/A uyarınca, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verildikten itibaren otuz gün içinde esas hakkında tahkim davası açılmadığı takdirde, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının kalkacağını daha önce belirtmiştik. Şayet, söz konusu tedbir veya ihtiyati haciz kararı icra edilmişse, bu takdirde yargılamanın seyri açısından taraflara düşen yükümlülüklerin veya kazandıkları hakların ne olduğunu belirleme gereği ortaya çıkacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nunda bu hususa yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla, bu sorunun yanıtı tedbir kararının alındığı yer mahkemesinin hukukuna göre belirlenecektir<sup>707</sup>.

Türk Hukuku'na göre, icra edilmiş olan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının sonradan esas hakkında tahkim davası açılmamasından ötürü kendiliğinden düşmesi halinde; aleyhine tedbir kararı verilen kişinin, bu kararın fiilen kaldırılmasını o kararı icra eden memurdan isteyebilmesi mümkündür (HUMK. md.

<sup>705</sup> YEŞİLOVA, s. 667.

<sup>706</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 149.

<sup>707</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 149.

109/3). Bu durumda icra memurunun tedbirin kalkması için gerekli işlemleri yapması gerekir, aksi takdirde tedbiri veren mahkemeye şikayet yoluna gidilebilir. Diğer bir ifadeyle, tedbir kararlarını icra memurları yerine getirse bile, memurun süresinde esas davanın açılmaması sebebiyle tedbir kararını kaldırmaması halinde başvurulacak şikayet makamı kararı veren mahkemedir<sup>708</sup>. Çünkü, icra memurunun gereğini yapmaması halinde başvuru bu şikayet İcra ve İflas Kanunu uyarınca yapılan şikayetlerden olmadığından, icra mahkemesinde de incelenemez<sup>709</sup>.

---

<sup>708</sup> **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 150; **PEKCANITEZ** Hakan: İcra İflas Hukukunda Şikayet, Ankara, 1986, s. 44. Yargıtay da çeşitli kararlarında bu hususu kabul etmiştir: 12. HD. 06.10.1989, 2756/ 11748 (YKD, 1990/1, s. 70), 12. HD. 25.12.1997, 14083/ 14541 (İBD 1998/ 2, s. 544-545), 12. HD. 13.06.2000, 9219/ 9825 (**KURU**, s. 4341). Şikayet merciinin icra tetkik merci olduğunu, zira tedbir kararı veren mahkemenin, süresi içinde dava açılmaması nedeniyle düşen tedbirlere ilişkin artık yetkili mahkeme olma niteliğini kaybettiğini ileri süren aksi fikir için bkz. **AKINCI**, *İhtiyati Tedbir*, s. 220-221.

<sup>709</sup> **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 150, dn. 66.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRLERİNİN İCRASI

Tahkim yöntemiyle çözümlenecek uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklar bağlamında gerek mahkemelerce, gerekse hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin ortaya çıkabilecek en büyük mesele, bu tedbirlerin icra edilmesi ile ilgili oluşacak hukuki sorunlardır. Gerçekten de, tahkime konu uyuşmazlıklarda geçici koruma tedbirlerinin hakemlerce verilip verilemeyeceği, hakemlere böyle bir yetki tanınmış olması ihtimalinde bu yetkinin sınırlandırılmasının gerekip gerekmediği veya hakemlerin hangi tür tedbirlere hükmedip, hangi tür tedbirlere hükmedemeyeceklerinin belirlenmesi gibi meselelerde doktrinde ileri sürülen fikirler, hep bu tedbirlerin nasılsa icra kabiliyetlerinin olamayacağı ya da olsa da bunun pek bir anlam ifade etmeyeceği gerekçeleriyle peşin bir reddedişle sonuçlanmaktadır. Oysa evvelce belirtmiş olduğumuz üzere, geçici tedbirlere hükmetme yetkisi ile hükmedilen tedbirlerin taraflarca rızaen yerine getirilmemesi halinde icra edilmesi birbirinden farklıdır.

Geçici koruma tedbirlerinin icrası meselesinin tahkime konu uyuşmazlıklar açısından taşıdığı öneme rağmen, hukuk literatüründe konuyla ilgili incelemelerin sayısı fazla değildir. Bunun sebebi, tahkim ve geçici koruma tedbirleri kavramlarının bu zamana dek daha çok “hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedip hükmedemeyecekleri” ekseninde süregelen tartışmalar bağlamında biraraya gelmiş olmasıdır. Oysa artık, birkaç istisna haricinde, modern hukuk sistemlerinden hiçbiri hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisinin varlığını yadsımamaktadır. Zaman içerisinde söz konusu yetkiye yasal düzenlemelerde yer veren milli hukuk sistemleri için sıra artık hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin ne şekilde icra edileceğinin tartışılmasına, diğer bir deyişle bu tedbir kararlarına etki tanımaya gelmiştir. Nitekim uluslararası planda da konuyla ilgili yeni hukuki düzenlemeler yapılması veya mevcut düzenlemelere ek hükümler getirilmesi gerekliği son zamanlarda sıkça tartışılmaktadır.

Aşağıda, tahkime konu olan uyuşmazlıklarda mahkemelerce veya hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin icrası meselesi incelenecektir. Bu noktada özellikle vurgulanması gerekli olan husus, “*geçici koruma tedbirlerinin icrası*”

ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Bir geçici koruma tedbirinin taraflarca rızaen yerine getirilmesi durumunda hiçbir hukuki problem ortaya çıkmayacağı açıktır. Dolayısıyla, çalışmamız açısından önem taşıyan tüm hukuki meseleler, tarafların bu geçici koruma tedbirlerine kendi rızaları ile uymamaları halinde, bunların cebri icrasının ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin olan meselelerdir. Bu sebeple, bölümün konusunu oluşturan “*geçici hukuki koruma tedbirlerinin icrası*” ifadesinin, taraflarca rızaen yerine getirilmeyen tedbirlerin devlet yargısına başvurulmak suretiyle cebren icrasını sağlamak şeklinde anlaşılması gerekir.

## § 1. TAHKİME KONU UYUŞMAZLIKLARDA HÜKMEDİLEN GEÇİCİ KORUMA TEDBİRLERİNİN VERİLDİKLERİ ÜLKEDE İCRASI

Tahkime konu olan uyuşmazlıklarda, geçici hukuki koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulan hallerde doğrudan tedbirin icra edileceği mahkemelere başvurarak tedbir kararı almak tahkim yargılaması açısından herhangi bir özellik taşımamaktadır. Zira bu mesele, her ülkenin iç hukuk sisteminde yer alan usul kanunlarıyla düzenlenmiştir ve bu konuda herhangi bir *imperium* sorunu da bulunmadığından, taraflar çoğu zaman en etkili ve hızlı sonuç vermesinden ötürü, icra edileceği ülke mahkemelerinden geçici tedbir kararı almayı tercih etmektedirler.

Buna karşılık, hakemler tarafından, çoğunlukla aynı zamanda tahkim yeri de olan ülkede verilmiş ve bu ülkede icra edilecek olan bir geçici koruma tedbirinin, taraflarca rızaen yerine getirilmemesi durumunda ne şekilde icra edileceği bizzat o ülkenin uluslararası tahkime ilişkin mevzuatında düzenlenen esaslara tabi olacaktır. Şayet, söz konusu ülkede ayrı bir uluslararası tahkim mevzuatı yoksa, öncelikle bu konuda iç hukukta veya içtihatlarda hakemlere tedbir yetkisi tanınıp tanınmadığına bakılacak<sup>710</sup>; hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebileceğini benimseyen ülkeler açısından ise, yine bu ülkelerin usul kanunlarında, hakemlerce verilen geçici tedbirlere uyulmaması halinde bu tedbirlerin cebri icrası için öngörülmüş olan sisteme uygun hareket edilecektir.

Her ne kadar ülke hukuk sistemleri bazı ortak ilkeler etrafında “*Common Law hukuk sistemi*” veya “*Kıta Avrupası hukuk sistemi*” şeklinde kategorize edilebilseler dahi, her ülke mahkemesi, kendi hukukuna uygun bir biçimde geçici koruma tedbirlerine hükmeder ve gerek duyulduğunda bunların ne şekilde cebri icraya konulacağını yine kendi iç hukukunda yer alan kurallara göre belirler. Zira devletler için cebri icra, kendi toprakları üzerinde sahip oldukları egemenlik hakkının bir tezahürüdür. Nitekim Yargıtay’ın çeşitli kararlarında bu husus, “... *cebri icra yolu ile uygulanmasına dair yetki, devletin hakimiyet alanına ilişkin münhasır yetkilerdendir*” demek suretiyle açıkça ifade edilmiştir<sup>711</sup>.

<sup>710</sup> CARLEVARIS Andrea: “*The Recognition and Enforcement of Interim Measures Ordered By International Arbitrators*”, Yearbook of Private International Law, Vol. 9 (2007), s. 512 (Recognition).

<sup>711</sup> YHGK, E. 1998/ 12-287, K. 1998/ 325, T. 6.5.1998 ve Yarg. 11. HD., E. 2006/ 7031, K. 2006/ 8189, T. 10.7.2006.

Dolayısıyla, verildikleri ülkede icra edilecek geçici koruma tedbirlerinin farklı ülkelerin iç hukuk sistemlerinde ne tür bir prosedür dahilinde icra edildiğini incelemenin tahkim yargısı açısından bir özelliği ve yararı bulunmayacağı gibi, böyle bir konuyu tüketebilmek de mümkün değildir. Bununla beraber, çalışmamızın bu bölümünde Türk mahkemelerinden alınmış veya tahkim yerinin Türkiye olduğu tahkim davalarında hakemlerce hükmedilmiş geçici tedbir kararlarının Türkiye’de ne şekilde icra edileceğini belirlemekte fayda görmekteyiz.

Bu noktada üzerinde durulması gereken en önemli husus, uluslararası tahkime konu olan uyuşmazlıklar açısından uygulanacak usul ve esasları düzenleyen Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun ihtiyati tedbir ve ihtiyati haczi düzenleyen 6. maddesinin uygulama alanının, söz konusu Kanun’un uygulama alanından daha geniş olduğu ve bundan ötürü daima bu yasa hükmünden hareket edilmesi gerektiğidir.

Gerçekten, Türk Hukuku açısından uluslararası tahkime ilişkin temel hukuk kaynağı 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’dur. Kanunun, *“Türkiye’de yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği”* uyuşmazlıklarda uygulanacak usul ve esasları düzenleyen yasal düzenleme olması sebebiyle, Türkiye’de hakemlerce veya mahkemelerce verilmiş ve yine Türkiye’de icra edilecek olan geçici koruma tedbirlerine uygulanacak esaslar yine bu Kanun’a tabi olacaktır. MTK. md. 6’da yer alan ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacze ilişkin düzenlemenin büyük bölümü, madde hükmünün lafzından da anlaşılabilceği üzere emredici niteliktedir. Bunun yanı sıra, Kanun’un 2. maddesinin öngördüğü anlamda yabancılık unsurlarından birini içeren bir uluslararası tahkimin söz konusu olduğu her durumda, tahkim yargılaması Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabi olsun veya olmasın, hatta tahkim yeri Türkiye dışında dahi olsa, MTK. md. 1/ 3 gereği ihtiyati tedbir ve ihtiyati haczi düzenleyen 6. madde zorunlu olarak bütün uluslararası tahkimlerde uygulanacak esasları belirtmektedir.

Dolayısıyla, milletlerarası tahkime konu olan bir uyuşmazlıkta, Türkiye’de hükmedilen ve yine Türkiye’de icra edilecek olan geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin usul ve esaslar, bu tedbir kararını veren mercinin mahkeme veya hakem heyeti olması farketmeksizin, zorunlu olarak Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 6. maddesi hükümlerine tabi olacaktır. MTK. md. 6’nın, geçici koruma tedbirlerinin iç hukukta

ne şekilde icra edileceğini düzenleyen HUMK'un kabul ettiği nispeten katı sisteme nazaran, daha esnek ve tahkim dostu hükümler getiren düzenlemesi kapsadığı alan dahilinde öncelikle uygulanacaktır. Örneğin, Türkiye'de hakemlerce verilen ve Türkiye'de icra edilecek olan bir geçici koruma tedbirinin icrasını düzenleyen HUMK uyarınca hakemlere ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisi tanınmadığı için, verilmiş geçici koruma tedbiri kararı yok sayılmayacak; MTK. md. 2 uyarınca yabancılık unsuru taşıyan bir uluslararası tahkimin söz konusu olması sebebiyle, zorunlu olarak uygulanacak MTK. md. 6 uyarınca (MTK. md. 1/ 1 ve md. 1/ 3) hakemlerce verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacze etki tanınacaktır. Bu noktada HUMK Tasarısı'nda bu hususun yukarıda savunduğumuz görüşü destekler nitelikte bir değişiklik içerdiğini belirtmemizde fayda bulunmaktadır. Şöyle ki; HUMK Tasarısının "Tahkim" başlıklı onbirinci kısmında yer alan 413. madde, bu kısımda yer alan tahkime ilişkin hükümlerin uygulama alanını belirlemektedir. Madde hükmü uyarınca, *"Bu kısımda yer alan hükümler, 21/06/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır"* denmektedir. Bu madde, tahkim açısından MTK ile HUMK arasındaki sınırı net bir biçimde ortaya koymaktadır.

### **I. Mahkemelerce Hükmedilen Tedbirlerin Verildikleri Ülkede İcrası**

Tahkime konu olan bir uyuşmazlıkta, geçici koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulduğunda, bu tedbirlerin, icra edileceği ülkede, o ülke mahkemelerinden alınması esasında sonucu en garantili olduğu düşünülen yoldur. Her ne kadar aralarındaki uyuşmazlığın esasının hakemlerce çözülmesini istemiş olsalar bile, geçici koruma tedbirlerinin nihai kararın etkinliğini temin etmesi gibi çok önemli bir işleve sahip olması sebebiyle, taraflar bu menfaatlerini sonuç garantili yöntemlerle korumayı tercih etmektedir. Gerçekten de, gerek ülke hukuk sistemleri, gerekse uluslararası konvansiyonlar, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin icrası meselesinde çok yakın zamana dek önemli bir aşama kaydedememiş olduklarından, mevcut koşullar karşısında tarafların bu eğilimi aslında son derece anlaşılabilir niteliktedir.

Türk Hukuku açısından MTK. md. 6/ 1, tahkime konu uyuşmazlıklarda *mahkemelerden, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında*

*ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istenebileceğini* belirtmiştir. Dolayısıyla taraflar, özellikle Türkiye’de icra edilecek geçici koruma tedbirleri için doğrudan Türk mahkemelerine başvurabilirler. Böyle bir taleple karşılaşan Türk mahkemeleri de, MTK. md. 6/ 1 uyarınca talebin niteliğine göre *ihtiyati tedbire* veya *ihtiyati hacze* karar verecektir. Artık bu noktada uygulanacak usul, tamamen iç hukuka ait olan ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda öngörülen usul kurallarıyla belirlenecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda, “*geçici koruma tedbirleri*” gibi geniş kapsamlı bir hukuki terim kullanmak yerine, iç hukukta ve mahkemeler teşkilatında yer alan *ihtiyati tedbir* ve *ihtiyati haciz* terimlerinin tercih edilmesi ve özel olarak bu kavramlara göndermede bulunulmasının, bu kavramların iç hukukta anlaşıldığı şekliyle ve genişlikte milletlerarası tahkim için de geçerli olacağını şeklinde yorumlanabilir<sup>712</sup>. Dolayısıyla, uluslararası tahkime konu olan bir uyuşmazlıkta, geçici koruma talebiyle Türk mahkemelerine yapılacak başvurularda hakimlerin, iç hukukta yer alan *ihtiyati tedbir-ihtiyati haciz* ayırımına uygun tedbire hükmetmesi bir yükümlülüktür. Bu bağlamda, mahkemelerin para alacaklarının güvence altına alınması bakımından, asli geçici koruma tedbiri olan ihtiyati hacze karar vermeleri gerekecektir (İİK. md. 257/ 1)<sup>713</sup>.

Türk mahkemelerinden alınan ihtiyati tedbir veya ihtiyati hacze tarafların rızaen uymamaları durumunda bu geçici tedbir kararlarının ne şekilde icraya konulacağı meselesinde, ihtiyati tedbir ile ihtiyati haczi farklı şekilde değerlendirmek gerekir. Zira daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, ihtiyati haciz taraflarca gönüllü olarak uygulanabilen bir geçici koruma tedbiri değildir. Niteliği gereği ihtiyati haciz kamu iktidarı kullanmayı, diğer bir deyişle cebri icra gücünü gerektirmektedir<sup>714</sup>.

<sup>712</sup> YEŞİLOVA, s. 660.

<sup>713</sup> Bu ayırıma uygun hareket etme yükümlülüğünün Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabi uyuşmazlıklarda hakemler açısından da söz konusu olup olmadığına ilişkin tartışmalar mevcuttur. Türk Hukuku’nda geçerli olan *ihtiyati tedbir-ihtiyati haciz* şeklindeki ayırımın ve özellikle ihtiyati hacze karar verebilmek bakımından aranan şartların MTK’ya tabi tahkimler için geçerli olması gerektiğini ileri süren görüş için bkz. YEŞİLOVA, s. 670. Karşı görüş için bkz. PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 132. Ayrıca bkz. EKŞİ, *Değerlendirme*, s. 315. Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirme yukarıda s. 144-145’te yapılmıştır.

<sup>714</sup> Türk Hukuku uyarınca, ihtiyati haciz kararının verilmesini takiben ayrıca, kararın cebri icrasına yönelik ikinci bir yargısal işlemin yapılması gerekir. Diğer bir ifadeyle, tek başına ihtiyati haciz kararı almak, taraflar açısından bu kararın uygulanabilmesini sağlamamaktadır. Söz konusu olan bu cebri icra işlemi, münhasıran devlete ait bir kamu gücünü yansıtan bir yetkinin kullanılması anlamına gelir. Dolayısıyla, sadece ihtiyati hacze karar verilmesi, tarafların malvarlıkları üzerinde bir takım hukuki sonuçların oluşması için yeterli olmayacak, İİK. md. 261’de ifadesini bulan ikinci bir işleme gereksinim olacaktır. Bu husus tam anlamıyla bir cebri icra konusudur (YEŞİLOVA, s. 667; PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 125-126).



Kişinin kendi başına ihtiyati haczi yerine getirebilmesi, cebri icra organına gidip mallarını teslim etmesi gibi bir olanak bulunmamaktadır<sup>715</sup>. Nitekim bu sebepten ötürü, MTK'nın, hakemlerin de ihtiyati hacze karar verebileceklerini söylemesinin (md. 6/ 1) ardından, hakemlerin cebri icra organları tarafından icrası gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyeceğini belirtmesinin bir çelişki sayılacağına evvelce değinmiştik. Kısacası, Türk mahkemelerince verilen bir ihtiyati haciz kararı zorunlu olarak cebri icra gücünü barındıracak ve dolayısıyla da tarafların buna uygun hareket etmemeleri gibi bir durum zaten ihtiyati haczin yerine getirilmiş sayılması için yapılması gereken infaza ilişkin işlem (İİK. md. 261/ 1) ve tamamlayıcı merasim (İİK. md. 264/ 1) gözönüne alındığında söz konusu olmayacaktır. Hal böyle iken, tarafların rızaen uymadıkları geçici koruma tedbirlerinden olsa olsa ihtiyati tedbir kararlarını anlamak gerekecektir. Ancak burada dahi rızaen yerine getirilme kavramı, kanaatimizce kamu iktidarının veya cebri icra organlarının devreye girmesinin söz konusu olmadığı hallerde anlamlı olacaktır.

Gerçekten de, ihtiyati haciz için yukarıda saptadığımız hususlar, bir açıdan ihtiyati tedbir kararları için de geçerli olabilecek niteliktedir. Şöyle ki; ihtiyati haczin aksine, ihtiyati tedbir kararlarının belli bir sürede *cebren icrası* kural olarak zorunlu değildir. Bununla beraber, cebren icra dışında (HUMK. md. 106), ihtiyati tedbir kararlarının yerine getirilmiş sayılabilmesi için tarafların kendiliğinden ve rızaen bu karara itibar etmesi yeterli olmamaktadır. Zira ihtiyati tedbir kararının verilmesi, böyle bir kararın alındığından habersiz olan muhatabın malvarlığında kendiliğinden bir değişiklik meydana getirmemekte veya dava konusu taşınır veya taşınmaz mallar üzerinde tasarrufta bulunmasını engellememekte, dolayısıyla da verilen ihtiyati tedbir kararının gereğinin yerine getirildiği veya hukuken de icra edildiği anlamı taşımamaktadır<sup>716</sup>. Çünkü, *ihtiyati tedbir kararı, kural olarak icra dairesi tarafından icra olunur (yerine getirilir)*<sup>717</sup>. HUMK. md. 106 uyarınca, mahkemeden lehine ihtiyati tedbir kararı alan taraf, bu kararın icra edilmesi için, kural olarak ihtiyati tedbir kararı veren mahkemenin bulunduğu yerdeki icra dairesine başvurur. İcra müdürü, hacze ilişkin hükümlere göre (İİK. md. 80) ihtiyati tedbir kararını zorla icra eder<sup>718</sup>; gerektiğinde zabıttan da yardım isteyebilir. Kanunen, ihtiyati tedbir

<sup>715</sup> PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 140.

<sup>716</sup> YEŞİLOVA, s. 673.

<sup>717</sup> KURU, s. 4336-4337.

<sup>718</sup> KURU, s. 4337.

kararlarının icrası için icra dairesinden başka, yazı işleri müdürü veya zabıt katibine de başvurulması mümkündür (HUMK. md. 106/ 1).

Görüldüğü üzere aslında ihtiyati tedbir kararları dahi, ihtiyati hacizdeki gibi doğası gereği cebri icrası zorunlu bir tedbir kararı olmasa da, hukuken etki doğurabilmesi, zorunlu olarak devlet otoritesinin müdahalesine bağlı olan ve kural olarak icra dairesi tarafından tatbik edilmesi gereken türde bir geçici tedbir karardır. Bu noktada olsa olsa ihtiyati tedbir kararına muhalefet edilmesinden bahsetmek uygun olacaktır. HUMK. md. 113/ A uyarınca, *ihiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimse, eylemi TCK'ya göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, ait olduğu (asliye) ceza mahkemesince bir aydan altı aya kadar hapisle cezalandırılır.* Ancak, burada dahi aslında ihtiyati tedbir kararının icra (infaz) edilmiş olduğu, bu kararın ilgiliye (sanığa) tebliğ edilmiş olduğu ve buna rağmen ilgilinin söz konusu ihtiyati tedbir kararına muhalefet ettiği bir durum söz konusudur<sup>719</sup>. Bundan başka, ihtiyati tedbir kararını icra eden icra memurunun, yazı işleri müdürünün veya zabıt katibinin ihtiyati tedbir kararının uygulanması için verdiği emre uyulmaması, emre uymayanın, lehinde veya aleyhinde ihtiyati tedbir kararı verilen kişi olması ya da üçüncü bir şahıs (örneğin yediemin) olması farketmeksizin aynı cezayı gerektirir. Aynı şekilde, icra edilmiş olan ihtiyati tedbire aykırı davranışta bulunan ve ihtiyati tedbirle ilgili olmayan üçüncü şahıslar da HUMK. md. 113/ A hükmüne göre cezalandırılır<sup>720</sup>. Dolayısıyla, uluslararası tahkime konu olan bir uyuşmazlıkta, Türk mahkemelerinden alınacak bir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin rızaen icra edilmesi gibi bir mevhum, Türkiye'de icra edilecek ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz için olanaklı gözükmemektedir. Zira bu iki geçici koruma tedbiri, tarafların rızasına bırakılmamış; ancak devletin cebri icra organları vasıtasıyla hukuken gerçekleştirilebilecek ve etki doğurabilecek şekilde düzenlenmiştir. Hal böyle iken, burada söz konusu olabilecek ihtimal, aslında tamamiyle iç hukuku ilgilendiren ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin “*yerine getirilmesi*” ve icra edilmiş olan bir ihtiyati tedbire aykırı davranılmasının cezai müeyyideye tabi tutulmuş olmasından başka birşey değildir.

<sup>719</sup> **KURU**, s. 4344. Bu hususun vurgulandığı bir mahkeme kararı için bkz. 7. CD. 28.10.1976, 8266/ 8304 (YKD 1977/ 5, s. 734).

<sup>720</sup> Örneğin, ihtiyati tedbir yoluyla çıkarıldığı bir gayrimenkule tekrar giren kişi (taraf) veya ihtiyati tedbir yolu ile durdurulan inşaata devam eden taraf, HUMK. md. 113/ A kapsamındaki cezayı işlemiş olmaktadır (**KURU**, s. 4345).

Son olarak, HUMK Tasarısı'nın ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin getirdiği yeni düzenlemede yer alan ve ihtiyati tedbir kararının ne şekilde yerine getirileceğini belirten madde hükümlerinden bahsetmekte fayda görmekteyiz.

Tasarının “*İhtiyati tedbir kararının uygulanması*” başlığını taşıyan 399. maddesi uyarınca, ihtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi halde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar. Bilindiği üzere, ihtiyati tedbirin uygulanması bakımından 1086 sayılı Kanunda açık bir süre öngörülmemiştir. Oysa, ihtiyati hacizde uygulama için bir süre kabul edilmiştir. Geçici hukuki koruma niteliğindeki ihtiyati tedbirin çok uzun süre uygulanmadan ayakta kalması, kötüye kullanıma açık bir durum ortaya çıkaracağından, maddenin birinci fıkrasında, tedbirin belirli bir süre içinde uygulanması, aksi halde tedbir kararının kendiliğinden kalkması kabul edilmiştir. Tedbirin gereğinin bir an önce yerine getirilmesini sağlamak için, tedbir kararını alan, asıl davasını açmış ancak süresinde uygulamamışsa, bu durumda da tedbirin kalkması öngörülmüştür. Tedbirin ayakta kalması için, süresinde uygulanmasının talep edilmesi yeterli sayılmıştır. Zira, taraf üzerine düşeni yaptıktan sonra, ilgili merciin geç uygulamış olması durumunda taraf aleyhine bir sonuç doğmamalıdır.

İkinci fıkrada, tedbirin nerede ve hangi organ tarafından yerine getirileceği düzenlenmiştir. Tedbir kararının uygulanması, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talep edilir. Mahkeme, kararında belirtmek suretiyle, tedbirin uygulanmasında, yazı işleri müdürünü de görevlendirebilir. Şayet gerekiyorsa, ihtiyati tedbir kararının uygulanması için zor kullanılabilir. Zor kullanmak hususunda, bütün kolluk kuvvetleri ve köylerde muhtarlar, uygulamayı gerçekleştirecek memurun yazılı başvurusu üzerine, kendisine yardım etmek ve emirlerine uymakla yükümlüdürler. Bu hüküm, İcra ve İflas Kanunundaki düzenlemeyle paralellik göstermektedir. İhtiyati tedbiri uygulayan memur, bir tutanak düzenler. Bu tutanakta, tedbir konusu ve bulunduğu yer gösterilir; tedbir konusu ile ilgili her türlü iddia bu tutanağa geçirilir. Tedbiri uygulayan memur, bu tutanağın bir örneğini tedbir sırasında hazır bulunmayan taraflara ve duruma göre üçüncü kişiye tebliğ eder.

Tasarının 403. maddesinde ihtiyati tedbiri tamamlayıcı işlemler düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca, ihtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurtmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi halde tedbir kendiliğinden kalkar. İkinci fıkrada ise, tedbir kararının hangi süre ile devam edeceği ve etkisini sürdüreceği düzenlenmiştir. Buna göre, ihtiyati tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder. Görüldüğü üzere, 1086 sayılı Kanundan farklı olarak, tedbirin etkisinin aksi belirtilmedikçe nihai kararın kesinleşmesine kadar devam edeceği kabul edilmiştir. Eğer şartları olduğu kanaatine varılarak tedbire karar verilmişse, ortaya kesin bir nihai karar çıkıncaya, yani uyuşmazlık tam olarak açıklığa kavuşuncaya kadar kararın etkisini sürdürmesi ilkesi benimsenmiştir. Ancak, mahkemece bunun aksine de karar verilebilir. Özellikle, tedbir kararı verildikten sonra, asıl hükümde tedbir talep eden haksız çıkmışsa, mahkeme hükümlerle birlikte tedbirin de kaldırılmasına karar verebilir. Bu durumda kanun yoluna başvurulduğu aşamada tedbir kalkmış olacaktır. Bununla birlikte, örneğin usule ilişkin bir karar verilmişse, bu tedbirin kaldırılması için yeterli bir sebep oluşturmayabilir. Tüm bu hususlar mahkemece dikkate alınarak, gerekiyorsa hükümlerle birlikte tedbirin kaldırılmasına karar verilebilir. Tedbirin kaldırılmasına karar verilmedikçe, asıl olan nihai kararın kesinleşmesine kadar tedbirin devam etmesidir. Bu fıkra ile uygulamada ortaya çıkan tartışma ve tereddütler bertaraf edilmeye çalışılmıştır<sup>721</sup>.

Tedbire muhalefetin cezasını düzenleyen 404. maddede ise, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimsenin, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki dava henüz açılmamışsa, ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme; esas hakkındaki dava açılmışsa, bu davanın görüldüğü mahkemedir. Tasarının bu maddesinin görüşülmesi esnasında cezanın üst sınırının yüksek olduğu gerekçesiyle önerge verilmiş ise de görüşmeler sonunda tedbire aykırılık oluşturacak çok önemli olayların yaşanabileceği gerekçesiyle, cezanın üst sınırında bir indirimle gidilmesinin doğru olmayacağı sonucuna varılarak önerge reddedilmiştir.

<sup>721</sup> Bkz. HUMK Tasarısının Gerekçesi

## II. Hakemlerce Hükmedilen Tedbirlerin Verildikleri Ülkede İcrası

Her ne kadar modern hukuk sistemlerinde hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetme yetkilerinden şüphe edilmiyor olsa da, aynı şeyi taraflarca rızaen yerine getirilmeyen geçici koruma tedbirlerinin bizzat hakemler tarafından icra edilebilmesi açısından söyleyebilmek bugün için mümkün gözükmemektedir. Zira hakemler, devlet yargısının aksine, vermiş oldukları kararları (*jurisdictio*) yerine getirme gücünden (*imperium*) yoksundurlar. Hatta bu sebepten ötürü, hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirleri için “*lex imperfecta*” yakıştırması yapılmaktadır<sup>722</sup>.

Bununla beraber, hakemlerin, tarafların hakemlerce verilmiş olan geçici koruma tedbirlerine uymasını sağlayacak hiçbir hukuki silaha sahip olmadığı düşünülmemelidir. Örneğin, evvelce incelediğimiz üzere, geçici koruma tedbirlerine uyulmaması halinde belli bir tutarın ödenmesine ilişkin Belçika, Hollanda ve Fransız Hukuku’nda yer alan “*astreinte*” ve benzeri cezai nitelikteki yaptırımlar, taraflar açısından caydırıcı olan ve hakemlerin kullanabilecekleri hukuki silahlardandır<sup>723</sup>. Ne var ki, hukuki niteliği gereği *imperium* gerektirip gerektirmeyeceği, dolayısıyla hakemlerce verilip verilemeyeceği ya da verilebilse dahi bu cezaların nasıl yerine getirileceği üzerinde süregelen tartışmalar ve *astreinte* benzeri cezai yaptırımların her ülke hukuk sistemince benimsenmemiş olması, bu tür yaptırımların her zaman caydırıcı olamayacağını göstermektedir<sup>724</sup>.

Doktrinde hakemlerin kullanabilecekleri bir diğer hukuki silahın “*zarar ziyan tazminatı*” olduğu ileri sürülmektedir<sup>725</sup>. Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına binaen yetkilendirilen hakemlerin hükmettikleri geçici koruma tedbirlerine uyulmamasının, aynı zamanda tahkim anlaşmasına da aykırılık sayılacağına dayanan ve böyle bir hareketin, tarafların, tahkim yargılaması esnasında uyuşmazlığı daha da vahimleştirecek her türlü kötüniyetli hareketten kaçınmalarına ilişkin sözleşmesel yükümlülüklerine de aykırılık sayılacağından, karşı tarafa verecekleri zararın telafi edilmesi amacı taşıyan bu tazminatın da aslında yeterli ve etkili bir silah olmayacağı kabul edilmektedir<sup>726</sup>. Zira, tazminat, uyulmayan tedbir yüzünden uğranılan zararın

<sup>722</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 506.

<sup>723</sup> Bkz. Fransız Usul Kanunu md. 11; Belçika Usul Kanunu md. 1709-bis ve Hollanda Usul Kanunu md. 1056.

<sup>724</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 509.

<sup>725</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 506.

<sup>726</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 506-507.

“*telafi edilmesi*” amacı taşıırken; geçici koruma tedbirlerinin “*verilmediği takdirde telafisi imkânsız zararın oluşması ihtimalinde*” söz konusu olabilmesi şartı birbiri ile çelişir niteliktedir.

Hakemlerin kullanabilecekleri bir diğer hukuki silah olarak, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirine uymayan tarafın bu davranışının, uyumsuzluğun esasına ilişkin nihai kararda nazara alınması ve uymayan taraf aleyhine bir takım hukuki sonuçlar doğurması gösterilmiştir<sup>727</sup>. Bununla beraber, taraf davranışına bu tür olumsuz bir sonuç yükleyebilmek için, doktrinde söz konusu geçici koruma tedbirine uymayan tarafın bu davranışı ile tahkim yargılamasının akıbeti arasında illiyet bağının bulunması gerektiği ileri sürülmüştür- ki böyle bir bağ çoğu durumda mevcut değildir<sup>728</sup>. Ancak, tahkime uygulanacak hukukta bu illiyet bağını oluşturacak nitelikte bir hüküm bulunması halinde, hakemlerin nihai kararlarında tarafların bu olumsuz tavrının sonuca etkili bir biçimde nazara alınabilmesinin mümkün ve hukuken geçerli olabileceği söylenebilir. Örneğin İngiliz Hukuku’nda 1996 Tarihli *Arbitration Act* md. 41 § 6 ve md. § 7b, hakemlerin emrine itaatsizliğe, bu emre uymayan taraf aleyhinde bazı sonuçlar bağlamış ve hakemlerin bu sonuçlar dahilinde kanaat tesis etmesine olanak tanıyarak, yargılamayı aksatan ve sağlıklı yürümesi için verilmiş olan tedbirlere riayet etmeyen tarafı birçok açıdan cezalandırmıştır.

Yukarıda belirtilen hukuki araçlar dışında, hakemlerce verilen her türlü geçici koruma tedbirinin icrasının gerekli olmaması olasılığı ve söz konusu geçici tedbir kararlarının yerine getirilmemesi halinde hakemler nezdinde oluşabilecek olumsuz kanaatin taraflar üzerinde oluşturacağı baskının, tarafların bu tedbir kararlarına çoğu zaman kendi rızalarıyla uymalarını sağlaması<sup>729</sup> gibi etkenler, hakemlerin *imperium* zaafiyetini ve cebri icra yetkisinden yoksunluğunu biraz olsun hafifletse de, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerine ilişkin ciddi bir icra sorununun bulunduğu gerçeğini değiştirmemektedir<sup>730</sup>. Bunun anlamı, hakemlerce verilen ve taraflarca rızaen yerine getirilmeyen geçici koruma tedbirlerinin icrasını sağlamak adına devlet otoritesini temsil eden mahkemelerin devreye girmesinin ve tahkime yardımcı olmasının zorunlu olmasıdır. Bu bağlamda belki de en dikkat çekici ve liberal düzenleme 1997 Tarihli *Ecuador Tahkim ve Uzlaştırma Kanunu*’nun 9/ 2.

<sup>727</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 507.

<sup>728</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 507.

<sup>729</sup> Bu hususa ilişkin çeşitli istatistiksel araştırma sonuçları için bkz. CARLEVARIS, *Recognition*, s. 504; dn. 3.

<sup>730</sup> YEŞİLOVA, s. 697-698; PEKCANITEZ, *Geçici Koruma*, s. 134.

maddesinde yer alan hükümdür. Söz konusu kanun maddesi, tahkim anlaşmasında tarafların bu hususta bir hüküm kabul etmiş olmaları şartıyla, hakemlerin, geçici tedbir kararının konusunu teşkil eden taşınmazın bulunduğu yer mahkemelerinin veya geçici tedbirin yerine getirileceği yer *mahkemelerinin yardımına başvurmaksızın*, doğrudan adli kolluğun, idari makamların veya polisin yardımını talep edebileceğini kabul etmektedir<sup>731</sup>. Diğer bir deyişle, hakemlerin hükmettikleri geçici koruma tedbirleri veya geçici emirlere, mahkemelerce hükmedilen geçici koruma tedbirleri ile aynı etki ve sonuç bağlanmıştır. Dolayısıyla, bu ülke hukukunda hakemler devlet mahkemelerine başvurmaksızın, sanki ortada mahkemece verilmiş bir geçici koruma tedbiri varmışcasına, doğrudan icra organlarından tedbir kararının icrasını gerçekleştirmelerini talep edebilmektedir.

Hakem kararlarının icrası dendiğinde doktrinde anlaşılan ve çoğu ülke hukuk sisteminde düzenlenen genellikle uyuşmazlığın esasını çözen nihai hakem kararlarının icrasındır. Bununla beraber, son zamanlarda uluslararası tahkim davalarında hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin artması ve konunun doktrinde sıkça tartışılıyor hale gelmesi ile birlikte, taraflarca rızâen yerine getirilmeyen geçici koruma tedbirlerinin icrasına ilişkin hukuki düzenlemelerin yapılması ihtiyacı gerek ulusal, gerekse uluslararası düzeyde hissedilmeye başlanmıştır. Başta UNCITRAL Model Kanunu'nda 2006 yılında yapılan değişiklik olmak üzere, az da olsa bazı modern tahkim kanunlarında<sup>732</sup>, geçici koruma tedbirlerinin icrasına ilişkin özel düzenlemelerin bulunması bu gerçeği ispatlar niteliktedir.

Hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin icrası hiç kuşkusuz, tedbirlerin icra edileceği ülke hukukuna göre gerçekleştirilecektir. Ne var ki, genel olarak ülke hukuk sistemleri incelendiğinde, hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin icrasına ilişkin kuralların uygulanabilmesinin, çoğunlukla, hakemlerce verilen bu tedbir kararlarının icra edileceği yerin aynı zamanda tahkim yeri de olması şartına bağlandığı görülmektedir. Hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin icrasını oldukça daraltan bu uygulama, aynı zamanda yabancı ülkede verilen tedbirlerle, icra edileceği ülkede verilen tedbirlerin farklı iki hukuki rejime

<sup>731</sup> **CARLEVARIS**, *Recognition*, s. 510.

<sup>732</sup> Örneğin Alman Tahkim Kanunu md. 1041. maddesi bu konuyu düzenlemektedir (**CARLEVARIS**, *Recognition*, s. 518 vd.; **YEŞİLOVA**, s. 669 ve özellikle 707-708). Ayrıca bkz. **KOJOVIC** Tijana: "Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief", *How Final is Provisional?*", JIA, 18 (5), 2001, s. 512-513.

tabi tutulmasına yol açmakta, bu da konu hakkında uluslararası planda yeknesak bir hukuki yapının oluşturulması ihtimalini zayıflatmaktadır. Örneğin, Hollanda Hukuku'nda konuyu düzenleyen hükümler ancak tahkim yeri Hollanda olan tahkim yargılamaları için geçerlidir<sup>733</sup>. Benzer biçimde, İsviçre Hukuku açısından da, LDIP md. 176/ 1 hükmünün, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin icrası konusunda mahkemelerin yardımını öngören kuralların, tahkim yerinin İsviçre olmadığı haller açısından uygulanabilmesine engel oluşturduğu kabul edilmektedir<sup>734</sup>.

Bu noktada Alman Hukuku dikkat çekici bir yasal düzenlemeye sahiptir. Şöyle ki; Alman Usul Kanunu 'nda yer alan ve hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin Almanya'da icra edilmesini düzenleyen kurallar, tahkim yeri Almanya olmasa dahi uygulanabilir<sup>735</sup>. Bu çıkarım kanunda yer alan açıklayıcı bir maddeye dayanmasa da, doktrin, Alman Usul Kanunu'nun 1062/ 2'de düzenlenen ve hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin Almanya'da icrası için hangi yer mahkemelerinin yardım hususunda yetkili olacağını belirleyen hükmünün, söz konusu yardımın tahkim yeri Almanya olan tahkim yargılamaları ile sınırlı olmadığını ortaya koyduğu konusunda büyük ölçüde görüş birliğindedir<sup>736</sup>. Türk Hukuku'na gelindiğinde, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, diğer bütün kanunlardan farklı olarak, Kanunun ihtiyati tedbir ve ihtiyati haczi düzenleyen 6. maddesinin, tahkim yeri Türkiye dışında olduğu durumlarda dahi uygulanacağını açık hükümle düzenlediği görülmektedir (MTK. md. 1/ 3). Dolayısıyla, evvelce belirtmiş olduğumuz gibi, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin icrasında, mahkemelerin yardımını düzenleyen MTK. md. 6/ 3 hükmü, tedbirin icrasının istendiği ülkenin aynı zamanda tahkim yeri ülkesi olması şartı arayan çoğu ülke hukukunun aksine, tahkim yeri Türkiye dışında olsa dahi, yabancı ülkede hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin icrası konusunda da uygulanacaktır<sup>737</sup>.

<sup>733</sup> KOJOVIC, s. 513; YEŞİLOVA, s. 699.

<sup>734</sup> KOJOVIC, s. 516; YEŞİLOVA, s. 701; CARLEVARIS, *Recognition*, s. 517-518. Karşı görüş için bkz. MERKT, s. 192-193; BESSON, s. 306-307.

<sup>735</sup> KOJOVIC, s. 517-518; YEŞİLOVA, s. 702. Aksi fikir için bkz. BESSON, s. 301.

<sup>736</sup> KOJOVIC, s. 517-518. Alman Usul Kanunu'nun 1062/ 2. maddesi uyarınca, aynı Kanun'un 1041/ 3. maddesinde düzenlenmiş olan yardım hususunda, *geçici koruma tedbiri verilen tarafın yerleşim veya işyeri ile tedbire konu ve bu kimseye ait yahut çekişme konusu malvarlığının bulunduğu yer istinaf mahkemesi yetkilidir. Şayet bu kural uyarınca hiçbir mahkemenin yetkisi tesis edilemez ise Kammergericht yetkilidir.*

<sup>737</sup> BUDAK Ali Cem: II. Ankara Toplantısı, 6 Haziran 1998, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II. Taslaklar- Tartışmalar- Öneriler, Ankara, 1999, s. 215.



Genel olarak tüm ülke hukukları incelendiğinde, icra edileceği ülkede (ve ender olmakla birlikte, Alman Usul Kanunu veya Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu gibi uygulama alanı tahkim yeri dışında, yabancı bir ülkede) hakemlerce hükmedilmiş geçici koruma tedbirlerinin, taraflarca rızaen yerine getirilmemesi halinde ne şekilde icra edileceği konusunda iki farklı sistemin benimsendiği görülmektedir. Bunlar doktrinde *exequatur* ve *assistance* sistemleri olarak adlandırılır<sup>738</sup>. Bundan başka, İngiliz Hukuku'nda kabul edilmiş olan üçüncü bir model olarak, her iki sistemden de izler taşıyan *karma sistemi* de dikkate almak gerekir.

### A) Exequatur Sistemi

*Exequatur sistemi* olarak bilinen yöntemin tipik örneklerine Hollanda ve Fransız Hukuku'nda rastlanmaktadır. Daha yaygın olarak benimsenen bu yöntem uyarınca, hakemlerin vermiş olduğu geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararların, bu tedbirlere hükmedilme biçimi ne olursa olsun (*award/ karar veya provisional order/ usuli emir*), tıpkı mahkemelerce verilmiş olan uyuşmazlığın “esas” hakkındaki “karar”ların icra edilişi gibi icra edilmek suretiyle, bunlara mahkeme kararları ile eşit etki ve güç sağlanmış olmaktadır<sup>739</sup>.

*Exequatur sisteminde*, hakemlerce verilmiş olan geçici koruma tedbirine ilişkin kararların mahkemelerce denetimi, çok temel bazı unsurların bulunup bulunmadığının incelenmesiyle sınırlıdır. Mahkeme tarafından bu unsurların mevcut olduğuna kanaat getirildiği takdirde, tedbirlerin o ülke hukukunda öngörülen biçimde icrası sağlanacak, aksi takdirde hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin icra kabiliyetlerinin bulunmadığı tespit edilecektir<sup>740</sup>. Bu sistemde, mahkemelerin, hakemlerce verilmiş olan geçici koruma tedbirlerini değiştirme veya yeni bir tedbir kararı vermeleri söz konusu olmamaktadır.

*Exequatur sistemini* benimseyen hukukların başında gelen Hollanda Usul Kanunu, konuya ilişkin 1051. maddesinde, taraflarca kararlaştırılması halinde, hakem heyetinin veya sadece heyet başkanının, acele muhakeme esasına (*summary proceedings*) göre geçici koruma tedbirlerine hükmedebileceği ve bu kararların, tıpkı uyuşmazlığın esas hakkında verilen tam veya kısmi hakem kararları gibi icra

<sup>738</sup> KOJOVIC, s. 513; CARLEVARIS, *Recognition*, s. 513.

<sup>739</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 512.

<sup>740</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 512.

edilebileceğini hüküm altına almıştır (md. 1051/ 3). Hollanda Hukuku uyarınca, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin “nihai hakem kararı” vasfında olması aranmamakta, geçici olmasına rağmen bu kararlar, uyuşmazlığın esası hakkında verilen hakem kararları ile eşit tutularak, icra edilmektedir. Doktrinde, tedbirlerle ilişkin geçici nitelikteki bu hakem kararlarının, nihai hakem kararları mertebesinde kabul edilmesi durumunu nitelemek için “*quoad effectum*” terimi kullanılmaktadır<sup>741</sup>.

Son yıllarda değişikliğe uğrayan veya yeni bir hukuki düzenlemeye kavuşan, UNCITRAL Model Kanunu’ndan etkilenmiş ülke hukuklarının bir çoğu, Model Kanun’un 35 ve 36. maddelerinde düzenlenen hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hükümlerinin, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin icrası hususunda da uygulanacağına ilişkin özel hükümlere kanunlarında yer vermek suretiyle, *nihai* hakem kararları ile hakemlerin verdiği *geçici* koruma tedbirlerini aynı hukuki rejime tabi tutmuştur<sup>742</sup>. Ufak farklılıklarla, yasal düzenlemelerinde hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme biçimlerine bakılmaksızın, tedbir kararlarının, uyuşmazlığın esası hakkında verilen hakem kararları gibi icra edileceğini açıkça düzenleyen ülke hukuk sistemleri arasında, İspanya Tahkim Kanunu md. 23/ 2, Kanada’nın British Columbia Eyaleti Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu md. 2 ve Ontario Eyaleti Milletlerarası Ticari Tahkim Kanunu md. 9, Hong Kong Tahkim Kanunu md. 2GG, Sri Lanka Tahkim Kanunu md. 13, Singapur Milletlerarası Tahkim Kanunu md. 12/ 5 gibi ülkelerin tahkime ilişkin yasaları bulunmaktadır<sup>743</sup>. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu kanunlar arasında Hong Kong Tahkim Kanunu hariç diğer bütün ülke kanunları, tahkim yerinin kendi ülkelerinde olduğu tahkim yargılamalarında uygulanacaklarını kabul etmektedir. Diğer bir deyişle, bu kanunlar, hakemlerce aynı zamanda tahkim yeri de olan ülkede verilmiş ve yine bu ülkede icra edilmek istenen geçici koruma tedbirlerinin icrasını düzenlemekte ve fakat yabancı ülkede hakemlerce verilmiş olan geçici koruma tedbirlerinin icrasında uygulanmamaktadırlar<sup>744</sup>.

*Exequatur sistemini* benimseyen ülkeler yasalarında bu hususu her zaman açık hükümle düzenlememiş olabilir. Örneğin, Fransız Hukuku hakemlerce verilen geçici

<sup>741</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 514.

<sup>742</sup> Yeni Zelanda Tahkim Kanunu md. 17/ 2; İrlanda Tahkim Kanunu md. 14/ 3; Malta Tahkim Kanunu md. 62; Avustralya Milletlerarası Tahkim Kanunu md. 23; Bermuda Milletlerarası Tahkim ve Uzlaştırma Kanunu md. 26 bu hukuklara örnek olarak gösterilebilir (CARLEVARIS, *Recognition*, s. 514, dn. 43).

<sup>743</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 514. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YEŞİLİRMAK, *Provisional Measures*, s. 247 vd.

<sup>744</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 515.

koruma tedbirlerinin ülke içinde ne şekilde icra edileceği konusunda herhangi bir yasa hükmüne sahip değildir. Bununla birlikte, doktrin ve uygulamadaki baskın görüş, uyuşmazlığın esası hakkındaki kararlar gibi, hakemlerce verilmiş geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararların da NCPC md. 1479 uyarınca icrasının gerçekleştirilebileceği yönündedir<sup>745</sup>.

Doktrinde, hakemlerce verilen geçici koruma tedbiri kararlarının (*provisional order/ décision arbitrale*), uyuşmazlığın esası hakkında verilen hakem kararları (*award/ sentence arbitrale*) ile bir tutulup, aynı şekilde icra edilmesinin hem teorik hem de pratik açıdan tatminkâr bir yöntem olmadığı ileri sürülmüştür<sup>746</sup>. *Exequatur* yöntemine yöneltilen en büyük eleştiri, bu yöntemde söz konusu olan kuralların asıl olarak uyuşmazlıkları esastan çözen nihai hakem kararlarının icrası için ihdas edilmiş kurallar olmasına rağmen, bir tür hukuki kurnazlık ile, bu kuralları geçici koruma tedbirleri için de işleterek, hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin icrası meselesi açısından reel bir çözüm bulmak yerine, elde olanın uygulama alanını genişleterek iğreti çarelere başvuruluyor olunmasıdır<sup>747</sup>. Ayrıca, yasal düzenlemelerinde bu tür kurallar bulunan ülke hukuk sistemlerinde, söz konusu kuralların çoğu zaman sadece verildiği ülkede icra edilecek geçici koruma tedbirleri açısından uygulanabilir olması da, kuralların uygulama alanını daraltıcı niteliktedir. Bundan başka, *exequatur* yönteminin, hakemlerce hükmedilmiş geçici koruma tedbirlerinin nihai hakem kararları gibi, özüne dokunulmaksızın aynen icra ediliyor olması, gerek duyulan hallerde mahkemenin bu tedbir kararlarını değiştirebilmesini veya kaldırabilmesini imkânsızlaştıracağından, yöntemin bir diğer olumsuzluğu olarak kabul edilmektedir<sup>748</sup>.

## B) Assistance Sistemi

*Assistance sistemi*, hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin taraflarca rızaen yerine getirilmemesi üzerine, tedbirlerin icra edileceği ülkenin mahkemelerince, söz konusu geçici koruma tedbirlerinin icra edilmesinin sağlanması için, bazen hakemlerce hükmedilen tedbir kararını “*onaylamak*”, bazen de bu tedbir

<sup>745</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 515; YEŞİLOVA, s. 699; KOJOVIC, s. 514; PLUYETTE, s. 88.

<sup>746</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 515.

<sup>747</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 515.

<sup>748</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 516.

kararını yerine getirmeyen tarafı karara “*uymaya zorlamak*” suretiyle söz konusu geçici koruma tedbirlerinin icrasına yardımcı olunması esasına dayanmaktadır.

*Assistance sistemi, exequatur sisteminden* bazı açılardan farklılık gösterir<sup>749</sup>. Şöyle ki; *exequatur sisteminde* hakemlerce verilen geçici koruma tedbirinin özüne dokunulamazken, *assistance sisteminde*, hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirinin icrası için yardımcı olacak olan mahkeme, söz konusu tedbiri etkinleştirmek amacıyla, bu tedbirin amacına uygun müstakil bir emir vermektedir. Bundan başka, *assistance sisteminde*, hakemlerce verilmiş olan geçici koruma tedbirini kendi usul hukukuna göre icra edecek olan mahkeme, gerektiğine bu tedbirleri kendi hukukuna uydurmak amacıyla yeniden formüle edebilecek veya içeriğini değiştirebilecekken, *exequatur sisteminde* mahkemeler verilmiş olan tedbiri olduğu gibi tanımakta veya reddetmektedirler.

*Assistance sisteminin* en tipik örnekleri İsviçre ve Alman Hukuku’nda yer almaktadır. Bu iki sistemin birbirinden en önemli farkı, İsviçre Hukuku’ndaki kuralların, tahkim yeri İsviçre olan tahkim yargılamaları ile sınırlı olarak uygulanmasına karşılık<sup>750</sup>, Alman Hukuku’ndaki düzenlemenin, hakemlerce yabancı ülkede verilmiş olan geçici koruma tedbirlerinin Almanya’da icrası konusunda da uygulanabilir olmasıdır.

### 1) İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun md. 183/ 2

İsviçre LDIP md. 183/ 2’de yer alan hüküm, “*ilgili tarafın tedbire rızaen uymaması durumunda, hakem heyeti yetkili mahkemenin yardımını talep edebilir. Mahkeme kendi hukukunu uygular*” demektedir. Madde hükmünün lafzına bakıldığında, hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin icrası konusunda mahkemenin yardımının sadece hakem heyetince talep edilebileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak doktrinde hakemlerin, doğal olarak taraf talebi ile harekete geçeceği; yoksa kanun koyucunun hakem heyetine re’sen harekete geçme konusunda bir yükümlülük yüklemesinin beklenemeyeceği kabul edilmektedir<sup>751</sup>. Bununla beraber, her ne kadar madde hükmünde “*ilgili tarafın tedbire rızaen uymaması durumunda*” mahkemenin yardımının talep edilebileceği bir önşart olarak belirtilmişse de, doktrinde bu şartın esnek bir biçimde uygulanmasının ve dolayısıyla

<sup>749</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 512.

<sup>750</sup> Bu sonuca ulaşana dek yapılan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BESSON, s. 306-307; MERKT, s. 192-193; KOJOVIC, s. 516; CARLEVARIS, *Recognition*, s. 517.

<sup>751</sup> KOJOVIC, s. 515; WIRTH, s. 35-36; YEŞİLOVA, s. 700.

hakemlerin, verilen geçici koruma tedbirine uyulmayacağına kesin gözüyle bakabileceği durumlarda da, henüz bu ihlâl gerçekleşmeden de mahkemenin yardımını talep edebileceği savunulmaktadır<sup>752</sup>.

İsviçre mahkemesinin hakemlerce verilen geçici koruma tedbirinin icrası konusunda yardım yetkisinin aynı zamanda icrayı kabul edip etmeme hususunda bir takdir yetkisini de kapsayıp kapsamadığı sorusu doktrinde olumsuz bir biçimde yanıtlanmıştır<sup>753</sup>. Doktrindeki yaygın görüş uyarınca, İsviçre hakimi, hakemlerce hükmedilen geçici tedbir kararının İsviçre’de icrasına yardım ederken, tahkim anlaşmasının açıkça geçersiz veya uygulanamaz nitelikte olduğunu, hakem heyetinin öngörülene aykırı bir biçimde oluşturulduğunu, kimi hukukçular tarafından savunulduğu üzere tedbir kararının kamu düzenine aykırı olduğunu tespit etmediği müddetçe, söz konusu geçici koruma tedbirinin İsviçre’de icrasına yardımcı reddetmemelidir<sup>754</sup>. Diğer bir deyişle, İsviçre mahkemesince yapılacak denetim, hakemlerce hükmedilmiş geçici koruma tedbirinin içeriği ile ilgili, tedbirin yerindeliliğine ilişkin *de novo* bir denetimden ziyade, yukarıda sayılan unsurların varlığıyla sınırlı bir denetimdir.

İsviçre Hukuku’nda benimsenen *assistance* sisteminde öngörülen “*mahkeme yardımı*”ndan ne anlaşılması gerektiği, konuyu düzenleyen LDIP md. 183/ 2 hükmünde açıklanmamış, sadece mahkemenin kendi hukukunu (*lex fori*) uygulayacağı belirtilmekle yetinilmiştir. Acaba bunun anlamı, İsviçre Hukuku’na yabancı bir geçici koruma tedbirinin icrası konusunda mahkemenin yardımının söz konusu olamayacağı mıdır? Bu konu oldukça tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, İsviçre mahkemesinin, tedbir kararının İsviçre’de icrasına yardım ederken kendi hukukunu uygulaması, zorunlu olarak söz konusu geçici koruma tedbirinin İsviçre Hukuku’nca bilinen ve bu hukukta düzenlenen bir tedbir olmasını gerektirir. Şayet icrası için yardım talep edilen geçici koruma tedbiri İsviçre Hukuku’na yabancı bir tedbir ise (örneğin, para alacakları konusunda ihtiyati haczi (*séquestre*) kabul eden İsviçre Hukuku’na yabancı bir tedbir türü olan *in personam* nitelikteki *mareva injunction* ile karşılaşılması), bu durumda söz konusu geçici koruma tedbirine ilişkin hakem kararının cebren icrası konusunda mahkemenin yardım talebini reddetmesi gerekir<sup>755</sup>. Buna karşılık, hakemlerin uymakla yükümlü oldukları bir *lex fori*’lerinin

<sup>752</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 517; KOJOVIC, s. 515; YEŞİLOVA, s. 700.

<sup>753</sup> BESSON, s. 309; CARLEVARIS, *Recognition*, s. 517.

<sup>754</sup> BESSON, s. 309; CARLEVARIS, *Recognition*, s. 517; YEŞİLOVA, s. 701, KOJOVIC, s. 516.

<sup>755</sup> KOJOVIC, s. 516; CARLEVARIS, *Recognition*, s. 518.

bulunmaması, onların verebilecekleri geçici koruma tedbirlerinin mahkemelere nazaran daha geniş içerikte olmasını sağladığı da uluslararası tahkim hukukunda yadsınamaz bir gerçektir. Bu gerçekten hareket eden daha liberal bir görüş, İsviçre hakiminin, kendi hukukuna yabancı bir geçici tedbirle karşılaştığında, bu tedbiri kendi hukuk düzeninde var olan benzer işlevli bir başka tedbire tahvil ederek (*convert*) uygulamasının, uluslararası tahkimin ihtiyaçları düşünüldüğünde, daha isabetli olacağını savunmaktadır<sup>756</sup>. Bu görüş, Kanunun 183/ 2. maddesinde yer alan “*mahkeme kendi hukukunu uygular*” hükmünün, cebri icrası sağlanacak geçici koruma tedbirlerini sınırlamayan, sadece mahkemenin, söz konusu tedbiri kendi usul kanununda öngörülen kurallar dahilinde icrasını gerçekleştireceğini ifade eder nitelikte algılanması gerektiğini ileri sürmektedir. Nitekim bu görüş, Alman Hukuku’nda açık kanun maddesi ile de kabul edilmiştir (Alman ZPO md. 1041/ 2).

## 2) Alman Usul Kanunu md. 1041

Alman Usul Kanunu’nun (ZPO) 1041. maddesi, *assistance sisteminin* benimseyen ülkeler arasında, farklı özellikleri sebebiyle pek çok açıdan önem taşıyan bir yasal düzenlemedir. ZPO md. 1041/ 2 uyarınca, mahkeme, tarafın talebi üzerine, önceden böyle bir talebin mahkemeye yapılmamış olması şartıyla<sup>757</sup>, hakemlerce hükmedilmiş geçici koruma tedbirinin cebren icrasına izin verebilir. Mahkeme bu esnada gerek duyarsa, cebren icranın gerçekleşebilmesi için söz konusu tedbiri yeniden biçimlendirebilir. Bununla beraber, Alman mahkemesi, Alman Hukuku’nda öngörülme-yen bir geçici tedbirin icrasını reddedebilir ve fakat kendi hukukunda karşılığı olan bir tedbir kararını değiştirme veya içeriğiyle oynama yönünde bir takdir hakkı bulunmamaktadır<sup>758</sup>.

Alman Usul Kanunu’nda yer alan bu düzenlemenin bir başka enteresan hükmü, ilgili tarafın talep etmesi halinde, mahkemenin, koşullarda değişiklik olması durumunda, hakemlerce hükmedilmiş olan geçici koruma tedbirini değiştirebilmesi veya ortadan kaldırabilmesidir (ZPO 1041/3)<sup>759</sup>.

<sup>756</sup> BESSON, s. 307-308; MERKT, s. 193-194; WIRTH, s. 40.

<sup>757</sup> Kanunda böyle bir hükmün yer almasının sebebi olarak, birbiriyle çelişen iki farklı geçici koruma tedbirinin aynı anda yürürlükte olmasına ilişkin hukuki menfaat gösterilmektedir. Bu riski önlemek için Alman Usul Kanunu, ilk yapılan başvuruya, bu başvurunun doğrudan Alman mahkemelerine geçici koruma tedbiri talebi için yapılan bir başvuru olması veya hakemlerce verilmiş tedbir kararının icrasını sağlamak üzere yapılan bir başvuru olması farketmeksizin, öncelik tanımıştır (CARLEVARIS, *Recognition*, s. 518-519).

<sup>758</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 519.

<sup>759</sup> CARLEVARIS *Recognition*, s. 519.

Hakemlerce verilmiş geçici koruma tedbirinin cebri icrasında yardım edecek olan mahkeme, ZPO 1062/ 1-b.3 gereği, aksi taraflarca kararlaştırılmamışsa, tahkim yeri istinaf mahkemesidir. Bununla beraber, bu maddeden, Kanunun uygulanması için tahkim yerinin zorunlu olarak Almanya olması algılanmamalıdır. Zira aynı Kanun'un 2. fıkrası hükmü, söz konusu yardımın tahkim yeri Almanya olan tahkim yargılamalarıyla sınırlı olarak uygulanmayacağını vurgular niteliktedir<sup>760</sup>. Gerçekten, ZPO md. 1062/ 2 uyarınca, *aleyhine geçici koruma tedbiri verilen tarafın yerleşim veya işyeri ile tedbire konu ve bu kimseye ait yahut çekişme konusu mahvarlığının bulunduğu yer istinaf mahkemesi yetkilidir. Şayet bu kural uyarınca hiçbir mahkemenin yetkisi tesis edilemez ise Kammergericht yetkilidir.*

Alman mahkemesi nezdinde yapılacak olan yargılamada duruşma yapılmasına gerek bulunmamakta olup, bu yargılama *Beschluss* şeklindeki bir kararla sona erer (ZPO md. 1063/ 1). Ancak, karşı tarafın itirazı bulunması durumunda, bu itirazların alınabilmesi için kendisine hukuki dinlenilme hakkı tanınmalıdır<sup>761</sup>. Bu yargılama sonucunda üç tür karara ulaşmak mümkündür: geçici koruma tedbiri kararının icrası (*Vollziehung*); iptali-kaldırılması (*Aufhebung*) ve değiştirilmesi (*Änderung*).

### C) Karma Sistem

Hakemlerce hükmedilmiş olan geçici koruma tedbirlerine taraflarca rızaen uyulmaması durumunda bu tedbirlerin İngiltere'de ne şekilde icra edileceğini belirlemek üzere İngiliz Hukuku'nda kabul edilen sistem, *exequatur* ve *assistance* sisteminden izler taşıyan ancak her iki sistemden de farklılık gösteren karma bir modeldir.

1996 tarihli *English Arbitration Act Section 42*'de düzenlenen hakem emirlerinin (*arbitral order*) cebri icrasına ilişkin kurallar, geçici emirlerin (*interim order*) cebri icrası için de uygulanmaktadır. Bu sistem, *assistance* ile *exequatur* sisteminin karmasından oluşmaktadır. Söz konusu sistemde mahkeme, mevcut geçici emir temelinde başlı başına yeni bir emir vermemekte, hakemlerce verilmiş geçici emir şeklindeki kararı, eksik olan icra gücü ile donatmaktadır<sup>762</sup>. Bu sistemde mahkemeler geçici koruma tedbirini değiştirmek veya gözden geçirmek yetkisine

<sup>760</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 519-520; KOJOVIC, s. 518. Aksi fikir için bkz. BESSON, s. 301.

<sup>761</sup> YEŞİLOVA, s. 707.

<sup>762</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 521.

sahip değildir. *Exequatur* yönteminden farklı olarak, karma sistemde hakemlerce verilen geçici koruma tedbirleri “nihai hakem kararları” ile eşit etkiye sahip (*quoad effectum*) addedilmemektedir. İngiliz Hukuku’nda benimsenen bu yöntemin *exequatur* yönteminden ayrıldığı bir diğer nokta, tarafların, cebri icrayı sağlamaya yönelik olarak ihdas edilmiş olan bu kuralların uygulanmamasını kararlaştırabilme yetkisine sahip olmalarıdır.

İngiliz sisteminin diğer sistemlerden farkını yaratan enteresan bir özelliği de, hakemlerce verilmiş olan geçici emrin cebri icrasına yönelik mahkemeye başvurulabilmesi için gerekli olan “*ilgili tarafın söz konusu emri iki kez ihlâl etmesi*” şartıdır. Buna göre, hakemlerce verilen bir geçici tedbir kararını rızaen yerine getirmeyen tarafa hakem heyeti son bir uyarı mahiyetinde ikinci bir emir verir. Ancak “*kesin emir*” şeklindeki (*peremptory order*) bu ikinci emre uyulmaması durumunda mahkemeye cebri icra için başvurmak mümkün olabilecektir<sup>763</sup>.

İngiliz sisteminin bir diğer dikkat çekici özelliği, mahkemenin cebri icra konusundaki yardımının ancak tarafca hakem heyeti nezdindeki diğer bütün çareler tüketildiğinde talep edilebiliyor olmasıdır. Mahkemelerin rolünün geri planda tutulması anlamına gelen ve evvelce incelediğimiz “*ikincilik ilkesi*”nin bir yansıması olan bu şart bağlamında, hakemlerce verilen “*peremptory order*” için tanınan mühletin geçmesi beklenmeli, şayet böyle bir mühlet verilmemişse, makul bir süre sonuna dek beklenerek, tarafa söz konusu geçici emre uygun hareket etme şansı tanınmalıdır<sup>764</sup>.

İngiliz Hukuku’nda benimsenen karma sistemin özelliklerinden biri de, mahkemeye başvurma hakkına sahip olanlar konusundaki ilginç düzenlemedir. Kanununun 42/ 2. maddesi uyarınca, hakem heyeti, hakem heyetinin izin vermesi durumunda ilgili taraf veya daha önceden bu hususta anlaşmış olmaları halinde taraflar, rızaen uyulmayan geçici emrin cebri icrasını sağlamak amacıyla mahkemeye başvurabilirler.

Son olarak, *Arbitration Act Section 42*’de ifadesini bulan bu düzenlemenin sadece tahkim yeri İngiltere olan tahkim yargılamaları ile sınırlı olarak uygulanabileceğini belirtmek gerekmektedir. Bununla beraber, Kanununun 2/ 4.

<sup>763</sup> BESSON, s. 302; CARLEVARIS, *Recognition*, s. 521.

<sup>764</sup> *Arbitration Act* md. 42/ 3: “*The court shall not act unless it is satisfied that the applicant has exhausted any available arbitral process in respect of failure to comply with the tribunal’s order*”. BESSON, s. 302; CARLEVARIS, *Recognition*, s. 521.



maddesi bu sınırlı uygulamayı biraz olsun esnekleştirecek bir hüküm getirmiştir. Buna göre, tahkim yeri henüz belirlenmemişse ve hakim İngiltere, Galler veya Kuzey İrlanda ile yeterli bağlantının varlığına kanaat getirebiliyorsa, taraflar hakemlerce hükmedilen geçici emirlerin cebri icrası hususunda İngiliz mahkemelerinin yardımını talep edebilirler.

#### **D) UNCITRAL Model Kanunu**

UNCITRAL Model Kanunu'nda 2006 yılında yapılan değişikliğin temel konusu ve amacını geçici koruma tedbirlerinin oluşturduğu daha önce belirtmiştik. Gerçekten de, UNCITRAL Model Kanunu, uluslararası tahkimde geçici koruma tedbirlerinin artan önemi dolayısıyla, bu tedbirlerin etkinliğini sağlamak adına özellikle hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin icrası konusunda modern ve tahkimi destekleyici bir takım değişiklikler öngörmüştür. Bu değişikliğe ne derece ihtiyaç duyulduğu, Model Kanun'da yapılan bu değişiklik sonrasında 22 ülkenin kendi yasal düzenlemelerini gözden geçirip, hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin icrasına yönelik spesifik bir mekanizmayı kanunlarına adapte etmelerinden anlaşılmaktadır<sup>765</sup>. Kanun'un 17 H ve 17 I maddelerinde ifadesini bulan, hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin icrası meselelerine ilişkin kabul edilen bu düzenlemenin en önemli özelliği, mahkemelerce tenfizine veya icrasına karar verilecek geçici koruma tedbiri nerede verilmiş olursa olsun (icra edileceği ülke içinde veya dışında), bu maddelerde yer alan kuralların uygulama alanı bulacağıdır.

17 H hükmü, genel olarak geçici koruma tedbiri kararlarının tanınmasını ve tenfizini *exequatur* sistemi ile düzenlemektedir. Buna göre, hakem heyetince verilmiş bir geçici koruma tedbiri, aksi taraflarca öngörülmediği takdirde, bağlayıcıdır ve hangi ülkede verilmiş olursa olsun, yetkili mahkemeye başvurulması halinde, 17 I hükmü uyarınca icra edilir (md. 17 H/ 1). Bir geçici koruma tedbiri kararının tanınmasını veya tenfizini isteyen ya da bunu elde etmiş olan taraf, söz konusu geçici koruma tedbirinin değiştirildiğini, askıya alındığını veya kaldırıldığını derhal mahkemeye bildirmekle yükümlüdür (md. 17 H/ 2). Tanıma ve tenfizin talep edildiği ülke mahkemesi uygun gördüğü takdirde, böyle bir karar üçüncü kişilerin haklarının korunması için gerekliyse veya daha önce hakem heyeti benzer bir belirlemede

<sup>765</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 533.

bulunmamışsa, geçici koruma tedbirinin icrasını talep eden taraftan uygun bir teminat yatırmasını isteyebilir (md. 17 H/ 3).

Hakemlerce hükmedilmiş olan geçici koruma tedbirine ilişkin kararın taraflarca rızaen yerine getirilmemesi sebebiyle mahkemelerden bu kararın icrası istendiğinde, tenfiz veya icraya engel olan haller, Model Kanun'un 17 I maddesinde, büyük ölçüde nihai hakem kararının tenfizine engel olan nedenlerden esinlenerek ve aynı sistematik benimsenerek düzenlenmiştir. İlk fıkrada taraflarca ileri sürülmesi mecburi olan red sebepleri, ikinci fıkrada ise mahkemece re'sen dikkate alınacak red sebepleri sayılmıştır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken hususların başında, *exequatur* yönteminden farklı olarak, Model Kanun "*nihai kararların icrası usulü ve şartları*" ile "*geçici koruma tedbiri kararlarının icrası usulü ve şartları*" nı ayrı ayrı ele almış ve böylelikle geçici koruma tedbirlerinin "geçici" lik niteliğinin gerektirdiği ve bu niteliğe uygun özel hükümler benimsemiştir.

Buna göre:

- Aleyhine geçici koruma tedbiri hükmedilen tarafın talebi üzerine mahkeme aşağıdaki nedenlerle geçici koruma tedbiri kararının icrasını reddedebilir:
  - (i) Model Kanun'un 36. maddesinin (1) (a) (i), (ii), (iii) veya (iv) maddelerinin bulunması veya
  - (ii) hakem heyetinin geçici koruma tedbiriyle ilgili olarak öngördüğü teminat şartının yerine getirilmemesi;
  - (iii) hakem heyetince veya öyle kararlaştırılmışsa tahkim yeri veya tahkimin tabi olduğu hukukun mahkemesince söz konusu geçici koruma tedbirinin kaldırılmış veya icrasının durdurulmuş olması veya
- Mahkemece re'sen tespit edilmesi durumunda;
  - (i) tenfizi veya icrası istenen tedbir, buna karar verecek ülke mahkemesinin hukukuna uygun düşmemesi sebebiyle, anılan geçici koruma tedbirine ilişkin hakem kararının icra edilebilmesi ve kendi hukukuna ve usulüne uygun hale getirilebilmesi için, mahkemenin tedbirin özüne müdahale etmeksizin yeniden formüle edebilmesinin mümkün olmaması<sup>766</sup>;

<sup>766</sup> Alman Usul Kanunu md. 1041/ 2 den esinlenen bu madde uyarınca mahkemelere belli bir oranda geçici koruma tedbirini, ülke hukuklarına adaptasyonunun sağlanması amacıyla, yeniden formüle

(ii) Model Kanun'un 36. maddesinin (1) (b) (i) veya (ii). Paragraflarındaki hükümlerin mevcut bulunması

Tüm bu nedenlerden başkaca bir sebepten ötürü hakemlerce verilmiş geçici koruma tedbirleri reddedilemeyeceği gibi, bu sebeplerin varlığının somut olaya etkisini değerlendirmek ve tenfizi veya icrayı reddetme yetkisi de mahkemenin takdirindedir. Maddenin kaleme alınış biçimindeki “*recognition or enforcement of an interim measure may be refused only*” tarzındaki ifade bu hususu açıkça vurgular niteliktedir. İcra talep edilen mahkeme tarafından tedbirlerin içerik denetiminin yapılması da Model Kanun'da kabul edilmemiştir.

Hakemlerce verilmiş olan geçici koruma tedbirlerinin icrasına ilişkin red sebeplerinin bazılarının, New York Konvansiyonu ile paralellik gösterdiği (savunma haklarının ihlâli, tahkim anlaşmasının geçersizliği ve kamu düzenine aykırılık gibi), bazılarının ise, tedbir kararlarının “geçici” olma niteliğine uygun özel sebepler (geçici koruma tedbirinin kaldırılmış veya icrasının durdurulmuş olması veya icra edecek ülke mahkemesinin hukukuna uygun düşmemesi gibi) olduğu görülmektedir.

*Exequatur* yöntemini benimseyen birçok ülke hukukunda olduğu gibi Model Kanun da, tarafların, aynı anda birden fazla ülke mahkemesi nezdinde hakemlerce verilmiş geçici koruma tedbirlerinin icrası talebinde bulunmalarına cevaz vermektedir zira Model Kanun'da bu konuda hiçbir sınırlayıcı hüküm mevcut değildir<sup>767</sup>. Doktrinde görüş birliği olmamakla birlikte, Model Kanun uyarınca icra edilecek geçici koruma tedbirlerine hükmedilme biçiminin de önemini olmadığı ve bu tedbirler “*hakem kararı / arbitral award*” veya “*emir / order*” şeklinde dahi olsa aynı kurallar uygulanmak suretiyle icra edileceği ileri sürülmektedir<sup>768</sup>.

## E) Türk Hukuku

Hakemlerce Türkiye'de verilen geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararların, taraflarca rızaen yerine getirilmediği takdirde Türkiye'de ne şekilde icra edileceği,

---

etme yetkisinin verilmesi yararlı gibi görülse de, *assistance* sistemini benimseyen Alman Hukuku'nun aksine, Model Kanun'un *exequatur* sistemini benimsediği gözden kaçırılmamalıdır. Zira, *exequatur* sistemi mahkemeye, mevcut geçici koruma tedbirinin, olduğu şekliyle icra edilebilir olduğunu tespit etme yetkisi vermektedir (CARLEVARIS, *Recognition*, s. 536). Kanaatimizce, *exequatur* sistemine yabancı dahi olsa, bu madde sayesinde mahkemelere “tedbirin özüne dokunmadan yeniden şekillendirmek” hususunda bir yetki tanınması, Model Kanun'un geçici koruma tedbirlerinin mümkün mertebe icrasını sağlamak ve etkinliğini artırmak amacıyla örtüşmektedir ve bu açıdan yararlıdır.

<sup>767</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 534.

<sup>768</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 534.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6/ 3. maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu hüküm, MTK'da mülkilik esasının yanı sıra irade esasının da kabul edilmesinden ötürü (MTK. md. 1/ 2), tahkim yeri Türkiye dışında olan ve fakat MTK'ya tabi tutulan tahkim yargılamalarında da uygulama alanı bulacaktır. Bunun dışında, MTK. md. 6'da düzenlenen ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacze ilişkin kurallar ve bu bağlamda bunların taraflarca rızaen yerine getirilmemesi durumunda cebri icrasını sağlamaya yönelik mahkeme yardımı (md. 6/ 3), yine Kanun'un 1/ 3. maddesinde yer alan açık hüküm gereği, tahkim yeri Türkiye dışında olan tahkim yargılamaları açısından da, tahkim taraflarca MTK'ya tabi tutulmamış olsa dahi uygulanacaktır

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nu diğer kanunlardan ayıran bu durum, hakemlerce yabancı bir ülkede verilen geçici koruma tedbirleri ile Türkiye'de verilen geçici koruma tedbirlerinin taraflarca rızaen yerine getirilmemesi halinde, bu tedbirlerin Türk mahkemelerince cebri icrasının aynı hukuki rejime tabi tutulması anlamı taşır<sup>769</sup>. Hal böyle iken, Kanun'un 6/ 3. maddesinin MTK'nın diğer hükümleri ile birlikte yorumlanması sonucunda, hakemlerce yabancı bir ülkede verilmiş ve Türkiye'de icra edilecek olan geçici koruma tedbirlerinin *herhangi bir tenfiz rejimine tabi olmaksızın*, MTK. md. 6/ 3'te sözü edilen "*mahkeme yardımından*" faydalanmak suretiyle icra edileceğini söylemek yanlış olmayacaktır<sup>770</sup>.

Bununla beraber, bu denli önemli işleve sahip olmasına rağmen, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6/ 3. maddesi ve devamındaki 6/ 4. madde hükmü, son derece muğlak ifadeler içermektedir ve bu durum tam anlamıyla bir hukuki karmaşaya sebebiyet vermektedir. Çalışmamızın bu bölümünde MTK. md. 6/ 3 ve 4'ün ayrıntılı incelemesini yapmayı uygun bulduk. Bu inceleme neticesinde varılacak sonuçların, yabancı ülkede hakemlerce verilmiş ve Türkiye'de icra edilecek geçici koruma tedbirlerinin hukuki rejimi açısından da geçerli olacağını bir kez daha hatırlatmakta fayda görmekteyiz.

MTK.md.6/ 3 uyarınca, "*Taraflardan biri, hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararını yerine getirmezse; karşı taraf, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir. Yetkili mahkeme gerekirse başka bir mahkemeyi istinabe edebilir*".

<sup>769</sup> YEŞİLOVA, s. 705.

<sup>770</sup> YEŞİLOVA, s. 705.

İlgili hükmün kaleme alınmış biçimi dikkatle incelendiğinde, bazı hususların öne çıktığı görülmektedir. Bunlar, hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının yerine getirilmemesi üzerine “*mahkemenin yardımının istenebileceği*”; bu yardımın “*ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesi istemi*” ne ilişkin bir yardım olduğu ve söz konusu yardımı talep edebilecek olan kişinin sadece “*karşı taraf*” olmasıdır.

Kanun, hakemlerce verildiği ülkede icrası talep edilen geçici koruma tedbirlerinin hangi sistemle cebri icrasının gerçekleşeceği konusunda aslında net bir çıkarım yapabileceğimiz türde bir düzenlemeye sahip değildir. Mevcut şekliyle ne tam anlamıyla *assistance* ne de tam anlamıyla *exequatur* yönteminin benimsendiği söylenebilir. Her ne kadar Kanun’un lafzı “*mahkeme yardımı*” gibi bir ifadeyi içerse de, aynı hüküm içerisinde “*ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesi istemi*” cümlesinin de yer alması, sanki karşı tarafın mahkemeden yepyeni bir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesini isteyeceği şeklinde algılanmaya müsaittir. Hal böyle olunca, MTK. md. 6’nın salt ifadesinden yola çıkılarak sonuca ulaşmanın çok da güvenilir bir yöntem olmayacağı ortadadır.

Madde hükmünde yer alan “*mahkeme yardımı*”nın ne ifade ettiği ve mahkemelerden umulan bu yardımın hangi usul dairesinde nasıl icra edileceği sorularına Kanun’dan yola çıkılarak yanıt bulmak ne yazık ki mümkün olamamaktadır. Gerçekten, MTK. md. 6/ 3’te acaba önceden hakemlerce verilmiş olan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının cebren icrasını sağlamak adına, ilgili tarafın *müstakil ve öncekinden bağımsız* bir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı almak için yeniden ama bu defa mahkemelere yapacağı bir başvurudan mı bahsedilmektedir yoksa bu başvuru yeni bir karar vermek şeklinde olmayıp, hakemlerin verdiği *mevcut geçici tedbir kararına sadece icrai etki tanımak* biçiminde mahkemenin yardımının talep edilmesi midir? Şayet bu ikincisi ise, Türk mahkemesi, ilgili hakem kararının kendi icra dairelerince cebri icrasından evvel bir ön denetim uygulayacak mıdır? Eğer bu soruya olumlu cevap verilecekse, bu ön denetimin mahiyeti ne olacaktır?

Keza cevabı olmayan sorular bu kadarla da sınırlı değildir. Bir adım ileri gidildiğinde, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda, mahkemenin söz konusu yardım ile ilgili olarak yapacağı yargılamanın özellikleri konusunda da hiçbir açıklığın olmadığı göze çarpmaktadır. Şöyle ki; mahkemece yapılacak bu yargılamada acaba duruşma

yapılacak mıdır yoksa dosya üzerinden mi karar verilecektir? Diğer tarafa dinlenilme hakkı tanınacak mıdır? Mahkemece verilecek karar kesin midir yoksa diğer tarafa bir itiraz hakkı tanınacak mıdır? Ya da Alman Hukuku'nda düzenlendiği gibi, mahkemece yapılan yargılama esnasında geçici koruma tedbirine ilişkin hakem kararının tedbire icrasına izin verilebilecek midir? Yine Alman Hukuku'nda öngörülen, teminat gösterilmesi durumunda icranın diğer tarafça durdurulabilmesine imkân tanınacak mıdır? İşte bu soruların hiçbirisi, MTK. md. 6/ 3 hükmünün basit ve sığ ifadesinden çıkarılabilecek cevaplara sahip değildir.

Bütün bu sorulara cevap vermek, hiç kuşkusuz öncelikle MTK. md. 6/ 3'te öngörülen “mahkeme yardımı”ndan ne kastedildiğini açıklığa kavuşturmayı gerektirmektedir. Bu incelemeyi yaparken hareket noktası Kanun'un kaleme alınış biçimi yani lafzı olacaktır. Bununla beraber, Kanun'un soyut ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini yorumlarken başvurabileceğimiz temel hukuk kaynaklarından biri de MTK Taslak metinleri ve kanun oluşturulurken yapılan tartışmalar olacaktır. Şüphesiz konuya ilişkin doktrinde yer alan görüşler de bu açıdan bize ışık tutacaktır.

MTK. md. 6/ 3'te ifadesini bulan düzenlemenin taslak metinleri<sup>771</sup> incelendiğinde konunun ne gibi bir evrim geçirdiği net bir biçimde anlaşılmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. Taslak metninde konuya ilişkin olarak şu kanun maddeleri yer almaktadır:

Madde 1/ 3 (Uygulama Alanı):

*“Bu Kanunun hükümleri, 8'inci, 9'uncu, 35'inci ve 36'ıncı maddeler hariç olmak üzere, sadece tahkim yerinin Türkiye Cumhuriyeti toprağında olması halinde uygulanır”.*

Madde 9 (Davadan Önce İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz):

*“Taraflardan birinin, tahkim yargılaması başlamadan önce mahkemeye müracaatla ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talebinde bulunması ve mahkemenin bu yönde karar vermesi halinde, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının verilmesinden itibaren otuz gün içinde aşağıdaki 11'inci maddeye göre hakem seçimi işlemi başlatılır. Aksi halde, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı kendiliğinden ortadan kalkar”.*

<sup>771</sup> Taslak metinler için bkz. II. Ankara Toplantısı, 6 Haziran 1998, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II. Taslaklar- Tartışmalar- Öneriler, Ankara, 1999, s. 325-366.

Madde 17 (Davanın Derdestliği Sırasında İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz):

*“Hakem mahkemesinde görölen davanın derdest olduğu sırada, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları, 6’ncı maddede belirtilen asliye ticaret mahkemesi tarafından verilir. İhtiyati tedbirler ve ihtiyati hacizler hakkında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İcra ve İflas Kanununun ilgili hükümleri uygulanır”.*

Bu taslak metnin üzerinde yapılan tartışmalar neticesinde varılan sonuçlar, 1. Taslak metindeki eksiklik ve uyumsuzlukların giderilmesi amacıyla ikinci bir taslak metnin hazırlanmasını gerekli kılmıştır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 2. Taslak metninde konuya ilişkin olarak şu kanun maddeleri yer almaktadır:

Madde 6 (İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz):

*“Aksi kararlaştırılmadıkça, hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, ihtiyati tedbire karar verebilir. Hakem Kurulu, cebri icra organları tarafından icrası, ya da diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir kararı da veremez. Hakem Kurulu ihtiyati tedbir kararı vermeyi, münasip bir teminat itasına bağlı kılabilir.*

*Taraflardan biri Hakem Kurulunun verdiği ihtiyati tedbir kararını yerine getirmese, diğer taraf veya Hakem Kurulu, ihtiyati tedbir kararı verilmesi talebiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir. Bu takdirde mahkeme kendi hukukunu uygular. Mahkeme, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu, tarafların hakem kurulunun ihtiyati tedbir kararı veremeyeceği hususunda anlaşmış olduklarını, Hakem Kurulunun verdiği ihtiyati tedbir kararının fahiş bir hataya dayandığını, ya da Hakem Kurulunun ihtiyati tedbire karar verirken keyfi davrandığını tesbit etmedikçe, Kurulun verdiği ihtiyati tedbir kararının aynına hükmeder.*

*Tarafların Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İcra ve İflas Kanununa göre talepte bulunma hakları saklıdır”.*

Görüldüği gibi, ilk taslak metinde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haczin Türkiye’de cebri icrasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel anlamda her iki kurum için de, HUMK ve İİK içerisinde yer alan hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Bununla beraber ikinci Taslak metin konumuz açısından büyük öneme sahiptir. Zira dikkat edilirse madde yan başlığında ihtiyati haciz denmesine rağmen, madde içerisinde ihtiyati hacze yer verilmemiştir. Bu detayın ötesinde, maddenin ikinci fıkrası konumuz açısından son derece büyük bir öneme sahiptir. Tıpkı Alman Hukuku'nda olduğu gibi, hakemlerce verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarının ne şekilde cebri icraya konu olacağını açık bir biçimde düzenleyen bu hüküm, mahkemeden istenecek yardım hususunu da ayrıntılı ve tereddüte mahal vermeyecek bir biçimde düzenlemekteydi. Mevcut Kanununun 6/ 3. maddesinden farklı olarak, mahkemeden yardım talep edecek kişi sadece ilgili tarafla sınırlandırılmamış, hakem kuruluna da bu hak tanınmıştı. Asıl menfaat sahibi olan tarafın yanı sıra hakem kuruluna da böyle bir yetki tanınması çokça tartışılmış ve nihayetinde İsviçre Hukuku'nda da var olan bu hüküm sonradan kanundan çıkartılmıştır. Gerekçe olarak, asıl hak sahibi olan taraflar bile böyle bir yola başvuramazken, hakemlerin işin peşini bırakmayıp, mahkemelere müracaatla illa verdiği tedbirin icrasını sağlamak istemesindeki fuzuli çaba gösterilmiştir<sup>772</sup>.

Tasarı metninde dikkat çekici bir başka husus, mahkeme yardımından ne anlaşılması gerektiğinin açık ve net bir biçimde tarif edilmiş olmasıdır. Buna göre, cebri icra için mahkemenin yardımı talep edildiğinde, yetkili mahkemenin kendi hukukunu uygulayacağı, diğer bir ifadeyle hakemlerce önceden hükmedilmiş olan ihtiyati tedbire icrai etki tanırken, mahkemenin kendi hukukunda yer alan prosedür dairesinde hareket edeceği hüküm altına alınmıştır. Maddede ayrıca mahkemenin hakem kurulunun verdiği kararın aynına hükmedeceği açıkça vurgulanmış ve bu bağlamda cebri icraya hükmetmeden evvel mahkemece yapılması gerekli olan ön denetimin unsurları teker teker sayılmıştır. Maddenin son fıkrasında, tarafların Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İcra ve İflas Kanunu'na göre talepte bulunma haklarının saklı tutulması da, mahkeme yardımının yeni bir başvuru olmadığını ve hakemlerce önceden verilmiş bir tedbir kararına icrai etki tanınmasının söz konusu olduğunu vurgular niteliktedir.

Ancak, daha sonra hazırlanan üçüncü Taslak metinde (sonradan Kanun haline gelmiştir) yukarıda sayılan İkinci Taslak metinde yer alan bu çok önemli açıklayıcı hususlar bulunmamaktadır. Bu, iki şekilde yorumlanabilir.

<sup>772</sup> Bkz. Turgut **KALPS ÜZ** ve Yaşar **KARAYALÇIN**'ın görüşleri: II. Ankara Toplantısı, 6 Haziran 1998, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II. Taslaklar- Tartışmalar- Öneriler, Ankara, 1999, s. 229.



Doktrinde **Pekcanitez** tarafından savunulan görüş uyarınca, bu hususların Kanun metnine alınmaması ve mahkemenin yardımı konusunda yapılacak inceleme yetkisinin kapsamını belirleyen hallerin Kanun'da düzenlenmemiş olması, bütün bu hususların ayrıca belirtilmesinin gereksiz olarak addedilmiş olmasından kaynaklanmaktadır<sup>773</sup>. Yazara göre, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının icrası için yeniden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı istenir demek yerine, hakemlerce verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararının icrasını temin için mahkemenin yardımı istenir denilmiştir. Bu yardım, mahkemenin yeni bir karar vermesi yerine, mahkemenin verdiği karara icrai etki tanımak biçiminde olmalıdır<sup>774</sup>. Bu bağlamda, mahkeme bunu yaparken öncelikle hakemlerin böyle bir karar verip veremeyeceğini tabii olarak inceleyecek ancak gerekmiyorsa, işin esasına ilişkin ayrıca değerlendirme yapamayacaktır<sup>775</sup>.

**Yeşilova** ise benzer bir sonuca kanun koyucunun iradesini anlamlandırmaya yönelik bir takım varsayımsal değerlendirmelerle ulaşmaktadır. Şöyle ki; yazara göre MTK. md. 6/ 3 hükmünün lafzı dikkate alındığında, tarafın yapacağı başvuru ile aslında, hakemlerce verilenden başka bir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesinin istendiği anlaşılmaktadır. Yazar, kanun koyucunun amacının yine ve yeniden bir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının mahkemelerden verilmesi olamayacağını, çünkü böyle bir imkânın Kanun'da zikredilmesine gerek olmadığını, zaten Kanun'un 4. fıkrasının da bu hakkı pekiştirdiğini ileri sürmektedir<sup>776</sup>. **Yeşilova**, pragmatik bir yaklaşımla şöyle demektedir: *“Tarafın zaten sahip olduğu böyle bir hak yanında, Kanun'un bu sefer üçüncü fıkrasında düzenlenen; yani (Türk) mahkemelerinin milletlerarası tahkime yönelik “yardımının” bir anlamı, değeri olmalıdır. Özellikle de taraf, zaten bu hakka sahipse ki, bu durum, aynı Kanun'un bu sefer birinci fıkrasıyla daha da pekiştirilmiştir (bu nedenle Kanun'un dördüncü fıkrası olmasaydı da aynı sonuca ulaşılabilecekti, MTK. md. 6/ 1, 4), o halde ortada, ya gerçek anlamıyla bir yardımın bulunduğu bahsetmek mümkün değildir ya da söz konusu yardımın içi doldurulmalıdır. Biz de bu nedenlerle tercihimizi, söz konusu yardımın içeriğinin aydınlatılmasından yana kullanmaktayız”*<sup>777</sup>.

<sup>773</sup> **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 137.

<sup>774</sup> **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 137. Aynı yönde görüş için bkz. **ŞİT** Banu: Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 2005, s. 145.

<sup>775</sup> **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 137.

<sup>776</sup> **YEŞİLOVA**, s. 706.

<sup>777</sup> **YEŞİLOVA**, s. 706. Aynı yönde görüş için bkz. **ŞİT**, s. 145.

Yazara göre bu içerik aydınlatılmasında iki kaynaktan hareket etmek mümkündür. Birincisi, benzer bir hükme sahip olan Alman Usul Kanunu'nda evvelce incelemiş olduğumuz ilgili kanun maddeleri; ikincisi ise, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hazırlık çalışmaları esnasında II. Taslak'ta yer alan hüküm. **Yeşilova**, yukarıda incelediğimiz II. Taslak metinde yer alan ve mahkemenin cebri icraya karar vermeden evvel yapacağı hukuki denetiminin içeriğini belirleyen unsurların, *üzerinde çalışılmak kaydıyla*, mevcut Kanun açısından da temel alınabileceğini savunmaktadır<sup>778</sup>.

Hatırlanacağı üzere, II. Taslak metnin 6. maddesinin 2. fıkrasında “*Mahkeme, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu, tarafların hakem kurulunun ihtiyati tedbir kararı veremeyeceği hususunda anlaşmış olduklarını, Hakem Kurulunun verdiği ihtiyati tedbir kararının fahiş bir hataya dayandığını, ya da Hakem Kurulunun ihtiyati tedbire karar verirken keyfi davrandığını tesbit etmedikçe, Kurulun verdiği ihtiyati tedbir kararının aynına hükmeder*” şeklinde bir hüküm bulunmaktadır.

**Yeşilova**, bu maddede yer alan denetim unsurlarının bizzat Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yer alan bazı hükümlerden ve HUMK ile İİK'dan yola çıkılarak da tespit edilebileceğini ve dolayısıyla mahkemelerin de, hakemlerce hükmedilen ama taraflarca rızaen yerine getirilmemiş ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının cebri icrasını sağlamaya ilişkin yardımda bulunurken, bu kanunların kendilerine yüklediği gereklilikleri dikkate almak zorunda olduklarını ileri sürmektedir. Buna göre, MTK. md. 7/ H/ 1 ve 3; MTK. md. 8/ A; İİK. md. 257/ 1 ve 2; HUMK. md. 103, Taslak metinde bahsi geçen denetim unsurlarının yerini tutabilmek açısından yol gösterici olabilecek hükümler arasında yer almaktadır<sup>779</sup>.

Ne var ki, MTK. md. 6/ 3'te söz konusu olan “mahkeme yardımı”nın içeriğini aydınlatmak, yukarıda anılan çeşitli kanun hükümleri sayesinde bir an için mümkün gözükse bile, kanun hükmünün tek eksikliği, mahkemece hakem kararına icrai etki tanımadan önce yapılması gereken ön denetimin unsurları değildir. Bunun yanı sıra çok önemli bazı usuli meseleler de Kanun'un bu eksik ve muğlak ifade tarzı karşısında cevapsız kalmaktadır. II. Tasarıda bulunan “*Taraflardan biri Hakem Kurulunun verdiği ihtiyati tedbir kararını yerine getirmese, diğer taraf veya Hakem Kurulu, ihtiyati tedbir kararı verilmesi talebiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir. Bu takdirde mahkeme kendi hukukunu uygular*” şeklindeki hükmün

<sup>778</sup> YEŞİLOVA, s. 709.

<sup>779</sup> YEŞİLOVA, s. 709-710.

sonradan Kanuna alınmamış olması da, bu sorulara cevap verilmesini güçleştirmektedir. Üstelik, MTK. md. 17'deki “*Bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz*” şeklindeki hüküm karşısında, ortada MTK uyarınca düzenlenen bir konunun olup olmadığı meselesi daha da karmaşık bir hal almaktadır.

Keza cevabı olmayan sorulara, mahkemenin söz konusu yardımı ile ilgili olarak yapılacak yargılamaya ilişkin detaylar da eklenince (örneğin mahkemece yapılacak bu yargılamada duruşma yapılıp yapılmayacağı, mahkemece verilecek karara karşı diğer tarafa bir itiraz hakkı tanınıp tanınmayacağı, mahkemece yapılan yargılama esnasında geçici koruma tedbirine ilişkin hakem kararının tedbiren icrasına izin verilip verilemeyeceği, icranın teminat gösterilmesi durumunda diğer tarafta durdurulabilmesine imkân tanınıp tanınmayacağı) MTK. md. 6/ 3 hükmünün, ne MTK ne de diğer kanunlarda yer alan hükümler sayesinde giderilebilmesi mümkün olmayan eksikliklerden öte bir takım eksikliklere sahip olduğu anlaşılacaktır.

MTK. md. 6/ 3 hükmünün sadece Türkiye’de verilmiş olan değil, yabancı ülkede verilmiş olan geçici hukuki koruma tedbirlerinin de Türkiye’de cebri icrasını düzenlediğini düşündüğümüzde, bu defa bu sorulara iki farklı boyut daha eklenmektedir.

Bunlardan ilki, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirinin Türk Hukuku’nda bilinen ve kanunda düzenlenmiş bir tedbir olması zorunluluğunun bulunup bulunmadığıdır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu bu hususta açık bir hüküm ihtiva etmemektedir. Türk Hukuku’nda konuya ilişkin yasal düzenleme olan HUMK dikkate alındığında, genel düzenlemeyi oluşturan ve adeta torba hüküm niteliğindeki HUMK. md. 103’ün tedbir türlerini sınırlandırmadığı görülmektedir. Tahkimin hakemlere sağladığı geniş serbesti de göz önünde bulundurulduğunda, hakemlerin Türk Hukuku’na yabancı geçici koruma tedbirlerine hükmedebilecekleri ihtimal dahilindedir. Hakemlerin bu tür tedbirlere hükmedip hükmedemeyecekleri hususunda herhangi bir yetki problemi bulunmasa da<sup>780</sup>, bu tedbirlere rızaen uyulmaması halinde, Türkiye’de cebri icranın sağlanmasına yönelik mahkeme yardımı istendiğinde, Türk Hukuku’na yabancı olan bu tedbir açısından bir icra sorunu yaşanacağı da aşikârdır. **Pekcanitez**’in görüşüne göre, şartları ve uygulanma

<sup>780</sup> YEŞİLOVA, s. 700.

usulü bakımından Türk Hukukuna yabancı bir tedbir kararının Türkiye’de cebren icrasını sağlamak için Türk mahkemelerinden yardım istenemeyecektir zira mahkeme cebri icrayı gerçekleştirirken kendi hukukunu uygulayacağından, *lex fori*’de olmayan bir tedbirin icrasının da mümkün olmayacağı ortadadır<sup>781</sup>. **YEŞİLOVA** ise bu şekilde bir sonucun kolay yolu seçmek anlamına geldiğini ileri sürmekte ve iç hukukça tanınmayan ve bilinmeyen bir geçici koruma tedbirinin Türkiye’de icrasına müsaade edilmemesinin aynı zamanda milletlerarası tahkim gerçeği ile de örtüşmeyeceğini savunmaktadır<sup>782</sup>. Yazara göre, söz konusu tedbirin cebren icrası bakımından *lex fori*’ye uydurulması mümkünse, mahkemenin, hakemlerce verilmiş olan geçici koruma tedbirini yeniden biçimlendirebilmesi gerekir. Ancak bunun da mümkün olmaması veya tedbirin açıkça ülke hukukuyla çatışması durumunda anılan kararın cebren icrasına yönelik yardım talebi mahkemece reddedilmelidir<sup>783</sup>.

Yabancı ülkede verilmiş olan geçici hukuki koruma tedbirlerinin Türkiye’de cebri icrasının istenmesi durumunda söz konusu olabilecek ikinci sorun ise, MTK. md. 6’nın kaleme alınış biçimi ile ilgilidir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, Kanun Koyucu’nun “geçici koruma tedbirleri” gibi genel bir ifade yerine “ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz” terimlerini kullanması anlamlıdır. İç hukukta var olan bu ayrımın Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda da benimsenmesi, hakemlerin yargı yetkileri açısından da bu ayrıma uygun karar vermelerini gerektirir. Ancak bu noktada yabancı ülkede toplanan hakemlerin Türk Hukuku’ndaki bu ayrımı bilmeleri beklenemeyeceğinden burada ikili bir ayrıma gidilmesi isabetli olacaktır. Buna göre, Türkiye’de icra edilecek olan tedbir kararları için ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz ayrımına riayet edilmesi aranacak<sup>784</sup>; buna mukabil, yabancı ülkede icra edilecek olan tedbirler açısından, uyuşmazlık MTK kapsamına dahi girse, bu tür bir zorunluluk aranmayacaktır<sup>785</sup>.

Son olarak bahsedeceğimiz sorun ise, hakem kararındaki geçici koruma tedbirinin tarafça rızaen yerine getirilmemesi üzerine mahkemeden talep edilecek cebri icra yargılamasında izlenecek usul açısından da Kanunda açık hüküm olmamasıyla ilgilidir. Bu bağlamda, mahkemenin yapacağı yargılama sırasında karşı

<sup>781</sup> **PEKCANITEZ**, *Geçici Koruma*, s. 122.

<sup>782</sup> **YEŞİLOVA**, s. 711.

<sup>783</sup> **YEŞİLOVA**, s. 711.

<sup>784</sup> İhtiyati tedbir- ihtiyati haciz ayrımına uyulmaksızın verilen hakem kararlarının Türkiye’de cebri icrasının mümkün olmayacağını zira bu hususun, II. Taslak’ta yer alan denetim unsurlarından biri olan “fahiş hata” sayılacağına ilişkin bkz. **YEŞİLOVA**, s. 710.

<sup>785</sup> **EKŞİ**, *Değerlendirme*, s. 313.

tarafın dinlenip dinlenmeyeceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmaması sebebiyle başvurulacak yol, ya karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkının korunması ve varsa itirazlarının alınması ya da söz konusu karara, cebren icraya izin veren mahkeme nezdinde sonradan itiraz edebilme imkânının karşı tarafa tanınması olacaktır<sup>786</sup>. Bu husus kadar, mahkemece izlenecek yol ne olursa olsun, verilecek kararın denetime açık olup olmayacağı hususu da Kanun tarafından düzenlenmeyen meseleler arasındadır. Her ne kadar bu gibi meseleler hakemlerin vermiş olduğu geçici koruma tedbirinin adeta yok sayılıp, yeniden geçici tedbir yargılaması yapılması gibi bir sonuç ortaya çıkarsa da, yine de kanunların sistematik olarak bu tür uzak ihtimallerin gerçekleşmeyeceği varsayımıyla hareket etmesini haklı kılmamalıdır.

Gözden uzak tutulmaması gereken bir diğer husus da, cebri icrayı sağlamak amacıyla verilen mahkeme kararının nihayetinde bir “mahkeme kararı” olması ve bu nedenle artık ortada iki farklı merci tarafından verilmiş tek bir kararın bulunmasının sebep olacağı yetki sorunudur. Şöyle ki; acaba cebri icraya yönelik mahkeme kararından sonra, söz konusu kararın icrasına artık gerek kalmazsa, bu takdirde tedbir kararının değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasına kim tarafından karar verilecektir? Bu noktada, acaba cebren icrasına izin verilen hakem kararı bir mahkeme kararına mı dönüşmüştür? Yetki ve usulde paralellik ilkesi gereği hakemlerce hükmedilen geçici tedbirlerin yine hakemlerce revize edilmesini mi savunmak doğru olacaktır? İşte MTK. md. 6/ 3 hükmünün basit ve yalın ifadesi tüm bu soruların yanıtsız kalmasına neden olmaktadır.

Kanaatimizce, MTK. md. 6/ 3’te söz edilen “*mahkeme yardımı*”, doktrinde ifade edildiği kadar telafi edilebilir noksanlıkları olan bir hüküm olmaktan oldukça uzaktır. Maddenin düzenlemediği ve yukarıda sözünü ettiğimiz alanlardaki boşluklar bir tarafa, maddenin düzenlediği alanlardaki çelişki ve uyumsuzluklar dahi, Kanun Koyucu’nun “bilinçli ve iradi” bir seçim yapmadığı ihtimalini kuvvetlendirir niteliktedir.

Gerçekten, MTK. md. 6/ 3 ve 4’ün kaleme alınış biçimi ve lafzı ile II. Tasarıda kabul edilen madde hükmü birlikte değerlendirildiğinde, bambaşka bir tablo ortaya çıkmaktadır. Kanun Koyucu’nun II. Tasarıda tüm bu soru ve meselelere cevap olabilecek bir hukuki düzenlemeyi uygun bulmayıp, kanun metnine almamasının bir amacı olması gerekir. Malum olanı ilan sayılamayacak kadar önemli eksikliklerin

---

<sup>786</sup> YEŞİLOVA, s. 726.

bulunmasına rağmen, bunun, “Tasarıda yer alan hükümlerin gereksiz oldukları gerekçesiyle Kanuna alınmaması olabileceğini” savunmak ve MTK. md. 6/ 3’te bahsedilen “mahkeme yardımı”nın, evvelce incelediğimiz “assistance” sisteminin bir örneği olduğunu iddia edebilmek bu şartlar altında kanaatimizce çok mümkün gözükmemektedir<sup>787</sup>. Buna mukabil, Kanun’un tam anlamıyla “*exequatur*” yöntemini benimsediği de söylenemez. Zira MTK. md. 6/ 3’te açıkça bir “mahkeme yardımından” bahsedilmekte ve 4. fıkrada da tarafların, *HUMK ve İİK uyarınca istemde bulunma hakları* saklı tutulmaktadır. Dördüncü fıkra ancak, öncesinde yer alan fıkrada zikredilen “mahkeme yardımı”nın HUMK ve İİK uyarınca yapılacak yeni bir başvurudan farklı bir usule işaret etmesi halinde bir anlam ifade edecektir. Ne var ki, MTK. md. 6, çok anlam atfedilebilecek kadar bilinçli ve iradi bir seçimin ürünü olmaktan uzak bir hüküm izlenimi vermektedir. Bunun en açık örneği, “*cebri icra organlarınca yerine getirilmesi mümkün olmayan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verilemez*” hükmünün, zorunlu olarak cebri icra organlarınca yerine getirilmesi gereken “*ihtiyati haciz*” kavramıyla birarada kullanılmasının yarattığı çelişkidir. Nitekim II. Taslak’ta bu husus farkedilmiş olacak ki, madde metninden “*ihtiyati haciz*” kelimeleri ayıklanmış ve fakat başlıkta “*ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz*” ibaresi unutulmuştur. Keza, MTK. md. 6/ 3’ün, II. Taslak’ta “*assistance*” sisteminin çağrıştıran tüm ifadelerden arındırılarak, “... *karşı taraf, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir*” şeklinde reformüle edilmesinin, mahkemenin yeni bir karar vermesinin talep edildiği; bu talep doğrultusunda mahkemece verilecek bir tedbir kararının da Kanun Koyucu tarafından global anlamda “milletlerarası tahkime destek” ve “tahkim taraflarına bir yardım” sayılacağı da lafzen doğru olabilecek bir yorumdur. Hal böyle iken, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. fıkrasının, II. Taslak metninden ayıklanılması unutulmuş bir hüküm olarak Kanunda füzuli yer işgal ettiği sonucuna varmak da pekâla ihtimal dahilindedir.

Sonuç olarak söylenebilecek tek şey, MTK. md. 6 hükmünün baştan sona yeniden ele alınması gerektiği ve seçilen sistemin gereği olan tüm hususların kanunda açık ve net bir biçimde düzenlenmesine olan ihtiyaçtır.

<sup>787</sup> Aksi fikir için bkz. **ŞİT**, s. 144.

## § 2. TAHKİME KONU UYUŞMAZLIKLARDA YABANCI ÜLKEDE HÜKMEDİLEN GEÇİCİ KORUMA TEDBİRLERİNİN İCRASI

Tahkime konu olan uyuşmazlıklarda geçici koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulduğunda, bu tedbirlerin sadece icra edilecekleri yerde verilebilecekleri düşünülmemelidir. Uyuşmazlığın uluslararası niteliğinden dolayı ve tahkim yoluyla çözümleniyor olması sebebiyle, özellikle de tahkim yerinin tedbirin icra edileceği ülkeden başka bir ülke olması durumunda yabancı ülkede hükmedilen geçici koruma tedbirleriyle karşılaşılması her zaman ihtimal dahilindedir. Çeşitli sebeplerden ötürü, kimi zaman tahkim yeri ülkesindeki veya borçlunun bir kısım malvarlığının bulunduğu ülkedeki mahkemelerin; kimi zaman da tahkim yerinde hakemlerin hükmedebilecekleri geçici koruma tedbirlerinin, verildikleri ülke dışında icrası talep edildiğinde, bunlara ilişkin mahkeme veya hakem kararlarının tanınması ve tenfizi gerekecektir.

### I. Yabancı Mahkemelerce Hükmedilen Tedbirlerin Tanınması ve Tenfizi

Tahkime konu olan uyuşmazlıklarda geçici koruma tedbirlerine gerek duyulan hallerde bunların çoğu zaman icra edileceği ülke mahkemesinden talep edildiği görülmektedir. Uluslararası ticari uyuşmazlıklar açısından sonuç garantili olması ve etkinliği konusunda hiçbir risk taşımaması sebebiyle taraflar genellikle borçlunun yerleşim yeri veya mallarının bulunduğu yer mahkemesine başvurarak geçici koruma tedbiri kararı aldılmaktadır. Zira, gerek hakemlerce, gerekse mahkemelerce hükmedilen ve verildiği ülkeden başka bir ülkede icra edilecek olan geçici koruma tedbirlerinin “geçici” yani “kesin olmayan” karakterinden ve uyuşmazlığı nihai olarak çözüme ulaştırmayan niteliğinden ötürü karşılaşılabilecek tanıma<sup>788</sup> ve tenfiz problemleri, tarafların söz konusu geçici koruma tedbirlerinden umdukları

<sup>788</sup> Bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizi farklı şeylerdir. Yabancı mahkeme kararına “kesin hüküm kuvveti” sağlayan usuli prosedür “tanıma” iken; söz konusu karara “icra kabiliyeti” de verilmesi “tenfiz” prosedürü olarak adlandırılmaktadır. Her yabancı mahkeme kararında olduğu gibi, geçici koruma tedbirlerine ilişkin yabancı mahkeme kararları açısından da tanıma ve tenfiz ayrımı geçerlidir. Buna göre, geçici koruma tedbirlerine ilişkin bazı yabancı mahkeme kararları tenfiz edilebilirken, bazıları ise sadece tanınabilir nitelik taşır. Belli bir hareketin yapılmasını yasaklayan olumsuz tedbir kararları veya bir hukuki durum veya ilişki kuran veya mevcut hukuki durumu bozan türdeki geçici tedbir kararları icra kabiliyetine sahip olmayan ve sadece tanınabilecek olan geçici koruma tedbiri kararlarıdır. Bir şirket ortağının, şirketi temsil yetkisinin dava süresince geçici olarak kaldırılmasına ilişkin tedbir kararı, yabancı ülkede tanınabilmesine rağmen, icra edilmesi mümkün olmayacağından tenfizi söz konusu olamayacak geçici koruma tedbirlerine örnektir (MERKT, s. 172).

menfaatlerini riske atmalarındansa, bu yola başvurmalarına sebep olmaktadır. Bu tür kararların değişmezlik teminatı olmadığından, yabancı bir ülkede tanınıp tenfiz edildikten sonra verildikleri ülkede değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir olmalarının uluslararası planda yaratacağı önemli sakıncalar, genel olarak geçici koruma tedbirleri içeren kararların yabancı ülkelerde tanınıp tenfiz edilmeleri önündeki en büyük engel olarak görülmektedir<sup>789</sup>.

Gerçekten de, tarafların bu yöntemi tercih etmelerinin tek sebebi geçici koruma tedbirlerinin verildikleri ülke dışında icra edilebilmelerindeki bu zorluk değildir. Bir an için böyle bir engelin mevcut olmadığı düşünülduğünde, bu defa söz konusu tedbir kararlarının doğası ve niteliği ile tenfiz prosedürünün işleyişi birbirleriyle çelişecektir. Şöyle ki; geçici koruma tedbirlerinin acil durumlar söz konusu olduğunda verilmesi gerekliliği ile tenfiz prosedürünün uzun sürmesi gerçeği birbiriyle örtüşmemektedir. Hiçbir hukuki engelle karşılaşılmasa dahi tenfiz usulünün tutacağı zamana bir de tenfiz davasında mahkemelerce yapılacak incelemede söz konusu olabilecek hukuki engeller düşünülduğünde, bu sürenin daha da uzaması kaçınılmazdır. Hal böyle iken, aciliyet kesbeden hallerde, derhal verilmediği takdirde telafisi mümkün olmayacak zararın önlenmesi amacıyla başvuru geçici koruma tedbirinden beklenen yarar da anlamsız kalacaktır<sup>790</sup>. Bunun yanı sıra, yabancı mahkemelerden verilmiş olan geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararların tanınıp tenfiz edilmesine sıcak bakılmamasının bir sebebi de, bu tür kararlar verilirken yapılan yargılamanın, nihai kararlar için olan yargılamaya nazaran daha hızlı, basit ve yaklaşık ispat kuralına göre yapılmasının tenfiz devleti gözünde daha az muteber ve güvenilir sayılmasındandır<sup>791</sup>. Zira bu hususun, tanıma ve tenfiz şartlarından olan “kamu düzenine aykırılık” ve “savunma haklarının ihlâli” açısından engel teşkil edebilmesi mümkündür<sup>792</sup>.

Peki o zaman tahkime konu bir uyuşmazlıkta gerekli görüldüğü takdirde geçici koruma tedbiri için, bu tedbirin icra edileceği ülke mahkemesi dururken neden yabancı bir ülke mahkemesine başvurulacağı sorusunu sormak gerekir. Kanaatimizce bunun sebebi, aleyhine tedbir kararı talep edilen şahsın malvarlığının birden fazla ülkede olması (veya hangi ülkelerde malvarlığının bulunduğu henüz bilinmemesi) ve bu sebepten ötürü her bir ülkede ayrı ayrı dava açılmasındansa, tek bir ülke

<sup>789</sup> **MERKT**, s. 172.

<sup>790</sup> **MERKT**, s. 172-173.

<sup>791</sup> **MERKT**, s. 172.

<sup>792</sup> **MERKT**, s. 172.



mahkemesinden, örneğin tahkim yeri mahkemesinden, verilecek geçici koruma tedbirine ilişkin kararın sonradan borçlunun malvarlığının bulunduğu diğer ülkelerde icra ettirilebilme imkânının tercih edilebilir olmasıdır. Böylelikle varsayımsal olarak hem birden fazla ülkede aynı istemle dava açmak zorunda kalınmamakta, hem de bunun maddi külfeti bir nebze de olsa hafifletilmiş olmaktadır. Hiç şüphesiz böyle bir yöntemi tercih edilebilir kılan, tek bir ülke mahkemesinden alınmış olsa da, söz konusu geçici koruma tedbirine ilişkin bu kararın mümkün olduğunca hızlı ve basit bir prosedür çerçevesinde diğer ülkelerde de icra ettirilebileceğine ilişkin güvendir. Bu ise ancak hukuk sistemleri birbirine çok yakın olan ülkeler arasında söz konusu olabilecek bir takım hukuki mekanizmalar sayesinde gerçekleşebilecektir. Bu amaca yönelik hukuki vasıtalar arasında ülkeler arasında akdedilen ikili veya çok taraflı anlaşmalar ya da belli bir topluluğa mensup olmakla elde edilen yargı kararlarının serbest dolaşımını saymak mümkündür.

Kuşkusuz bu hususa ilişkin verilebilecek en doğru örnek, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin de uzun zamandır üyesi olmaya çabaladığı ve bu yolda hukukunu çeşitli uyum yasaları çıkarmak suretiyle AB müktesebatına uyumlu hale getirmeye uğraştığı Avrupa Birliği'ne üye ülkeler arasında hukuki ve ticari konularda mahkemelerin milletlerarası yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini sağlayan Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü'dür<sup>793</sup>. Avrupa Birliği'ne üye ülkeler arasında bundan böyle bir üye devlet mahkemesinden verilen hukuki ve ticari meselelere ilişkin yargı kararlarının, diğer bir üye devlet mahkemesinde tanınması ve tenfizi bu Tüzük (Danimarka için halen Brüksel Konvansiyonu<sup>794</sup> ve EFTA ülkeleri<sup>795</sup> açısından Lugano Konvansiyonu<sup>796</sup>) tarafından düzenlendiği için, bu ülkelerin kendi iç hukuklarında konuyu ne şekilde düzenledikleri eski önemini ve güncelliğini yitirmiştir. Bununla beraber, üye devletlerin iç hukuklarında yer alan konuya ilişkin

<sup>793</sup> Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ L 304 (30.10.1978), s. 36-54. Tüzüğün geçici koruma tedbirleri açısından ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. **ÖZBEK HADİMOĞLU**, *Brüksel*, s. 15 vd. Brüksel Sözleşmesi ve AB Konsey Tüzüğü ve bunlara ilişkin her türlü hukuki protokol ve belge ile bunların ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. **GAUDEMET-TALLON** Hélène: *Compétence et Exécution des Jugements en Europe*, Règlement no: 44/ 2001, Convention de Bruxelles et de Lugano, Paris, 2002, s. 420 vd (*Bruxelles*).

<sup>794</sup> Council Regulation EC No: 44/ 2001 of December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ L 12 (16.01.2001), s. 1-23.

<sup>795</sup> Stockholm Andlaşmasına dayanılarak 1959 yılında kurulan EFTA'ya üye ülkeler, Avrupa Birliği'nin kurulmasından sonra ayrılan ülkeler çıkartıldığında bugün için İzlanda Cumhuriyeti, Liechtenstein Prenslığı, İsviçre Konfederasyonu ve Norveç Krallığıdır.

<sup>796</sup> Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters done at Lugano on 16 September 1988: OJ L 319 (25.11.1988), s. 9-33.

söz konusu hükümler, Tüzüğün uygulama alanı dışındaki konularda veya bu Tüzüğü kabul etmeyen ülkelere karşı uygulanmaya devam edecektir.

Dolayısıyla çalışmamızın bu bölümünde karşılaştırmalı hukuk açısından evvelce incelediğimiz bazı ülke hukuk sistemlerinin, yabancı ülke mahkemelerinden verilen geçici koruma tedbirlerinin tenfizine ilişkin iç hukuklarında yer alan düzenlemelerine, sadece eğilimleri ortaya konacak kadar değinilecek; esas olarak gerek bu ülkeler, gerekse Türkiye açısından önem taşıyan AB Konsey Tüzüğü'nün konumuza ilişkin düzenlemeleri incelenecektir. Daha sonra ise, yabancı mahkemelerden verilen geçici koruma tedbirlerinin Türkiye'de ne şekilde icra edileceği veya icra edilip edilemeyeceği meselesine ışık tutulmaya çalışılacaktır.

#### **A) Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerinin Tanınması ve Tenfizi**

İngiliz Hukuku yabancı mahkemelerce verilmiş geçici koruma tedbirlerinin tenfizi konusunda genel olarak olumsuz bir yaklaşıma sahiptir. Zira İngiliz hukuku, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde kararın “kesinleşmiş” olmasını aramaktadır. Geçici koruma tedbirlerinin de bu kategori kararlardan sayılmaması sebebiyle yabancı mahkemelerin vermiş olduğu geçici koruma tedbirlerinin Britanya topraklarında tenfizi mümkün olmayacaktır<sup>797</sup>. Bununla beraber, 1997 yılında İngiliz İstinaf mahkemesince *Credit Suisse Fides Trust v. Cuoghi* davası<sup>798</sup> sırasında verilen bir kararda, yabancı mahkemece verilen bir geçici koruma tedbirine İngiltere'de etki tanımak zorunda kalmabileceği belirtilmiştir. İngiliz hukukunda doğan ve İngiliz mahkemelerinin kişinin şahsına yönelmiş sınır ötesi geçici koruma tedbirine hükmedebilmesine imkân tanıyan *world-wide mareva injunction* türü tedbirlerin yaratıldığı ve bu yüzden *long arm* yakıştırmasının yapıldığı bir hukuk sisteminde yabancı mahkemelerce verilen geçici koruma tedbirlerinin tanınmasının ve tenfizinin mümkün olmaması hukuk politikası açısından düşündürücüdür<sup>799</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, *II. Restatement of Conflict of Laws* konuya ilişkin hiçbir düzenlemeye sahip değilken, *III. Restatement on the Foreign Relations of the United States* yabancı mahkeme kararlarının ABD'de tanınması ve tenfizine

<sup>797</sup> **KESSÉDJIAN**, *Note*, s. 13.

<sup>798</sup> (1997) 3 All ER 74

<sup>799</sup> Konuya ilişkin değerlendirme için bkz. **COLLINS**, *Measures*, s. 121 vd.

ışık tutacak dolaylı hükümler benimsemiştir. Nitekim yabancı mahkemelerce verilmiş geçici koruma tedbirlerinin tenfizine karar veren birçok eyalet mahkemesi kararı bulunmaktadır. Bununla birlikte, ancak nihai kararların tenfiz edilebileceği prensibini kabul eden Amerikan Hukuku'nda, az sayıda istisnalar dışında, sadece aile hukukuna ilişkin geçici koruma tedbirlerinin tenfiz edildiği görülmektedir<sup>800</sup>.

Fransız Hukuku'nda yabancı ülke mahkemesince verilmiş olan bir kararın tenfizi için “kesinleşme” değil, “icra edilebilir olma” şartı aranmaktadır<sup>801</sup>. Bununla beraber, Fransa'da tenfiz edilecek bir mahkeme kararına, o mahkeme kararının kendi ülkesinde sahip olduğundan fazla bir etki tanınması mümkün olmadığından<sup>802</sup>, verildiği ülke mahkemesinde çeşitli sebeplerle icra edilemeyecek bir geçici koruma tedbirinin Fransa'da icrası da mümkün olmayacaktır<sup>803</sup>. Doktrinde şüpheyle bakılmasına rağmen, özellikle son yıllarda Fransız Hukukundaki eğilimin belli başlı geçici koruma tedbirlerini ihtiva eden yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilebilmesi yönünde geliştiği görülmektedir. Bunlar arasında haksız rekabete ilişkin olarak verilen yapmamaya ilişkin mahkeme emirleri sayılabilir<sup>804</sup>.

İsviçre Hukukunda yabancı mahkemelerce verilen geçici koruma tedbirlerinin tenfizine önceleri ihtiyatla yaklaşılmasına rağmen, özellikle 1988 yılında Lugano Konvansiyonu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bu eğilim olumlu yönde değişmiştir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun (LDIP), miras davaları hariç, diğer konularda yabancı mahkemelerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin tenfiziyle ilgili herhangi bir özel hüküm içermemektedir<sup>805</sup>. Dolayısıyla, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen LDIP md. 25 ila 32 arasında yer alan genel hükümler, geçici koruma tedbirlerine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının İsviçre'de tenfizi açısından da uygulanacak kurallardır. Bu kurallar içerisinde yer alan md. 25/ b ve md. 27, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasını ve kararların nihai olmasını aramaktadır. Söz konusu “nihailik”ten ne anlaşılması gerektiği konusunda mahkemelerce dar veya geniş yorum yapılmasının, İsviçre'de yabancı mahkemelerce

<sup>800</sup> **KESSEDJIAN**, Note, s. 22-23.

<sup>801</sup> **KESSEDJIAN**, Note, s. 35.

<sup>802</sup> Cass. Civ. 1, 12 novembre 1986, RCDIP, 1987, s. 750.

<sup>803</sup> **KESSEDJIAN**, Note, s. 35; **FOUSSARD** Dominique: “Entre Exequatur et Exécution forcée- De Quelques Difficultés et Pratiques Relatives à L'Exécution des Jugements Etrangers”, Travaux du Comité Français du Droit International Privé 1997, s. 175 vd ve özellikle s. 183-185.

<sup>804</sup> **FOUSSARD**, s. 180.

<sup>805</sup> **KESSEDJIAN**, Note, s. 46.

verilen geçici koruma tedbirlerinin tenfiz edilip edilemeyeceğini de belirlediği söylenebilir<sup>806</sup>.

**B) Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (EC No. 44/ 2001)**

Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin hukuklarının birleştirilmesini sağlayan yasal düzenlemeler içinde hiç kuşkusuz en önemlilerinden biri 1968 yılında Brüksel'de imzalanan ve 1973 yılında yürürlüğe giren Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tenfizine İlişkin Brüksel Konvansiyonu'dur. Bu Konvansiyon ile, hukuki ve ticari uyuşmazlıkları çözümleyen mahkeme kararlarının üye devletler arasında hiçbir tanıma ve tenfiz engeliyle karşılaşmadan serbestçe dolaşımının sağlanması ve bu alandaki formalitelerin olabildiğince basitleştirilip yeknesak bir hukukun oluşturulması hedeflenmiştir.

Brüksel Konvansiyonu'nun yorumu konusunda bir protokolle<sup>807</sup> yetkili kılınan Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD), Konvansiyon'un yürürlüğe girdiği 1973 yılından bu yana Konvansiyon hükümlerinin ön sorun (*preliminary ruling*) yoluyla yorumlanıp, aydınlatılmasına ilişkin bir çok karar vermiştir<sup>808</sup>.

Brüksel Konvansiyonu 22 Aralık 2000 tarihinde Tüzük haline getirilmiştir<sup>809</sup>. 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte Konvansiyon'un yerini alan Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü'nde bazı konular kapsam dışı bırakılmıştır. Tüzüğün uygulaması dışında kalan konulardan biri de "tahkim" dir (Tüzük md. 1/ 2 d)<sup>810</sup>.

<sup>806</sup> **KESSEDJIAN**, *Note*, s. 46.

<sup>807</sup> Protocol Concerning the Interpretation by the Court of Justice of the Convention of September 27, 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Civil and Commercial Judgments: OJ L 304 (30.10.1978), s. 52.

<sup>808</sup> **GAUDEMET- TALLON**, *Bruxelles*, s. 7 vd.

<sup>809</sup> Brüksel Konvansiyonu'nun Tüzük haline getirilme sebepleri için bkz. **SAKMAR** Atâ/ **EKŞİ** Nuray: "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü", Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB, Y. 22, S. 2, 2002, s. 731-735.

<sup>810</sup> Brüksel Konvansiyonu ve Tüzüğü'nün tahkimi hangi gerekçelerden ötürü kapsam dışında bıraktığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **VAN HOUTTE** Hans: "Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation", *Arb. Int.* Vol. 21, No: 4, 2005, s. 509. Brüksel Konvansiyonu ve Tüzüğü'nde tahkimin düzenlenmemiş olmasını, tahkim konusunda New York Konvansiyonu gibi

Tüzüğün konumuz açısından önem taşıyan maddelerinden biri, 31. maddede yer alan hükümdür. Buna göre, davanın esası hakkında diğer bir ülke mahkemesi yetkili olsa dahi, kendisine başvuru alan üye devlet mahkemesi geçici ve koruyucu tedbir kararlarına hükmedebilir. Bu mahkeme, geçici ve koruyucu tedbir kararı verirken kendi hukukunu uygulayacağı için, ancak kendi hukukunda mevcut olan geçici koruma tedbirlerine yine kendi hukukunda var olan şartlar dahilinde karar verebilecektir<sup>811</sup>.

Ancak, hükümden de anlaşılacağı gibi, Konvansiyon'un 24. maddesinin tekrarı niteliğindeki bu madde sadece "yetki" konusunu düzenlemektedir. Geçici koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi konusunda ise, ne Brüksel Konvansiyonu'nda, ne de Tüzük'te özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen genel hükümlerin, geçici koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi hususunda da uygulama alanı bulup bulmayacağı sorusu akla gelmektedir.

Tüzüğün genel olarak mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen III. Kısmının, geçici koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizde de uygulanabilir olduğu gerek Tüzüğün 32. maddesinden (Brüksel Konvansiyonu md. 25), gerekse ATAD Kararlarından anlaşılmaktadır.

Tüzüğün 32. maddesi, hangi tür "karar"ların, Tüzüğün kapsamı alanına girdiği ve tanınması ve tenfizinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Buna göre, Tüzük anlamında tanımlanan "mahkeme kararı" terimi, herhangi bir üye devlet mahkemesi tarafından verilen ve "ilam", "icra emri" veya "karar" olarak adlandırılması dikkate alınmaksızın, yargılama giderlerinin mahkeme katibince tesbiti de dahil olmak üzere, her ne tür isimle anılırsa anılsın bütün kararları kapsamaktadır. Bu itibarla, geçici ve koruyucu tedbir kararlarının da bu madde kapsamında "karar" olarak nitelendirileceği kuşkusuzdur<sup>812</sup>. Nitekim doktrinde de, Brüksel Konvansiyonu ve Tüzüğü'nün sadece "kesinleşmiş" ve "nihai" nitelikteki mahkeme kararlarının değil; aynı zamanda "geçici" nitelikteki mahkeme kararlarının da tanınması ve tenfizini

---

hemen her ülkenin katılımının olduğu başarılı bir uluslararası anlaşmanın hali hazırda mevcut olması sebebine bağlayan görüş için bkz. **BAHMAEI**, s. 280.

<sup>811</sup> Bu maddenin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. **EKŞİ** Nuray: "Provisional and Protective Measures in International Litigation under Brussels Convention", C. 6, S. 1-3, 1991, s. 76-87; **EKŞİ** Nuray: "The Basic Types of Measures and General Requirements for Granting Interim Orders in the Laws of the EC Member States", C. 7, S. 1-3, 1992-1993, s. 301-319.

<sup>812</sup> **MERKT**, s. 183; **ÖZBEK HADİMOĞLU**, *Brüksel*, s. 111; **BAHMAEI**, s. 271. Brüksel Konvansiyonu ve Tüzüğü kapsamında ele alınan kararların konusu ve niteliğine göre değerlendirilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **GAUDEMET- TALLON**, *Bruxelles*, s. 287-300.

düzenlediği görüşü benimsenmektedir<sup>813</sup>. Bu husus, Brüksel Konvansiyonu ve Tüzüğü'nün üye devletlerden birinde verilmiş olan her türlü mahkeme kararının, bir diğer üye devlette tanınması ve tenfizinin mümkün olduğunca yaygın bir biçimde kabul edilmesi yönündeki eğilimin göstergesidir<sup>814</sup>.

Doktrinde olduğu gibi, ATAD kararlarında da, Brüksel Konvansiyonu'nun 25. maddesinde (Tüzük md. 32) tanımı yapılan kararların kapsamına geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararların da girdiği ve bunların da, tıpkı diğer mahkeme kararları gibi, Konvansiyon'da öngörülmüş olan basit ve çabuklaştırılmış usulle tanınıp tenfiz edilmesinin mümkün olduğu kabul edilmiştir<sup>815</sup>. ATAD'ın *Denilauler Kararı*<sup>816</sup>, *Van Uden Kararı*<sup>817</sup> ve *Mietz Kararı*<sup>818</sup> olarak bilinen meşhur kararlarında açık bir biçimde vurgulanan bu husus, özellikle *Denilauler Kararı*'nda önemli bir niteliğe bürünmüştür. Şöyle ki, bu kararında ATAD, Brüksel Konvansiyonu'nun III. Kısımında düzenlenen mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlerin, geçici koruma tedbirleri konusunda uygulanmasına bir sınırlama getirmiş ve Konvansiyon'da tanıma ve tenfiz konusunda öngörülen söz konusu basit ve hızlı usulün ancak karşı tarafın hazır bulunduğu (*inter partes*) yani *ex parte* olmayan geçici koruma tedbirleri açısından uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir<sup>819</sup>. Gerçekten, bu kararın sonuç kısmında, “*aleyhine tedbir kararı alınan tarafın, tedbir kararı verilmesine ilişkin yargılamaya çağrılmadan ve kendisine davanın açıldığı haber verilmeden tenfizi talep edilen geçici ve koruyucu tedbir kararları, Brüksel Konvansiyonu'nun tanıma ve tenfiz sistemi kapsamına girmez*” denilmektedir<sup>820</sup>. Konvansiyon'un 27/ 2, 46/ 2 ve 47/ 1. maddelerinde ifadesini bulan savunma haklarına ilişkin hükümler gerekçe gösterilerek benimsenen bu yaklaşım sonucunda ancak *inter partes* yani karşı tarafın hazır bulunduğu ve savunma hakkını

<sup>813</sup> BAHMAEI, s. 271-272; Rapport Jenard, JOCE 1979, no: 59, s. 43; Rapport Schlosser, JOCE 1979 no: 59, s. 79.

<sup>814</sup> BAHMAEI, s. 272.

<sup>815</sup> Geçici koruma tedbirlerinin de, Konvansiyon uyarınca öngörülen tanıma ve tenfiz prosedüründen yararlanacağı ilk olarak ATAD'nin 27 Mart 1979 tarihli *De Cavel I* Kararı (dava no: 143/ 78), Rec. 1979, s. 1055 ve 6 Mart 1980 tarihli *De Cavel II* Kararı (dava no: 120/ 79), Rec. 1980, s. 731 olarak bilinen kararlarında kabul edilmiştir.

<sup>816</sup> ATAD, 21 Mayıs 1980, *Denilauler v. Couchet Frères*, Dosya no: 125/ 79, Rec. 1980, s. 1553-1584. Kararın özeti için bkz. ÖZBEK HADİMOĞLU, *İhtiyati Tedbirler*, s. 161-165.

<sup>817</sup> ATAD, 17 Kasım 1998, *Van Uden Maritime BV v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e. a.*, Dosya No: C-391/ 95.

<sup>818</sup> ATAD, 27 Nisan 1999, *Mietz*, Dosya No: C-99/ 96.

<sup>819</sup> BAHMAEI, s. 274-279.

<sup>820</sup> ATAD, 21 Mayıs 1980, *Denilauler v. Couchet Frères*, Dosya no: 125/ 79, Rec. 1980, s. 1553 vd., 13 ila 17. paragraflar.

kullanabildiği yargılamalarda hükmedilmiş olan geçici koruma tedbirleri tanınıp tenfiz edilebilecektir.

Belirtmek gerekir ki, bu karar, geçici koruma tedbirlerinin Konvansiyon ve Tüzük uyarınca tanınması ve tenfizini büyük ölçüde güçleştirmiştir. Zira birçok milli hukuk sistemi, mahkemelerin *ex parte* tedbir kararlarına hükmedebileceğini öngörmektedir ve bu husus özellikle tahkim yargılamasında geçici koruma tedbirlerine gerek duyulan hallerde hakemlere değil, mahkemelere başvurulmasının en önemli sebeplerinden birini oluşturmaktadır. Etkin bir geçici koruma tedbiri için sürpriz etkinin varlığının arandığı durumlarda tercih edilen *ex parte* geçici koruma tedbirlerinin, Konvansiyon ve Tüzük kapsamında verildiği ülkeden başka bir üye devlet ülkesinde tanınıp tenfiz edilemeyeşi doktrinde eleştirilmektedir<sup>821</sup>. **EKŞİ** tarafından savunulan fikre göre, *ex parte* olarak hükmedilmiş geçici koruma tedbirlerinin dahi, amaçsal bir yorumla Konvansiyon uyarınca tenfiz edilebilmelidir. Yazara göre, “*Bu tür kararlar her devlette vardır ve bu tür kararların savunma hakkını ihlâl ettiği söylenemez. Bu kararın verilmesi, davaya bakan mahkemenin (forum) hukukuna göre özel bir önem ve ayrıntılı bilgiyi gerektirir. Hollanda, Fransa, İtalya’da olduğu gibi, alacaklı, borçlunun zarara uğraması tehlikesine karşı teminat göstermeye zorlanabilir. Bu tür kararlarda mahkemenin takdir yetkisi vardır. Bundan başka, tedbir kararları için bir zaman limiti konabilir*”<sup>822</sup>. **EKŞİ**’ye göre, “*Geçici ve koruyucu tedbirlerin amacı, malların kullanılması ve kaçırılmasını önlemektir. Bu tür kararlarda, mahkemenin borçluyu dinleyemeyeceği acil bir durum vardır. Taraflardan birinin katıldığı ya da tarafın yokluğunda verilen ex parte ihtiyati tedbir kararlarının tanınmaması ve tenfiz edilmemesi ile bu genel amaçtan uzaklaşmış olur*”<sup>823</sup>. Yazar, Konvansiyon’un 27/ 2, 46/ 2 ve 47/ 1. maddelerinde ifadesini bulan savunma haklarına ilişkin hükümlerin, *ex parte* hükmedilen geçici koruma tedbirlerine uygulanamayacağını, zira bu kararların esasa ilişkin kararlardan olmadığını ve bu nedenle doğal hakim ilkesine (*natural justice*) uygunluğun aranamayacağını belirtmektedir<sup>824</sup>.

Bir kere, üye devletlerden birinin mahkemelerince verilmiş olan geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararların, bir diğer üye devlet mahkemesinde tanınıp tenfizine Konvansiyon ve Tüzüğün III. Kısımında yer alan genel hükümlerin

<sup>821</sup> **BAHMAEI**, s. 277-279.

<sup>822</sup> **EKŞİ**, *İnterim Orders*, s. 309.

<sup>823</sup> **EKŞİ**, *İnterim Orders*, s. 310.

<sup>824</sup> **EKŞİ**, *İnterim Orders*, s. 311.

uygulanabileceğini bu şekilde belirttikten sonra, konunun tahkime ilişkin arzettiği özel duruma gelebiliriz. Acaba, Konvansiyon ve Tüzüğün kapsamı dışında kalan konular arasında tahkimin de bulunmasına rağmen, tahkim yoluyla çözümlenen uyuşmazlıklar kapsamında, bir üye devlet mahkemesince verilen geçici koruma tedbirleri, tıpkı devlet yargısında çözümlenen uyuşmazlıklar çerçevesinde verilen kararlarda olduğu gibi, Konvansiyon ve Tüzük uyarınca öngörülen basit ve çabuklaştırılmış usulden faydalanılarak tanınıp tenfiz edilebilecek midir? Yoksa tahkimin kapsam dışı olması nedeniyle bu soruya olumsuz cevap vermek mi gerekecektir?

Ne Konvansiyon ne de Tüzük hükümleri bu konuda açıklayıcı herhangi bir düzenlemeye sahip değildir. Bununla beraber, doktrin bu konuyla her zaman yoğun bir biçimde uğraşmış ve yaygın görüş olarak, tahkime konu olan uyuşmazlıklar kapsamında bir üye devlet mahkemesince verilen geçici koruma tedbirlerinin, bir diğer üye ülkede Konvansiyon uyarınca tanınması ve tenfiz edilmesinin mümkün olabileceği fikri benimsenmiştir<sup>825</sup>. Olumlu görüş sahibi olanlardan **Audit**'nin vurguladığı husus önemlidir: “*Geçici koruma tedbirleri için devlet mahkemelerine başvurulması, tahkim yargılaması sırasında karşılaşılan, hakemlerin tayini veya süre uzatımı gibi doğrudan tahkim yargılamasını ilgilendiren sorunlar nedeniyle mahkemelere yapılan başvurulardan farklıdır*”<sup>826</sup>. Gerçekten de, geçici koruma tedbirlerine ilişkin taleplerde devlet mahkemeleri, tahkim yargılamasından kaynaklanan bir sorun üzerine hareket etmemekte, sadece tahkim yargılamasına konu olan bir uyuşmazlıkta tarafların maddi menfaatlerini korumaya yönelik müdahalede bulunmaktadır. Dolayısıyla, geçici koruma tedbirleri için mahkemelere başvurulması, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasının tahkim yargılamasında ve hakemler nezdinde çözümlenmesi gerçeğini değiştirecek veya buna hanel getirecek bir etken değildir.

Doktrinde olumlu yöndeki bu çoğunluk görüşü, 1998 tarihinde ATAD tarafından verilen ve *Van Uden Kararı* olarak bilinen kararda da yansımaları bulmuştur. Hollanda Temyiz Mahkemesi (*Hoge Raad*) tarafından, bir tahkim şartının

<sup>825</sup> **MERKT**, s. 91 vd.; **BERNARDINI**, s. 29; **BESSON**, s. 376, **HAUSMANINGER**, s. 90 vd.; **AUDIT** Bernard: “*L'Arbitre, Le Juge et La Convention de Bruxelles*”, *Internalisation du Droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, s. 20; **BAHMAEI**, s. 288. Tahkimin, Brüksel Konvansiyonu kapsamında tutulmasını öngören md. 1/ 4 hükmünü gerekçe göstererek, aksi görüşü savunan yazarlar için bkz. **ANCEL** Jean-Pierre: “*Conclusions des Débats*”, *Mesures Conservatoires et Provisoires en Matière d'Arbitrage International*, Publication CCI, No: 519, Paris, 1993, s. 114-115; **KNOEPFLER**, *Mesures Provisoires*, s. 326 vd.

<sup>826</sup> **AUDIT**, s. 20.



varlığı durumunda, mahkemelerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin Konvansiyon uyarınca tenfizinin mümkün olup olamayacağı meselesinin açıklığa kavuşturulması için yorumuna başvurulmuş ATAD, bu konuda olumlu bir yaklaşım sergileyerek, Konvansiyon'un uygulama alanını genişletecek ve tahkimi destekleyecek bir çözüm benimsemiştir.

*Van Uden Kararına* konu olan olayda, Hollanda menşeli bir şirket olan *Van Uden Maritime*, Alman Hukuku'na göre kurulmuş *Deco-Line* şirketine karşı, aralarındaki navlun sözleşmesinin ihlâl edildiğini ileri sürerek, bir alacak davası açmıştır. Taraflar arasındaki sözleşmede bir tahkim şartı bulunmaktadır. *Van Uden*, *Deco-Line*'in sözleşmede öngörülen bedeli ödemediği gerekçesiyle, sözleşmeye uygun olarak tahkime başvurmuş ve bu arada da, Hollanda mahkemelerinden geçici koruma tedbiri almak için talepte bulunmuştur. Çeşitli açılardan itiraza uğrayan Hollanda ilk derece mahkemesi kararı aleyhine Hollanda Temyiz Mahkemesi'ne başvurulduğunda, anılan mahkeme, diğer bazı hususlar yanında, geçici koruma tedbirleri arasındaki geçici ödeme kararlarının (*kort geding*) Konvansiyon'un 24. maddesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda ATAD'ın yorumuna başvurmuştur.

“Yetki” kısmında yer alan 24. madde (Tüzük md. 31) uyarınca, “*Bu Konvansiyon uyarınca uyuşmazlığın esası hakkında bir başka üye devlet mahkemesi yetkili olsa dahi, diğer üye devlet mahkemelerine, bu ülkelerin hukuklarında öngörülen geçici koruma tedbiri talepleri için başvurulması mümkündür*” hükmü getirilmiştir. Bunun anlamı, Brüksel Konvansiyonu veya Tüzüğü uyarınca, esasa bakmaya yetkili olmayan devlet mahkemelerinin de geçici koruma tedbiri kararı verebilecek olmalarıdır. Bununla birlikte, ne Konvansiyon'da, ne de Tüzük'te, uyuşmazlığın esası hakkında yetkili olmayan mahkemelerin geçici koruma tedbiri verebilme yetkilerini kullanabilmeleri için, esasa ilişkin uyuşmazlık bakımından Konvansiyon veya Tüzük uyarınca yetkili bir mahkemenin varlığının aranıp aranmayacağı belirtilmemiştir. Her iki düzenleme de böyle bir zorunluluktan bahsetmediği için, ATAD bu maddeyi geniş yorumlayarak, esasa bakmaya yetkili mahkemenin, Konvansiyon ve Tüzük kapsamı dışında bırakılan tahkim şartı vasıtasıyla mahkemelere bırakılmış olabileceğini kabul etmiş ve böylelikle, tahkim anlaşmasının varlığının geçici koruma tedbirlerinin verilmesini engellemeyeceğini

belirtmiştir<sup>827</sup>. *Van Uden* kararını izleyen *Mietz* kararında da aynı yaklaşım benimsenmesine rağmen, bu denli önemli bir hususun ATAD'ın yorumuna ve içtihatlarına bırakılmış olması doktrinde eleştirilmiştir<sup>828</sup>. Nitekim, Brüksel Konvansiyonu ve Tüzüğü bağlamında tahkim ile geçici koruma tedbirleri arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulabilmesi için, Tüzüğün kapsamının belirlendiği 1. maddesine “*tahkim şartının varlığı bir üye devlet mahkemesince geçici koruma tedbirlerine hükmedilebilmesini engellemez*” şeklindeki bir hüküm konulması önerilmektedir<sup>829</sup>.

Fakat bu noktada iki hususu birbirinden ayırmak gerekmektedir. Tahkime konu olan bir uyuşmazlıkta geçici koruma tedbirlerine ilişkin icra talepleri iki şekilde bir üye devlet mahkemesi önüne gelebilir. Bunlardan ilki, *Van Uden Kararı*na konu olan olayda olduğu gibi, tahkimin taraflarından birinin, uyuşmazlığın esası hakemler nezdinde görülmesine rağmen, doğrudan bir üye devlet mahkemesine başvurmak suretiyle, anılan mahkemeden geçici koruma tedbirine karar vermesine yönelik bir taleptir ve sonrasında, söz konusu bu tedbir kararının bir diğer üye devlet mahkemesince tanınıp tenfiz edilmesi istenecektir. ATAD'ın bu konudaki olumlu yaklaşımı *Van Uden Kararı*'nda belirtilmiştir. Buna mukabil, diğer bir ihtimal ise, özellikle İsviçre Hukuku'nda öngörülen ve evvelce incelemiş olduğumuz “*assistance*” sistemi kapsamında, hakemlerce hükmedilmiş ve fakat taraflarca rızaen yerine getirilmemiş olan bir geçici koruma tedbirinin cebri icrasını sağlamak adına, hakem heyetince ilgili üye devlet mahkemesinden yardım talep edilmesi ve bir nevi destek amaçlı müdahalesinin istenmesi (*juge d'appui*) ile ortaya çıkan mahkeme nezdindeki icra talebidir. Özellikle *assistance* sistemini benimseyen ülkeler açısından önem taşıyan bu husus, *Van Uden Kararı*'nın aksine, ATAD tarafından henüz ele alınmamıştır. Yeni bir prosedür çerçevesinde verilen bir tedbir niteliği taşımayan ve yardımına başvuru mahkemenin, hakemlerce hükmedilmiş geçici koruma tedbirini, kendi hukukunda var olan bir geçici koruma tedbirine benzeterek icrasını sağlamak üzere sadece şekli bir denetimden geçirmesinden ibaret olan *assistance* sisteminde, yardımı istenen mahkemenin verdiği icra emrinin, Konvansiyon veya Tüzük kapsamında bir diğer üye devlet mahkemesinde tanınıp tenfiz edilmesinin

<sup>827</sup> YEŞİLIRMAK Ali: “*Provisional Measures under Brussels Convention of 1968 and Arbitration*”, BATİDER 2000, C. XX, S. 4, s. 218; GAUDEMET-TALLON, *Bruxelles*, s. 35-36.

<sup>828</sup> ÖZBEK HADİMOĞLU, *Brüksel*, s. 65.

<sup>829</sup> HESS Burkhard/ PFEIFFER Thomas/ SCHLOSSER Peter: Study JLS/C4/2005/03, Report on the Application Regulation Brussels I in the Member States, Final Version September 2007, [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf), s. 326.

mümkün olup olmadığı doktrinde çok tartışılmamış bir husustur. Her iki yönde de fikrin savunulduğu bu meselede önem taşıyan kriter, mahkemenin müdahale veya yardımının niteliğine verilecek anlamdır.

Gerçekten, bir kısım yazar, iki halin birbirinden farklı değerlendirilmesi gerektiğini ve *assistance* sistemi uyarınca müdahalede bulunan mahkemenin vereceği icra emrinin, doğrudan mahkemelere başvurularak elde edilen geçici koruma tedbirleri için Konvansiyon'un öngördüğü basit usulle tanınıp tenfiz edilmesinin mümkün olmayacağını ileri sürmektedir<sup>830</sup>. Örneğin **Merk**'e göre, İsviçre LDIP md. 183/ 2'de düzenlenen "mahkeme yardımı" hakkında Brüksel Konvansiyonu'nun uygulanması mümkün değildir. Yazar, bu usul uyarınca yardımına başvuru mahkemenin vereceği geçici koruma tedbirinin icrasına ilişkin kararda, aslında yeni bir usulün ve yargılamanın yapılmadığını belirtmekte ve şartların ve somut olaydaki vakıaların tamamen hakem heyetince takdir edildiği böyle bir geçici tedbir kararının icrasını sağlayan usulün aslında şekli bir denetim sonucunda yapılan bir tasdik işleminden ibaret olduğunu vurgulamaktadır<sup>831</sup>. **Merk**'e göre, tahkim Konvansiyon'un kapsamı dışında tutulduğundan hakem kararlarının Konvansiyon uyarınca tanınıp tenfizi nasıl mümkün değilse; aynı şekilde, *assistance* sistemi uyarınca söz konusu olan mahkeme yardımının da, özünde bir hakem kararını barındırmasından ötürü, Konvansiyon uyarınca tanınıp tenfizin mümkün olmaması gerekir<sup>832</sup>. Yazara göre aksinin kabulü, her vechesi ile tamamen bir hakem kararı olan geçici koruma tedbirine ilişkin karara, sırf İsviçre hakiminin şekli tasdikinden geçti diye, Avrupa Birliği ölçüsünde geçerlilik kazandırmak olacaktır, ki bu, tahkimi uygulama dışında bırakan Konvansiyon'a açıkça aykırılık oluşturur<sup>833</sup>.

Buna karşılık, bir kısım yazara göre, *assistance* sistemindeki mahkemenin yardım amaçlı vermiş olduğu icra emrine yönelik karar ile doğrudan bir üye devlet mahkemesine tedbir amaçlı yapılan başvuru sonrasında anılan mahkemece verilen karar arasında, Konvansiyon'un uygulanması açısından hiçbir fark bulunmadığı bulunmamaktadır<sup>834</sup>. **Bahmaei**'ye göre, her iki durumda da mahkemenin müdahalesinin niteliği değişmemektedir. Zira her iki halde de, mahkeme hakem

<sup>830</sup> **MERKT**, s. 91; **KNOEPFLER**, *Mesures Provisoires*, s. 328.

<sup>831</sup> **MERKT**, s. 91.

<sup>832</sup> **MERKT**, s. 92.

<sup>833</sup> **MERKT**, s. 92.

<sup>834</sup> **BESSION**, s. 376; **BAHMAEI**, s. 293.

heyetinin yerine hareket etmemekte, kendi yetkisi dahilinde müdahalede bulunmaktadır ve dolayısıyla her iki karar da sonuç itibariyle bir mahkeme kararı olduğundan, Konvansiyon ve Tüzüğün öngördüğü basitleştirilmiş tanıma ve tenfiz usulünden yararlanabilmelidir<sup>835</sup>. Yazar, *assistance* sisteminde mahkemenin, evvelce hakem heyetinin şartlarını takdir edip, uygun bulduğu geçici koruma tedbiri üzerinden bir karar veriyor olmasının, mahkemelerin “kendi hukuklarına” göre biçimlendirilmiş bağımsız bir karar alıyor olmaları gerçeğine hanel getirmediğini savunmaktadır<sup>836</sup>.

Brüksel Konvansiyonu ve Tüzüğü kapsamında, tahkime konu olan uyuşmazlıklarda, üye devletlerden birinde verilmiş olan geçici koruma tedbirlerinin, diğer üye devletlerde de tanınıp tenfiz edilmesinin mümkün olduğunu bu şekilde tespit ettikten sonra, Tüzüğün öngördüğü, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfize ilişkin uygulama alanı bulacak genel hükümlerin incelenmesi gerekecektir.

Avrupa Birliği’ne üye devletlerden birinde verilen mahkeme kararlarının diğer üye devletlerde mümkün olabildiğince basit bir şekilde tanınıp tenfizini amaçlayan Tüzüğün 32 ila 58. maddeleri arasında yer alan hükümler, tanıma ve tenfiz açısından oldukça basit ve hızlı işleyen bir prosedür öngörmektedir. Gerek tanıma gerek tenfiz açısından *révision au fond* yani esasa ilişkin denetim yapma yasağı kabul edilmiş (Tüzük md. 36 ve 45/ 2) ve her iki usul açısından da aynı sebepler tanıma ve tenfize engel sebepler olarak benimsenmiştir. Buna göre; yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi ancak anılan karar (i) *kamu düzenine açıkça aykırı ise*, (ii) *savunma hakları ihlâl edilerek verilmiş ise*, (iii) *tanıma veya tenfizin talep edildiği devletin mahkemesi tarafından verilen bir hükümle çelişiyorsa* ve (iv) *aynı taraflar arasında aynı sebebe dayanılarak bir üye devlet mahkemesi veya üçüncü bir devlet mahkemesi tarafından daha önce verilmiş olan ve tanıma/ tenfiz için gerekli bütün şartları taşıyan bir hükme aykırılık oluşturuyor ise* reddedilebilir. Bu sebeplerin dışında hiçbir sebebe istinaden tanıma ve tenfiz taleplerinin reddedilmesi mümkün değildir (Tüzük md. 34/ 1-4).

Tüzüğün 33/ 1. maddesi uyarınca mahkeme kararlarının tanınmasında herhangi bir özel başvuru usulü aranmamaktadır. Dolayısıyla, Tüzüğün kabul ettiği sistem uyarınca, bir üye devlette verilen mahkeme kararları, herhangi bir özel usule tabi

<sup>835</sup> BAHMAEI, s. 293.

<sup>836</sup> Aynı yönde görüş için bkz. BESSON, s. 376.

olmaksızın diğer üye devletlerde *ipso iure* tanınabilecektir<sup>837</sup>. Bunun anlamı, belirli bir mahkeme kararının verildiği ülkede meydana getirdiği hukuki sonuçların, diğer üye devletlerde de kendiliğinden ortaya çıkabilmesidir<sup>838</sup>. Bu açıdan bakıldığında, Tüzüğün benimsediği sistemin, hukuki alanda milletlerarası işbirliği anlayışına uygun olduğu muhakkaktır. Bununla beraber, doktrinde belirtildiği üzere, yabancı ilâmların mahalli bir karara bağlı olmaksızın “*ipso iure*” tanınmaları, milletlerarası alandaki işbirliği anlayışına uymakla beraber, ancak Avrupa Birliği gibi birbirine yakın hukuk sistemleri olan ve özel hukuk ilişkilerini karşılıklı güven çerçevesi içinde yürütebilen ülkeler arasında işleyebilecek bir usuldür<sup>839</sup>.

Tüzüğün 33/ 1. maddesi uyarınca mahkeme kararlarının tanınmasında herhangi bir özel başvuru usulü aranmazken, tenfizde ise *lex fori*'nin yani tenfizin talep edildiği ülkenin benimsediği başvuru usulünün uygulanması kabul edilmiştir (Tüzük md. 40/ 1). Tenfiz kararı kural olarak hasımlı olarak açılan bir dava sonucunda verildiği halde, Tüzüğün 41. maddesinin öngördüğü sistemde bu usul benimsenmemiş ve tenfizin, talepte bulunan kişinin vereceği bir dilekçe üzerine kararın kesinleşmiş olduğunu tespit edecek bir incelemeyle gerçekleşmesi sağlanmıştır. Tüzüğün tenfiz açısından kabul ettiği sistemin “hasımsız” ve “ihtilafsız kaza” yoluyla çözümü öngören bir usul olması aslında çok önemli bir düşüncenin hukuka uyarlanmasıdır, ki bu düşünce, üye devletlerden birinde verilen bir mahkeme kararının usulüne uygunluğundan şüphe edilmemesi ve bunların yerine getirilmesinin olağan sayılması gerektiğine ilişkin düşüncedir<sup>840</sup>.

Tüzüğün 41. maddesinde öngörülen usul uyarınca, bir üye devlet mahkemesince verilen ve bu üye devlette icra edilebilir nitelikte olan mahkeme kararlarının usulen onanmış örneği ve icra edilebilir olduğunu gösteren standart form ile birlikte diğer bir üye devletin mahkemesinde tenfiz talebinde bulunulduğu takdirde, başvuru mahkeme başka bir inceleme yapmaksızın anılan kararın tenfizine karar verecektir. Bu aşamada davalının itiraz etme hakkı bulunmamaktadır (Tüzük md. 41/ 2-c). Bununla birlikte, Tüzüğün III. Ekinde gösterilen mahkemeler nezdinde bu karara karşı temyize başvurulması mümkündür (Tüzük md. 43/ 1-2). İşte bu durumda kendisine temyiz başvurusu yapılmış olan mahkeme, Tüzüğün 34 ve 35.

<sup>837</sup> SAKMAR/ EKŞİ, s. 739.

<sup>838</sup> SAKMAR Atâ: “Avrupa Ekonomik Topluluğuna Üye Devletlerden Birinde Verilen Mahkeme Kararlarının Diğer Üye Devletlerde Tanınması ve Tenfizi”, Birinci Avrupa Hukuku Haftası, İstanbul, 1979, s. 91 (Avrupa Ekonomik Topluluğu).

<sup>839</sup> SAKMAR, *Yabancı İlamlar*, s. 151.

<sup>840</sup> SAKMAR, *Avrupa Ekonomik Topluluğu*, s. 91-92; SAKMAR/ EKŞİ, s. 741.

maddelerinde yer alan sebeplerden birinin varlığını tespit etmesi halinde tenfiz kararını kaldırabilecek; aksi halde tenfiz kararını onaylayacaktır (Tüzük md. 45/ 1).

Yukarıda incelemiş olduğumuz gibi, tahkime konu uyuşmazlıklar kapsamında mahkemelerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararlar, Avrupa Birliği'ne üye ülkeler arasında, Brüksel Konvansiyonu ve Tüzüğü'nün genel olarak mahkeme kararları için ihdas edilmiş olan tanıma ve tenfiz hükümleri dairesinde, icrai etkiye sahip olabileceğini göstermektedir. Bununla beraber, bizatihi tanıma veya tenfiz prosedürünün dahi geçici koruma tedbirlerinin acil durumlarda söz konusu olması gerçeği karşısında etkinliği tartışmalı iken; söz konusu tedbir kararlarının, genel olarak nihai mahkeme kararları düşünülerek oluşturulmuş hükümlere binaen tenfiz edilecek olması, kurumun özelliği ve uluslararası ticaret ile uluslararası tahkimin ihtiyaçlarıyla bağdaşmamaktadır. Aslında Brüksel Konvansiyonu ve Tüzüğü'nün böyle bir amacının olduğu da söylenemez. Gerçekten, Brüksel Tüzüğü'nde hedeflenen asıl amaç, geçici koruma tedbirlerinin etkinliğinin sağlanması değildir<sup>841</sup>. Bu Konvansiyon ve Tüzüğün amacı, Avrupa Birliği'ne üye olan ülkelerde verilmiş olan mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi alanında basit ve hızlandırılmış bir tanıma tenfiz usulünün yaratılmasıdır. Bu açıdan AB Hukukuna önemli bir katkısı olsa da, Tüzük, geçici koruma tedbirlerine ilişkin mahkeme kararlarının icrası bakımından yetersizdir. Avrupa Birliği dahilinde, üye ülkeler arasında geçici koruma tedbirlerinin serbest dolaşımının etkin bir biçimde sağlanabilmesi için alınması gerekli Topluluk kararlarına ilişkin bir çalışma raporu hazırlayan **HESS** tarafından yapılan değerlendirme uyarınca, Topluluk bünyesinde alınacak bir dizi karar ile bu konudaki eksikliğin giderilmesi mümkündür<sup>842</sup>. Yazara göre, bu geçici koruma tedbirlerinin etkinliğini sağlayacak biçimde, sınır aşıcı etkili geçici koruma tedbirlerinin alınabilmesine imkân tanıyacak ve bunların Topluluk içinde kolaylıkla icrasını mümkün kılacak bir Tüzüğün (*Regulation on European Enforcement*) hazırlanması büyük fayda sağlayacaktır. Hazırlanacak bu Tüzük içerisinde, Topluluk Mal Beyanı Kararı (*European Assets Declaration*); Borçlunun Üçüncü Kişi Elinde Bulunan Alacaklarının Beyanı (*European Garnishee's*

<sup>841</sup> **ÖZBEK HADİMOĞLU**, *Brüksel*, s. 151.

<sup>842</sup> **HESS** Burkhard: "Study No: JAI/A3/2002/02, On Making More Efficient The Enforcement of Judicial Decisions Within the European Union: Transparency of a Debtor's Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective Orders", Version of 2.8.2004, (*Study*). [http://europa.eu.int/comm/justicehome/doccentre/civil/studies/doc/enforcemet\\_judicial\\_decisions\\_180\\_204\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/justicehome/doccentre/civil/studies/doc/enforcemet_judicial_decisions_180_204_en.pdf)

*Declaration*); Borçlunun Üçüncü Kişi Bankada Bulunan Alacaklarının Hazine İlişkin Topluluk Kararı (*European Garnishment Order for Bank Accounts*) ve Koruyucu Topluluk Kararının (*European Protective Orders*) bulunması tavsiye edilmektedir<sup>843</sup>. Brüksel Konvansiyonu ve Tüzüğü'nün geçici koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemelerindeki büyük boşluk ve eksiklik dikkate alındığında, anılan bu düzenlemelerin hayata geçirilmesi ile Topluluk bünyesinde geçici koruma tedbirleri açısından etkili bir sisteme ulaşılmış olunacaktır<sup>844</sup>.

### **C) Tahkime Konu Uyuşmazlıklar Açısından Yabancı Mahkeme Tarafından Verilen Geçici Hukuki Koruma Tedbirlerinin Türkiye’de Tenfizi**

27 Kasım 2007 tarihinde kabul edilen 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’ın 1. maddesi, “*yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir*” demektedir. Dolayısıyla, tahkime konu uyuşmazlıklarda geçici koruma tedbirine ihtiyaç duyulan hallerde yabancı bir ülke mahkemesine başvurulduğunda, alınan geçici koruma tedbirine ilişkin karar da bir yabancı mahkeme kararı olduğundan, bu kararın Türkiye’de etki doğurabilmesi için MÖHUK. md. 1 gereği tenfiz edilmesi gerekmektedir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi MÖHUK’un 50. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Adeta bir ön şart niteliğinde olan 50. maddeye göre, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve *o devlet kanunlarınca kesinleşmiş* bulunan ilamların Türkiye’de icra olunabilmesi bir tenfiz kararının verilmesine bağlıdır.

Görüldüğü gibi, verildiği yer hukukuna göre kesinleşmemiş ve icra edilebilirlik niteliği kazanmamış yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır<sup>845</sup>. Bunun yanı sıra, verildiği yer hukukuna göre icra edilebilmesi için söz konusu yabancı mahkeme kararının kesinleşmesi gerekmesi

<sup>843</sup> HESS, *Study*, s. 149-153.

<sup>844</sup> ÖZBEK HADİMOĞLU, *Brüksel*, s. 152.

<sup>845</sup> Nitekim, “*Dilekçeye Eklenecek Belgeler*” başlıklı MÖHUK. md. 53/ b uyarınca, ilamın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesinin de tenfiz dilekçesine eklenmesi zorunludur. MÖHUK’un bu maddesi aynı zamanda kararın kesinleşip kesinleşmediğini ispatlamaya yarayan bir vasıtaadır. Mahkeme kararlarının kesinleşmesi bazı hukuk sistemlerinde karar altına yazılan ve hakim tarafından imzalanan bir şerhle, bazı ülkelerde bir ek veya ara kararı ile, bazı ülkelerde mahkeme kararlarının tescil veya depo edildiği resmi bürodan (*registration office*) verilen belgelerle, bazı ülkelerde ise davanın avukatı tarafından verilen bir yeminli beyan (*affidavit*) ile açıklanmaktadır (ŞANLI, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 193).

dahi, bu kararın yine de Türkiye’de tenfiz edilemeyeceği doktrinde kabul edilmektedir<sup>846</sup>. Zira kesinleşme ile icra edilebilir olma birbirinden farklıdır ve bir kararın icra edilebilir olması için mutlaka kesinleşmesi gerekmemektedir. Oysa Kanun’un aradığı “kesinleşmiş” olma şartıdır. Doktrinde, yabancı mahkemenin hukukuna göre söz konusu kararın ihtilaf konusunu kesin ve nihai olarak halletmiş olması durumunda, 50. madde anlamında tenfize müsait bir ilamın varlığından söz etmenin mümkün olabileceği ileri sürülmüştür<sup>847</sup>. Bunun sebebi, Kanun’un 50. maddesi hükmünün açıkça belirttiği gibi, “verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş” olması şartının bir kere gerçekleşmiş olması durumunda artık ortada “geçici nitelikte bir tedbir”den bahsedilmesinin mümkün olmaması ve bu açıdan artık bir tenfiz engeli bulunmamasıdır<sup>848</sup>.

MÖHUK. md. 50 uyarınca yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tenfizi için aranan “kesinleşme şartı”nın maddi anlamda mı yoksa sadece şekli anlamda mı kesinleşmesi gerekeceği doktrinde tartışmalıdır<sup>849</sup>. Bazı yazarlara<sup>850</sup> göre, verildiği ülke hukukuna göre hem şekli, hem de maddi anlamda kesinleşmiş yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkündür. Zira maddi anlamda

<sup>846</sup> **NOMER**, *Devletler Hususi Hukuku*, 17. Bası: Nomer/ Şanlı, İstanbul, 2009, s. 476; **NOMER** Ergin: *Milletlerarası Usul Hukuku*, İstanbul, 2009, s. 148 (*Usul*). Aynı yönde bir görüş, “Bazı ülke hukuklarında kesinleşmemiş olan mahkeme kararlarının ve hatta bazı ihtiyati tedbir kararlarının icrası mümkündür. Ancak, yabancı mahkeme kararının icra kabiliyetinin olması kararın Türk mahkemelerince tenfizini sağlamaz. Türk hukukuna göre, yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesi için kesinleşmiş olması gerekir” şeklinde ifade edilmiştir (**ÇELİKEL/ ERDEM**, s. 589).

<sup>847</sup> **NOMER**, *Devletler Hususi Hukuku*, 17. Bası: Nomer/ Şanlı, İstanbul, 2009, s. 478; **NOMER**, *Usul*, s. 150.

<sup>848</sup> **NOMER**, *Devletler Hususi Hukuku*, 17. Bası: Nomer/ Şanlı, İstanbul, 2009, s. 478; **NOMER**, *Usul*, s. 150. Nitekim doktrinde geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararların sonradan değiştirilebilme olasılığının icrayı engellememesi gerektiği, zira kesin hükmün, sadece hüküm anında mevcut münasebete dayandığı ileri sürülmüştür (**NAZİKİOĞLU** Işık: “Yabancı Mahkemelerden Verilen Kararların Tanınması ve Tenfizi”, AHFD, C. VII, S. 3-4, 1950, s. 488-489. Hukuki koruma ve tedbir kararının belli bir süre hüküm ifade etmesinin tenfize engel olmadığı, bu tür bir kararın zaten niteliği gereği belli süreli karaktere sahip olduğu ve bu sebeple tenfizin mümkün olması gerektiği hakkında benzer bir görüş için bkz. **KOJOVIC**, s. 524.

<sup>849</sup> Mahkeme kararlarının kesin hüküm kuvveti (kaziyei muhkeme) usul hukukunda şekli ve maddi anlamda olmak üzere bir ayırım yapılarak ele alınmaktadır. Şekli anlamda kesin hüküm, kesin hüküm teşkil eden kararın, muhtevası ile ilgili olmaksızın, iptal edilmezliğini ifade eder ve belli bir karara karşı artık normal kanun yollarına başvurulamayacağı anlamına gelir (**SAKMAR**, *Yabancı İlamlar*, s. 57; **NOMER**, *Devletler Hususi Hukuku*, 17. Bası: Nomer/ Şanlı, İstanbul, 2009, s. 474). Maddi anlamda kesin hüküm ise, mahkeme kararlarına tanınan kanuni hakikat vasfı, yani “*res judicata pro veritate habetur*” niteliğidir (**SAKMAR**, *Yabancı İlamlar*, s. 57). Bu özellik, kararda verilen hükmün, yani kararın muhtevasının bağlayıcı bir tesire sahip olmasını ifade eder. Ba manada kararın bağlayıcılığı, aynı hukuki neticelerin ikinci bir dava ikame edilmesi halinde farklı bir hükme varılması yasağı ve aynı kararın dikkate alınması zarureti anlamına gelier (**NOMER**, *Devletler Hususi Hukuku*, 17. Bası: Nomer/ Şanlı, İstanbul, 2009, s. 474).

<sup>850</sup> **ŞANLI**, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 193; **ÇELİKEL/ ERDEM**, s. 588; **NOMER** Ergin: “Yabancı Çekilmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 911 (*Çekişmesiz Yargı*). **ŞANLI** Cemal. “Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde “Tanınması” veya “Delil” Olarak Kullanılması”, Prof. Dr. İlhan Postacioğlu Armağanı, 1990, s. 296.



kesinleşmemiş yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hukuki güvenlik açısından uygun değildir<sup>851</sup>. Tenfiz açısından maddi anlamda da kesinleşmenin aranmasının, henüz kesinleşmemiş bir kararın icrasına karşı davalıyı koruduğu ileri sürülmüştür<sup>852</sup>. Diğer bir görüş ise, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için sadece şekli anlamda kesinleşmiş olma şartının yeterli olduğunu savunmaktadır<sup>853</sup>. Böylelikle, sonradan bozulabilecek kararların icra edilmeleri halinde ortaya çıkabilecek sakıncaların önlenebileceği ileri sürülmüştür<sup>854</sup>. Bu fikre göre, kanunlar bunu zorunlu kılmadığı gibi, maddi anlamda kesinliğin aranmaması hukuki güveni sarsacak nitelikte de değildir<sup>855</sup>.

Bununla birlikte, bir mahkeme kararının kesinleşmemesi, o mahkeme kararının icra kabiliyetine sahip olmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira bir mahkeme kararının kesin hüküm oluşturması, o mahkeme kararının icra edilebilmesi için mutlak bir şart değildir. Kesinleşme ile icra kabiliyeti farklı şeylerdir. Nitekim iç hukukumuzda bir mahkeme kararı aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olması kural olarak hükmün icrasını durdurmamaktadır<sup>856</sup>.

Konuyu daha iyi anlayabilmek için, bu kavramlara yakından göz atmak yararlı olacaktır. Her mahkeme kararının kesin hüküm ve icra kabiliyeti olmak üzere iki sonucu vardır. Kesin hüküm, bir ihtilafı nihai olarak ortadan kaldıran ve o konunun mahkemelerde yeniden inceleme konusu yapılmasına engel olan kanuni hakikat vasfıdır<sup>857</sup>. Bu tanımın içeriğinde iki tür kesin hüküm mevcuttur. Bunlar doktrinde “*şekli anlamda kesin hüküm*” ve “*maddi anlamda kesin hüküm*” olarak ifade edilmiştir. Şekli anlamda kesin hüküm, kararın olağan kanun yollarına başvuru ile veya re’sen değiştirilememesini ifade eder. Maddi anlamda kesin hüküm ise, şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün aynı zamanda kanuni hakikat vasfına sahip olması anlamına gelir. Bir kararın kesin hüküm oluşturmasının sonucu, söz konusu kararın, aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı sebeple yargı organı nezdinde yeniden

<sup>851</sup> **DEMİR GÖKYAYLA** Cemile: “*Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye’de Hüküm ve Sonuç Doğurması*”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006, s. 566.

<sup>852</sup> **ŞANLI**, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 193.

<sup>853</sup> **SAKMAR**, *Yabancı İlamlar*, s. 57; **KURU**, s. 5771; **DEMİR GÖKYAYLA** Cemile: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizinde Kamu Düzeni*, Ankara, 2001, s. 40.

<sup>854</sup> **SAKMAR**, *Yabancı İlamlar*, s. 57.

<sup>855</sup> **SAKMAR**, *Yabancı İlamlar*, s. 58.

<sup>856</sup> Konusu menkul mal veya para olan hükümlerde, teminat göstererek Yargıtay’dan icranın geri bırakılması kararı almak suretiyle hükmün icrası durdurulabilir. Buna karşılık, bazı hükümler kesinleşmedikçe icra edilemez: gayrimenkule ve buna ilişkin aynı haklara, aile ve şahsın hukukuna ilişkin hükümler gibi. Bu hükümlerin temyiz edilmesi kendiliğinden icrayı durdurur (HUMK. md. 443). Ayrıca bkz. **SAKMAR**, *Yabancı İlamlar*, s. 56.

<sup>857</sup> **ÇELİKEL/ ERDEM**, s. 583.

yargılama konusu yapılmasına engel teşkil etmesidir. Bu husus HUMK. md. 237’de “Kaziyei muhkeme, ancak mevzuunu teşkil eden husus hakkında muteberdir. Kaziyei muhkeme mevcuttur denilebilmek için iki tarafın ve müddeabihin ve istinat olunan sebebin müttehit olması lazımdır” denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

Kural olarak, icra kabiliyeti olan kararlar hem maddi hem de şekli anlamda kesin hüküm teşkil eder. Bununla birlikte, *ihtilafsız kaza kararları* gibi bazı mahkeme kararları nitelikleri gereği *maddi anlamda kesinlik taşımayıp, yalnız şekli anlamda kesin hüküm teşkil ederler* ve yeni deliller ortaya çıktığında yeniden inceleme konusu yapılabilirler<sup>858</sup>. Bu nedenle tam olarak hukuki güven sağlamazlar. İhtilafsız kaza kararları da denilen bu kararlar arasında ismin değiştirilmesi, vasi tayini, evlenme müddetlerinin kısaltılması, gaiplik kararı ve mirasçılık belgesi verilmesi gibi kararlar bulunmaktadır. Bu karar tipleri arasında mirasçılık belgesinin diğerlerinden farklı bir özelliği bulunmaktadır. İhtilafsız kaza kararları genel olarak yenilik doğurucu (inşai) nitelik taşımasına rağmen<sup>859</sup>, mirasçılık belgesi tespit kararı niteliğindedir. Hukukumuzda, kural olarak sadece şekli anlamda kesin hüküm oluşturabilecek bu kararların da tanınip, tenfiz edilebileceği kabul edilmiştir (MÖHUK. md. 55/ 1). Bu kabul edişin ardındaki hukuki gerekçe, ihtilafsız kaza çerçevesinde verilmiş olsa da, inşai kararların “*ne bis in idem*” (bir defa karara bağlanan meselenin tekrara dava konusu yapılması yasağı) prensibinden yararlanması ve dolayısıyla bu tür kararların, “*kesin hüküm teşkil etmesi*” sebebiyle değil, “*inşai etkiye sahip olmaları*” sebebiyle kesin sayılıp, tanınmalarına imkân tanınmış olmasıdır<sup>860</sup>. Mirasçılık belgeleri ise inşai etkiye sahip değildir. Dolayısıyla bunlar inşai etkiye sahip ihtilafsız kaza kararları gibi “*ne bis in idem*” prensibinden yararlanamazlar ve herhangi bir kesinliğe sahip olamazlar<sup>861</sup>. Bu itibarla, mirasçılık belgelerinin, ihtilafsız kaza kararı dahi olsa, MÖHUK uyarınca tanınması ve tenfizi mümkün olamayacaktır<sup>862</sup>. Bununla beraber, yeni mirasçılıkların ortaya çıkma ihtimalinin gerçekleşmesi durumunda uyuşmazlık ihtilaflı kazaya dönüşeceğinden,

<sup>858</sup> ÇELİKEL/ ERDEM, s. 585, NOMER, *Çekişmesiz Yargı*, s. 911.

<sup>859</sup> NOMER, *Çekişmesiz Yargı*, s. 917.

<sup>860</sup> ŞANLI, *Veraset*, s. 297-298. Benzer bir görüş, mirasçılık belgesinden bağımsız olarak, genel anlamda ihtilafsız kaza kararları açısından NOMER tarafından şu şekilde ileri sürülmüştür: “*Çekişmesiz yargıda da verilmiş olsa, inşai kararların bu etkisi(ne bis in idem) ile maddi anlamda kesin hüküm kuvveti arasında bir fark yoktur...İnşai kararların sahip oldukları, maddi kesin hüküm kuvvetine eş veya benzer etkileri, bu nevi yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasını temin eder*”. Yazar, aksinin kabulünün, “*esasın usule feda edilmesi*” anlamına geleceğini belirtmiştir (NOMER, *Çekişmesiz Yargı*, s. 917).

<sup>861</sup> ŞANLI, *Veraset*, s. 298.

<sup>862</sup> ŞANLI, *Veraset*, s. 298.

diğer ihtilafsız kaza kararlarından farklı olarak, yabancı mahkemelerce hasımlı dava çerçevesinde verilen mirasçılık belgeleri hem şekli hem de maddi anlamda kesinlik taşıyacak ve tanınmaları MÖHUK'un diğer tanıma şartlarının gerçekleşmesi durumunda mümkün olabilecektir<sup>863</sup>.

Maddi anlamda kesin hüküm ile şekli anlamda kesin hükmü bu şekilde tanımlayıp, farklarını belirledikten sonra, bu iki kavramın tanıma ve tenfiz açısından taşıdığı öneme değinmekte fayda görüyoruz. Şöyle ki; maddi anlamda kesin hükmün biri olumlu, diğeri olumsuz olmak üzere iki sonucu vardır. Olumlu sonucu, kararın kesin delil teşkil etmesi; olumsuz sonucu ise, kesin hüküm itirazında bulunmaya imkân tanıyarak, aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı sebebe dayanan yeni bir davanın açılmasını önlemesidir<sup>864</sup>. Tanıma, bir yabancı mahkeme kararının kesin hüküm kuvvetinin kabulüdür; tenfiz ise, o mahkeme kararının sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinin neticesi olarak, icra edilebilmesi için gerekli olan kamu gücünün verilmesi yani icra kabiliyeti etkisidir.

Her mahkeme kararının hem kesin hüküm hem de icra kabiliyetini taşımadığını belirtmiştik. Sadece kesin hüküm kuvveti taşıyan yabancı mahkeme kararları “tanıma”, icra kabiliyeti de taşıyan yabancı mahkeme kararları ise “tenfiz” yoluyla Türk Hukuku’nda etki göstermektedir. Bununla beraber, tanıma veya tenfize konu olan mahkeme kararı kavramı ile kastedilen aslında uyumsuzluğu kesin şekilde çözen, yargılamaya son veren ve hakimin davadan el çekmesi sonucu doğuran kararlardır<sup>865</sup>.

Konumuz açısından düşünülduğünde, Türk hukuku açısından, teknik anlamda, geçici koruma tedbirlerinin ne şekli ne de maddi, hiçbir anlamda kesin hüküm teşkil edemeyeceği kanaatindeyiz. Bunun nedeni, geçici koruma tedbirlerine ilişkin mahkeme kararlarının “geçici” nitelikte kararlar olması; oysa maddi veya şekli anlamda kesinleşme özelliklerinin, dolayısıyla tanıma ve tenfiz prosedürlerinin ancak uyumsuzlukları kesin şekilde çözen “nihai” kararlarda söz konusu olabilen usuller olmasındandır. Nitekim doktrinde, uyumsuzlukları kesin bir biçimde çözen kararlar ile; ara kararlar ve aralarında ihtiyati tedbir kararları, delil tespiti kararları gibi kararların da bulunduğu geçici koruma tedbiri kararlarını birbirinden ayırmak için,

<sup>863</sup> ŞANLI, *Veraset*, s. 297, dn. 17.

<sup>864</sup> SAKMAR, *Yabancı İlamlar*, s. 152-153; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 583.

<sup>865</sup> ÇELİKEL/ ERDEM, s. 584.

nihai mahkeme kararlarının “*hüküm*” olarak adlandırılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir<sup>866</sup>.

Doktrinde **Çelikel/ Erdem** tarafından yapılan şu tespit bu hususu açıkça ortaya koymaktadır: “*Yabancı mahkemenin verdiği tedbir kararının Türk mahkemelerinde tenfiz imkânı bulunmamaktadır. Zira yabancı mahkeme kararlarının tenfizini düzenleyen MÖHUK. md. 50 hükmüne göre ancak kesin hüküm kuvvetine sahip olan yabancı mahkeme kararları eğer tenfiz şartlarını da haiz ise Türk hukukuna göre tenfiz edilerek, icra organları tarafından icra edilir. Kesin hükme sahip olmayan “geçici tedbir niteliğindeki” yabancı mahkemelerin verdiği “ihtiyati tedbir” veya “ihtiyati haciz” kararlarının Türk milletlerarası usul hukuku sisteminde tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Dolayısıyla da icra organları tarafından uygulanmaları mümkün değildir*”<sup>867</sup>.

Bu noktada tekrar önemle vurgulanması gereken husus, *kesinleşme* ile *kesin hükmün* aynı şeyler olmadığı gibi<sup>868</sup>; bir mahkeme kararının icra edilebilir olması için kesin hüküm teşkil etmesinin veya kesinleşmesinin mutlaka zorunlu olmadığıdır. İç hukukumuzda da olmayan bu tür bir zorunluluğun, MÖHUK. md. 50 uyarınca yabancı mahkeme kararlarının tenfizi açısından mecburi bir şart olarak kanunda yer aldığı görülmektedir. Dolayısıyla, Türk Hukuku’nda yer alan bu normatif düzenlemeden bağımsız ve soyut olarak, yabancı mahkemelerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin, şekli veya maddi bir kesinlik taşımamalarına rağmen icra edilebileceğini söylemenin mümkün olduğu düşüncesindeyiz.

Nitekim bu husus **Sakmar** tarafından şu şekilde dile getirilmiştir: “*Geçici nitelikte olup, durumun ve şartların değişmesi halinde yeniden ele alınmaya müsait olan ihtiyati tedbir kararları açısından da tenfiz imkânının söz konusu olması mümkündür. Ancak, şekli anlamda kesinleşmeye müsait olmadıkları halde icra kabiliyetine sahip olan bu kararların tenfizine Tasarıda (MÖHUK o zaman tasarı halindeydi) yer verilmemiştir*”<sup>869</sup>.

<sup>866</sup> **ÇELİKEL/ ERDEM**, s. 584. HUMK’a göre usule ilişkin nihai kararlar da vardır ve bu kararlar yargılamayı sona erdirse dahi, uyuşmazlığı çözmüş olmazlar. Sadece usule ilişkin sorunların çözümlenmesi anlamına gelen bu kararlara örnek olarak, yetkisizlik ve görevsizlik kararları, dava şartlarının bulunmaması sebebiyle davanın usulden reddi kararları verilebilir. Ne var ki bu kararların da da tanıma ve tenfizi söz konusu değildir (**ÇELİKEL/ ERDEM**, s. 584, dn. 99).

<sup>867</sup> **ÇELİKEL/ ERDEM**, s. 550.

<sup>868</sup> **SAKMAR**, *Yabancı İlamlar*, s. 57.

<sup>869</sup> **SAKMAR**, *Yabancı İlamlar*, s. 113.

Bir an için, geçici koruma tedbirlerinin MÖHUK. md. 50'deki tenfiz ön şartı olan "kesinleşme" bakımından hiçbir sorun yaratmadığını varsaysak dahi, bu defa geçici koruma tedbirlerinin "*alınmadığı takdirde telafisi imkânsız zararların oluşması ihtimaline karşı acil alınması gereken*" niteliği ile tenfiz prosedürünün zaman alan bir işlem olması gerçeği birbiriyle çelişecek ve yabancı mahkemece verilen geçici koruma tedbirinin Türkiye'de icra kabiliyeti kazanması için tenfizini istemek anlamsız ve etkisiz kalacaktır.

Bu noktada, yabancı mahkemelerden verilmiş olan geçici koruma tedbirlerinin Türk Hukuku uyarınca tenfizine imkân sağlamanın veya bunu engellemenin tamamen kanun koyucunun seçimi ve aynı zamanda bir hukuk politikasının da yansımaları olduğunu belirtmek gerekir. Şöyle ki, nasıl ki ihtilafsız kaza kararları, kural olarak maddi anlamda kesinlik taşımayıp, yalnızca şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmelerine ve icra kabiliyetlerinin olmamasına rağmen ve nitelikleri gereği kesinleşemeyecek olmalarına rağmen MÖHUK. md. 55'te tanıma ve tenfizlerine karar verilebileceği düzenlenmişse, geçici koruma tedbirleri için de benzeri bir düzenlemenin kabul edilmesi teorik olarak mümkün olabilirdi ve halen dahi mümkündür. Ne var ki, yukarıda belirttiğimiz üzere, bu tür bir düzenleme belli açılardan hukuk politikasıyla da ilgili olduğundan, çok da basit sayılmamalıdır. Zira böyle bir değişiklik, Milletlerarası Özel Hukukun farklı menfaatlerini<sup>870</sup> etkileyebilecek boyutta bir değişikliktir.

Yabancı mahkemelerden alınan geçici koruma tedbirlerinin Türkiye'de tenfizi mümkün kılınmak istendiğinde bunun bir anlam ifade etmesi ve etkin olabilmesi, ancak tenfiz prosedürünün kolaylaştırılması ve olabildiğince seri bir biçimde icraya konulabilmesine olanak sağlar şekilde bir düzenlemenin yapılması ile mümkün olabilir. Yabancı ülke mahkemelerinden verilen geçici koruma tedbirlerinin Türkiye'de icra edileceği ve tıpkı Türk mahkemelerinin verdiği geçici koruma tedbirleri gibi icra organlarının harekete geçmesiyle sonuçlanacağı düşünüldüğünde, bunun MÖHUK'ta yapılacak bir değişiklik ile sağlanması çeşitli sakıncaları bünyesinde barındırır. Çünkü, böyle bir durumda Türk hakiminin, yabancı mahkemenin, Türk Hukuku'nda öngörülen geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme şartları ile benzer ve paralel şartları kabul eden bir hukuk uyarınca geçici koruma

<sup>870</sup> Geçici koruma tedbirlerine ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilmesi ve edilmemesinin Milletlerarası Özel Hukuk menfaatleri açısından oynayacağı rol için bkz. **ÖZBEK HADİMOĞLU**, *İhtiyati Tedbirler*, s. 189-190.

tedbirine hükmedilmiş olduğundan emin olması gerekir. Zira ancak bu sayede basitleştirilmiş ve hızlandırılmış bir tenfiz prosedürü vasıtasıyla bu kararlara Türk mahkemesinden verilmiş geçici tedbir kararları ile eş etki tanınabilir ve kamu gücünü kullanan icra organları harekete geçirilebilir. Aksinin kabulü, Türkiye’de icra edilecek bir geçici koruma tedbirini bizzat Türk mahkemelerinden dahi alamazken, yabancı mahkemelerden alınmasının önünü açmış olur- ki bu da kabul edilebilecek bir durum değildir.

Nitekim bu husus **Sakmar** tarafından henüz MÖHUK tasarı halindeyken şu sözlerle tespit edilmiştir: *“Kanaatimizce kesinleşme şartını aramaksızın, icra kabiliyetini verdikleri ülkede kazanmış olan yabancı ilamların tenfizini mümkün görmek “de lege ferenda” tercih edilebilecek bir yol olmakla beraber, uygulaması ancak hukuk alanında çok yakın bir işbirliğini gerçekleştirmiş olan ülkeler arasında işleyebilecek bir nitelik taşımaktadır. Mesela Avrupa Ekonomik Topluluğu bu işbirliğini büyük ölçüde sağladığı ve topluluğa üye olan devletlerde de aynı etkinliğe sahip olmasını amaçladığından, tenfiz için kesinleşme şartını aramadan konuyu düzenleyebilmektedir. Türkiye bakımından ise, bugün için böyle bir işbirliği söz konusu olmadığına göre, yabancı ilamların kanun yollarından geçerek kesinleşmek suretiyle mutlak icra kabiliyetini kazanmış olmalarının aranmış olması yerindedir. Böylece kararın sonradan bozulması halinde, milletlerarası alanda iç hukuka nazaran çok daha önemli olabilecek güçlüklerin uygulamada ortaya çıkması önlenilecektir”<sup>871</sup>.*

Sonuç olarak, yabancı mahkemelerce verilen geçici koruma tedbirlerinin tenfizi meselesi, uluslararası ticari uyumsuzluklar açısından yadsınamaz bir öneme sahiptir ve bir ihtiyacın sonucu olduğu muhakkaktır. Bu ihtiyacı dikkate alıp kanun bazında yapılacak bir değişiklik ile yabancı mahkemelerce verilen geçici koruma tedbirlerinin Türkiye’de icrasına olanak tanımak yukarıda incelediğimiz üzere iç hukuk açısından ve hukuk politikası açısından çeşitli mahzurlara sahiptir. Bununla beraber, hukuk sistemi birbirine benzeyen ülkeler bakımından söz konusu olan hukuk birliği çerçevesinde bu kararlara etki tanımak amacıyla ikili veya çok taraflı sözleşmeler yapılması kanaatimizce daha isabetli ve hukuk güvenliği açısından daha tercih edilmesi gereken yöntem olmalıdır. Tıpkı Avrupa Birliği’ne üye ülkeler arasında yargı kararlarının serbest dolaşımında görüldüğü gibi, diğer bir ifadeyle üye devletlerden birinin mahkemelerinden verilen nihai veya geçici koruma tedbirlerinin

<sup>871</sup> **SAKMAR**, *Yabancı İlamlar*, s. 113.

diğer devletlerde de tanınmasında olduğu gibi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti de ilerleyen zamanlarda kendi hukuk sistemine benzer ve hukuk politikası açısından işbirliği yapmanın faydalı olacağına inandığı ülkeler ile akdedeceği sözleşmeler aracılığıyla aynı sonucu hukukuna adapte edebilecektir ve etmelidir. Avrupa Birliği'ne entegre olma yolunda hukukunu Avrupa müktesebatına uyumlu hale getirmeye çabalayan Türkiye açısından bu ihtimal uzun ya da kısa vadede kendini gösterecektir<sup>872</sup>.

## **II. Yabancı Ülkede Hakemlerce Hükmedilen Geçici Koruma Tedbirlerinin İcrası**

Tahkim yöntemiyle çözümlenecek uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklar bağlamında hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin ortaya çıkabilecek en büyük meselelerden biri, bu tedbirlerin verildikleri ülke dışında icra edilmesi ile ilgili oluşacak hukuki sorunlardır. Zira, özellikle tahkim yerinin tenfiz ülkesinden başka bir ülkede bulunması sebebiyle, icra edileceği ülkeden başka bir ülkede verilen geçici koruma tedbirlerinin, verildikleri ülke dışında icrası talep edildiğinde, bunlara ilişkin hakem kararlarının tanınması ve tenfizi gerekecektir.

Hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin yabancı bir ülkede ne şekilde icra edileceğini belirleyen kuralların kaynağında ulusal veya uluslararası nitelikteki hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Bu hukuk kaynaklarının başında hiç şüphesiz 10 Haziran 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Konvansiyonu<sup>873</sup> gelmektedir. Bununla beraber, aşağıda ayrıntılarıyla inceleyeceğimiz üzere, milli hukuk sistemlerinin de son zamanlarda yabancı ülkede hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin icrası konusunda gelişme kaydettikleri görülmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde, kanunlara nazaran öncelikli uygulama alanına sahip olmalarından ötürü ilk olarak konumuza ilişkin uluslararası nitelikteki hukuki düzenlemelere yani uluslararası konvansiyonlara değinilecek, daha sonra çeşitli milli hukuk sistemleri temelinde ulusal nitelikteki hukuki düzenlemelerin konuya ilişkin benimsedikleri yaklaşım incelenecektir.

<sup>872</sup> Bu bağlamda, Brüksel Konvansiyonu'na kural olarak yalnızca üye devletler taraf olabilseler dahi, üçüncü devlet statüsündeki ülkelerin Avrupa Birliği'ne üye olmadan da Konvansiyona katılabilmelerine sıcak bakılmaktadır. Avrupa Birliği'nin EFTA ülkeleri ile yakın ticari ilişkiler içinde olması sebebiyle özellikle mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi basitleştirme hedefi ile oluşturulan ve Paralel Konvansiyon adıyla da bilinen Lugano Konvansiyonu buna örnektir (SAKMAR/ EKŞİ, s. 727).

<sup>873</sup> RG. 21.05.1991- 20877.

### A) Uluslararası Konvansiyonlar Uyarınca İcra

Uluslararası ticarete tahkimin tercih edilmesindeki en önemli sebep, mahalli mahkeme kararlarına oranla hakem kararlarının icrasındaki yaygınlık ve kolaylıktır<sup>874</sup>. Bunun sebebi hiç kuşkusuz uluslararası ticari tahkime ilişkin çok taraflı anlaşmaların varlığı ve bunların çoğu devlet tarafından yaygın bir biçimde benimsenmiş olmalarıdır. Türkiye'nin de taraf olduğu bu uluslararası anlaşmalar, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren kanun hükmündedir ve mahkemelerce uygulanmaları gerekir<sup>875</sup>. Bunun yanı sıra, temas ettikleri konuya ilişkin yerel mevzuatta da, bu mevzuatın uygulama alanı ve kapsamını düzenleyen maddeler içerisinde, tıpkı MTK. md. 1/ son ve MÖHUK. md. 1/ son hükümlerinde olduğu gibi, "*Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır*" şeklinde bir hüküm getirilmek suretiyle, söz konusu uluslararası konvansiyonların öncelikle uygulanmaları gerekliliği özel olarak belirtilmiştir. Bu noktada önemle tekrarlanmasında fayda olan husus, her ne kadar kanun tekniği açısından pek çok kusuru barındırsa ve başvurulacak usul ve yöntem bakımından hiçbir açıklayıcılığı bulunmasa dahi, MTK. md. 1/ 3 hükmünün açık ifadesi uyarınca, tahkim yeri Türkiye dışında olan ve fakat taraflarca MTK'ya tabi kılınmayan tahkim yargılamalarında, hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin Türkiye'de Türk mahkemelerince icrası, MTK. md. 6/ 3'e göre herhangi bir tenfiz rejimine tabi olmaksızın yerine getirilecektir<sup>876</sup>. Bunun anlamı, hakemlerce yabancı bir ülkede hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin Türkiye'de icrası söz konusu olduğunda, bunun ne New York Konvansiyonu ne de MÖHUK kapsamında tenfize tabi olmayacağıdır.

Aşağıda ilk önce yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusundaki başlıca uluslararası nitelikteki kaynak sayılan 10 Haziran 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Konvansiyonu incelenecek, daha sonra Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin de taraf olduğu diğer çok taraflı uluslararası konvansiyonlar ele alınacaktır.

<sup>874</sup> ŞANLI, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 221.

<sup>875</sup> ŞANLI, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 282.

<sup>876</sup> YEŞİLOVA, s. 705.



## 1) New York Konvansiyonu

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi denildiğinde ilk akla gelen konvansiyon Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan 10 Haziran 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Konvansiyonu'dur. Konvansiyon'a bugün itibarıyla 144 devlet taraftır<sup>877</sup>. Bu sayede, üye devletlerden birinde verilen hakem kararlarının diğer bir üye devlette tenfizi oldukça kolaylaşmıştır. New York Konvansiyonu'na Türkiye de taraftır ve Konvansiyon'un yürürlük maddesi olan XII. maddede belirtilen prosedür gereği, Konvansiyon 1 Ekim 1992'den itibaren Türk mahkemelerinde açılan yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davalarına uygulanacaktır.

New York Konvansiyonu'nun I/ 1. maddesi uyarınca iki tür hakem kararı "*yabancı hakem kararı*" sayılır ve Konvansiyon'un uygulama alanına dahildir. Bunlardan ilki, "*tanıma ve tenfiz talebinin ileri sürüldüğü ülkeden başka bir ülkede verilmiş hakem kararları*"; ikincisi ise, "*tenfiz talebinin ileri sürüldüğü ülkede verilmiş olmakla birlikte, bu ülke hukukuna göre milli sayılmayan hakem kararları*"dır. Konvansiyon'un I/ 3. maddesinde yer alan çekinceyi kullanan Türkiye açısından, hakem kararının verildiği ülkenin New York Konvansiyonu'na taraf bir ülke olması ve uyuşmazlığın da Türk Hukukuna göre "*ticari*" uyuşmazlık sayılması gerekmektedir.

Tahkime konu uyuşmazlıklar çerçevesinde hakemler tarafından yabancı bir ülkede verilen geçici koruma tedbirleri açısından, New York Konvansiyonu'nun uygulama alanını belirleyen "*yabancılık unsuru*" kriteri herhangi bir özellik taşımamaktadır. Bununla birlikte, hangi tür kararların New York Konvansiyonu kapsamında "*hakem kararı*" sayılacağı ve bu bağlamda geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının da anılan kapsama dahil olup olmadığı büyük önem taşımaktadır.

### a) New York Konvansiyonu Anlamında Hakem Kararı Kavramının Belirlenmesi

New York Konvansiyonu'nda "*hakem kararı*"ndan ne anlaşılması gerektiğini belirten bir hüküm bulunmamaktadır. Konuya ilişkin tek madde, Konvansiyon'un I/ 2. maddesi hükmüdür. Bu madde uyarınca, "*Hakem kararı terimi ile sadece münferit*

<sup>877</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)

*meselelerin halli için tayin olunan hakemlerin değil, aynı zamanda tarafların başvurdukları daimi hakemlik organlarının da verdikleri kararlar adlandırılır*". Görüldüğü üzere, bu madde dahi, geçici koruma tedbirlerinin hakem kararı kapsamına dahil olup olmadığı meselesine ışık tutmamaktadır. Hakem kararı teriminden ne anlaşılması gerektiği konusunda New York Konvansiyonu'nun bu sessiz tutumu aslında tahkime ilişkin diğer uluslararası konvansiyonlarda da görülmektedir. Gerçekten de, gerek New York Konvansiyonu'nun yerini aldığı 1927 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının İcrasına Dair Cenevre Konvansiyonu, gerekse 1961 Tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik konusundaki Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu hangi tür kararların "*hakem kararı*" sayılacağı hususunda hiçbir düzenleme getirmemiştir. Her üç Konvansiyonun da bu meseleyi düzenlemekten kaçınmasının sebebi, hakem kararına ilişkin yeknesak bir tanımın yapılmasındaki zorluktur<sup>878</sup>. Zira her ülke hukuk sistemi, kendi hukuku uyarınca hakem kararını nitelendirmektedir ve dolayısıyla böyle bir tanımın yapılması öncelikle bu hukuk düzenlerinden hangisinin veya hangilerinin tercih edileceğine ilişkin bir seçim yapılmasını gerektirir. Bir diğer yöntem ise bizzat söz konusu uluslararası düzenlemede hakem kararı kavramının tanımının yapılmasıdır, ki bu yöntemin her üç Konvansiyonda da tercih edilmediği açıktır<sup>879</sup>.

New York Konvansiyonu kapsamında hakem karardan ne anlaşılması gerektiğinin tespit edilebilmesi için öncelikle hakem kararının tanımına ulaşılmasını sağlayacak hukuk düzeninin ne olduğunun, diğer bir deyişle, hakem kararı kavramına uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekir. Doktrinde bu konuda bir görüş birliği bulunmamaktadır<sup>880</sup>. Önerilen bağlama kriterleri arasında "*tahkim usulüne uygulanacak hukuk*", "*hakem kararının verildiği ülke hukuku*", "*hakem kararının tenfizinin talep edildiği ülke hukuku*", "*hakem kararının verildiği ve tenfizinin istendiği ülke hukuklarının kombinasyonu*" gibi objektif kriterler<sup>881</sup> yanında, daha soyut bir takım kriterler de bulunmaktadır. Hakem kararı kavramının soyut kriterler temelinde nitelendirilmesinin ardındaki esas gaye, uluslararası

<sup>878</sup> BESSON, s. 326.

<sup>879</sup> Örneğin, 7 Temmuz 2006 tarihinde yürürlüğe giren UNCITRAL Model Kanunu, bütün bu tartışmalara son vermek amacıyla, 17/1. maddesinde tüm açıklığıyla geçici koruma tedbirinden anlaşılması gerekenin ne olduğunu belirtmiş ve karar şeklinde olup olmasının fark yaratmayacağını net bir biçimde ortaya koymuştur. Benzer bir biçimde, Brüksel ve Lugano Konvansiyonu anlamında geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararların kapsamı, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın 26 Mart 1992 tarihli *Reichert II* Kararıyla açıklığa kavuşturulmuştur (*Mario Reichert, Hans-Heinz Reichert and Ingeborg Kockler v. Dresdner Bank AG*, Case C-261/ 90, ECR, 1992, s. 2149-2156).

<sup>880</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 524.

<sup>881</sup> BESSON, s. 326-328.

ticaretin ve dolayısıyla uluslararası tahkimin ihtiyaçlarına cevap verebilen kapsamlı bir tanımın yapılmasındaki pragmatik düşüncedir. Bu düşünce, yarım yüzyıl önce, henüz tahkim kurumu uluslararası ticarete bu kadar yaygın bir biçimde kullanılmıyorken ve o tarihlerde hakemlere geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin verilebilmesi hayal bile edilemezken yapılmış olan New York Konvansiyonu'nun, bugün taşıdığı önem ve uluslararası tahkim hukukundaki konumunun, bütün milli hukuk düzenlerinden bağımsız, çok daha evrensel ve kapsayıcı bir tanımın yapılmasını gerekli kılmaktadır<sup>882</sup>.

Gerçekten de, geçici koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi meselesi Konvansiyon'u hazırlayanlar ve müzakere edenler tarafından o yıllarda öngörülebilecek bir konu olmaktan oldukça uzaktı. Bu açıdan bakıldığında, New York Konvansiyonu'nda geçici koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine ilişkin bir düzenlemenin yer almaması tamamen anlaşılabilir bir durumdur. Ancak bu tespit tek başına Konvansiyon'un geçici koruma tedbirlerini kapsamadığı anlamına gelmemektedir. Böyle bir çıkarımın yapılabilmesi için, Konvansiyon anlamında "hakem kararı" kavramına "geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararları"nın da dahil olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir.

Yabancı ülkede verilmiş geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda New York Konvansiyonu'nun uygulanıp uygulanmayacağı sorusu, uluslararası tahkim doktrininde tam anlamıyla bir görüş karmaşasına yol açmıştır.

Bu noktada öncelikle belirtilmesi gerekli olan husus, geçici koruma tedbirlerini içeren hakem kararlarının nitelendirilmesinde, anılan kararlara hükmeden hakem heyetinin bu emir (*order*) veya kararları (*decision*) hangi isimle nitelendirdiklerinin bir önem taşımasıdır<sup>883</sup>. Dolayısıyla, hakem heyetinin anılan türdeki kararları "hakem kararı" (*sentence arbitrale/ arbitral award*) olarak isimlendirmeleri, bu kararları New York Konvansiyonu kapsamında tenfizi öngörülen hakem kararları haline getirmeyecektir<sup>884</sup>. Bu konuda tenfiz istemiyle dava açılan ülke mahkemesi, hangi şekil altında hakemlerin geçici koruma tedbirine karar vermiş olmalarına bakmaksızın, söz konusu tedbirin New York Konvansiyonu kapsamında tenfizi

<sup>882</sup> LALIVE Pierre: "Assurer L'Exécution des Sentences Arbitrales", 60 Ans Après Regard Sur L'Avenir, Publication CCI No: 412, Paris, 1984, s. 341 (*Exécution*).

<sup>883</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 525.

<sup>884</sup> KARRER, *Interim Measures*, s. 108; CARLEVARIS, *Recognition*, s. 525.

mümkün bir hakem kararı olup olmadığına bağımsız olarak serbestçe karar verecektir.

Uluslararası tahkim uygulamasında iki önemli mahkeme kararı, hakemlerce verilen bir kararın New York Konvansiyonu uyarınca tenfizi talep edildiğinde, bunlara hangi isim altında hükmedildiğinden bağımsız olarak, kararın niteliğinin tenfiz ülkesi mahkemesince serbestçe belirleneceğini açıkça vurgulamıştır. Doğrudan geçici koruma tedbirlerine ilişkin olmayan fakat hakem kararlarının nitelendirilmesinde kullanılan kriterlerin belirlenmesine ışık tutan bu ilginç kararlardan ilki, Fransız İstinaf Mahkemesinin *Brasoil v. GMRA* davasında<sup>885</sup> verilmiştir. Bu davada, tahkim yargılaması sırasında verilmiş olan bir kısmi kararın (*partial arbitral award*) davacı tarafından yeniden gözden geçirilmesi talebinin hakemlerce reddedilmesine ilişkin “*order*” şeklindeki kararın, Paris İstinaf Mahkemesi tarafından iptaline ilişkindir. Mahkeme iptal kararına gerekçe olarak, söz konusu kararın isminin “*order*” olmasının aslında bu kararın bir “*hakem kararı*” olmasını etkilemeyeceği; zira anılan kararda tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarının dinlendiğini ve değerlendirildiğini, bunun sonucunda kararın gerekçelendirildiği göstererek, diğer unsurların da dikkate alınması durumunda ortada tam anlamıyla bir hakem kararının söz konusu olduğunu ileri sürmüştür<sup>886</sup>. ICC tahkimi çerçevesinde hakemlerin “*order*” adı altında vermiş oldukları bu kararı, kural olarak böyle bir zorunluluk bulunmaması sebebiyle ICC Tahkim Divanının onayına sunmamalarını, bunun hakem kararı sayılması gerektiğinden hareketle, tarafların tahkime uygulanmak üzere seçmiş oldukları usule aykırılık olarak niteleyen mahkeme, bu kararı iptal etmiştir.

Benzer bir karara, Amerikan Mahkemelerinin vermiş olduğu *Publicis v. True North Communication Inc.* davasında<sup>887</sup> rastlanmaktadır. Bu davada da, Amerikan mahkemesi, “*order*” olarak hükmedilmiş olan bir kararı, benzer gerekçelerle “*hakem kararı*” olarak nitelendirmiş ve bu sebeple kararın tenfizini New York Konvansiyonu uyarınca gerçekleştirmiştir. Bu kararda dikkat çekici unsur sadece söz konusu kararın “*order*” olarak nitelendirilmesinin mahkemece dikkate alınmaması değil, aynı zamanda anılan kararın “*hakem kararı*” usulü dairesinde değil, bu tür “*order*” lar için

<sup>885</sup> *Brasoil v. GMRA*, 1 Juillet 1999, Cour d’Appel de Paris (Rev. Arb. 1999/ 4, s. 834).

<sup>886</sup> KOJOVIC, s. 527-528.

<sup>887</sup> *Publicis v. True North Communication Inc.*, 206 F. 3d. 725 (2000).

öngörölmüş olan usule göre alınmış olmasına rağmen tıpkı bir hakem kararı gibi New York Konvansiyonu uyarınca tenfiz edilmiş olmasıdır.

Göröldüğü üzere, her ne kadar tenfiz istemiyle dava açılan ülke mahkemeleri, hangi şekil altında hakemlerin geçici koruma tedbirine karar vermiş olmalarına bakmaksızın, söz konusu tedbirin New York Konvansiyonu kapsamında tenfizi mümkün bir hakem kararı olup olmadığına serbestçe karar verebilecek olsalar dahi, uygulamada bu tespit tahmin edilenin aksine, tenfizi mümkün kılacak bir biçimde somutlaşmıştır. Zira, her ne kadar geçici koruma tedbirlerine ilişkin olmasalar dahi, her iki mahkeme kararı da, “*order*” şeklindeki hakem kararlarının, mahkemelerce yapılan değerlendirme neticesinde “*award*” yani nihai hakem kararları gibi işlem görmesine ve dolayısıyla New York Konvansiyonu kapsamında tenfiz edilmesine ilişkindir. Buna mukabil, aksi yönde bir mahkeme kararı uygulamada henüz bulunmamaktadır.

#### **b) Konvansiyon’un Geçici Koruma Tedbirlerine Uygulanabilirliği**

Geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının New York Konvansiyonu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda gerek doktrinde, gerekse uygulamada görüş birliği bulunmamasının ana sebebinin, yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız biçimde, Konvansiyon metninde tenfizi kabul hakem kararlarından ne anlaşılması gerektiğinin belirtilmemiş olmasının yanı sıra, geçici koruma tedbirlerinin tenfizinin mümkün olup olmadığına ilişkin özel bir düzenlemenin de bulunmaması olduğu açıktır. Uluslararası tahkim uygulamasında da konuya ilişkin bir eğilim henüz oluşmamıştır. Zira bugüne dek konu hakkında tek bir dava görölmüştür: Avustralya Mahkemesi’nce verilen *RCI* davası<sup>888</sup>. Bu dava neticesinde Queensland Mahkemesince verilen karar, geçici koruma tedbirlerinin New York Konvansiyonu uyarınca tenfizinin mümkün olup olmadığını inceleyen ve karara bağlayan ilk ve tek mahkeme kararı olma özelliği taşır.

*RCI Davasında*, Indiana merkezli bir Amerikan şirketi olan *Resort Condominiums International* ile aynı şirketin Avustralya’daki şubesi *Resort Condominiums Australasia* arasındaki *time sharing* faaliyetine ilişkin lisans sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların, Indiana’da ve AAA Tahkim kurallarınca tek hakemli olarak tahkim yoluyla halli öngörölmüştür. Taraflar arasında çıkan

<sup>888</sup> *Resort Condominiums International Inc. v. Ray Bolwell and Resort Condominiums (Australasia) Pty. Ltd.* Supreme Court of Queensland, 1993, 118 ALR 655.

uyuşmazlık üzerine uyuşmazlığa bakmaya yetkili hakemden, *Resort Condominiums Australasia*'nın lisans sözleşmesi uyarınca sahip olduğu hakları kullanmaması, faaliyette bulunmaması, başka şirketler ile benzer sözleşmeler akdetmemesi, söz konusu sözleşmenin ifası sırasında elde etmiş olduğu ticari sırları açıklamaması ve aleyhte kullanmaması ve her iki tarafın da ortak ismini taşıyan bir emanet hesabı açılarak, lisans sözleşmesinden elde edilmiş gelirlerin burada bloke edilmesi taleplerini kapsayan bir geçici koruma tedbiri (*interim arbitration order and award*) alınmıştır. Queensland Mahkemesi nezdinde açılan dava işte bu geçici tedbir kararının New York Konvansiyonu'nca tenfizine ilişkindir.

Bu davada Queensland mahkemesi önemli tespitlerde bulunmuştur. Mahkemeye göre, hakem kararı geçici (*interlocutory*) ve usuli (*procedural*) nitelik taşımaktadır ve uyuşmazlığın esasına ilişkin hiçbir içeriğe sahip değildir ve tarafların karşılıklı hakları konusunda hiçbir kesin çözüm (*finality*) içermemektedir. Hakem tarafından verilen tedbirler tamamen usuli nitelikte olup, her an yine hakem tarafından değiştirilebilir, kaldırılabilir, askıya alınabilir veya gözden geçirilebilir. Mahkeme, hakemin verdiği geçici koruma tedbirinin bu gerekçelerle New York Konvansiyonu uyarınca tenfiz edilemeyeceğini, zira Konvansiyon'un sadece "esasa ilişkin uyuşmazlıklar" (*subject matter of the dispute*) hakkında verilen nihai kararların tenfizini öngördüğünü belirtmiştir. Oysa mahkemeye göre, geçici koruma tedbirleri, uyuşmazlığı çözen türde kararlardan değildir; dolayısıyla bu davada ne New York Konvansiyonu'nun kapsamına giren türde bir "uyuşmazlık", ne de bu uyuşmazlık hakkında verilmiş olan tenfizi kabil bir "karar" mevcuttur<sup>889</sup>.

Bu karar, New York Konvansiyonu kapsamında geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının tenfiz edilebilirliğini incelemiş ve bu hususta önemli kriterler öne sürmüş olan ilk karardır. Bu karardan başka, bazı Amerikan hukukçuların atıf yaptığı yayınlanmamış bir New York Eyalet Mahkemesi kararı, New York Konvansiyonu'nun uygulama alanının hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerini de kapsayıp kapsamadığına ilişkin soruna dolaylı yoldan değinmiş ve bu hususta Konvansiyon'un sınırlayıcı olmadığını belirtmiştir<sup>890</sup>. Benzer şekilde, yayınlanmış pek çok Amerikan mahkemesi kararında, yerel mevzuat uyarınca ya da

<sup>889</sup> Queensland Mahkemesinin kararın özeti niteliğindeki şu cümlesi bu tespitleri vurgulamaktadır: "the reference to "arbitral award" in the Convention does not include an interlocutory order made by an arbitrator but only an award which finally determines the rights of the parties" (YBCA, 1995, s. 640).

<sup>890</sup> *Ministry of Finance and Planning v. Onyx Development Corp.*, 1989 U.S. Dist. Lexis 10995 (S.D.N.Y. 1989). Karara ilişkin bilgi için bkz. **EBB**, s. 20-21.

herhangi bir hukuki kaynağa referans yapmadan, geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının tenfizine karar verilmiştir. Bu kararların önemi, New York Konvansiyonu'nun, *Federal Arbitration Act*'ın tamamlayıcısı olması ve dolayısıyla Federal Tahkim Kanunu için yapılan yorumların, aynı zamanda New York Konvansiyonu açısından da geçerli olacağı düşünülmesindedir<sup>891</sup>.

New York Konvansiyonu kapsamında geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının tenfiz edilebilmesinin mümkün olup olmayacağına ilişkin ilk ve tek karar olma niteliğindeki *RCI Kararı*'nda varılan sonuçların hemen hemen tamamının tartışmaya açık tespitlerden oluştuğu uluslararası tahkim doktrininde ileri sürülmektedir.

Örneğin kararda ileri sürülen, geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararının “*tamamen usuli*” olduğuna ilişkin tespit veya bu tedbirlerin her zaman değiştirilebilir ya da kaldırılabilir olduğu için “*bağlayıcı ve nihai olmayan*” karakteri gerçekten tartışmasız ve mutlak bir gerçekliği yansıtmakta mıdır? Konuyu ayrıntılı bir biçimde irdeleyen **KojoVIC** bu hususta olumsuz görüştedir<sup>892</sup>. Yazara göre, her türlü geçici koruma tedbirlerinin salt usuli karar olarak nitelendirilmesi isabetsizdir. Gerçekten, *RCI* Davasındaki geçici koruma tedbirinde de olduğu gibi, bazı koruma tedbirleri uyuşmazlığın esasının çözümlenmesine dek geçecek süre zarfında tarafların hakları üzerinde etki edecek şekilde sonuç doğuran veya karşılıklı hak ve borçlarının ne şekilde devam edeceğini veya edip etmeyeceğini karara bağlayan düzenleyici nitelikte olabilir. Hatta bunlar, evvelce incelediğimiz *référé provision*, *kort geding* veya *interim payment* gibi bizzat uyuşmazlık konusu olan talebin tümüne veya bir kısmına önceden sahip olunması şeklinde ifa amaçlı tedbirler şeklinde bile görülebilir. Dolayısıyla kanaatimizce de, geçici koruma tedbirlerinin tamamen usuli karakterde olduğu hükmü mutlak geçerliliği olan bir tespit değildir. Geçici koruma tedbirleri de pekâla taraflar arasında “*maddi*” sonuçlar doğurabilir ve hakları üzerinde tıpkı uyuşmazlığın esasında olduğu gibi etki edebilir. Bu itibarla, tahkim yargılaması sürerken verilen, duruşma açılması ve kapanması, süre uzatımı ve yönetimi gibi usuli nitelikteki hakem emir ve kararları (*arbitral order*) ile taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin akıbeti ve statükonun belirlenmesi ya da nihai

<sup>891</sup> “*The New York Convention supplements the Federal Arbitration Act, and the logic of decisions applied to the latter may guide the interpretation of the former*” [*Publicis v. True North Communication Inc.*, 206 F. 3d. 725, 729 (2000)]. Ayrıca bkz. **KOJOVIC**, s. 521, dn. 63.

<sup>892</sup> **KOJOVIC**, s. 522 vd.

kararın etkinliğinin önceden temini gibi geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem emir ve kararlarının farklı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>893</sup>.

New York Konvansiyonu uyarınca tanınması ve tenfizi öngörülen yabancı hakem kararlarının “kesinlik” şartını taşımasının gerekip gerekmediği doktrinde ciddi tartışmalara sebebiyet vermiş olan bir diğer konudur. *RCI* kararında da ifade edildiği üzere, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararların her zaman değiştirilebilir, kaldırılabilir, askıya alınabilir veya yeniden tartışma konusu yapılabilir niteliği, bu kararların “kesin” olmamalarından ötürü New York Konvansiyonu uyarınca tenfiz edilmelerinin önünde gerçekten engel midir?

Bu soruya cevap verilirken ilk olarak tespit edilmesi gereken husus, New York Konvansiyonu’nun uygulama alanını belirleyen I. madde hükmünde ve tenfiz şartlarını içeren V. madde hükmünde, Konvansiyon’un “kesinleşmiş hakem kararlarına” hasredilmiş olduğuna veya hakem kararlarının tenfizi için aranan şartlardan birinin “kesinlik” olduğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmamasıdır<sup>894</sup>. Evvelce belirttiğimiz gibi, New York Konvansiyonu’nda “hakem kararı”ndan ne anlaşılması gerektiğini belirten bir hüküm de bulunmamaktadır. Konuya ilişkin tek madde, Konvansiyon’un “*Hakem kararı terimi ile sadece münferit meselelerin halli için tayin olunan hakemlerin değil, aynı zamanda tarafların başvurdukları daimi hakemlik organlarının da verdikleri kararlar adlandırılır*” ifadesini içeren I/ 2. maddesi hükmüdür. Görüldüğü üzere, bu madde, geçici koruma tedbirlerinin hakem kararı kapsamına dahil olup olmadığı meselesi ile ilgili herhangi bir çıkarım yapmamıza uygun olmadığı gibi, kesinleşme şartı ile ilgili de bir hüküm içermemektedir.

Konvansiyon’da kesinleşme ile ilgili açık bir hüküm olmamakla birlikte, konuya ilişkin başvurulabilecek tek madde, tenfizin reddi sebeplerinin yer aldığı V. maddenin 1 (e) hükmüdür. Bu madde uyarınca, “*Hakem kararı taraflar için henüz vacibürriaye (bağlayıcı) olmamış olur veya, bunun, verildiği memleket kanunu yahut tabi olduğu kanun bakımından selahiyetli bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrası geri bırakılmış bulunursa*” hakem kararının tenfizinin reddedilebileceğini düzenlemektedir. Görüldüğü üzere, bu madde hükmü hakem kararlarının kesinleşmesini aramamakta, “bağlayıcı” olmasını yeterli görmektedir.

<sup>893</sup> KOJOVIC, s. 522.

<sup>894</sup> KOJOVIC, s. 523.



New York Konvansiyonu'nun hakem kararlarında “kesinlik” yerine “bağlayıcı olma”yı araması, aslında yerini aldığı 1927 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının İcrasına Dair Cenevre Konvansiyonu'ndaki *çifte exequatur*'e (*double exequatur*) sebep olan düzenlemeden özellikle kaçınmak istenmesinden kaynaklanmaktadır<sup>895</sup>. Gerçekten, Cenevre Konvansiyonu'nda evvelce kesinleşme şartının aranması uygulamada hakem kararlarının tenfizini ciddi anlamda güçleştirmiştir. Zira, bu düzenleme biçimine göre, hakem kararı, öncelikle verildiği veya usul bakımından tabi olduğu ülke mahkemelerine tevdi edilmeli; iptal, itiraz veya temyiz söz konusu olursa bu prosedürler tüketilerek bu ülkede kesinleştirilmeli, sonra da ikinci bir dava ile tenfiz ülkesinde hakem kararının icrası istenmelidir<sup>896</sup>. Bu itibarla, New York Konvansiyonu'nu hazırlayanlar, milli hukuklarda kararların ülkedeki usul hukuku sistemine göre maddi ve şekli anlamda kesinleşmesini ifade eden “*kaziye-i muhkeme*” (*res judicata*) veya “kesinleşme” (*finality*) gibi kavramların yerine, bilinçli olarak “ *taraflar açısından bağlayıcı olma*” (*binding*) kavramını tercih etmişlerdir<sup>897</sup>. Nitekim, Yargıtay da bir kararında<sup>898</sup>, New York Konvansiyonu uyarınca aranan bağlayıcı hale gelme şartı ile kesinleşme şartının birbirinden farklı kavramlar olduğunu ortaya koyan bir biçimde, Konvansiyon'un V/ 1 (e) maddesindeki hakem kararının bağlayıcılığının, hakem kararının kesinleşmiş olması anlamına gelmediğini belirtmiştir. New York Konvansiyonu uyarınca kesinleşme şartının aranmadığına ilişkin bir diğer gerekçe de, davacı tarafından tenfiz dilekçesine eklenecek belgeleri açıklayan Konvansiyon'un IV. maddesinde, verildiği ülke hukukuna veya uygulanan usul hukukuna göre hakem kararının kesinleştiğine dair bir kararın veya şerhin varlığının öngörülmemiş olmasıdır. Bununla birlikte, Konvansiyon'da kesinleşme şartının aranmıyor olması demek, bir hakem kararının verildiği ülke hukukuna veya usulen tabi tutulduğu hukuka göre iptal davasına konu olması veya iptal yahut temyiz için öngörülen sürenin henüz dolmamış olması halinde dahi tenfiz edilebileceği anlamı taşımamaktadır. Çünkü zaten bu durumda “bağlayıcı” bir hakem karardan söz etmek de mümkün olmayacaktır.

<sup>895</sup> KOJOVIC, s. 523; ŞANLI, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 336.

<sup>896</sup> ŞANLI, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 336.

<sup>897</sup> ŞANLI, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 336. Bağlayıcılık kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 282; ŞANLI, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 337 vd.

<sup>898</sup> YHGK, 9.6.1999, E. 1999/ 19- 467, K. 1999/ 489 (YKD. C. 26, S. 2, Şubat 2000, s. 183 vd.). Kararın eleştirisi ve değerlendirmesi için bkz. NOMER Ergin: “*Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (09.06.1999 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı)*”, MHB, Y. 19-20, S. 1-2/ 1999, Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul, 2001, s. 555-576.

Yalnız burada asıl vurgulanması gereken nokta, New York Konvansiyonu'nda kesinleşme şartının açık bir biçimde aranmamış olmasının, tek başına geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının yabancı bir ülkede tenfiz edilebilmesi anlamı taşımayacağıdır. Gerçekten, doktrinde, New York Konvansiyonu'nun V/ 1 (e) maddesi madalyonun iki yüzü gibi, hem olumlu görüşlere, hem de karşı görüşlere gerekçe oluşturacak şekilde yorumlanmıştır. Nitekim bu sebeple, bu sorunun New York Konvansiyonu'nun tenfiz şartlarından bağımsız bir biçimde ele alınmasının daha isabetli olacağı doktrinde bazı yazarlar tarafından ileri sürülmüştür<sup>899</sup>. Aşağıda, New York Konvansiyonu'nun geçici koruma tedbirlerine ilişkin yabancı hakem kararlarına uygulanması meselesinde uluslararası tahkim doktrininde yer alan farklı görüşler incelenecektir.

### c) Doktrindeki Görüşler ve Kanaatimiz

New York Konvansiyonu'nun hakemlerce verilmiş olan geçici koruma tedbirlerinin tenfizi için de uygulanabilir olup olmadığı uluslararası tahkim doktrininde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Konvansiyon'un konuya ilişkin olarak olumlu ya da olumsuz bir düzenleme içermemesinin yanı sıra, *RCI Kararı* haricinde bu hususu inceleyen mahkeme kararlarının da eksikliği söz konusu farklı görüşlere zemin hazırlamıştır.

Olumsuz görüşe sahip yazarlardan **Lalive**, New York Konvansiyonu'na değinmeden, genel olarak pek çok ülke milli hukuk sisteminde, hakem heyetince verilen "*hakem kararı /sentence arbitrale*" şeklindeki geçici koruma tedbirlerinin tenfizinin önünde ciddi engellerin bulunduğunu belirtmiştir<sup>900</sup>. **Von Hoffmann** ise, hakem heyeti tarafından sonradan değiştirilebilen veya kaldırılabilen nitelikteki geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının, New York Konvansiyonu uyarınca bağlayıcı sayılamayacağından tenfiz de edilemeyeceğini ileri sürmektedir<sup>901</sup>. Yazara göre, uluslararası konvansiyonlar sadece kesinleşmiş yabancı hakem kararlarının icrasını düzenlemektedir ve bu sebeple geçici koruma tedbiri içeren hakem kararları veya emirleri, New York Konvansiyonu kapsamında tenfiz edilemez. Alman hukukçu **Bösche** ise, geçici karar (*provisional awards*) niteliğindeki geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının, bağlayıcı

<sup>899</sup> De **BOISSESON**, s. 750; **KOJOVIC**, s. 523.

<sup>900</sup> **LALIVE**, *Exécution*, s. 344.

<sup>901</sup> **VON HOFFMANN** Bernd: "*International Construction Arbitration*", Essays on International Commercial Arbitration, Ed. Petar Sarcevic, London, 1989, s. 236.

(*binding*) ve nihai (*final*) olmamaları sebebiyle münhasıran kesinleşmiş hakem kararlarının tenfizini öngören ikili veya çok taraflı konvansiyonlar uyarınca tenfiz edilemeyeceğini savunmaktadır<sup>902</sup>. **Arnaldez-Shäffer**, *ICC pré-arbitral référé* usulünden yola çıkarak, bunlara ilişkin emirlerin New York Konvansiyonu uyarınca tenfizinin mümkün olup olmadığı hususunda değişik ülke hukuk sistemlerinin açık olmadığını vurgulamakla, konuya ilişkin çekimser bir tavır sergilemektedir<sup>903</sup>. Fikri mülkiyet hakları konusunda yazdığı makalesinde **Blessing**, hiçbir gerekçe göstermeksizin, geçici karar niteliğindeki (*interim award/ sentence provisoire*) tedbir kararlarının New York Konvansiyonu uyarınca tenfizinin oldukça sorgulanabilir olduğunu belirtmiştir<sup>904</sup>. **Knoepfler** ise, New York Konvansiyonu'nun geçici koruma tedbirlerinin tenfizi için uygulanamayacağını zira bu Konvansiyon'un geçici kararların tenfizini öngörmediğini belirtmiştir<sup>905</sup>. Yazar, hakemlerin vermiş oldukları emirlere "karar" niteliği atfetmenin, "hakem kararı" kavramını deforme edeceği ve bu tür kararların, kısmi hakem kararlarında dahi var olan "uyuşmazlığı kesin bir biçimde çözmeye" niteliğine sahip olmamaları sebebiyle New York Konvansiyonu uyarınca icra edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Doktrindeki çoğunluğun olumsuz fikre sahip olduğunu ileri süren **Merkt**'e göre, New York Konvansiyonu'nun geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının tenfizinde uygulanabilir olup olmadığı Konvansiyon'a üye devletlerin milli hukuklarına göre yapılacak değerlendirmeye bağlıdır<sup>906</sup>. **Van Berg**'in konuya ilişkin olumsuz fikrini, kısmi kararlarla ilgili açıklamasının zıt anlamından çıkarmak mümkündür. Yazar, kısmi kararların da, uyuşmazlığın sadece bir bölümü için bile olsa kesinlik arzetmelerinden ötürü, New York Konvansiyonu uyarınca tenfiz edilebileceğini ifade etmektedir<sup>907</sup>. Bundan çıkarılacak sonuç, yazarın "kesinleşmemiş" olmaları sebebiyle geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının Konvansiyon kapsamında icra edilmeyeceğini düşündüğüdür<sup>908</sup>.

**Besson** ise, New York Konvansiyonu'nun çeşitli hükümlerinden yola çıkarak, aslında Konvansiyon'un geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarını

<sup>902</sup> **BÖSCHE**, s. 292.

<sup>903</sup> **ARNALDEZ** Jean-Jacques/ **SCHÄFFER**: "Le Règlement de Référé Pré-Arbitral de la Chambre de Commerce Internationale (en vigueur depuis le 1er janvier 1990)", Rev. Arb. 1990, No: 4, s. 848.

<sup>904</sup> **BLESSING** Marc: "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", Arb. Int., Vol.12, No: 2, 1996, s. 214.

<sup>905</sup> **KNOEPFLER**, *Mesures Provisoires*, s. 312 ve 328.

<sup>906</sup> **MERKT**, s. 192.

<sup>907</sup> YBCA 1991, s. 477.

<sup>908</sup> **BESSON**, s. 334; **BAHMAEI**, s. 246.

kapsamadığını ve hatta hazırlık çalışmaları yapanların bu tür kararları hiç düşünmediklerini ileri sürmektedir<sup>909</sup>. Yazar, V/ 1 (e) ve VI. madde<sup>910</sup> hükümlerinin hakem kararı ile belli bir devletin hukuk düzeni arasında bir bağlantı kurduğunu ve anılan hukuk düzeni uyarınca iptal prosedürüne konu olan türde hakem kararlarının olsa olsa “nihai” hakem kararları olabileceğini; dolayısıyla bu niteliğe sahip olmayan geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının Konvansiyon kapsamında tenfizinin söz konusu olamayacağını belirtmektedir<sup>911</sup>. **Besson**, New York Konvansiyonu’nun V/ 1 (e) maddesinden yola çıkarak, Konvansiyon’un sadece taraflar arasındaki uyuşmazlığı esastan ve nihai bir biçimde çözen kesinleşmiş hakem kararlarını kapsadığını, geçici koruma tedbirlerinin ise hakem heyetince daima değiştirilebileceği ve kaldırılabilirliği için bu tür kararlar kapsamında değerlendirilemeyeceğini, dolayısıyla bağlayıcı vasfa sahip olmadıklarından tenfiz edilemeyeceklerini ileri sürmektedir<sup>912</sup>. Yazar, Konvansiyon’un tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin V/ 1 (a) ve savunma haklarına aykırılığa ilişkin V/ 1 (b) maddelerinde öngörülmüş olan tenfizin reddi sebeplerinin de, yine “kesinleşmiş” hakem kararları düşünülerek ihdas edilmiş olduklarını belirtmektedir. Zira, yazara göre, hakemlerin sadece *prima facie* bir biçimde yetkilerinin varlığının geçici tedbirlere hükmedebilmek açısından yeterli olduğu veya *ex parte* tedbirlerin büyük önem taşıdığı hallerde savunma haklarının ihlâlinden bahsetmenin anlamsız olduğu dikkate alındığında, bu tür tenfizi red sebeplerinin asıl olarak geçici koruma tedbirleri için öngörülmüş olmadığını; aksine uyuşmazlığın esasını çözen nihai hakem kararlarının tenfizini düzenledikleri anlaşılmaktadır<sup>913</sup>.

**Bahmaei** ise daha pragmatik bir yaklaşımla, geçici koruma tedbirlerini içeren hakem kararlarının niteliği ve işlevi dikkate alındığında, bu kararların New York Konvansiyonu uyarınca tenfiz edilmeye uygun olmadığını belirtmektedir<sup>914</sup>. Geçici koruma tedbirlerinin her an değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir olma niteliği ve anılan kararlara hükmedilirken New York Konvansiyonu’nun en önemli prensiplerinden biri olan savunma haklarına riayet prensibine (V/ 1-b) aykırı

<sup>909</sup> **BESSION**, s. 341 vd.

<sup>910</sup> “V. Maddenin 1 (e) bendinde derpiş edilen salahiyetli makamdan hakem kararının iptali veya icrasının taliki talep edilmiş olması halinde, huzurunda hakem kararı dermeyan edilen otorite muvafık görürse, bunun icrası hükmünün verilmesini ileriye bırakabilir ve kezalık, kararın icrasını isteyen tarafın talebi üzerine, karşı tarafı münasip teminat itası ile mükellef kılabilir”.

<sup>911</sup> **BESSION**, s. 341.

<sup>912</sup> **BESSION**, s. 343.

<sup>913</sup> **BESSION**, s. 345.

<sup>914</sup> **BAHMAEI**, s. 249.

olabilecek hususlarla karşılaşılabilmesi ihtimali, yazara göre Konvansiyon'un münhasıran uyuşmazlığı esastan çözen kesinleşmiş hakem kararlarının tenfizini düzenlediğini ispatlamaktadır<sup>915</sup>. Yazar, aksini düşünmenin, hakemlere geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkisinin verilmesinin bile düşünülemediği o yıllarda, anılan türdeki hakem kararlarının yabancı ülkede tenfizinin düzenlenebilmiş olabileceği gibi mantık dışı bir varsayımı kabul etmek anlamına geleceğini belirtmektedir<sup>916</sup>.

New York Konvansiyonu'nun geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının tenfizi için de uygulanabileceğini savunan görüşler ise sanılan aksine esasında olumsuz görüşlerden daha az sayıda değildir. **Boisséson**, Konvansiyon'un yapılış amacı ve felsefesi dikkate alındığında, bağımsız bir yorum yapılarak geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının da New York Konvansiyonu'nun öngördüğü tanıma ve tenfiz usulünden faydalanmasının mümkün olması gerektiğini savunmaktadır<sup>917</sup>. **Hausmaninger** ise, herhangi bir gerekçe ileri sürmeksizin, Konvansiyon'un kapsamını ve uygulama alanını belirleyen md. I/ 1 hükmündeki "karar" kavramı içerisine geçici tedbirlere ilişkin hakem kararlarının da dahil olduğunu belirtmektedir<sup>918</sup>. **Derains**'e göre, en azından *référé arbitral* usulü ile verilmiş olan geçici tedbirlere ilişkin hakem kararlarının, tıpkı uyuşmazlığın esası hakkındaki hakem kararları gibi, bağlayıcı olmaları ve kesinlik arzetmeleri nedeniyle onlarla eşit görülmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>919</sup>. **Reiner** ise, geçici koruma tedbirleri gibi kesinleşmemiş ve belirli bir zaman dilimi için geçerli olan hakem kararlarının, New York Konvansiyonu'nun öngördüğü anlamda "karar" niteliğine aykırı sayılmaması gerektiğini; zira uyuşmazlığın esasına ilişkin pek çok hakem kararının dahi belli bir zaman dilimi ile sınırlı olabileceğini savunmaktadır<sup>920</sup>. Yazar bu görüşüne dayanak olarak, belirli bir süre için rekabet etme yasağı öngören sözleşmeye aykırı davranan tarafın, bu süre zarfında rekabet etmesini engelleyen türdeki hakem kararlarını örnek göstermektedir<sup>921</sup>. **Veeder** ise, aynı hakem heyeti tarafından verilmiş olan uyuşmazlığı esastan çözen hakem kararları ile geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem karar ve emirlerinin farklı muameleye tabi tutulmasının

<sup>915</sup> **BAHMAEL**, s. 249.

<sup>916</sup> **BAHMAEL**, s. 249.

<sup>917</sup> **BOISSESON**, s. 750.

<sup>918</sup> **HAUSMANINGER**, s. 91.

<sup>919</sup> **DERAINS** Yves: "Expertise Technique et Référé Arbitral", Rev. Arb. 1982, s. 247 vd.

<sup>920</sup> **REINER** Andreas: "Les Mesures Provisoires et Conservatoires et L'Arbitrage International, Notamment L'Arbitrage CCF", JDI, 1988, s. 899.

<sup>921</sup> **REINER**, s. 899.

sebebini sorgularken, mantık ve aklın olduğu kadar sağduyunun da, söz konusu geçici koruma tedbirlerinin New York Konvansiyonu uyarınca tenfiz edilebilmesinin isabetli ve pratik açıdan yararlı olacağını savunmaktadır<sup>922</sup>. **Schlosser** ise, tahkim anlaşmasının sözleşmesel niteliğinden söz ederek, bu sözleşmesel ilişkinin, hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin de birer “hakem kararı” olarak mütalaa edilmesini gerektirdiğini vurgulamış ve dolaylı yoldan bu tür kararların da tenfize olumlu yaklaşmıştır<sup>923</sup>.

Konu hakkında ayrıntılı bir inceleme yapan **Kojovic**, kısmi kararlardan yola çıkarak geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının New York Konvansiyonu uyarınca tenfiz edilebileceğini savunmaktadır<sup>924</sup>. Yazara göre, doktrinde hemen herkesin fikir birliğine vardığı konulardan biri, kısmi hakem kararlarının da New York Konvansiyonu uyarınca tenfiz edilebileceğidir. Gerçekten, kısmi kararlar, uyuşmazlık konusu olan hususların tamamı hakkında çözüm içermeseler dahi, ilişkin oldukları konularda, diğerlerinden ayrı ve bağımsız (*separate and independant*) değerlendirilebilmelerinden ötürü, tanınıp tenfiz edilebilmektedirler<sup>925</sup>. **Kojovic**, geçici tedbirlerin de aynen kısmi kararlar gibi, kapsadıkları konularda diğerlerinden bağımsız bir nitelik taşımalarından ve ayrılabilirliğinin mümkün olmasından dolayı ve bu türdeki geçici tedbir kararlarının da tenfiz edilebileceğini ileri sürmektedir. Her ne kadar Konvansiyon’da “kesinleşme” şartının arandığına ilişkin net bir ifade yer almasa da, bir an için bu zorunluluğun varlığı kabul edildiğinde dahi geçici koruma tedbirleri açısından aslında olumsuz bir durumun söz konusu olmayacağını ileri süren yazar, bu görüşüne dayanak olarak, geçici koruma tedbirleri bağlamında “kesinlik” kavramının farklı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, koruma tedbirlerine ilişkin geçici kararların konusu, söz konusu tedbire hükmedilip hükmedilmeyeceğidir. Anılan tedbirlere hükmedilmesi halinde artık bu tedbirlere konu olan husus açısından kesinlik taşıyan bir tespit söz konusu olmaktadır. Koruma tedbirinin daha sonradan başka bir geçici kararla veya esas hakkındaki kararla değiştirilebilir ya da kaldırılabilir olması, bu kararların icra edilmesini engellemez. Zira, bir geçici tedbirde olması gereken kesinlik, sadece bu karara hükmedildiği anda mevcut olan

<sup>922</sup> **VEEDER** V.V.: “*Provisional and Conservatory Measures*”, Paper presented at the 50th anniversary of the New York Convention Summer 1998, KOJOVIC’ten naklen, s. 532.

<sup>923</sup> **SCHLOSSER** Peter: Das Recht der Internationalen Privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Tübingen, 1989, s. 566 vd., CARLEVA RIS’ten naklen, *Recognition*, s. 525.

<sup>924</sup> **KOJOVIC**, s. 523 vd.

<sup>925</sup> **KOJOVIC**, s. 523-524.

kesinliktir. Geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararları, tahkim yargılaması boyunca taraflar arasındaki statükoyu olduğu gibi korumak, hukuki ilişkinin geleceği hakkında maddi sonuçlar doğuran kararlar vermek veya nihai kararın etkinliğini önceden temin etmek amacı taşıyabilir. Her ne amaçla verilirse verilsin, söz konusu geçici koruma tedbirine dair karar yürürlükte kaldığı müddetçe, ki bu müddet çoğu zaman tahkim yargılamasının sona ermesine kadar geçen süreye eşittir, kendi içinde bir kesinlik taşımaktadır<sup>926</sup>.

Bu görüş çeşitli mahkeme kararlarında da yansımaları bulmuştur. Örneğin, Amerikan Federal Mahkemesi'nin bir kararında, tahkim yargılaması süresince taraflardan birinin sözleşmeyi ifa etmeye devam edip etmeyeceğini düzenleyen geçici tedbir kararının, tıpkı kısmi kararlar gibi, uyuşmazlığın esasından ayrı, bağımsız ve münferit karaktere sahip olduğu vurgulanmıştır<sup>927</sup>. Bir başka mahkeme kararında ise, geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararların “geçici” olma niteliklerinin, kararın kendisinden değil, yürürlükte kaldıkları sürenin yargılama süresiyle sınırlı olmasından kaynaklandığını belirtilmiş ve bu tür kararların yegâne anlamının, verildikleri an icra edilmeleri olduğunu, hakemlerin uyuşmazlığın esası hakkındaki nihai kararlarına dek bekletildikleri takdirde tüm varlık sebeplerini yitirecekleri belirtilmiştir<sup>928</sup>. Tüm bu gerekçelerden ötürü, **KojoVIC**, geçici koruma tedbirlerinin “geçici” süre için yürürlükte kalma özelliğiyle birlikte icra edilebileceğini savunmaktadır<sup>929</sup>. Bu görüş bir hakem kararına şu sözlerle yansımıştır: “*Tedbir kararları nitelik açısından “geçici”, düzenlediği hususlar açısından ise “kesin” nitelik taşımaktadır*”<sup>930</sup>. **KojoVIC**'in görüşüne temel teşkil eden hukuki dayanaklarından biri de New York Konvansiyonu'nun V/ 1 (e) maddesidir. Bu maddeye dayanan olumsuz görüş taraftarlarının aksine, yazar, hükmün iki açıdan Konvansiyon'un geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının icrası için uygulanabilir olmasına hizmet ettiği düşüncesindedir. Evvelce belirtmiş olduğumuz

<sup>926</sup> **KOJOVIC**, s. 524.

<sup>927</sup> “*The interim award disposes of one self-contained issue, namely, whether the City is required to perform the contract during the pendency of the arbitration proceedings. This issue is a separate, discrete, independent, severable issue*”: *Island Creek Coal Sales Co. v. City of Gainesville, Florida* 729 F. 2nd 1046 (6th Cir. 1984).

<sup>928</sup> *Southern Seas Navigation Limited of Monrovia v. Petroleos Mexicanos of Mexico City* 606 F. Supp. 692 ve 694 (S.D.N.Y. 1985). Benzer kararlar için bkz. **KOJOVIC**, s. 524, dn. 80.

<sup>929</sup> “*It follows that only the duration but not the purpose of interim award on provisional relief depends on the ultimate resolution of the merits. The provisional duration of an interim award should not be an obstacle to its enforcement, because an interim award is recognized and enforced “together” with its temporary character*”, **KOJOVIC**, s. 524.

<sup>930</sup> “*An interim award is interim in referance but final as to the matters decided herein*”: *Polydefkis Corp. And Prometheus Maritime Corp. Piraeus (Stravelakis Group) v. Transcontinental Fertilizer Co.*, 1996 WL 683629.

gibi, söz konusu madde kesinlik değil “bağlayıcılığı” yeterli görür bir biçimde “*Hakem kararı taraflar için henüz vacibürriaye (bağlayıcı) olmamış olur veya, bunun, verildiği memleket kanunu yahut tabi olduğu kanun bakımından selahiyetli bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrası geri bırakılmış bulunursa*” hakem kararının tenfizinin reddedilebileceğini düzenlemektedir. Madde bağlayıcılığın hangi hukuka göre belirleneceği konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Doktrinde bunun aslında bilinçli bir seçim olduğu, bağlayıcılığın tahkime uygulanan hukuka özellikle tabi tutulmadığını, zira aksinin kabulünün “çifte exequatur” e yol açacağından Konvansiyon’un amacıyla ve sistematığıyla çelişeceği belirtilmiştir<sup>931</sup>. Buna karşılık, Konvansiyon’un aynı maddesinde, davalının kararın iptal edilmiş veya askıya alınmış olmasına yönelik itirazlarının “kararın verildiği ülke” veya “tahkimin tabi olduğu hukuka” göre inceleneceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu hususa dikkat çeken **Kojovic**, New York Konvansiyonu’nun V/ 1 (e) maddesinde yer alan bu düzenlemenin, kararın “bağlayıcı olması” ile “verildiği ülke veya tahkimin tabi olduğu hukuka göre iptal veya hükmün askıya alınmış olma” durumunu farklı değerlendirdiğini ispatladığını ve dolayısıyla bu hükmün New York Konvansiyonu’nun geçici koruma tedbirlerinin tenfizine engel olamayacağını belirtmektedir<sup>932</sup>. Yazar, sonuç olarak, New York Konvansiyonu’nun öngördüğü diğer tenfiz şartlarına uygun olmak kaydıyla, hakemlerce hükmedilmiş olan bir geçici koruma tedbiri kararının tenfizinin mümkün olduğunu savunmaktadır<sup>933</sup>.

Yukarıda örneklerini vermiş olduğumuz olumlu görüş taraftarı yazarların savunduğu fikirlerin ortak amacı, uluslararası tahkim uygulamasında büyük önem taşıyan geçici koruma tedbirlerine etkinlik ve sınırlar ötesi dolaşım imkânı sağlamaktır. Bu görüşlerin büyük bir çoğunluğu, geçici koruma tedbirlerinin aslında ilişkin oldukları meseleyi çoğu zaman nihai olarak halletmiş olduğunu ve sırf yürürlükte kalacakları zamanın tahkim yargılamasıyla sınırlı olmasının, bu gerçeği göz ardı etmeye yetmeyeceğini vurgulamaktadır<sup>934</sup>. Dolayısıyla, geçici koruma tedbirleri içeren hakem kararlarının sonradan değiştirebilir olma imkânının icrayı engellememesi gerektiği zira kesin hükmün “sadece hüküm anında mevcut olmasının yeterli olacağı” dikkate alındığında, anılan türdeki hakem kararlarının da tenfizinin mümkün olması gerektiği savunulmuştur. Nitekim tüm bu görüşlerin uygulamaya da

<sup>931</sup> ŞANLI, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 338-342.

<sup>932</sup> KOJOVIC, s. 52526-527.

<sup>933</sup> KOJOVIC, s. 527.

<sup>934</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 525.



yansıması olmuş ve geçici tedbirlere ilişkin emirler, tıpkı uyuşmazlığı esastan çözüme kavuşturan hakem kararları gibi muamele görmüştür. Doğrudan New York Konvansiyonu'nun uygulanması söz konusu olmasa da, bu kararlarda Konvansiyon'un geçici koruma tedbirlerine uygulanabileceğinin ipuçlarına rastlanmaktadır<sup>935</sup>.

Görüldüğü üzere, New York Konvansiyonu'nun hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerine ilişkin emir ve kararların tenfizi için uygulanabilir olup olmadığı meselesi doktrinde oldukça tartışmalıdır. Sanılanın aksine, olumlu görüş taraftarı yazarların sayısı, olumsuz görüşü benimseyenlerden daha az değildir. Doktrinde bu denli fikir ayrılığı olmasının sebebi, hiç kuşkusuz, konuya ilişkin olarak New York Konvansiyonu'nun hiçbir aydınlatıcı hüküm içermemesidir. Gerçekten, New York Konvansiyonu, ne “hakem kararı”ndan anlaşılması gerekeni, ne de “geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının tenfizi”ni düzenlemektedir. Bunda şaşırtıcı bir yön bulunmamaktadır. Zira, *imperium* açısından daima devlet yargısından eksik ve ona rakip gibi görülmüş olan tahkim yargılamasında, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilmelerinin hayal dahi edilemediği yarım asır evvelki bir zamanda, Konvansiyon hazırlayıcılarının bu tür geçici tedbir kararlarının icrasını düşünebilmelerini beklemek elbette gerçekçi olmayacaktır. Ancak, uluslararası tahkimin hızla gelişmesi ve buna paralel olarak hakemlerin de tıpkı hakimler gibi yetkilerle donatılması, bu bağlamda geçici koruma tedbirlerine de hükmedebilmeleri sonucunu doğurmuştur. Dolayısıyla, hakemlerce verilmiş olan bir geçici koruma tedbirinin yabancı ülkede tenfizinin talep edilmesi meselesi artık sıkça karşılaşılan ve çözüm bulunması gereken bir konu haline gelmiş ve bu itibarla da doktrinde yoğun tartışmalara sebep olmuştur. Bu tartışmaların odağında elbette pekçok ülkenin taraf olduğu New York Konvansiyonu bulunmaktadır. Her ne isim altında (emir, talimat, karar) olursa olsun, New York Konvansiyonu'nun geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının tenfizinde uygulanabilir olup olmamasına ışık tutacak bir düzenlemenin yokluğu, doktrini ikiye ayırmıştır. Olumsuz görüşü savunanlar,

<sup>935</sup> *Sperry International Trade Inc. v. Government of Israel (Sperry II)* 689 F.2nd 301 (2nd Cir. 1982). *Sperry Kararı* olarak bilinen bu meşhur kararda, her ne kadar New York Konvansiyonu veya yerel mevzuata atıf yapılmamış olsa bile, tahkim yeri New York ve bir yabancı ile Amerikan vatandaşı arasındaki bir uyuşmazlığın söz konusu olması sebebiyle, uyuşmazlığın hem New York Konvansiyonu'nun, hem de bunun uygulanmasını öngören FAA Chapter I, 9 USC md. 202'nin uygulama alanına girdiğinde kuşku yoktur. Dolayısıyla, bu çerçevede tenfiz edilen bir geçici koruma tedbirine ilişkin hakem kararı New York Konvansiyonu'nun uygulanabilirliği açısından da önemli bir gösterge sayılmaktadır. Ayrıca bkz. *Bergsen v. Joseph Muller Corp.* 710 F. 2n 928 (2nd Cir. 1983); *Lander Co., Inc. v. MMP Investments, Inc.*, 107 F. 3d 476 (7th Cir. 1997).

Konvansiyon'un tenfiz şartlarını içeren belirli maddelerinin yorumlanması yoluyla ve tarihsel gerçeklikle görüşlerini gerekçelendirmişlerdir. Statükocu olarak adlandırılacak bu görüşün en önemli eksikliği, uluslararası tahkimin ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak olması ve modern hukuk sistemlerindeki gelişmelere, örneğin UNCITRAL Model Kanunu'ndaki değişikliklerin sebebine gözlerini kapamasıdır. New York Konvansiyonu'nun geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının tenfizinde uygulanmasını savunan görüş ise, iki temel üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bunlardan ilki, Konvansiyon'da geçici koruma tedbirlerinin tenfiz edilemeyeceğine ilişkin engelleyici nitelikte açık bir düzenlemenin bulunmaması sebebiyle, tenfiz şartlarından yola çıkılarak kanaate varılmasının isabetsiz olduğuna ilişkin düşüncedir. Bu düşünce uyarınca, tahkim uygulaması içerisinde gelişen ihtiyaçlar dikkate alındığında, Konvansiyon'un, her türlü madde hükmünden bağımsız olarak, özerk bir biçimde günümüze adapte edilerek pragmatik açıdan yorumlanması ve geçici koruma tedbirlerinin tenfizinde uygulanabilmesi gerekmektedir. Aynı sonuca ulaşmaya yarayan bir diğer gerekçelendirme biçimi ise, karşı görüşün temel aldığı Konvansiyon hükümlerinin, olumsuz görüşe hizmet eder nitelikte olmadığına ispatlanması ve gerekçelendirilmesine dayanmaktadır. Bu görüşün en önemli eksikliği ise, ikna edici sayıya ulaşacak kadar uygulamaya yansımamış olması ve Konvansiyon'un tarihsel yapısı dikkate alındığında o zamanki gerçeklikle çelişmesidir.

Kanaatimizce, New York Konvansiyonu'nun hazırlandığı 1950'li yıllarda hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebileceklerini düşünmek elbette gerçekçi olmayacaktır. Ancak salt bu tespit, geçici koruma tedbirlerinin tenfizini Konvansiyon dışında tutmak için yeterli bir argüman sayılmamalıdır. Zira, yukarıda gerekçeleriyle sunduğumuz her iki görüşe mensup yazarlarca savunulanlar bir bütün halinde ele alındığında, kuşku duyulmayacak tek bir gerçeğin var olduğu görülmektedir: New York Konvansiyonu'nda, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının Konvansiyon uyarınca tenfizinde engel olabilecek açık ve net hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla konu hakkında bir sonuca ulaşmak ancak yorum yapmak yoluyla mümkün olacaktır. Bu yorum esasında iki menfaat arasında hangisinin tercih edileceğine ilişkin bir yorumla eşdeğerdir. Bu menfaatlardan ilki, geçici hukuki koruma tedbirlerini içeren hakem kararlarının, tartışmalı da olsa, "geçici" olma nitelikleri sebebiyle sonradan değiştirilebilir veya kaldırılabilir olmalarının, hukuki güven ve istikrar ilkesiyle

bağdaşmayacağı düşüncesiyle tenfizi reddetmekteki menfaat, yani aleyhine tenfiz kararı alınan tarafın menfaatidir. Diğer menfaat ise, tenfiz edilememe halinde, ileride alınacak nihai kararın etkisiz kalması tehlikesine maruz kalacak olan tarafın menfaatidir. Bu menfaatler arasında tercih yapılırken göz önünde tutulması gereken iki önemli husus olduğunu düşünmekteyiz. Bunlardan ilki, tahkim anlaşmasının “*sözleşmesel niteliği*”dir. Zira, tahkime uygulanacak hukukun öngörmesi ve aksinin taraflarca kararlaştırılmamış olması halinde, taraflar tahkime başvurmakla, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisini kabul etmiş sayılırlar ve bu hususta iradeleri yansıtmış olan taraflardan, bu tür kararların tenfizinden kaynaklanacak sonuçlara da katlanmaları makul bir beklenti sayılabilir. Bir diğer husus ise, tercih edilmeyen menfaatin yerine ikame edilebilecek alternatif hukuki çarelerin var olup olmadığıyla ilgilidir. Bu konu şu açıdan önem taşır: New York Konvansiyonu’nun hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının tenfizinde uygulanmamasının neticesinde doğabilecek sakıncaları bertaraf edebilecek bir hukuki çare mevcut mudur? Bu soruya hiç şüphesiz olumlu yanıt vermek gerekir. Zira aynı amaca mahkemeler yoluyla ulaşmak, diğer bir ifadeyle, ihtiyaç duyulan geçici koruma tedbirini mahkemelere başvurmak suretiyle elde etmek daima mümkündür. Hatta bu nedenlerden ötürü, uygulamada geçici koruma tedbirleri çoğu kere devlet yargısından talep edilmektedir. Hal böyle iken, New York Konvansiyonu’nun hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının tenfizinde uygulanıp uygulanmamasının hukuki gerekçeleri doktrinel tartışmalara konu olsa da, uygulama bu açıdan kendisine bir çeşit emniyet aracı sağlamakla bu tartışmaların devam etmesine zemin hazırlamaktadır. Bu noktada son olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus ise, Konvansiyon’un tenfiz şartlarına ilişkin hükümleri ve tenfiz prosedürünün mevcut hali dikkate alındığında, aciliyet gerektiren hallerde başvuru yapılan geçici koruma tedbirlerinin tenfizi açısından Konvansiyon’da öngörülen sistemin uygun bir çözüm yöntemi olmaktan uzak olduğudur. Bu itibarla, tahkimin ihtiyaçlarına cevap vermek adına, tıpkı UNCITRAL Model Kanunu’nda olduğu gibi, New York Konvansiyonu’nda da, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerine ilişkin hakem kararlarının tenfizini öngören basit ve anlaşılır kuralların hazırlanmasının, bu tür tartışmalara son verilmesi açısından en isabetli ve kesin çözümü getireceği düşüncesindeyiz.

## 2) Diğer Çok Taraflı Konvansiyonlar

Hemen hepsine Türkiye'nin de taraf olduğu diğer uluslararası konvansiyonlar arasında Milletlerarası Ticari Hakemlik konusundaki 21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa (Cenevre) Konvansiyonu da bulunmaktadır. Ancak bu Konvansiyon'da geçici koruma tedbirlerinin tanınması veya tenfizine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>936</sup>.

18 Mart 1965 Tarihli ICSID Konvansiyonu olarak da bilinen Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Washington Konvansiyonu ise 54. maddesinde oldukça liberal bir düzenleme benimsemiştir. Buna göre; *“Her üye ülke bu Sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi Devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir”*. Verilen hakem kararlarının icra edileceği ülkede verilmiş hakem kararları gibi işlem göreceğini belirten bu maddenin, Konvansiyon'un geçici koruma tedbirlerini düzenleyen 47. maddesi ile beraber yorumlanması sonucunda, söz konusu hükmün sadece *“ tarafların hakları üzerinde kesin sonuç doğuran nihai hakem kararları”*nı kapsadığı anlaşılmaktadır<sup>937</sup>. Zira, 47. madde *“Taraflar başka biçimde anlaşmadığı takdirde, Heyet şartların böyle gerektirdiğini düşünerek, her iki tarafın karşılıklı haklarını korumak için ihtiyati tedbirler tavsiye edebilir”* demektedir ve bundan çıkarılması gereken sonuç, hakemlerin ihtiyati tedbir kararlarına hükmedebilme yetkilerinin bile olmadığı, sadece tavsiye edebilmelerinin mümkün olduğu bir düzenlemede, ancak nihai hakem kararlarına tanınmış olan icrai etkinin bu tür geçici tedbirlere verilemeyecek olmasıdır.

Çeşitli ülkeler arasında yapılmış olan ikili anlaşmalarla, geçici koruma tedbirlerinin bu anlaşmalara taraf devletler arasında tanınması ve tenfizi mümkün kılınmış olsa dahi, tıpkı Brüksel ve Lugano Konvansiyonlarında olduğu gibi, bu anlaşmalarda da hakem heyeti tarafından verilmiş olan geçici koruma tedbirleri kapsam dışında bırakılmış ve söz konusu anlaşmalarda yer alan ilgili hükümler

<sup>936</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 523; BESSON, s. 350; BAHMAEI, s. 252.

<sup>937</sup> BESSON, s. 350; BAHMAEI, s. 252; CARLEVARIS, *Recognition*, s. 523.

sadece devlet mahkemelerinden verilmiş olan geçici koruma tedbirlerine özgülendiği<sup>938</sup>.

## B) Çeşitli Milli Hukuk Sistemleri Uyarınca İcra

Hakemlerce verilmiş olan geçici koruma tedbirlerinin verildikleri ülke dışında icrası konusunda uluslararası konvansiyonların, ya konuya ilişkin herhangi bir düzenleme içermediğini, ya da New York Konvansiyonu'nda olduğu gibi, getirilen düzenlemenin koruma tedbirlerine ilişkin “geçici” nitelikteki hakem kararlarına uygulanmasının mümkün görülmediğini yukarıda belirtmiştik<sup>939</sup>. Bir an için, New York Konvansiyonu'nun yabancı ülkede hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi için uygulanabilir olduğu kabul edilse bile, bu husus dahi konu ile ilgili ulusal düzenlemelerin göz ardı edilmesini gerektirmemektedir. Zira New York Konvansiyonu'nun VII/ 1. maddesi “*İşbu sözleşme hükümleri âkit devletler arasında mün'akit hakem kararlarının tanınması veya icrasına dair, iki yahut çok taraflı anlaşmaların muteberliğine hâlel getirmez ve taraflardan hiçbirini bir hakem hükmünden, bunun dermeyan edildiği memleketin mevzuat ve muahedeleri âhkam dairesinde faydalanabilmek imkânını haiz olma hakkından mahrum etmez*” hükmü ile açıkça, talep sahiplerinin tenfiz devletinin mahalli mevzuatından daima yararlanabileceğini belirtmiştir. Gerek bu itibarla, gerekse uluslararası konvansiyonlarda konuya dair uygulanabilir hiçbir hukuki düzenlemenin bulunmaması sebebiyle, milli hukuk sistemlerinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır<sup>940</sup>.

Her ne kadar milli hukuk sistemleri bu hususta son derece yavaş ilerleme sağlasalar da, yine de bazı ülke hukuklarının liberal ve yenilikçi bir takım kurallar kabul etmek suretiyle, hakemlerce yabancı bir ülkede hükmedilmiş olan geçici koruma tedbirlerinin rızaen yerine getirilmemesi halinde, kendi ülkelerinde icra edilmesine imkân tanıdığı görülmektedir. Tahkim yoluyla çözümlenen uyuşmazlıklar kapsamında hakemler tarafından hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin *verildikleri ülkede icra edilmesi* konusunda “*exequatur*” ve “*assistance*” olmak üzere, iki çeşit usulün benimsendiğini belirtmiştik. Söz konusu yabancı bir ülkede hakemlerce

<sup>938</sup> Avrupa devletleri arasındaki ikili anlaşmalara örnekler için bkz. **BAHMAEI**, s. 252-253; **BESSON**, s. 351-352.

<sup>939</sup> Bkz. yukarıda s. 300.

<sup>940</sup> **BESSON**, s. 324-325; **CARLEVARIS**, *Recognition*, s. 522.

hükmedilmiş olan geçici koruma tedbirleri olduğunda, bunlara rızaen uyulmaması halinde ülke hukuk düzenlerinin anılan tedbirlerin cebri icrasını ne şekilde gerçekleştireceği ve hatta bunlara etki tanıyıp tanımayacağı yine ülkeden ülkeye değişmektedir. Bununla beraber, anılan nitelikteki geçici koruma tedbirlerinin icrasına ilişkin hukuki düzenlemeye sahip olan ülkelerin, bu amaçla benimsedikleri usulün yine “*exequatur*” veya “*assistance*” yöntemi olduğu görülmektedir<sup>941</sup>.

Belirtmek gerekir ki, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetmelerinin bile yakın zamana dek hukuk sistemlerinde kabul görmediği dikkate alındığında, hakemlerce yabancı bir ülkede verilen geçici koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizine ilişkin bir düzenlemenin milli hukuk sistemlerinde yer alması oldukça ender görülen bir durumdur. Gerçekten, hukuk sistemlerinde hakemler tarafından hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin icrasına ilişkin hüküm bulunan ülkelerin, çoğu zaman bu kuralları ancak “*tahkim yeri kendi ülkeleri*” olması haliyle sınırlı olarak uyguladıkları görülmektedir<sup>942</sup>. Hal böyle iken, “*exequatur*” veya “*assistance*” yöntemi ile icrası sağlanacak geçici koruma tedbirlerinin, çoğu zaman verildikleri ülkede icra edileceği, diğer bir deyişle, tahkim yeri ile tedbirin icrasının gerçekleşeceği yerin aynı ülke olması durumuyla sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin İngiliz Hukuku’nda, hakemlerce hükmedilen ve taraflarca rızaen yerine getirilmeyen geçici koruma tedbirlerinin, İngiliz hakiminin yardımı ile icrasının sağlanması sadece tahkim yeri İngiltere olan tahkimlere hasredilmiştir (*Arbitration Act* md. 2/ 1). Bununla beraber, tahkim yeri henüz belirlenmemiş olması veya İngiliz hakiminin uyuşmazlığın İngiltere ile yakın irtibatla olduğuna kanaat getirmesi durumunda, tahkim yeri İngiltere dışında olmasına rağmen bu yardımın söz konusu olabileceği kanunun açık hükmüyle kabul edilmektedir (*Arbitration Act* md. 2/ 4).

Her ne kadar tahkim yeri yabancı bir ülkede olduğunda hakemlerce verilmiş geçici koruma tedbirlerinin icrası meselesinde çoğu ülke hukuku olumsuz bir tavır sergilese de, bu konuda daha yenilikçi bir tutum içinde olan ülke hukukları da mevcuttur. *Exequatur* yöntemini benimseyen ülkeler arasında Hong Kong ve *assistance* yöntemini benimseyen ülkeler arasında Almanya bu hukuk sistemlerine örnek olarak gösterilebilir<sup>943</sup>. Her iki ülke hukuku da, hakemlerce verilmiş olan

<sup>941</sup> BESSON, s. 352.

<sup>942</sup> LEW/ MISTELIS/ KRÖLL, s. 612; CARLEVARIS, *Recognition*, s. 522.

<sup>943</sup> CARLEVARIS, *Recognition*, s. 522.

geçici koruma tedbirlerinin kendi ülkelerinde icrası meselesini, tahkim yerinden bağımsız olarak düzenlemiş ve tahkim yeri sıfatıyla yabancı bir ülkede hakemler tarafından hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin icrasını, kendi ülkelerinde hükmedilen tedbirlerin icrası ile aynı kurallara tabi tutmak suretiyle mümkün kılmıştır.

İsviçre Hukuku'nda benimsenen *assistance* yönteminin, tahkim yeri İsviçre dışında olan tahkim yargılamaları çerçevesinde verilen geçici koruma tedbirleri açısından da uygulanabilir olup olmadığı tartışma konusudur. Bu tartışmanın ekseninde, LDIP md. 183/ 2 ile md. 176/ 1 hükümlerinin birlikte yorumlanması bulunmaktadır. Şöyle ki; LDIP md. 183/ 2 hükmünde, hakemler tarafından hükmedilen geçici koruma tedbirine ilgili tarafın rızaen uymaması durumunda, hakem heyetinin yetkili hakimin yardımını talep edebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, bu maddenin de içinde bulunduğu ve genel olarak uluslararası tahkimi düzenleyen LDIP'nin 12. Bölümü'nde yer alan hükümlerin, *tahkim yeri İsviçre olduğu durumlarda uygulanacağı* aynı Kanun'un 176/ 1 maddesinde vurgulanmıştır. Bazı hukukçular, bu iki maddeyi katı bir biçimde yorumlayarak, *assistance* usulünü sadece tahkim yeri İsviçre olan tahkimlere özgülemeyi isabetli bulurken<sup>944</sup>; diğer bazı hukukçular ise daha pragmatik ve amaçsal bir yaklaşım benimsemektedirler<sup>945</sup>. Amaçsal yorum yapanların dayandıkları ilk hukuki gerekçe, tahkimin düzenlendiği Kanun'un 12. Bölümünün uygulama alanını "*tahkim yeri İsviçre*" olması durumuna özgüleyen LDIP md. 176/ 2 hükmüne rağmen, *tahkime elverişlilik* (LDIP md. 177), *derdestlik* (LDIP md. 181) ve *tanıma ve tenfiz* gibi (LDIP md. 194) konuları düzenleyen hükümlerin, tahkim yerinden bağımsız olarak uygulanmalarıdır<sup>946</sup>. Geniş yorum yapılmasını savunan bir başka görüş ise, tahkim yerinin çoğu zaman hukuki olmaktan ziyade pratik nedenlerle seçilen bir yer olmasına dayanmaktadır. Gerçekten, uygulamada hakemlerin bağımsızlıkları açısından genellikle uyumsuzlukla ilgisi olmayan bir tahkim yerinin taraflarca özellikle tercih edildiği görülmektedir<sup>947</sup>. Bu açıdan bakıldığında, LDIP'nin uluslararası tahkim yargılamasına yardım ve müdahaleyi öngören hükümlerinin uygulama alanının salt tahkim yeri İsviçre olan tahkim yargılamaları ile sınırlı olmasının, tarafsızlığı ile bilinen bir ülke olan İsviçre'nin dünyadaki başlıca tahkim merkezlerinden biri olma

<sup>944</sup> KOJOVIC, s. 516; YEŞİLOVA, s. 701; CARLEVARIS, *Recognition*, s. 517-518.

<sup>945</sup> MERKT, s. 192-193; BESSON, s. 306-307; BAHMAEI, s. 256.

<sup>946</sup> BAHMAEI, s. 255.

<sup>947</sup> MERKT, s. 193.

amacıyla bağdaşmayacağı ve LDIP'nin tahkimi geliştirme yönündeki genel yaklaşımına ters düşeceği ileri sürülmektedir<sup>948</sup>.

Fransız Hukuku'nda ise durum oldukça farklıdır. Tahkim yeri Fransa olması durumunda, hakemler tarafından verilen geçici koruma tedbirlerinin taraflarca rızaen yerine getirilmemesi halinde, Fransız hakimi, geçici koruma tedbirini içeren hakem kararına, tıpkı diğer hakem kararlarında olduğu usulle, icrai etki tanımaktadır<sup>949</sup>. Bu bağlamda hakim tarafından yapılan inceleme sadece hakem kararının şeklen mevcut olup olmadığının tespiti ve içeriğinin çok genel bazı kriterler temelinde denetlenmesinden ibarettir. Hakimin, hakem heyeti tarafından takdir edilen geçici koruma tedbirini değiştirmek veya yeniden şekillendirmek gibi bir yetkisi bulunmama, ancak koşulların mevcut olması durumunda *exequatur* yöntemi ile anılan hakem kararının icrasına karar vermektedir<sup>950</sup>. Tahkim yeri Fransa dışında olduğunda, yabancı ülkede hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin aynı usulle Fransa'da icra edilip edilemeyeceği hususunda kanun veya içtihatlar bazında herhangi bir açıklık bulunmasa da, Fransız hukukunun kabul ettiği türdeki tedbir kararlarının icrasının mümkün olması gerektiği savunulmaktadır<sup>951</sup>.

Türk Hukuku'na gelindiğinde ise durum oldukça karmaşıktır. Milletlerarası Tahkim Kanunu, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haczin düzenlendiği 6. maddenin, tahkim yeri Türkiye dışında olduğu durumlarda dahi uygulanacağını açık hükümlerle düzenlemektedir (MTK. md. 1/ 3). Dolayısıyla, evvelce belirtmiş olduğumuz gibi, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin icrasında, mahkemelerin yardımını düzenleyen MTK. md. 6/ 3 hükmü, tedbirin icrasının istendiği ülkenin aynı zamanda tahkim yeri ülkesi olması şartı arayan çoğu ülke hukukunun aksine, tahkim yeri Türkiye dışında olsa dahi, yabancı ülkede hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin icrası konusunda da uygulanacaktır<sup>952</sup>.

<sup>948</sup> **BAHMAEI**, s. 256. Tahkim konusunda dünyanın en gelişmiş ülkelerinin başında gelen İsviçre, lider konumunu korumak amacıyla son derece pragmatik bir hukuk politikası benimsemekte ve bu bağlamda İsviçre Kanun Koyucusunun çoğu kez hukuki olduğu kadar politik ve pragmatik bir yaklaşımla hareket ettiği görülmektedir. Bu hususa ilişkin en somut örnek 2007 yılında LDIP md. 186'da yapılan kanun değişikliğidir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. **BALKAR** Süheylâ: "İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nun 186. Maddesinde Yapılan Son Değişiklik Üzerine İnceleme", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2006/1, s. 315-338.

<sup>949</sup> **BAHMAEI**, s. 256.

<sup>950</sup> **BAHMAEI**, s. 256.

<sup>951</sup> **BAHMAEI**, s. 257.

<sup>952</sup> **BUDAK** Ali Cem: II. Ankara Toplantısı, 6 Haziran 1998, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II. Taslaklar- Tartışmalar- Öneriler, Ankara, 1999, s. 215; **YEŞİLOVA**, s. 705.



Kısaca tekrarlamak gerekirse, *hakemlerce Türkiye’de verilen geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararların, taraflarca rızaen yerine getirilmediği takdirde Türkiye’de ne şekilde icra edileceği, MTK’nın 6/ 3. maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu hüküm, MTK’da mülkîlik esasının yanı sıra irade esasının da kabul edilmesinden ötürü (MTK. md. 1/ 2), tahkim yeri Türkiye dışında olan ve fakat MTK’ya tabi tutulan tahkim yargılamalarında da uygulama alanı bulacaktır. Bunun dışında, MTK. md. 6’da düzenlenen ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacze ilişkin kurallar ve bu bağlamda bunların taraflarca rızaen yerine getirilmemesi durumunda cebri icrasını sağlamaya yönelik mahkeme yardımı (md. 6/ 3), yine Kanun’un 1/ 3. maddesinde yer alan açık hüküm gereği, tahkim yeri Türkiye dışında olan tahkim yargılamaları açısından da, tahkim taraflarca MTK’ya tabi tutulmuş olsun veya olmasın, uygulama alanı bulacaktır.*

Bu itibarla, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun, hakemlerce yabancı bir ülkede verilen geçici koruma tedbirleri ile Türkiye’de verilen geçici koruma tedbirlerinin, taraflarca rızaen yerine getirilmemesi halinde Türk mahkemelerince cebri icrasının sağlanabilmesi için uygulanacak usulün aynı hukuki rejime tabi tutulduğunu söylemek mümkündür<sup>953</sup>. Diğer bir deyişle, Kanun’un 6/ 3. maddesinin MTK’nın diğer hükümleri ile birlikte yorumlanması sonucunda, hakemlerce yabancı bir ülkede verilmiş ve Türkiye’de icra edilecek olan geçici koruma tedbirlerinin *herhangi bir tenfiz rejimine tabi olmaksızın*, MTK. md. 6/ 3’te sözü edilen “*mahkeme yardımından*” faydalanmak suretiyle icra edileceğini söylemek en azından Kanun’un lafzı dikkate alındığında yanlış olmayacaktır. Bu noktada “*mahkeme yardımı*”ndan anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda yapılan tartışmayı burada tekrarlamak yerine, “*Hakemlerce Hükmedilen Tedbirlerin Verildikleri Ülkede İcrası*” başlığını taşıyan bölümdeki Türk Hukuku’na ilişkin yaptığımız açıklama ve değerlendirmelere atıf yapmakla yetineceğiz<sup>954</sup>.

Son olarak belirtilmesi gereken husus, 2006 yılında yürürlüğe giren UNCITRAL Model Kanunu’nda yapılan değişikliktir. Başlıca amacı tahkim yargılaması içerisinde geçici koruma tedbirlerinin konumunu yeniden belirlemek ve geliştirmek olan bu değişiklik uyarınca, hakem heyeti tarafından verilen geçici koruma tedbirlerinin tanınması ve icrası açısından, anılan tedbirlerin verildiği ülke hukukunun hiçbir önem taşımayacağı ve tahkim yeri neresi olursa olsun, Model

<sup>953</sup> YEŞİLOVA, s. 705.

<sup>954</sup> Bkz. yukarıda s. 242 vd.

Kanun'un geçici koruma tedbirlerine ilişkin benimsemiş olduğu yeni tanıma ve tenfiz usulünün uygulanacağı açıkça kabul edilmiştir (md. 17 H/ 1). Dolayısıyla, her ne kadar bugün için hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin verildikleri ülke dışında icrası az sayıdaki milli hukuklarca düzenlenmiş olsa da, UNCITRAL Model Kanunu'ndaki bu son değişikliğin pek çok ülke hukukuna emsal teşkil edeceği ve bu konuda olumlu gelişmelerin kaydedileceği kanaatindeyiz.

## SONUÇ

Günümüzün son derece karmaşıklaşan hukuki ilişkiler ağından ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için açılan bir davanın sonuçlanmasına kadar geçecek olan süre oldukça uzundur. Bu süreçte fiili durumlarda oluşabilecek değişiklikler davacının dava sonundaki muhtemel başarısını onun için faydasız ya da anlamsız kılabilir. Bu gibi tehlikelere karşı gerekli önlemleri almak devletin görevidir. Zira kişilerin bizzat hak almalarını yasaklayan devlet, bunun için adalet sığınan kişinin menfaatini korumak, adli mekanizmanın işleyişinde söz konusu olabilecek sorunlara çözüm bulmak ve böylelikle adaletin gerçek anlamda gerçekleşmesini sağlamak zorundadır. Bu husus aynı zamanda hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

Geçici hukuki koruma tedbirlerinin işlevi işte bu noktada önem taşır. Zira, yargılama sürecinin yaratabileceği olumsuzluklardan hak arayan kişileri korumaya ve onlara hukuki güven ortamı sağlamaya yarayan geçici hukuki koruma tedbirleri tüm hukuk sistemleri açısından yargılamanın etkinliğinin teminatıdır.

Devlet yargısında olduğu gibi, özellikle ticari uyuşmazlıklar açısından büyük önem taşıyan tahkim yargılamasında da bu tür tedbirlerin varlığına ihtiyaç gün geçtikçe artmaktadır. Bununla beraber, tahkim ve geçici hukuki koruma tedbirleri kelimelelerinin yanyana gelmesi dahi pek çok doktrinel tartışmanın ortaya çıkması için yeterli olmaktadır. Gerek Türk doktrininde, gerekse uluslararası doktrinde sürdürülen bu tartışmaların odağında çoğu zaman iki ana sorunsal bulunmaktadır. Bunlar, hakemlerin geçici koruma tedbiri vermeye yetkili olup olmayacağı veya bu yetkinin sınırları meselesi ile hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin icrası meseleleridir. Bu meselelerin merkezinde ise hep aynı tarihsel kavramın bulunduğu görülmektedir: *imperium*. Gerçekten, geçici koruma tedbirlerinde olduğu gibi, hakemlik görevinin icrası esnasında söz konusu olabilecek diğer bütün yetki kullanımını gerektiren meselelerde, mahkemelerin müdahale veya yardımının zorunlu olduğu hallerde, hakimler ile hakemlerin karşılıklı yetki alanları belirlenirken, hep aynı noktadan hareket edildiği ve hep aynı cümlenin tekrar edildiği görülmektedir: “*hakemler de tıpkı hakimler gibi “jurisdictio”ya sahiptirler ancak, hakimlerden farklı olarak “imperium”ları yoktur*”. Çalışmamızda, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine karar veremeyecekleri veya bazı tür tedbir kararlarına hükmedemeyecekleri önermelerinin salt *imperium* kavramına bağlanmasının ve bunu

sanki değiştirilemez bir dogma gibi sunmanın doğru olmayacağı zira *imperium*'un yaratılan bir olgu olduğu ve çağımızda kanun koyucunun iradesinde somutlaştığı sonucuna varılmıştır.

İncelememiz boyunca, tahkime konu uyuşmazlıklar bağlamında geçici koruma tedbirleriyle ilgili ortaya çıkan tüm tartışmalarda iki temel felsefenin hakimiyetine rastlanmıştır. Bunlar, statükocu ve klasik görüş ile modern ve pragmatik görüşlerdir. Dolayısıyla, gerek geçici koruma tedbirlerine hükmetme “yetkisi”, gerekse bu tedbirlerin “icrası” meselesi açısından benimsenen çözümlerin, bu iki yaklaşımdan hangisinin tercih edildiğine bağlı olarak ülkeden ülkeye değiştii gözlemlenmiştir.

Uluslararası tahkimde geçici koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulan hallerde yetkinin kime ait olduğu meselesinin, taraf iradesine dayanan tahkime öncelik tanıyacak bir biçimde hakemler ile hakimler arasındaki işbirliği çerçevesinde çözümlenmesinin doğru olacağı sonucuna varılmıştır. İkincilik ilkesi olarak ifade edilen bu ilke ışığında, yetkinin hem hakemlere hem de mahkemelere ait olabileceği, kimi hallerde münhasıran hakemlere, kimi hallerde de sadece mahkemelere başvurulmasının gerekliliği belirtilmiştir. Tahkime konu uyuşmazlıklar açısından mahkemelere başvurulmasının, uyuşmazlığın esası hakkında devlet yargısının yetkisini bertaraf eden tahkim anlaşmasına aykırılık oluşturmayacağının pek çok ülke hukuk sistemince benimsenmiş olan bir kural olduğu görülmüştür.

Çalışmamızın ikinci bölümünün konusunu oluşturan yetki meselesine ilişkin olarak, geçmişte hakemlerin geçici ve koruyucu tedbirler alamayacağı yönündeki düşüncenin bugün artık değiştii, birkaç istisnai ülke hukuku dışında, birçok ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemede hakemlerin de tıpkı hakimler gibi geçici ve koruyucu tedbir kararı verebileceklerinin kabul edildiği sonucuna varılmıştır. Bununla beraber, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmetme yetkileri mutlak değildir. Taraf iradesine bağlı olan, tahkime uygulanacak hukukta yer alan veya uyuşmazlık konusuna ilişkin olan sınırlamalar olabileceği gibi, bizzat tedbirlerin niteliğine ilişkin olarak ortaya çıkan ve *imperium* kaynaklı denilen sınırlar da, hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebilme yetkisinin kapsamında belirleyici rol oynamaktadır. Diğer taraftan, pek çok ulusal düzenlemede bazı maddi ve hukuki sebepler yüzünden, geçici koruma tedbirleri için zorunlu olarak mahkemelere başvurulmasının gerektiğinin benimsendiği görülmüştür. Cebri icra organları tarafından icrası veya diğer resmi organlar tarafından yerine getirilmesi

gereken geçici koruma tedbirleri, üçüncü kişileri bağlayan geçici koruma tedbirleri, henüz hakem heyeti oluşmadan evvel talep edilen geçici koruma tedbirleri veyahut tarafların hakemlerin tedbirlere hükmedebilme yetkisini kaldırmak için anlaşma yapmaları bu sebeplerden bazılarını oluşturmaktadır.

Her ne kadar modern hukuk sistemlerinde hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetme yetkilerinden artık şüphe edilmiyor olsa da, aynı şeyi taraflarca rızaen yerine getirilmeyen geçici koruma tedbirlerinin bizzat hakemler tarafından icra edilebilmesi açısından söyleyebilmek bugün için mümkün gözükmemektedir. Zira hakemler, devlet yargısının aksine, vermiş oldukları kararları (*jurisdictio*) yerine getirme gücünden (*imperium*) yoksundurlar. Hatta bu sebepten ötürü, hakemlerce hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirleri için “*lex imperfecta*” yakıştırması yapılmaktadır. Görüldüğü üzere tahkimin geleceğini belirleyen kutsal kavram “*imperium*” bir kez daha bir engel olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gerçekten, çok uzun bir süre yetki konusuyla ilgilenen uluslararası tahkim doktrini ve kanun veya konvansiyon hazırlayıcıları için artık gündemdeki mesele, tahkime konu uyumsuzluklarda hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerine ne şekilde etki tanınacağı, diğer bir deyişle icrası meselesi olmuştur. Genel olarak tüm ülke hukukları incelendiğinde, icra edileceği ülkede ve ender olmakla birlikte, yabancı bir ülkede hakemlerce hükmedilmiş geçici koruma tedbirlerinin, taraflarca rızaen yerine getirilmemesi halinde ne şekilde icra edileceği konusunda iki farklı sistemin benimsendiği görülmektedir. Bunlar doktrinde *exequatur* ve *assistance* sistemleri olarak adlandırılmaktadır. Bunun yanı sıra, üçüncü bir model olarak her iki sistemden de izler taşıyan *karma sistemi* de dikkate almak gerekir. Çalışmamızda, Türk Hukuku açısından konuya ilişkin mevzuatın, yani Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun yoruma muhtaç ve tekrar gözden geçirilmesi gereken hükümler içerdiği ve bu haliyle *exequatur* ya da *assistance* sistemlerinden hangisinin benimsendiğinin kesin olarak tespit edilmesinin bile mümkün olamayacağı sonucuna varılmıştır. Gerçekten, hakemlerce gerek Türkiye’de gerekse yabancı bir ülkede hükmedilmiş olan geçici koruma tedbirlerinin Türk mahkemelerince icrası meselesinin Milletlerarası Tahkim Kanunu’nca düzenlendiğinde bir kuşku yoktur. Kanun’un lafzı dikkate alındığında, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin Türkiye’de icrasının, tenfize bile ihtiyaç duyulmaksızın mümkün olabileceği sonucu çıkmaktadır. Ne var ki, gerek bu prosedürün işleyişi hakkında hiçbir açıklayıcı hüküm bulunmaması, gerek Kanun’un birbiriyle çelişen ifadelerinden ortaya çıkan

karmaşık durum, UNCITRAL Model Kanunu'ndakine benzer bir düzenlemenin felsefe olarak benimsendiği ancak hukuki alt yapı olarak eksik, anlaşılabilir ve uygulamasında pek çok açıdan sorun yaratacak nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünün konusunu oluşturan geçici koruma tedbirlerinin verildikleri ülkede veya yabancı bir ülkede icrası meselesinin, tahkime konu uyuşmazlıklar açısından taşıdığı öneme rağmen, gerek ulusal, gerekse uluslararası planda yeterince ele alınmadığı görülmektedir. Yakın zamana dek hakemlerin geçici koruma tedbirlerine hükmedebileceklerinin bile düşünülmediği bir ortamda, bu temkinli yaklaşımı anlamak zor değildir. Uygulamada çok büyük önem taşıyan kurumların hukukten düzenlenmesinde geç kalınması veya bu düzenlemelerin modern anlayışa veya ihtiyaçlara artık cevap verir nitelikte olmamaları daima hukuki görüş farklılıklarına zemin oluşturmuştur.

Bununla beraber, UNCITRAL Model Kanunu'nda 2006 yılında yapılan ve tamamiyle geçici koruma tedbirlerine özgülenen değişiklik ve bu Model Kanun'dan etkilenen bazı ulusal kanunların bu hususta gerçekleştirdikleri yenilikçi değişiklikler, hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin icrası konusunda hukuk dünyasının da yavaş yavaş adımlar atmaya başladığını göstermektedir. Nitekim, bu konuyla ilgili yeni hukuki düzenlemelerin yapılması ya da mevcut düzenlemelere ek hükümler getirilmesi veya New York Konvansiyonu'nun ve Brüksel Tüzüğü'nün tekrardan gözden geçirilmesi gerekliliği son zamanlarda sıkça tartışılmakta, çeşitli çalışma grupları oluşturulmakta ve pek çok değişiklik önerisi getirilmektedir.

Tüm bu incelemeler neticesinde varılan sonuçlardan sonra belki de sorulması gereken nihai soru şu olmalıdır: tahkime konu uyuşmazlıklar bağlamında, hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin özellikle verildikleri ülke dışında icrasının sağlanması gerçekten lüzumlu mudur?

Bu soruya cevap verilirken, genel olarak tahkim yargılamasının savunma haklarına uygun yürütülmesi gerekliliği karşısında *ex parte* niteliğinde geçici koruma tedbirleri verilemeyeceğinden bahsedilmekte ve bu sebeple, özellikle tedbirin "sürpriz etkisinin" zorunlu olacağı hallerde hakemlere geçici koruma tedbirleri için başvurulamayacağı, bu yönden mahkemelerin tercih edildiği ileri sürülmektedir. Bir an için hakemlerin de *ex parte* tedbirlere hükmedebilecekleri düşünülse dahi, ki bu yöndeki görüşler gittikçe artmaktadır, bu defa tenfiz prosedürü için ihtiyaç duyulan süre ile bu tür tedbirlerin arzettiği "aciliyet" in birbiriyle çelişeceği ve bu zaman

zarfında borçlunun malvarlığını kaçırabilme tehlikesinden ötürü, anılan türdeki tedbirler için, bizzat icra edileceği ülke mahkemesine başvurulmasının çok daha etkin, hızlı ve kesin çözüme ulaştıran garantili bir yöntem olduğu söylenmektedir. Bu itirazların haklılık payı elbette vardır. Nitekim, kanun koyucuların veya konvansiyon hazırlayıcılarının bu konuda harekete geçmekte geç kalmalarının en önemli sebebi, uygulamada bu ihtiyacın yukarıdaki yöntemle giderilebiliyor olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, uygulama kendi yarasına kendi merhem olmaktadır. Oysa hukuk, toplum kurallarını belirleyen bir üst yapı olarak daima ihtiyaçları karşılayacak kurallar yaratmalı ve bu kuralları mevcut uygulamayı hukuka bağdaştırarak, ondan kopmadan, onla çelişmeden ama onu hukuki temellere oturtarak gerçekleştirmelidir.

Bu açıdan bakıldığında, yabancı bir ülkede hakemlerce hükmedilen geçici koruma tedbirlerinin icrası hiç de anlamsız değildir. Her ne kadar, icra edileceği mahkemeden de geçici koruma tedbirlerinin alınabilmesi mümkünse de, borçlunun birçok ülkede malvarlığının olması, tedbirden menfaati olan tarafı birden fazla ülkede hakkını aramaya mecbur etmektedir. Bu durum hem fazladan avukat ücreti ve yargılama gideri olarak borçluya ekonomik külfet olmakta, hem de anılan ülkelerin dilinin veya hukuk sisteminin bilinmemesi gibi fiziki koşullar dikkate alındığında, uyuşmazlığın esasının hakemlerde görülmesine karşın, bu kararın sonucunu temin edecek hukuki çare açısından tarafları mağdur etmektedir. Kaldı ki, geçici koruma tedbiri talebiyle başvuru ülke mahkemesinin, tahkim anlaşması dolayısıyla, kendisini tedbir kararı vermekte yetkisiz görmesi ihtimali de daima mevcuttur.

Hakemlerce verilen geçici koruma tedbirlerinin verildikleri ülke dışında da icra edilebilmesinin bir diğer önemli avantajı da, birden fazla ülke mahkemesi nezdinde tedbir kararı almak zorunda kalmış olan alacaklının ilk başvurduğu mahkemeden sonra, diğer ülke mahkemelerinin yeterince hızlı hareket edememesi üzerine, durumdan haberdar olmuş olan kötüniyetli borçlunun anılan ülkelere malvarlığını kaçırmak amacıyla harekete geçmesi tehlikesinin bulunmamasıdır. Borçlunun malvarlığının bulunduğu farklı ülkelerde, mahkemelerden talep edilen tedbir kararlarının yaratabileceği hukuki olumsuzluklar sadece alacaklının zararına da değildir. Gerçekten, farklı ülke mahkemeleri nezdinde yürütülen paralel tedbir davalarında, uyuşmazlık konusunu temin eden miktarın çok üzerinde bir malvarlığına tedbir konulabilme ihtimali borçlunun da menfaatini zedeleyecek niteliktedir. Tüm bu sebepler, uyuşmazlığın esasının olduğu gibi, verilecek kararın etkinliğini temin etmeye yarayan geçici koruma tedbirlerinin de hakemlerce

verilebilmesini ve bu tedbirlerin sınırlar ötesinde de etki doğurabilmesini anlamlı ve faydalı kılmaktadır<sup>955</sup>.

Hiç kuşku yok ki, yukarıda ara sonuçlarını yansıtmaya çalıştığımız incelememizden çıkarılacak sonuçların bu kavramlar bağlamında hukuk dünyasının geleceğine ışık tutması gerekecektir. Bu noktada konumuzu oluşturan “uluslararası ticari tahkim” ve “geçici hukuki koruma tedbirleri” kavramlarının hukuk felsefesiyle son derece önemli bir bağı olduğu daima göz önünde bulundurulmalıdır. Zira, geçici hukuki koruma tedbirleri, bireylerin hak arama özgürlüğünün devlet güvencesinde olmasına ve böylelikle adaletin gerçekleşmesine hizmet etmesiyle *adalet felsefesinin* modern araçlarından birini oluşturmaktadır. Diğer yandan, uluslararası ticari tahkim ise, tarafların, tahkim anlaşması akdetmek suretiyle aralarındaki özel hukuk kaynaklı uyuşmazlıklarının çözümünü hakemlere havale edebilmelerini sağlayan “sözleşme serbestisi” ilkesi doğrultusunda cereyan eden özel bir yargılama türü olmasıyla, tarafların “*irade muhtariyeti*”nin yansıdığı ve onlara *bireysel adaleti* seçme özgürlüğü veren hukuki bir kurumdur. Dolayısıyla, kaynağında farklı felsefi kavramların bulunduğu bu iki kurumun kesiştiği noktalarda tartışmaların çıkması kaçınılmazdır.

Konunun hukuk felsefesinden ve iktidar ve adalet kavramlarından ayrılamaz olmasının en büyük göstergesi, bugün dahi “uluslararası tahkimde geçici koruma tedbirleri” denildiğinde mevzunun öyle ya da böyle daima “*imperium*” kavramına bağlanıyor olmasıdır. Oysa, çalışmamızın değişik bölümlerinde de ifade ettiğimiz üzere, *imperium* “iktidardır” ve iktidar bugünkü modern hukuk devletinde “kanun koyucudur”. Dolayısıyla, *imperium* kavramı günümüzde değişmez ve mutlak bir dogma olarak yorumlanamaz ve uluslararası ticari tahkim ile geçici koruma tedbirleri kavramlarının biraraya geldiği her konuda engelleyici bir biçimde arkasına sığınmaz. Yapılması gereken, bu iki kavramı temsil eden “devlet yargısı” ile “hakemlerin” yetki alanlarının, zamanın, koşulların ve ihtiyaçların gerektirdiği biçimde işbirliği içinde olması; ancak bu işbirliğinin varlık sebebinin “sözleşme serbestisi”nden doğan tahkimin özel bir yargılama yöntemi olma gerçeğini göz ardı etmemesidir.

---

<sup>955</sup> BAHMAEI, s. 305-307.



17. yüzyıl ünlü düşünürü **Blaise PASCAL**, *Düşünceler* isimli eserinin “Adalet ve Güç” başlıklı bölümünde, bugün de var olan “devlet yargısı” ve “tahkim” rekabetinin ve bu iki kavram bağlamında sürdürülen tartışmaların temelindeki “iktidar mücadelesini” şu şekilde ifade etmektedir: “*Il est juste que ce qui est juste soit suivi, il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants; la force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force; et pour cela faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste*”<sup>956</sup>.

“Adil olanın benimsenmesi doğru; güçlü olanın benimsenmesi ise mecburiyettir. Güçsüz adalet etkisiz; adaletsiz güç zalimanedir. Güçsüz adaletle karşı gelinebilir çünkü kötüler daima mevcuttur; Adaletsiz güç ise sanıktır. O halde adalet ile gücün biraraya getirilmesi gerekir. Yapılacak şey; ya adil olanı güçlü kılmak ya da güçlü olanı adil kılmaktır”.

---

<sup>956</sup> Blaise Pascal, *Pensées*, Paragraphe 298, “*La Justice et La Force*”.

## KAYNAKÇA

- ABOUL-ENEIN Mohammed** : “*Legal Rules Governing International Arbitration in Egypte*”, International Commercial Arbitration, A Comparative Survey, ICOC Publication No: 2007/ 45, s. 3-20.
- ACAR Serdar** : “*Son Gelişmeler Işığında Anti-Suit Injunctions*”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İkinci Cilt, İstanbul, 2007, s. 1609-1651.
- AKINCI Ziya** : Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003 (*Milletlerarası Tahkim*).
- AKINCI Ziya** : “*Hakemlerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi*”, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, İzmir, 1997, s. 209-224 (*İhtiyati Tedbir*).
- AKINCI Ziya** : “*Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu*”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, MHB, Y. 22, S. 2, 2002, s. 1-27.
- ALBAYRAK Hakan** : “*Geçici Hukuki Himaye Tedbirlerinde Yaklaşık İspat*”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 31, Mart 2009, s. 79-98.
- AMBROSE Clare** : “*Can Anti-Suit Injunctions Survive European Community Law?*”, ICLQ, Vol. 52, 2003, s. 401-424.
- ANCEL Jean-Pierre** : “*Conclusions des Débats*”, Mesures Conservatoires et Provisoires en Matière d’Arbitrage International, Publication CCI, No: 519, Paris, 1993, s. 114-118.
- ANSAY Sabri Şakir** : Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara, 1960.
- ANSAY Tuğrul** : “*International Arbitration in Turkey*”, The American Review of International Arbitration, Vol. 14, No: 3, 2003.
- ARKINS R.C. Jonathan** : “*Borderline Legal: Anti-Suit Injunctions in Common Law Jurisdictions*”, JIA 18 (6), 2001, s. 603-616.

- AUDIT Bernard** : *“L’Arbitre, Le Juge et La Convention de Bruxelles”*, Internalisation du Droit, Mélanges en l’honneur de Yvon Loussouarn, Paris, 1994, s. 15-30.
- BACHAND Frédéric** : *L’Intervention du Juge Canadien Avant et Durant Un Arbitrage Commercial International*, Paris, 2005.
- BACHAND Frédéric/ NYER Damien** : *“Coming in From the Cold-20 Years of UNCITRAL Model Law in Canada”*, International Commercial Arbitration, A Comparative Survey, ICOC Publication No: 2007/ 45, s. 21-38.
- BAHMAEI Mohammad-Ali** : *L’Intervention du Juge Etatique des Mesures Provisoires et Conservatoires en Présence D’Une Convention D’Arbitrage*, Paris, 2002.
- BALKAR Süheylâ** : *“İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanunu’nun 186. Maddesinde Yapılan Son Değişiklik Üzerine İnceleme”*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2006/1, s. 315-338.
- BATIFFOL Henri/ LAGARDE Paul** : *Droit International Privé, Tome II*, Paris, 1983.
- BELL Andrew** : *Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation*, 2003.
- BENSAUDE Denis** : *“S.A. Otor Participations v. S.A.R.L. Carlyle (Luxembourg) Holdings 1: Interim Awards on Provisional Measures in International Arbitration”*, JIA 22 (4), 2005, s. 357-362.
- BENTIL Kodwo J.** : *“Applying for Judicial Order For Security for Costs Connected With Transnational Construction Arbitration Proceedings Conducted in England”*, The International Construction Law Review, 9, 1992, s. 42-67.
- BERAUDO Jean-Paul** : *“Recognition and Enforcement of Interim Measures of Protection Ordered by Arbitral Tribunals”*, JIA 22 (3), 2005, s. 245-254.
- BERMANN George A.** : *“Transnational Provisional Relief in the Courts”*, International Dispute Resolution: The Regulation of Forum Selection, Fourteenth Sokol Colloquium, 1997, s. 99-158.

- BERMANN George A.** : “*Provisional Relief in Transnational Litigation*”, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 35 (1), 1997, s. 553-617.
- BERNARDINI Piero** : “*Des Mesures Spécifiques; Les Astreintes et Les Mesures Conservatoires*”, Les Arbitres Internationaux, Colloque du 4 février 2005, Centre Français de Droit Comparé, Vol. 8, Paris, 2005 (*Astreintes*).
- BERNARDINI Piero** : “*Les Pouvoirs de L’Arbitre*”, Mesures Conservatoires et Provisoires en Matière d’Arbitrage International, Publication CCI, No: 519, Paris, 1993, s. 22-31.
- BERTI Stefan** : International Arbitration in Switzerland, 2000.
- BESSON Sébastien** : Arbitrage International et Mesures Provisoires, Etude de Droit Comparé, Zürich, 1998.
- BISHOP Doak/  
HOUSTON Spalding** : “*Combating Arbitral Terrorism: Anti-Arbitration Injunction Increasingly Threaten to Frustrate the International Arbitral System*”, <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop7.pdf>.
- BİLGE Necip/  
ÖNEN Ergun** : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara, 1978.
- BLANC Emmanuel** : Les Nouvelles Procédures d’Exécution, Commentaires article par article de la loi no. 91-650 du 9 Juillet 1991 et des décrets d’applications, Paris, 1994.
- BLESSING Marc** : “*The Procedure Before The Arbitral Tribunal*”, ICC Bulletin, Vol. 3, No: 2, November 1992.
- BOND Stefan** : “*La Nature Des Mesures Conservatoires et Provisoires*”, Mesures Conservatoires et Provisoires en Matière d’Arbitrage International, Publication CCI, No: 519, Paris, 1993, s. 8-21.
- BOUTILLIER J.** : “*Somme Rural ou Le Grand Costumier Général de Pratique Civile et Canon*”, L. Charondas Le Caron, Edition de 1621, spéc.

## Livre 3, Titre 2.

- BÖSCH Alex** : “*Provisional Remedies in International Commercial Arbitration*”, A Practitioner Handbook, Berlin/ New York, 1994.
- BÖSCH Alex** : “*Germany*”, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook, Ed. Alex Bösch, Berlin 1994.
- BRANSON David** : “*The Ken-Ren Case: It is an Ado Where More Aid is Less Help*”, Arb. Int. Vol. 10 (3), 1994, s. 313-316.
- BROWER Charles N. / GOODMAN Ronald E.M.** : “*Provisional Measures and the Protection of ICSID Jurisdictional Exclusivity Against Municipal Proceedings*”, ICSID Review, Vol. 6 (1), 1991, s. 431-461.
- BROWNLIE Ian** : “*Remedies in the International Court of Justice*”, Vaughan Lowe / Malgosia Fitzmaurice (eds), Fifty Years of the International Court of Justice- Essays in honour of Sir Robert Jennings, 1996, s. 557-566.
- BUCHER Andreas** : Le nouvel arbitrage international en Suisse (Basle, 1988).
- BUCHMAN B. L.** : : “*France*”, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook, Ed. Alex Bösch, Berlin 1994.
- CARLEVARIS Andrea** : : “*The Recognition and Enforcement of Interim Measures Ordered By International Arbitrators*”, Yearbook of Private International Law, Vol. 9 (2007), s. 512 (*Recognition*) s. 503-539.
- CARLEVARIS Andrea** : “*The Enforcement of Interim Measures Ordered by International Arbitrators: Different Legislative Approaches and Recent Developments in the Amendment of the UNCITRAL Model Law*”, Interim Measures in International Commercial Arbitration, Association for International Arbitration Ed., Antwerp-Apeldoorn, 2007.

- CARTER J. H.** : “*The Selection of Arbitrators*”, Amer. Rev. Int. Arb. Vol. 5, No: 1-4, 1994.
- CASTELLO James E.** : “*Arbitral Ex Parte Interim Relief, The View in Favor*”, Dispute Resolution Journal, Vol. 58, No: 3, 2003, s. 60-69.
- CLAY Thomas** : L’Arbitre, Paris, 2001.
- COCATRE – ZILGIEN André** : “*Les Mesures Conservatoires Décidées Par le Juge ou par l’Arbitre International*”, Rev. Gen. de Dt. Int. Public, Vol. 70, 1996.
- COHEN Daniel** : Arbitrage et Société, Paris, 1993.
- COLLINS Lawrence** : “*Provisional and Protective Measures in International Litigation*”, Rec. Cours. 1992, III, Vol. 234, s. 9-238.
- COUCHEZ Gérard** : Voies d’Exécution, Paris, 2003.
- CRAIG W. Laurence/  
PARK W. William/  
PAULSSON Jan** : Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules with Commentary, 2001.
- CREMADES Bernardo M.** : “*The Need for Conservatory and Preliminary Measures*”, International Business Lawyer, Vol. 27, No.5, 1999, s. 226-230 (*The Need*).
- CREMADES Bernardo M.** : “*Is Exclusion of Concurrent Courts’ Jurisdiction Over Conservatory Measures to be Introduced through a Revision of the Convention?*”, JIA 6 (3), 1989, s. 105-112.
- CUNIBERTI Gilles** : Les Mesures Conservatoires Portant Sur Des Biens Situés A L’Etranger, Paris, 2000.
- ÇELİKEL Aysel/  
ERDEM Bahadır** : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2010.
- ÇENBERCİ Mustafa** : İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 1969.
- DAVIS Benjamin** : “*The ICC Pre- Arbitral Referee Procedure in Context with Technical Expertise, Conciliation and Arbitration*”, The International Construction Law Review, 1992 (9).
- De BOISSESON Matthieu** : Le Droit Français De l’Arbitrage Interne et International, Paris, 1990.

- De BOISSESON Matthieu** : Le Droit Français De l'Arbitrage Interne et International, Paris, 1990.
- De BOISSESON Matthieu** : Le Droit Français De l'Arbitrage Interne et International, Paris, 1990.
- DE LEVAL Georges** : “*Le juge et L'Arbitre: Les Mesures Provisoires*”, RDIDC, 1993, s. 7-27.
- DELAUME Georges R.** : “*ICSID Tribunals and Provisional Measures- A Review of the Cases*”, ICSID Review, Vol. 1 (1), 1986, s. 392-395.
- DEMİR GÖKYAYLA Cemile** : Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara, 2001.
- DEMİR GÖKYAYLA Cemile:** : “*Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye’de Hüküm ve Sonuç Doğurması*”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006, s. 559-583.
- DERAINS Yves** : Note to ICC Award No: 8385, Clunet, 1997, s. 1061 – 1073 (*Note*).
- DERAINS Yves** : “*Technical Expertise and Référé Arbitral, New Trends in the Development of International Commercial Arbitration and the Role Of Arbitral and Other Institutions*”, ICCA Congress Series No: 1, 1983.
- DERAINS Yves** : “*Expertise Technique et Référé Arbitral*”, Rev. Arb. 1982, s. 239-251.
- DERAINS, Yves** : “*Arbitral Ex Parte Interim Relief*”, Dispute Resolution Journal, Vol. 58, No: 3, 2003 (*Ex Parte*), s. 61-64.
- DEREN YILDIRIM Nevhis** : “*Medeni Usul Hukuku’nun Evrenselleşmesi Yolunda İhtiyati Tedbir Alanında Yabancı Hukukun Etkileri*”, Prof. Dr. Ergun Gönen’e Armağan, İstanbul, 2003 (*Yabancı Hukuk*), s. 305-317.
- DEREN YILDIRIM Nevhis** : Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, 1999 (*İhtiyati Tedbirler*).
- DONOVAN Francis Donald** : “*Powers of the Arbitrators to Issue Procedural Orders, Including Interim Measures of Protection, and the Obligation of Parties to Abide by Such Orders*”, ICC Bulletin Vol. 10, No: 1, 1999, s. 57-71.

- EBB Lawrence F.** : “*Flight of Assets from the Jurisdiction “In the Twinkling of a Telex”*: Pre- and Post-Award Conservatory Relief in International Commercial Arbitrations”, JIA 7 (1), 1990, s. 9-36.
- EKŞİ Nuray** : “*The Basic Types of Measures and General Requirements for Granting Interim Orders in the Laws of the EC Member States*”, C. 7, S. 1-3, 1992-1993.
- EKŞİ Nuray** : Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi, İstanbul, 2000.
- EKŞİ Nuray** : “*Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme*”, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, MHB 1-2, 2003, İstanbul, 2004 (*Değerlendirme*), s. 295-338.
- EKŞİ Nuray** : Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2000 (*Yetki*).
- EKŞİ Nuray** : “Provisional and Protective Measures in International Litigation under Brussels Convention”, Hukuk Araştırmaları, C. 6, S. 1-3, 1991, s. 76-87.
- EKŞİ Nuray** : “The Basic Types of Measures and General Requirements for Granting Interim Orders in the Laws of the EC Member States”, Hukuk Araştırmaları, C. 7, S. 1-3, 1992-1993, s. 301-319.
- EL- KOSHERI Ahmed Sadek** : “*ICSID Arbitration and Developing Countries*”, ICSID Review, Vol. 8 (1), 1993, s. 104-115.
- ELKIND J.B.** : Interim Protection, A Functional Approach, La Haye/ Boston/ Londres, 1981.
- ELVER Nazan Candan** : “*Turkish International Arbitration Law: Restrictions on its Applications*”, JIA 21 (5), 2004, s. 453-458.
- ERTEKİN Erol/  
KARATAŞ İzzet** : Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997.
- ESEN Emre** : Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, İstanbul, 2008.



- ESTOUP George** : La Pratique des Procédures Rapides, Référé, Ordonnances sur Requête, Procédures d'Injonction, Procédures à Jour Fixe et Abrégées, Paris, 1998.
- FOUCHARD Philippe** : “*La Réforme de L'Arbitrage International en France, Spécificité de L'Arbitrage International*”, Rev. Arb. 1981.
- FOUCHARD Philippe** : “*Anti-Suit Injunctions in International Arbitration: What Remedies?*”, Emmanuelle Gaillard Eds., Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, IAI Series on International Arbitration No. 2 (Juris Publishing 2005).
- FOUCHARD Philippe/  
GAILLARD Emmanuelle/  
GOLDMAN Berthold** : Traité de L'Arbitrage Commercial International, Paris, 1996.
- FOUSSARD Dominique** : “*Entre Exequatur et Exécution Forcée*”, Trav. Du Com. De DIP, 1996-1997, s. 175-209.
- FROMMEL Stefan N./  
RIDER Barry A.K.** : Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration Old Issues and New Trends, 1999, Kluwer Law International.
- GAILLARD Emmanuel /  
PINSOLLE Philippe** : “*The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experience*”, Arb. Int. Vol. 20 (1), 2004, s. 13-37.
- GAILLARD Emmanuelle** : “*Anti-Suit Injunction Issued by Arbitrators*”, ICCA Congress Series No: 13, International Arbitration 2006: Back to Basics?, Kluwer, 2007 (*Anti-Suit Injunction*), s. 235-266.
- GAILLARD Emmanuelle** : “*Il Est Interdit D'Interdire: Réflexions sur L'Utilisation des Anti-Suit Injunctions Dans L'Arbitrage Commercial International*”, Rev. Arb. 2004/1, (*Il Est Interdit D'Interdire*), s. 47-62.
- GAILLARD Emmanuelle** : “*Reflexions on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*”, L.A. MISTELIS/ D.M. LEW eds., Pervasive Problems in International Arbitration, Kluwer, 2006, s. 203-215.
- GAILLARD L.** : “*Les Mesures Provisionnelles en Droit International Privé*”, SJ, 1993.

- GARAUD Jean-Yves/  
DE TAFFIN Charles- Henri** : “*The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*”, ICC Bulletin Vol: 16, No: 1, 2005, s. 33-63.
- GAUDEMET-TALLON  
Hélène** : : Compétence et Exécution des Jugements en Europe, Règlement no: 44/ 2001, Convention de Bruxelles et de Lugano, Paris, 2002.
- GAUDEMET-TALLON  
Hélène** : “*Le Forum Non Conveniens, Une Menace Pour La Convention de Bruxelles? A Propos de Trois Arrêts Anglais Récents*”, RCDIP, 80 (3), 1991, s. 491-524 (*Forum Non Conveniens*).
- GERHARD Frank** : “*The Extraterritorial Judicial Penalty- New Instrument for the Transnational Enforcement of Extraterritorial Injunctions?*”, Yearbook of Private International Law, Vol. 3, 2001, s. 245-300.
- GIARDINA Andrea** : “*Provisional Measures in Europe: Some Comparative Observations*”, Etudes de Droit International En L’Honneur de Pierre Lalive, 1993, s. 499-508.
- HABEGGER Philipp** : “*Extension of Arbitration Agreements to Non-signatories and Requirements of Form*”, 22 ASA Bulletin 2/2004 (Juin), s. 398-410.
- HANOTIAU Bernard** : “*Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues*”, JIA, Vol. 18, no: 3, 2001.
- HARTLEY Trevor C.** : “*Comity and the Use of Antisuit Injunctions in International Litigation*”, AJCL, Vol. 35, 1997, s. 487-511.
- HARTLEY Trevor C.** : “*Antisuit Injunctions and The Brussels Jurisdiction and Judgments Convention*”, ICLQ, Vol. 49, 2000, s. 166-171.
- HAUSMANINGER Christian** : “*The ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure: A Step Towards Solving The Problem of Provisional Relief in International Commercial Arbitration?*”, ICSID Review, Vol. 7 (2), 1992, s. 82-117.
- HESS B.** : “*Minimum Procedural Standarts for Enforcements of Provisional and Protective Measures at European Level*”, European Business Law Review, 2006.

- HESS Burkhard** : “Study No: JAI/A3/2002/02, On Making More Efficient The Enforcement of Judicial Decisions Within the European Union: Transparency of a Debtor’s Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective Orders”, Version of 2.8.2004, (*Study*)  
[http://europa.eu.int/comm/justicehome/docentre/civil/studies/doc/enforcement\\_judicial\\_decisions\\_180204\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/justicehome/docentre/civil/studies/doc/enforcement_judicial_decisions_180204_en.pdf)
- HESS Burkhard/ PFEIFFER Thomas/ SCHLOSSER Peter** : “Study JLS/C4/2005/03, Report on the Application Regulation Brussels I in the Member States”, Final Version September 2007,  
[http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf), s. 1-405.
- HO Look Chan** : “*Anti-Suit Injunctions in Cross-Border Insolvency: A Restatement*”, ICLQ, Vol. 52, 2003, s. 697-736.
- HUNTER Martin / LANDAN Toby** : The English Arbitration Act 1996 Text and Notes, English, Français, Deutsch, Español, 1998.
- JARROSSON Charles** : “*Réflexion Sur l’Imperium*”, Etudes Offertes A Pierre Bellet, Paris, 1991, s. 245-279.
- JARVIN Sigvard** : “*Alternative Solutions to the Intervention of the Engineer*”, ICCA Congress Series No: 5.
- JOHNSON Adam** : “*Interim Measures of Protection Under The Arbitration Act 1996*”, International Arbitration Law Review, Issue 1, 1997.
- KALPSÜZ Turgut** : “*Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi*”, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, Ankara.
- KARRER Pierre** : “*Interim Measures Issued by Arbitral Tribunals and The Courts: Less Theory, Please International Arbitration and National Courts: The Never Ending Story*”, ICCA Congress Series, No: 10, 2001 (*Interim Measures*).
- KARRER Pierre** : “*Les Rapports entre le tribunal arbitral, les tribunaux étatiques et l’institution arbitrale*”, RDAI, 1989.
- KENNETT Wendy** : The Enforcement of Judgments in Europe,

London, 2000.

- KESSEDIAN Catherine** : Note Sur Les Mesures Provisoires et Conservatoires en Droit International Privé et Droit Comparé, Document Préliminaire No.10 d'octobre 1998 à l'intention de La Commission spéciale de novembre 1998 sur la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, <http://www.hcch.net>
- KNOEPFLER François** : “*Les Mesures Provisoires et L'Arbitrage International*”, Europa Institut Zürich, Schiedsgerichtsbarkeit, 1997 (*Mesures Provisoires*), s. 307-329.
- KNOEPFLER François** : “*Les Mesures Provisoires peuvent-elles être rendues sous forme de sentence arbitrale?*”, Mélange en l'Honneur de Henri- Robert Schüpbach, 2000 (*Sentence Arbitrale*).
- KNOEPFLER François / SCHWEIZER Philippe** : “*Les Mesures Provisoires et L'Arbitrage*”, Recueil De Travaux Suisses Sur L'Arbitrage International, 1984, Zürich, s. 221-234 (*Mesures Provisoires*).
- KNOEPFLER François/ SCHWEIZER Philippe** : Précis de Droit International Privé Suisse, Berne, 1990.
- KOCASAKAL Ümit** : Karapara Aklama Suçu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000.
- KOJOVIC Tijana** : : “*Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief, How Final is Provisional?*”, JIA 18 (5), 2001, s. 511-532.
- KURU Baki** : : Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt IV, İstanbul, 2001.
- LALIVE Pierre** : “*The First World Bank Arbitration (Holiday Inns v. Morocco)- Some Legal Problems*”, The British Yearbook of International Law, 1980.
- LALIVE Pierre** : “*Assurer L'Exécution des Sentences Arbitrales*”, 60 Ans Après Regard Sur L'Avenir, Publication CCI No: 412, Paris, 1984, s. 329-374 (*Exécution*).

- LECUYER-THIEFFRY Christine** : “*First Court Ruling on the ICC Pre-Arbitral Referee Procedure*”, JIA 20 (6), 2003, s. 599-607.
- LEVY Laurent** : “*Les astreintes et l'arbitrage international en Suisse*”, Bulletin Association Suisse de L'Arbitrage, Bâle, 2001, Vol. 1 (*Astreintes*).
- LEVY Laurent** : “*Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators*”, Emmanuelle Gaillard Eds., *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI Series on International Arbitration No. 2 (Juris Publishing 2005).
- LEW Julian D.M.** : “*Final Report on Intellectual Property Disputes and Arbitration*”, ICC Bulletin Vol. 9, No: 1, May 1998 (*Final Report*).
- LEW Julian D.M.** : “*Analyse des Mesures Provisoires et Conservatoires dans L'Arbitrage de la CCP*”, Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI Vol. 11/No.1, 1er semestre 2000, s. 24-31 (*Analyse*), s. 24-31.
- LEW Julian D.M./ MISTELIS Loukas A. / KRÖLL Stefan M.** : *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- MAIN A. Haydn** : “*Court Ordered Interim Relief: Developments in English Arbitration Law*”, JIA 22 (6), 2005, s. 505-510.
- MARCHAIS B.** : “*Mesures Provisoires et Autonomie du Système d'Arbitrage de CIRDI, Réflexion sur l'arrêt de la cour de cassation du 18 novembre 1986 (Société Atlantic Triton c. République populaire révolutionnaire de Guinée)*”, DPCI, 1988, Tome 14, No. 2, ss. 275-298 (*CIRDI*).
- MARCHAIS Bertrand P.** : “*ICSID Tribunals and Provisional Measures- Introductory Note to Decisions of the Tribunals of Antwerp and Geneva in Mine v. Guinea*”, ICSID Review, Vol. 1 (1), 1986, s. 372-379 (*ICSID*).
- MAYER Pierre** : “*L'Autonomie de L'Arbitre International Dans L'Appréciation de Sa Propre Compétence*”, RCADI, 1989, V (*L'Autonomie*).

- MAYER Pierre** : “*Imperium de l’Arbitre et Mesures Provisoires*”, Etudes de Procédure et d’Arbitrage en l’Honneur de Jean-François Poudret, Lausanne, 1999, s. 437-452 (*Imperium*).
- MAYER Pierre** : “*Le Mythe de L’Ordre Juridique de Base*”, Le Droit des Relations Economiques Internationales, Etudes Offertes à Berthold Goldman, Paris, 1987.
- MERKIN Robert** : Arbitration Act 1996, An Annotated Guide, London, 1996.
- MERKT Olivier** : Les Mesures Provisoires en Droit International Privé, Neuchatel, 1993.
- MUIR WATT Horatia** : “*Extraterritorialité des Mesures Conservatoires In Personam (A Propos de L’Arrêt de La Court of Appel, Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi*”, RCDIP, 86 (1), 1998, s. 27-50.
- MUSTILL Lord J.M./  
BOYD C.Stewart** : Commercial Arbitration, Second Edition, London, 2001.
- NAON Horacio A. Grigera** : “*Latin American Arbitration Culture and The ICC Arbitration System*”, Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration Old Issues and New Trends, 1999, Kluwer Law International, Editors: Stefan N. FROMMEL/ Barry A.K. RIDER.
- NAZİKİOĞLU Işık** : “*Yabancı Mahkemelerden Verilen Kararların Tanınması ve Tenfizi*”, AHFD, C. VII, S. 3-4, 1950.
- NOMER Ergin** : Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul, 2009 (*Usul*).
- NOMER Ergin** : “*Yabancı Çekilmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı*”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 911 (*Çekişmesiz Yargı*), s. 909-922.
- NOMER Ergin** : Devletler Hususi Hukuku, 17. Bası: NOMER Ergin/ ŞANLI Cemal, İstanbul, 2009.
- NOMER Ergin** : “*Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi (09.06.1999 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı)*”, MHB, Y. 19-20, S. 1-2/ 1999,

- Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul, 2001, s. 555-576.
- NOMER Ergin/  
EKŞİ Nuray/  
ÖZTEKİN GELGEL Günseli** : Milletlerarası Tahkim Hukuku, İstanbul, 2008.
- NORMAND Jacques** : “*Les Mesures Provisoires et L'Arbitrage*”, *Les Mesures Provisoires en Droit Belge, Français et Italien, Etude de Droit Comparé*, Bruxelles, s. 461-471.
- NORTH Peter/  
FAWCETT J.J.** : Cheshire and North's Private International Law, 2004.
- OUKRAT Philippe** : “*L'Arbitrage Commerciale Internationale et Les Mesures Provisoires: Etude Générale*”, DPCI, 1988, Tome 14, No. 2, s. 239-273.
- ÖZBEK HADİMOĞLU Nimet** : Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Ankara, 2002, (İhtiyati Tedbirler).
- ÖZBEK HADİMOĞLU Nimet** : Brüksel (I) Tüzüğü Işığında AB Hukukunda Geçici ve Koruyucu Tedbir Kararları, Ankara, 2009 (Brüksel).
- ÖZDEMİR Hatice** : “*MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları*”, İBD, 1999/ IV (Yabancılık Unsuru).
- ÖZDEMİR Hatice** : “*Uluslararası Özel Hukuk Açısından Banka Teminat Mektupları*”, İBD, Eylül, S. 3, 1999 (Teminat Mektupları).
- ÖZDEMİR KOCASAKAL  
Hatice** : “*Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü*”, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, MHB, Y. 22, S. 2, 2002, s. 525-576 (İcra Muafiyeti).
- ÖZDEMİR KOCASAKAL  
Hatice** : Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler : Üzerindeki Etkileri, İstanbul, 2001.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL  
Hatice** : “*La Nouvelle Loi Turque Sur L'Arbitrage Internationale*”, RDAI, No: 2, 2007, s. 211-230 (Loi Turque).
- ÖZEKES, Muhammet** : İhtiyati Haciz, Ankara, 1999.
- ÖZEL Sibel** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafi Meseleleri, İstanbul, 2008.

- ÖZEL Sibel** : “Devletin Özel Kişilerle Yapmış Olduğu Tahkim Sözleşmesi ve Yargı Bağımsızlığı”, İBD, C. 65, 1991, s. 903 (Yargı Bağımsızlığı).
- ÖZKÖK Süleyman** : İhtiyati Tedbirler (HUMK 101-113 A), Ankara 2002.
- ÖZSUNAY Ergun** : “Kurumsal Tahkim Sistemlerinde ve Bazı Ulusal Hukukların “Uluslararası Tahkim ile İlgili Düzenlemeler”inde Geçici ve Koruyucu Önlemler”, Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul, 2004, s. 81-117.
- PARRA Antonio R.** : “Pratique et Experience du CIRDI” ”, Mesures Conservatoires et Provisoires en Matière d’Arbitrage International, Publication CCI, No: 519, Paris, 1993, s. 39-46.
- PAULSSON Jan** : “A Better Mousetrap: 1990 ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure”, International Business Lawyer, Vol. 18, 1990, No: 5, s. 214.
- PEKCANITEZ Hakan** : İcra İflas Hukukunda Şikayet, Ankara, 1986 (Şikayet).
- PEKCANITEZ Hakan** : “Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri”, Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003, Ankara, s. 115-152 (Geçici Koruma).
- PEKCANITEZ Hakan/  
ATALAY Oğuz/  
ÖZEKES Muhammet** : Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2009.
- PETER B.** : “Switzerland”, Provisional Remedies in International Commercial Arbitration, A Practitioner Handbook, Ed. Alex Bösch, Berlin 1994.
- PLUYETTE Gérard** : “Une Vue Française” Mesures Conservatoires et Provisoires en Matière d’Arbitrage International”, Publication CCI, No: 519, Paris, 1993, s. 74-92.
- POUDRET Jean-François** : “Un Statut Privilégié pour l’Extension de L’Arbitrage Aux Tiers?”, 22 ASA Bulletin 2/2004 (Juin), s.390-397.



- PROKOPIS Dimitriadis G.** : “*Legal Framework of International Commercial Arbitration in Greece*”, International Commercial Arbitration, A Comparative Survey, ICOC Publication No: 2007/ 45, s. 261-281.
- RAMOS MENDEZ François:** : “*Arbitrage International et Mesures Conservatoires*”, Rev. Arb. 1985, No:1, s. 51-67.
- RAU Alan Scott** : “*Provisional Relief in Arbitration: How Things Stand in the United States*”, JIA 22 (1), 2005, s. 1-64.
- REDFERN Alan.:** : “*Arbitration and The Courts: Interim Measures of Protection- Is the Tide About to Turn?*”, Texas Int. Law J 1995.
- REINER Andreas** : “*Les Mesures Provisoires et Conservatoires et L’Arbitrage International, Notamment L’Arbitrage CCP*”, JDI, 1988, s. 853-904.
- ROEBUCK Derek** : “*The Myth of Judicial Jealousy*”, Arb. Int. Vol. 10 (4), 1994, s. 395-406.
- ROGERS Justice Andrew** : “*The Extra-Territorial Reach of the Mareva Injunction*”, Lloyd’s Maritime and Comparative Law Quarterly, 1991, s. 231-246.
- RUBINS Noah** : “*In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration*”, American Review of International Arbitration, Vol. 11, No: 3, 2000, s. 307-378.
- SAKMAR Atâ** : “*Avrupa Ekonomik Topluluğuna Üye Devletlerden Birinde Verilen Mahkeme Kararlarının Diğer Üye Devletlerde Tanınması ve Tenfizi*”, Birinci Avrupa Hukuku Haftası, İstanbul, 1979, s. 89-102 (*Avrupa Ekonomik Topluluğu*).
- SAKMAR Atâ** : Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları, İstanbul, 1982 (*Yabancı İlamlar*).
- SAKMAR Atâ/ EKŞİ Nuray** : “*Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü*”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, MHB, Y. 22, S. 2, 2002,

s. 721-743.

- SAKMAR Atâ/  
EKŞİ Nuray/  
YILMAZ İlhan** : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları, İstanbul, 2001.
- SCHAFFER Erik/  
VERBIST Herman/  
IMHOOS Christophe** : ICC Arbitration in Practice, 2005.
- SCHLOSSER Peter** : “*The Competence of Arbitrators and of Courts*”, Arbitration International, 1992, Vol. 8, No: 2.
- SEMPLE Walter G.** : “*The UNCITRAL Model Law and Provisional Measures in International Commercial Arbitration*”, The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, 1994, Vol. 3.
- SERIKI Hakeem** : “*Anti-Suit Injunctions and Arbitration: A Final Nail in the Coffin*”, JIA 23 (1), 2006, s. 25-38.
- SEVEN Vural/  
GÖKSOY Can Y.** : “*Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Bir Kararın Değerlendirilmesi*”, İBD, C. 80, S: 2006/ 6.
- SORIEUL Renaud** : “*UNCITRAL’s Current Work in the Field of International Commercial Arbitration*”, JIA, 2005, 22 (6).
- STALEV Zhivko** : “*Interim Measures of Protection in the Contexte of Arbitration*” in ICCA Congress Series No.6, 1994, s. 103-113.
- SUTTON David St. John/  
GILL Judith** : Russell on Arbitration, 22nd Edition, 2003.
- ŞANLI Cemal** : Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2005 (*Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*).
- ŞANLI Cemal** : “*Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde “Tanınması” veya “Delil” Olarak Kullanılması*”, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu Armağanı, 1990 (*Veraset*).

- ŞANLI Ce mal** : “*Konışmantonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konışmentoynu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu*”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, MHB Y: 22, S. 2, 2002, s. 773-789 (*Perdeyi Kaldırma*).
- ŞANLI Ce mal/ EKŞİ Nuray** : Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul, 2007.
- ŞİT Banu** : Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 2005.
- TANRIBİLİR Bilge/ ŞİT Banu** : “*Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu*”, MHB 2/ 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, İstanbul, 2001, s. 819-837.
- TEKİNALP Gülöre n/ TEKİNALP ÜNAL** : “*Perdeyi Kaldırma Teorisi*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s. 387-404.
- TERCIER Pierre** : “*Le Référé Pre-Arbitral*”, ASA Bulletin 2005, Vol. 22, No: 3.
- TRITTMANN Rolf** : “*When Should Arbitrators Issue Interim or Partial Awards and or Procedural Orders?*”, JIA, 20 (3), 2003, s. 255-265.
- ULUTAŞ Ahmet** : “Banka Teminat Mektubu ve Akreditifte Geçici Himaye Tedbirleri”, [www.yayin.adalet.gov.tr/27\\_sayi.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/27_sayi.htm).
- ÜSTÜNDAĞ Saim** : İhtiyati Tedbirler, Geçici Hukuki Himaye (Koruma) Önlemleri, İstanbul, 1981.
- VAN HOUTTE Hans** : “*Provisional Measures in Arbitration*”, Hague-Zagreb-Ghent, Essays 8, On The Law of International Trade Edited by C.C.A. VOSKUIL and J.A. WADE, s. 133-145 (*Measures*).
- VAN HOUTTE Hans** : “*Ten Reasons Against a Proposal for Ex-Parte Interim Measures of Protection in Arbitration*”, Arb. Int. Vol. 20 (1), 2004, s.

85-95 (*Ex-Parte*).

- VAN HOUTTE Hans** : “*Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation*”, *Arb. Int.* Vol. 21, No: 4, 2005, s. 509-521.
- VARADY Tibor** : “*Provisional Measures in International Commercial Arbitration*”, *Hague-Zagreb-Ghent Essays 8 On the Law of International Trade* Edited by C.C.A. VOSKUIL and J.A. WADE, s. 147-162.
- VICUNA Francisco Orrego** : “*The Binding Nature of Procedural Orders in International Arbitration*”, *ICC Bulletin* Vol. 10, No: 1, Spring 1999.
- von HOFFMANN Bernd** : “*International Construction Arbitration*”, *Essays on International Commercial Arbitration*, Ed. Petar Sarcevic, London, 1989, s. 223-240.
- VOSKUIL C.C.A.** : “*The Taking of Provisional Measures in Arbitration*”, *Hague-Zagreb-Ghent Essays 8 On the Law of International Trade* edited by C.C.A. Voskuil and J.A. Wade, s. 107-131.
- WEGEN Gerhard/  
ESİN İsmail/  
SHORE Laurence** : *Materials on International Arbitration, The Second Istanbul International Arbitration Day, November 20, 2007, Istanbul.*
- WERBICKI Raymond J.** : “*Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction?*”, *Dispute Resolution Journal*, November 2002-January 2003, s. 62-69.
- WIESEN Guido Maria/  
BARTELS Anne Katrin** : “*Arbitration in Germany*”, ”, *International Commercial Arbitration, A Comparative Survey*, ICOC Publication No: 2007/ 45, s. 313-343.
- WIRTH Marcus** : “*Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland*”, 18 (1), *ASA Bulletin* 2000, s. 31-45.
- WOOLHOUSE Sarita Patil** : “*Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law*”, *Arbitration International*, Vol. 20, No: 4, 2004, s. 435-441.
- YEŞİLIRMAK Ali** : *Provisional Measures in International Commercial Arbitration, 2005 (Provisional Measures).*

- YEŞİLIRMAK Ali** : “*Les Mesures Provisoires et Conservatoires dans la Pratique Arbitrale de la CCI*”, Bulletin de la Cour Internationale d’Arbitrage de la CCI Vol. 11/No.1, 1er semestre 2000, s. 32-38 (CCI).
- YEŞİLIRMAK Ali** : “*Provisional Measures under Brussels Convention of 1968 and Arbitration*”, BATİDER 2000, C. XX, S. 4, s. 217-227 (Brussels).
- YEŞİLOVA Bilgehan** : Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2008.
- YILMAZ Ejder** : Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Ankara, 2001.
- YILMAZ İlhan** : Uluslararası Tahkim Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul, 2004.
- ZICHERMAN David L.** : “*The Use of Pre-Judgment Attachments and Temporary Injunctions in International Commercial Arbitration Proceedings: A Comparative Analysis of The British and American Approaches*”, University of Pittsburg Law Review, 1989, Vol. 50.

## ÖZGEÇMİŞ

Süheylâ BALKAR, 22.10.1975 tarihinde İstanbul'da doğmuştur. 1994 yılında İstanbul Özel Saint Benoit Fransız Lisesi'ni ve 1999 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirmiştir. 2000 yılında Galatasaray Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak akademik hayata başlayan BALKAR, 2002 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne bağlı olarak sürdürdüğü “*Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları*” başlıklı yüksek lisans tezini vermiştir. Aynı yıl Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Doktora programına kaydolan Arş. Gör. Süheylâ BALKAR'ın yayımlanmış eserleri şunlardır:

- “Türk Hukukunda Evlat Edinme”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/ 2, s:235-266;
- “Online Tahkim”, 2004/ 1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, İstanbul, s:463-499;
- “İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Kanununun 186. Maddesinde Yapılan Son Değişiklik Üzerine İnceleme”, 2006/ 1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, s:315-338;
- “Le Statut Juridique de La Femme Turque: Du Passé au Présent”, 2007, Juin, Cahiers de L' Orient, Paris-France, No:86;
- “Droit International Privé”, Collection Juris-Classeur de Droit Comparé, Mise A Jour de la Fascicule de Turquie, Paris-France avec Dr. Ahu Moralı-Dr. Pelin Işıntan et Süheyla Balkar, 2009.