

MİLLETLERARASI TAHKİM USULÜNDE İHTİYATİ TEDBİR

Prof. Dr. Kemal DAYINLARLI

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1) İhtiyati Tedbirin Tanımı

İhtiyati tedbir, uyuşmazlık konusunda kesin hüküm tesis edilinceye kadar, dava sonucunu etkisiz kılacak muhtemel herhangi bir zararın oluşmasını engellemek, başka bir deyişle dava sonucunu mümkün olduğu ölçüde güvence altına almak amacıyla başvuru yapılan geçici nitelikteki bir koruma aracıdır.

2) İhtiyati Tedbirin Amacı

Tahkim yargılamasında ihtiyati tedbir kararı verilmesi, yargılama sonucunda tesis edilen hükmün uygulanabilirliğini sağlama açısından çok önemlidir. Çünkü hükmü temel oluşturacağı düşünülen kanıtların korunması, yargılama sonucunda hükmedilen miktarın karşılanmasında kullanılacak malların muhafaza altına alınması veya satılmasının men edilmesi, çabuk bozulacak malların satılarak paraya çevrilmek suretiyle elde edilecek bedelin emanete alınması ve benzeri ihtiyati tedbirler ile alacaklının hakları ticaret hayatının beklediği hızda korunmuş, yargılama sonunda verilecek kesinleşmiş hakem kararının icrasının etkisiz hale getirilmesi önlenmiş olur.

3) İhtiyati Tedbir için Müracaat Yeri

Gerek iç tahkim gerekse milletlerarası tahkimde ihtiyati tedbir kararı için başvuru mercii, yetkili devlet mahkemeler veya tahkim mahkemesidir. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 6. maddesinde taraflardan birinin tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması esnasında ihtiyati tedbir istemesinin ve mahkemenin bu yönde bir karar vermesinin tahkim anlaşması veya şartına aykırılık olarak değerlendirilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. UNCITRAL Tahkim Kuralları m.26, UNCITRAL Model Kanunu m.17 ve ICC Kuralları m.23'te de aynı paralelde düzenlemelere yer verilmiştir.

a) Tahkim Mahkemesi Oluşturulmadan Önce İhtiyati Tedbir Müracaatı

İhtiyati tedbir kararının bir an evvel alınmasının gerekli olduğu bazı durumlarda tahkim mahkemesinin oluşturulmasını beklemek, tedbir kararından beklenen faydanın elde edilememesi sonucunu doğurabilir. İşte henüz tahkim mahkemesinin oluşturulmamış olduğu bu dönemde, ihtiyati tedbir için müracaat yeri yalnızca yetkili devlet mahkemeleridir.

b) Tahkim Yargılaması Esnasında Yapılacak İhtiyati Tedbir Müracaatı

Kural olarak, tahkim mahkemesi oluşturulduktan sonraki ihtiyati tedbir müracaatı tahkim mahkemesine yapılmalıdır. Bunun yanında tahkim yargılaması, doğası gereği tarafların karşılıklı rızalarına dayalı ve taraflar arasındaki ihtilafı çözüme kavuşturan bir yargı yoludur ve bu nedenle dava dışı üçüncü kişilerin haklarını zedeleyecek kararların alınması mümkün değildir. Dolayısıyla, üçüncü kişilerin haklarına ilişkin bir ihtiyati tedbir talebinde yetkili devlet mahkemesine başvurulmalıdır. Bunun yanında, tahkim mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı verilmesi konusundaki yetkisi tahkime uygulanacak hukuk ile sınırlandırılmış veya hakem heyeti söz konusu tedbirin alınmasında kendini yetkili addetmemiş olabilir. Örneğin, Arjantin ve İtalya gibi ülkelerin milli hukuk düzenlerinde hakemlerin ihtiyati tedbir kararı alması yasaklanmıştır. Bu gibi durumlarda da ihtiyati tedbir müracaatı yetkili devlet mahkemesine yapılır.

Bunun dışında, tahkim yargılaması esnasında ileri sürülecek bir ihtiyati tedbir talebinin, uyuşmazlık konusu ile daha yakın bir bağ içinde bulunan ve bu konuda daha geniş bir takdir yetkisini haiz olan tahkim mahkemesine yöneltilmesinde fayda vardır. Nitekim doktrinde, “dosyanın hakem mahkemesine havalesinden sonra dahi ‘uygun’ hallerde yetkili mahkemeye başvurulacağı” düzenlemesini getirmiş bulunan ICC Tahkim Kuralları m.23’te sözü edilen “uygunluğun”, her ihtiyati tedbir müracaatında keyfi olarak yetkili mahkemeye gidilmesi şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.¹ Buna ek olarak, bazı hukuk sistemlerinde tahkim mahkemesi bir kere uyuşmazlığa el attıktan sonra, ihtiyati tedbir istemlerinin yetkili mahkemeye değil, hakem heyetine yapılması kuralı getirilmiştir. Bir başka deyişle, kimi hukuk sistemlerinde yetkili mahkemeler, tahkim yargılaması devam eden bir dosyada ihtiyati tedbir kararı vermeyi tahkim yargılamasına müdahale etmemek adına reddedebilmektedir.² Kanaatimize göre, taraflarca aksinin kararlaştırılmamış olduğu hallerde, davanın esasına bakan mahkeme olan tahkim mahkemesinin ihtiyati tedbir talebini incelemesi ve bu hususta karar vermesi tahkimin niteliğine daha uygun düşer. Zira hakemler dosyanın içeriğini daha iyi bildiği için ani karar verilmesini gerektiren böyle bir durumu hakkaniyete daha uygun olarak değerlendirebilir. Öte yandan taraflar, ihtilafın esasının devlet mahkemesine gitmeden tahkim yargılaması ile çözümünü öngördüklerine göre, geçici koruma tedbiri niteliğinde olan ihtiyati tedbir hakkındaki kararın da ihtilaf konusu olaylara en yakın olan hakemlere bırakılması, tahkimin doğasına daha uygun düşer.

c) İhtiyati Tedbir Kararının Güvenceye Bağlanması

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunumuz 6. maddesinde, hakem veya hakem kurulunun ihtiyati tedbir kararı vermeyi, uygun bir güvence verilmesine bağlı kılabileceği belirtilmiştir. ICC

¹ Derains Y., Schwartz E.A., *A Guide to ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, 2005, s.294

² *Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction?*

http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200211/ai_n9339198/pg_9/?tag=content:coll_28.02.2009

Tahkim Kuralları, UNCITRAL kuralları ve UNCITRAL Model Kanunu da paralel düzenlemeler içermektedir.

4) Hakem veya Hakem Kurulunca verilen İhtiyati Tedbir Kararının Yerine Getirilmesi

İhtiyati tedbirin davayı sona erdiren bir hüküm niteliğinde olmaması, milletlerarası hukukta icra edilebilirliği açısından, hangi formda verilmesi gerektiği sorununu da beraberinde getirmiştir. ICC Tahkim Kuralları m.23'te ihtiyati tedbirin, bir "talimat" veya bir "karar" şeklinde verilebileceği, bu konudaki takdir yetkisinin hakem kuruluna ait olduğu belirtilmiştir. Ancak, ihtiyati tedbirlere ilişkin talimat kimi hukuk düzenlerinde icra kabiliyetini haiz bir karar olarak kabul görmez. Buna karşılık "karar" şeklinde verilen ihtiyati tedbirin de ICC Kuralları m.27 uyarınca Tahkim Divanı tarafından incelenmesi gereği ortaya çıkmaktadır. ICC Komisyonu Çalışma Grubu ihtiyati tedbirlerin genellikle talimat şeklinde verilmesini tavsiye etmektedir.

Tahkim mahkemesince verilen ihtiyati tedbir kararlarında asıl sorun, kararın icrası aşamasında görülmektedir. Uygulamada taraflar, genellikle hem ticari itibarlarını, hem de hakemler üzerinde bırakacakları etkiyi hesaba katarak, ihtiyati tedbir kararlarına uygun davranmayı tercih etmektedir. Buna rağmen, taraflardan birinin ihtiyati tedbir kararına uymaması halinde, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m.6'da da belirtildiği üzere, yetkili devlet mahkemesinden yardım istenilmesi mümkündür. Bunun yanında kanunumuzda yetkili mahkemenin gerekirse başka bir mahkemeye istinabe edebileceği de ifade edilmiştir. Ayrıca, UNCITRAL Model Kanunu 17. maddesine 2006 yılında yapılan ekleme ve önemli değişiklikler ile ihtiyati tedbir kararlarının icra kabiliyeti güçlendirilmiştir. Buna göre, hakem kurulu tarafından alınan bir ihtiyati tedbir kararı bağlayıcı niteliktedir ve yetkili devlet mahkemesine yapılan başvuru ile icrası sağlanabilir. Hakem kurulu tarafından verilmiş bir ihtiyati tedbir kararının, verildiği ülkeden başka bir ülkede icrası istenildiği takdirde, o ülkedeki yetkili devlet mahkemesine kararın tanınması ve tenfizi için başvuruda bulunulur. Yetkili devlet mahkemesinde ihtiyati tedbir kararı esastan incelemeye tabi tutulamaz ve sadece model kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş ret sebeplerinin varlığı halinde kararın tanıma ve tenfizinin reddi söz konusu olur. Bu ret sebepleri, hakkında ihtiyati tedbir kararı verilmiş tarafın teminatın yatırılmadığını kanıtlaması, ihtiyati tedbir kararının tahkim mahkemesi veya kararın verildiği ülke mahkemeleri tarafından sonlandırıldığını veya durdurulduğunu kanıtlaması veya mahkemenin söz konusu kararın verilmesinin tahkim kurulunun yetkisini aştığı kanaatine ulaşmış olması şeklinde sıralanmıştır.

5) İhtiyati Tedbir Kararının Ortadan Kalkması

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 6. maddesinde de belirtildiği gibi, tahkim yargılamasının başlamasından önce veya tahkim yargılaması devam ederken, tahkim mahkemesi veya yetkili devlet mahkemesi tarafından verilmiş bulunan bir ihtiyati tedbir kararı, tahkim mahkemesi tarafından verilen nihai hakem kararının icra edilebilir hale gelmesi veya tahkim mahkemesinin davayı reddetmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.