

HAKEMLERİN İHTİYATİ TEDBİR VE İHTİYATİ HACİZ KARARI VERME YETKİSİ

Doç. Dr. Ziya AKINCI*

Giriş

Tahkim yolu, özellikle milletlerarası ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tercih edilen bir çözüm yoludur. Tahkim yolunun kendine özgü bir çok avantajları bulunmakta ve bunlar arasında özellikle kararın tenfiz edilebilme imkanı, uygulamacıları cezbetmektedir. Gerçekten, tahkimle ilgili milletlerarası sözleşmeler, hakem kararlarının tenfizini, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinden çok daha kolay hale getirmiştir¹.

Milletlerarası ticari tahkimin avantajları özetlenecek olursa, tahkim yolunun tarafsız bir çözüm yolu olması², esnek ve taraflara geniş serbesti tanıyan bir yargılama usulü olması, tarafların devlet yargısının aksine yargılama usulüne uygulanacak hukuku, yargılama dilini³, yargılamanın hangi

* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

- 1 Örneğin karşılıklılık koşulu açısından ele alındığında, Türkiye çok az sayıda devlet ile mahkeme kararlarının tanınması hususunda ikili anlaşma akdettiği halde, New York Sözleşmesi'ne taraf olan bir devlette verilmek koşuluyla, hakem kararlarının hemen tüm ülkelerde tenfiz edilmesi mümkün olacaktır.
- 2 Zira, normal olarak, milletlerarası ticari ilişkinin taraflarından hiç biri, uyuşmazlığın, diğer tarafın milli mahkemelerinde çözülmesini arzulamayacaktır. Özellikle taraflardan birinin devlet olduğu sözleşmelerde, uyuşmazlığın taraf devletin mahkemelerinde çözülmesi, diğer taraf açısından çeşitli sakıncalara sebep olabilecektir. Uyuşmazlığın taraflardan birinin devlet olduğu durumlarda, söz konusu devlet mahkemelerinin uyuşmazlık için yetkili olması durumunda ortaya çıkacak tereddütler, hakimlerin kendi devletlerine karşı ne denli tarafsız ve bağımsız olabileceğinden, uyuşmazlığa taraf olan devletin yargılanırken yasaların bile değiştirebilme gücüne sahip olmasına varıncaya kadar bir çok sebebe dayandırılabilir.
- 3 Özellikle, milletlerarası ticari yazışmaların çokluğu ve her sektörün kendine özgü terminolojisi dikkate alındığında, ilgili evrakın mahkemenin diline tercüme edilmesi ve bu tercüme dolayısıyla çıkacak ihtilaflar düşünülürse, yargılama dilini seçebilmenin, taraflara sağladığı kolaylık anlaşılacaktır.

ülkede yapılacağını, uyuşmazlığı çözecek hakemleri⁴ kendilerinin belirleyebilmesi⁵, hakemlerin bu alanda deneyimli, uzman kişilerden oluşması ve milletlerarası ticari tahkimde hızlı yargılama yapılması hususları öncelikle akla gelmektedir⁶.

Avantajlarını bu şekilde özetlediğimiz tahkim kurumu ile ilgili en tartışmalı konulardan biri, hakemlerin ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verip veremeyecekleri meselesidir. Milletlerarası ticari tahkim uygulaması ve çeşitli hukuk sistemlerinde hakemlere bu yetkinin verilmesi hususundaki eğilimler, bu husustaki tartışmaların artmasına neden olmaktadır. Bu çalışmamızda hakemlerin ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz karar verme yetkisi, mukayeseli hukuk, Türkiyenin taraf olduğu çok taraflı sözleşmeler ve milletlerarası standart tahkim kuralları dikkate alınarak inceleme konusu yapılacaktır. Ayrıca, milletlerarası ticari tahkimle ilgili bu gelişmeler karşısında mesele, Türk Hukuku açısından değerlendirilecektir.

1. GENEL OLARAK

Bir uyuşmazlığın ortaya çıkması ile davanın sona ermesi arasındaki süre, bazı durumlarda uzun olabilir. İşte, bu gibi durumlarda davacının davayı kazanması halinde elde edebileceği haklarının önceden güvenceye alınması gerekebilir. Bu amaçla söz konusu olabilecek tedbirler, para alacaklarının güvenceye alınmasına yarayan ihtiyati haciz ve para dışındaki hakların korunmasına yarayan diğer tedbirler olmak üzere iki kısımda incelenmektedir⁷.

-
- 4 Milletlerarası ticaret hukuku, kendi içerisinde gelişen ve kendine özgü bir çok özelliklere sahip bir görünüm arz etmektedir. Bu sebeple, tarafların daha ziyade iç hukuk meseleleri üzerinde yoğunlaşan devlet yargısı yerine, milletlerarası ticaret hukuku alanında uzmanlaşmış ve bu alana özgü gelişmeleri yakından takip eden hakemleri uyuşmazlığın çözümünde yetkilendirmeleri, soruna sağlıklı ve hızlı çözüm bulunabilmesi açısından önemli bir avantaj olacaktır.
 - 5 Milletlerarası ticari tahkimin taraflara sunduğu esnekliğe ilişkin örnekler genişletilebilir. Örneğin, duruşma günlerinin belirlenmesinde, taraflara uygun olan günün tercih edilmesinde devlet yargısına nazaran çok daha duyarlı davranılması, duruşma yerinin mahkeme salonunu dışında olabilmesi vs.
 - 6 Uyuşmazlığın hızlı çözülmesi, zamanın sebep olabileceği zararları önleyerek, tarafların uyuşmazlığı daha az masrafla çözmelerine imkan verecektir. Yine, uyuşmazlığın mahrem kalması, hakem kararına karşı başvurulabilecek yolların kısıtlanabilmesi, milletlerarası ticari tahkimi, devlet yargısına nazaran daha avantajlı duruma getirmektedir.
 - 7 **S. Üstündağ: Medenî Yargılama Hukuk**, İstanbul 1989, 480 vd. **Kuru, Medenî Usul Hukuku**, C.III, Ankara 1991, 3049 vd.

Hakemlerin ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verebilme yetkisi, milli hukuk sistemlerinde farklı düzenlemeye tâbi tutulmuştur. Buna göre, aşağıda inceleneceği üzere, bazı hukuk sistemleri hakemlere ihtiyati tedbir ve haciz kararı verme yetkisi tanırken, bazı hukuk sistemleri, bu yetkinin yalnızca mahkemelerde olmasını tercih etmektedir. Yine belirtmek gerekir ki, tahkimin yerli veya milletlerarası olması da, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz karar verme yetkisinde etkili olmaktadır. Örneğin, İsviçre Hukuku'nda, 1969 tarihli Kantonlararası Hukuk uyarınca, bu tür tedbirler alabilme yetkisi, prensip olarak yalnızca devlet yargısında iken, tarafların bu yetkinin hakemlere devredilmesini kararlaştırabilecekleri düzenlenmiştir⁸. Buna karşılık, 1989 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki İsviçre Federal Kanunu'nun 183. Paragrafı uyarınca, tahkimde taraf olan kişilerden biri İsviçre'de mukim değilse, "taraflar aksini kararlaştırmadıkça, taraflardan birinin talebi üzerine hakemler ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verebilirler"⁹.

2. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM UYGULAMASINDA İHTİYATİ TEDBİR VE İHTİYATİ HACİZ KARARI VERME YETKİSİ

2.1 Mukayeseli Hukuk Açısından

2.1.1 Hakemlere İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi Tanımayan Hukuklar

İhtiyati tedbir ve haciz yetkisi bir taraftan davacının davayı kazanması halinde elde edebileceği hakkının önceden güvenceye alınması için gerekli tedbirlerin alınmasını temin ederken, diğer taraftan, daha yargılama sonuçlanmadan somut etkiler doğurması itibariyle, önemli bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, haksız rekabet teşkil ettiği ileri sürülen davranışın yasaklanmasına yönelik olarak verilen bir ihtiyati tedbir, davaya konu olan talebin, dava sonuçlanmadan (hatta başlamadan) elde edilmesi anlamına gelecektir. Buna bağlı olarak, böylesine önemli sonuçlar doğuran ihtiyati tedbir ve haciz karar verme yetkisinin hakemlere verilmesi bir çok hukuk sisteminde terredütle karşılanmıştır.

8 İsviçre Kantonlararası Tahkim Kanunu (Concordat) m.26.

9 P. Laive: "The New Swiss Law on International Arbitration" (1988) 4 Arbitration International, 4; M. Blessing: "The International Law in Switzerland"; (1988) 5 Journal of International Arbitration, 9.

Hukuk sistemleri incelendiği zaman, hakemlerin ihtiyati tedbir verme yetkileri hususunda farklılıklar bulunduğu görülmektedir¹⁰. Brezilya¹¹, Yunan¹², (yerli hakem kararları açısından) İsviçre¹³ Hukuklarında ihtiyati tedbir ve haciz yetkisinin yalnızca mahkemelere verildiği, hakemlerin bu hususta yetkiye sahip olmadıkları görülmektedir. Alman Medeni Usul Hukuku'nun 1036. paragrafı hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyeceklerini ifade etmektedir¹⁴. İsveç Hukuku da ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz karar verme yetkisinin devlet yargısına ait olduğunu kabul etmektedir¹⁵. Avusturya Hukukunda da hakemlerin bu yetkiye sahip olmadıkları, ancak hakemin veya (bazı acil durumlarda) taraflardan birinin başvurusu üzerine bu tür tedbir kararı talebi için mahkemeye müracaat edilebileceği belirtilmektedir¹⁶. Hakemlere ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz karar verme yetkisi tanımayan hukuklar arasında Almanya¹⁷, Arjantin¹⁸, Avusturya¹⁹, Çekoslovakya²⁰, Çin²¹, Danimarka²², Finlandiya²³, Irak²⁴, İspanya²⁵,

-
- 10 **H. Smit:** "Provisional Relief in International Commercial Arbitration: The ICC Rules and Other Proposed Rules (1981) 1 American Review of International Arbitration 393.
- 11 Brezilya Medenî Usul Kanunu m.1086-1087. (1976) I Yearbook of Commercial Arbitration 39.
- 12 Yunan Medenî Usul Kanunu m.685.
- 13 Concordat m.26.
- 14 **R.Zöller:** Zivilprozessordnung, 14 Aufl., Köln 1984, Art.1036.
- 15 **L. Heuman:** *Current Issues in Swedish Arbitration*, Deventer 1991, 83; *Arbitration in Sweden*, Stockholm Chamber of Commerce Stockholm 1984, 99.
- 16 *Arbitration Law in Europe*, ICC Services, Paris 1981, 21.
- 17 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report Germany" 12.
- 18 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report Argentina" 15.
- 19 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report Austria" 9.
- 20 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report Czechoslovakia" 23.
- 21 (1991) 16 Yearbook of Commercial Arbitration 47.
- 22 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report Denmark" 15.
- 23 (1980) 6 Yearbook of Commercial Arbitration 47.
- 24 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report Iraq" 15.
- 25 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report Spain" 13.

İsveç²⁶, Japonya²⁷, Kuveyt²⁸, Libya²⁹, Macaristan³⁰, Meksika³¹, Norveç³², Romanya³³, Yeni Zellenda³⁴ hukukları sayılabilir.

2.1.2 Hakemlere İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi Tanyan Hukuklar

Bazı hukuk sistemleri, ihtiyati tedbir ve haciz karar verilmesi hususunda hakemleri yetkili kılmaktadırlar. Bu hukuk sistemleri uyarınca, madem ki taraflar uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözülmesini istemişlerdir ve hakemlerin uyuşmazlığın esası hakkında karar vermeye yetkileri vardır, öyleyse, davacının davayı kazanması halinde elde edebileceği haklarının önceden güvenceye alınması için gerekli tedbirlerin alınması yetkisi de, hakemlere ait olmalıdır.

Bazı hukuk sistemlerinin hakemlerin ihtiyati tedbir alınabilmesine imkan verdiği görülmektedir. Hakemlere ihtiyati tedbir karar verme yetkisi tanıyan hukukların da, bu yetkiyi farklı koşullarda kabul ettikleri görülmektedir. Buna göre, bir kısım hukuk sistemlerinde hakemlerin ihtiyati tedbir karar verme yetkileri, bir kural olarak açıkça kabul edilirken, diğer bazı hukuk sistemleri, ancak tarafların bu hususta hakemlere yetki vermeleri durumunda, hakemlerin ihtiyati tedbir kararına hükmedebilecekleri belirtilmektedir.

Hollanda Medeni Usul Kanunu'nun 1051. maddesi uyarınca, hakemlerin ihtiyati tedbir kararı vermesi, ancak tarafların bu hususta hakemlere yetki vermesi durumunda mümkündür. Buna karşılık, hakemlerin ihtiyati tedbir kararlarının üçüncü kişiler üzerinde etkili olamayacağı, zira, hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verme hususundaki iradenin, sadece tahkim sözleşmesinin taraflarından kaynaklandığı ifade edilmektedir³⁵.

26 International Handbook on Commercial Arbitration, "National Report Sweden" 11.

27 International Handbook on Commercial Arbitration, "National Report Japan" 18.

28 International Handbook on Commercial Arbitration, "National Report Kuwait".

29 (1980) 5 Yearbook Commercial Arbitration, 153.

30 (1976) 1 Yearbook Commercial Arbitration, 58.

31 International Handbook on Commercial Arbitration, "National Report Mexico" 12.

32 International Handbook on Commercial Arbitration, "National Report Norway" 11.

33 International Handbook on Commercial Arbitration, "National Report Romania" 10.

34 International Handbook on Commercial Arbitration, "National Report New Zealand" 18.

35 A.J. van den Berg.: *Netherlands Arbitration Act I* 1986, Deventer Antwerp 1987, 57.

1989 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki İsviçre Federal Kanunu'nun 183. Paragrafı uyarınca, tahkime taraf olan kişilerden biri İsviçre'de mukim değilse, "tarafklar aksini kararlaştırmadıkça, taraflardan birinin talebi üzerine hakemle ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz karan verebilirler"³⁶.

Hakemlere ihtiyati tedbir karan verme yetkisini tanıyan diğer ülkelere örnek olarak ABD³⁷, Belçika³⁸, Cezayir³⁹, Ekvator⁴⁰ Endonezya⁴¹, Fransa⁴², Güney Afrika⁴³, Hindistan⁴⁴, İngiltere⁴⁵, İran⁴⁶, İrlanda⁴⁷, İsrail⁴⁸, Kore⁴⁹, Mısır⁵⁰, Polonya⁵¹, Suriye⁵², Şili⁵³, Venezuela⁵⁴ verilebilir.

2.2 Milletlerarası Andlaşmalar Açısından

Tahkim konusundaki milletlerarası anlaşmalar dikkate alındığında, hakemlerin ihtiyati tedbir veya haciz karan verme yetkilerine doğrudan veya dolaylı olarak değinildiği görülmektedir.

-
- 36 **P. Lalive:** "The New Swiss Law on International Arbitration" (1988) 4 Arbitration International, 4; **M. Blessing:** "The New International Law in Switzerland"; (1988) 5 Journal of International Arbitration, 9.
- 37 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report United States" 22.
- 38 **L. Laschet:** *Schiedsgerichtbarkeit und einstweiliger Rechtsschutz* ZZP 99, Band-Heft 3, München 1986, 273.
- 39 (1979) IV Yearbook of Commercial Arbitration 33.
- 40 (1978) IV Yearbook of Commercial Arbitration 83.
- 41 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report Indonesia" 15.
- 42 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report France" 17.
- 43 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report South Africa" 9.
- 44 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report India" 15.
- 45 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report England" 25.
- 46 (1979) IV Yearbook of Commercial Arbitration 94.
- 47 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report Ireland" 2.
- 48 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report Israel" 5.
- 49 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report Korea" 13.
- 50 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report Egypt" 30.
- 51 *International Handbook on Commercial Arbitration*, "National Report Poland" 16.
- 52 (1982) N. Yearbook of Commercial Arbitration 43.
- 53 (1978) IV Yearbook of Commercial Arbitration 52.
- 54 (1978) IV Yearbook of Commercial Arbitration 142.

New York Sözleşmesi uyarınca, uyuşmazlığın çözümünde tahkim yolunun seçilmesi durumunda, devlet yargısına müracaat edilemeyecek, uyuşmazlık hakemler tarafından çözümlenecektir. Sözleşmenin II.3. maddesi uyarınca, ancak tahkim şartının "hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkansız" olması durumunda, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesinden vazgeçilebilir. Davacı tarafın, ihtiyati tedbir veya haciz talebiyle mahkemeye müracaat etmesi durumunda, hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkansız bir tahkim şartının varlığından bahsedilebilir mi? New York Sözleşmesi'ne taraf devlet hukukları ve mahkemelerinin uygulamaları dikkate alındığında, bu tür tedbir talepleri için devlet yargısına müracaat edilmesi, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesine engel teşkil etmeyecektir⁵⁵.

1961 Avrupa Sözleşmesi'nde bu durum, açıkça belirtilmiştir. Milletlerarası Ticari Hakemlik Hakkındaki Cenevre (Avrupa) Sözleşmesi'nin VI (4). maddesi uyarınca, "ihtiyati veya muhafaza tedbirlerinin alınması için adli bir makama müracaat edilmesi hakemlik anlaşmasıyla telif olunmaz mahiyette sayılmayacağı gibi, işin esas bakımından adli mahkemeye tevdi edildiği manasında da alınmamalıdır".

Washington (ICSID) Tahkim Sözleşmesi'nin 47. maddesinde de, ihtiyati tedbir imkanı tanınmıştır. Buna göre, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, hakem heyeti gerekli durumlarda, her iki tarafın karşılıklı haklarını korumak için ihtiyati tedbirler tavsiye edebilir.

2.3 Milletlerarası Ticari Tahkim hakkında Birleşmiş Milletler (UNCITRAL) Model Kanunu Açısından

Bazı hukuk sistemleri, hakemlerin ihtiyati tedbir alma yetkisine sahip olduğunu, bir kanun hükmü olarak açıkça ifade etmektedir. Tahkim mevzuatlarında, UNCITRAL Model Kanunu'nu esas almış ülkelerin hukuklarında (Avusturya, Bulgaristan, Kanada, Kıbrıs Rum Kesimi, Hong Kong, İskoçya, Nijerya) böyle bir yaklaşım görülmektedir. Gerçekten UNCITRAL Model Kanunu'nun 17. maddesi, hakem heyetine ihtiyati tedbir alma yetkisi tanımaktadır. Buna göre, aksi taraflarca kararlaştırılmıyş olmadıkça, taraflardan birinin isteği üzerine, hakem heyeti uyuşmazlığın esasları ile ilgili olarak gerekli gördüğü tedbirleri alabilecektir. UNCITRAL Model Kanunu'nun 17. maddesinde hakemlere tanınan bu yetkinin üçüncü kişilere etkisi yoktur⁵⁶.

55 Van den Berg, 143.

56 Model Kanun Tasarısı ile ilgili Çalışma Grubunu bu hususu, tahkim kurumunun taraflar arasındaki özel bir anlaşmaya dayanmasına bağlamıştır. Seventh Secretariat Note, AI; CN.9/264, Art. 18, para.3.

Burada dikkati çeken bir nokta, Model Kanun'un hakemlerin vereceği ihtiyati tedbir kararının nasıl uygulanacağı hususunda bir açıklık içermemesidir.

Belirtmek gerekir ki, UNCITRAL Model Kanunu'nun söz konusu 17. maddesi emredici nitelikte değildir. Taraflar, aralarında yapacakları anlaşmada, hakemlerin ihtiyati tedbir alma yetkisini kaldırabilirler.

Yine Model Kanun'un 9. maddesi uyanınca, taraflardan birinin uyuşmazlık hakem önüne gelmeden önce veya hakem önündeyken ihtiyati tedbir veya haciz talebiyle mahkemeye başvurması ve mahkemenin söz konusu talebi kabul etmesi, tahkim şartına aykırılık teşkil etmeyecektir. Model Kanunun 9. maddesi iki hususa işaret etmektedir. Birincisi, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talebiyle mahkemeye başvuran taraf, uyuşmazlığın tahkimde çözülmesinden feragat etmiş sayılmayacaktır. İkincisi ise, Model Kanun, tahkim yoluyla çözülmesi kararlaştırılmış uyuşmazlıklar açısından mahkemelerin de ihtiyati tedbir karar verme yetkisine sahip olduğunu vurgulamaktadır⁵⁷.

2.4 Milletlerarası Standart Kurallar Açısından

Milletlerarası ticari tahkim alanındaki standart kuralların büyük bir çoğunluğu hakemlere ihtiyati tedbir karar verme yetkisini tanımaktadır. UNCITRAL Kuralları'nın 26. maddesi, AAA⁵⁸ Milletlerarası Tahkim Kuralları'nın 34. maddesi, Londra Tahkim Divanı Kuralları'nın 13. maddesi, bu tür standart tahkim kurallarına örnek olarak gösterilebilir.

UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 26. maddesinde, taraflardan birinin talebi üzerine hakem heyetinin gerekli tedbirleri alabileceği belirtilirken, bu tedbirler, çekişmeli malın üçüncü bir kişiye yediemin sıfatıyla verilmesi veya bozulacak malların satılması olarak örneklenmektedir. Ayrıca, ihtiyati tedbirin mahkemelerden de istenmesi mümkündür ve bu durum, hakem şartının geçerliliğini etkilemeyecektir⁵⁹.

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları'nın 8.5. maddesi uyanınca, "taraflar, dosyanın hakeme tevdiinden ewel ve istisnai olarak da sonra,

57 H.M. Holtzmann & J.E. Neuhaus: *A (Guide to be UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary*, Kluwer, 1989.

58 *American Arbitration Association*.

59 J. van Hof: *Commentary on The UNCITRAL Arbitration Rules*, Deventer 1991, 175; S.A. Baker: *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice* Deventer, 1992, 133.

tarafları bağlayan tahkim sözleşmesine aykırı düşmedikçe ve hakemin bu nedenle haiz olduğu yetkiyi ihlal etmedikçe, yetkili bütün yargı organları nezdinde ihtiyati tedbir talebinde bulunabilirler. Böyle bir talep ve yargı organları tarafından alınan tedbirler, derhal Tahkim Divanı Sekretaryasına bildirilmelidir. Sekretarya da bu hususu hakeme bildirecektir."

Amerikan Tahkim Birliği Kurallarının 31. maddesi incelendiğinde, hakemlere uyuşmazlık konusu şey'in korunması için gerekli tedbirleri alma hususunda yetki verilmektedir⁶⁰.

Londra Milletlerarası Tahkim Divanı Kuralları'nın 15.4. maddesi de, taraflar aksini kararlaştırmadıkça ve (tahkim usulüne) uygulanacak hukukun emredici hükümlerinin sınırlamalarına tâbi olarak bazı koruyucu tedbirler alabilecektir⁶¹.

Burada karşımıza çıkan bir problem, taraflar tahkim usulüne uygulamak üzere her hangi bir milli hukuk sistemini seçmeyip, milli hukuklar dışı kurallara atıf yapınca, hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verebilme yetkisi açısından herhangi bir milli hukuk sisteminin dikkate alınıp alınmayacağı meselesidir. Bu sorun, *Dalmia* davasında ele alınmış ve bu davada hakem olan Prof. Lalive, söz konusu yetkinin mevcudiyetini araştırmak için tarafların seçmiş olduğu kurallara bakılmasının yeterli olduğunu belirtmiştir⁶². Buna karşılık, böyle bir durumun, özellikle tahkim yeri ülkesinin kamu düzenine aykırı sayılabileceği unutulmamalıdır.

3. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

3.1 Genel Olarak

Türk Hukukunda mahkemelerin ihtiyati tedbir kararı vermesine ilişkin esaslar HMUK'nun 101-113. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İhtiyati tedbir, söz konusu tedbir için en az masrafla ve en çabuk nerede yerine getirilecekse o yer mahkemesinden veya esas dava için yetkili mahkemeden istenebilir (HMUK. m.104).

60 Commercial Arbitration Rules of the American Arbitration Association, Art. 34.

61 Bkz. The Rules of London Court of International Arbitration, Art. 13.1; 15.2. ve 15.4. Ayrıca, bkz. M. Rubino-Sammartano: *International Arbitration Law*, Deventer 1990, 350.

62 *Dalmia Dairy Industries Ltd v. National Bank of Pakistan*, (1980) V *Yearbook of Commercial Arbitration* 176.

3.2 Tahkimde İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi

Tahkim alanında Türkiye'nin taraf olduğu çok taraflı sözleşmeler olan 1958 New York Sözleşmesi, 1961 Avrupa Sözleşmesi ve Washington Sözleşmesi (ICSID), Türk tahkim mevzuatının bir parçasını oluşturmaktadır. Bu sözleşmelerin, hakemlerin ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz karar verme yetkisine ilişkin yaklaşımları yukarıda incelenmiştir.

HMUK açısından konuya yaklaşıldığında, hakemlerin ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verme yetkileri bulunmamaktadır. HMUK'un tahkime ilişkin 511-513. maddeleri arasında hakemlere böyle bir yetki tanıyan bir hüküm yoktur. Bu sebeple, Türk Hukuku'nda ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz verme yetkisinin mahkemelerde olduğu kabul edilmektedir⁶³.

Türk Hukuku'nda hakemler ihtiyati karar verme yetkisine sahip değildirler. Bu sebeple, bir uyuşmazlık tahkim yoluna havale edilmiş olsa dahi, ihtiyati tedbir karar verme yetkisi mahkemelere aittir. Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceği öngörüldüğünde, ihtiyati tedbir için mahkemeye müracaat edilecek ve tedbirin verilmesinden itibaren on gün içerisinde tahkimne başvurmak gerekecektir. Türk hukukunda hakemler ihtiyati haciz kararı da veremezler. İhtiyati haciz, uyuşmazlık tahkime havale edilmeden önce verilmiş ise, davacının yedi gün içerisinde tahkim yoluna başvurarak dava açması gerekmektedir.

Bu sebeple, uyuşmazlığının esasının tahkimde çözülmesi kararlaştırılmasına rağmen, davacının ihtiyati tedbir talebiyle mahkemeye başvurması, tahkim şartının geçerliliğini her hangi bir şekilde etkilemeyecektir. Böyle bir durumda, mahkemenin ihtiyati tedbir veya haciz talebini uygun görmesi durumunda, davacının on gün içerisinde, tahkim şartında kararlaştırıldığı üzere tahkim yoluna başvurarak, dava açması gerekmektedir.

Tahkim yolu ile çözülen bir uyuşmazlıkta mahkeme ihtiyati tedbir kararı vermiş bulunuyorsa, HMUK'nun 112. maddesi uyarınca ihtiyati tedbir kararı kalkacaktır. Böyle bir durumda, lehine karar verilen davacının, hakem kararının tenfizi veya tasdiki için geçecek sürenin dikkate alarak, yine HMUK'nun 112. maddesi uyarınca ihtiyati tedbir kararını veren mahkemeden tedbirin devamına karar vermesini istemesi yerinde olacaktır.

63 **Kuru**, C. IV, 4061; **C. Şanlı**: "21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku", Avrupa-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 1990, 12; **T. Kalpsüz**: *Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonunun Tahkim Hükümlerine Göre Cereyan Eden Tahkim*, 1990 Ankara, 17.

3.3 Uyuşmazlığın Tahkimde Çözüldüğü Durumlarda Karşılaşılacak Bazı Problemler

3.3.1 Hakemlerin İhtiyati Tedbir Kararını Kaldırma Yetkisi

Yukarıda, Türk Hukukunda hakemlerin ihtiyati tedbir veya haciz kararı verme yetkilerinin olmadığı ifade edildi. Acaba, hakemler, şartların değişmesi sebebiyle mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir veya haciz kararını kaldıracaklar mı? Bilindiği gibi, şartların değişmesi durumunda ihtiyati tedbirin kaldırılması talebi, HMUK'nun 108/II. maddesi uyarınca esasa bakan mahkemenin yetkisine girmektedir. Uyuşmazlığın esasının tahkimde çözülmesinin kararlaştırılması durumunda, acaba ihtiyati tedbir veya haciz kararının şartların değişmesi sebebiyle kaldırılması için hakemler yetkili olacak mıdır?

Bu soruya olumsuz yanıt vermek doğru olacaktır. Zira, Türk hukukunda gerek ihtiyati tedbir ve hacze ilişkin hiç bir hususta hakemlere her hangi bir yetki tanınması söz konusu değildir. Başka bir deyişle, bu tür koruyucu tedbirlerle ilgili kararlar, münhasıran mahkemelere tanınmıştır. Bu sebeple, hakemlerin, -esasa bakan mahkemenin fonksiyonunu haiz olarak-, daha önce mahkeme tarafından verilmiş ihtiyati tedbir veya haciz kararının kaldırılması hususunda yetkisi söz konusu olmayacaktır.

3.3.2 İhtiyati Tedbir Kararına İtiraz

İhtiyati tedbir kararına itiraz, tahkim açısından farklı sonuçlar doğurabilir. Bilindiği gibi, ihtiyati tedbir kararında itiraz, ihtiyati tedbir kararını veren mahkemeye yapılmaktadır. İhtiyati tedbir kararı dava açılmadan önce verilmiş ve itirazdan önce esas hakkında dava açılmışsa, ihtiyati tedbir kararına itiraz, davaya bakan mahkemeye yapılacaktır.

Uyuşmazlığın tahkimde görülmesi durumunda, ihtiyati tedbir kararı ile itirazlar nereye yapılacaktır?

Uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi durumunda, yukarıdaki bilgiler ışığında, hakemlerin ihtiyati tedbir kararı vermesi söz konusu olmayacaktır. Bu durumda, itirazın hangi mahkemeye yapılacağı sorusu ile karşılaşılabilir. Bu soruya cevap verebilmek için, öncelikle ihtiyati tedbir kararı veren mahkemenin yetkisinin neden kalktığı meselesini incelemek gerekir. HUMK'nun 108. madde uyarınca, ihtiyati tedbir kararı alındıktan sonra esasa ilişkin davanın açılması durumunda, ihtiyati tedbir ile ilgili itirazlar artık esasa bakan mahkemeye yapılmaktadır. Burada amaç, uyuşmazlığın esasına artık başka bir mahkemenin bakması ve uyuşmazlığın esasını inceleyen mahkemenin

konu hakkında daha ayrıntılı bilgiye sahip olması sebebiyle, söz konusu itirazları daha iyi değerlendirebilmesidir. Ancak, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi durumunda, hakemlerin ihtiyati tedbir hakkında karar vermeleri söz konusu olamayacağı için, esasa bakan (ve dolayısıyla ihtiyati tedbir hususundaki itirazları daha iyi değerlendirebilecek) mahkeme söz konusu olmayacaktır. Böyle bir durumda, ihtiyati tedbir ile ilgili itirazların, yine tedbir kararını veren mahkemeye yapılmaması için bir sebep söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi durumunda, ihtiyati tedbir ile ilgili itirazlar, dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararını veren mahkemeye yapılabilecektir.

3.3.3 İhtiyati Tedbir Kararının Kendiliğinden Kalkması

Bilindiği üzere, HUMK'nun 109/I. maddesinin üçüncü cümlesi uyarınca, ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren on gün içerisinde esas hakkındaki davasını açmazsa veya dava açmasına rağmen dava açtığına ilişkin belgeyi on gün içinde ihtiyati tedbir kararın icra eden memura verip ihtiyati tedbir dosyasına koydurmazsa, ihtiyati tedbir, hiç bir işleme gerek kalmaksızın kalkacaktır. Aynı şey, uyuşmazlığın tahkimde çözüldüğü davalar açısından da söz konusudur.

Buna karşılık, uyuşmazlığın milletlerarası ticari tahkimde çözümlendiği hususlarda bazı problemlerle karşılaşılabilir. Örneğin, davacının, davalının Türkiye'de bulunan malları için mahkemeden ihtiyati tedbir kararı aldığı bir durumu ele alalım. Bu durumda, davacının tedbir kararından itibaren on gün içerisinde uyuşmazlığın esası için yetkili mahkemede dava açması gerekmektedir. Davacı bu süre içerisinde uyuşmazlığın çözüm yolu olan tahkim yoluna başvurmakla birlikte, tahkime konu olan davanın konusunun, ihtiyati tedbir kararında belirtilenden tümüyle farklı olması durumunda, davalı ne yapacaktır? Başka bir deyişle, bu durumda, davalının ihtiyati tedbirin kalkması gerektiği, zira, tahkime konu olan davanın konusunun, ihtiyati tedbir kararında belirtilenden tümüyle farklı olduğu yolundaki itirazlarını nereye yapacaktır? Davalının, ihtiyati tedbir kararı veren mahkemeye müracaat etmesi durumunda mahkeme, HMUK uyarınca, ihtiyati tedbir vermiş olduğunu ve artık kendisinin tedbir kararını kaldırmaya yetkili olmadığını ileri sürebilir. Bu durumda, HMUK 109. maddesinin, dava açılmadığı zaman tedbirin kendiliğinden kalkacağını öngören hükmünden hareket etmek yerinde olacaktır. Buna göre, tahkimde açılan davanın ihtiyati tedbir kararında belirtilenden farklı olduğu ifade edilerek icra memurundan tedbiri kaldırması istenecek, kaldırılmaması durumunda ise şikayet yoluna gidilerek,

tahkimde açılan davanın, tedbir talebine dayanak teşkil edenle aynı olup olmadığı, icra tetkik mercii tarafından incelenecektir. Burada icra tetkik merciiinin incelemesi davanın esasına girmek olarak değil, tedbir talebinde ve buna ilişkin olarak açılan davanın konularının aynı olup olmadığını tesbitten ibaret olacaktır.

3.4 Hakemlere İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verilmemesinin Değerlendirilmesi

3.4.1 Türk Hukukunda Tahkim Kurumuna Olan Yaklaşım Açısından

Hakemlere ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verme yetkisi verilmesi, tahkim kurumunu daha etkili ve özerk kılabilecek sonuçlar yaratacaktır. Ancak, konunun Türk Hukuku açısından değerlendirilmesi durumunda, Türk Hukukunda tahkim kurumuna olan yaklaşımın dikkate alınması ve Türk Hukukunun hakemlere böylesine geniş yetkiler verilmesine ne kadar hazır olduğunun sorgulanması gerekecektir. Gerçekten, Türk tahkim uygulaması dikkate alındığında, gerek 533. maddede temyiz sebeplerinin sınırlayıcı olarak sayılmasına rağmen Yargıtayın bu sebeplerin dışındaki halleri de bozma nedeni olarak düzenlemesi, gerek esasa Türk Hukukun uygulandığı durumlarda Yargıtayın hakemlerin verdiği kararın doğru olup olmadığını esastan denetlemesi, Türk Hukukunda tahkimle ilgili bir çok temel problemin hala çözülmemiş olduğunu göstermektedir⁶⁴. Bu koşullar altında, hakemlere ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verme yetkisi tanımak gibi bir adım atmak, temel sorunları hala çözüm bekleyen tahkim kurumuna yeni problemler ilave etmekten başka bir sonuç doğurmayacaktır.

3.4.2 Üçüncü Kişilerin Etkilenmesi Açısından

Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi hususundaki tahkim sözleşmesi, yalnızca taraflarını bağlayan bir sözleşmedir. Bu sebeple, yetkilerini taraflar arasındaki anlaşmadan alan hakemlerin, tahkim şartı veya sözleşmesine taraf olmayan kişiler hakkında sonuç doğuracak şekilde ihtiyati tedbir kararı vermesi söz konusu olamaz. Bu sebeple, hakemlerin, çekişmeli olan ve üçüncü kişinin elinde bulunan malın yed'i emine teslim edilmesi hususunda ihtiyati tedbir alması söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde, tahkim yolu ile çözümlenen bir uyuşmazlıkta davalı tarafın alacağının ihtiyaten

64 Z. Akıncı: "Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Yargısınca Denetlenmesi", Batider, C. XVII, S.3, s.119.

hacinde, davalıya borçlu olan üçüncü kişiye, alacağı davalıya ödememe hususunda talimat verilmektedir. Böylece burada da, ihtiyati tedbir ve haczin, üçüncü kişiye etkisi söz konusu olmaktadır. Bu gibi durumlar, hakem kararlarının yalnızca taraflar üzerinde etkiler doğurması prensibi ile bağdaşmayacak sonuçlar yaratacaktır.

3.4.3 Hakem Heyetinin Oluşmasındaki Güçlükler Açısından

Milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin usulüne göre tayin edilmemesi, gerek hakem kararının iptaline, gerekse hakem kararının tenfizinin engellenmesine yol açacak sonuçlar doğurabilir⁶⁵. Bu sebeple, uyuşmazlığı çözecek hakemin veya hakemlerin usulüne göre belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

Hakemlerin belirlenmesi meselesi, özellikle tarafların uyuşmazlığı çözecek hakem hususunda anlaşamamaları veya davalı tarafın kendi hakemini seçtiği durumlarda özellik arz etmektedir. Özellikle bu gibi durumlarda, uyuşmazlığı çözecek hakem veya hakem heyetinin belirlenmesi önemli bir süre kaybına sebep olmaktadır.

Oysa ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz, işlevi itibarıyla, davacının davayı kazanması halinde elde edebileceği haklarının, önceden güvenceye alınması amacını taşımaktadır. İhtiyati tedbir kararı verme yetkisinin hakemlere tanındığı durumlarda, hakem veya hakem heyetinin belirlenmesine kadar geçecek süre içerisinde, tedbir alınmasını haklı kılan sebepler gerçekleşerek (örneğin davalının mallarını kaçırmayı), davacının durumu tehlikeye girebilir.

Sonuç olarak, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz karar verme yetkisinin hakemlerde olduğu olduğu durumlarda, bu tür koruyucu tedbirler için, öncelikle hakem veya hakem heyetinin oluşmasının beklenmesi gerekecektir. Ancak, böyle bir bekleyiş, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kurumlarından beklenen korumanın gerçekleşmesine mâni olabilecektir.

65 New York Sözleşmesi m. V (1) (d). Geniş bilgi için bkz. Z. Akıncı, *Milletlerarası Ticari tahkim ve Tenfiz*, İzmir 1994.

Sonuç

Konu mukayeseli hukuk açısından incelendiğinde, uygulama ve öğretilerde, hakemlere ihtiyati tedbir alma yetkisi verme hususunda bir eğilimin varlığı dikkati çekmektedir⁶⁶. Bununla beraber, hakemlere böyle bir yetki verilmesi bir çok açıdan tereddütleri beraberinde getirecektir. Zira, tahkim şartı veya sözleşmesi, prensip olarak yalnızca taraflar açısından bağlayıcı sonuçlar doğurmasına rağmen, üçüncü kişilerin de bu tür koruyucu kararlardan etkilenmesi söz konusu olabilecektir. Ayrıca, hakem veya hakem heyetinin atanmasına kadar geçecek olan süre, bu tür koruyucu tedbirlerin amacına ulaşması için çok geç olabilecektir. Yine, Türk hukukunda tahkim kurumuna olan yaklaşım dikkate alındığında, kanunda belirtilmeyen temyiz sebeplerinin kabul edilmesi, hakem kararının esastan incelenmesi gibi bir çok temel problemin çözülmemiş olduğu görülmektedir. Bu koşullar altında, hakemlere ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz karar verme yetkisinin tanınmasının pek tutarlı bir gelişme olmayacağı da açıktır. Kaldı ki, hakemlere ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi tanınsa dahi, tarafların ihtiyati tedbir kararını yerine getirmekten kaçınılmaz durumunda, yine devlet yargısına müracaat etme zorunluluğu doğacağını unutmamak gerekir⁶⁷. Bütün bu hususlar dikkate alındığında, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir karar verme yetkisinin mahkemelerde kalmasının daha yerinde olacağı söylenebilir.

67 Uygulamada kimi zaman, hakemlerin vermiş olduğu ihtiyati hakem kararlarının yerine getirilmemesi durumunda, sözleşmenin ihlal edilmiş sayılacağı hususunda sözleşmeye hüküm konulmakta, buna bağlı olarak da cezai şart öngörülmektedir. Stalev, 110.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Z.:** *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Ankara 1994.
- Akıncı, Z.:** "Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi", (1994) İzmir Barosu Dergisi.
- Akıncı, Z.:** "Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi", *Batider*, (1994), C. XVII, S. 3.
- Baker, S.A.:** *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice*, Deventer, 1992, 133.
- Berg, A.J. van den :** *The Netherlands Arbitration Act 1986* Deventer Antwerp 1987.
- Blessing, M.:** "The New International Law in Switzerland"; (1988) 5 *Journal Of International Arbitration*.
- Heuman, L.:** *Current Issues in Swedish Arbitration*, Deventer 1991, 83; *Arbitration in Sweden, Stockholm Chamber of Commerce*, Stockholm 1984.
- Hof, J.J. van:** *Commentary on The UNCITRAL Arbitration Rules*, Deventer 1991.
- Holtzmann, H.M. & Neuhaus, J.E.:** *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary*, Kluwer, 1999.
- Kalpsüz, T.:** *Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonunun Tahkim Hükümlerine Göre Cereyan Eden Tahkim*, 1990 Ankara.
- Kuru, B.:** *Medeni Usul Hukuku*, CIII, Ankara 1991.
- Lalive, P.:** "The New Swiss Law on International Arbitration" (1988) 4 *Arbitration International*.
- Rubino-Sammartano, M.:** *International Arbitration Law*, Deventer 1990.
- Smit, H.:** "Provisional Relief in International Commercial Arbitration: The ICC Rules and Other Proposed Rules"; (1981) 1 *American Review of International Arbitration*.
- Stalev, Z.:** "Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration", *International Arbitration in a Changing World*, International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 6.
- Şanlı, C.:** "21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku"; *Avrupa-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu*, Ankara 1990.
- Üstündağ, S.:** *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul I 1989
- Zöllner, R.:** *Zivilprozessordnung*, 14 Aufl., Köln 1984, Art.1036.