

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

MİLLETLERARASI TAHKİMDE DAVA AÇMA YASAKLARI

DOKTORA TEZİ

İlyas GÖLCÜKLÜ

Tez Danışmanı: Doç. Dr. İlhan YILMAZ

NİSAN 2018

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

MİLLETLERARASI TAHKİMDE DAVA AÇMA YASAKLARI

DOKTORA TEZİ

İlyas GÖLCÜKLÜ

Tez Danışmanı: Doç. Dr. İlhan YILMAZ

NİSAN 2018

ÖNSÖZ

Milletlerarası tahkim hukukunda; ülkeler arasındaki hukuk sistemi farklılıklarından ve küreselleşen ticari ilişkilerden kaynaklanan en güncel ve tartışmalı konulardan biri, dava açma yasakları (*anti-suit injunctions*) tedbirleridir. İngiltere başta olmak üzere *Common Law* hukuk sisteminde sıklıkla kullanılan ve Kıta Avrupası hukukunda da son zamanlarda yeni yeni dikkat çeken bu tedbirleri ele alan çalışmamız; dava açma yasaklarını, gerek karşılaştırmalı hukuk gerek Türk hukuku bakımından çeşitli yönleriyle detaylıca ele almaktadır.

Galatasaray Üniversite'sinde doktora derslerime başladığım ilk günden beri; severek yaptığım bu çalışmanın planının şekillenmesinden, nihai haline kavuşmasına kadar bana rehberlik eden, değerli tecrübelerini ve görüşlerini benimle paylaşan, iyi bir akademisyen olmam noktasında eksikliklerimi görüp bunları yapıcı eleştirileriyle sabırla düzelteren danışman hocam sayın Doç. Dr. İlhan YILMAZ'a ne kadar teşekkür etsem azdır.

Oldukça yoğun programlarına rağmen; doktora tez izleme komitemde yer alarak beni onurlandıran saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Ziya AKINCI ve Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM'e ayrıca şükranlarımı sunuyorum. Doktora tez savunmasında; jüri üyeliğini kabul ederek beni onurlandıran değerli hocalarım Prof. Dr. Günseli ÖZTEKİN GELGEL ve Doç. Dr. Faruk Kerem GİRAY'a ayrıca çok teşekkür ediyorum.

Yoğun programına rağmen; tezin Fransızca özetini, itinayla hazırlayan sevgili arkadaşım Derin CONDON'a minnettarım.

Oldukça stresli ve yoğun geçen bu tez çalışmasının hazırlanması sürecinde; fevkalade sabır ve anlayış gösteren, sevgili eşim Büşra Elif'e ise özellikle çok teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR	vii
RÉSUMÉ.....	xii
ABSTRACT.....	xvi
ÖZET.....	xix

Birinci Bölüm

DAVA AÇMA YASAĞI (ANTI-SUIT INJUNCTION)

GİRİŞ.....	1
I. Genel Esaslar	3
A. Kavram.....	3
1. Genel Olarak	3
2. Tarihi Gelişim	5
3. Yazım Örnekleri.....	10
B. Kapsam	15
1. Devlet Mahkemesi ve Tahkim İlişkisi	15
2. <i>Imperium</i> Doktrini	18
C. Şekil	21
D. Nitelik	23
E. Şartlar.....	26
1. Genel Olarak	26
2. Talepte Bulunmada Aşırı veya Gereksiz Gecikme (<i>Undue or Unnecessary Delay</i>) Olmamalı.....	27
3. Men Edilecek Dava Oldukça İlerlemeden (<i>Before Proceedings Are Too Far Advanced</i>) Talep Yapılmış Olmalı.....	32
4. Tedbir Adil ve Uygun (<i>Just and Convenient</i>) Olmalı	36
5. Yasaklanacak Dava Zarar Verme ve Yıpratma (<i>Vexatious and Oppressive</i>) Amacıyla Açılmış veya Açılacak Olmalı.....	38
6. Talebin Reddi İçin Uygun Sebep (<i>Good Reason Not To Do So</i>) Olmamalı	44
F. İspat.....	46
1. Genel Olarak	46
2. İspat Yükü ve Usulü.....	49
a) Mahkeme Yargılamalarında İspat Yükü ve Usul	49
b) Tahkim Yargılamalarında İspat Yükü ve Usul	55
i. Genel Olarak	55

ii. <i>Ad Hoc</i> Tahkimde İspat Yüğü ve Usul.....	56
iii. Kurumsal Tahkimde İspat Yüğü ve Usul	59
c) Ölçüsü	63
d) Kapsamı	64
II. Önemi, Yorumu, İlgili Hukuki Kavramlar ve Türleri	69
A. Önemi.....	69
1. Taraflar Bakımından	69
2. Hakemler Bakımından	71
3. Mahkemeler Bakımından.....	74
B. Yorumlanması.....	77
1. Genel Olarak	77
2. Yorum Türleri	79
a) Dar Yorum (<i>Conservative Standard</i>).....	79
b) Geniş Yorum (<i>Liberal Standard</i>).....	82
c) Dengeleyici Yorum (<i>Middle-ground Approach</i>)	85
3. Değerlendirme.....	86
C. İlgili Bazı Hukuki Kavramlar	88
1. Milletlerarası Nezaket (<i>International Comity</i>).....	88
2. Tahkim İlk İtirazı	93
3. <i>Forum Shopping</i>	96
4. Aşkın Yetki (<i>Exorbitant Jurisdiction</i>)	102
5. <i>Forum Non Conveniens</i>	105
6. Yabancı Derdestlik (<i>Lis Alibi Pendens</i>).....	115
D. Türleri	122
1. Genel Olarak	122
2. Mahkeme Tarafından Verilen Dava Açma Yasakları	123
a) Başka Mahkemede Dava Açma Yasağı (<i>Anti-suit Injunction</i>)	123
i. Genel Olarak	123
ii. <i>West Tankers</i> Davası	125
iii. Karşılaştırmalı Hukukta Bazı Davaların Değerlendirilmesi.....	129
b) Tahkimde Dava Açma Yasağı (<i>Anti-arbitration Injunction</i>).....	133
i. Genel Olarak	133
ii. Karşılaştırmalı Hukukta Bazı Davaların Değerlendirilmesi.....	136
3. Hakemler Tarafından Verilen Dava Açma Yasakları	146
a) Başka Mahkemede Dava Açma Yasağı (<i>Arbitral Anti-suit Injunction</i>)	146
i. Genel Olarak	146

ii.	<i>Gazprom Davası</i>	147
iii.	Karşılaştırmalı Hukukta Bazı Davaların Değerlendirilmesi.....	152
b)	Tahkimde Dava Açma Yasağı (<i>Arbitral Anti-arbitration Injunction</i>).....	160
i.	Genel Olarak	160
ii.	Bazı Paralel Tahkim Davalarının Değerlendirilmesi	165
III.	Milletlerarası Tahkim Hukukunda Dava Açma Yasakları	169
A.	Hakemler Tarafından Verilen Dava Açma Yasaklarına (<i>Arbitral Anti-suit Injunctions</i>) Dair Milletlerarası Hukuki Düzenlemeler	169
1.	Genel Olarak	169
2.	Hakemlerin Geçici Hukuki Koruma Yetkisine Dair Düzenlemeler.....	170
a)	Genel Olarak	170
b)	Milletlerarası Düzenlemeler.....	172
i.	Genel Olarak	172
ii.	Kurumsal Tahkim Düzenlemeleri	173
iii.	UNCITRAL Tahkim Kuralları ve UNCITRAL Model Kanunu.....	175
iv.	Milletlerarası Tahkime Dair Sözleşmeler.....	180
B.	Dava Açma Yasağına Uyuma veya Uymama.....	188
1.	Uyuma Gerekçeleri	188
a)	Genel Olarak	188
b)	Gönüllü Uyuma (<i>Voluntary Compliance</i>).....	188
2.	Uymama Hali ve Yaptırımlar.....	192
a)	Hakem Yaptırımları	192
b)	Mahkeme Yaptırımları.....	198
C.	Güncel Bazı Sorunlar	200
1.	Tahkim Öncesinde Dava Açma Yasağı	200
2.	Kararın Tenfiz Edilmemesi Tedbiri (<i>Anti-enforcement Injunction</i>)	204
3.	Dava Açma Yasağına Karşı Tedbir Talebi (<i>Anti-anti-suit Injunction</i>).....	207
4.	BREXIT ve Dava Açma Yasakları Üzerinde Etkileri.....	209

İkinci Bölüm

TÜRK HUKUKUNDA DAVA AÇMA YASAĞI

I. Nitelik	212
A. Genel Olarak	212
B. <i>İhtiyati Tedbir</i> Kavramı	213
C. Niteliğin Tespiti	220
II. Hakemlerin Tedbir Kararı Verme Yetkisi	228
III. Yasal Düzenlemeler ve Uygulamalar	234
A. Yasal Düzenlemeler	235
1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası	235
a) Genel Olarak	235
b) Madde 36: Hak Arama Hürriyeti	235
c) Madde 136: Mahkemelerin Bağımsızlığı	237
2. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu	239
3. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu	243
4. 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun	247
5. 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi	249
B. Türk Hukukunda Karşılaşılabilecek Sorunlar	252
1. Tarafın Anayasal Haklarının İhlali Hususu	252
a) Tartışma	252
b) Değerlendirmemiz	253
2. Türk Mahkemelerine Emir Verildiği Yanılgısı	257
a) Tartışma	257
b) Değerlendirmemiz	257
3. Kamu Düzeninin İhlali	262
a) Tartışma	262
b) Değerlendirmemiz	264
4. Dava Açma Yasaklarının Tanınması-Tenfizi Problemi	268
a) Genel Olarak	268
b) Hakemlerce Verilen Geçici Hukuki Korumaların Tanınması ve Tenfizi	270
i. Genel Olarak	270
ii. 2006 Tarihli UNCITRAL Model Kanunu'na Göre Tanıma-Tenfiz	271
iii. 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Göre Tanıma-Tenfiz	281
iv. Türk Hukukunda Hakem Tedbir Kararlarının Tanınması ve Tenfizi	287

aa) Genel Olarak	287
bb) 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Göre Tanıma - Tenfiz	288
cc) 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Hakem Tedbir Kararlarının İcrası	297
dd) 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a Göre Tanıma - Tenfiz.....	305
5. Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Taleplerinde Görevli ve Yetkili Mahkeme Meselesi	306
C. Dava Açma Yasağı Uygulamaları.....	319
1. Genel Olarak	319
2. Türk Tarafların Konu Edildiği Yabancı Kararlar.....	322
a) <i>Shipowners Mutual Protection and Indemnity Association (Luxembourg) v Containerships Denizcilik Nakliyat ve Ticaret A.S. ("YUSUF CEPNIOGLU")</i>	322
b) <i>Ever Judger Holding Company Ltd v Kroman Celik Sanayi Anonim Sirketi</i> ..	330
c) Diğer Başlıca Davalar	339
d) Değerlendirme.....	345
3. Türk Mahkemelerinden Dava Açma Yasağı Talep Edilmesi.....	346
IV. Yeknesaklık Amacı Doğrultusunda Görüş ve Önerilerimiz	350
A. Türk Hukukunda Dava Açma Yasağını Da Kapsayan Bir Düzenlemenin Yapılması İhtiyacı	350
B. 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Tadili İmkânı	352
C. 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılması	358
D. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Yeniden Düzenlenmesi	364
1. Genel Olarak	364
2. Bir Çözüm Önerisi Olarak <i>Singapur</i> ve <i>Hindistan</i> Örnekleri	367
3. Öneri	369
SONUÇ.....	372
KAYNAKÇA.....	374
ÖZGEÇMİŞ.....	391

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
AAD	: Avrupa Adalet Divanı
AB	: Avrupa Birliği
ACICA	: The Australian Centre for International Commercial Arbitration
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AM. J. COMP. L.	: The American Journal of Comparative Law
Am. Rev. Int'l Arb.	: The American Review of International Arbitration
AM. U. INT'L L. REV	: American University International Law Review
ARB.	: Arbitration
ASA	: Swiss Arbitration Association
AÜHFK	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Avrupa Cenevre Sözleşmesi	: 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında Avrupa Sözleşmesi
AY	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
AYM	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi
b.	: bent
Bkz.	: Bakınız
BREXIT	: British Exit (from EU)
Brook. J. Int'l L.	: Brooklyn Journal of International Law
Cath. U. L. Rev.	: Catholic University Law Review
Cir.	: Circuit
Colum. J. Transnat'l L.	: Columbia Journal of Transnational Law

CRCICA	: The Cairo Regional Center For International Commercial Arbitration
dn.	: dipnot
E.	: Esas
ECHR	: The European Court of Human Rights
ECJ	: The European Court of Justice
Ed.	: Editor
Eds.	: Editors
EU	: European Union
Eur. J. Int'l L.	: European Journal of International Law
EWCA	: England and Wales Court of Appeal (UK)
EWHC	: High Court of England and Wales
f.	: fıkra
F.3d	: Federal Reporter, Third Series
F.Supp.	: Federal Supplement
FAA	: Federal Arbitration Act
FamCA	: Family Court of Australia
FCAFC	: Federal Court of Australia Full Court
Geo. Wash. L. Rev.	: George Washington Law Review
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HKIAC	: Hong Kong International Arbitration Centre
HKLRD	: Hong Kong Law Reports and Digest
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
I.L.Pr.	: International Litigation Procedure

IBA	: International Bar Association
Ibid.	: Ibidem
ICC	: International Chamber of Commerce
ICCA	: International Council for Commercial Arbitration
ICDR	: International Centre for Dispute Resolution
ICSID Konvansiyonu	: Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States
ILA	: International Law Association
Int'l Arb. L. Rev.	: International Arbitration Law Review
INT'L ARB. REP.	: Mealey's International Arbitration Report (USA)
IRAN-U.S. C.T.R.	: Iran-United States Claims Tribunal
ISTAC	: İstanbul Tahkim Merkezi (Istanbul Arbitration Center)
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J. Int'l Arb.	: Journal of International Arbitration (UK)
J.B.L.	: Journal of Business Law
K.	: Karar
Konseyl Tüzüğü	: EC 44/2001
Law & Contemp. Probs.	: Law and Contemporary Problems
LCIA	: London Court of International Arbitration
Lloyd's Rep.	: Lloyd's Law Reports
m.	: madde

Me. L. Rev.	: Maine Law Review
Mealey's Int'l Arb. Rep.	: Mealey's International Arbitration Report (USA)
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MLR	: The Modern Law Review Limited
Montreal Sözleşmesi	: Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme (1999)
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	: Milletlerarası Tahkim Odası
MÜHF – HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.	: North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation
No.	: Numara
NYS (1958)	: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)
NZPGLeJ	: The New Zealand Postgraduate Law E-Journal
p.	: page
PCA	: Permanent Court of Arbitration
pp.	: pages
QUTLawJl	: Queensland University of Technology Law Journal
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa

S.D. Cal.	: United States District Court for the Southern District of California
S.D.N.Y.	: Southern District of New York
SAcLJ	: Singapore Academy of Law Journal
SCC	: Stockholm Chamber of Commerce
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
Taslak Konvansiyon	: Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
U. Pa. J. Int'l Econ. L	: University of Pennsylvania Journal of International Law
UHB	: Uluslararası Hukuk Birliği
UKPC	: United Kingdom Privy Council
UKSC	: Supreme Court of the United Kingdom
UNCITRAL	: The United Nations Commission on International Trade Law
Utah L. Rev.	: Utah Law Review
v.	: versus
vd.	: ve devamı
WIPO	: World Intellectual Property Organization
WL	: Westlaw
Yearbook Comm. Arb'n	: Yearbook Commercial Arbitration
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
yy.	: yüzyıl
ZPO	: Zivilprozessordnung

RÉSUMÉ

L'arbitrage est un mode de résolution des litiges alternatif aux tribunaux étatiques, dont le recours est assez fréquent au sein du droit international privé. Compte tenu des relations commerciales accrues et qui se développent entre les Etats, les parties au litige s'abstiennent le plus souvent possible de recourir aux tribunaux nationaux pour des questions de prévisibilités de la décision et de sa durée. Ainsi, les parties se dirigent davantage vers une résolution alternative c'est-à-dire plus prévisible, d'une durée plus courte, autrement dit l'arbitrage. Même si nous pouvons aisément affirmer que de nos jours l'arbitrage est un instrument juridique développé et indépendant de la justice étatique, le débat entre les tribunaux de l'Etat et l'arbitrage persiste et fait l'objet d'une vive discussion théorique (doctrinale) et pratique.

Quand bien même nous parlons parfois d'une collaboration entre l'arbitrage et les juridictions de l'Etat, les compétences et le contenu de l'intervention des arbitres demeurent différents de ceux des juges. Les différences se manifestent tout d'abord par le fait que les juges sont nommés par l'Etat alors que les arbitres sont désignés d'un commun accord par les parties, démontrant les distinctions entre les deux modes de résolution des litiges. Contrairement aux juges, les arbitres ne disposent pas d'un pouvoir aussi vaste, ne pouvant pas contraindre les autorités publiques. Ainsi, les arbitres ont souvent recours à l'intervention des tribunaux de l'Etat. C'est l'exemple où l'arbitre a besoin de l'exécution d'une décision arbitrale, sa reconnaissance, le dépôt de preuves ou le complément des moyens manquants montrent les situations nécessitant les tribunaux. De plus, contrairement aux juges étatiques, un ensemble d'arbitres ne peut intervenir sur une tiers partie au litige. Par exemple la saisie d'un compte bancaire d'un débiteur n'ayant pas exécuté ses dettes ne peut être contraint à exécuter son devoir dans le cadre de l'arbitrage. Cependant, même si l'arbitrage international constitue une résolution des disputes indépendante et développée, le fait que les arbitres ont souvent et largement recours aux juridictions étatiques constitue un frein important dans l'établissement d'un instrument de résolution totalement indépendant, rapide et plus efficace. De ce fait, les arbitres qui reçoivent compétence par le biais des parties sont très souvent assujettis à des différents systèmes juridiques au droit de l'arbitrage international.

Le fait de désigner un ou plusieurs arbitres dans le cadre de l'arbitrage octroyant une large compétence à ce dernier s'avère non seulement être un atout mais fait également l'objet de critiques. L'exemple typique réside sans doute sur l'application du droit arbitral dans les Etats étrangers ne reconnaissant pas la validité de ce dernier. Avec le développement du commercial à l'échelle globale, les parties ont tendance à choisir l'application d'un droit étranger ne représentant pas une partie au litige et plus indépendant plutôt qu'une juridiction commune aux parties. Ainsi, il n'est pas rare de retrouver des résolutions par la voie de l'arbitrage soumises à des régimes juridiques étrangers. A titre d'exemple, une entreprise allemande et l'autre turque peuvent soumettre leur litige à la Chambre de Commerce Internationale(CCI) à Londres selon les règlements d'arbitrage de cette institution. Similairement, une entreprise allemande et une autre anglaise peuvent également faire l'objet d'une résolution devant cette même institution basée à Londres suivant ses règlements. Lorsque les arbitres s'apprêtent à trancher le litige, ces derniers veillent à respecter les règlements d'arbitrage de l'institution choisie ainsi que les règlements du pays dans lequel se trouve le tribunal arbitral, sans prendre en compte les règlements d'une autre juridiction si les parties ne l'ont pas préalablement

désignés. Nous pouvons ainsi observer que les parties peuvent très bien se retrouver face à une ou des mesures totalement étrangères dictées par la juridiction arbitrale tout en ayant librement consenti à leur conséquences. Cependant, une fois le litige tranché, les parties peuvent se retrouver face à un jugement arbitral qui leur est juridiquement totalement étranger. Par conséquent, peuvent survenir des problèmes juridiques importants liés à l'application de ces sentences issues des juridictions étrangères, notamment entre les juridictions étatiques et arbitrale tant sur l'aspect pratique que théorique, alimentant les débats.

Dans le droit international de l'arbitrage, ces distinctions et incompatibilités juridiques entre les Etats associés à la globalisation des relations commerciales entre ces derniers aboutissent à un débat actuel et faisant l'objet de nombreux critiques juridiques. C'est ce qui constitue la thématique de notre étude, et plus précisément les anti-suit injunctions, que l'on pourrait traduire en français par « injonctions contre les poursuites ». Surtout connu dans le monde du Common Law, il s'agit d'une pratique assez répandue dans les juridictions étatiques et arbitrales. Malgré sa pratique assez globale dans le monde du droit international de l'arbitrage, les Etats sont réticents et refusent sa pratique dans leurs systèmes juridiques, mais ne peuvent rester indifférents à voir leur citoyens condamnés par ces mesures. Ainsi, en optant pour une juridiction appliquant les anti-suit injunctions telle qu'en Angleterre, une partie peut se voir appliqué une telle injonction sans prendre en compte le droit de l'Etat dont cette partie est affilié. Cela peut avoir pour conséquence d'influencer dans la pratique les tribunaux de l'Etat de cette même partie.

Pour résumer, l'anti-suit injunction constitue une sentence selon laquelle une partie est interdite d'exercer une action en justice, ou donner suite à une action en justice déjà engagée devant un tribunal arbitral ou une juridiction étatique d'un autre Etat. Le but d'une telle pratique repose sur le fait de ne pas recourir à une juridiction étatique ou arbitrale différente de celle désignée initialement par les parties. Si parfois une telle action est déjà engagée, cette injonction permet de mettre fin à l'action et de diriger cette partie vers l'institution dont les parties se sont engagées dans leur règlement arbitral en respectant l'adage *pacta sunt servanda*. De cette manière, non seulement la compétence du tribunal arbitral en question sera conservée, mais cela permet également d'empêcher toute procédure parallèle au celui initialement engagée.

Nous allons dans cette étude nous attarder sur l'analyse de la notion d'anti-suit injunction tant sur l'aspect théorique que pratique ainsi que les problèmes rencontrés. Il faut signaler que ce concept est ouvert aux critiques d'autant plus que le droit continental européen ne l'incorpore pas dans ses systèmes juridiques. Cette analyse prendra également la forme d'une étude du droit comparative ainsi que du droit turc en exposant les critiques et arguments dans l'application de ces injonctions. Ainsi, nous porterons une attention particulière à la Turquie, constituant un système du droit européen continental tout en apportant une réponse aux critiques qu'un tel système peut exposer envers ces injonctions. Quand bien même les arbitres et juges du droit continental européen sont réticents à l'égard de ces injonctions, l'uniformisation de l'arbitrage ainsi que son développement nous permet de se demander s'il ne serait pas plus judicieux pour un Etat de considérer davantage ces mesures qui diffèrent selon les juridictions. C'est dans cette compréhension que certains Etats comme la France, le Singapour, l'Inde, le Japon ont eu une approche positive dans la prise en compte de ces injonctions. Cela non seulement renforce notre argument à une compréhension et applications plus large de ces injonctions, mais nous permet

également de justifier qu'une possible application de ces derniers peut être envisageable dans le droit turc.

Notre étude sera composée de deux parties. La première repose sur une étude complète de l'interdiction d'engager une action en justice sous le concept d'anti-suit injunction. Cette partie se composera de la compréhension de sa définition, son sens, de son contenu et de ses conditions. De plus, nous étudierons ici l'interprétation de la doctrine et de la pratique de l'interdiction d'engager une action en justice dans le droit international de l'arbitrage. Il est important de souligner la relation que peut avoir cette notion avec d'autres concepts juridiques et d'approfondir son analyse et sa place dans le cadre des juridictions arbitrales ad hoc et institutionnelles. Nous mentionnerons également le rôle de l'Angleterre, pays du Common Law, suite aux *Brexit* et son impact sur les anti-suit injonctions ainsi que l'influence de l'Union Européenne (EU) dans le cadre des sujets d'actualité. En outre, cette première partie apportera des commentaires sur l'approche que l'on peut apporter envers ces injonctions. Nous remarquons que certaines juridictions étatiques ont une stricte réticence à l'application de ces interdictions alors que d'autres ont une appréciation plus laxiste et plus large de ce terme d'injonction anti-suit. Afin de mieux comprendre son application et appréhender le terme « d'interdiction de toutes poursuites judiciaires » (anti suit-injonctions), nous tenterons de catégoriser et distinguer les différentes formes que peuvent prendre ces injonctions. Il sera important de démontrer que ces injonctions peuvent être données par les juges étatiques ainsi que des arbitres dans le cadre du droit international de l'arbitrage. Pour cela nous présenterons des exemples afin d'illustrer les propos à l'image des arrêts *Gazprom*, *West Tankers*, constituant des décisions ayant eu un impact considérable dans le droit de l'UE ces derniers temps. Dans le droit comparatif et de l'arbitrage international, nous nous efforcerons à une analyse particulière à la compétence de l'arbitre et à sa faculté de rendre des protections temporaires. Suite à cette analyse, nous critiquerons un tel pouvoir de l'arbitre d'accorder des injonctions contre toutes poursuites judiciaires d'un point de vu de la compétence.

Cette première partie répondra également à une question primordiale: dans ce cadre général de l'injonction contre les poursuites judiciaires, pourquoi la partie condamnée choisie t-elle de la respecter? Particulièrement, quelles sont les raisons aboutissant une partie à respecter et exécuter les anti-suit injonctions rendues par les arbitres ne présentant pas une force exécutoire? Après avoir répondu à ces interrogations, nous aborderons des questions correspondantes à l'actualité juridique dans ce domaine. De plus, nous allons essayer de comprendre comment dans la pratique les juridictions ne prennent pas en compte la force exécutoire d'une sentence arbitrale. En outre, face à ces injonctions, nous débâterons sur l'attitude des juridictions étrangères et les moyens juridiques utilisés afin de contourner ces injonctions. Finalement, nous exposerons ces injonctions contre les poursuites dans le cadre du droit international privé et du droit international de l'arbitrage, mis surtout en avant par le droit anglais. Conjointement, cela va nous permettre de voir l'évolution de ces injonctions suite au *Brexit* et son impact sur le système juridique anglais.

Après avoir vu en détail les différentes faces de ces injonctions dans le droit international de l'arbitrage, nous nous pencherons dans une deuxième partie à l'étude des anti-suit injonctions dans le droit turc. Nous déterminerons ici la forme, le contenu et le but de ces injonctions dans le droit turc. Même si cet instrument juridique n'existe pas en tant que tel dans notre système juridique turc, comment les qualifie t-on dans ce cadre puisque leur impact juridique, par le biais des parties, est

indéniable? Il s'agit d'interrogations importantes puisque qualifier ces injonctions par rapport au droit turc nous permettra ensuite de voir leur utilité dans notre système ainsi que ses avantages. En partant des décisions des arbitres à rendre des protections temporaires juridiques, nous commenterons l'efficacité et la conformité de ces injonctions au système turc. Pour cela, nous utiliserons des instruments juridiques tels que le Code du Droit International de l'Arbitrage, le Code du Droit International de l'Arbitrage et de Procédure Juridique et la Convention des Nations Unies sur la Reconnaissance des Décisions Juridiques Etrangères et leur Exécution de 1958 ainsi que le Code de Procédure turc. Nous verrons également les récentes décisions faisant l'objet de ces injonctions envers les parties de nationalité turque, nous prouvant qu'on ne peut faire abstractions de ces interdictions dans le droit turc de nos jours. Qu'une partie soit de nationalité turque physique ou morale, il arrive que les juridictions étatiques ainsi que les arbitres condamnent la partie turque à cette injonction. Alors que les nationaux turcs peuvent se voir imposés de telles mesures par des juridictions étrangères, il est paradoxal que cette même personne ne puisse réclamer une telle injonction devant les juridictions turques. Pour terminer cette deuxième partie, nous aborderons des problématiques importantes sur des sujets d'actualité du droit international de l'arbitrage et discuterons de la nécessité d'une uniformisation dans la pratique arbitrale et proposerons des solutions adéquates. Ainsi, en alimentant notre travail de diverses progressions juridiques récentes dans le droit international de l'arbitrage, nous essayerons de fournir des recommandations utiles au système juridique turc et la rendre plus attrayant.

En plus de se pencher sur différents arrêts récents, nous démontrerons que ces injonctions influencent considérablement le système juridique turc et ses nationaux parties au litige. De nombreux Etats font face à ce problème de reconnaissance et d'exécution des injonctions en apportant des modifications et en actualisant leur Code de Droit International de l'Arbitrage. Ces exemples nous permettront de dégager des solutions adéquates afin d'incorporer de telles mesures dans un système arbitral turc assez rigide et ambiguë.

Certains outils juridiques nous apporteront une solution aux diverses lacunes du droit turc sur ce sujet. C'est le cas notamment de la Convention de 1958 ("NYS (1958)") nécessitant une actualisation, la modification du Code UNCITRAL de 2006 et de l'article 60 du Code du Droit International de l'Arbitrage et de Procédure Juridique (MOHUK). Ce travail qui met en avant l'importance de ne pas rester indifférent face aux problèmes des injonctions de non poursuites judiciaires ainsi que les protection temporaires rendues par les arbitres repose sur une analyse pratique et théorique. C'est sous cette forme que nous concluons que l'arbitrage international requiert ces injonctions et le droit turc devrait adopter une approche positive compte tenu des éléments et arguments exposés.

ABSTRACT

International arbitration as an alternative to court proceedings; has been and always will be a commonly used, effective method to solve legal disputes in private international law. Due to rapid development of international commercial relations; parties have tended to avoid court proceedings which mostly are known to be unforeseeable and time consuming, while embracing international arbitration which relatively provides a more speedy and foreseeable process. Such development of or increased attention to international arbitration also has brought many legal controversies that have been keeping both practitioners and scholars very busy for so many years. Especially, despite arbitration's independent character from arbitration, the relationship between courts and arbitrators has been a very controversial issue in practice and among scholars.

Although it is possible to argue that there is cooperation between national courts and arbitral tribunals; such relation can be also thought as a forced partnership since the scope of powers of both forums can be very different from each other. When compared; it is very natural to see there are crucial differences between jurisdiction of courts and arbitral tribunals. Such difference is expected and natural because while courts derive their authority from Constitution; arbitrators get their jurisdiction only from the mutual agreement of the parties to submit disputes to arbitration. Courts may take coercive decisions binding upon not only parties, but also third parties within their jurisdictions whereas arbitrators lack such binding power for especially third parties. Therefore, one of the main differences regards the enforceability of provisional measures. It has been disputed over many years to decide what kinds of provisional measures may be issued by arbitrators and how such measures against parties or third parties will be enforced. For instance an arbitral tribunal as a rule cannot enforce its order against a bank to withhold the money in the defendant's account since unlike national courts; it does not have coercive power against third parties.

In many national arbitration laws, the relation between courts and arbitrators is well established. Although under those national laws it is possible to get courts' help to enforce arbitration agreements and any arbitral decisions based on a valid agreement to arbitrate in that manner, such vague and wide interference by the national courts seriously damages independency of arbitration from national courts. Noticing such vague laws and recognizing the independent character of the arbitration from the courts, some states have amended their laws. Not only some countries but also UNCITRAL Model Law (2006) has enacted many new legal rules in favor of arbitration as an alternative dispute settlement mechanism. One of the most striking features of these developments is that arbitral provisional measures can be also recognized and enforced. In fact, as this study will demonstrate below, some states even went further by stipulating in their national arbitration laws that any decision including provisional measure are going to be deemed as national courts' judgments.

In this study, studying all types of provisional measures in international arbitration goes beyond the scope of the topic covered. Therefore it is aimed to discuss one of the most commonly used types of provisional measures in international arbitrations, namely *anti-suit injunction*. Anti-suit injunction has its roots in English law and has been effectively used in many Common Law systems. However the use and importance of anti-suit injunctions cannot be limited to Common Law system only. Due to globalised use of international arbitration, it is

more common to see different systems interact with each other than before. This is why a Continental European country may also easily encounter with anti-suit injunctions even if this country does not have any laws regulating such foreign measures. Since while issuing provisional measure; arbitral tribunal does not consider nationalities or national laws of the parties; provisional measure issued against party may be very new and unexpected in home country.

Anti-suit injunction is basically a provisional measure issued against party that enjoins the defendant from continuing or filing a suit in another forum by disregarding a valid arbitration agreement made between parties. Although this book mainly analyzes all aspects of anti-suit injunctions; since anti-suit injunctions are sub-category of provisional measure this book will discuss related features and problems of provisional measures as well. The author needs to emphasize that there are situations where there is an exclusive jurisdiction clause in favor a court and an anti-suit injunction is issued. Also; even if there is not any forum selection agreement at all, there may be anti-suit injunctions between courts of parallel proceedings. For example; despite an exclusive jurisdiction agreement in favor of London courts, the defendant may file a case in Istanbul or New York. In that case, London court's possible anti-suit injunction to bring parties to London will not be discussed in the book because there is not any arbitration involved. The author aims to discuss anti-suit injunctions from international commercial and investment arbitration perspectives only. Thus, this book does not deal with those issues specifically but the author aims to briefly discuss such matters when they have some importance for international arbitration as well.

This study evaluates various aspects of such highly controversial type of provisional measures which is not known or common to many Continental Europe law countries. The study analyzes this idiosyncratic provisional measure from both Turkish law and comparative law perspectives. In order to show that anti-suit injunctions can work in practice and solve many legal problems we face today such parallel litigation etc., this work does not only respond existing or potential criticisms against use of anti-suit injunctions but also provides some answers to overcome existing problems in international arbitration. To reach uniformity in international arbitration practice; it is emphasized in this study that, countries should act more tolerantly against unknown measures used in international arbitration.

This study consists of two main chapters. In the First Chapter, the study discusses almost all aspects of anti-suit injunctions in international arbitration. In this chapter; definition, emergence, wording, interpretation, types and other issues regarding anti-suit injunctions are analyzed in the light of many influential cases. Whether it is possible to determine legal foundations of anti-suit injunctions in international arbitration rules also has been discussed in the First Chapter. In this chapter; popular cases regarding anti-suit injunctions such as *West Tankers*, *Gazprom* etc. will be also discussed in details. Anti-suit injunctions are interrelated with many other doctrines. Therefore; *lis alibi pendens*, *objection of arbitration*, *international comity*, *forum non conveniens*, and *exorbitant jurisdiction* are discussed in connection to aims and benefits of anti-suit injunctions in international arbitration.

The First Chapter also argues that BREXIT's influence on use of anti-suit injunctions is noteworthy since England has been known as heaven when it comes to anti-suit injunctions' availability. The chapter also reminds readers that some courts are following conservative approach, while others follow restrictive approach or middle-ground approach. Other recent types of anti-suit injunctions namely anti-anti-suit injunctions and anti-enforcement injunctions are also discussed in this First

Chapter. Due to such strong need in international arbitration; this study also focuses on whether it is possible to get an anti-suit injunction before the arbitral tribunal constituted. The scope of power for emergency arbitrator becomes very relevant in that regard. One may also wonder: Although it is a provisional measure, why do parties mostly obey such restraining orders? The motive and reasoning for such voluntary or non-voluntary compliance have been also discussed in this chapter. Also it is emphasized that anti-suit injunctions can be issued both by arbitrators and courts as well. Each type of anti-suit injunctions is examined through two sub-categories namely anti-suit injunction and anti-arbitration injunction. Each headline has been analyzed by focusing on some major cases in practice.

By taking Turkey as primary example of the Continental Europe law system, Second Chapter analyses issues arising from use of anti-suit injunctions in Turkish law by also using a comparative approach. The author elaborates on main criticism coming from Continental Europe law systems while providing answers and solutions. This chapter also analyzes whether anti-suit injunctions can be accepted as violating public policy of Turkey or constitutional principles. Many crucial cases involving Turkish parties are discussed in the Second Chapter. Turkish International Arbitration Act has also been discussed in more details in this chapter. The following questions are to be answered in the Second Chapter: How should we qualify such measures in Turkish law? What is competent court if a foreign party wants to obtain provisional measure from Turkish courts? These questions are crucial because the arbitration law regime in Turkey does not bring more favorable articles in the terms of Article VII of the New York Convention (1958).

Also, some solutions with regard to problematic stipulation of arbitration rules in Turkey have been made towards the end of this study. In conclusion; the author is of the opinion that to reach a uniform application and solve contemporary problems in international arbitration, Turkey and other Continental Europe law countries should embrace these so-called foreign but yet very commonly used and effective provisional measures. Eradicating problems by having their arbitration laws modernized as many countries already did, these countries will fulfill their dream to be arbitration-friendly country more easily. The author believes and expects that more countries will accept UNCITRAL Model Law (2006) approach favoring arbitration in the long run and such tacit uniformity among states will make easier to reach a new version of New York Convention (1958) in international arbitration.

ÖZET

Milletlerarası tahkim, milletlerarası özel hukuk alanında sıklıkla kullanılmakta olan ve devlet mahkemelerine alternatif olarak öngörülen bir ihtilaf çözüm metodudur. Milletlerarası ticari ilişkilerin oldukça gelişmiş olması, tarafları mümkün olduğu kadar devlet mahkemelerinin öngörülemeyen etkisinden kurtulmaya ve tarafsız şekilde, daha öngörülebilir ve hızlı şekilde ilerleyen alternatif uyuşmazlık çözüm metodu olan tahkime yöneltmiştir. Her ne kadar günümüzde tahkime olan ilgi ve güvenden dolayı milletlerarası tahkim oldukça gelişmiş ve büyük ölçüde devlet yargısından bağımsızlığını elde etmiş ise de; tahkim ile mahkeme yargılaması arasındaki ilişki, gerek doktrinde gerek uygulamada hep hararetle tartışılan bir konu olmuştur.

Tahkim ile devlet mahkemeleri arasında işbirliğinden bahsedilmekle beraber; devlet mahkemeleri ile hakemlerin karşılıklı müdahalelerinin niteliği ve kapsamı, birbirinden oldukça farklıdır. Yetkisini egemen bir devletten alan devlet mahkemeleri ile yetkisini sadece tarafların tahkime yönelik ortak iradelerinden alan hakemler arasında bazı farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Hakemlerin devlet mahkemelerine nazaran tüm kamuyu etkileyebilecek kadar geniş bir yetkisi ve karar etkisi olmadığından ötürü; hakemler, birçok konuda devlet mahkemelerinin müdahalelerine ihtiyaç duymaktadırlar. Hakem kararının icrası, tanınması ile delil ikamesi veya eksik usullerin tamamlanması gibi çeşitli durumlarda mahkemelere ihtiyaç duyulabilmektedir. Örneğin mahkemelerin aksine; bir hakem heyetinin, üçüncü kişi konumundaki bankadan davalının hesabına bloke koymasını cebren istemesi imkânı kural olarak yoktur. Ancak bağımsız yargılama faaliyeti yürüten ve oldukça gelişmiş olan milletlerarası tahkimde; hakemlerin sürekli ve geniş ölçüde mahkeme müdahalesine ihtiyaç duymaları, mahkeme müdahalesini en aza indirmeyi ve hakemlerin daha etkin ve hızlı şekilde yargılama yapmasını sağlamaya dönük hedeflere zarar vermektedir. Bu nedenle yetkisini taraflar arasında kararlaştırılan tahkim şartı veya sözleşmesinden alan hakemlerin; oldukça çeşitli geçici hukuki koruma önlemlerine hükmedebilecekleri, gerek milletlerarası tahkim düzenlemelerinde gerek ülkelerin tahkim kanunlarında tanınmıştır.

Hakem veya hakem heyetine bu tür geniş ve esnek yetkinin tanınmış olması; tahkim lehine olumlu bir gelişme olmakla beraber, beraberinde birçok tartışmayı da getirmiştir. Hakemlerin ne tür tedbirlere hükmedebilecekleri ile verilen bu tedbirlerin ilgili ülkelerde nasıl bir muameleye tabi tutulacakları hususu, bu tartışmaların başında yer almaktadır. Gelişen küresel ticaretten ötürü; taraflar, kendi ülkeleri yerine daha tarafsız olduklarını düşündükleri üçüncü bir ülkeyi tahkim yeri olarak kararlaştırmaktadırlar. Bu yaygın eğilim, tarafların kendi hukuk sistemlerine yabancı bir ülkede tahkim yargılamasında bulunma gibi bir sonucu da doğal olarak beraberinde getirmektedir. Örneğin bir Alman şirketi ile bir Türk şirketi arasındaki tahkim davası; Londra'da, ICC Tahkim Kuralları'na göre pekâlâ yürütülebilir. Benzer şekilde, Almanya'da kurulu bir şirket ile İngiltere'de kurulu şirket arasındaki uyuşmazlık da tahkim yeri olarak kararlaştırılan Londra'da ICC Tahkim Kuralları'na göre yürütülebilecektir. Bu tür durumlarda hakem heyeti yargılamayı yaparken; ayrıca usule uygulanacak hukuk olarak kararlaştırılmadığı sürece tarafların hukuk sistemlerini dikkate almamakta ve tahkim yeri hukukunun emredici kurallarının sınırları dâhilinde, tahkim yargılamasını etkinleştirmek ve tarafların haklarını korumak amacıyla gerekli gördüğü çeşitli hukuki koruma önlemlerine hükmedebilmektedir. Dolayısıyla günümüzde bir taraf, kendi hukuk sistemine tamamen yabancı bir tedbirle karşılaşabileceği gibi; her iki taraf da, tahkim

yargılamasına hâkim olan serbesti çerçevesinde farklı tedbir türleri ile karşılaşabileceklerdir. Tarafa yönelik verilen ve tarafın kendi hukukuna oldukça yabancı olabilecek bu farklı tedbirler; uygulanmaları esnasında ilgili devlet mahkemeleri önüne de geldiklerinden dolayı, gerek doktrinde ve tahkim ile mahkeme kararlarında tartışma konusu olmuşlardır.

Milletlerarası tahkim hukukunda; ülkeler arasındaki hukuk sistemi farklılıklarından ve küreselleşen ticari ilişkilerden kaynaklı en güncel ve tartışmalı konulardan biri de, çalışmamızın konusunu teşkil eden dava açma yasakları (*anti-suit injunctions*) tedbirleridir. Bu tedbirler özellikle *Common Law* hukuk sistemi başta olmak üzere birçok ülkede, gerek tahkim gerek mahkeme yargılamalarında sıklıkla kullanılmaktadır. Milletlerarası tahkimin küresel ve yaygın karakterinden ötürü; normalde hukuk sistemlerinde ve uygulamalarında bu tür tedbirlere yer vermeyen devletler de, kendi vatandaşlarına karşı bu tedbirlerin kararlaştırılması dolayısıyla etkilenmektedirler. Zira dava açma yasağı uygulaması olan bir ülkenin örneğin İngiltere'nin tahkim yeri seçilmesi durumunda; bir tarafa karşı verilen bu tür bir tedbir, tarafların milli hukuklarına bakılmaksızın uygulanmakta ve uygulanma safhasında tarafların vatandaşlığının bulunduğu ülke mahkemelerini de etkileyebilmektedir.

Dava açma yasağı kısaca; davacıya başka bir forumda açmayı düşündüğü bir davayı açmaktan vazgeçmesini veya açılmış bir dava var ise, bu davaya devam etmekten kaçınmasını emreden bir tedbir kararı olarak tanımlanabilir. Bu tedbirle genel olarak amaçlanan şey ise; taraflarca uzlaşılan forum dışındaki başka mahkeme veya hakem heyetlerinde uyuşmazlığın görülmesini engellemek ve görülmekte ise de, bu yargılama faaliyetini bir an önce sonlandırıp davacıyı sözleşmeye bağlılık ilkesi (*pacta sunt servanda*) çerçevesinde uzlaşılan asıl foruma çekmektir. Böylece hem asıl forumun yetkisi korunmuş olmakta; hem de uzlaşılan forumdan uzaklaşan davalı asıl foruma çekilmek suretiyle, paralel davaların yürütülmesi nedeniyle çelişkili kararların ortaya çıkması da engellenebilmektedir.

Oldukça tartışmalı ve Kıta Avrupası hukukuna yabancı tedbirler olan *dava açma yasakları* konusunu ele alan bu çalışmamızda; kavramın genel irdelenmesinden sonra, dava açma yasaklarının teoride ve uygulamada yarattığı hukuki sorunları analiz edeceğiz. Çalışmamız; oldukça güncel ve tartışmalı bir imkân olan dava açma yasakları konusunu, hem Türk hukuku hem de karşılaştırmalı hukuk açısından tartışmaları ve uygulamaları dikkate alarak değerlendirmeyi hedeflemektedir. Çalışmamızda; Kıta Avrupası hukuk sisteminin bir parçası olarak Türk hukuku ayrıca değerlendirilmekte ve bu farklı tedbirlere karşı ileri sürülebilecek eleştirilere cevap verilmektedir. Her ne kadar hakemler veya mahkemelerce verilen dava açma yasaklarına Kıta Avrupası'nda kuşkuyla yaklaşılmakta ise de; tahkimin oldukça geliştiği ve tahkimde yeknesaklığın oldukça arttığı günümüzde, bir devletin farklı tedbirlere daha kucaklayıcı yaklaşmasında fayda olacağı görüşüne bu çalışmada ağırlık verilmektedir. Nitekim Fransa, Singapur, Hindistan, Japonya gibi ülkelerde; dava açma yasaklarına karşı olumlu yaklaşılması da, bu görüşü desteklemekte ve benzer yaklaşımının Türk hukukunda da olabileceğine dair beklentimizi haklı kılmaktadır.

Çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır. **Birinci Bölüm**'de dava açma yasağı, tüm yönleriyle ele alınmıştır. Bu bölümde dava açma yasağı; kavram, tanım, nitelik, şartlar ile türler gibi birçok açıdan ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca; milletlerarası tahkim doktrinde ve uygulamasında dava açma yasağının yorumu, diğer hukuki terimlerle ilişkisi, gerek *ad hoc* gerek kurumsal tahkim kurallarında nasıl yer aldığı da ele alınmıştır. Bir *Common Law* devleti olarak

İngiltere'nin konumuz bakımından önemine binaen; *Brexit*'in dava açma yasaklarına ve Avrupa Birliği ("AB") hukukuna etkisi ile tahkimdeki bazı güncel gelişmeler de ele alınmıştır. **Birinci Bölüm**'de ayrıca; dava açma yasağına nasıl yaklaşıldığına dair yorum türleri de ele alınmıştır. Uygulamada bazı mahkemelerin dava açma yasağı taleplerine karşı sert tutumu görülürken, bazı mahkemelerin geniş veyahut dengeleyici bir yorumla bu tür tedbir taleplerini değerlendirdikleri gözlenmektedir. **Birinci Bölüm**'de; dava açma yasakları türlerine göre sınıflandırılmakta, böylece dava açma yasağı kavramı uygulamasının daha net anlaşılması hedeflenmektedir. Dava açma yasağının milletlerarası tahkim hukukunda hem mahkemeler hem de hakemler tarafından verilebileceği vurgulanmakta ve örnek kararlar analiz edilmektedir. Bu iki temel kategoriye de kendi içinde iki alt başlıklara ayırarak inceleyen çalışmamız; ister hakem ister mahkeme tarafından verilmiş olsun, dava açma yasağının ya başka bir mahkeme yargılamasını ya da başka bir tahkim yargılamasını davalıya verilen tedbir aracılığıyla konu edindiğini örnek kararlar eşliğinde tartışmaktadır. Örnek kararlar ilgili başlıklarında tartışılırken; *Gazprom*, *West Tankers* gibi AB hukukunda önemli bir etki yaratmış davalar ile başlıca güncel davalara ağırlık verilmiştir. Karşılaştırmalı hukukta ve milletlerarası tahkim düzenlemelerinde, genel olarak hakemlerin geçici hukuki korumalara hükmetme yetkisi öncelikle ele alınmıştır. Sonra da bu geçici hukuki korumalar kapsamında; hakemlerin dava açma yasaklarına hükmedebilme yetkileri ve dava açma yasaklarının uygunluğu tartışılmıştır.

Birinci Bölüm'de, çok temel ancak zor bir soruya da cevap aranmıştır: En nihayetinde bir tedbir kararı olan dava açma yasağına, tedbirin muhatabı olan taraf neden uymayı seçmektedir? Özellikle de hakemler tarafından verilen uyulması ihtiyari dava açma yasağı tedbirlerinde, tarafları uymaya iten sebepler nelerdir? Bu temel soruları cevapladıktan sonra Birinci Bölüm sonunda, bazı güncel sorunlara da değinilmiştir. Tahkim davası sonunda, alınan nihai kararının tenfizinin engellenmesine dönük tedbirlerin ne anlama geldiği ve nasıl kullanıldığı da tartışılmıştır. **Birinci Bölüm**'de ayrıca; dava açma yasağı tedbirine karşı, engellenmek istenen yabancı forumun da benzer karşı tedbirlere hükmedip hükmedemeyeceği tartışılmıştır. Son olarak **Birinci Bölüm**'de; dava açma yasaklarının gerek milletlerarası özel hukukta gerek milletlerarası tahkimde ortaya çıkmasını sağlayan ve bu tedbirleri sıklıkla kullanan İngiliz hukukunda, özellikle *Brexit* sonrası bu tedbirlerin geleceği de sorgulanmış ve bu kritik kararın tedbirler üzerindeki etkisi analiz edilmiştir.

Dava açma yasağı milletlerarası tahkim açısından her yönüyle detaylıca incelendikten sonra; **İkinci Bölüm**'de, dava açma yasağı tedbiri Türk hukuku bakımından detaylıca analiz edilmiştir. Bu bölümde öncelikle; dava açma yasağının Türk hukukundaki nitelik, amaç ve kapsamı ele alınmıştır. Gerçekten de Türk hukukunda var olmayan ancak taraflar vasıtasıyla da olsa hukukumuzu etkileyen bu araçlar, nasıl nitelendirilmelidir? Bu soru önemlidir zira bu güçlü araçların niteliği, Türk hukukunda yararlanabileceğimiz hükümler ile etki güçlerini belirleyecektir. Ayrıca Türk hukukunda hakemlerin geçici hukuki korumalara hükmetme yetkisine dair düzenlemelerden yola çıkarak, dava açma yasaklarının uygunluğu ve etkinliği tartışılmıştır. Bu düzenlemelerden 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ("MTK"), 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ("MÖHUK") ve 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ("NYS (1958)") gibi temel düzenlemeler ile iç tahkime dair 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ("HMK") özellikle ele alınmıştır. Tarafları Türk olan ve dava açma yasaklarını konu edinen güncel davalar

değerlendirilerek, Türk hukukunda da dava açma yasakları dâhil hakem tedbir kararlarına neden uzun süre kayıtsız kalamayacağımız gözler önüne serilmiştir. Zira milletlerarası tahkim hukukunda Tür vatandaşı gerçek veya tüzel kişilerin davalı oldukları birçok güncel davalarda; yabancı mahkemeler ile hakemler tarafından Türk taraf aleyhine dava açma yasağı tedbirlerine hükmedildiği görülmektedir. Çalışmanın çeşitli yerlerinde vurgulandığı üzere Türk taraf aleyhine bu tedbirler alınabilirken veya Türk taraf bu tedbirleri karşı taraf aleyhine sadece yurtdışında alabilirken; Türk hukukunda Türk tarafın bu konuda talepte bulunamaması ironik olduğu gibi, tarafın önemli bir geçici korumaya ulaşmasını da engellemektedir. **İkinci Bölüm**'ü noktalarken; çeşitli milletlerarası tahkim düzenlemeleri ile Türk hukukundaki yerel düzenlemeleri değerlendirerek, milletlerarası tahkimin güncel sorunlarına cevap vermek ve tahkimin gerekliliklerine daha uygun *yeknesak uygulamalara* erişmek için, çalışmamızda çözüm önerileri de sunulmuştur. Böylece milletlerarası tahkimde beliren güncel ve önemli bazı problemlere; bu çalışmamızda modern çözümler getirilmek suretiyle, Türkiye'nin de tahkim için cazibe merkezi haline getirilmesine az da olsa katkıda bulunmayı hedeflemekteyiz.

Çalışmamız; dava açma yasağı tedbirlerine dair birçok güncel kararı incelemek suretiyle, Türk hukukunda dava açma yasakları düzenlenmemiş olmakla beraber bu tür tedbirlerin Türk tarafları ve Türk hukukunu etkileyecek şekilde sıklıkla kullanılmakta olduğunu gözler önüne sermektedir. Birçok ülkenin bu tür sorunları aşmak için *hakem tedbirlerinin tanınması ve tenfizi* de dâhil; çeşitli güncel sorunlara çözümler getirerek milletlerarası tahkim kanunlarını güncelleştirdiklerine vurgu yapan çalışmamız, Türkiye'nin katı kurallar ve muğlâk düzenlemeler içeren tahkim hukukunda da bir düzenleme yapılmasının şart olduğu sonucuna ulaşmakta ve çeşitli çözümler önermektedir.

Türk hukukundaki bu düzenleme ihtiyacının giderilmesini sağlayacak çözümler olarak; NYS (1958)'in güncel ihtiyaçlar doğrultusunda tadili, MTK'nın yeni UNCITRAL Model Kanunu (2006) uyarınca değiştirilmesi ile MÖHUK madde 60 vd. hükümlerinin değiştirilerek atıl durumdan kurtarılması bu çalışmada savunulmaktadır. Türk hukukunu da ilgilendiren dava açma yasağı ile hakem geçici hukuki korumalarına dair problemlere karşı kayıtsız kalınamayacağını vurgulayan çalışmamız; gerek uygulamadan gerek doktrindeki tartışmalardan yola çıkarak, milletlerarası tahkimde oldukça önemli işlevleri olan ve sıklıkla kullanılagelen dava açma yasağı tedbirlerine karşı olumlu yaklaşılması gerektiği sonucuna ulaşmaktadır.

GİRİŞ

Milletlerarası tahkim, milletlerarası özel hukuk alanında sıklıkla kullanılmakta olan ve devlet mahkemelerine alternatif olarak taraflarca öngörülen bir ihtilaf çözüm metodudur. Global düzeyde ticari ilişkilerin oldukça gelişmiş olması; tarafları mümkün olduğu kadar devlet mahkemelerinin öngörülemeyen etkisinden kurtulmaya ve tarafsız şekilde, daha öngörülebilir ve hızlı şekilde ilerleyen alternatif uyuşmazlık çözüm metodu olan tahkime yöneltmiştir. Bu gelişme ile beraber; tahkim büyük ölçüde devlet yargısından bağımsızlığını elde etmiştir ancak yine de tahkim ile mahkeme yargılaması arasındaki ilişki, gerek doktrinde gerekse uygulamada hep hararetle tartışılan bir konu olmuştur.

Her ikisi de birer yargılama faaliyeti olmakla birlikte; yetkisini egemen bir devletten alan devlet mahkemeleri ile yetkisini sadece tarafların tahkime yönelik ortak iradelerinden alan hakem heyetinin yetkileri karşılaştırıldığında, gerek kapsam gerek verilen kararlardaki icrailik yönünden temel farklılıklara rastlanılmaktadır. Bu farklılığın en belirgin olduğu konuların başında ise geçici hukuki koruma önlemleri ile bu tedbirlerin icrası yer almaktadır. Hakemlerin ne tür geçici hukuki korumalara hükmedebileceği ile taraflar ile üçüncü kişilerin bu tür tedbirlere uymasının nasıl sağlanacağı hep tartışma konusu olmuştur. Her ne kadar uygulamada çoğu zaman devlet mahkemelerinden yardım alınması suretiyle hakem tedbir kararlarına icrailik kazandırılmaya çalışılmakta ise de bu tür bir yaklaşım; bağımsız yargılama faaliyeti yürüten hakem heyeti ile mahkeme arasındaki ilişki ile müdahalenin, kapsam ve sınırlarının muğlâk olmasına sebebiyet vermektedir. Bu nedenle aşağıda detaylıca inceleyeceğimiz üzere, UNCITRAL Model Kanunu (2006) başta olmak üzere bazı tahkim düzenlemelerinde; hakemlere çeşitli tedbir kararları verme yetkisi tanınmakla yetinilmemiş, daha da ileri gidilerek *hakemlerce verilen tedbir kararlarının tanınması ile tenfizi* gibi oldukça tartışmalı hususların çözümüne de yer verilmiştir. Hatta bazı ülkeler; tahkim lehine daha da elverişli düzenlemeler getirerek, hakemlerce verilen tedbir kararları ile kendi mahkeme ilamlarını neredeyse eşit statüde kabul etmişlerdir.

Hakemler tarafından verilebilen tüm geçici hukuki türlerine bu çalışmamızda yer vermek, çalışmamızın kapsamını oldukça açacaktır. Milletlerarası tahkim hukukunda ülkeler arasındaki hukuk sistemi farklılıklarından kaynaklı en güncel ve tartışmalı konulardan biri olan dava açma yasağı (*anti-suit injunctions*) tedbirleri, bu

Çalışmamızın esas konusunu oluşturmaktadır. Bu alışmamızda detaylıca ele alacağımız bu tür tedbirler; uygulamada özellikle İngiliz hukuku ve Amerikan hukuku başta olmak üzere, *Common Law* sistemlerinde gerek tahkim gerek mahkeme yargılamalarında sıklıkla kullanılmaktadır. Milletlerarası tahkimin küresel ve yaygın karakterinden ötürü; normalde hukuk sistemlerinde bu tür tedbirlere yer vermeyen devletler de etkilenmektedir zira dava açma yasağı uygulaması olan ülkeleri tahkim yeri olarak belirlemiş olan taraflara karşı bu tür tedbirler, tarafların milli hukuklarına bakılmaksızın uygulanmaktadır. Dava açma yasağı; asıl forum sözleşmesini ihlal ederek başka bir forumda dava açacak olan tarafın davayı açmaktan vazgeçmesini veya zaten açılmış bir dava var ise, bu davaya devam etmekten kaçınmasını emreden bir tedbir kararı şeklinde uygulanmaktadır.

Çalışmamızın kapsamını genel olarak bu tedbirlere dair öğretilerdeki ve uygulamadaki tartışmalar oluşturmakla birlikte; dava açma yasağının en nihayetinde bir geçici hukuki koruma türü olduğu görüşünü taşıdığımızdan, ilgili olduğu ölçüde hakemlerin genel tedbir kararı yetkisi de ele alınmaktadır. Önemle belirtelim ki dava açma yasakları; salt münhasır yetkili mahkemenin yetkisini korumak amacıyla yani tahkim şartı veya sözleşmesi söz konusu olmaksızın da uygulanabilir. Örneğin Londra mahkemesinin münhasır yetkili kabul edildiğı bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıkta davalı New York'ta dava açmış olabilir. Bu durumda New York'taki yargılamadan vazgeçilmesi ve sadece Londra'da dava açılmasına dönük dava açma yasağı tedbiri de *anti-suit injunction* kavramına dâhil olmakla beraber; bu tür tedbirler, doğrudan milletlerarası tahkimi konu almadıklarından ve ayrı bir tez alıştırması gerektirecek kadar geniş olduklarından çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak ilgili olduğu ölçüde bu tür kararlara da çalışmamızda yer verilecektir.

Oldukça tartışmalı ve Kıta Avrupası hukukuna yabancı bir tedbir olan *dava açma yasağı* konusunu ele alan bu çalışmamızda; kavramın genel irdelenmesinden sonra, dava açma yasaklarının teoride ve uygulamada yarattığı hukuki sorunları aşağıda analiz etmeye çalışacağız. Öncelikle; Birinci Bölüm'de dava açma yasağı tüm yönleriyle ele alınacak, sonrasında ise İkinci Bölüm'de dava açma yasağı tedbiri Türk hukuku bakımından analiz edilecektir. Çalışmayı noktalarken; çeşitli milletlerarası tahkim düzenlemeleri ile Türk hukukundaki tahkim düzenlemelerini karşılaştırarak, milletlerarası tahkimin güncel sorunlarına cevap vermek ve tahkimin gerekliliklerine daha uygun *yeknesak uygulamalara* erişmek için çözüm önerilerini

sunacağız. Böylece milletlerarası tahkimde gelişmekte olan hakem geçici hukuki koruma tedbirleri ile bu kapsamda sıklıkla kullanılmakta olan dava açma yasaklarına; Türk hukukunda çözüm arayarak, Türkiye'nin de tahkim konusunda bir cazibe merkezi haline getirilmesi amacına az da olsa katkıda bulunmayı amaçlamaktayız.

Birinci Bölüm

DAVA AÇMA YASAĞI (*ANTI-SUIT INJUNCTION*)

I. Genel Esaslar

A. Kavram

1. Genel Olarak

Milletlerarası tahkim hukukunun en güncel ve tartışmalı konularından biri olan *anti-suit injunction* kavramının Türkçe karşılığı olarak “dava aleyhine tedbir kararı”¹, “anti-dava tedbiri”² gibi çeşitli ibareler kullanılmaktadır. Öğretide bu tür ifadeler; kavramı tam olarak karşılayamadıkları gerekçesiyle eleştirilirken, Türkçe karşılık olarak “dava açılmasını önleyici tedbir kararı” ve “davaya devam edilmesini önleyici tedbir kararı” kullanılması önerilmektedir³. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; *anti-suit injunction* “yabancı mahkemeye” dönük değil aslında sözleşmede kararlaştırılmış forum dışında dava açmış veya açacak olan “tarafa yönelik” bir tedbir olduğundan, “dava aleyhine” veya “anti-dava” gibi tabirler yanıltıcı olacaktır⁴.

Gerçekten de tahkim yeri veya başka bir devlet mahkemesince veya daha tartışmalı olmakla beraber doğrudan hakem heyeti tarafından verilmiş bir *anti-suit injunction*; tarafın, forum sözleşmesini ihlal ederek açmayı düşündüğü bir davayı açmaktan vazgeçmesini veya davayı zaten açmış ise bu davaya devam etmekten kaçınmasını konu alan bir tedbir kararıdır. Bu tanımdan yola çıkarak her ne kadar verilen emrin mahkemeye değil de ihlalde bulunan tarafa verildiği savunulabilirse de, aslında *dolaylı* da olsa yabancı bir forum söz konusu davayı görmekten men edilmekte veya davaya devam etmesi engellenmektedir. Böylece esasında “tarafra yönelik” (*directed against the parties*) verilmiş olan bir tedbirin, *dolaylı* bir şekilde

¹ Rifat Erten, **Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri**, Ankara, Adalet, 2010, s. 266.

² Serdar Acar, “Son Gelişmeler Işığında Anti-Suit Injunction”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1609.

³ Nuray Ekşi, “Milletlerarası Tahkimde Güncel İki Soruna Lex Mercatoria’da Çözüm Arayışları: Hakemlerce Anti-Suit Injunction ve Punitive Damages Kararı Verilmesi”, **Uluslararası Ticari Tahkim ve Lex Mercatoria** – Ed. Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiörük, XII Levha, İstanbul 2014, s. 151-166, s. 152. (*Lex Mercatoria*).

⁴ **Ibid**, s. 152.

bir yabancı devletin yargılamasına etki etmesi gerçeği de söz konusudur⁵. Kanımızca da *anti-suit injunction* tedbirinin asıl muhatabı yetki sözleşmesini ihlal eden taraftır ve doğrudan yabancı mahkemenin yetkisine müdahale söz konusu değildir. Ancak bu türden dolayı bir etkinin mahkeme ile hakem heyeti ilişkisi açısından bazı sorunlara yol açabileceği gerçeği de göz ardı edilmemelidir.

Uygulamada hakemlerce veya mahkemelerce verilen ve esasında *anti-suit injunction* olmakla beraber farklı adlarla bilinen türler de nazara alındığında; kanımızca kavramdan ziyade, bu tedbirin niteliği ve amacı üzerinden hareket ederek Türkçe karşılığına ulaşmak daha sağlıklı olacaktır. Zira aşağıda detaylıca inceleneceği üzere; *anti-suit injunction* sadece mahkeme tarafından değil, aynı zamanda hakemlerce de verilebilmektedir. Ayrıca *anti-suit injunction* sadece başka mahkeme yargılamasını değil, tahkim yargılamasını engellemek (*anti-arbitration injunction*) maksadıyla da verilebilmekte ve hatta verilmiş bir kararın tenfizini engellemek (*anti-enforcement injunction*) amacıyla da verilebilmektedir. Dolayısıyla tüm bu kavramları kapsayacak şekilde bir Türkçe karşılığa ulaşmak için, kavramı amacıyla beraber analiz etmek yerinde olacaktır.

Suit kavramı; Türkçe karşılık olarak *dava* anlamına gelmekte ise de bu kavram, *anti-suit injunction* konusunda tahkimi de içerecek şekilde *yargılama faaliyeti* olarak anlaşılmalıdır. Zira aslında *anti-suit injunction* kavramıyla amaçlanan şey; taraflarca uzlaşılan forum dışında başka mahkemeler veya hakem heyetleri önünde uyuşmazlığın görülmesini engellemek veya dava hâlihazırda görülmekte ise, bu paralel yargılama faaliyetini bir an önce sonlandırıp davayı sözleşmeye bağlılık ilkesi (*pacta sunt servanda*) çerçevesinde asıl foruma çekmektir. Dava (*suit*) kavramı bu bağlamda her türlü yargılama faaliyetini içerdiğinden; bu çalışmamız kapsamında *anti-suit injunction* kavramının Türkçe karşılığı olarak, “dava açma yasağı” veya çoğul şekilde “dava açma yasakları” olarak kullanacağız. Böylece milletlerarası tahkim hukuku özelinde dava açma yasağı (*anti-suit injunction*), tahkim sözleşmesi ihlal edilerek başka bir forumda başlatılmış yargılamayı sonlandırma veya farklı bir forumdaki muhtemel paralel davaya hiç başlamama yönünde verilmiş bir tedbir türü olarak anlaşılabacaktır. Benzer şekilde; münhasır yetkili kılınan mahkemeye gitmek yerine, başka bir devlet mahkemesinde dava açan veya açmak isteyen tarafa yönelik verilen asıl forumdaki davaya devam etmesine yönelik tedbir de dava açma yasağı

⁵ Gary B. Born, **International Arbitration: Cases and Materials**, 2nd edition, Kluwer Law International 2015, s. 332. (*Cases and Materials*).

kapsamında değerlendirilecektir. Dolayısıyla dava açma yasağı kavramı; birlikte kararlaştırılan asıl forumdan kaçmak suretiyle kötü niyetli açılan *davaların sonlandırılması* ile *muhtemel davaların hiç açılmamasını* kapsayacak kadar geniş bir kavram olduğundan, kanımızca *anti-suit injunction* için daha uygun bir çeviri olacaktır.

Böylece bu çalışmada kullanacağımız *dava açma yasağı* veya kısaca *dava yasağı* kavramları; aksini belirtmediğimiz sürece, geçerli forum sözleşmesinin ihlalini engellemeye hizmet eden ve bu forum ihlalini yasaklamaya yönelik tedbirleri kapsayan üst kavram olarak anlaşılabacaktır. Elbette bu çalışmada dava açma yasaklarının; daha çok milletlerarası tahkim hukukunu ilgilendiren kısımlarını ve uygulamalarını, ağırlıklı olarak ele alacağız. Bu genel kavram analizinden sonra; dava açma yasaklarının teoride ve uygulamada yarattığı hukuki sorunları tartışmaya geçmeden evvel, dava açma yasaklarının ortaya çıkış sürecine ayrıca göz atmak güncel problemleri anlama ve çözme konusunda yol gösterici olacaktır.

2. Tarihi Gelişim

İngiliz hukukunda geliştirilen ve eskiden beri kullanılmakta olan dava açma yasağı tedbirlerinin ilk örneğinin; 15.yy İngiltere'sinde, ortaya çıktığı öğretilde bildirilmektedir⁶. İlk başlarda bu tür tedbirler kilise mahkemelerinin (*ecclesiastical court*) müdahaleci yetkilerine karşı verilmiş⁷, sonradan ise bu tedbirler karşı tarafı yıpratma amacıyla paralel davalar açan tarafı engellemek amacıyla da kullanılmaya başlanmıştır⁸. İngiliz hukuku ve Amerikan hukuku⁹ başta olmak üzere *Common Law* sistemlerinde eskiden beri sıklıkla kullanılmakta olan dava açma yasağı tedbirlerinin

⁶ George A. Bermann, "The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation", **28 Colum. J. Transnat'l L. 589-632 (1990)**, s. 593-594; Jorge L. Contreras / Michael A. Eixenberger, "The Anti-Suit Injunction - A Transnational Remedy for Multi-Jurisdictional SEP Litigation", **Utah Law Digital Commons, 5-2017**, s. 2; Maura E. Wilson, "Let Go of that Case - British Anti-Suit Injunctions against Brussels Convention Members", **Cornell International Law Journal Volume 36 Issue 1 Spring 2003, p. 207-226**, s. 213-214; Krş. Dava açma yasaklarının 16.yy'da kullanılmaya başlandığına dair bkz. Michelle Lee, "Anti-Suit Injunctions in Aid of International Arbitrations, A Rethink for Singapore", (2015) **27 SAclJ p. 438-461**, s. 440.

⁷ Bermann, **a.g.e.**, s. 593; Contreras/Eixenberger, **a.g.e.**, s. 2.

⁸ Trevor Hartley, "Comity and the Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation", **35 AM. J. COMP. L. 487 (1987)**, s.489; günümüzde de dava açma yasaklarının bu amaca benzer şekilde saldırgan biçimde (*oppressive*) münhasır yetki sözleşmesi ya da tahkim sözleşmesini ihlal etmek isteyenleri engelleme amacı taşıdığı hakkında bkz. Lee, **a.g.e.**, s. 440-441.

⁹ Amerikan hukukunda da dava açma yasakları; öncelikle farklı eyaletler arasındaki paralel davaları engellemek amacıyla kullanılmış, sonrasında ise uluslararası alanda da kullanılmıştır. 19.yy sonlarında verilen *Gage v. Riverside Trust Co.* (C.C.S.D. Cal. 1898) kararının; Amerikan hukukunda, uluslararası dava açma yasağının ilk örneği olduğu vurgulanmaktadır. Bu önemli kararda Amerikan mahkemesi, İngiltere'deki paralel davanın sonlandırılmasını zira kendisinin daha evvel davayı görmeye başladığını ileri sürerek dava açma yasağı tedbirine hükmetmiştir. Bkz. Contreras / Eixenberger, **a.g.e.**, s. 2 vd.

Kıta Avrupa hukuk sistemlerinde son yıllarda yeni yeni dikkat çektiğini söylemek mümkündür¹⁰.

Belirttiğimiz üzere, küreselleşen ticari hayatta hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar azalmakta zira hukuk sistemleri kendilerine yabancı sayılabilecek uygulamalara karşı çözüm üretme yoluna girmektedirler. Benzer şekilde tahkimin milletlerarası niteliğinin her geçen gün artmasıyla; bir zamanlar sadece İngiltere gibi yerlerde mahkemelerce uygulanan dava açma yasakları artık Kıta Avrupa hukuk sistemlerini de ilgilendirdiğinden, bu tedbirlerin teoride ve pratikte yol açtığı hukuki sorunların göz ardı edilmesi de mümkün olmamaktadır. Bu anlamda Kıta Avrupası hukuk sisteminde dava açma yasağı, malvarlığını dondurma gibi farklı tedbirlerle karşılaşılmasında aslında şaşılacak bir durum yoktur.

Kökleri 15.yy'a kadar uzanan dava açma yasaklarının Common Law sisteminde sıklıkla kullanılmakta olan bir "geleneksel milletlerarası özel hukuk imkânı" olduğu vurgulanmaktadır¹¹. Milletlerarası kamu hukuku açısından bu tür dava yasaklarının kullanılması pek mümkün görünmemektedir¹². Tarafların iradelerinin yerine devletlerin egemenliklerinin daha fazla hâkim olduğu kamu hukuku alanında; devletlerin birbirlerinin yargılama yetkisini bertaraf edecek şekilde tedbirleri alıp uygulamalarının hukuki dayanağı olmayacağı gibi, hizmet edeceği bir hukuki yarar da kanımızca olmayacaktır. Dolayısıyla niteliği gereği zaten tahkime

¹⁰ Örneğin Fransız Yüksek Mahkemesi ("Cour de cassation"); *In Zone Brands* davasında Amerikan mahkemesince verilen dava açma yasağına uyulması gerektiği yönünde, 14 Ekim 2009 tarihinde oldukça önemli bir karar vermiştir. *Civ. 1ère, 14 October 2009, pourvoi n° 08-16.369, In Zone Brands*. Karar aşağıda detaylıca tartışılacaktır.

¹¹ Neil A. Dowers. "The Anti-Suit Injunction and the EU: Legal Tradition and Europeanisation in International Private Law", *Cambridge Journal of International and Comparative Law* (2) 4: 960-973(2013), s. 960.

¹² Türk hukukunda kamu hukukundan kaynaklı "dava açma yasaklarını" andıran düzenlemeler vardır ancak bu kamu yönü ağır basan düzenlemeler, milletlerarası tahkim hukukunda sıklıkla kullanılmakta olan dava açma yasakları konusunu ilgilendirmemektedir. Örneğin 4811 sayılı Vergi Barış Kanunu madde 14/f.3 hükmü şöyledir:

"İşlenen kaçakçılık suçlarından dolayı vergi zıyana sebebiyet verildiği hallerde, (1) numaralı fıkra hükümlerinden yararlanılabilmesi için; salınan vergi ve kesilen cezalar ile gecikme faizi ve zamlarının, bu Kanunun yürürlüğünden önce ya da bu Kanun hükümlerinden yararlanılmak suretiyle öngörülen süre ve tutarda tamamen ödenmiş olması ve **bunlara karşı idari yargı yerlerinde dava açılmaması veya açılan davalardan vazgeçilmesi** şarttır."

Benzer yönde; Ceza Genel Kurulu 2005/11107 E., 2005/157 K.:

"...Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin araştırılması ilkesine dayanmakta olup, varsayımlara dayalı olarak hüküm kurulamaz. 4811 sayılı Yasanın uygulanması koşullarından birisi olan idari yargıda dava bulunmaması koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği, dosya kapsamı ile açık bir şekilde anlaşılamamaktadır. Bu husus, idareden ve gerekirse idari yargı makamlarından sorularak, **dava bulunup bulunmadığı, varsa vazgeçilip vazgeçilmediği** araştırılarak, sonucuna göre sanıkların hukuki durumları tayin edilmelidir.

Bu itibarla Yerel Mahkemece noksan soruşturmaya dayalı olarak karar verilmesi yasaya aykırı olduğundan direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir."

elverişli olmayan bir ceza davasında; örneğin bir İngiliz mahkemesinin, Türk mahkemesine veya davalı Türk tarafa karşı dava açma yasağı uygulaması düşünülemez. Zira taraflar bu yasağa uymak isteseler bile; bu tür davalar kamuyu ilgilendirdiğinden ve kamu davalarında re'sen araştırma ilkesi geçerli olacağından, bu yönde bir tedbirin bir anlamı ve etkisi de olmayacaktır. Bu nedenle çalışmamızda, bir milletlerarası özel hukuk tedbiri olan ve özellikle milletlerarası tahkimde sıklıkla kullanılmakta olan dava açma yasakları incelenmektedir.

Her ne kadar kökü oldukça eskiye dayanmakta ise de; yukarıda belirttiğimiz tanımıyla yani dava açma yasağının tahkimi de ilgilendirecek şekilde forum ihlalinde bulunan veya bulunacak tarafı vazgeçirmek amacıyla kullanılması, tahkimin gelişmesine bağlı olarak ortaya çıktığından çok eski değildir. Dava açma yasağı tedbirinin; tahkim alanında nasıl ve ne zaman ortaya çıktığını anlamak için, bilinen eski tarihli davalardan yola çıkmak gerekmektedir. Yalnız dava açma yasaklarına dair ilk uygulamaları incelerken, yatırım tahkimi ile ticari tahkimi ayrı ele almakta yarar vardır. Zira ticari tahkime hâkim olan gizlilik prensibi (*confidentiality*); *Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon* ("ICSID")¹³ kapsamındaki tahkimine nazaran, ticari hakem kararlarına ulaşmamızı güçleştirmekte ve böylece dava açma yasaklarının ticari tahkim hukukundaki kökenlerine ulaşmamızı zorlaştırmaktadır.

ICSID tahkiminde; hakem heyeti tarafından, davalı tarafın bir devlet mahkemesinde dava açmasının yasaklanması veya dava açılmışsa bu davadan vazgeçmesini öngören dava açma yasağı tedbirine ilk olarak 1972 yılında rastlandığı doktrinde vurgulanmaktadır¹⁴. 1972 tarihli *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*¹⁵ davası, dava açma yasaklarının yatırım tahkimi alanında ortaya çıkması

¹³ 1961-1965 yılları arasında Dünya Bankası öncülüğünde başlatılan çalışmalar neticesinde; *Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon* kısaca "ICSID Konvansiyonu") hazırlanmış ve konvansiyon, 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Günümüz itibarıyla 161 ülke bu sözleşmeyi imzalamıştır ve ICSID Konvansiyonu, 153 ülke için yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. ICSID Konvansiyonu; Türkiye bakımından ise, 2 Nisan 1989 tarihinden beri yürürlüktedir. Bkz. RG 06.12.1988 – 19830. Sözleşmenin orijinal adı *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States* olarak geçmektedir.

¹⁴ Emmanuel Gaillard, "Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators", **International Council for Commercial Arbitration International Arbitration 2006: Back to Basics?** Albert Jan Van Den Berg (Ed.) ICCA Congress Series No. 13, **International Arbitration Congress 2006, Montreal, 2007, Kluwer Law International**, 235-266, s. 244. (*Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*).

¹⁵ Pierre Lalive. "The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems", **S1 British Yearbook of International Law (1980)**, s.123, s. 134. Davanın tam adı *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1 olarak geçmektedir.

bakımından oldukça önemlidir. Bu davada hakem heyeti, her iki tarafın da tahkim sözleşmesi ile bağdaşmayan ve “gelecekte verilecek olan hakem kararını riske atabilecek tüm hamle ve savunmalardan uzak durmasını sağlamak” amacı ile tavsiye (*procedural order*) şeklinde dava açma yasağı tedbirine hükmetmiştir¹⁶. Aynı dava açma yasağı kararında hakem heyeti; önündeki aynı uyuşmazlık konusunun Fas devlet mahkemelerinin önüne gelmesi durumunda, ilgili Fas devlet mahkemesinin hakemlerin kararını verinceye dek beklemelerini de istemiştir¹⁷.

Uluslararası ticari tahkimde ise belirtildiği üzere gizlilik prensibinin yoğun etkisinden dolayı; ticari uyuşmazlıkları ele alan milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin, tam olarak ilk ne zaman dava açma yasağına başvurduğunu anlamak güçtür¹⁸. Ancak rapor edilen bazı ticari tahkim kararları ve bu kararlara ilişkin değerlendirmeler; ICSID tahkiminde olduğu gibi, ticari tahkim alanında da dava açma yasaklarının öteden beri kullanılmakta olduğunu göstermektedir. 1970 yılında bir Hint çimento şirketi ile bir Pakistan bankası arasında çıkan ve Cenevre’de ICC tahkim şartına istinaden yürütülen tek hakemli tahkimin¹⁹, ticari tahkimde dava yasakları konusunda “bilinen ilk uygulama” olduğu vurgulanmaktadır²⁰. Bu

¹⁶ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 245; hakem heyetinin bu ilk ICSID yatırım tahkimi davasında; devlete karşı “temkinli” yaklaştığı ve sadece tarafların “sözleşme” ile olan bağılıklarına vurgu yaptığı konusunda bkz. Federico Lenci, “Provisional Measures in International Investment Arbitration”, (yayımlanmamış doktora tezi), Università degli Studi di Milano, s. 183 vd. Erişim için bkz. https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/250993/342844/phd_unimi_R09746.pdf (Erişim, 10.01.2018).

¹⁷ Lalive, *a.g.e.*, s. 137; bu davanın aynı zamanda ICSID’de görülen ilk dava olduğu vurgulanmaktadır. Hakem heyetinin 2 Temmuz 1972 tarihinde yaptığı tavsiyelerde, davalı devletin mahkeme yargılamasından çekilmesi gerektiği yönünde açık bir ifadenin yer almadığı da vurgulanmaktadır. Hakem heyeti sadece, tarafların “sözleşme ile bağdaşmayacak” hareketlerden kaçınmalarını “tavsiye” etmiştir. Konuya ilişkin analiz için bkz. Julian D. M. Lew, “ICSID Arbitration: Special Features and Recent Developments”, in Norbert Horn and Stefan Michael Kroll (eds), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects, Studies in Transnational Economic Law, Volume 19* (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2004) pp. 267 – 282, s. 272-273. (*ICSID Arbitration*).

¹⁸ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 251; gizlilik ilkesi; aynı zamanda, ticari tahkim ile yatırım tahkimini birbirinden ayıran önemli bir kıstastır. Ticari tahkimde gizlilik ilkesinin yoğun etkisi hissedilmektedirken, yatırım tahkiminde “şeffaflığın” ön plana çıktığı konusunda bkz. İnci Ataman-Figanmeşe, “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, *MHB, Cilt: 31, Sayı: 1-2011, 91-152*, s. 139-142 (*Ticari Tahkim*); tahkimin gizliliğinin mutlak olmadığı ve tarafların, ayrı sözleşme ile gizliliği pekiştirebilecekleri konusunda bkz. Faruk Kerem Giray, “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Yıl 2015 Cilt 4 Sayı 2*, s. 65-121, s. 74-81.

¹⁹ *ICC Case No. 1512*. Bu davanın 1965 tarihli Hindistan-Pakistan siyasi olaylarından da etkilendiği ve esasında mücbir sebep söz konusu olmamakla beraber, tek hakem Prof. Lalive’nin verdiği kararın bu yönde de ele alınması gerektiği hakkında bkz. Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles*, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, s. 417 vd.

²⁰ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 252; davanın kısa bir özeti ve uyuşmazlığın tarihçesi için bkz. “An Indian cement Company v a Pakistani bank, Preliminary Award, ICC Case

uyuşmazlıkta tahkimden evvel Pakistan mahkemelerinde dava açmış olan davalı banka; aynı zamanda Pakistan mahkemesinden, Hint çimento şirketinin tahkime devam etmesini yasaklayan bir dava açma yasağı tedbiri (*anti-arbitration injunction*) de elde etmiştir. Ancak tahkimde kendisini yetkili gören ve tahkime devam eden tek hakem; verdiği önemli kararda, dava açma yasaklarının günümüzde de hala geçerliliğini korumakta olan faydalarına ve amaçlarına vurgu yapmıştır. Hakem kararına göre; davalı bankanın devlet mahkemelerinde “tahkim sözleşmesine rağmen” dava açması, “zaman kazanma ve tahkim yargılamasını yavaşlatma ile tahkimin etkisini azaltmaya dönük bir tür taktik” olarak yorumlanmalıdır²¹. Hakem kararında ayrıca; milletlerarası tahkimin gelişmesinde önemli rol oynayan ve bu çalışmamızda da sıklıkla bahsedeceğimiz *pacta sunt servanda* ilkesine vurgu yapılmış ve tarafların, tahkim sözleşmesine bağlılık konusunda dikkatli olmaları gerektiği belirtilmiştir. Hakeme göre; ICC Tahkim Kuralları’na göre Pakistan dışında ve Cenevre’de tahkim konusunda tarafların anlaşması, aynı zamanda “yerel mahkemelerin yetkisinin bertaraf edildiği” yorumunu da beraberinde getirmelidir. Bu nedenlerle; tahkim şartına rağmen devlet mahkemesinde dava açan davalının bu hamlesi, yerinde olarak “taktiksel” bulunmuş ve tahkim sözleşmesi var olduğu gerekçesiyle tahkim yargılamasına devam edilmiştir.

Hakem heyetince verilen dava açma yasaklarının, devlet mahkemelerinin yargısıyla olan ilişkisini aşağıda ayrıca değerlendireceğiz. Ancak şimdilik dava açma yasaklarının bu ilk uygulamalarına baktığımızda; gerek yatırım gerek ticari tahkimde, dava açma yasaklarının yeni bir uygulama olmadığını ve bu önemli tedbirlerin neredeyse yarım yüzyıl kadar önceden tartışıla geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu ilk uygulamalara baktığımızda, günümüzdeki amaçları ile benzer şekilde dava açma yasağı tedbirlerinin verildiğini ya da talep edildiğini söyleyebiliriz. Dava açma yasağı talep eden tarafın bununla; tahkim sözleşmesini

No. 1512, 1971”, in Pieter Sanders (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1980 - Volume V, Yearbook Commercial Arbitration, Volume 5* (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 1980) pp. 170 – 170.

²¹ ICC *Yearbook V* (1980), s. 170-174; ayrıca bkz. Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 252; aşağıda detaylıca inceleneceği üzere, bu tür taktikler aslında dava açma yasaklarının verilmesinin de meşru temellerini oluşturmaktadır. Zira tarafların bu tür “yavaşlatma-geciktirme taktiklerine” (*dilatory tactics*) karşı; mahkemelerin yerinde ve zamanında dava açma yasağı yoluyla müdahalede bulunarak tarafların, tahkime gitme yönündeki iradelerini etkinleştirilmesi de beklenmektedir. Tartışmalar için bkz. Moin Ghani, “Court Assistance, Interim Measures and Public Policy: India’s Perspective on International Commercial Arbitration”, *The Arbitration Brief* 2, no. 1 (2012): 16-29, s. 21-22.

kötü niyetli şekilde ihlal eden tarafı, birlikte kararlaştırdıkları forumda uyuşmazlığı çözmek için ikna etmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır. Devlet mahkemelerinden tahkime karşı dava açma yasağı talep eden tarafın ise; karşı tarafı, önceden kararlaştırılan tahkimden vazgeçirmeye çalıştığını ve böylece taktiksel olarak daha güvende hissettiği kendi devlet mahkemesinde uyuşmazlığı çözmek istediği çıkarımında bulunabiliriz.

3. Yazım Örnekleri

Belirtildiği üzere milletlerarası tahkim hukuku açısından dava açma yasağı; genellikle tahkim sözleşmesi ihlal edilerek başka bir forumda başlatılmış olan yargılamayı durdurma veya henüz başlatılmamış ise, bu muhtemel davayı hiç açmama yönünde verilen bir tedbir türüdür. Uygulamada gerek mahkeme gerek hakemler tarafından verilen dava açma yasaklarının metinlerini incelediğimizde, bu tanımımıza uygun şekilde ifadelerin kullanıldığını görmekteyiz. Dava açma yasağı hükümleri; bir sözleşme şartı şeklinde yer alabileceği gibi, tedbir talebini kabul eden mahkeme veyahut hakem heyeti kararında bir emir şeklinde de yer alabilmektedirler.

Özellikle de deniz hukuku alanında İngiltere'nin sıklıkla tercih edilen bir ülke olduğu ve sıklıkla tahkim yeri olarak kararlaştırıldığı bilinmektedir. Bu nedenle dava açma yasaklarının öteden beri geleneksel şekilde uygulandığı İngiltere'de, dava açma yasağı metinlerine ulaşp bu metinleri incelemek mümkündür. İngiltere'de tahkim şartını içeren deniz hukukuna dair sözleşmelerde; bir sözleşme şartı olarak, dava açma yasağı hükmüyle karşılaşmak olasıdır. Bu çalışmamızın konusu olan dava açma yasağının; salt tanımı ile yetinmeyerek, somutlaşması için birkaç örnek metinler üzerinden ilerlemek bu tedbirleri tam anlamıyla kavramak için yararlı olacaktır.

Deniz hukuku alanında; malvarlığı dondurma kararları²² (*mareva injunctions-freezing injunctions*) yanı sıra, dava açma yasakları da düzenli ve sık biçimde

²² *Mareva* tedbirlerinin 1970'lerde "sıkıntılı" deniz taşımacılığı alanında ortaya çıktığı konusunda bkz. Ian McGill, "The Jurisdictional Basis for the Mareva Injunction", **University of New South Wales Law Journal**, Vol. 3, No. 3/4, Mar/Oct 1980: 434-443, s. 434-435; *Mareva* tedbiri; bu adını, *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.* davasından almaktadır. Detaylı analiz için bkz. [1975] 2 **Lloyd's Rep.** 509. Tartışmalı olan bu tedbirin mahkemelerce verilebileceği Avustralya'da da *Jackson v Sterling Industries Ltd* ((1987) 162 CLR 612) davası ile kabul edilmiştir. Ayrıntılar için bkz. Michael Douglas, "Anti-Suit Injunctions in Australia", **41 Melb. U. L. Rev.** 66 (2017), s. 81-82.

Mareva tedbirlerine sadece milletlerarası ticari tahkimde değil, milletlerarası yatırım tahkiminde de rastlanmaktadır. "Tahkim yargılaması sonuçlanana dek; nihai hakem kararının etkinliğini korumak amacıyla taraflardan birinin malvarlığının transferini engellemeyi hedefleyen" *mareva* tedbiri; üçüncü kişileri de ilgilendirdiği için bu tedbir için, ICSID hakem heyeti yerine

kullanılmaktadır. Örneğin Londra’da tahkimin öngörüldüğü bir uyuşmazlık için, tipik bir dava açma yasağı hükmü şu şekilde karşımıza çıkmaktadır²³:

“This order prohibits you from continuing, instigating or commencing proceedings whether in rem or otherwise or from continuing to detain the vessel [name of ship] for claims arising from alleged shortage/damage to cargo carried under Bills of Lading numbered [numbers] issued on [date] at [load port] in any jurisdiction other than before a London arbitration tribunal.

If you disobey this order you may be found guilty of contempt of court and may be sent to prison or fined. In the case of a corporate correspondent, it may be fined, its directors may be sent to prison or fined or its assets may be seized.”

Bu emsal metnin; yaklaşık tercümesi, şu şekilde yapılabilir:

“Bu emir sizin... Numaralı ve... Limanında... Tarihli konşimento kapsamında ileri sürülen kargo zararları ile gecikmelerinden kaynaklanan talepler için; Londra tahkim kurulu dışında başka bir forumda uyuşmazlık konusu gemiye el koyma veya başkaca şekilde yargılama

mahkemelere başvurulmaktadır. Örneğin; banka hesabındaki paranın transfer edilmemesi de, malvarlığını dondurmaya yönelik bir tedbirin kapsamında yer alabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Benoit Le Bars/ Tejas Shiroy, “Provisional Measures in Investment Arbitration: Wading through the Murky Waters of Enforcement”, **6 Indian J. Arb. L. 24 (2017)**, s. 31-32.

²³ **The American Club, Issue Number 23, 2006**, s. 3-6; taraflar kendi aralarındaki sözleşmelerde çok daha farklı metinlerle dava açma yasağını düzenleyebilirler. Aşağıda çeşitli mahkeme ve hakem kararları ele alınırken görüleceği üzere; dava açma yasağı tedbirleri, genellikle verilen kararın içinde bir hüküm olarak yer almaktadır. Örneğin bir İngiliz mahkemesinden dava açma yasağı talep eden tarafın bu talebini mahkeme, kendi hukuku çerçevesinde ele alacak ve karara bağlayacaktır. İngiliz Medeni Usul Kuralları madde 54.2’de “yasaklayıcı emirler” ile 1981 tarihli İngiliz Yüksek Mahkeme Kanunu bölüm 30 gereği men edici tedbirlere izin verildiğinden; mahkeme şartları varsa bu talebi kabul ederek, kararında dava açma yasağını bu sözleşme hükmüne benzer şekilde düzenleyecektir. Tüm dava açma yasağı metin örneklerini burada ele almak; çalışmamızın kapsamını aşacağından, aşağıda kararlar incelendikçe örnek başka metinlere de yer vermiş olacağız. İngiliz hukukundaki ilgili düzenlemeler için bkz. <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part54> (Erişim, 15.02.2018). İlgili hüküm şöyledir:

“54.2 The judicial review procedure must be used in a claim for judicial review where the claimant is seeking –

(a) a mandatory order;

(b) a prohibiting order;

(c) a quashing order; or

(d) an injunction under section 30 of the Supreme Court Act 1981 (restraining a person from acting in any office in which he is not entitled to act).”

başlatmanızı veya bu yabancı forumda açılmış davaya devam etmenizi yasaklar.

Eğer bu emre uymazsanız; mahkemenin kararına uyma kuralını ihlal ettiğinize karar verilerek, hapis cezası veya para cezası aleyhinize hükmedilebilir. Davalının tüzel kişi olması durumunda; davalı şirkete para cezası verilebileceği gibi, yönetim kurulu üyeleri hapsedilebilir ve şirket malvarlığı dondurulabilir.”

Tekrar belirtelim ki bu emsal metinlerden anlaşıldığı üzere; dava açma yasağının asıl muhatabı, tahkim sözleşmesine taraf olan ve başka forumda dava açmış veya açacak olan taraftır. Bu çıkarım, metinde yer alan “siz” (you) ibaresi ile de netlik kazanmaktadır. Diğer bir ifade ile bu hükme taraf uyduğunda; men edilen yabancı mahkeme dolaylı olarak etkilenecek ise de, bu durum tedbirin tarafa karşı verildiği gerçeğini değiştirmemektedir. Yukarıdaki metinde yer aldığı üzere; tahkim sözleşmesini ihlal eden tarafı kararlaştırılmış forum olan tahkime ikna etmek için, muhtemel hapis veya para cezası gibi unsurlar da yaptırım olarak tipik dava açma yasağı metninde yer alabilmektedir.

Dava açma yasağı mahkeme veya hakemler tarafından verilmekle beraber; tarafların yukarıdaki örnek metne benzer bir dava açma yasağı hükmünü, tahkim sözleşmesine veya ayrı bir sözleşmeye koymaları mümkündür. Her ne kadar tahkim şartının kararlaştırılması; tek başına mantıken devlet mahkemelerine gidilmeyeceği veya gidilemeyeceği olarak yorumlanabilir ise de, taraflar dava açma yasağı anlamına gelebilecek ek ifadeler kullanarak bu yorumu pekiştirebilirler. Kanımızca bu yönde bir düzenleme; tarafların, tahkim şartına ek olarak birbirlerine karşı verdikleri bir tür söz veya taahhüt olarak yorumlanabilir. Hatta bu tür bir yükümlülüğün ihlali hali konusunda; taraflar, cezai şart da koyabileceklerdir. Yalnız bu tür bir düzenleme yapılırken, *henüz doğmamış dava açma hakkından feragat* sayılabilecek bir hüküm olmamasına dikkat edilmeli²⁴, sadece tahkim forumunun

²⁴ YARGITAY 11.HUKUK DAİRESİ T. 14.10.1997 E.1997/4264 K.1997/7002:

“Doğmamış haktan peşinen vazgeçilemeyeceği yolundaki evrensel hukuk ilkesi gözden kaçırılarak, davacının borç miktarına itiraz etmeyeceği ve *dava açmayacağına dair beyanına dayanılmak suretiyle* sonradan çıkarılan borca karşı dava hakkında feragat ettiğinden bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.”

T.C. YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ E. 2015/4758 K. 2015/6907 T. 7.5.2015:

“...Doğmamış haktan peşinen vazgeçilemeyeceği yolundaki evrensel hukuk ilkesi gözden kaçırılarak, davacının davalıdan başka alacağı kalmadığı, ibra ettiği, tüm dava ve alacak haklarından peşinen feragat ettiğine dair beyanına dayanılmak suretiyle başka alacağı kalmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.”

ihlal edilmesinden kaynaklı zararların karşılanmasına dair ek bir sözleşmesel taahhüt öngörülmalıdır. Uyuşmazlık doğduktan, diğer bir ifadeyle dava hakkı belirdikten sonra ise; artık hak da doğduğundan, tarafların kendi hür iradeleriyle dava açma haklarını sınırlamaları ve hatta tahkimden bile vazgeçmeleri mümkün olabilecektir. Dolayısıyla kanımızca bu tür ek sözleşme şartları; sözleşme serbestîsi çerçevesinde mümkün olmakla beraber, feragat olarak yorumlanabilecek şekilde düzenlenmemelidir. Bir örnek vermek gerekirse, sözleşmeye dava açma yasağını da içeren şöyle bir tahkim şartı pekâlâ konabilir:

“İşbu sözleşmeden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar Londra’da tahkim yoluyla ICC Tahkim Kuralları (2017)’ye göre karara bağlanacaktır. Taraflar, uyuşmazlıklar için belirlenen tahkim dışında herhangi bir devlet mahkemesi veya hakeme gidemeyecekleri gibi; her bir taraf, bu tür bir ihlal halinde karşı tarafa 10.000 USD cezai şart ödemeyi ve ihlalden kaynaklanacak diğer tüm zararları da tazmin etmeyi kabul ve taahhüt eder.”

Böylece uyuşmazlık ortaya çıktığında davalı taraf; tahkim sözleşmesini ihlal edecek şekilde doğmuş olan dava açma hakkını kullanabilir ancak bu sözleşme şartı, forum ihlalden kaynaklanan ek zararların tazmini taleplerinde ve nihai hakem kararı aşamasında kanımızca davacının lehine güçlü bir imkân olarak yer alacaktır. Hakemlerin; dava açma yasağı talebinde bulunan tarafın ibraz edeceği sözleşmede, bu şartın ortak tahkim iradelerine ek olarak ayrıca yazılı olmasını ve buna rağmen davalının devlet mahkemesine gitmesini daha şüpheli bulacakları kanımızca söylenebilir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (“TBK”) madde 145 açık hükmü gereği; borçlu, takas hakkından önceden de feragat edebilir.

Yargıtay kararları da bu yöndedir, bkz. T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ E. 2017/6710 K. 2017/17680 T. 8.11.2017:

“...Takastan bahsedilmek için, her şeyden önce iki ayrı kimsenin karşılıklı olarak birbirlerinden alacaklı olmaları gerekir. Henüz doğmamış veya takas anında sone ermiş alacaklar takas edilemez.

...

Türk Borçlar Kanununun 139/3 maddesine göre, zaman aşımına uğrayan alacak, takas şartlarının tamamlandığı tarihte henüz zamanaşımına uğramamış idiyse, alacaklı takas talebinde bulunabilir. Adı geçen Kanun'un 145. maddesi gereğince, *borçlu önceden takastan feragat edebilir*. Başka bir anlatımla, daha borç ilişkisi kurulurken ya da daha sonra, borçlu diğer tarafın alacak talebine karşı takas dermeyan etmeyeceğini taahhüt edebilir...”

Dava açma yasakları; taraflar arasında bir sözleşme hükmü olarak kararlaştırılmaları dışında, tedbir taleplerinin karara bağlandığı hakem veya mahkeme kararlarında da karşımıza çıkmaktadırlar. Dava açma yasağının türü; tedbiri veren forumun mahkeme veya hakem heyeti olup olmamasına göre değişmekle beraber tedbir kararları, içerik olarak genelde yukarıdaki örnek metinlerle benzerdir. Bu çalışmamız boyunca ele alacağımız birçok kararın; dava açma yasağını konu alan kısımlarını, aşağıda yer yer detaylıca ele alacağız. Ancak burada da; bir karar içindeki örnek hüküm ile dava açma yasağını örneklendirmekte yarar görüyoruz. Örneğin yukarıda ele aldığımız ve yatırım tahkiminde konumuzla alakalı ilk dava olduğu kabul edilen, 1972 tarihli *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*²⁵ davasında; “sözleşme ile bağdaşmayacak şekilde” Fas’ta dava açılmamasına dair dava açma yasağı tedbiri, şu şekilde hüküm altına alınmıştır:

“...parties to abstain from any measure incompatible with the upholding of the Contract and to make sure that the action already taken should not result in any consequences in the future which would go against such upholding...”

Benzer şekilde mahkemede değil, hakem heyeti önündeki dava engellenmek isteniyorsa; dava açma yasağı içeriği genel olarak aynı kalmakta, sadece yasaklanan forum değişmektedir. Örneğin Daimi Tahkim Mahkemesi’nin (*Permanent Court of Arbitration, “PCA”*) bir kararında tahkim yargılamasını başlatmaması eğer başlatmışsa da ek işlemlerde bulunmaması yönünde devlet mahkemesince verilmiş olan bir tedbir kararı analiz edilmiştir²⁶.

²⁵ Pierre Lalive. "The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems", **S1 British Yearbook of International Law (1980)**, s. 123, s. 134. Davanın tam adı *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco, ICSID Case No. ARB/72/1* olarak geçmektedir. Yine vurgulayalım ki bu davada sonuç itibarıyla; emir şeklinde dava açma yasağı değil, dikkatlice sadece tavsiye şeklinde sözleşmenin ihlal edilmemesi gerektiği belirtilmiştir.

²⁶ PCA Case No. 2010-18 – Award, p. 112:

“On 16 August 2010, the Respondent began proceedings in the Supreme Court of Belize to restrain the Claimant from pursuing these arbitral proceedings. On 7 December 2010, the Court issued an order (the “Anti-Arbitration Injunction”) as follows:

An injunction is granted to the claimant restraining the defendant, whether by itself or by its officers, servants, or agents, subsidiaries, assignees or other persons or bodies under its control, from taking any or any further steps in the continuation or prosecution of the arbitration proceedings, commenced by the defendant by notice of arbitration dated 5th May, 2010 under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law 1977 and pursuant to the treaty or agreement made on 30th April, 1982 between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Belize and extended to the Turks and Caicos Islands, until the hearing and determination of the local claims for compensation made on 15th October, 2009 by the defendant, and until any subsequent proceedings in the local courts in relation to the said local claims are heard and determined.”

Tüm örnek metinleri burada ele alamamakla beraber; incelediğimiz bu metinlerden yola çıkarak; dava açma yasağı tedbirlerinin genel olarak benzer içerikte olduklarını ve yabancı forumdaki mevcut bir yargılamayı veyahut forumdaki muhtemel bir yargılamayı tarafı vazgeçirmek suretiyle engellemeyi amaçladıklarını söylemek mümkündür. Tarafı; açacağı davadan vazgeçirme veya açmış olduğu hâlihazırdaki davaya devam etmemesini sağlamaya dönük dava açma yasağı tedbirleri, böylece tanımlarıyla da uyumlu şekilde farklı formlarda ve aşamalarda karşımıza çıkmaktadırlar.

B. Kapsam

1. Devlet Mahkemesi ve Tahkim İlişkisi

Milletlerarası tahkim, milletlerarası özel hukuk alanında sıklıkla kullanılmakta olan bir ihtilaf çözüm metodudur. Özellikle de önemli ölçüde risk barındıran uluslararası ticari ve ekonomik faaliyetlerde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda en yaygın çözüm yolunun tahkim olduğu söylenebilir²⁷. Uluslararası ticari ilişkilerin ihtiyaçları ve uygulamaları nazara alındığında; tahkimin, hukuki riskleri en aza indirmede en

ICSID tahkiminde de dava açma yasağı metinlerine rastlamak mümkündür. Örneğin *Tokios Tokelés v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18) davasında, 2003 yılında verilen 1 numaralı usule ilişkin emir ile (Procedural Order No. 1 dated 1 July 2003); her iki tarafın, Ukrayna’da dava açmamları ve açılmış davalardan ise çekilmeleri emredilmiştir. Kararın dördüncü sayfasında yer alan ilgili metin şu şekildedir:

“... (a) Pending the resolution of the dispute now before the Tribunal, both parties shall refrain from, suspend and discontinue, any domestic proceedings, judicial or other, concerning Tokios Tokelés or its investment in Ukraine, namely Taki Spravy – including those noted in the request for provisional measures and in the Claimant’s letter of June 24, 2003 – which might prejudice the rendering or implementation of an eventual decision or award of this Tribunal or aggravate the existing dispute...”

Karar için bkz. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0862.pdf> (Erişim, 10.02.2018). Sözleşmede yer alan dava açma yasaklarına ulaşmak zor olmakla beraber, mahkeme ile hakem kararlarındaki dava açma yasağı örneklerine rastlamak daha olağan ve kolaydır. Aşağıda kararlar incelenirken çeşitli örnekler yine de ele alınacaktır.

²⁷ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Beta, 6. Bası, İstanbul 2016, s. 291 (*Ticari Akitler*); Bu ihtilaf çözüm metodunun, her geçen gün daha fazla tercih edilen bir yöntem olduğu hakkında bkz. Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, Legal, İstanbul 2008, s. 17; benzer yönde bkz. Lawrence W. Newman, / Michael Burrows, **The Practice of International Litigation**, 2nd Edition, Juris Publishing, 2003, Part VII – 11.

16., 17. ve 18. yüzyıllarda ise; yükselen ulusalcılık akımından dolayı, devletler arasındaki tahkimin büyük ölçüde popülerliğini yitirdiği hakkında bkz. Born, **Cases and Materials**, s. 4-5.

ICC tarafından yayımlanan istatistiksel veriler de; milletlerarası ticari tahkimin dünyanın birçok yerinden kişilerce yoğun şekilde kullanıldığını göstermektedir. ICC’nin Güz 2016 raporuna göre; toplamda 137 ülkeden 3099 taraf barındıran 966 ICC tahkim davası görülmekteyken, Türkiye ve Nijerya oransal olarak ICC tahkimini en çok kullanan ülkeler olmuşlardır. Rapor hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-reveals-record-number-new-arbitration-cases-filed-2016/> (Erişim, 17.02.2018).

uygun ihtilaf çözme yöntemi olduğu söylenebilir²⁸. Benzer şekilde yabancı yatırımcı ile yatırım yapılacak ev sahibi devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için de; kabul eden devlet mahkemeleri yerine, tahkim gibi “bağımsız” bir forum daha çok tercih edilmektedir²⁹. Tahkim; devlet mahkemelerine alternatif olmakla beraber, devlet mahkemelerinden tam anlamıyla bağımsız da değildir. Dolayısıyla tahkimde verilen dava açma yasağı tedbirlerinin kapsam ve sınırlarını doğru analiz etmek için, mahkeme ile hakemler arasındaki ilişkiyi değerlendirmek gerekir.

Milletlerarası ticari tahkim; devlet mahkemelerine “alternatif” olma özelliği haizdir zira tahkimde tarafların amacı, uyuşmazlığın devlet mahkemesinde görülmesini engellemek ve bu mahkemeler yerine özel hakemlere gitmek suretiyle hukuki uyuşmazlığı nihai ve bağlayıcı şekilde hızlı ve etkin şekilde çözümlenmesini sağlamaktır³⁰. Hakem heyeti ile devlet mahkemeleri arasında işbirliği olmakla beraber; devlet mahkemeleri ile hakemlerin karşılıklı müdahalelerinin, kapsamı ile sınırları birbirinden oldukça farklıdır. Mahkemeler genellikle; tahkim itirazı sonucu taraflar arasında geçerli bir tahkim şartı veya tahkim anlaşmasının varlığına kanaat getirdiklerinde, tarafları tahkime yönlendirmektedirler. Örneğin Türk hukukunda;

²⁸ Tahkimin; kişiler, devletler ve şirketler arasındaki milletlerarası uyuşmazlıkları çözme konusunda esas çözüm yolu olduğu ve bu durumun, “dünya ticareti ile küresel yatırımların gelişmesinin bir sonucu olduğu” konusunda bkz. Alan Redfern / J. Martin Hunter / Nigel Blackaby / Constantine Partasides, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 6th edition Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015, s. 1-2; milletlerarası ticaretin “uzmanlık gerektiren konulardan oluştuğu” ve tahkimin, devlet mahkemelerinde nazaran “tarafsız” olduğu için uluslararası alanda sıklıkla tercih edildiği konusunda bkz. Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, 4. Baskı, s. 1-2; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 291-292.

²⁹ İlhan Yılmaz, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, Beta, 2004, s. 8-14. (*Yatırım Uyuşmazlıkları*); Türkiye’de 1980’lerden sonra izlenen ekonomi politikası gereği devletin; “özelleştirmeler yoluyla veya yeni yatırımlar için özel sektör girişimlerine öncelik vermek suretiyle ekonomik faaliyetlerden elini çekmeye başlaması eğiliminin” ağırlık kazanması neticesinde yatırım tahkiminin gelişiminin ivme kazandığı konusunda bkz. Sedat Çal, “Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi”, **AÜHFD Yıl 2008 C.57 Sa.4 [135-190]**, s. 137-144; yatırım tahkimi ile ticari tahkimin birbirine kıyasla farkları ve avantajları mevcuttur, detaylı bilgi için bkz. Ataman Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 101 vd.

ICSID bünyesinde yürütülmekte olan tahkim yargılamalarına dair istatistikler de kanımızca bu popülerliği desteklemektedir. Örneğin ICSID’in 2017 yılı içindeki davalara ilişkin yayımladığı raporda; ICSID Konvansiyonu ile ICSID Ek Mekanizma Kuralları kapsamında 31 Aralık 2016 tarihinden itibaren 597 davanın kaydedildiği vurgulanmıştır. Rapor ve detaylı bilgiler için bkz. [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(English)%20Final.pdf) (Erişim, 16.02.2018).

³⁰ Özel, **a.g.e.**, s.17; Anthony Walton, **Russell on the Law of Arbitration**, London Stevens & Sons, 1979, s.1; Gary B. Born, **International Commercial Arbitration**, 2nd edition Kluwer Law International, 2014, s. 247-248 (*Commercial Arbitration*); Tahkimin hukuki niteliği (*juridical nature of arbitration*) hakkında detaylı bir analiz için bkz. Julian D. M. Lew / Loukas A. Mistelis/Stefan Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International 2003, s. 71-97.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu³¹ madde 116/f.1-b uyarınca taraflar, tahkim *ilk itirazını* ileri sürerek Türk mahkemelerinin davayı görmesini engelleyebilmektedirler. Diğer yandan hakemler, birçok konuda devlet mahkemelerinin müdahalelerine ihtiyaç duymaktadırlar. Yukarıda da vurguladığımız üzere hakemler; verdikleri kararın icrası, tanınması ile tahkimde delil ikamesi ile eksik usullerin tamamlanması gibi durumlarda mahkemelere ihtiyaç duyabilmektedirler. Bu açıdan mesele ele alındığında; tarafların tahkime dönük ortak iradesinden yetkisini alan hakem heyetinin, mahkemelere nazaran cebri müdahalesinin daha kısıtlı olduğu söylenebilir.

Tahkim ve makeme ilişkisi incelenirken; unutulmamalıdır ki tahkim, devlet mahkemeleri ile hâkimlerin “müsamahasında” gelişmiştir ve tahkimin sorunsuz ve de etkin biçimde uygulanabilmesi için bu müsamahaya hala ciddi şekilde ihtiyaç vardır³². Mahkemeler; hakemlerin de, bağımsız bir yargılama faaliyetini yürüttüklerini göz ardı etmemelidirler. Bu nedenle, mahkeme ile hakem heyeti arasındaki ilişki, çatışma ve rekabetten kurtarılmalı ve her iki yargılama faaliyetinin de uyumsuzluklarda somut adaleti gerçekleştirme amacı doğrultusunda birbirine “yardımcı” olmasının gerekliliği ön plana çıkarılmalıdır.

Tahkim yargılamasının devlet mahkemesi yargılamasına nazaran farklı özellikler barındırdığı açık olmakla beraber; bu farklılıklar, tahkime karşı tavır alınmasını meşrulaştırmaz. Bir devlet mahkemesinin aksine tahkimde; hakemlerin *lex forisi* olmadığı gibi³³, “ulusal simgeler, bayraklar, cübbeler vs.” olmaksızın³⁴

³¹ Kabul Tarihi: 12.1.2011, R. G. : Tarih: 4.2.2011 Sayı: 27836.

³² Günümüzde birçok ülkenin; çeşitli sebeplerle tahkimi tolere ettiği ve değişen ölçülerde tahkimin işleyişine müdahale ettikleri konusunda bkz. Won L. Kidane, **The Culture of International Arbitration**, Oxford, 2017, Bölüm 3 vd.; mahkeme ile tahkim ilişkisinin; zorunlu birliktelik (*forced cohabitation*) ile gerçek işbirliği (*true partnership*) arasında gidip geldiği özlü ve etkili bir biçimde dile getirilmiştir, bkz. Redfern / Hunter / Blackaby / Partasides, **a.g.e.**, s. 415: “*The relationship between national courts and arbitral tribunals swings between forced cohabitation and true partnership. Arbitration is dependent on the underlying support of the courts, which alone have the power to rescue the system when one party seeks to sabotage it.*”; mahkeme ile hakem heyeti arasındaki ilişkinin “hasım” ilişkisi olmaktan kurtarılması gerektiği konusunda bkz. D. F. Vagts, “Transnational arbitration”, **Dispute-resolution mechanisms in international business (Volume 203)**, Boston 1987, s. 62-63; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 296.

³³ Hakemlerin *lex forisinin* olmamasının pratik sonuçları arasında hakemlerin; tahkim yeri kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorunda olmamaları ile hakemlerin bulundukları yere (*venue*) mahkemelere kıyasla çok daha az bağlı olmaları sayılabilir. Bunun ise olağan olduğu; zira hakemlerin yetkisinin dayanağının ulusal mevzuat değil, taraflar arasındaki sözleşme olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Joachim Fric, **Arbitration in Complex International Contracts**, Kluwer Law International, 2001, s. 50 – 52; ayrıca bkz. Michael Bogdan, **Private International Law as Component of the Law of the Forum**, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, s. 103-107; benzer yönde Jean – François Poudret/Sebastien Besson, **Comparative Law of International Arbitration**, Sweet & Maxwell, 2nd Edition, 2007, s. 534 vd.; Özel, **a.g.e.**, s. 58.

tamamen taraf iradeleriyle şekillenen bir yargılama faaliyeti söz konusu olmaktadır. Bu farklılıkların da göz önüne alınarak, tahkim-devlet mahkemesi ilişkisinin hassas bir şekilde ele alınması sağlıklı olacaktır. Bu nedenle aşağıda mahkemeler ile hakemler arasında; kararların etkisi bakımından oluşan farklılıkların temel sebebi olarak gösterilen *imperium* doktrini ele alınırken, “tahkimin mahkeme desteğine hala ihtiyaç duyduğu” gerçeğinin³⁵ de göz önünde bulundurulması yerinde olacaktır.

2. *Imperium* Doktrini

20. yy başlarında milletlerarası tahkime karşı giderek artan ilginin, hakemler ile devlet mahkemeleri arasındaki ilişkinin hassas bir incelemesini de zorunlu kıldığı doktrinde vurgulanmıştır³⁶. Devlet mahkemeleri ile tahkim arasında sıkı bir ilişki olmakla beraber; bu iki yargılama faaliyeti arasında, forum yetkisinin kapsamı ve etki alanı bakımından bazı temel farklılıklar vardır. Öğretide bu farklılığın en önemli nedeni olarak da; mahkemelere kıyasla hakemlerin, “*imperium*” gücüne sahip olmaması gösterilmektedir³⁷. Gerçekten de her ikisi de birer yargılama faaliyeti olmakla beraber; hakemlerin yetkisi hâkimlere nazaran, yarattığı etki bakımından daha dar kapsamlıdır. Mahkeme yargılamasında bir devlet mahkemesinin yetkisi;

³⁴ Özel, **a.g.e.**, s.17; bu durum hakemlerin; devleti, kamuyu veya tarafları bile temsil etmemesinden ileri gelmektedir. Hatta milletlerarası yatırım tahkiminde bile; ev sahibi devletin seçtiği hakemin, devleti yani tarafı temsil ettiği düşünülemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaj I Hober "Arbitration Involving States," **in The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration 139 (L. Newman and R. Hill eds., Juris Publishing, 2004)**, s. 148-151.

³⁵ Redfern / Hunter / Blackaby / Partasides, **a.g.e.**, s. 415; Vagts, **a.g.e.**, s. 62-63; mahkemelerin tahkime müdahalesinde “en önemli sonuçların” iptal davalarında ortaya çıktığı hakkında bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 251-252; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 296; tahkimin bağımsızlığı büyük ölçüde devlet mahkemelerinin, tahkime ne kadar az müdahalede bulunduğu ile alakalı olmakla beraber, mahkeme yardımı özellikle de hakemlerin atanması, geçici hukuki koruma önlemlerinin verilmesi gibi hususlarda gerekli olacağından bu konuda tam bir bağımsızlıktan da söz edilemeyeceği konusunda bkz. Ghani, **a.g.e.**, s. 17 vd.; Günümüz tahkim uygulamalarında gelinen nokta itibarıyla; hâkimlerin “rakipler” olarak değil, tahkimin “destekçileri” (*promoters*) olarak kabul edildikleri belirtilmektedir. Gerçekten de tahkim öncesinde, tahkim esnasında veya tahkim sonrasında mahkemelerin yardımı birçok açıdan gerekli olmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Jan K. Schaefer, “Court Assistance in Arbitration—Some Observations on the Critical Stand-by Function of the Courts”, **Pepperdine Law Review [Vol. 43: 521, 2016], 521-537**, s. 522-530. (*Court Assistance*).

³⁶ Elihu Root, "The Relations Between International Tribunals of Arbitration and the Jurisdiction of National Courts", **The American Journal of International Law Vol. 3, No. 3 (Jul., 1909), Cambridge University Press, pp. 529-536**, s. 529-530; Schaefer, *Court Assistance*, s. 522-523.

³⁷ Emmanuel Gaillard, / John Savage (Ed.), **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 1999, s. 414, 697, 727. Yazarlara göre, hakemlerin taraflara karşı da *imperium* gücü bulunmamaktadır. Ayrıca, tahkim sözleşmesine hâkim olan sübjektif ilişkiden (*the privity of the arbitration agreement*) dolayı üçüncü kişilere karşı da hakemlerce tedbir kararının verilememesi, mahkemelere başvurmayı çoğu zaman zorunlu bir hal almaktadır. Benzer yönde bkz. José Carlos Fernández Rozas, “Anti-suit Injunctions Issued by National Courts Measures Addressed to the Parties or to the Arbitrators”, **Anti- Suit Injunctions in International Arbitration (E. Gaillard, General Editor)**, Berna, Staempfli Verlag AG, 2005, ISBN 1-929446-60-8, pp. 73-85, s. 73-74.

doğrudan devletin egemenlik gücüne ve de devletin sahip olduğu üç ana erkten biri olan yargıya (*judiciary*) dayanmakta iken, hakemlerin yetkisi tamamen tarafların ortak iradelerine dayanmaktadır³⁸. *Imperium*; kaynağı Roma hukuku olan ve özellikle askeri alanda imparatorun, emir verme ve tüm kararları icra ettirme yetkisini de içerecek şekilde mutlak egemen vasfına vurgu yapan bir kavramdır³⁹.

Imperium doktrini kanımızca tek başına; mahkeme ile tahkim yargılamaları arasındaki farklılıkları açıklamaya yetmemektedir⁴⁰. Hukuki problemi tersten ele alarak, bu yetersizliği görmek mümkündür: Bir mahkemenin örneğin hukuka uygun

³⁸ İster bir maddi hukuk sözleşmesi içinde “tahkim şartı” veya “tahkim klotu” olarak, ister bağımsız yapılmış bir “tahkim sözleşmesi” şeklinde olsun; tahkimin geçerliliğinin, “içinde bulunduğu veyahut ilgili olduğu” sözleşmeden bağımsız olduğu ve bunun da tahkim şartının “otonomisi” olarak adlandırıldığı konusunda bkz. Cemal Şanlı, **Hukuki Mütalaalarım**, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 646 vd. (*Mütalaalar*); Fric, **a.g.e.**, s. 50 – 52; Bogdan, **a.g.e.**, s. 103; Poudret/Besson, **a.g.e.**, s. 534 vd.; Özel, **a.g.e.**, s.58.; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 292; Hakemlerin yetkisi tarafların tahkime yönelik ortak iradelerinden geldiğinden ötürü; hakemlerin hem *kompetenz-kompetenz* ilkesi çerçevesinde kendi yetkileri hakkında karar verme hem de tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesi (*seperability doctrine*) çerçevesinde bu ortak iradenin varlığını esas sözleşmeden bağımsız değerlendirebildikleri hakkında bkz. William W. Park, “Determining an Arbitrator’s Jurisdiction: Timing and Finality in American Law”, **Evada Law Journal**, [Vol. 8: 135 Fall 2007], s. 136 vd.

³⁹ Hans Julius Wolff, **Roman Law, An Historical Introduction**, The University of Oklahoma Press, 1951, s. 28. Roma tarihinde imparatorun mutlak ve üstün gücüne vurgu yapan söz şöyledir: “*The Emperor wielded imperium in the Empire!*”; ayrıca *imperium* prensibi, milletlerarası kamu hukukunda daha yaygın bir kullanıma saip olup; milletlerarası hukukta bu prensip *par in parem non habet imperium* (eşitin eşit üzerinde egemenliği/üstünlüğü yoktur) şeklinde yer almış ve devletlerin yargı bağımsızlığı (*sovereign immunity*) için önemli bir savunma aracı haline gelmiştir. Kamu hukuku bakımından analiz ve tartışmalar için bkz. Ulrich K. Preuß (Çev. Aydın Atılğan), “Devletlerin Eşitliği ve Anayasal Bir Küresel Düzendeki Anlamı”, **Hacettepe Hukuk Fak. Derg.**, **1(1) 2011, 131–150**, s. 137 vd.

⁴⁰ *Imperium* doktrininin tarihsel gelişimi ve içeriği hakkında, daha detaylı bilgi için bkz. Süheyla Balkar, “Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri”, Şubat 2010, (Galatasaray Üniversitesi yayınlanmamış doktora tezi), s. 89-96.

Yazara göre devlet mahkemeleri “kamusal adalet” sunarken, tahkim “bireysel adalet” sunmaktadır. Ayrıca bir diğer farklılık olarak da yazar, mahkeme kararlarının “herkes” için bağlayıcı olduğunu fakat hakem kararlarının ise sadece taraflar açısından bağlayıcı olduğunu ileri sürmektedir.

Kanımızca *imperium* doktrini bu çalışmamızda vurgulayacağımız üzere; tahkim-mahkeme ilişkisinin analizinde önemli bir faktör olmakla beraber, tek başına günümüz tahkim-mahkeme ilişkisini yeterli şekilde açıklayamamaktadır. Zira eğer *imperium* doktrini gerçek manada uygulanıp; mahkeme kararı herkes için bağlayıcı olabilseydi, hakemler mahkemelerce verilen kararlara ve de ihtiyati tedbirlere uymakla yükümlü olacaktı. Günümüzde mahkemelerin, tahkim yararına (*in favor of arbitration*) ve daha çok “yardımcı” statüde rol üstlenen kurumlar oldukları göz önüne alındığında günümüz hukukunda tahkim alanında hiyerarşiye dayalı katı bir *imperium* uygulamasına yer olmadığını söyleyebiliriz.

Öğretide yargısal yaptırımlar veya cezaların (*judicial penalties*) *imperium* gerektirdiği ve hakemlerin ise tahkim sözleşmesinden sadece “yetki” aldıkları ancak “*imperium*” elde edemedikleri iddiası tartışılmaktadır. Tarafların; hakemlere *imperium* yetkisini verebilecekleri belirtilmiş ise de, bu tür yetkinin taraflar için geçerli olacağı göz ardı edilmemelidir. Taraflar bu yönde bir seçim yapmamışlarsa ve hukuki düzenlemeler de buna izin vermemekte ise; hakemlerin yorumda bulunarak “tarafları cezalandırabileceklerini” varsaymamaları gerektiği konusunda bkz. Alexis Mourre, “Judicial Penalties and Specific Performance in International Arbitration”, in **F.J.M. (Filip) de Ly and Laurent Lévy (eds), Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 5** (© Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2008) pp. 52 – 78, s. 62-64.

şekilde oluşturulmadığına kanaat getirdiği bir hakem heyetini yargılamadan men eden kararına, hakem heyeti uymakla yükümlü müdür? Egemen devletin yargı yetkisini kullanmakta olan bir mahkemenin verdiği kararı, tamamen taraf iradeleriyle oluşmuş ve *kompetenz-kompetenz* ilkesine bağlı olan hakem heyeti dikkate almayabilecektir. Elbette bu noktada, *imperium* doktrinin sadece taraflara dönük zorlayıcı etkisi olduğu ancak hakemleri etkileyemeyeceği savunulabilir. Diğer bir ifade ile mahkemenin tarafı tahkim yargılamasından men ettiği durumlarda, taraf bu karara uymadığı takdirde mahkeme tarafından çeşitli yaptırımlarla karşılaşabilir. Ancak gerek hakem heyetinin gerek tarafın gerekse başka bir mahkemenin, başka bir devlet mahkemesi tarafından verilen dava açma yasaklarını uymamayı seçebilmesi en azından *imperium* doktrinin farklılıkları tek başına açıklamakta yetersiz olduğunu göstermektedir. Bu nedenle kanımızca mühim ve doğru olan; hakem heyeti-mahkeme arasındaki hassas dengenin, milletlerarası tahkimin gelişmesi ve tahkimde yeknesaklığının sağlanması amacı doğrultusunda ve tahkime yardımcı olma yolunda tesis edilmesine çalışılmasıdır. Yoksa bu kadar sıkı ilişki içerisinde bulunan hakem heyeti ile mahkemeyi, “birinin diğerine üstünlüğü” veya “birinin kararlarına diğerinin uyma yükümlülüğü” şeklinde algılamak zaman içinde “karşılıklı yardımlaşma” şeklinde gelişeduran hassas ilişkiye büyük zarar verecektir.

Devlet yargısı müdahalesi; herkese karşı tenfiz (*enforcement*) etkisi olmayan ve hatta taraflara karşı bile cebrin kullanılamadığı tahkim yargılamasının doğru ve verimli şekilde işlemesi adına şart olmakla beraber⁴¹, bu iki yargılama kurumu arasında hiçbir “yapısal, hiyerarşik ve yargısal ya da yetkisel” bir hukuki ilişki yoktur⁴². Bu nedenle hakem kararları, doğrudan devlet mahkemesi üzerinde etki doğurmadığı gibi; bir devlet mahkemesinin aynı yargılama konusunu ilgilendiren kararları veya tedbirleri de, doğrudan tahkim yargılamasını etkilemeyecektir. Dolayısıyla hakem heyeti ile mahkeme arasında özellikle geçici hukuki korumaların etkisi bakımından ortaya çıkan farklılığı, salt mahkemelerin *imperium* yetkisine bağlamak doğru değildir. Üstelik günümüz uygulamalarında; taraflarca hakemlerin *imperium* yetkisi haiz olmamaları gerekçe gösterilerek yapılan talepler ile itirazlar

⁴¹ Fernández Rozas, **a.g.e.**, s. 74; örneğin tarafın usulünce süresinde hakem tayin etmemesi sebebiyle talepte bulunan taraf adına hakem atama yetkisinin, yetkili Türk mahkemesine geçeceği ve hatta bu yetkinin, esas sözleşmenin geçersiz olduğu iddiasıyla bile tahkimin “otonomisi” gereği engellenemeyeceği konusunda bkz. Şanlı, **Mütalaalar**, s. 643-652; MTK uygulamasında en tartışmalı konulardan birinin mahkemelerin tahkime müdahalesi olduğu hususunda bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 251.

⁴² Fernández Rozas, **a.g.e.**, s. 84.

kabul edilmemekte, hakemlerin özerkliğine vurgu yapılmaktadır⁴³. Bu tür kararlardan yola çıkılarak; sınırlı da olsa aslında, hakemlerin de belirli ölçüde *imperium* yetkisi taşıdığı kanımızca söylenebilir. Aşağıda detaylıca inceleneceği üzere; UNCITRAL Model Kanunu (2006) ile bu kanunu iç hukuklarına alarak hakem *tedbir* kararlarına bile tenfiz edilebilme niteliği veren hukuk sistemleri, hakemlerin de tıpkı mahkemeler gibi icrai kararlar verebileceklerini kabul etmişlerdir. Bu nedenle kanımızca günümüz tahkim hukukunda, tahkim-mahkeme yargılaması ilişkisinde *imperium* doktrini gittikçe anlamını yitirmektedir. Zira hakemler de; kararlarına uyulmadığı zaman, taraflara yönelik çeşitli yaptırımlara başvurabilmektedirler⁴⁴. Sonuç olarak; Kıta Avrupası hukuku ve dolayısıyla da Türk hukuku için oldukça yeni olan dava açma yasakları ele alınıp tahkim ve mahkeme ilişkisi tartışılırken, katı bir *imperium* doktrini uygulamasından kaçınmak daha doğru olacaktır.

C. Şekil

Dava açma yasaklarının; genellikle bir usuli emir (*procedural order*) şeklinde verilmesi, geçici tedbir niteliği haiz olmaları dolayısıyla beklenebilir. Ancak öğretilde haklı olarak vurgulandığı üzere; dava açma yasaklarının bürüneceği form, söz konusu yargılamanın hangi aşamada olduğuna ve hangi forum önünde yapıldığına bağlı olarak değişkenlik göstermektedir⁴⁵. Bu nedenledir ki tahkimde hakemlerin henüz kendi yetkilerine karar vermedikleri aşamalarda genellikle usuli bir kararla (*procedural order*) dava yasakları uyguladıkları görülürken⁴⁶; yargılamaların ileriki

⁴³ *Torno SpA v. Kumagai Gumi Co. Ltd.*, 13 INT'LARB. REP. EI (July 1998).

Bu davada, davayı kaybeden tarafın “hakemlerin *imperium* yetkisi olmadığından bahisle, hakemlerin tarafları yükümlülükler uymaya zorlayamayacağı” iddiası “yapay” bulunmuş ve talep kabul edilmemiştir. (Gaillard/Savage, **a.g.e.**, s. 346, dn. 465).

⁴⁴ Örneğin Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (*World Intellectual Property*, “WIPO”) Tahkim Kuralları (2014); madde 58(d) uygun sebep yokken tahkim şartına uymayan tarafa karşı hakemlerin aleyhe yorumda bulunarak yaptırımlara başvurabilecekleri düzenlenmiştir:

“If a party, without showing good cause, fails to comply with any provision of, or requirement under, these Rules or any direction given by the Tribunal, the Tribunal may draw the inferences therefrom that it considers appropriate.” Yürürlükteki tahkim kuralları için bkz. <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/> (Erişim, 10.01.2018).

Hakem kararlarına uyulmasını sağlamaya dönük bu ve diğer başlıca yaptırımları aşağıda detaylıca ele alacağız. Mahkeme yardımı olmaksızın; hakemlerin de icrailik kazandıran bu tür yaptırımlar uygulaması, *imperium* doktrinini yetersiz kılmaktadır.

⁴⁵ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 266.

⁴⁶ Örneğin aşağıda İkinci Bölüm’de de inceleyeceğimiz ICC Case No. 8887 davasında hakem; tahkim sözleşmesine rağmen Türk mahkemelerinde dava açan tarafın bir an önce bu ihlalini sonlandırması için, usuli bir kararla (*procedural order*) dava açma yasağı talebini kabul etmiştir. Yukarıda ele alındığı üzere; *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco* (ICSID Case No. ARB/72/1) davasında hakem heyeti sadece, tarafların “sözleşme ile bağdaşmayacak” hareketlerden kaçınmalarını “tavsiye” (*recommendation*) etmiştir. Bkz. Lalive, **a.g.e.**, s. 137; konuya ilişkin başka bir analiz için bkz. Lew, *ICSID Arbitration*, s. 272-273.

aşamalarında ise kısmi karar (*partial award*), ara karar (*interim award*) ve hatta nihai kararda (*final award*) bile dava açma yasaklarına hükmettiklerine rastlanılmaktadır⁴⁷.

Kanımızca milletlerarası tahkim hukukunda, bu noktada ikili bir ayrım yapılabilir: Hakem heyetinin; henüz oluşturulmadığı ya da henüz yetkili olup olmadığına karar vermediği aşamalarda, *prima facie* yetkisini ve taraf menfaatlerini korumak amacıyla verdiği dava açma yasaklarının *procedural order* şeklinde verilmesi olağandır. Özellikle acil durum hakem kararları; sonradan oluşturulacak asıl hakem heyeti tarafından değiştirilebileceğinden, acil durum hakemleri tarafından verilecek dava açma yasaklarının usuli bir emir veya karar (*procedural order*) ya da ara karar (*interim award*) şeklinde verilmesi olağandır⁴⁸. Ancak geçerli bir tahkim sözleşmesine dayanarak; hakemlerin kendilerini yetkili gördükleri yani esas uyuşmazlığı çözmeye başladıkları anlarda, dava açma yasağı talep edildiğinde durum farklıdır. Bu aşamalarda tahkim yargılamasını etkisizleştirmek amacıyla taraflardan birinin devlet mahkemelerine başvuru yapması halinde; dava açma yasağı ihlalde bulunan tarafa dönük olarak kısmi kararda (*partial award*), ara kararda (*interim award*) veya nihai kararda (*final award*) bir hüküm şeklinde yer alabilir. Dolayısıyla uygulamada dava yasaklarının hangi şekle bürüneceği olaydan olaya ve davanın geldiği aşamaya göre değişkenlik göstereceğinden; her somut olayın, ayrıca ele alınmında yarar olacağı haklı şekilde vurgulanmıştır⁴⁹. Dava açma yasağının nihai

⁴⁷ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 258 dn.74-76. Gerçekten de uygulamada dava açma yasaklarının hakem veya hakem heyeti tarafından çeşitli şekillerde verildiği görülmektedir. Örneğin 8307 numaralı ICC tahkim davasında tek hakem; verdiği bir ara kararla (*interim award*), başka ülke mahkemesinde dava açarak forum ihlalinde bulunan tarafın bu hareketini sonlandırmasını istemiştir. 8307 numaralı ICC tahkim davası için bkz. “Interim, Conservatory and Emergency Measures in ICC Arbitration”, **2011 Special Supplement, ICC International Court of Arbitration Bulletin (ICC, 2012), 13**. Aşağıda “dava açma yasağı türleri” ele alınırken, bu husus daha da detaylandırılacaktır. Benzer şekilde mahkemeler tarafından da; geçici hukuki koruma önlemleri şeklinde veya nihai mahkeme ilamı içerisinde yer alacak şekilde dava açma yasağı tedbirlerine yer verildikleri görülmektedir. Örneğin 2014 tarihli bir davada Singapur Temyiz Mahkemesi; İsviçre’de kurulu şirket aleyhine, ülkesinde dava açmaması yönünde süresiz (*permanent*) dava açma yasağı tedbiri uygulamış ve Singapur’da tahkimi öngören sözleşmeye uymasını istemiştir. Bkz. *R1 International Pte Ltd v Lonstroff AG*, [2014] SGCA 56.

⁴⁸ Ancak bazı milletlerarası tahkim düzenlemelerinde; acil durum hakemi tarafından verilecek geçici hukuki koruma önlemlerinin, sadece “emir” (*order*) formatında verilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Örneğin ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 29/f.2 bu şartı açıkça düzenleyerek; acil durum hakemi bakımından, dava açma yasakları dâhil tedbir *şekillerini* sınırlandırmıştır. Anılan madde 29/f.2 şöyledir:

“The emergency arbitrator’s decision shall take the form of an order.”

ISTAC Tahkim Kuralları da Türkiye’de büyük bir yenilik yaparak, “ilk defa” acil durum hakemliği kavramını getirmiş ve henüz hakem veya hakem heyeti belirlenmemişken de geçici hukuki koruma tedbiri alınmasını mümkün kılmıştır. Acil durum hakemi; talebi dosyayı aldıktan sonra en geç 7 iş günü içinde karar verecek ve “uygun gördüğü” tedbire hükmedecektir. Kararın yazılı ve gerekçeli olması da aranmaktadır. Bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 465-468.

⁴⁹ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 265-266; farklı aşamalarda verilen çeşitli dava açma yasağı şekilleri için bkz. aşağıda “Türleri”.

ve bağlayıcı bir hakem kararında bir hüküm olarak yer alması ile tahkim davasının başında kural olarak cebri etkisi olmayan usuli bir emirde yer alması arasında elbette fark olacaktır. Zira 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi⁵⁰ kapsamında nihai hakem kararı tanıma-tenfiz davası yoluyla dava açma yasağını da konu alacak ve kabul edildiğinde icrailik kazanacaktır. Yine de nihai bir hakem kararında bir hüküm şeklinde yer alsa bile; dava açma yasağının, en nihayetinde aşağıda tartışılacağı üzere bir *tedbir* olduğu ve uyuşmazlığı kesin biçimde çözmeye dönük bir karar olmadığı da ileri sürülebilecektir. Elbette bu söylemimiz; usule ilişkin bir kararla da olsa tahkim sürecinde verilen dava açma yasağına uymayan tarafa, yaptırım uygulanmayacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Yukarıda belirttiğimiz üzere; ne şekilde verilmiş olursa olsun, hakem tedbir kararlarına uymamanın başlıca yaptırımları mevcuttur ve hakem tedbir kararları bütünüyle icrailikten uzak değildir.

Aşağıda mahkeme ile tahkim kararlarını analiz ederken görüleceği üzere, uygulamada dava açma yasakları tek bir şekilde karşımıza çıkmamaktadırlar. Mahkemeler tarafından verilen dava açma yasakları da; bir geçici hukuki koruma türü şeklinde verilmekle beraber tıpkı tahkimde olduğu gibi, davanın geldiği aşamaya bağlı olarak tedbir şeklinde değil mahkeme ilamı şekline de bürünebilirler. Yukarıda belirttiğimiz üzere; dava açma yasağının, taraflar arasında kararlaştırıldığı hallerde büründüğü şekil ise yazılı bir sözleşme hükmüdür. Sonuç olarak; dava yasaklarının hangi şekle bürüneceği, uygulamada davanın geldiği aşama ile uyuşmazlığın görüldüğü foruma göre değişebildiğinden, her olayın kendi şartlarında değerlendirilmesi gerekmektedir.

D. Nitelik

Türk hukukunda dava açma yasaklarının niteliğini; aşağıda İkinci Bölüm’de detaylıca açıklayacağımızdan, burada genel olarak milletlerarası tahkimde dava açma yasağının niteliğinden bahsetmek yeterli olacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki; bir dava açma yasağı kararının; hangi şekilde verildiği, doğrudan doğruya onun hukuki niteliğini belirlemez. Örneğin dava açma yasağının uygulamada hakem heyetince tedbir şeklinde verilmesi; onun doğrudan ihtiyati tedbir olarak nitelendirilmesini gerekli kılmayacaktır. Benzer şekilde dava açma yasağının, ihlal eden tarafın

⁵⁰ *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York, 1958). Bu sözleşme Türkiye’de; 8.5.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme, 25.9.1991 tarih ve 21002 sayılı R.G.’de yayımlanarak Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. Bu önemli sözleşme; çalışmamızda kısaca, “NYS (1958)” olarak anılacaktır.

aleyhine bir kesin karar veya kısmi kararda yer alması da bu yasağın NYS (1958) anlamında kesinleşmiş bir hakem ilamı niteliğinde olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Bir hukuki imkânın; adı, başlığı⁵¹ ya da büründüğü şekil, onun hukuki niteliğiyle ilişkili olmakla beraber aynı şey değildir. Bu nedenle dava açma yasaklarının hukuki niteliğini doğru saptamak için; bu tür kararların hizmet ettiği amaçlar, hedeflediği hukuki yararlar ile şartlarından yola çıkmak gerekir.

Dava açma yasakları; mahkeme veya hakem heyetince verilen ve tarafın yabancı forumda davaya devam etmesini yasaklayan veya bu forumda davanın açılmasını engelleyen geçici korumaların bir türü (*sub-category of injunctive relief*) olarak kabul edilmektedir⁵². Yabancı hukuktaki *injunctive relief*, *preliminary injunction*, *provisional measure* gibi kavramlar ise; genellikle birbirinin yerine kullanılan ve kimi, tedbirlerin “geçici” niteliğini kimi ise tedbirlerin “koruyucu” amaçlarını ön plana çıkaran benzer kavramlardır⁵³. Dava açma yasaklarını; sadece

⁵¹ Türk hukukunda; bir hükmün başlığında zamanaşımı yazsa bile, *hükmün lafzı ve amacı* yorumlanarak öngörülen sürenin hak düşürücü süre olduğuna kanaat getirilebilmektedir. Örneğin 743 sayılı eski Türk Medeni Kanunu madde 501’de; hem başlıkta hem madde hükmünde açıkça zamanaşımı ibaresi mevcut olmasına karşın, öğretilde ve İsviçre Federal Mahkemesi’nde bu süreler yine de *hak düşürücü süre* olarak kabul edilmekteydi. Analiz için Bkz. İlyas Gölcüklü, **Montreal Sözleşmesi Uyarınca Taşıyıcının Uluslararası Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu**, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 223 – 225.

743 Sayılı eski Türk Medeni Kanunu madde 501 şöyleydi (yürürlükteki 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 559 ile “hak düşürücü süreler” olarak düzeltilmiştir):

III. MÜRURU ZAMAN

“İptal davası, müddeinin tasarrufa ve butlanın sebebine muttali olduğu günden itibaren bir sene ve her halde vasiyetnamenin açılması tarihinden itibaren beş sene geçmekle müruru zamana uğrar...” Yargıtay kararlarında da “zamanaşımı” ibaresi kullanılmasına rağmen, uygulama bakımından hak düşürücü sürenin kabul edildiği açıktır. T.C. YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ E. 2004/16948 K. 2005/3437 T. 28.2.2005:

“...İptal davası açma hakkı davacıların tasarrufu iptal sebebini ve kendilerinin hak sahibi olduğunu öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve her halde vasiyetnamenin açılma tarihinin, diğer tasarruflarda mirasın geçmesi tarihi üzerinden, iyi niyetli davalıya karşı on yıl, iyi niyetli olmayan davalıya karşı otuz yıl geçmekle düşer. Buradaki süre *hak düşürücü* niteliktedir. Hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir...”

⁵² Marco Stacher, “International Antisuit Injunctions: Enjoining Foreign Litigations and Arbitrations - Beholding the System from Outside”, **Cornell Law School LLM Papers Series Year 2005 Paper 8, Cornell Law Library Scholarship@Cornell Law: A Digital Repository** (supervised by Prof. John J. Barcelo), s. 2, 6; Dava açma yasaklarının bir “tedbir” oldukları hakkında Ekşi, **Lex Mercatoria**, s. 152; dava açma yasaklarını “geçici koruma önlemi” (*interlocutory remedy*) olarak niteleyen analiz için bkz. Contreras / Eixenberger, **a.g.e.**, s. 1-2; benzer niteleme için bkz. Lee, **a.g.e.**, s. 440 – 446; bu nitelikten dolayı bu tür tedbirler bazen “dava açma yasağı tedbiri” ya da “dava açma yasağı geçici hukuki koruma önlemi” (*anti-suit injunctive relief*) adlarıyla da kullanılabilmektedir, bkz. Wilson, **a.g.e.**, s. 217-218; Türk hukuku aşağıda İkinci Bölüm’de detaylıca ele alınacaktır ancak Türk hukukunda “dava açma yasağı” tabirine değinen başlıca yayınlardan birinde kavram birkaç cümlede anlatılırken; bu tedbir türünden “ihtiyati tedbir” olarak bahsedilmiştir. Bkz. Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 22. Baskı, 2017, s. 400-409 (*Devletler Hususi*); öğretilde Akıncı ise dava açma yasaklarını “tedbir kararı” olarak ifade etmektedir. Bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 140-141. İkinci Bölüm’de Türk hukuku bakımından nitelik belirlemesi için, konuya ilişkin bu önemli kaynaklara yeniden göz atacağız.

⁵³ Ali Yeşilirmak, **Provisional Measures in International Commercial Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 12, Kluwer Law International, 2005, s. 8-9.

ihtiyati tedbir olarak değil, genel olarak geçici hukuki koruma önlemlerinin bir alt kümesi olarak anlamak daha doğru olacaktır zira tedbir türleri sadece ihtiyati tedbirler ile sınırlı değildir. Aşağıda⁵⁴ Türk hukuku bakımından; dava açma yasağının niteliğini analiz ederken, bu görüşümüzü ayrıntısıyla ele alacağız. Öğretide de; dava açma yasaklarının, geçici hukuki koruma türü ya da geçici tedbir (*provisional relief*) olarak sınıflandırıldığı vurgulanmaktadır⁵⁵. İngiliz mahkemelerinde dava yasakları incelenirken; bu tür kararların, geçici tedbir niteliklerine vurgu yapılmaktadır⁵⁶.

Geçici hukuki korumalar (*provisional measures*) hâlihazırda meydana gelmiş olan zararı giderme ve problemi nihai şekilde çözme yerine, muhtemel veya devam etmekte olan zararı durdurmak veya zararı azaltmak için kullanılırlar⁵⁷. Dava açma yasağı da; mevcut tahkim sözleşmesiyle kararlaştırılan tahkim forumundan kaçarak başka forumda dava açmak isteyen tarafın, bu zarar verici davranışını engellemek veya açılmış davaya devam etmesini engellemek suretiyle mevcut ya da muhtemel zararı engellemeyi hedefleyen bir geçici hukuki koruma türüdür. Hedeflediği amaçlar açısından ele alındıklarında; dava açma yasaklarının, *tipik* bir geçici hukuki koruma türü veya ihtiyati tedbirler oldukları yanılıgına kapılabilir. Ancak aşağıda dava açma yasağı şartları incelenirken görülecektir ki; dava açma yasakları her ne kadar ihtiyati tedbirlerin genel nitelikleri ile uyum göstermekte iseler de, gerek verilebilme şartları gerek forumun yetkisini koruma gibi farklı hedeflerinin de olması nedeniyle atipik ya da kendine has bir diğer geçici hukuki koruma türleridirler. Gerçekten de 6100 sayılı

⁵⁴ Bkz. aşağıda İkinci Bölüm.

⁵⁵ Olga Vishnevskaya , “Anti-suit Injunctions from Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration: A Necessary Evil?”, **32 J. Int'l Arb. Vol. 32, Issue 2 (2015), pp. 173–214**, s. 176; benzer yönde bkz. Contreras / Eixenberger, **a.g.e.**, s. 1-2; dava açma yasaklarının genellikle geçici tedbirler şeklinde verildikleri konusunda bkz. Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 248 vd.; Alman hukukunda ZPO Bölüm 585'i dikkate alan bir görüşe göre, taraflar mevcut durumu korumaya yönelik geçici hukuki korumalar (*interim measures of protection*) için mahkemeye başvurabileceklerinden hareketle aslında tartışmalı olsa da dava açma yasaklarının da mahkemeden talep edilebileceği vurgulanmıştır. Bkz. Born, **Commercial Arbitration**, s. 1296-1297, dn. 231.

⁵⁶ *Ecobank Transnational Incorporated v Mr Thierry Tanoh*, Case No: A3/2015/2400 & A3/2015/2400A, Court of Appeal (Civil Division) December 2015 [2015] EWCA Civ 1309 2015 WL 10058279, paragraf 25 vd.; Davaya ilişkin analiz için bkz. Nicholas Fletcher, “Ecobank Transnational Incorporated v. Mr Thierry Tanoh [2015] EWCA Civ 1309, Court of Appeal of England and Wales, Civil Division, A3/2015/2400 & A3/2015/2400A, 17 December 2015”, **A contribution by the ITA Board of Reporters**, Kluwer Law International.

⁵⁷ Yeşilırmak, **a.g.e.**, s. 6; Mustafa Göksu, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1253-1273 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan**, s. 1256-1258; Rifat Erten, “İngiliz Tahkim Hukukunda Geçici Hukukî Koruma Önlemleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, 539-577**, s. 539-540 (*İngiliz Tahkim Hukuku*); Cengiz Serhat Konuralp, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler", **İÜHF C. LXXI, S. 2, s. 225-274, 2013**, s. 225- 227.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁵⁸ (“HMK”) madde 389/f.1’de ihtiyati tedbirler için istenen şartlar⁵⁹, dava açma yasakları için uygun ve de yeterli değildir. Diğer yandan örneğin Amerikan hukukunda ihtiyati tedbir isteyen tarafın “büyük ihtimalle esas davayı kazanacağını” da ispatlaması şartı (*whether the plaintiff has a substantial likelihood of success on the merits*)⁶⁰ dava açma yasakları için aşağıda inceleneceği üzere aranmamaktadır. Dava açma yasakları ise; kararlaştırılan forumun yetkisini korumak ve tarafların sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamayı amaçladıklarından, bu önemli tedbirler için uygulamada zamanla farklı şartlar geliştirilmiştir. Aşağıda dava açma yasağına ilişkin şartları; örnek kararlar ışığında değerlendirirken, dava açma yasaklarının milletlerarası tahkim hukukunda geçici hukuki korumaların bir türü oldukları gerçeğini de göz önünde bulundurmak gerekir.

E. Şartlar

1. Genel Olarak

Uyuşmazlıkta bir taraf, diğer taraf aleyhine dava açma yasağı talep ettiğinde talepte bulunulan forum hangi şartlar çerçevesinde bu talebi değerlendirmelidir? İster hakem heyetinden ister bir mahkemeden talep edilmiş olsun, dava açma yasağı talebinin verilebilmesi için belirli şartların gösterilmesi gerekir. Ancak bu şartların ne olduğu tam anlamıyla net değildir. Zira dava açma yasakları daha çok *Common Law* sistemindeki uygulama ile gelişmiş olup, kararlaştırılan forumun yetkisini korumak ve tarafların sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamayı hedeflemektedirler. Diğer bir ifade ile örneğin Türk hukukunda ihtiyati tedbir şartlarını düzenleyen HMK madde 389’un aksine, milletlerarası tahkim hukukunda dava açma yasağı şartlarını belirten yeknesak bir kural yoktur.

“Dava açma yasağı şartları nelerdir?” sorusuna net bir cevap vermek zordur zira dava açma yasağı her ülkede eşit kabul görmediği gibi, dava açma yasağı taleplerine olumlu bakan ülkelerde dahi şartlar açısından yeknesak bir uygulama

⁵⁸ R. G. Tarih: 04.02.2011, Sayı: 27836.

⁵⁹ HMK madde 389/f.1 hükmü şöyledir:

“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.”

⁶⁰ *Real Truth About Obama, Inc. v. Federal Election Com’n*, United States Court of Appeals, Fourth Circuit. August 5, 2009 575 F.3d 342, 347:

“To obtain preliminary injunction, plaintiff must establish: [1] that he is likely to succeed on merits, [2] that he is likely to suffer irreparable harm in absence of preliminary relief, [3] that balance of equities tips in his favor, and [4] that injunction is in public interest.”

yoktur. Mahkeme kararları incelenirken görüleceği üzere, federal devletlerde farklı yerel mahkemelerin bile farklı şartlar ile farklı yaklaşımlar sergiledikleri görülmektedir. Ancak uygulamada öne çıkan mahkeme ve hakem kararlarını ele aldığımızda, dava açma yasağı talebinin bazı gerekçelerle kabul edilmediğini görmekteyiz. Bu kararlar ile gerekçelerinden yola çıkarak, milletlerarası tahkim uygulamasında dava açma yasağı taleplerinin kabulü için gerekli temel şartlara ulaşmak mümkündür. Dava açma yasakları; İngiliz hukukunda geliştirilen ve sıklıkla uygulanan hukuki araçlar olduklarından, İngiliz hukukunda geliştirilen ve dava açma yasaklarının özellikli yapısına da kanımızca uygun olan şartları burada ele alacağız⁶¹. Bu temel şartları, 5 ana grupta toplamak mümkündür: i) *aşırı veya gereksiz gecikme olmamalı*, ii) *men edilecek dava oldukça ilerlememiş olmalı*, iii) *tedbir adil ve uygun olmalı*, iv) *yasaklanacak dava zarar verme ve yıpratma amacıyla açılmış olmalı* ve v) *talebin reddi için meşru sebep gösterilememiş olmalıdır*. Bu şartların her birini, bazı güncel kararlar ışığında aşağıda analiz edeceğiz.

2. Talepte Bulunmada Aşırı veya Gereksiz Gecikme (*Undue or Unnecessary Delay*) Olmamalı

Dava açma yasaklarına ilişkin mahkeme ve hakem kararları ele alındığında; dava açma yasağı talebinin olumlu sonuçlanabilmesi için aranan şartların başında, talepte bulunmada aşırı gecikmenin olmaması şartının yer aldığı görülmektedir. Aşırı

⁶¹ Çalışmamız boyunca şartlar ve çeşitli kararlar incelenirken görüleceği üzere; birçok ülke hukukunda da, büyük ölçüde İngiliz hukukunda geliştirilen bu şartlara benzer şartların aranması söz konusudur. Ancak Amerikan hukukunda da dava açma yasakları uzun süredir uygulanmakla beraber; yazılı usul kurallarının olması nedeniyle, Federal düzeyde farklı yorum türlerine rağmen dava açma yasaklarına ilişkin bazı yeknesak şartlara büyük ölçüde ulaşıldığı söylenebilir. İngiliz hukukundan oldukça farklı olan ve sadece dava açma yasakları için değil diğer tedbirler için de aranan bu şartlar; yer yer Federal daireler (*Circuit*) arasında farklılıklar göstermekle birlikte, büyük ölçüde benzerdirler. Amerikan hukukunda dava açma yasağı talebinin olumlu karşılanması için aranan şartlar, dava açma yasağı talebini ele alan ve Ekvador'daki mahkeme yargılamasını sonlandırmayı hedefleyen *E. & J. Gallo Winery v. Andina Licores S.A.* 446 F.3d 984) davasında şu şekilde yer almıştır:

- i) Dava açma yasağına dayanak teşkil eden hususların, tedbirin kabul edimesini desteklemesi
- ii) Amerikan mahkemesi önündeki uyuşmazlık ile yabancı forum önündeki uyuşmazlığın aynı olması
- iii) Dava açma yasağı tedbirine hükmetmenin gerekli olması ve
- iv) Milletlerarası nezaket kuralının (*interests of comity, international comity*), dava açma yasağının önüne geçmemesi

Bu şartlar; farklı kararlarda farklı şekilde adlandırılabilirler gibi, bazı Daire (*Circuit*) kararlarında farklı şartlar da tartışılmaktadır. Örneğin İngiliz hukukundaki yabancı yargılamanın yıpratıcı olması (*vexatious or oppressive*) şartı, Amerikan hukukunda da tartışılmaktadır. *Microsoft Corp. v. Motorola, Inc.* (696 F.3d 872) davasında 9. Temyiz Dairesi (9th Circuit), yukarıda bahsettiğimiz milletlerarası nezaket ve konu-taraflar benzerliğine ek olarak, yabancı davanın yıpratıcı olup olmadığını (*vexatious or oppressive*) da incelemiştir. Motorola şirketi; Microsoft'un ABD'de dava açmasından hemen sonra Almanya'da dava açtığından, dava açma yasağı talebi kabul edilmiş ve Motorola'nın bu hareketi yıpratıcı/zarar verici bulunmuştur.

veya gereksiz gecikme (*undue or unnecessary delay*) ifadesinin kısaca *aşırı gecikme* olarak adlandırabiliriz. Dava açma yasağı talebinde aşırı gecikme, söz konusu talebin reddine sebep olmaktadır.

Aşırı gecikme halinde, dava açma yasağı talebinin kabul edilmeyeceği birçok güncel kararda vurgulanmıştır. *Essar Shipping Ltd v Bank of China Ltd* davasında⁶²; geçerli bir tahkim sözleşmesi olup tahkim yeri de Londra olmasına rağmen, İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi tarafın dava açma yasağı talebini kabul etmemiştir. Mahkeme; davacının geçerli tahkim sözleşmesine rağmen Çin’de açılan davaya karşı hızlıca hareket etmeyerek (*lack of promptness*) yaklaşık 7 ay beklemesini, talebin reddi için yeterli bulmuştur. Mahkemeye göre bu şartın eksikliği başlı başına, dava açma yasağı talebini reddetmek için yeterlidir. Bu dava oldukça önemlidir zira geçerli bir tahkim sözleşmesinin kapsamına giren bir uyuşmazlık olsa bile; eğer taraf zamanında talepte bulunmamışsa, dava açma yasağı talebi reddedilecektir. Belirtmek gerekir ki; İngiliz mahkemelerinin yabancı mahkemelerde yürütülmekte olan davalara karşı dava açma yasağı kararları verebilmeleri için, yeknesak veya kesin bir süre düzenlemesi de yoktur. Bu nedenle somut uyuşmazlığa bağlı olarak; bazen iki aylık gecikme talebin reddine sebebiyet verebileceği gibi, bazen daha uzun süreli bir gecikme “aşırı gecikme” olarak değerlendirilmeyebilir. Yine de dikkatli olmak gerekir zira örneğin Londra merkezli tahkiminin öngörüldüğü bir deniz yoluyla kargo taşıma sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık Türk mahkemesinde görülürse, davalı tarafın İngiliz mahkemesinden dava açma yasağı kararı almak için mümkün olduğunca hızlı şekilde talepte bulunması gerekecektir. Olası bir aşırı gecikme halinde; tıpkı *Essar Shipping Ltd v Bank of China Ltd* davasında olduğu gibi davalı, tahkim sözleşmesini ihlal eden tarafı tahkim forumuna çekmekten mahrum kalacak ve Türk mahkemesinin yetkisizliğine karar vermesini bekleyecektir. Bu husus, özellikle de davalının tahkim ilk itirazında bulunmaması veya bulunamaması hallerinde daha da önem arz etmektedir.

Özellikle Avrupa Birliği dışındaki⁶³ forumlarda görülmekte olan davalara karşı tedbirleri almak için tahkim sözleşmesinin somut varlığı şartını dahi aramayan⁶⁴

⁶² *Essar Shipping Ltd v. Bank of China Ltd (Kishore)*, [2015] EWHC 3266 (Comm). Dava ile alakalı analiz için ayrıca bkz. Johanna Hjalmarsson, “Don’t wait and see: *Essar Shipping Ltd v Bank of China Ltd (The “Kishore”)* [2015] EWHC 3266 (Comm)”, **Shipping & Trade Law**, 15, (10), pp. 4-5.

⁶³ *Brexit* ve dava açma yasakları üzerindeki etkileri için aşağıda bkz. Güncel Bazı Sorunlar.

⁶⁴ *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC (Appellant) v AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP (Respondent)* [2013] UKSC 35. <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2011-0172-judgment.pdf> (Erişim, 26.09.2017).

İngiltere’de; Londra merkezli geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen talebin reddi, aslında dava açma yasağı talebi için *zamanında başvurunun* ne kadar önemli bir şart olduğu göstermektedir. Bu önemli *Essar Shipping* kararında aynı zamanda, dava açma yasağı kararının verilmesi için gerekli olan diğer şartlar da belirtilmiş ve böylece İngiliz mahkemeleri açısından yeknesak bir uygulamanın da önü açılmıştır. Mahkemeye göre; İngiliz hukukuna tabi⁶⁵ bir tahkim uyuşmazlığı için yabancı forumda dava açılıp da İngiliz mahkemesinden bu tür bir tedbir talep edildiğinde, mahkeme 2 şartın varlığı halinde tedbiri kabul etmekte tereddüt göstermemelidir. Bu iki şart ise, (i) Tedbir talebinin gecikmeksizin (*promptly*) istenmesi ve (ii) yabancı forumdaki yargılamanın çok ileri bir aşamaya gelmemiş olması (*the foreign proceedings are not too far advanced*) olarak sıralanmıştır. Mahkemenin de bu önemli kararında haklı şekilde vurguladığı üzere, bu iki şart beraber (*cumulative*) değerlendirilecektir yani her ikisinin de varlığı halinde dava açma yasağı talebi kabul edilecektir. Bunun karşıt anlamından ise, bu şartlardan sadece birinin eksik olmasının tek başına red kararına sebebiyet vereceği anlaşılmaktadır. Aşağıda tartışılacağı üzere; yabancı yargılama oldukça ilerlememiş olmasına rağmen mahkeme, talepte gecikildiği kanaatine ulaştığında dava açma yasağı talebini reddedilebilmektedir.

İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi’ne göre; bu iki şart sadece dava açma yasakları için değil, mahkemelerce hükmedilecek diğer tüm tedbir (*injunction*) türleri için de aranacaktır. Örneğin; tenfiz etmeme tedbiri (*anti-enforcement injunction*) için de İngiliz mahkemeleri, bu temel şartları sıklıkla aramaktadırlar. Çalışmamızın başında belirttiğimiz üzere tenfiz etmeme tedbirleri de dava açma yasağının bir türü olarak bu üst kavrama dâhil olduklarından, bu şartların tenfiz etmeme tedbirleri için de aranmasında şaşılacak bir durum yoktur. *Ecobank Transnational Inc v Tanoh*

Mahkemeye göre; 1981 Senior Courts Act 37. Bölümü, Arbitration Act ile beraber geniş yorumlanmalı ve mahkemenin bu takdiri yetkisini kullanması açısından geçerli bir tahkim sözleşmesinin somut olarak varlığı da aranmamalıdır. Mahkemeye göre, aksine güçlü bir durum olmadığı sürece tarafların “kararlaştırılan foruma gitme yükümlülüğü” vardır ve mahkeme bu yükümlülüğün tenfizinde aktif rol oynamalıdır.

İngiltere’de mahkemenin dava açma yasağı dâhil tedbir verme yetkisinin dayanağı olarak şu madde gösterilebilir:

1981 Senior Courts Act 37, p.1:

“The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so.”

Bu hüküm sayesinde İngiliz Yüksek Mahkemesi; geçici veya kesin nitelikteki tedbirlere, adil ve uygun görülmesi şartıyla her davada hükmedebilmektedir.

⁶⁵ Kanımızca bu ifadeyi sadece “uygulanacak hukuk” (*applicable law*) olarak değil, aynı zamanda İngiltere’nin tahkim yeri olarak kararlaştırıldığı haller olarak da anlamak gerekir. Zira Londra’da tahkimin öngörülüp İsviçre hukukunun uygulanması da mümkündür ancak tahkim yeri hukuku olarak İngiliz hukukunun usule ilişkin emredici hükümleri de aksi öngörülmedikçe uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle tahkim yeri İngiltere’de ise; bu şartlar, evleviyetle aranacaktır.

davasında⁶⁶ İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi; iki yabancı mahkeme kararının tenfizinin durdurulmasına dair talepleri, gereksiz gecikme (*unnecessary delay*) nedeniyle reddetmiştir. Yeri gelmişken belirtelim ki; koşulları oluşmuşsa, tenfiz etmeme yönünde tedbir taleplerine de hükmedilebileceği bu davadan anlaşılmaktadır. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere; bir nihai kararın tenfizini engellemeye yönelik tedbirlerin yerindeliği tartışmaya açık ise de, şimdilik sadece istisnai de olsa bu tür tedbirlerin özellikle yabancı kararın tahkime şartına aykırı olarak gizlice ve çok hızlıca alındığı (*obtained secretly or very quickly*) haller için uygun olduğunu vurgulamakla yetineceğiz.

Yabancı forumda bir davanın açılması veya yargılamanın yapılması bir süreçtir ve bazen aylar, hatta yıllar alabilmektedir. Tahkim kurallarının aksine, öngörülen belirli sürelerde yargılamanın bitirilmesi devlet mahkemeleri için söz konusu değildir. Uygulamada genellikle tahkim sözleşmesine aykırı olarak yabancı forumda dava açan davacıya karşı davalı, bir bakıma uyumsuzluğu asıl forumdan gasp edecek olan yabancı forumun yetkisine itirazda bulunmaktadır. Bir örnek ile durumu somutlaştırmak gerekirse: Türkiye’de deniz taşımacılığı sözleşmesi kapsamında Londra merkezli tahkim şartı kararlaştırılmasına rağmen; Türk taraf, Türk mahkemelerinde dava açmıştır. Yabancı davalının; İngiliz mahkemelerine derhal (*promptly*) tedbir başvurusu yapmaksızın Türk mahkemesinde savunmasını yapması, yetki itirazında bulunması ve itirazın sonucunu bekleyerek süreci takip etmesi, ileriki zamanda yapacağı dava açma yasağı talebinin kabulünü etkileyecektir. Acaba böyle bir durumda; davalı yabancının “Türk mahkemesine yetki itirazında bulunduğu, tahkim sözleşmesini ispat için süre harcadığı, bu arada Türk hâkimin değiştiği...” gibi olası ve haklı gerekçeleri “derhal” (*promptly*) başvuru şartı arayan İngiliz mahkemeleri tarafından kabul edilecek midir?

Ecobank Transnational Inc v Tanoh davasında da vurgulandığı üzere, gecikme kavramı “yabancı forumdaki yargılamadan bağımsız olarak” değerlendirilecek ve dolayısıyla bu gerekçeler kanımızca dikkate alınmayacaktır. Mahkemeye göre, yabancı forumun yetkisine karar vermesi için uzun süre harcadığı gerçeği ve savunması da bu sonucu değiştirmeyecektir. İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi’ne göre; yabancı mahkemenin davaya hangi gerekçeyle olursa olsun ayıracağı zamanın

⁶⁶ *Ecobank Transnational Inc v Tanoh* [2015] EWHC 1874 (Comm). Davaya ilişkin analiz için bkz. Fletcher, “*Ecobank Transnational Incorporated v. Mr Thierry Tanoh* [2015] EWCA Civ 1309, Court of Appeal of England and Wales, Civil Division, A3/2015/2400 & A3/2015/2400A, 17 December 2015”, **A contribution by the ITA Board of Reporters**, Kluwer Law International.

artması, aslında aynı zamanda İngiliz mahkemesinin tahkim lehine yapabileceği müdahaleyi de sınırlandıracak veya güçleştirecektir. Bu nedenle örneğimizde; Türk davacı aleyhine dava açma yasağı tedbiri almak isteyen taraf, gecikmeksizin ve hatta cevaba cevap dilekçesi ile yapmış olduğu yetki itirazının sonucunu beklemeksizin tahkim sözleşmesine dayanarak İngiliz mahkemelerine başvurusunu erhal yapmalıdır. Aksi durumda *Ecobank Transnational Inc v Tanoh* davasında olduğu gibi; geciken taraf, hem uygun forum dışında bir dava ile uğraşmak zorunda kalabilecek hem de dava açma yasağı gibi bir usuli imkândan mahrum kalacaktır.

Daha güncel kararlarda da İngiliz mahkemelerinin bu yönde kararlar verdiği görülmekte ve yeknesak bir uygulamanın artık oluştuğu görülmektedir. 2016 yılında açılan ve dava açma yasağını konu alan *ADM Asia-Pacific Trading PTE Ltd v PT Budi Semesta Satria* davasında⁶⁷ İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi, aşırı gecikme (*undue delay*) sebebiyle talebi reddetmiştir. Mahkeme önceki kararlarıyla da uyumlu olarak, tahkim sözleşmesi ihlaline dayalı dava açma yasağı taleplerinin yabancı mahkemeye yapılan yetki itirazlarından da bağımsız olarak “hakkında yabancı davanın açıldığı kendisine tebliğ edilir edilmez” davalı tarafça “derhal” yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Bu güncel karar, özellikle de yabancı mahkeme yargılaması ile tahkim yargılaması arasında bırakılan tarafın nasıl bir yol izlemesi gerektiğini göstermesi bakımından oldukça önemli bir karardır.

Bu önemli şartın temel varlık gerekçesi kanımızca şu olabilir: Tahkim sözleşmesini ihlal eden taraf kendisini daha güvende hissedeceği bir forumda ki bu da genellikle kendisinin vatandaşı olduğu ülke mahkemesi olacaktır; davasını açtığında, davalının tavrı önemli olacaktır. Zira kendisi tahkim sözleşmesini ihlal

⁶⁷ *ADM Asia-Pacific Trading PTE Ltd v PT Budi Semesta Satria* [2016] EWHC 1427, 2016 WL 03.268.502:

:“ADM did not apply for an anti-suit injunction with appropriate despatch, *but actively engaged with the Indonesian proceedings (both as to jurisdiction and substance) for more than a year*. In those circumstances both general discretionary considerations and the needs of comity lead me to refuse the application”.

Dava öncesi tarafların hangi tarihte ne tür işlemlerde bulunuşuna ilişkin detaylı tablo ve dava açma yasağının kabulü için “erken” ya da zamanında başvuru yapmanın ne kadar önemli olduğunun altını çizen bir analiz için bkz. “Do Not Delay! The Early Bird Catches the Anti-Suit Injunction”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2ef0623c-8c49-4cc1-9366-13f252ba9d98> (Erişim, 26.03.2017).

Ayrıca bkz. Mark Clarkson, “Case Update: English Court Denies Anti-Suit Injunction Application on Basis of Delay (*ADM Asia-Pacific Trading v Pt Budi Semesta Satria*)”, *International Arbitration Asia* (13 July 2016), http://www.internationalarbitrationasia.com/English_Court_Denies_Anti_Suit_Injunction_Application_on_Basis_of_Delay (Erişim, 26.03.2017).

eden taraf olmamakla beraber “acaba, mahkemeden lehime bir sonuç çıkar mı” diye bekleyen davalının, çok sonradan tahkime gidilmesini sağlamak üzere mahkemeden ya da hakem heyetinden tedbir istemesi kanımızca da uygun karşılanmamalıdır. Hatırlamak gerekir ki tahkim ile mahkeme yargılaması; aynı uyumsuzluk için paralel şekilde yürüyen yargılama faaliyetleri değil, birbirinin yerini alan alternatif bağımsız yargılama faaliyetleridirler. Bu nedenle karşı tarafın geçerli bir tahkim sözleşmesini ihlal ettiğini ve kararlaştırılan forumda dava açması gerektiğini iddia eden taraf; mümkün olduğu kadar bir bakıma zımnen devre dışı bırakılmış olan mahkeme yargılamasına katılmadan, gecikmeksizin dava açma yasağı talebinde bulunmalıdır. Haksız yere hakkında dava açılan taraf; elbette cevap dilekçesinde paralel davaları engellemek amacıyla, tahkim ilk itirazında bulunabilir veya başlıca savunmalarını bu kararlaştırılmamış forumda ileri sürebilir. Yalnız unutulmamalıdır ki tedbir talep edilecek yabancı mahkeme veya hakem heyeti; dava açma yasağı tedbirini ele alırken bu durumu gecikme için makul süre olarak kabul etmeyebilecek ve hatta davalının cevap dilekçesi verip beklemesini, yabancı forum yargılamasına dâhil olma olarak da yorumlayabilecektir. Bu nedenle yabancı forumda dava açan davacıyı, uygun forum olan hakem veya hakem heyeti önüne çekmek isteyen taraf; dava açma yasağını, davadan haberi olur olmaz derhal (*promptly*) talep etmeli ve mahkeme yargılamasına dâhil olma olarak anlaşılabilecek tüm hal ve hareketlerden kesinlikle kaçınmalıdır.

3. Men Edilecek Dava Oldukça İlerlemeden (*Before Proceedings Are Too Far Advanced*) Talep Yapılmış Olmalı

Tahkime konu olması gereken bir uyumsuzluk hakkında yabancı mahkemede dava açıldığı için dava açma yasağı talep edildiğinde; mahkemenin bakacağı ikinci husus, “yabancı forumdaki yargılamanın çok ileri bir aşamaya gelmemiş olması” (*before the foreign proceedings are not too far advanced*) şartıdır. Her ne kadar *Essar Shipping Ltd v. Bank of China* davasında, talebin kabulü için her iki şartın beraber aranacağı vurgulanmış ise de, öğretide bu iki şartın zaten iç içe olduğunu (*intertwined*) ileri süren görüşler de mevcuttur⁶⁸. Diğer bir ifade ile gecikmeksizin başvuru yapma şartının beraberinde yabancı davanın oldukça ilerlememiş olması şartını da gerektireceği vurgulanmaktadır.

⁶⁸ Kate Davies / Valeriya Kirsey, “Anti-Suit Injunctions in Support of London Seated Arbitrations Post-Brexit: Are All Things New Just Well-Forgotten Past?”, **Journal of International Arbitration**, Volume 33 Issue 7, Kluwer Law International 2016, pp. 501 – 520, s. 513.

Her ne kadar “dava çok fazla ilerlemeden zamanında başvuruda bulunmak” şeklinde bu iki koşul birlikte yorumlanabilir ise de; son güncel kararlar ışığında, kanımızca bu iki şartı birbirinden bağımsız şekilde düşünmek gerekir. Zira bir dava çok fazla ilerlememiş olmasına rağmen taraf, dava açma yasağına başvuruda aşırı gecikmiş kabul edilebilir. Ya da dava açma yasağı talebine bakan forum; gecikme olmaksızın başvuruda bulunulduğuna kanaat getirse bile, yabancı forumdaki hızlı yargılama usulünden dolayı paralel davada sona gelinmiş olabilir. Uygulamada; bu iki birbiriyle alakalı şartın, birlikte değerlendirildiği de görülmektedir. *Ever Judger Holding Company Ltd v Kroman Celik Sanayii Anonim Sirketi* davasında⁶⁹ Hong Kong Yüksek Mahkemesi, bilinen ilk dava açma yasağı kararını vermiş ve tahkim sözleşmesini ihlal eden Türk şirketi aleyhine talep edilen dava açma yasağını kabul etmiştir⁷⁰. Davaya konu kargo uyuşmazlığında; tahkim yeri olarak, Hong Kong kararlaştırılmıştır. Tahkim yeri olan Hong Kong’da bulunan Hong Kong Yüksek Mahkemesi; uygun koşulların oluştuğuna kanaat getirerek, tahkim şartını ihlal eden Türk taraf aleyhine dava açma yasağı kararı almıştır. Davalı Türk taraf; her ne kadar sigortacıya karşı Türkiye’de dava açıldığından, kargoya dair uyuşmazlığın da Türkiye’de karara bağlanmasının doğru olacağını ileri sürmüş ise de Hong Kong Yüksek Mahkemesi bu savunmayı yerinde bulmamıştır. Yüksek Mahkeme’ye göre iki ayrı sözleşme söz konusu olup; kargo taşımacılığı için öngörülen Hong Kong tahkiminin ihlali halinde “gecikme olmadan” ve “Türkiye’deki dava ilerlemeden” yapılan dava açma yasağı talebinin kabulü gerekmektedir. Hong Kong Yüksek Mahkemesi’nin; dava açma yasağı kararı dâhil tahkim lehine çeşitli tedbirler alabilme yetkisinin temelinde yasal bir düzenleme vardır ve bu düzenleme, kanımızca İngiliz Tahkim Kanunu düzenlemesine benzemektedir⁷¹. Hong Kong

⁶⁹ *Ever Judger Holding Company Ltd v Kroman Celik Sanayii Anonim Sirketi*, [2015] 2 HKLRD 866.

⁷⁰ Bu tür davalar kanımızca ayrı bir ehemmiyeti haizdir zira Türkiye’de dava açma yasakları yasal düzenlemede yer almamakla beraber gelişen küresel ilişkiler nedeniyle Türk tarafın da dava açma yasakları ile pekâlâ muhatap olabileceği bu tür güncel kararlarla sabittir. Böylece, dava açma yasaklarının gerek doktrinde gerek uygulamadaki önemi Türk hukuku açısından daha rahat anlaşılmaktadır. Bu hususlar ve ilgili kararlar, Türk Hukuku bakımından İkinci Bölüm’de daha detaylıca ele alınacaktır.

⁷¹ Section 45(2) of the Arbitration Ordinance (Cap 609) :

“On the application of any party, the Court may, in relation to any arbitral proceedings which have been or are to be commenced in or outside Hong Kong, grant an interim measure.”

Section 45(5):

In relation to arbitral proceedings which have been or are to be commenced outside Hong Kong, the Court may grant an interim measure under subsection (2) only if—

(a) the arbitral proceedings are capable of giving rise to an arbitral award (whether interim or final) that may be enforced in Hong Kong under this Ordinance or any other Ordinance; and

Tahkim Yönetmeliği Bölüm 45/(2)' ye göre; Hong Kong mahkemelerinin ister Hong Kong içinde ister dışında olsun, tahkim yargılamaları lehine tedbirler alma yetkisi vardır ve uygulamadan anlaşıldığına göre bu yetki kapsamına dava açma yasaklarının girdiği de kabul edilmektedir.

Hong Kong Tahkim Yönetmeliği çerçevesinde Hong Kong mahkemelerinin dava açma yasağı kararı verebilme yetkisini *Judger Holding Company Ltd v Kroman Celik Sanayii Anonim Sirketi* davası ile açıkça kabul eden Hong Kong Yüksek Mahkemesi, sonraki bir kararında gereksiz gecikme ve yabancı forumdaki davanın ilerlemiş olması engellerini detaylıca değerlendirmiştir. *Sea Powerful II Special Maritime Enterprises (ENE) v Bank of China Ltd* davasında⁷² Yüksek Mahkeme; konşimentoda yer alan Hong Kong tahkimi şartına rağmen, davacının dava açma yasağı tedbiri talebini reddetmiştir. Çin Bankası'nın Çin'de gemi sahiplerine karşı dava açması sonucu; davalı donatan, öncelikle Çin mahkemelerinin yetkisine itirazda bulunmuş ve bu itiraz ile diğer alakalı yargı süreçlerinin sonlanmasını beklemiştir. Donatanın tüm itiraz ve taleplerinin; Çin mahkemesince reddedilmesi sonucunda ancak o zaman donatan, Hong Kong merkezli İngiliz hukukuna tabi tahkim anlaşmasına dayanarak dava açma yasağı talep etmiştir. Hong Kong Yüksek Mahkemesi, bu talebi değerlendirirken; dava açma yasağı şartlarını, katı bir şekilde uygulamıştır. Mahkemeye göre, dava açma yasağı talep eden taraf, yabancı forumun yetkisizliği için yaptığı başvurunun sonucunu beklememeksizin talepte bulunmalıdır ve hatta “talepte bulunduktan sonra” yetki itirazında bulunmalıdır. Zira yabancı yargılama sonucunu beklemek ve ancak sonrasında tedbir talebinde bulunmak, yabancı forumdaki davanın oldukça ilerlemesi ile gecikmeye sebebiyet verebilecek ve böylece davacının tedbir talebinin olumsuz sonuçlanmasına yol açacaktır. Diğer bir ifade ile Hong Kong Yüksek Mahkemesi de tıpkı İngiliz mahkemeleri kararlarında olduğu gibi, oldukça ilerlemiş olan bir davaya dolaylı da olsa müdahalede bulunmayı istememekte ve bu yöndeki tedbir taleplerini

(b) the interim measure sought belongs to a type or description of interim measure that may be granted in Hong Kong in relation to arbitral proceedings by the Court.

[https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609/en@2015-11-](https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609/en@2015-11-12T00:00:00?xid=ID_1438403521196_003)

[12T00:00:00?xid=ID_1438403521196_003](https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609/en@2015-11-12T00:00:00?xid=ID_1438403521196_003) (Erişim, 27.3.2017).

⁷² *Sea Powerful II Special Maritime Enterprises (ENE) v Bank of China Ltd*, HCMP 2399/2015. <https://www.hongkongcaselaw.com/sea-powerful-ii-special-maritime-enterprises-ene-v-bank-of-china-ltd/> (Erişim, 27.03.2017).

Bu kararın tahkim lehine duruşuyla (pro-arbitration stance) bilinen Hong Kong'un bu vasfına zarar vermediği ancak dava açma yasağı taleplerinin zamanında yapılmasının gerekliliğine önemli bir vurgu olduğuna dair yorum için bkz. “Anti-suit Injunctions and Delay”, **Hong Kong Lawyer** <http://www.hk-lawyer.org/content/anti-suit-injunctions-and-delay> (Erişim, 20.01.2018).

reddetmektedirler. Yüksek Mahkeme'ye göre “dava fazla ilerlemeden zamanında başvuruda bulunmuş olmak”; aksine güçlü kanıtlar olmadığı sürece, dava açma yasağı talebinin kabulü için yeterlidir. Bu ifadeden; Hong Kong mahkemelerinin bu iki şartı, bağımsız kabul edilmelerine rağmen beraber değerlendirdikleri anlaşılmaktadır. Gerçekten de aşırı geciken taraf, aynı zamanda yabancı forumdaki davanın da oldukça ilerlemesine sebep olmaktadır. Ancak tekrar belirtelim ki bir şart olmadan da diğer şart tek başına; örneğin sadece davanın oldukça ilerlemiş olması hali de, dava açma yasağı talebinin reddi için yeterli olmaktadır. Hong Kong Yüksek Mahkemesi'nin bu güncel kararına göre; belirtilen şartlar aranırken, tarafların gecikmeden dolayı zarara uğrayıp uğramadıkları da hesaba katılmamaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre; davacı gecikmeden dolayı zarara uğramış olsun veya olmasın, eğer talepte bulunmada aşırı gecikme ve/veya yabancı mahkemedeki davanın oldukça ilerlemiş olması söz konusuysa dava açma yasağı talebinin reddi gerekecektir.

Bu davalardan da görüldüğü üzere, tartıştığımız bu iki temel şart oldukça önemlidir. Tahkim sözleşmesini ihlal eden tarafın, geçerli tahkim sözleşmesine rağmen yabancı forumda neden dava açtığını veya açabileceğini somut gerekçelerle ispat etme yükümlülüğü bulunmaktadır⁷³. Yukarıda tartışılan uygulamalar; aslında tahkim lehine ve tahkimi destekleyici (*pro-arbitration*) uygulama ile yasal düzenleme örneklerinden sadece birkaçıdır. Bu nedenle; tahkim sözleşmesine taraf olan kişinin bu temel şartları yerine getirmek kaydıyla, tahkim sözleşmesinin ihlali halinde “rahatlıkla” Hong Kong mahkemelerine başvurabileceği dile getirilmektedir⁷⁴. Mahkeme kararlarında genellikle bu iki şart tartışılmasına rağmen, dava açma yasağı talebinin kabulünü veya reddini gerektiren ve birçok kararda tartışılmış olan diğer şartları da değerlendirmek gerekir. Zira bu iki şart oluşmuş olsa bile, dava açma yasağı aşağıdaki şartlardan birinin eksikliği nedeniyle yine de reddedilebilecektir.

⁷³ Nick Luxton, “Anti-Suit Injunctions in Hong Kong: Recent Developments”, **Asian Dispute Review; Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) 2016, Volume 2016 Issue 2** pp. 100 – 104, s. 104.

⁷⁴ **Ibid.**

4. Tedbir Adil ve Uygun (*Just and Convenient*) Olmalı

Dava açma yasağı talebinin kabulü için; kararı verecek mahkemenin, bu tür bir önlemin *prima facie* olarak “adil ve uygun” olduğuna kanaat getirmesi gerekmektedir⁷⁵. Özellikle Hong Kong ve bazı ülkelerin verdikleri tedbir kararlarında aynı ifadelerle yer verdikleri nazara alındığında, “adil ve uygun” kavramlarının taşıdığı anlam daha da önem kazanmaktadır. Gerçekten de bir mahkemeden; tahkim sözleşmesini ihlal eden taraf aleyhine dava açma yasağı ya da başka tedbirleri talep eden kişiye karşı mahkeme, bu tedbir talebinin “adil ve uygun” olup olmadığına nasıl karar verecektir?

Örneğin İngiltere’de yüksek mahkemelerin dava açma yasağı uygulamalarına yasal dayanak teşkil eden düzenleme ele alındığında, tüm tedbirler (*injunctions*) açısından bu şartın geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Madde metninden anlaşıldığı üzere; dava açma yasağının verilebilmesi için aşırı gecikme olmaması ve yabancı forumdaki davanın da oldukça ilerlememiş olması şartları yeterli olmamakta, ayrıca dava açma yasağı tedbirinin mahkemece adil ve uygun (*just and convenient*) olduğuna da kanaat getirilmelidir. Yasal düzenlemedeki “verebilir” (*may*) ibaresi; aslında tüm şartlar oluşsa bile mahkemenin, bu yönde karar vermek zorunda olmadığını ve bu yetkinin ihtiyari olduğuna dair önemli bir vurgudur. Diğer bir ifade ile mahkeme; yukarıda tartışılan esas iki şart ile aşağıda tartışacağımız ilave şartların varlığına ikna olup tedbirin de adil ve uygun olduğuna kanaat getirirse bile, tedbir kararı vermek zorunda değildir. Mahkeme uygulamalarına baktığımızda, yasal düzenlemedeki bu şartın pek bir sorun yaratmadığını ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Zira mahkemeler genellikle bu şartı esnek şekilde yorumlamakta ve takdir yetkilerini tahkim lehine kullanmaktadırlar.

2014 yılında verilen ve dava açma yasağını konu alan *U & M Mining Zambia Ltd v Konkola Copper Mines PLC* davasında⁷⁶ mahkeme;

⁷⁵ Bkz. Senior Courts Act 1981, Section 37/paragraf 1:

“The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be *just and convenient* to do so.” <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/section/37> (Erişim, 13.10.2017).

⁷⁶ *U&M Mining Zambia Ltd v Konkola Copper Mines Plc*, [2014] EWHC 3250 (Comm) (10 October 2014). Mahkemeye göre; tahkim yeri (*seat of arbitration*) mahkemelerinin, başka ülkede tenfiz edilecek tedbirler dâhil çeşitli tedbir kararlarına hükmetme yetkisi var olup bu tür tedbirler de adil ve uygundur:

Paragraf 65-66:

“This is a case where it is appropriate for two courts to grant a freezing order against KCM; this court because of the London arbitration clause, and the court of Zambia because that is where KCM is resident. However, I do not accept that the fact that it may be appropriate for another court

kararın tenfiz edileceği ülke Zambiya Cumhuriyeti olmasına ve malvarlıkları da bu ülkede olmasına rağmen, Londra merkezli tahkim lehine malvarlığını dondurma tedbiri kararını (*freezing order*) almıştır. Mahkemeye göre; kararın tenfizinin Zambiya Cumhuriyeti'nde gerçekleşecek olması, tek başına İngiliz mahkemesinin bu tedbiri almasını “uygunsuz veya haksız” kılmamaktadır. Öyle ki Zambiya mahkemelerinden malvarlığına dair tedbirler alınması mümkün ve hatta daha kolay olmasına rağmen mahkeme, kendi ihtiyari yetkisini tedbir kararı verme yönünde kullanmakta bir sakınca görmemiştir.

Aynı taraflar arasında görülen ve Zambiya mahkemesince verilen “dava açma yasağı kararının iptalini” konu alan daha eski tarihli *U&M Mining Zambia Ltd v Konkola Copper Mines PLC* davasında⁷⁷ ise mahkeme, tartışmalı bir konuya nokta koymuştur. Bu karara göre; İngiltere'nin tahkim yeri olarak kararlaştırıldığı tahkim davaları için bile İngiliz mahkemelerinin, tedbir kararı verme konusunda yetkiyi haiz yegane mahkemeler olmadıkları belirtilmiştir. Diğer bir ifade ile istenildiği takdirde; tahkim yeri dışında da tedbir kararı alınabileceği, karara bağlanmıştır. Bu kararda mahkeme; tarafların tahkim yerindeki İngiliz mahkemesinin münhasır yetkili olmadığını da nazara alarak, yabancı forumlardan daha etkili tedbir alıp alamayacaklarını (*more effective interim relief in courts other than those of the seat*) hususunu da takdir edebileceklerini kabul etmiştir. Mahkeme; böylece verdiği kararda, Zambiya mahkemesinin dava açma yasağı verme konusunda uygun forum olduğuna kanaat getirmiş ve iptali kabul etmemiştir. Oysaki mahkeme; sadece bir sene sonrasında malvarlığı dondurma yönündeki talebi, önceki uygun forum kabulüne rağmen kabul etmiş ve bu tedbiri “uygun ve adil” bulmuştur. Kanımızca bu kararlar arasında çelişki yoktur zira tahkim yeri mahkemesi tarafından verilebilecek bir tedbir; kararın tenfiz edileceği devlet mahkemesi hukukunda öngörülmemişse, talebin reddi tahkim yargılamasından beklenen yararı azaltacak ve haksız sonuçlara yol açacaktır. Elbette taraf aynı tedbiri uygun forumda da alabiliyorsa, sırf tahkim yeri bağlantısı nedeniyle İngiliz mahkemelerine gitmek gerekmecektir.

to grant a freezing order means that it is inappropriate for this court to do so where this court's *in personam* jurisdiction over KCM derives from the London arbitration clause to which KCM agreed. Nor do I consider that it is more appropriate for the Zambian court to issue a freezing order given that the seat of the arbitration was London.

For these reasons I consider that it is just and convenient (subject to the last point which I must consider) to grant a WFO in the circumstances of this case.”

⁷⁷ *U&M Mining Zambia Ltd v Konkola Copper Mines PLC*, [2013] EWHC 260 (Comm).

Kanımızca verilecek kararın adil ve uygun olması şartını, diğer şartlar ile bağlantılı şekilde ele almak gerekir. Örneğin *The Hari Bhum* davasında⁷⁸ mahkeme; aşağıda incelenecek olan yabancı forumdaki davanın yıpratma ve zarar verme amacıyla açılmadığını kabul ederek, dava açma yasağının kabulünün adil ve uygun olamayacağını karara bağlamıştır. Mahkemeye göre; davalı kanundan doğan yasal hakkını kullanarak Finlandiya’da dava açtığından ve bu dava da kötü niyetle açılmadığından, dava açma yasağının kabulünün “adil ve uygun olamayacağı” karara bağlanmıştır. Mahkeme; her somut olayın şartlarının ayrı değerlendirilerek, bir kanıya varılması gerektiğini vurgulamayı da ihmal etmemiştir.

Sonuç olarak; dava açma yasağının ve diğer tedbirlerin kabulünün adil ve de uygun olup olmayacağı, her somut olaya göre ayrı değerlendirilmeli ve diğer şartların varlığıyla beraber ele alınmalıdır. Örneğin yukarıda vurguladığımız üzere, men edilecek davanın oldukça ilerlemiş olması bir bakıma mahkemenin tedbiri kabulünü de haksız ve adaletsiz kılabilir. Diğer yandan yabancı forumdaki davanın zarar verme amacıyla açılması, dava açma yasağının kabulünü adil ve uygun kılacaktır. Bu nedenlerle kanımızca, dava açma yasağının verilmesi şartlarının varlığı veya yokluğu aslında kabulün adil ve uygun (*just and appropriate*) niteliğini de belirleyen şartlardır.

5. Yasaklanacak Dava Zarar Verme ve Yıpratma (*Vexatious and Oppressive*) Amacıyla Açılmış veya Açılacak Olmalı

Dava açma yasağının kabulü için; talepte bulunulan forumun inceleyeceği bir diğer husus da, yabancı forumdaki yargılamanın yıpratıcı (*vexatious*) ve zarar verici (*oppressive*) şekilde yapılıp yapılmadığıdır. Geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen; taraflardan birinin tahkim sözleşmesini ihlal ederek devlet mahkemesinde dava açmasının meşru sebeplerinin olması mümkün olmakla beraber, zordur. Zira geçerli tahkim sözleşmesini ihlal ederek kendi ülkesinde veya başka bir ülkede dava açan tarafın bu davranışı; tahkim yargılamasından kaçmak suretiyle paralel davalar açarak, karşı tarafı yıpratma ve tahkim sürecine zarar verme olarak yorumlanmaya müsaittir.

⁷⁸ *Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd v New India Assurance Co Ltd (The Hari Bhum)*, (No.1) [2004] EWCA Civ 1598 (02 December 2004).
Bu dava aşağıda İkinci Bölüm’de yeniden ele alınacaktır. Dava ilişkin analiz ve ayrıntılar için bkz. http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1199&opac_view=6 (Erişim, 10.01.2018).

Öğretide NYS (1958)'in mahkemelerin dava açma yasağı verme yönündeki takdir yetkisine engel bir hüküm içermediği vurgulanmakta; ancak mahkemelerin bu takdir yetkisini kullanırken “men edilmesi istenen davanın yıpratıcı olup olmadığının tespitinin” de önemli olduğu belirtilmektedir⁷⁹. Uygulamada bu şartın; dava açma yasağı taleplerinde sadece İngiltere’de değil, Amerikan hukukunda⁸⁰ da sıklıkla arandığı görülmektedir. Örneğin *Karaha Bodas* davasında⁸¹ Amerikan 5. Temyiz Mahkemesi; Endonezya mahkemesinde açılan hakem kararının iptali davasının sonlandırılması için dava açma yasağı kararı veren alt bölge mahkemesinin kararını incelerken, “yıpratıcılık” ve “zarar” kavramlarını detaylıca incelemiştir. Mahkemeye göre; tahkim sözleşmesine rağmen yabancı forumda açılan davanın “yıpratma” amaçlı olduğunun tespiti için, bazı hususların dikkate alınabileceği belirtilmiştir. Karara göre; yabancı davadan dolayı hakkaniyetsiz bir zorluğun oluşması (*inequitable hardship*), yabancı davanın hızlı ve etkili tahkim yargılamasını geciktirmesi (*to delay speedy and efficient resolution of the dispute*) ile yabancı forumdaki yargılamanın hâlihazırdaki yargılamanın kopyası olması (*duplicitous of the litigation*) hususları dikkate alınmalıdır. Kararda açıkça belirtilmemekle beraber; kanımızca bu hallerden birinin tek başına varlığı yabancı forumdaki davanın “yıpratma” amacıyla açıldığını ispatlayacağından, dava açma yasağı talebine olumlu

⁷⁹ Tibor Varady/John J. Barcello III/ Arthur T. Von Mehren, **International Commercial Arbitration A Transnational Perspective**, Fourth Edition, West, 2009, s. 935; Jean – François Poudret/Sebastien Besson, **Comparative Law of International Arbitration**, Sweet & Maxwell, 2nd Edition, 2007, s. 919.

⁸⁰ Amerikan hukukunda da, bu şartın tartışıldığı çeşitli kararlar bulmak mümkündür. Yukarıda da değindiğimiz *Microsoft Corp. v. Motorola, Inc.* (696 F.3d 872) davasına bakan 9. Temyiz Dairesi (9th Circuit), milletlerarası nezaket ve konu-taraflar benzerliğine ek olarak, yabancı davanın yıpratıcı olup olmadığını (*vexatious or oppressive*) da incelemiştir. Motorola şirketi; Microsoft’un ABD’de dava açmasından hemen sonra Almanya’da dava açtığından, dava açma yasağı talebi kabul edilmiş ve Motorola’nın bu hareketi yıpratıcı/zarar verici bulunmuştur.

Brezilya’nın uygun forum olduğu gerekçesiyle Teksas mahkemesinin kararının temyiz edildiği *Indusoft, Inc. v. Taccolini* (United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 560 Fed.Appx. 245) davasında, dava açma yasağı talebi olmamakla beraber Teksas’taki yargılamanın yıpratıcı veya zarar verici olup olmadığı (*vexatious or oppressive*) da incelenmiştir. Karar, *forum non conveniens* doktrinin ele alındığı davalar için de bu tartışmanın önemli olduğunu göstermektedir.

Bir hava aracının satımından kaynaklanan uyuşmazlığı ele alan 2017 tarihli *1st Source Bank v. Neto* (United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 861 F.3d 607) davasında; bölge mahkemesinin Brezilya’daki ikinci davayı yıpratıcı veya zarar verici bulmayan kararı, 7. Daire tarafından onaylanmıştır. Bu şart ele alınırken, iki davanın “birbirini tekrar eden, yineleyen” (*duplicative*) olup olmadığı değerlendirilmiştir.

Bu konuyu ele alan kararlardan bazıları için bkz. *Kaepa, Inc. v. Achilles Corp.* (76 F.3d 624); *E. & J. Gallo Winery v. Andina Licores S.A.* (2006 WL 1133385); *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines* (731 F.2d 909); *Goss Intern. Corp. v. Man Roland Druckmaschinen Aktiengesellschaft* (2007 WL 1731573); *H-D Michigan, LLC v. Hellenic Duty Free Shops S.A.* (2012 WL 3871564)

⁸¹ *Karaha Bodas Company, L.L.C., Plaintiff-appellee, v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara; et al., Defendants, perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, Defendant-appellant*, U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit - 335 F.3d 357 (5th Cir. 2003), paragraf 27-49.

cevap verilebilecektir. Aşağıda yeri geldiğinde *Karaha Bodas* kararının değindiği farklı konuları da ele alacağız ancak burada şunu vurgulayalım ki; 5. Temyiz Mahkemesi bu şartlar oluşmadığı gerekçesiyle, davalıyı Endonezya mahkemesindeki iptal davası yargılamasına devam etmekten alıkoyan bölge mahkemesi kararını bozmuştur⁸². Zira 5. Temyiz Mahkemesi’ne göre; NYS (1958), *forum shoppinge* izin verdiğinden ortada bir hakkaniyetsiz yük durumu yoktur⁸³. NYS (1958) uyarınca tahkim yeri mahkemesi dışındaki ülkeler; yetkili makam tarafından iptal kararı verilse bile bu yabancı hakem kararını tenfiz edip etmeme konusunda takdir yetkisine yine de sahip olacaklarından, etkin ve hızlı yargılamayı engelleme durumunun da söz konusu olmayacağı bu kararda vurgulanmıştır. Ayrıca kararın iptali (*annulment of award*) ile kararın tenfizi davalarının birbirinin kopyası olmadığı da açıktır. Sonuç olarak mahkeme tahkim yeri İsviçre olmasına rağmen; Endonezya’nın hakem kararının iptali davası için uygun forum olup olmadığına bakmaksızın, bu şartlar sağlanamadığı gerekçesiyle dava açma yasağı talebini olumlu karşılayan bölge mahkemesi kararını bu sebeple bozmuştur.

“Yıpratıcı” ve “zararlı” kavramları, dava açma yasaklarına dair daha güncel kararlarda da karşımıza çıkmaktadır. New York Güney Bölge Mahkemesi’nde görülen *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC* davasında⁸⁴; merkezi Ukrayna’da bulunan *Storm* şirketi ile Norveç merkezli *Telenor* şirketi arasında, beraber ortak oldukları Ukrayna’nın en büyük telekomünikasyon şirketi *Kyvistar* şirketinin ortaklık sözleşmesinin geçerliliğinden doğan bir uyuşmazlık ele alınmıştır.

⁸² *Karaha Bodas Company, L.l.c., Plaintiff-appellee, v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara; et al., Defendants,perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, Defendant-appellant*, U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit - 335 F.3d 357 (5th Cir. 2003), paragraf 27- 49, paragraf 49:

“Although Indonesia has already purported to annul the Award, such annulment in no way affects the authority of the district court (or this court) to enforce the Award in the United States — which is, after all, the principal task of a U.S. court under the Convention. And, the Award can be enforced here with or without the district court’s injunction against Pertamina. Similarly, other enforcement jurisdictions will be forced independently to weigh the Indonesian annulment with or without awareness of a U.S. court’s injunction. Inasmuch as *the Convention provides for multiple proceedings and a more limited role for enforcement jurisdictions*, *Pertamina’s actions in Indonesia, even if spurious, are less vexatious and oppressive than they would be outside of this treaty structure...*”

⁸³ NYS(1958)’in *forum shoppinge* izin veren özellikli ve karmaşık yapısına çalışmamızda yer yer değinilecektir. Ancak yeri gelmişken belirtelim ki NYS (1958) madde V/f.1(e) hükmünde; “kararın verildiği yer” ile “hukukuna göre karar verilen” forumlarının beraber iptal kararı verebileceklerine ilişkin muğlâk ifade (*by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made*), uygulamada aynı anda birçok paralel yargılamanın doğmasına sebebiyet vermektedir.

⁸⁴ *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC, Altimo Holdings & Investments, Ltd. and others*, United States District Court for the Southern District of New York, 07 Civ. 6929, 19 November 2008.

Ortaklık sözleşmesinde açıkça tüm uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceği öngörülmesine rağmen *Storm* şirketi ile iştirakleri; gerek tahkim davası devam ederken gerek tahkim davası *Telenor* lehine nihai karara bağlanmışken, Ukrayna’da birçok dava açmışlardır. New York Güney Bölge Mahkemesi; tahkim şartına rağmen açılmış olan bu davaları yıpratıcı (*vexatious*) bulduğu gibi, *Telenor* şirketinin haberi olmaksızın alelacele alınan ve ortaklık sözleşmesini geçersiz bulan Ukrayna mahkemesi kararını da gizli/muvazaalı (*collusive*) bulmuştur⁸⁵. Bölge mahkemesine göre; geçerli tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen Ukraynalı şirketin kendi ülkesinde tahkimi engellemek veya tahkim kararının tenfizini engellemek amacıyla birçok dava açması, bu davaların sadece tahkim yargılamasını zedelemek ve karşı tarafı yıpratmak amacıyla açıldığını göstermektedir. Belirtmek gerekir ki New York Güney Bölgesi Mahkemesi, nihai hakem kararının tenfizi aşamasında bu konuları irdelemiştir. Zira *Storm* şirketinin; bu “yıpratıcı” ve meşru sebepten yoksun “gizli” mahkeme yargılamalarına rağmen, hakem heyeti tahkim yargılamasını başlatmış ve *Telenor* şirketi lehine karar vermiştir. Tahkim yargılamasına da katılan *Storm* şirketi; Ukrayna’da açılan davanın beklenmesini talep etmişse de geçerli tahkim sözleşmesinin varlığına kanaat getiren hakem heyeti, yargılamaya davalı şirket sonraki duruşmalara katılmamasına rağmen devam etmiş ve *Telenor* şirketi lehine oybirliğiyle 2007 yılında karar vermiştir.

Geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen, devlet mahkemesinde dava açılmış olması tek başına her zaman “yıpratıcı” veya “zarar verici” olarak elbette yorumlanmamalıdır. Zira aynı sözleşmeden doğmasına rağmen; farklı tarafları ilgilendiren uyuşmazlıkların, farklı forumlarda tartışılabilmesi benzerliklere rağmen mümkündür. Dolayısıyla bu kavramlar ele alınırken engellenmek istenen davanın birçok yönüyle dikkatlice analiz edilmesinde yarar vardır. *Shanghai Fusheng Soya-Food Co Ltd v. Pulmuone Holdings Co Ltd* davasında⁸⁶ Hong Kong Yüksek

⁸⁵ Hakem heyeti; *Storm* şirketinin, Ukrayna mahkemesinin kararlarının dikkate alınması talebini haklı olarak reddetmiştir. Zira hakem heyetinin bulgularına göre; *Telenor* şirketi, Ukrayna’daki davada taraf olarak gösterilmediği gibi ancak temyiz mahkemesi kararını verdikten sonra haberdar olmuştur. Bu olgu bile kanımızca tek başına; geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen, tahkim davalısının tahkim yargılamasını sabote etme ve davacı tarafı yıpratma amacıyla dava açtığını göstermektedir. İşte bu tür durumlarda talep halinde yıpratıcı/geciktirici mahkeme yargılamaları için davalıya karşı dava açma yasağı tedbiri alma gereği ve hakkı, daha meşru ve daha az tartışmalıdır.

⁸⁶ *Shanghai Fusheng Soya-Food Co Ltd v. Pulmuone Holdings Co Ltd*, High Court of Hong Kong, Court of First Instance, [2014]HKEC 825. Kararı, kamu düzeni açısından ele alan analiz için bkz. Stewart Dean Lewis, “Testing the Harmonisation and Uniformity of the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration, June 2015, University of Leicester PhD, s. 290 vd. <https://lra.le.ac.uk/bitstream/2381/32445/1/2015LEWISSDPhD.pdf> (Erişim, 12.02.2018).

Mahkemesi, bu konuda önemli bir karar vermiştir. *Shanghai Fusheng Soya-Food Co Ltd* ve *Pulmuone Holdings Co Ltd* şirketleri soya fasulyesi ile diğer baklagillerin üretimi için bir ortak girişim (*joint venture*) kurmuşlar ve uyuşmazlıkların çözümü için Hong Kong merkezli Çin hukukuna tabi tahkim yolunu kararlaştırmışlardır. *Pulmuone* şirketi; davalı ortak şirketin 19,4 milyon Çin Yuanı'nı (*RMB 19,4 million*) *joint venture* hesabından kendi zimmetine geçirdiği iddiasıyla, Şangay mahkemesinde dava açmıştır. *Pulmuone* şirketi ayrıca; davalı diğer ortak şirketin, *joint venture* sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle Hong Kong'da tahkim davası açmıştır. Verilen tahkim kararına karşı Hong Kong kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle yapılan iptal başvurusu, Hong Kong ilk derece mahkemesi tarafından kamu düzeni kavramının dar yorumlanması gerektiği, iki ayrı konunun olduğu zira mahkemede kamu düzenini ilgilendiren zimmet suçu davası açılmışken tahkimde sözleşmesel yükümlülüklerin tartışıldığı gerekçeleriyle reddedilmiştir. Mahkeme bu kararında ayrıca; tahkim sözleşmesine rağmen dava açılmış olmasını, “yıpratıcı ve zararlı” olarak görmemiştir zira tahkim konusu uyuşmazlık ile mahkeme yargılamasındaki uyuşmazlık arasında tam örtüşme olmadığı gibi ortada kamu düzeni prensibini devreye sokabilecek bir durum da yoktur.

Başka forumda yürütülmekte olan davanın “yıpratıcı” ve “zararlı” olması şartı, dava açma yasaklarının bir türü olan tahkime gitmeme tedbirlerinde (*anti-arbitration injunctions*) de karşımıza çıkmaktadır. Hindistan Delhi Yüksek Mahkemesi'nde görülen *Mcdonald's India Private Limited vs. Vikram Bakshi & Ors* davasında⁸⁷, tahkim şartına dayanarak Londra'da dava açan *Mcdonald's* şirketine karşı tahkim davalısı *Vikram* şirketinin Hindistan alt derece mahkemesinden almış olduğu tahkimde dava açma yasağı tedbir kararı incelenmiştir. *Vikram* şirketi bu talebinde özetle; Londra'nın *forum non conveniens* olduğunu ve tahkim yerinin Delhi olması gerektiği yönünde ilginç bir gerekçe ileri sürmüştür. Bu nedenle *yıpratma* ve *zarara uğratma* niyetiyle yapılmış olduğu iddiasıyla tahkim yargılamasının menine karar verilmesini talep etmiş ve bu talep ilk derece mahkemesince kabul edilmiştir.

⁸⁷ *Mcdonald's India Private Limited (Appellant) v. Vikram Bakshi & Ors (Respondents)*, The High Court of Delhi at New Delhi, 21.07.2016, Fao (Os) 9/2015 and Cm No. 326/2015. Karara ilişkin detaylı bilgi ve kararın tam metnine ulaşmak için bkz. http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=concept_see&id=11&opac_view=2 (Erişim, 10.02.2018).

Mcdonald's tarafından bu karar temyiz edilmiş ve uyuşmazlık Hindistan Delhi Yüksek Mahkemesi önüne gelmiştir.

Delhi Yüksek Mahkemesi yaptığı incelemede; öncelikle birçok ülkede olduğu gibi Hint mahkemelerinin de, hem dava açma yasağı hem de tahkime gitme yasağı tedbirlerini verme konusunda takdir yetkileri olduğu vurgulanmıştır. Ancak bu yetkilerin hassasiyetle kullanılması gerektiği belirtilmiş ve tahkim lehine eğilim nedeniyle özellikle de tahkim yasağı taleplerinde “daha dikkatli” ve “daha az müdahaleci” olunması gerektiği vurgulanmıştır. Yüksek Mahkeme’ye göre, mahkemeler bu takdir yetkilerini ancak men edilecek davanın “yıpratıcı” ve “zarar verme amaçlı” olduğu hallerde kullanmalıdırlar. Acaba taraflardan biri tahkim şartının varlığını ileri sürerek tahkimi başlattığında, karşı taraf tahkim yargılaması için *forum non conveniens* kuralına dayanabilecek midir? Benzer şekilde bu davada olduğu gibi; devlet mahkemesinde davayı açan taraf, usulünce açılan tahkim davasının “yıpratıcı ve zarara uğratma amaçlı” olduğunu ileri sürebilecek midir?

Delhi Yüksek Mahkemesi bu savunmaları incelerken, *forum non conveniens* doktrinin ancak “yetkisi varken, yetkisini kullanmayacak mahkeme” tarafından ileri sürülebileceğini haklı şekilde vurgulamıştır. Diğer yandan, yetkili mahkemenin diğer forumun uygun olmadığını ileri sürebilmesi için bu yabancı forumun “taraflarca kararlaştırılmış bir forum olmaması” gerekir. Gerçekten de özellikle varlığı ve geçerliliği tartışmasız olan tahkim sözleşmesine dayanarak tahkim yargılaması başlatan kişiye karşı, tahkimin uygun forum olmadığı gerekçesiyle tahkime gitme yasağı tedbiri istenmesi doğru değildir. Kaldı ki tahkim sözleşmesinin geçerliliği tartışmalı olsa bile, mahkemelerin “en az müdahale” kuralı gereği, talepte bulunan davacıdan daha net ve kesin ispatlar istemesi gereklidir⁸⁸. Bu bağlamda meseleyi elen alan Yüksek Mahkeme, tahkimden men kararı isteyen tarafın tahkim sözleşmesinin geçersizliğini ispatlaması gerektiğini vurgulamıştır. Yoksa taraflardan birinin başka bir ülkede tahkim yargılamasına başlaması, tek başına bu tahkim yerini uygun forum olmaktan çıkaramayacaktır zira tarafların kendi iradeleriyle belirledikleri forum neresi olursa olsun *forum conveniens* olacaktır. Yüksek

⁸⁸ “The burden of establishing that the forum of the choice is a forum non-conveniens or the proceedings therein are oppressive or vexatious would be on the party so contending to aver and prove the same. The onus would be on the respondents to establish that the arbitration proceedings are oppressive or vexatious.”

Mcdonald's India Private Limited (Appellant) v. Vikram Bakshi & Ors (Respondents), The High Court of Delhi at New Delhi, 21.07.2016, Fao (Os) 9/2015 and Cm No. 326/2015.

Mahkeme sonuç olarak, tahkim yargılamasının menî için de “yıpratıcı” ve “zarar verme amaçlı” şartlarını aramış ve bu şartların diğer dava açma yasaklarına nazaran “daha dikkatli ve daha dar” yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Bu şartların yokluğuna kanaat getiren Yüksek Mahkeme, tahkim yargılamasını durdurma ve davaya devam etmeme yönündeki alt derece mahkemesi kararını bozarak temyiz talebini kabul etmiştir.

Yüksek Mahkeme’nin bu önemli kararındaki gerekçelere katılmakla beraber, tahkim yargılamasının da “yıpratıcı” ve “zarar verme amaçlı” başlatılabileceği hallerin biraz daha aydınlatılmasında yarar görüyoruz. Taraflardan biri nispeten ucuz olan mahkeme yargılamasına devam edebilecekken, bir tahkim yargılamasına devam edebileceği maddi güçten yoksun olabilir. Sözleşme serbestisi çerçevesinde, HMK madde 17’nin aksine tahkim sözleşmesinin akdedilmesi konusunda tarafların tacir olması vb. ön şartlar da milletlerarası tahkimde bulunmamaktadır. Bu nedenle tahkim sözleşmesini bir şekilde gücünü kullanarak kabul ettiren taraf, kanımızca tahkim yargılamasını yıpratıcı ve zarar amaçlı kullanabilecektir. Bu tür istisnai durumlarda tahkime gitme veya devam etme yasağı tedbirleri kanımızca meşru sayılabilecekse de yine de oldukça dikkatli olunması gerekir. Zira *kompetenz-kompetenz* kuralı gereği hakemlere; tarafların kötü niyetleri de kapsayacak şekilde, tahkime dönük taraf iradelerini doğru yorumlayacakları konusunda güvenmek gereklidir. Ancak açıkça geçersiz olan veya cebren yapılmış bir tahkim sözleşmesine rağmen taraf bir şekilde tahkim yargılamasına devam ediyorsa; bu durumda tahkim yeri mahkemesi tarafından kanımızca tahkime gitme yasağı uygulanabileceği gibi, lehe karar alınsa bile bu tahkim kararının tenfizi aşamasında engellerle karşılaşabileceği de unutulmamalıdır.

6. Talebin Reddi İçin Uygun Sebep (*Good Reason Not To Do So*) Olmamalı

İngiliz hukukunda da vurgulandığı üzere mahkemeler ile hakemlerin, tedbir taleplerini kabul veya red konusunda takdir yetkileri vardır. Bu takdir yetkisinin doğal bir sonucu olarak da yukarıdaki tüm şartlar sağlansa bile, dava açma yasağının kabulü zorunluluğu söz konusu olmayacaktır. Uygulamada mahkemelerin dava açma yasağı talebini incelerken nihai bir sınırlama olarak, talebin kabul edilmemesi yönünde uygun sebep olup olmadığına da bakılmaktadır. Diğer bir ifade ile uygun red sebebinin mevcut olmamasını, dava açma yasağı talebinin kabulü için son aşama olarak kabul etmek mümkündür.

Bu sınırlama uygulamada *Angelic* kuralı olarak da bilinmektedir. Kurala bu adı veren *The Angelic Grace* davasında, İngiltere’de tahkimi öngören anlaşma ihlal edilerek İtalya’da dava açılmıştır. Bu davada öncelikle yukarıdaki şartlar ele alınmış ve “tedbirin reddi için uygun red sebebi de olmadığından”, dava açma yasağı talebi kabul edilmiştir⁸⁹. Güncel tarihli davalarda da takdir yetkisinin kullanılmasına dair bu temel kurala vurgu yapılmaktadır. *Crescendo Maritime Co and Another v Bank of Communications Co Ltd and Others* davasında⁹⁰ mahkeme; “aksine güçlü kanıtlar olmadığında” (*unless there were strong reasons otherwise*) yani talebin reddini isteyen tarafça ikna edici sebepler gösterilmediğinde, talebin kabul edilebileceği vurgulanmıştır. Uygun bir red sebebinin de olmadığına kanaat getiren mahkeme, talebi kabul etmiştir.

Sonuç olarak, karar vermenin son aşamasında tüm şartlar mevcut olmasına rağmen davalıya son kez talebin reddi için uygun sebep gösterme imkânının tanındığını söyleyebiliriz. Önemle belirtelim ki bu şart dâhil yukarıda tartışılan şartlar her zaman bir arada aranmadığı gibi, tüm hukuk sistemlerinde geçerli şartlar değildir. Bu şartlar dava açma yasağına kaynaklık eden *Common Law* sistemindeki uygulama ve yasal düzenlemelerden yola çıkarak derlediğimiz şartlardır. Dolayısıyla dava açma yasağını kendi hukukunda düzenlemek isteyen bir Kıta Avrupası hukuku devleti, bu tür tedbirleri kendi *lex foris*inde tamamen farklı şartlara tabi kılabilecektir. Dolayısıyla farklı bir ülke mahkemesi, *Common Law* mahkemelerinden tamamen farklı şartları da düzenleyebilir. Ancak kanımızca yukarıda tartışılan şartlar; uzun yıllar içinde geliştirilen şartlar olup, dava açma yasağı taleplerinin nitelik ve amaçları ile uyumlu şartlardır. Bu yüzden bu tür tedbirlerle karşılaşan mahkeme ile hakemlerin, yukarıda tartıştığımız şartları öncelikle ve önemle dikkate alacağı ve de alması gerektiği kanaatindeyiz.

⁸⁹ *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan SpA (The “Angelic Grace”)*, [1995] 1 Lloyd’s Rep 87.

“But in my judgment there is no good reason for diffidence in granting an injunction to restrain foreign proceedings on the clear and simple ground that the defendant has promised not to bring them.

I cannot accept the proposition that any Court would be offended by the grant of an injunction to restrain a party from invoking a jurisdiction which he had promised not to invoke and which it was its own duty to decline.”

⁹⁰ [2015] EWHC 3364 (Comm).

F. İspat

1. Genel Olarak

Dava açma yasağı talebinde; yukarıdaki şartları ispat yükümlülüğünün talepte bulunanda mı yoksa aleyhine talepte bulunulan kişide mi olduğu önem arz etmektedir. Belirttiğimiz üzere, dava açma yasağının şartlarının ispatı zordur ve çoğu zaman; bu şartlar ispatlanamadığında, şartın türüne göre dava açma yasağı tedbiri kabul edilmekte veya reddedilmektedir. Dolayısıyla; bu şartları ispat edecek tarafın kim olduğu ya da hangi şartın kimin tarafından ispat edileceği hususu, oldukça önem kazanmaktadır.

İspat yükü kavramı öğretide, belirli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda iddiada bulunan tarafa düşen usuli bir yük olarak tanımlanmaktadır⁹¹. Türk hukukunda ispat yüküne dair çeşitli düzenlemeler vardır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁹² (“MK”) madde 6 uyarınca; kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. HMK madde 190’da ise bu ifade şöyle yer almıştır: “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir”. HMK madde 190’daki bu ifadenin ispat yükü tanımına daha uygun olduğu söylenebilir. Zira bir husus kanunun aradığı şekilde ispat edilemediğinde; o husus hakkında kimin aleyhine karar verilecekse, ispat yükü de o tarafta olacaktır⁹³. Diğer bir ifade ile ispat yükü düşen taraf, uyuşmazlık konusu vakıyı ispat edemezse davayı kaybedecektir⁹⁴. İspat yüküne dair bu kanuni düzenlemeler ile doktrindeki görüşler nazara alındığında, ispat yükünün örneğin iddiada bulunan davacıda olması gibi kesin kuralların konulamayacağı anlaşılmaktadır. Gerçekten de ispat yükü bir uyuşmazlıkta davacıya düşebileceği

⁹¹ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammed Özkes, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 4. Bası, Ankara, Yetkin, 2016, s. 386; dayanılan bir vakıanın ispat edilmemesi sonucu ortaya çıkan “ispatsızlık riskinin”, ispat yükünü taşıyan taraf aleyhine sonuçlanacağı hakkında bkz. Murat Yavaş, “Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 21, Sayı 2, 741-761**, s. 741-743; “ispat hakkı” kavramının “ispat yükü” kavramından bağımsız bir yargısal temel hak olduğu konusunda bkz. Barış Toraman, “Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1483-1523 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan**, s. 1483-1492.

⁹² R. G. Tarih: 08.12.2001 Sayı: 24607.

⁹³ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **a.g.e.**, s. 386; ispat yükü ile aydınlatma ödevi arasında önemli bir bağ olduğu konusunda bkz. Güray Erdönmez, **Medeni Usul Hukukunda Belgeleri İbraz Mecburiyeti**, XII Levha, 2. Baskı, İstanbul, 2014, s. 69-76.

⁹⁴ Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, Ekim 2016, Legal Yayınevi, s. 320; ispat yükünün, “usuli bir yük” olduğu konusunda bkz. Erdönmez, **a.g.e.**, s. 72.

gibi, davalıya da düşebilecektir⁹⁵. İspat yükünü taşıması hâkim tarafından belirlenen tarafın, “kendi lehine hak çıkaran taraf” olduğuna kanaat getirilmiş olması yeterli olacaktır. Türk hukukunda ispat yükü bulunmayan diğer taraf, yüklü tarafın öncelikle ispat etmesini beklemek zorunda değildir. HMK madde 191 uyarınca diğer taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilmektedir. Karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf, ispat yükünü üzerine almış da sayılmaz. Özellikle gösterilen delillerin hâkimde yeterli kanaat oluşturmadığı hallerde, asıl ispat yükünün kimde olduğunun tespiti önem arz edecektir⁹⁶.

HMK madde 190’dan da görüldüğü üzere; ispat yükünün kime ait olacağı, bir maddi hukuk kuralı ile düzenlenebilmektedir. Böylece ispat yükünün kimde olacağı hususundaki tartışmaların önü kapatılmaktadır. Ancak burada milletlerarası usul hukukunda ispatın ele alınması gerekir; zira ispat ve delillere ilişkin sorunlar bazı hukuk düzenlemelerinde usul hukukundan kabul edilirken, bazılarında maddi hukuka ilişkin olarak kabul edilebilmektedir⁹⁷. Bu temel ayrım önemlidir zira yargılamaya ya da usul hukukuna ait meselelerin *lex fori*ye tabi olacağı kuralı, milletlerarası özel hukukta genel kabul gören bir prensiptir⁹⁸. Usule dair meselelerin bizzat hâkimin kendi hukukunca karara bağlanmasının temel gerekçesi, bu tür meselelerin kamu düzeninden görülmesi ve kamu hukuku niteliğidir⁹⁹. Diğer bir ifade ile kamu düzeni gereği, yargılamanın nasıl yapılacağına dair usuli meseleler de devletin kendi egemenliğine dâhil olup, yabancı hukukun usule uygulanması egemenliğe müdahale olarak kabul edilebilecektir. Elbette bu genel kuralın istisnaları da mevcuttur. Çalışmamızın kapsamına girmemekle beraber; örneğin Türkiye’de devam eden bir dava için yabancı bir ülkeden toplanacak olan delillerin şekli ve usulü Türk hukukuna (*lex fori*) göre değil, bu yabancı ülkede geçerli olan ispat vasıtaları ile

⁹⁵ Kuru, **a.g.e.**, s. 321; Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 388.

⁹⁶ Kuru, **a.g.e.**, s. 320-321.

⁹⁷ Aysel Çelikel/ B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 497.

⁹⁸ Çelikel/Erdem., **a.g.e.**, s. 481-483; Nomer, **Devlet Hususi**, s. 391-409; ispat hukukuna dahil meselelerin kural olarak *lex fori*ye tabi olduğu zira bu hususların mahkemenin takip ettiği usul ile alakalı olduğu konusunda bkz. Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 456-458.

⁹⁹ Çelikel/Erdem., **a.g.e.**, s. 482; usul hukukundaki birçok meselenin esas itibarıyla kamu hukuku ile irtibatlı olmasına karşın, usulün *lex fori*ye tabi tutulmasının sadece bu gerekçeye bağlanmaması gerektiği konusunda bkz. Günseli Öztekin, “İspat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, ss. 37-46, 1989, s. 38 vd.; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 176; ispat usulünü düzenleyen devletin aslında bu kurallarla “kamu hizmeti” mahiyetindeki “adalet hizmetini örgütlediği” konusunda bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 456.

yapılmalıdır. Örneğin Almanya'daki bir tanığın dinlenmesi; *lex fori* olan Türk hukukuna göre değil, Alman usul hukukuna göre icra edilecektir.

HMK madde 190, MK madde 299 gibi çeşitli hükümlerden de anlaşılacağı üzere; ispat yükünün kime ait olacağı, genellikle bir maddi hukuk kuralı ile düzenlenmektedir. Bu husus dikkate alındığında; ispat yükü ile diğer usule dair meseleleri birbirinden ayırmak daha doğru olacaktır¹⁰⁰. İspat külfetinin bir maddi hukuk kuralı ile düzenlenmesi; sadece devlet hukuklarında değil, aşağıda inceleneceği üzere UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) düzenlemesinde de karşımıza çıkmaktadır¹⁰¹. İspat yükü ve dağılımı konusunu; var olan hukuki

¹⁰⁰ Öğretide Şanlı; ispat hukukuna dâhil meselelerin prensip olarak *lex fori*ye tabi olduğunu kabul etmekle beraber, “ispat külfetini” bu kuralın istisnası olarak kabul etmiştir. Yazara göre ispat külfetine dair meseleler, maddi hukuka ait kaideler olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuka tabi olurlar. (Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 457).

Ancak eğer ispat külfeti; tarafların dava sırasındaki belirli bir davranışına bağlanmışsa, bu davranış ile sonuçları *lex fori*ye tabi olacaktır. Örneğin yöneltilen soru karşısında susmanın, dava üzerindeki etki ve sonuçları *lex fori*ye tabi olacaktır. Bunun dışında; ispat yükünün kimde olacağı meselesi genellikle maddi hukukça belirlendiğinden, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun ispat yüküne dair düzenlemesine (HMK madde 190 gibi) göre mesele çözülecektir. (Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 176-177); Nomer, **Devletler Hususi**, s. 400-409.

Çelikel/Erdem ise; ispat yükünün kimde olduğu ve ispat sırası gibi meseleleri de kural olarak “usul hukukuna ait bir mesele” olarak görmektedir. Yazarlar ayrıca; İngiliz ve ABD hukuklarında, ispat ve delillere ilişkin sorunların da genellikle “usul hukukundan kabul edildiklerini” vurgulamaktadırlar. Yazarlara göre de; olaya uygulanacak hukukun ispat yükü dağılımına dair bir maddi hukuku düzenlemesine sahip olması durumunda, artık bu maddi kural uygulanacak ve *lex fori* hâkimiyetindeki usul hukukundan çıkılacaktır. Örneğin haksız fiilde zararın kimin tarafından ispat edileceği, babalık karinesinde ispat yükü ile sözleşme ihlalinin ispatı gibi meselelerde ispat yükünün maddi hukuk meselesi olduğu açıktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 496-497.

Kanımızca bu tür tartışmalar, geçici hukuki koruma taleplerine dair meselelerde önemini büyük ölçüde yitirmektedir. Zira tahkimi etkinleştirmek amacıyla; dava açma yasağı ya da başkaca tedbir için mahkemeye başvuran taraf, uyuşmazlığı çözmek yerine sadece bir geçici hukuki koruma talep etmektedir. Bu nedenle; bir babalık davasına ya da sözleşme ihlali davasına uygulanacak hukuktaki ispat külfetine dair maddi hukuk düzenlemesinden farklı olarak, geçici hukuki koruma taleplerinde bu talebe uygulanacak hukuk tartışması yapılmamaktadır. Diğer bir ifade ile dava açma yasağı ile diğer geçici hukuki korumaların talep edildiği davalarda, usule dair yönler daha ağır basacaktır zira talep edilen imkânın kendisi medeni usul hukukunun bir parçasıdır. Bu nedenle öğretilerde de haklı şekilde vurgulandığı üzere; geçici hukuki korumaların temel amacı “ülkede bulunan kişiler ile malların korunması” olduğundan, geçici tedbirlerin hangi şekilde ve şartlarda verileceği hususu tamamen *lex fori* hâkimiyetindedir. Bu nedenle ağırlıklı görüş, ihtiyati tedbirlere *lex fori*nin uygulanması gerektiği yönündedir. (Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 512-514). Geçici hukuki tedbirlerin “bir an önce alınmasının zorunlu olması” ve “yabancı hukukun kolayca bilinmemesi” nedeniyle; hâkimlerin tedbir taleplerini kendi hukuklarına göre karara bağlanmasının “tereddüde yer vermeyecek şekilde uygun olacağı” hakkında bkz. Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, Vedat Kitapçılık, 2016, 12. Bası, s. 213-214.

Sonuç olarak kanımızca; dava açma yasağı gibi geçici hukuki koruma önlemleri taleplerinin şartları, ispatı ile diğer hususlar mahkemelerin kendi *lex fori*lerine göre çözümlenecektir. Tedbir talebi *lex fori*ye göre çözümlenirken; mahkemenin aynı zamanda esasa uygulanacak hukuk araştırmasına girerek tedbir talebinde ispat yüküne dair maddi hukuk düzenlemesi arayışına girmesi elbette beklenemeyeceği gibi, usuli açıdan mantıklı da değildir. Zira Türk mahkemesi; önüne böyle bir talep geldiğinde, kendi usul hukukundaki kuralları re’sen tespit edip uygulayarak aciliyet gerektiren tedbir talebini sonuçlandırabilecektir.

¹⁰¹ Madde 27/f.1 hükmü; her bir tarafın “kendi dayandığı olguları ispat edeceğini” düzenlemektedir:

düzenlemeleri inceleyerek ve uygulamadaki örnek mahkeme kararlarını analiz ederek ele almak daha doğru olacaktır. Bu genel açıklamalarımızdan sonra, örnek davalar ışığında milletlerarası tahkimde dava açma yasağı taleplerinde ispat yükünün nasıl ele alındığını aşağıda analiz edeceğiz.

2. İspat Yüğü ve Usulü

Dava açma yasakları, kararı veren merci bakımından ikiye ayrılmaktadır: Mahkeme tarafından verilen dava açma yasakları ve hakem tarafından verilen dava açma yasakları. “Türler” kısmında bu sınıfları detaylıca ele alacağız. Bu iki sınıfı ayrı değerlendirmek gerekir zira dava açma yasağı talebinin incelendiği foruma göre, ispat yükü usulünde farklılıklar ortaya çıkabilmektedir.

a) Mahkeme Yargılamalarında İspat Yüğü ve Usul

Mahkeme tarafından verilen dava açma yasağı tedbirlerini incelediğimizde; mahkemenin taraflardan biri hakkında, başka bir yabancı mahkemede veya hakem heyeti önünde dava açmaması veya açılmışsa davaya devam etmemesi yönünde karar verdiğini görmekteyiz. Münhasır yetki sözleşmesini ihlal eden taraf; ister yabancı bir mahkeme yargılamasından ister tahkim yargılamasından men edilecek olsun, otoritesi egemen bir devlete dayanan bir devlet mahkemesinden tedbirin talep edilmesi söz konusudur. Bu nedenle dava açma yasağı talebini inceleyen mahkeme; yargılamanın nasıl yapılacağı konusunda, diğer uyuşmazlıklarda da uyguladığı usul kurallarını yani kendi *lex foris*ini kural olarak aynı şekilde uygulayacaktır.

Bir mahkeme; yabancı bir ülke mahkemesinde dava açılmaması yönünde karar verdiğinde, milletlerarası usul hukukunu ilgilendiren bir durum ortaya çıkacaktır. Milletlerarası diyoruz zira iç hukukta; yerel mahkemenin başka bir yerel mahkemeyi yargılamadan men etmesi, genellikle söz konusu olmamaktadır. Örneğin İzmir mahkemelerinde dava açıldığında; kesin yetki varsa, kendisini re’sen yetkisiz gören mahkemenin davayı reddedip HMK madde 19/3 uyarınca bu yetkisizlik kararında yetkili mahkemeyi de göstermesi gerekmektedir. Kesin yetki olmazsa bile; münhasır yetki sözleşmesine dayalı bir haklı yetki itirazı sonucu, örneğimizde İzmir mahkemesi kendisini yetkisiz görmeli ve kararında yetkili mahkemeyi de göstermelidir. Dikkat edilirse; bu tür hallerde, davadan men ya da dava açma yasağı söz konusu değildir. Oysaki Londra merkezli tahkim şartına dayanarak tahkim davası açan taraf; örneğin davalının bir Türk mahkemesinde dava açmasına engel olmak

“Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defence.”

veya açılmış davayı sonlandırmak amacıyla İngiliz mahkemesinde dava açtığında, mesele artık milletlerarası bir nitelik kazanacaktır. Burada durdurulmak istenen davanın yabancı ülkede olması veya men edilecek tarafın genelde kendi ülkesinde dava açan bir yabancı olması; milletlerarası özel hukuk anlamında yargılamaya yabancılık unsuru (*foreign element*) katmakta ve meseleyi, bir milletlerarası usul hukuku sorunu haline getirmektedir. Dolayısıyla bu tür bir milletlerarası usul hukuku probleminde ispat yükü ile usulünün nasıl yapılacağı, iç hukuka nazaran daha hassasiyetle ele alınmalıdır.

Vurguladığımız üzere kural olarak; yargılama usulü ile ispat usulüne dâhil meseleler *lex fori*ye tabidir¹⁰². Ancak ispat külfetinde durum farklıdır; zira ispat yükü dağılımı ile sırası genellikle bir maddi hukuk kuralı ile düzenlendiğinden, ispat yüküne dair problemler de uygulanacak hukuk kapsamında tayin edilen ilgili maddi hukuk kuralına göre çözümlenmelidir. Diğer yandan; maddi hukuk kuralı kapsamına girmeyen ispat külfetine dair meseleler ile diğer ispat usulleri, bir usul hukuku problemi olarak mahkemenin *lex foris*ine göre çözümlenecektir. Örneğin bir uyuşmazlıkta; kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuk Türk hukuku olduğunda; esasa uygulanacak olan bu hukukun bir parçası olarak HMK madde 190 ile MK madde 6 gibi ispat yükü konusuna ilişkin düzenlemeler, uygulanacak maddi hukuk hükümleri olacaktır. İspat külfetine dair hükümlerin nasıl fiilen uygulanacağı, delillerin ispat gücü ise *lex fori* hâkimiyetinde kabul edilmektedir¹⁰³. Kanımızca dava açma yasağı ile diğer geçici hukuki korumaların talep edildiği davalarda, usule dair yönler daha ağır basacaktır zira talep edilen imkânın kendisi medeni *usul* hukukunun bir parçasıdır. Bu nedenle öğretilerde de haklı şekilde vurgulandığı üzere; geçici hukuki korumaların temel amacı “ülkede bulunan kişiler ile malların korunması” olduğundan, geçici tedbirlerin hangi şekilde ve şartlarda verileceği hususu *lex fori* hâkimiyetindedir¹⁰⁴. Böylece dava açma yasağı gibi geçici hukuki koruma önlemleri taleplerinde; şartlar, ispat ile diğer hususlarda mahkemelerin kendi *lex fori*lerini uygulaması doğal karşılanmalıdır.

Bu çalışmamızda; tüm ülkelerin yargılama kuralları ile ispat yüküne ilişkin maddi hukuk kurallarına değinmemiz, çalışmamızın amacını ve kapsamını aşacaktır.

¹⁰² Çelikel/Erdem., **a.g.e.**, s. 481-485, s. 496 vd.; Nomer, **Devlet Hususi**, s. 391-409.

¹⁰³ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 498 vd.; yazılı belgelerin ispat gücünün tayini konusunda L.R.A. (*Locus Regit Actum*), diğer bir ifadeyle “işlemin yapıldığı yer” kuralının uygulanması gerektiği yönünde bkz. Öztekin, **a.g.e.**, s. 38 vd.

¹⁰⁴ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 512-515.

Ancak yargılama usulünün *lex fori*ye tabi tutulması yaygın ve mantıki olduğundan; dava açma yasağı talebinde bulunacak taraf hangi mahkemeden dava açma yasağı talep ediyorsa, o ülkenin usul kurallarını bilip ona göre hareket etmelidir. Usulün *lex fori*ye tabi tutulması; aslında yeryüzünde ne kadar hukuk sistemi varsa, o kadar usul sisteminin olduğu anlamına gelecektir. Elbette bu usul kurallarının birbirine benzemesi ve hatta birbiriyle örtüşmesi de mümkündür. Yine de uygulamada mahkeme kararları ele alındığında, usuldeki farklılıklardan dolayı değişen yaklaşımların ortaya çıktığı gözlemlenmektedir. Çok fazla sayıda kararın burada incelenmesi mümkün olmamakla beraber; örnek olması açısından, dava açma yasağını ele alan bazı mahkeme kararlarındaki ispat yükü dağılımına dair analizlere yer vermekte yarar görüyoruz.

Ecom Agroindustrial Corp Ltd v Mosharaf Composite Textile Mill Ltd davasında ¹⁰⁵ İngiliz mahkemesi; geçerli tahkim şartına rağmen Bangladeş'te dava açan tarafa karşı, dava açma yasağı talep eden davacı *Ecom* şirketinin talebini değerlendirmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede öncelikle, *Bangladeş*'te başlatılan yargılamanın geçerli bir tahkim sözleşmesinin ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir. Bu belirlemeden sonra mahkeme, ispat yükü açısından önemli olan şu hususu sormuştur: Dava açma yasağı tedbir talebini onaylamamak için, güçlü sebepler var mıdır? Diğer bir ifade ile mahkemeye göre; tahkim sözleşmesinin ihlalinin belirlendiği bir davada dava açma yasağını reddetmek için, davalının ret için mahkemeyi ikna etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla öncelikle dava açma yasağı kararı talebinde bulunan taraf; karşı tarafın men edilmesi gerektiğini, zira geçerli bir forum sözleşmesine rağmen davalının bu sözleşmesel forum dışında başka bir forumda dava açtığını veya açacağını ispatlayacaktır. Mahkeme bu iddiayı haklı görürse yani geçerli bir tahkim sözleşmesinin ihlaline kanaat getirirse bu sefer, davalının dava açma yasağının reddi yönünde kanıtlar ileri sürmesi gerekecektir. Aksi halde tahkim sözleşmesinin ihlal edilerek yabancı bir forumda davanın açılması halinde “aksine güçlü sebepler yoksa” mahkemeler, bu yabancı yargılamayı yasaklamaya dönük dava açma yasağı kararlarına “olumlu” cevap verebilecektir¹⁰⁶. Demek ki tahkim sözleşmesinin varlığını ve ihlalini dava açma yasağı talebinde bulunan davacı taraf ispatladıktan sonra, mahkeme bu kez davalının ret için güçlü sebepler ile kanıtlarını değerlendirerek karar verecektir. İspatın kapsamı açısından

¹⁰⁵ 2013] EWHC 1276 (Comm).

¹⁰⁶ Bkz. 1981 tarihli İngiliz Yüksek Mahkemeler Kanunu Bölüm 37(1).

meseleyi aşağıda tekrar ele alacağız fakat davalının ret için ileri sürebileceği çeşitli sebepler vardır ve bunlara da kısaca değinmekte yarar vardır. Örneğin davalının dava açtığı ülke mahkemesinin uygun forum olduğu veya davacının dava açma yasağı için geç kaldığı yönünde iddiaları, güçlü sebepler olarak ikna için genellikle ileri sürülebilmektedir. *Ecom Agroindustrial Corp Ltd v Mosharaf Composite Textile Mill Ltd* davasında ise davalının bu yöndeki iddiaları “güçlü” kabul edilmemiştir ve münhasır yetki şartına (*exclusive forum clause*) rağmen ihlalde bulunarak Bangladeş’te dava açan davalının aleyhine, dava açma yasağı tedbirine hükmedilmiştir.

İngiliz hukukunda daha eski tarihli mahkeme kararlarında da ispat yükü benzer şekilde dağıtılmıştır. *Donohue v. Arnc* davasında¹⁰⁷ mahkeme; taraflarca bir münhasır yetki sözleşmesi yapılması ve sözleşmeye uymamak için güçlü nedenlerin olmadığı durumlarda, tarafların bu sözleşmesel forumda dava açma yükümlülüklerinin olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme bu belirlemeden sonra; kararlaştırılan forumda dava açmamak için güçlü sebepler olduğu hususunun, ihlalde bulunarak başka forumda dava açan tarafça ispatlanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemenin ileri sürdüğü gerekçeden anlaşıldığı üzere; dava açma yasağı talebinde bulunan davacının bir sözleşmesel forum olduğu ve karşı tarafın bu akdi ihlal ettiğini *prima facie* olarak ispatlaması yeterli olacaktır¹⁰⁸. Bu ilk görünüş ispatından sonra davalı; halin tüm şartları da nazara alınarak neden asıl forumdan uzaklaştığını, güçlü ve makul gerekçelerle açıklamalıdır. Davalıdaki ispat yükü, birlikte kararlaştırılan asıl foruma neden gidilmemesi gerektiği hakkındadır ve bu ispat yükü için gösterilecek sebepler “güçlü” olmalıdır¹⁰⁹.

¹⁰⁷ [2002] 1 Lloyd’s Rep.

¹⁰⁸ [2002] 1 Lloyd’s Rep.

“But the general rule is clear: where parties have bound themselves by an exclusive jurisdiction clause, effect should ordinarily be given to that obligation in the absence of strong reasons for departing from it.” (emphasis added) The burden of establishing the “strong reasons” rests firmly on the party in breach of the jurisdiction clause. Immediately after the passage quoted above, Lord Bingham stated: “Whether a party can show strong reasons, sufficient to displace the other party’s *prima facie* entitlement to enforce the contractual bargain, will depend on all the facts and circumstances of the particular case”.

¹⁰⁹ Bazı davalarda; “güçlü sebep” yerine benzer başkaca kavramların da kullanıldığı görülmektedir.

OT Africa Line v. Hijazy & Others davasında; aksine özel durumlar, iyi sebep, güçlü sebep gibi ifadeler aynı ispat yükü için kullanılmaktadır.

OT Africa Line v. Hijazy & Others davasında ([2001] 1 Lloyd’s Rep 76):

“If the English Court is satisfied that there is a valid exclusive jurisdiction clause in favour of the English Court that has been broken by one of the parties to the clause, then the English Court will give effect to it by granting an anti-suit injunction unless “special countervailing factors” or “good reason” or “strong reason” or “strong cause” is shown why the injunction should not be granted”.

Bu kararlarda ispat yükü açısından ileri sürülen prensiplerin; mantıki ve genel prensipler olduğu kanımızca ileri sürülebilir. Bu mantıki yaklaşımın bir sonucu olarak da; herhangi bir ülkede yargılama usulündeki *lex fori* hâkimiyetine ve farklı maddi hukuk kurallarına rağmen, ispat yükü açısından benzer uygulamaların ortaya çıkacağını savunmak yanlış olmayacaktır. Gerçekten de bir mahkemede ister dava açma yasağı ister başka bir talep için dava ikame edilmiş olsun; davacı bu mahkemenin usul kurallarına tabi olacaktır. Ancak davacının, evvela dayandığı uyuşmazlık vakıalarını göstermesi gerekecektir. Bu mantıkidir zira davacının neden dava açtığını belirtmesi kendisinden beklenecektir. Örneğin, bir haksız fiilin meydana geldiğini veya bir sözleşme ihlali olduğunu öncelikle belirtecek ve bunu bir vakıa olarak ileri sürecektir. Dava açma yasağı talep eden tarafın; mahkeme önünde öncelikle davalının münhasır yetki sözleşmesine rağmen farklı forumda dava açtığını göstermesi elbette doğal olarak beklenecektir.

Davada ispat yükünün kimde olacağı ise, asıl sonraki aşamalarda önem kazanacaktır. Bu bakımdan davanın açıldığı andan sona erdiği ana dek ispat yükünün sürekli yer değiştirmesi ve hâkimin, yargılama sürecinde değişik hususların ispatı için farklı taraflara dönmesi gayet doğal ve mantıkidir. Zira ispat yükü kendine düşen taraf bir vakıayı ispatladıktan sonra, artık ispat yükü karşı tarafa geçecektir¹¹⁰. Karşı tarafa geçerek yer değiştiren bu ispat yükü; bağımsız bir ispat faaliyeti olmayıp, ispat yükünü yerine getiren ilk tarafın iddiasını çürütmeye dönük bir faaliyet olacaktır¹¹¹. Bu genel prensipleri dava açma yasağı taleplerine uyguladığımızda, yukarıda mahkeme kararlarında da vurgulanan tablo karşımıza çıkmaktadır. X-Y arasındaki geçerli bir münhasır yetki sözleşmesine (hakemleri veya belirli bir mahkemeyi yetkili kılan) rağmen Y, kendi ülke mahkemesinde dava açarsa; X, münhasır yetkili forumda dava açma yasağı talep ettiğinde tek yapması gereken kural olarak geçerli bir münhasır yetki sözleşmesinin *prima facie* varlığı hakkında mahkemeyi ikna etmesidir. Mahkemenin ikna olması halinde ise; artık ispat yükü karşı tarafa geçecek ve ihlali yaparak yabancı forumda dava açan karşı taraf, neden bu ihlalde

¹¹⁰ Kuru, **a.g.e.**, s. 326; ispat yükünün paylaştırılmasının kesin formüllere bağlanmasının imkansız olduğu konusunda bkz. Vahit Doğan, “Milletlerarası Özel Hukukta İspata Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. S. ARSLAN Armağanı 1998, s. 787-819**, s. 793 vd.

¹¹¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 397; “olumsuz olan ispat olunamaz” kuralı gereği, olumlu olayı iddia eden ispatı yapacağı konusunda bkz. Doğan, **a.g.e.**, s. 793-794.; ispat yükünü taşıyan tarafın, uyuşmazlığa esas teşkil eden vakıayı ispatlayamadığında davayı kaybetmesinin bazı hallerde “adalet düşüncesine uygun düşmeyebileceği” konusunda bkz. Erdönmez, **a.g.e.**, s. 72-73.

bulunduğunu güçlü gerekçelerle ispat yükü altına girecektir. Elbette her ülke, çok daha farklı ispat şartlarını kendi hukuk sisteminde öngörme hakkı haiz olacaktır.

Dava açma yasakları için kanımızca tartışılması gereken başka bir husus daha vardır. Dava açma yasağı talebinde bulunan tarafın, dayanabileceği bir münhasır yetki sözleşmesi yoksa ispat yükü nasıl dağıtılacaktır? Örneğin bir taraf, taraflarla ve uyuşmazlıkla hiçbir bağı olmayan yabancı bir ülkede veya ülkelerde dava açmışsa ve diğer taraf yetkisine tabi olduğu mahkemeden dava açma yasağı talep ederse ne olacaktır? Öğretide de haklı olarak vurgulandığı üzere; münhasır yetki sözleşmesinin varlığının ispat konusundaki temel fonksiyonu, “ispat yükünün yerini değiştirerek ihlalde bulunan tarafa geçirmesidir” (*shifting the burden of proof to party in breach*)¹¹². Bu durumda ispat yükünün yerini değiştirebilecek bir sözleşme gösterilemeyeceğinden; yukarıda detaylıca tartıştığımız davanın yıpratıcı olması gibi şartlar ile beraber, yabancı forumun uygun forum olmadığı da bizzat davacı tarafından ispatlanması gerekecektir. Ancak konumuz açısından çoğunlukla tahkim sözleşmesi veya şartı var olacağından, ispat yükünün yer değiştireceğini ve ihlalde bulunan tarafta kalacağını söylemek kanımızca yanlış olmayacaktır.

Sonuç olarak; dava açma yasağı talebini değerlendirecek her bir mahkeme “usul, *lex fori*ye tabidir” genel kuralı ve hukukundaki ispat yüküne ilişkin maddi hukuk kurallarını da dikkate alarak, ispat yükü ile diğer ispata dair meseleleri çözümleyecektir. Tüm ülkelerin ispat yüküne dair hukuki düzenlemelerini inceleyememekle beraber; bazı mahkeme kararlarına baktığımızda, bu kararlarda dava açma yasağı talebinde ispat yüküne dair genelgeçer ve mantıki bir tablonun çizildiğini söyleyebiliriz. Dava açma yasağı talep edecek kişi, *prima facie* olarak tahkim sözleşmesinin varlığı ile ihlalini ispatlayacak; sonrasında ise davalı, bu talebin neden reddedilmesi gerektiği konusunda güçlü delillerle mahkemeyi ikna etmeye çalışacaktır. Sonrasında ise mahkeme; yapılan tahkim itirazının yerinde olup olmadığını değerlendirip kendi yetkisini takdir ederek, dava açma yasağı talebini kabul veyahut reddedecektir.

¹¹² Wei Yao Kenny Chng, “Breach of Agreement versus Vexatious, Oppressive and Unconscionable Conduct, Clarifying their Relationship in the Law of Anti-suit Injunctions”, **Singapore Academy of Law Journal**, 27 SAclJ (2015), p.340-368, s. 347.

b) Tahkim Yargılamalarında İspat Yüğü ve Usul

i. Genel Olarak

Konumuz açısından; özellikle milletlerarası tahkimde kullanılan, diğer bir ifadeyle bir tahkim sözleşmesi veya şartını konu alan dava açma yasağı talepleri önem arz etmektedir. Tahkim gerekçesiyle; dava açma yasaklarının tahkim yeri mahkemesinden ya da başka bir devlet mahkemesinden talep edilmesi halinde, ispat yükünün nasıl yapılacağını yukarıda detaylıca tartışmış bulunmaktayız. Mahkemeler gibi bağımsız yargılama yapan hakemlerin de geçici hukuki korumalara hükmetme yetkilerinin olduğu, milletlerarası tahkimde genel bir kural olarak kabul edilmektedir¹¹³. Dolayısıyla yetkisini bir devletin anayasasından değil; doğrudan taraf iradelerinden alan hakem heyetinin, taraflara dönük dava açma yasağı dahil çeşitli tedbir kararları vermesi hem mantıki hem de gereklidir. Ancak yukarıda mahkemeler açısından yaptığımız tartışmayı, burada da ele almakta yarar vardır. Tahkimde dava açma hakkını kullanmak isteyen taraf; tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen başka bir forumda dava açan veya açacak olan taraf aleyhine hakem heyetinden dava açma yasağı tedbiri talep ettiğinde, ispat yükü dağılımı nasıl olacaktır?

Hakemlerce değerlendirilecek olan dava açma yasağı taleplerinde ispat yükü dâhil usule ilişkin meseleleri ele alırken, milletlerarası tahkimi yapısal olarak sınıflandırmakta yarar görüyoruz. Zira yapısal olarak tahkimin sınıflandırılmasına göre, tahkim usulü ve doğal olarak da ispat yükü düzenlemesi değişebilmektedir. Milletlerarası tahkim, örgütlenme biçimi nazara alınarak iki grupta sınıflandırılmaktadır. Bunlardan birincisi *ad hoc* tahkim iken; ikinci gruptaki tahkim, kurumsal tahkim (*institutional arbitration*) olarak adlandırılmaktadır. Kurumsal tahkim; belirli bir tahkim kurumunun önceden belirlenmiş kurallarına tabi olarak yürütülen tahkimi ifade etmekte iken, *ad hoc* tahkim kurumsal tahkim dışındaki diğer tahkim yargılamaları şeklinde tanımlanmaktadır¹¹⁴. Tahkimin türüne göre usul

¹¹³ Bkz. aşağıda “Milletlerarası Tahkim Hukukunda Dava Açma Yasakları”.

¹¹⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 4-6; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 616-618; kurumsallığı olmayan *ad hoc* tahkimin, kurumsal tahkime nazaran daha çok esneklik sağladığı hakkında bkz. Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları**, s. 14-15; *ad hoc* tahkiminin en önemli avantajlarından birisinin taraflara sağladığı “maksimum esneklik” olduğu konusunda bkz. Özel, **a.g.e.**, s. 28; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 351; Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 95; avantajlar ve dezavantajlar için bkz. Born, **Cases and Materials**, s. 68-72; aynı yönde bkz. Born, **Commercial Arbitration**, s. 168-171; Redfern/ Hunter / Partasides/ Blackaby, **a.g.e.**, s. 41-53.

kuralları farklılık gösterebileceğinden; karışıklık olmaması için, her bir tahkim türü için ispat yükünü ayrı değerlendirilmek daha doğru olacaktır.

ii. *Ad Hoc* Tahkimde İspat Yükü ve Usul

Ad hoc tahkimi, tarafların kendilerinin belirlediği veyahut atıfta bulundukları belirli kurallara istinaden hakemlerce yürütülen ve bir merkezin kontrolü olmaksızın gerçekleştirilen tahkim biçimidir¹¹⁵. *Ad hoc* tahkim türünde yargılama yapmak isteyenler için Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu¹¹⁶ (“UNCITRAL”) tarafından örnek tahkim kuralları oluşturulmuştur. Bu tahkim kurallarının uygulanabilmesi için, tarafların açıkça bu tahkim kurallarının uygulamasını kararlaştırmaları gerekmektedir. Bu yüzden kuralların ekinde, tarafların rahatlıkla sözleşmelerine yazabilecekleri model tahkim şartı da yer almaktadır. Bu kurallarda; tahkim talebinin nasıl yapılacağından ispat vasıtalarının nasıl değerlendirileceğine kadar birçok usule ilişkin mesele düzenlenmiştir.

UNCITRAL kurallarına tabi *ad hoc* tahkimi kararlaştıran taraflar, usul açısından bu kurallara tabi olmayı kabul etmiş olacaklardır. 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları, 2010 ve 2013 yıllarında değişikliğe uğramıştır. 2013 yılındaki değişik ve güncel haliyle uygulanmakta olan UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 1/f.2’ye göre; aksi belirtilmediği sürece taraflar UNCITRAL Tahkim Kuralları’na atıfta bulunmuşlarsa, kuralların 2013 yılındaki son hali uygulanacaktır¹¹⁷. Hakemlerin genel olarak tedbir kararı verme yetkisi; UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) madde 26’da açıkça yer almaktadır¹¹⁸.

¹¹⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 4-6; Redfern/ Hunter / Partasides/ Blackaby, **a.g.e.**, s. 42-44; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 616-618; Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları**, s. 14-15; Özel, **a.g.e.**, s. 28; Tekinalp/Uyanık, **a.g.e.**, s. 318-319; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 351; Born, **Cases and Materials**, s. 71; Born, **Commercial Arbitration**, s. 171 vd.

¹¹⁶ United Nations Commission on International Trade Law. Çalışmamızda bu komisyon, kısaca “UNCITRAL” olarak adlandırılacaktır. UNCITRAL, BM Genel Kurulu tarafından 17 Aralık 1966 tarihinde (General Assembly resolution 2205 (XXI)) kurulmuştur. UNCITRAL’in temel hedefi; uluslararası ticarete engeller oluşturan ulusal hukuklar arasındaki farklılıkları azaltarak, milletlerarası ticarete yeknesaklığı sağlamak (*harmonization and unification of the law of international trade*) olmuştur. Kuruluş ve amaçlar hakkında detaylı bilgi için bkz. <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html> (Erişim, 29.01.2018).

¹¹⁷ 5.7.2001 ve 24453 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (“MTK”) başta olmak üzere; birçok ülkenin milletlerarası tahkim kanunlarına kaynaklık eden UNCITRAL Model Kanunu ile UNCITRAL Tahkim Kuralları’nı birbiriyle karıştırmamak gerekir. UNCITRAL Tahkim Kuralları’nın amacı *ad hoc* tahkimine başvurmak isteyen tarafların başvurabilecekleri örnek tahkim kuralları oluşturmaktır. Elbette bir devletin ya da tahkim merkezinin kendi tahkim kuralları veya kanununu oluştururken, UNCITRAL Tahkim Kuralları’ndan yararlanması da pekâlâ mümkündür. Aşağıda tedbirlerin tanınması-tenfizi kapsamında UNCITRAL Model Kanunu (2006) hükümleri detaylıca incelenecektir.

¹¹⁸ Article 26/p.1:

“The arbitral tribunal may, at the request of a party, grant interim measures.”

UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) madde 17/f.1'e göre, hakem heyeti "uygun gördüğü usulde" yargılama faaliyetini sürdürecektir ve "gereksiz gecikme ile masrafin artmasını önleyecek şekilde etkin bir yargılama" yapmaya gayret edecektir. Tarafların farklı usul öngörmelerinde, taraf serbestisi gereği sakınca yoktur. Gerek taraf iradesiyle şekillenmiş usule, gerek madde 17'ye göre hakemlerce takdir edilen usule uyulması çok önemlidir zira bu usullere aykırılık 4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu¹¹⁹ ("MTK") madde 15/A.(f.1) ve NYS (1958) madde V/1-d hükümlerinde hakem kararının iptali sebebi olarak düzenlenmiştir. Hakemlerin uygun gördükleri usulde ve belirli sınırlar içerisinde yargılama yapabilme yetkileri, ispat yükü ile hangi kanıtların kabul edilip edilmeyeceği gibi hususları da doğal olarak içermektedir. Ancak ispat yüküne dair getirdiği açık düzenleme dolayısıyla, UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) ayrı bir değerlendirmeyi hak etmektedir.

UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) madde 27/f.1'e göre; taraflardan her biri, talep veya savunmasının desteklenmesi için dayandığı olguları ispat etme yükü altındadır¹²⁰. Bu kural kanımızca genel ispat mantığına uygun olduğu gibi; "kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa" ispat yükü getiren Türk hukukundaki HMK düzenlemesiyle de uyumludur. Ayrıca madde 27/f.4'te hakem heyetinin; önerilen delillerin kabul edilip edilmeyeceği, uygunluğu, maddi niteliği ve ağırlığı hakkında da karar verebileceği vurgulanmıştır. İspat düzenlemesi bu olmakla beraber taraflar değişik ispat usulleri kararlaştırarak, madde 27'deki düzenlemeyi devre dışı bırakabilirler. Ancak özetle taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece; tarafların her biri, talep veya savunmasının desteklenmesi için dayandığı olguları ispat etmek yükü altında olacak ve seçilen bu kural *ad hoc* tahkimindeki dava açma yasağı taleplerinde de hakemlerce uygulanacaktır.

Önemle belirtelim ki kurumsal tahkimde hakem heyetinin oluşturulmasından önce bile tedbir kararı alma olanağı sağlayan acil durum hakemi (*emergency arbitrator*) düzenlemesi, UNCITRAL tahkiminde ya da genel olarak *ad hoc* tahkiminde yoktur. Kanımızca bunda şaşılacak bir durum yoktur zira mantiken herhangi bir kuruma bağlı olmayan *ad hoc* tahkiminde; tarafların henüz hakem veya hakemleri seçmemiş oldukları ilk aşamada, acil durum hakemini atayabilecek bir kurum veya sekreteryası yoktur. Dolayısıyla *ad hoc* tahkimine başvuran tarafların,

¹¹⁹ Kabul Tarihi: 21.6.2001, R. G. Tarih: 5.7.2001, Sayı: 24453.

¹²⁰ Article 27/p.1:

"Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support its claim or defence."

hakem heyetini bir an önce oluşturma veya çok acil bir koruma gerekliyse tahkim yeri mahkemesine başvurmadan başka şansları olmayacaktır. Bu istisnai durum dışında UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013)'e tabi bir *ad hoc* tahkiminde; taraflardan biri tahkime başvurmak yerine devlet mahkemesinde dava açtığında diğer taraf, madde 26/f.1 sayesinde ihlalde bulunan taraf aleyhine dava açma yasağı tedbiri ile başkaca önlemlerin alınmasını *ad hoc* hakem heyetinden talep edebilecektir. Bu halde ispat yükü dağılımı ve ispat usulü; aksi belirtilmediği sürece, madde 27 uyarınca hakemlerce çözümlenecektir.

UNCITRAL tahkim kurallarına tabi yürütülmüş bir hakem kararının¹²¹ iptalini konu alan *Republic of Ecuador v. Occidental Exploration* davasında¹²² İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi, iptal talebini reddetmiş ve hakem heyetinin taraflardan birini yerel mahkeme yargılamasından men etmesinin “yetki aşımı olmadığını” belirtmiştir. Diğer bir ifade ile mahkeme açıkça *ad hoc* tahkiminde; hakemlerin dava açma yasağı verme yetkisini kabul ettiği gibi, bu yönde verilen kararların yetki aşımına yol açmayacağını da belirtmiştir. İspat yüküne baktığımızda ise; hakem heyetinin, iddiada bulunan taraftan dava açma yasağını gerekçelendirmesini beklediğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla dava açma yasağı isteyen taraf; geçerli UNCITRAL tahkim şartına rağmen, davalının başka forumda dava açtığını ispatlamalıdır. Bu iddiaya karşı bu kez; davalının meşru gerekçelerle davranışını savunarak, dava açma yasağı talebini reddettirmesi de mümkündür. Her ne kadar *ad hoc* tahkimde acil durum hakemi yok ise de belirtelim ki; hakem veya hakem heyetinin belli olup da henüz yetkisine karar vermediği hallerde de, dava açma yasağı tedbirinin verilebileceği kabul edilmektedir¹²³.

Bilindiği üzere *ad hoc* tahkiminin UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013)'e göre yürütülmesi şart değildir. Taraflar; herhangi bir tahkim kurumun kurallarına ve UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013)'e bağlı olmaksızın, ispat dâhil tüm tahkim kurallarını kendileri oluşturabilirler. Uyuşmazlık sonrası bu tür bir anlaşma kanımızca zor olmakla beraber; eğer taraflar ispat yüküne dair düzenlemeyi de belirlemişlerse, hakem heyeti artık bu belirlenmiş usule göre ispat yükü ile ispat vasıtalarını değerlendirecektir. Daha karmaşık bir durum ise; tarafların sadece ortak

¹²¹ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11.

¹²² *Republic of Ecuador v. Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company*, [2006] EWHC 345 (Comm); High Court of Justice, Queen's Bench Division Commercial Court.

¹²³ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 258-259.

tahkim iradelerini açıkça belirtmekle yetinmesi, gerek bir tahkim kurumu gerek UNCITRAL tahkim kurallarına hiçbir atıfta bulunmamaları halidir. Bu tür problemler *ad hoc* tahkim durumlarında, başvuru mahkeme ülkesinin milletlerarası tahkim kanununa ve ilgili milletlerarası sözleşmelere¹²⁴ bakılarak usul problemlerine çözüm aranacaktır. Örneğin MTK madde 2 anlamında “yabancılık” unsuru içeren fakat UNCITRAL tahkim kurallarına atıfta bulunmayan ve sadece tahkim iradesinin anlaşıldığı Türkiye’deki bir *ad hoc* tahkimde, usule ilişkin bu eksiklikler MTK madde 8/A kapsamında çözülebilecektir. Bu maddeye göre; tahkim yargılamasının dili, hakem sayısı, delil ikamesi gibi tüm usule dair meseleler taraflar belirleme yapmadıklarında MTK hükümleri uygulanarak çözümlenecektir. Eğer ortak tahkim iradesinde tahkim yeri de belirlenmiş ise, tahkim yeri mahkemesinden eksik usullerin tamamlattırılması için yardım istenmesi daha kolay ve uygun olacaktır. Tahkim yeri mahkemesi de kendi milletlerarası tahkim kanunu ile usul kurallarını uygulamak suretiyle; eksiklikleri tamamlayacak, sonrasında ise belirlenen hakem heyeti ispat dâhil tahkim usulünü belirleyecektir. Böylece ispat yükü dâhil eksik kalan usuller *ad hoc* tahkiminde çözüme kavuşturulacaktır.

iii. Kurumsal Tahkimde İspat Yükü ve Usul

Kurumsal tahkim, belirli bir tahkim kurumunun önceden belirlenmiş kurallarına tabi olarak yürütülen tahkimi ifade eder¹²⁵. Bu tahkim türünde sekretarya,

¹²⁴ Cenevre’de yapılan ve 7 Ocak 1964 tarihinde yürürlüğe giren 1961 tarihli BM Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında Avrupa Sözleşmesi (*European Convention on International Arbitration of 21 April 1961, done at Geneva, United Nations*) taraf devletler ve hakemler için yol gösterici niteliktedir. Bu sözleşme çalışmamız boyunca kısaca “Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961)” olarak anılacaktır. Bu Sözleşme, yerleşim yerleri veya kuruluş yerleri (*seat of the establishment*) iki ayrı taraf ülkede olan kişiler arasındaki tahkim sözleşmelerine uygulanmakta ve NYS (1958)’in aksine, tanıma-tenfiz öncesiyle diğer bir ifadeyle tahkim yargılamasının başlayıp sonlandığı ana kadarki süreci düzenlemektedir. Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961) bazı konularda; örneğin tarafların tahkim iradesinin açıkça anlaşıldığı fakat tahkim usulünün eksik bırakıldığı durumlarda, taraflara yol gösteren önemli bir düzenlemedir. Madde I/f.2(b) gereği Sözleşme, hem kurumsal tahkime hem de *ad hoc* tahkime uygulanmaktadır. Madde IV/f.1(b)-iii’ye göre taraflar, *ad hoc* tahkiminde hakemlerin takip edeceği usulü serbestçe kararlaştırabilirler. Eğer tahkim usulü taraflarca kararlaştırılmamışsa; madde IV/f.3 uyarınca, tahkim usulüne dair gerekli adımlar hâlihazırda belirlenmiş olan hakemlerce atılacaktır. Hakem seçimindeki eksikliğin ise, madde IV/f.2 kapsamında giderileceğini belirtmek gerekir. Görüldüğü üzere aşağıda detaylıca ele alınacak olan Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961); *ad hoc* tahkiminde özellikle oldukça yardımcı ve yol gösterici bir konumdadır. Sözleşme metni için bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1964/01/19640107%2002-01%20AM/Ch_XXII_02p.pdf (Erişim, 29.01.2018).

¹²⁵ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 353-360; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 4-6; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 617 vd.; herhangi bir kurumsal yapısı olmayan *ad hoc* tahkimin, kurumsal tahkime nazaran daha çok esneklik sağlamakla birlikte, kurum ile sekretaryasının tahkimin her aşamasında destek olarak tahkimin sorunsuz işlenmesini sağladığı hususunda bkz. Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları**, s. 14-15; kurumların tahkim dışında hizmetler de verebileceği ve kurumsal tahkimin en önemli avantajlarından birisinin kurumun isminin uyandırdığı prestij olduğu

listelenmiş hakemler gibi bir düzen söz konusu olduğundan; tüm tahkim yargılamalarında ispat yükü ve diğer tüm usule dair meselelerin çözümünün *ad hoc* tahkime nazaran daha kolay olduğunu söyleyebiliriz. Kurumsal tahkimi kararlaştırmış olan taraflardan biri; tahkim yargılaması esnasında veya öncesinde dava açma yasağı ya da başka bir geçici hukuki koruma talep ettiğinde, nasıl bir usulde ilerleneceği bellidir. Zira tahkim kurumunun önceden belirlenmiş kurallarında bu hususlar düzenlendiği gibi, eksiklik halinde yardımcı olacak birimler ile mevcut uygulamalar söz konusudur. Çok sayıda tahkim kurumu olduğundan, çalışmamızın bu kısmında ispat açısından tüm kurumların tahkim kurallarını incelemek elbette mümkün değildir. Ancak ister dava açma yasağı talebi olsun ister başka bir tedbir talebi olsun kurumsal tahkimi kararlaştıran tarafların, kendi belirledikleri bir tahkim kurumunun ispat kurallarını önceden bilmelerinde büyük yarar olacaktır. Zira en nihayetinde; tahkim yargılaması sonucunda, bu önceden sınırları çizilen esaslar çerçevesinde ispat yükünü yerine getiren ve hakemleri ikna eden taraf lehine hakem kararı verilecektir.

Günümüzde en çok kullanılan kurumsal tahkim türlerinden biri olarak, Milletlerarası Ticaret Odası¹²⁶ (*International Chamber of Commerce*, kısaca “MTO” veya “ICC”) Tahkimi örnek verilebilir. ICC Tahkim Kuralları’na tabi bir tahkim yargılaması için, bu kuralların neler getirdiğine bakmak tarafların menfaatinedir. 1 Mart 2017 tarihinden itibaren; 2017 değişiklikleriyle beraber uygulanmakta olan en güncel ICC Tahkim Kuralları’nda, ispat yükü ile alakalı detaylı düzenlemeye doğrudan rastlanmamaktadır. Aslında bu durum doğaldır zira taraf serbestisi ve hakemlere tanınan usule dair geniş takdir yetkisi milletlerarası tahkimde kabul edilmişken, bu tür konularda ayrıca detaylı düzenleme yapmak gereksiz olacaktır. Ancak yukarıda tartıştığımız üzere, UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) madde 27/f.1’de ispat yüküne ilişkin düzenlemeye yer verilmiş olması aslında *ad hoc* tahkiminin niteliğinden kaynaklanan kullanışlı bir düzenlemedir. Zira ortada bir

konusunda bkz. Özel, **a.g.e.**, s. 29-30; Born, **Cases and Materials**, s. 70-71; aynı yönde bkz. Born, **Commercial Arbitration**, s. 169-170; Redfern/ Hunter / Partasides/ Blackaby, **a.g.e.**, s. 41-53.

¹²⁶ İngilizce ve bilinen adıyla *International Chamber of Commerce* (ICC); kökenleri 1919 yılına dayanan, milletlerarası tahkimde ve ticarete önemli yer edinmiş bir kurumdur. Milletlerarası ticaretin kurallarının yine özel sektör tarafından belirlenmesi gerektiğinden yola çıkan ICC, 1. Dünya Savaşı sonrasında kurulmuş ve birçok düzenlemeyi milletlerarası özel hukuka kazandırmıştır. Çalışmamızda LCIA, SCC, ICSID, ISTAC gibi orijinal kısaltmaları kullandığımızdan, bu çalışmamızda yeknesaklık amacıyla bu kurumdan kısaca “ICC” olarak bahsedeceğiz. Tarihçe ve detaylı bilgi için bkz. <https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/history/> (Erişim, 29.01.2018).

kurum olmadığından; bu hususların yine de yer alması, bu kurallara atıfta bulunacak kişiler açısından ciddi kolaylık sağlamaktadır.

Oysaki ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 19’da genel olarak tahkim usulüne uygulanacak kurallarının nasıl tespit edileceği basamak halinde açıklanmış; madde 25’te ise, vakıalara dair bazı usuller düzenlenerek ayrıca ispat yüküne dair detaylı düzenlemeye gerek görülmemiştir. Günümüzde tahkim kuralları, hakemlere delillerin türü ve değerlendirilmeleri hususunda oldukça geniş yetkiler tanımakta ve delillerin sunulması ile değerlendirilmesinin şekli konularında çok az sınırlama getirmektedirler¹²⁷. Birçok tahkim kurumu; ispat yükü ve standardına dair detaylı düzenleme getirmek yerine, hakemlerin takdiri ve taraf serbestisine vurgu yapmakla yetinmektedir¹²⁸. Örneğin ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 25/f.1’de hakemlerin mümkün olan en kısa sürede uygun olan her türlü vasıta ile uyuşmazlığı çözeceği hükme bağlanmıştır. “Uygun olan her türlü vasıta” (*by all appropriate means*) ibaresi, hakemlere oldukça geniş serbesti tanıyan bir kavramdır. Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi’nin¹²⁹ (“LCIA”) 2014 tarihli güncel tahkim kurallarının 14.5 numaralı maddesinde açıkça; tahkim yargılamasının yürütülmesi hususunda, hakemlere azami takdir yetkisi (*widest discretion*) verildiği vurgulanmaktadır¹³⁰. 26 Ekim 2015 tarihinde yürürlüğe giren İstanbul Tahkim Merkezi¹³¹ (*Istanbul Arbitration Center*, “ISTAC”) Tahkim Kuralları madde 22’de yargılamada uyulacak usul kurallarının nasıl tespit edileceği düzenlenmiştir. Buna göre hakemler; tahkim yargılamasını öncelikle ISTAC Tahkim Kuralları uyarınca yürütecektir ancak hüküm bulunmayan hallerde, taraflarca kararlaştırılacak usul

¹²⁷ Konstantin Pilkov, “Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation”, **Arbitration Volume 80 No.2, Chartered Institute of Arbitrators 2014, s. 147-156, s. 147.**

¹²⁸ Abhinav Bhushan, “Standard and Burden of Proof in International Commercial Arbitration: Is there a Bright Line Rule?”, **The American Review of International Arbitration, 25 Am. Rev. Int’l Arb. (2014), pp. 601-611, s. 602.**

¹²⁹ *The London Court of International Arbitration*. LCIA kurma çalışmaları, milletlerarası ticari uyuşmazlıkları çözmek amacıyla 1883 yılında başlamıştır. “The City of London Chamber of Arbitration” olarak bilinen kurum, 1981 yılında kuruluş amacına da uygun şekilde The London Court of International Arbitration adını almıştır. Tarihçe, amaç ve diğer bilgiler için bkz. <http://www.lcia.org/lcia/history.aspx> (Erişim, 29.01.2018).

¹³⁰ Bu ifadeden hakemlerin, hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadığı anlaşılmamalıdır. Zira hakemlerin taraflarca belirlenmiş veya tahkim yeri hukukundaki emredici usul kurallarına uymaması, tahkim yerinde ileride açılabilir iptal davasında iptal sebebi olabilmektedir.

¹³¹ İstanbul Tahkim Merkezi (“ISTAC”); 20.11.2014 tarihli ve 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kanunu’nun, 29.11.2014 tarihli ve 29190 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle kurulmuştur. ISTAC, Milli ve Milletlerarası Tahkim Divanları ile Sekreteryâ’dan oluşmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. <https://istac.org.tr/hakkimizda/> (Erişim, 29.01.2018); İstanbul’da bir tahkim merkezinin kurulması gerektiği ve bunun milletlerarası tahkim için oldukça verimli olacağı konusunda bkz. **Milletlerarası Tahkimde Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Sempozyum Bildiriler – Tartışmalar 11 Nisan 1997, 43. Yıl, (1954-1997)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1997, s. 222-223.

kuralları uygulanacaktır. Taraflar arasında bu konuda bir anlaşma bulunmadığı takdirde, hakem veya hakem kurulu tarafından belirlenen kurallar uygulama alanı bulacaktır. İspata dair düzenleme ise ISTAC Tahkim Kuralları madde 29’da yer almaktadır. “Tahkikat ve Deliller” başlıklı bu düzenlemeye göre; hakem veya hakem kurulu davanın dayanağı olan vakıaları tespit edebilmek için “uygun bulduğu tüm yöntemleri” kullanabilecektir. Görüldüğü üzere ISTAC Tahkim Kuralları’ndaki bu düzenleme, ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 25/f.1 ile örtüşmektedir. Uluslararası Barolar Birliği¹³² (*International Bar Association*, “IBA”) Uluslararası Tahkimde Delillerin İkametine İlişkin Kurallar¹³³ madde 9/f.1’de de; delillerin toplanması, zayıf delilin reddi, ispat yükü dağılımı ve kanıtın gücü gibi usul sorunları hakem heyetinin takdirine bırakılmıştır. Hakemlerin “uygun gördükleri” şekilde yargılamayı yürütmesi fakat yine de taraflarca yargılamanın şekillendirilebilmesi kuralları, tahkime hâkim olan esneklik (*flexibility*) ve taraf serbestîsi (*party autonomy*) prensiplerinin bir sonucudur¹³⁴.

Sonuç olarak UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013)’ün aksine; kurumsal tahkim kurallarında ispatın nasıl yapılacağına ve ispat yükü dağılımına dair detaylı bir düzenleme yapmak yerine, genel olarak usulü belirleme noktasında tarafların ve hakemlerin geniş takdir yetkilerine vurgu yapılmıştır. Bu nedenle taraflardan biri; örneğin bir ICC hakem heyetinden dava açma yasağı talep ettiğinde heyet, ispat yükünü uygun gördüğü şekilde dağıtacak ve ispat için ileri sürülen belge ile hususları serbestçe değerlendirerek bir kanaate varacaktır. Örneğin hakem heyeti bu serbestinin bir sonucu olarak; belirli bir kurala bağlanmak yerine, tahkim sözleşmesini ihlal ettiği ileri sürülen diğer tarafı dinlemek üzere çağırabilir veya böyle bir ihlalde bulunup bulunmadığı konusunda kendisinden açıklama isteyebilir veya tarafı ikna etmek suretiyle bu davranışından vazgeçirmeye de çalışabilir. Zira aksini taraflar kararlaştırmadıkları sürece, hakemlerin yargılamayı esnekçe ve uygun gördükleri şekilde yürütmelerine engel yoktur.

¹³² *The International Bar Association* (“IBA”), 1947 yılında kurulan ve milletlerearsı tahkim alanında da önemli kurallar geliştiren bir kurumdur. Detalı bilgi için bkz. <https://www.ibanet.org/> (Erişim, 29.01.2018).

¹³³ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (adopted by a resolution of the IBA Council 29 May 2010).

¹³⁴ Bhushan, **a.g.e.**, s. 603.

c) Ölçüsü

Öğretide vurgulandığı üzere; her ne kadar milletlerarası tahkimde genel bir kural olarak; “iddiada bulunan” tarafın ispat yükü altında olması hususu kabul edilmiş ise de, bu ispatın ölçütü (*standard of proof*) hakkında bir netlik yoktur¹³⁵. Diğer bir ifade ile milletlerarası tahkimde ilk görünüş ispatı, tam ispat, yaklaşık ispat gibi genel bir ispat ölçüsü yoktur. Dolayısıyla cevaplanması gereken soru şudur: İspat hususunda; mahkemeden veya hakem heyetinden dava açma yasağı talep eden taraf, ne zaman ispat yükünü yerine getirmiş sayılacaktır?

Tahkim uygulamasında; yaklaşık olarak iddianın doğru olması (*seem likely to be true*) görüşü ile daha yüksek bir standart olarak makul şüphenin de ötesinde bir doğruluk arayan görüş (*likely to be true beyond reasonable doubt*) arasında gidip geldiği belirtilmektedir¹³⁶. Ancak bu ikinci ispat ölçütünün ağır olduğu ve hakemlerin geniş takdir yetkisinin tanındığı milletlerarası tahkimde bu ölçütün kullanışlı olmayacağı görüşündeyiz. Dolayısıyla bu tür ağır ispat ölçütü, dava açma yasağı taleplerinde de uygulanmamalıdır. Dava açma yasağı talebinde bulunan taraf; *prima facie* olarak bile davalının tahkim sözleşmesini ihlal ettiğini göstermişse, hakemlerce bu kanıt yeterli sayılmalıdır¹³⁷. Makul şüphenin ötesinde bir doğruluk payı arayan yüksek standart ise ancak, cezai bazı sorumlulukları da içeren (rüşvet, hile, vb.) uyuşmazlıklarda uygulanabilecek istisnai bir standart olarak kalmalıdır¹³⁸. Kanımızca hakemlere tanınan geniş serbesti dolayısıyla aynı uyuşmazlıkta hakem heyeti; bir iddia için *prima facie* kanıtı yeterli görürken, başka bir iddia için çok daha ağır bir ispat yükü getirebilir. Bunda bir çelişki olmadığı gibi; iddianın ciddiyetine göre, hakemlerin benzer uyuşmazlıklarda farklı ispat ölçüt ve şekillerine esnek şekilde başvurması doğaldır.

Bir Türk mahkemesinden ihtiyati tedbir veya başka bir geçici hukuki koruma önlemi talep edildiğinde; mahkeme, kendi usul hukuku çerçevesinde yaklaşık ispat ya da tam ispat şartının yerine getirilmesini isteyebilecektir¹³⁹. Ancak

¹³⁵ **Ibid.**, s. 605

¹³⁶ Bhushan, **a.g.e.**, s. 606.

¹³⁷ Benzer yönde bkz. *Donohue v. Arnco*, [2002] 1 Lloyd's Rep.

¹³⁸ *Oil Field of Texas Inc v. The Government of the Islamic Republic of Iran & National Iranian Oil Company*, 1 IRAN-U.S. C.T.R., at 347 et seq. Bu davada rüşvet iddiası için ikinci ispat standardı istenmiş, *prima facie* ispat ve de makul şüphe ile yetinilmemiştir.

¹³⁹ Tam ispat; “hâkimde bir olayın gerçekleştiğine dair kanaat sağlamak amacıyla yapılan ispat” olarak tanımlanırken yaklaşık ispat, “iddia edilen olayın doğru olma ihtimalinin doğru olmama ihtimaline göre ağır basması” olarak tanımlanmaktadır. Yaklaşık ispatın en çok uygulama alanı bulunduğu alanlardan birisinin de geçici hukuki himaye tedbirler olduğu haklı şekilde

belirttiğimiz üzere milletlerarası tahkimde geçici hukuki koruma taleplerinde tam ispatın aranması; hem milletlerarası ticaretteki muhtemel hak kayıplarının acilen önlenmesi ihtiyacına hem de tedbirlerin niteliğine uygun düşmeyeceğinden, Türk hukukunda ihtiyati tedbirler konusunda HMK madde 390/f.3 gereği açıkça “yaklaşık ispat” esasının kabulü¹⁴⁰ yerinde bir düzenleme olmuştur. Yargıtay kararları da bu hususa vurgu yapmakta ve yaklaşık ispatı, yeterli kabul etmektedirler¹⁴¹. Ortaya çıkması “muhtemel” olan bir konuda dahi yaklaşık ispat şartıyla tedbir verilebilmesi imkânı; hızlı olmayı, pratikliği ve esnekliği gerektiren milletlerarası tahkim rejimi ile de uyumludur. Bu nedenle kanımızca yaklaşık ispat şartı; sadece ihtiyati tedbirler için değil, farklı geçici hukuki koruma türlerinin milletlerarası tahkimde talep edilmesinde de uygulanabilecek şekilde düzenlenmelidir. *Ad hoc* veya kurumsal tahkimde hakemlerce; ispat yükü, ölçüsü, kapsamı esnekçe belirlenmekteyken, tahkime müdahalede bulunacak devlet mahkemelerinin henüz hakem heyetinin kurulmadığı aşamalarda veya üçüncü kişileri de kapsayan tedbir talebi vermesi gerektiği hallerde tam ispat gibi ağır ispat şartlarını öngörmeleri elbette doğru olmayacaktır.

d) Kapsamı

Dava açma yasağı kararının verilebilmesi için gerekli olan şartlara yukarıda değindik. Buna göre dava açma yasağı kararı alabilmek için; aşırı gecikme (*undue delay*) olmamalı, men edilecek dava oldukça ilerlememiş olmalı, tedbir adil ve uygun (*just and convenient*) olmalıdır. Ayrıca yukarıda ele alınan kararlarda sıklıkla

vurgulanmaktadır. Konuya ilişkin detaylı bir çalışma için bkz. Ahmet Başözen, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 653-694 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, s. 656 vd.

¹⁴⁰ HMK madde 390/f.3:

“Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır.”

¹⁴¹ T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2014/14-1587 K. 2016/822 T. 22.6.2016:

“...Geçici hukuki korumalardan olan ihtiyati tedbire karar verilebilmesi için ihtiyati tedbire esas olan bir hakkın bulunması ve ihtiyati tedbirin bir sebebinin mevcut olması gerekir. Yargılama sırasında mevcut durumun değişmesi halinde hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması, hakkın elde edilmesinin tamamen imkânsız hale gelmesi, gecikme sebebinin bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğması tehlikesi söz konusu olan hallerde ihtiyati tedbir sebebi var kabul edilmelidir. Görüldüğü üzere kanun koyucu bu konuda hâkime oldukça geniş bir takdir alanı bırakmıştır. Ancak ihtiyati tedbire karar verilmesi için mutlaka bir tehlikenin veya zararın doğmuş olması veya halen var olması da aranmaz. Dava konusu hak veya şey bakımından ortaya çıkacak tehlike ve zararın önlenmesi için de her türlü tedbire karar verilebilir. İhtiyati tedbir talep eden taraf, tedbire esas olan hakkını, ihtiyati tedbir sebep veya sebeplerini keza davanın esası yönünden de haklılığını ispat etmelidir. Ancak burada tam ispat aranmayıp yaklaşık ispatla yetinilecektir. (HMK m.390/3) Yani ispatı gereken hususların tam olarak değil kuvvetle muhtemel gösterilmesi yeterlidir...”

vurgulandığı üzere; yasaklanacak davanın sırf zarar verme ve yıpratma amacıyla açılmış olması (*vexatious and oppressive foreign litigation*) da gerektiği gibi, davalı tarafça talebin reddi için uygun ve güçlü bir sebep gösterilememiş olmalıdır. Kanımızca dava açma yasağı kararı almak için gerekli olan bu şartlar, aynı zamanda ispatın kapsamını da belirlemektedir. Diğer bir ifadeyle bir iddiada bulunan veya hakemlerce ispatla yükümlendirilen taraf; bu hususların varlığını veyahut duruma göre yokluğunu ispatlayarak, dava açma yasağının kabulü veya reddini sağlayacaktır.

Bu durumda tartışılması gereken hususlardan biri de; ispatın kapsamını da oluşturan bu temel şartların, re'sen mi yoksa sadece taraflarca mı ispatlanacağıdır. Bu soruya kanımızca kesin cevap vermek zordur zira mahkeme yargılamasından farklı olarak; tarafların açıkça bu sorunu da çözümleyecek şekilde detaylı usul kuralları öngörmedikleri varsayımında, hakem heyetinin yargılama usulünü serbestçe belirleme yetkisi vardır. Taraf serbestisinin daha baskın olduğu *ad hoc* tahkimi açısından bile, hakemlerin usule olan hâkimiyetini açıkça görmek mümkündür. Zira UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) madde 27/f.1'e göre taraflardan her biri dayandığı olguları ispat etmek yükü altında olmasına rağmen; diğer hükümlerde hakem heyetinin önerilen delillerin kabul edilip edilmeyeceği, uygunluğu, maddi niteliği ve değeri hakkında takdir yetkisi oldukça geniş bir biçimde düzenlenmiştir. Kurumsal tahkim kurallarının çoğunda; yukarıda da tartışıldığı üzere aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece, ispatın kapsamı ve şekli de dâhil olmak üzere yargılama usulü hakemlerin takdirine bırakılmaktadır. Bu prensipler nazara alındığında, ispat edilecek hususların hakemler tarafından re'sen mi yoksa taraflarca mı yapılacağı konusunda genel ve kesin bir kurala ulaşmak zordur.

Tahkimdeki bu özel düzenlemeler, mahkeme yargılamasından farklı sonuçlara yol açmaktadır. Zira devletlerin yargılama usulüne ilişkin kuralları, kanuni bir düzenlemeyle sabittir. Örneğin; Türk hukukunda kamu düzenini ilgilendiren davalar hariç, taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir¹⁴². HMK madde 25 gereği, taraflarca öne sürülmeyen bir hususu hâkim kendiliğinden değerlendiremeyeceği gibi bu hususu

¹⁴² Re'sen (kendiliğinden) araştırma ilkesi, taraflarca getirilme ilkesinin karşısında yer alan bir ilkedir. Re'sen araştırma ilkesi, daha çok kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklarda karşımıza çıkmaktadır. Bu ilkeye göre; "hâkim, tarafların yargılamaya getirdiği dava malzemesinin yanında, getirmediği dava malzemesini de dikkate almak zorundadır." Öğretide bu ilkenin geçerli olduğu medeni hukuk davalarına örnek olarak boşanma, babalık davası gibi davalar gösterilmektedir. Bu iki ilke hakkında detaylı bilgi için bkz. Seda Özmumcu, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı*, 145-171, s. 146 vd.; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, *a.g.e.*, s. 223; Re'sen (kendiliğinden) araştırma ilkesinin, taraflarca getirilme ilkesinin bir istisnası olduğu hakkında bkz. Kuru, *a.g.e.*, s. 299 vd.

hatırlatacak davranışlarda dahi bulunamayacaktır¹⁴³. Oysaki tahkimde; egemen bir güce dayanan ve herkese uygulanan kanuni düzenlemeler yerine, bazen doğrudan taraf iradeleriyle ancak çoğu zaman taraf iradelerinin yetkilendirdiği hakemlerce yargılama usulü davaya göre belirlenmektedir. Bu farklılığın pratikte yarattığı esnekliğe ve hakem kararlarındaki yansımalarına, aşağıda tartışacağımız üzere, genellikle rastlamaktayız. Bir örnekle bu farklılığı açıklamak gerekirse: Dava açma yasağı talebinde bulunan taraf; geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen karşı tarafın bu uzlaşılan forumu ihlal ettiğini ya da edeceğini *prima facie* göstermekle yetinebilir. Buna ek olarak talepte bulunan kişi, açılan davanın yıpratıcı olduğu vs. gibi hususları da isterse ispatlayabilir ancak ispat etmek zorunda değildir. Zira geçerli bir tahkim sözleşmesine kanaat getiren hakemler; ihlalde bulunan tarafı, başka forumda dava açılmasının meşru sebebi olmadığına ikna olarak paralel yargılamadan men edebilirler. Ancak geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı ve yabancı davanın zarar verme amacıyla açıldığı davacı tarafça ispatlansa bile hakem heyeti; davalı ileri sürmese bile, re'sen yapacağı bir değerlendirme ile “yabancı davanın oldukça ilerlemiş olması” veya “davacının tedbir talebine başvurmakta oldukça geciktiği” gerekçelerine dayanarak talebi reddedebilecektir. Mahkemenin aksine; hakemlerin hangi konuda re'sen hareket edeceklerini öngörmek kanımızca mümkün olmadığı gibi, böyle bir kesinlik de tahkimin esnek yapısına uygun olmayacaktır.

Dava açma yasağının bir mahkemeden mi yoksa hakemlerden mi talep edildiği olgusu, ispatın usulü kadar kapsamını da etkileyecektir. 2016 tarihli ve dava açma yasağını konu alan *ADM Asia-Pacific Trading PTE Ltd v PT Budi Semesta Satria* davasında¹⁴⁴ İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi, aşırı gecikme (*undue delay*) sebebiyle dava açma yasağı talebini reddetmiştir. Mahkeme yukarıda incelediğimiz kararlarla uyumlu şekilde; tahkim sözleşmesinin ihlali halinde dava açma yasağı taleplerinin, “yabancı mahkemedeki yargılamanın sonucu beklenmeksizin ve derhal”

¹⁴³ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 223; Özümücü, **a.g.e.**, s. 150-151.

¹⁴⁴ *ADM Asia-Pacific Trading PTE Ltd v PT Budi Semesta Satria* [2016] EWHC 1427, 2016 WL 03.268.502:

“ADM did not apply for an anti-suit injunction with appropriate despatch, *but actively engaged with the Indonesian proceedings (both as to jurisdiction and substance) for more than a year*. In those circumstances both general discretionary considerations and the needs of comity lead me to refuse the application”.

Dava öncesi tarafların hangi tarihte ne tür işlemlerde bulunmasına ilişkin detaylı tablo ve dava açma yasağının kabulü için “erken” ya da zamanında başvuru yapmanın ne kadar önemli olduğunun altını çizen bir analiz için bkz. “Do Not Delay! The Early Bird Catches the Anti-Suit Injunction”,

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2ef0623c-8c49-4cc1-9366-13f252ba9d98>

(Erişim, 26.03.2017).

yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Eğer İngiliz hukukunda taraflarca getirilme ilkesi varsa mahkeme, aşırı gecikmeyi ancak aleyhine dava açma yasağı talep edilen kişi ileri sürmüşse nazara alabilecektir. Zira usulün *lex fori*ye tabi tutulmasının doğal sonucu olarak mahkeme, ispatlanacak hususlar ve ispat yükü ile yöntemi dâhil tüm konularda kendi usul kurallarını uygulayacaktır. Diğer yandan eğer gecikme hususu; mahkemece re'sen dikkate alınabilecek bir husus ise, aleyhine dava açma yasağı talep edilen davalı ileri sürmezse de talep davacı aleyhine reddedilebilecektir. Oysaki dava açma yasağı tedbirinin benzer şartlarla Türk mahkemelerinden istenebildiğini bir an için kabul etsek bile; mevcut sistemde HMK madde 25 gereği, taraflarca öne sürülmeyen “gecikme” hususunu hâkim kendiliğinden değerlendiremeyeceği gibi bu hususu hatırlatacak davranışlarda dahi bulunamayacaktır.

Gizlilik ilkesinin doğal sonucu olarak, iki tarafı da özel hukuk kişisi olan ticari tahkim davalarına ve dolayısıyla da dava açma yasağı tedbirlerine erişmek zordur. Yine de özellikle yatırım tahkiminde erişilebilen sınırlı sayıdaki kararlar, dava açma yasağı kararlarında ispat usulüne ve kapsamına dair fikir vermektedir. Örneğin *E-Systems Inc. v. Iran* davasında hakem heyeti; davalının “zarar verme” amaçlı İran’da dava açtığına ilişkin davacının yaptığı ispatla ikna olmuş ve İran hükümetine karşı, en azından tahkim yargılaması sona erene dek Tahran mahkemelerinde dava açma yasağı tedbiri vermiştir¹⁴⁵. Ancak hakem heyeti; geniş takdir yetkisini kullanarak taraflarca ispatı beklemeksizin veya bu ispatla bağlı olmaksızın örneğin; yabancı forumda dava açılmasının uygunluğuna, durumun acil koruma gerektirmediğine, davacının bu talepte oldukça geciktiğine, yeterli teminatın yatırılmadığına vs. re'sen kanaat getirerek de talebi reddedebilecektir.

İspatın kapsamının ne olacağı tartışması yapılırken, yargılamadan men edilmes istenen forumun uygun forum olmadığını da davacı ispatlamalı mıdır sorusu akla gelebilir. Ya da tam tersine, dava açma yasağı talebinde bulunan taraf örneğin

¹⁴⁵ Laurent Levy, “Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators”, (**IAI International Arbitration Series No. 2: Anti-suit Injunctions in International Arbitration**, p. 115-129, **Juris Publishing 2005**), s. 118. *E-Systems, Inc., Claimant v. The Islamic Republic of Iran, Bank Melli Iran, Respondents*, (Case No. 388) Iran-United States Claims Tribunal 4 February 1983, davasına ilişkin detaylı bilgi ve konuya ilişkin analiz için bkz. *Cambridge Law Reports*, <http://ebooks.cambridge.org/clr/case.jsf?bid=CBO9781316151990&id=CBO9781316151990A104> (Erişim, 15.02.2018).

Kararda ayrıca hakem heyetinin; tarafların haklarını korumakve hakem heyetinin yetkisini tam anlamıyla etkinleştirmek amacıyla, doğal bir hakkı haiz oldukları da önemle vurgulanmaktadır: “The Tribunal has an inherent right to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the Parties and to ensure this Tribunal's jurisdiction and authority are made fully effective.”

önünde tedbir talebinde bulunduğu forumun “uygun forum” olduğunu da ispatlamak zorunda mıdır? *Turner v. Grovit* davasında¹⁴⁶ Avrupa Adalet Divanı (*The European Court of Justice*, kısaca “AAD”) yerinde bir kararla; davacının, sözleşmesel forumun uygun forum olduğunu da ispatlama zorunluluğunun olmayacağını vurgulamıştır. AAD’ye göre; kararlaştırılmış forumun sözleşmeyle sabit olması, zaten bu ispatı kendiliğinden sağlamaktadır¹⁴⁷. Kanımızca bu yaklaşım milletlerarası tahkim için uygundur çünkü sözleşmedeki forum, aslında tarafların hür iradeleriyle uygun forum olmasını istedikleri ve kararlaştırdıkları forumdur. Eğer taraflar tahkime gitme konusunda sözleşme yapmışlarsa tahkim; X ülkesi mahkemesine gitme konusunda anlaşmışlarsa, X ülkesi mahkemesi doğrudan uygun forum olarak kabul edilecek ve *forum non conveniens* iddiasına konu olamayacaktır. Bu noktada sözleşmede belirlenen forumun oldukça uzak veya taraflar ile konuyla bağlantısının az olması da bu gerçeği değiştirmeyecektir. Bu doktrin ve diğer ilgili kavramlar, aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

Dolayısıyla geçerli bir tahkim sözleşmesine dayanarak hakem heyetinden dava açma yasağı talep eden taraf; eğer *prima facie* ortak tahkim iradesi konusunda hakemleri ikna edebilirse, dava açma yasağı tedbirini alma olanağına sahip olacaktır. Yeter ki karşı taraf; neden başka foruma gittiği konusunda hakemleri ikna edecek şekilde makul ve güçlü gerekçeler sunmamış olsun. Tekrar belirtelim ki hakemlerden farklı olarak mahkemeler; kendi usul kanunlarını uygulayarak ve sözleşmesel forumun ihlaline ek olarak başka şartlar da arayarak ispatın kapsamını ve şartlarını genişletebilirler. Hatta *forum non conveniens* gereği, uyuşmazlık veya taraflarla alakalı olmayan bir mahkemenin yetkisini kabul etmeyecek kadar ileri de gidebilirler. Özetle belirtmek gerekirse; ispatın kapsamı ve usulü bakımından hakemlerden talepte bulunmakla mahkemeden talepte bulunmak arasında fark olduğu gibi, bir İngiliz mahkemesinden talepte bulunmakla Alman mahkemesinden talepte bulunmak arasında da fark vardır. Zira mahkemelerde yargılama usulü *lex fori*ye tabi iken, *lex fori*si olmayan hakemler ise yargılama usulünü her somut uyuşmazlığa göre, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça esnekçe tayin edebilmektedirler. Talebin yöneltildiği merci ve kuralları bu açıdan oldukça önemlidir zira ispatın kolaylığı veya zorluğu tarafların hakkını almalarını da o ölçüde kolaylaştıracak veya zorlaştıracaktır.

¹⁴⁶ *Turner v Grovit*, (Case C-159/02 [2004] ECR I-3565).

¹⁴⁷ “The applicant does not have to show that the contractual forum is more appropriate than any other; *the parties’ contractual agreement does that for him.*”

II. Önemi, Yorumu, İlgili Hukuki Kavramlar ve Türleri

A. Önemi

1. Taraflar Bakımından

Taraflar arasında aynı uyuşmazlık konusunda tek bir yargılamanın yapılıp sonuca bağlanması, gerek taraflar gerekse de hukuk güvenliği açısından oldukça önemlidir. Ancak çoğu davada taraflar uyuşmazlığın kendi ülkelerinden görülmesini istemekte ve bunu bir avantaj olarak görmektedirler. Bu eğilim birçok sebepten kaynaklanabilir. Gerçekten de her bir taraf, kendi ülke dilinde davasını yürütmeyi daha kolay bulabilir. Benzer şekilde politik birtakım sebeplerden dolayı da kişi; karşı tarafın ülkesinde veya üçüncü bir ülkede davanın görülmesini istemeyerek, kendi ülke mahkemelerinde davanın görülmesini isteyebilir. Ayrıca taraf, bildiği hukuk kurallarına göre davasını yürütmek isteyebilir. Taraf bazen kendi ülke mahkemelerinde uyuşmazlığın görülmesini istemeyerek, hukuk sistemine daha çok güvendiği başka bir ülkede uyuşmazlığın görülmesini de mantıklı bulabilir. Yukarıda da vurgulandığı üzere; tarafların anlaşarak uygun gördükleri forumda, bu forum başka bir ülkede de olsa, davaların görülmesinde sakınca yoktur. Problem ise; taraflardan birinin veya her ikisinin anlaştıkları bu forum dışında, başka bir yerlerde paralel davalar açtıklarında ortaya çıkmaktadır. Kararlaştırılan forumdan belirtilen gerekçelerle uzaklaşan taraf; uygulamada aynı konu ve tarafları ilgilendiren birçok paralel davanın ortaya çıkmasına neden olurken, aynı zamanda kararlaştırılan forumdan beklenen kararın etkinliğini de azaltmaktadır.

Bu noktada dava açma yasakları, kararlaştırılan forumdan uzaklaşan ve böylece forum anlaşmasını ihlal eden tarafa karşı kullanılabilecek etkin araçlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira aşağıda örnek kararlar ışığında detaylıca inceleneceği üzere, dava açma yasakları ihlalde bulunan tarafa yönelik olarak verilirler ve ihlal eden tarafı gönüllü bir şekilde uygun foruma çekmeyi hedeflerler¹⁴⁸. Dava açma yasağının mahkemelere veya başka hakem heyetlerine

¹⁴⁸ Gönüllü uyma konusunda dava açma yasağının başarılı olduğu kanımızca söylenebilir. *Joint Stock Asset Management Company Ingosstrakh Investments v BNP Paribas SA* davasında Londra Temyiz Mahkemesi iki Rus şirket aleyhine Rusya’da açılan zarar verme ve yıpratma amaçlı (*vexatious and oppressive*) olduğu gerekçesiyle dava açma yasağı tedbiri uygulamıştır. Rus Mahkemesi davayı görmeye devam etmiş ve dava temyiz aşamasına gelmişse de; davalı şirketler yani dava açma yasağının muhatapları, bu tedbire uymayı seçerek, Rus Mahkemesi’ndeki davadan vazgeçmişlerdir. *Joint Stock Asset Management Company Ingosstrakh Investments v BNP Paribas S*, [2012] EWCA Civ 644.

karşı değil, sadece taraflara verilen ve taraflara karşı etkili (*effect in personam*) olan ihtiyari bir tedbir (*discretionary remedy*) olduğunu vurgulamakta yarar görüyoruz¹⁴⁹.

Bu noktada dava açma yasağının, *davalı* tarafın menfaatine olmayacağı zira kendisinin aleyhine bu tedbirin istendiği ileri sürülebilir. Kanımızca dava açma yasaklarında sadece davacı için değil, davalı için de yarar söz konusudur. Zira burada dikkate almamız gereken; davalı tarafın subjektif yararı değil, tahkim şartını kararlaştırmasından ötürü bu forumda davaların görülmesi gerektiğinden hareketle ortaya çıkan objektif yarar olmalıdır. Diğer bir ifade ile sözleşmede kararlaştırılan forumda davanın görülmesinde; tarafların ortak menfaati vardır ve bir tarafın uyuşmazlık çıktığında bu sözleşmesel forumdan herhangi bir sebeple kaçınıp paralel davalar açması, bu objektif sözleşmesel yararı ortadan kaldırmamalıdır.

Uygun forum olarak kararlaştırılan yerden başka yerde dava açmak isteyen taraf; eğer ikna edilirse, bu durumda dava kararlaştırılan forumda devam edecek ve tarafların beklediği hukuki güvenlik de sağlanmış ve muhtemel karar çakışmaları da önlenmiş olacaktır. Demek ki dava açma yasağının; kararlaştırılan forumda dava açan veya bu forumda davaya devam etmek isteyen davacı taraf için asıl önemi, davalıyı ihlalinden vazgeçirerek onu kararlaştırılan foruma çekmektir. Böylece davacı ek masraflardan kurtulacak, birden fazla forumda yıpranmamış olacak ve kararlaştırılan forumda etkin şekilde bir kararın çıkması için esasa ilişkin savunmasını yapabilecektir. Tarafı dava açma yasağına uymaya yönelten sebepleri aşağıda ayrıca ele alacağız. Elbette tüm yararları tüketici şekilde ele almamız da mümkün değildir. Ancak bu kısımda sonuç olarak dava yasaklarının taraf(lar) için; paralel davaları azaltma, yargılama masraflarını azaltma, hukuk güvenliğini sağlama ve sözleşmesel yükümlülüğün yerine getirilmesi amaçlarının gerçekleştirilmesinde önemi büyüktür.

¹⁴⁹ Andreas S. Maroulletis, “The Anti-Suit Injunction– Where Do We Stand?”, **American Club Review, Issue 23, pp. 6-8**, s. 6; tarafa yönelik tedbir olmakla beraber, hakem heyeti ile devlet mahkemelerinin dolaylı şekilde etkilenebileceği hakkında bkz. Born, **Cases and Materials**, s. 332; tedbirin; yabancı mahkemeye değil, “tarafa” karşı verildiği hakkında bkz. Ekşi, **Lex Mercatoria**, s. 152; bu tedbirlerin taraflara yönelik (*against parties*) olduğu konusunda bkz. Born, **Commercial Arbitration**, s. 1291; Türk hukukunda ise Nomer, dava açma yasaklarının “davacıyı” hedef almalarına rağmen dolaylı olarak “yabancı devletin yargı yetkisine müdahale ettiklerini” ileri sürmektedir. Dava açma yasaklarının “ihtiyati tedbir” niteliğinde oldukları görüşünde olan Nomer ayrıca; yabancı dava açma yasaklarının, “yargılama hakkını ağır ve kabul edilemez şekilde” ihlal ettiğini ve bu tür tedbirlerin tanınmasının “kamu düzenine aykırı” olacağını ileri sürmektedir. Bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 512. Aşağıda İkinci Bölüm’de “Türk Hukuku’nda Karşılaşılabilecek Sorunlar” başlığında; bu iddialar değerlendirilerek, aslında bu tür endişeler ile iddiaların dava açma yasağı şeklindeki geçici hukuki koruma tedbirlerini doğru yansıtmadığını değerlendireceğiz.

2. Hakemler Bakımından

Belirtildiği üzere; dava açma yasağı mahkemeler tarafından verilebileceği gibi, hakem veya hakem heyeti tarafından da verilebilmektedir. Hakemler tarafından verilen tedbirlerde bazı sorularla karşılaşmak mümkündür. Davacının dava açma yasağı talebini kabul eden hakemler, ne tür bir gaye ve yarar gütmektedirler? Diğer bir ifade ile hakemler dava açma yasağı talebini olumlu değerlendirirken, milletlerarası tahkim ya da kendileri için ne tür bir yarar gözetmektedirler?

Hakemler; mahkemeden farklı olarak yetkilerini egemen bir güçten değil, bizzat taraf iradelerinden almaktadırlar. Bu noktada kanımızca; dava açma yasağı isteyen tarafın amacı ile dava açma yasağı talebini olumlu değerlendiren hakemlerin önemseydiği hususlar arasında benzerlik olduğu ileri sürülebilir. Zira dava açma yasağı kararı veren hakem; devlet yargısının aksine kamusal nitelikli bir faaliyet yürütmediği için, kamu hizmeti amacı gütmeyeceği gibi kendi şahsi yararlarını da düşünmemektedir. Dolayısıyla dava açma yasağı gibi tahkime yardımcı bir tedbir kararını veren hakemin; bu tür bir tedbir kararından beklediği yarar ancak tahkimi ortak iradesini, yıpratıcı ve ihlal edici taraf davranışlarına karşı koruma olabilir. Bu tür bir yararın gözetilmesi elbette aynı zamanda taraf(lar)ın menfaatinin de gözetilmesi anlamına gelecektir. Taraflarca kararlaştırıldığı kanaat getirilen tahkim sözleşmesine bağlılığın artırılması amacına hizmet eden dava açma yasağı kararını vermek, esasında taraf menfaatinin de gerçekleştirmektedir zira tarafların sözleşmesel forumda davanın görülmesini talep etme hakları vardır.

Bu açıdan mesele ele alındığında aslında hakemlerin dava açma yasağı tedbiri vermelerindeki yarar, önceden kararlaştırılan tahkim yargılamasını korumak ve böylece ihlalde bulunan tarafı da sözleşmesel forum olan tahkime çekmek suretiyle sözleşmeye dayalı tarafların ortak menfaatinin gerçekleşmesini sağlamaktır. Elbette hakemlerin bu yönde bir çabası, diğer faydaları da beraberinde getirmektedir. Örneğin bu şekilde hakem heyeti; başka forumdaki davayı dolaylı da olsa engellemek suretiyle, kendi yetkisini mevcut veya muhtemel “etkisiz karar”, çelişkili kararlar ile paralel davalar gibi risklere karşı da korumuş olacaktır¹⁵⁰. Ayrıca hakem

¹⁵⁰ Vishnevskaya, **a.g.e.**, s. 173; Levy, **a.g.e.**, s. 118; hakemlerin, verecekleri nihai kararın etkinliğini sağlamak ve yargılama boyunca veya öncesinde yetkileri koruma amaçları da, dava açma yasağının hakemler bakımından önemini ortaya koymaktadır. Yukarıda da ele alındığı üzere bu husus; çeşitli davalarda, hakemlerce dava açma yasağı tedbiri verilirken vurgulanmış ve sadece tarafların haklarının korunması için değil, aynı zamanda tahkim yargılamasının sağlıklı yürütmesi bakımından da çok çeşitli tedbirlere hükmedilebileceği vurgulanmıştır. Örneğin *E-Systems, Inc., Claimant v. The Islamic Republic of Iran, Bank Melli Iran, Respondents*, ((Case No. 388) Iran-

heyeti bu kararlar, çeşitli tahkim düzenlemelerinde bir yükümlülük olarak düzenlenen “mümkün olduğunca etkin karar verme” hedefine de daha güvenli şekilde ulaşacaktır.

Hakemlerce verilen dava açma yasağı tedbirinin amaçlarıyla uyumlu şekilde yapılmış bazı düzenlemelere, milletlerarası tahkim hukukunda rastlamak mümkündür. Dava açma yasağı ile usul ekonomisi ilkesi arasında sıkı bir ilişki söz konusudur zira her ikisi de benzer amaçlara hizmet etmektedirler. Dava açma yasakları tarafa yönelik verilirler ve usul ekonomisini zedeleyecek şekilde başka bir forumda aynı davanın açılmasını engelleme amacı güderler. Usul ekonomisi; tahkim yargılamasından daha çok mahkeme yargılamasında daha sık karşılaştığımız bir prensip olmasına rağmen, milletlerarası tahkimde de doğrudan veya dolaylı şekilde bu prensibin izlerine rastlamak mümkündür. Tahkim yargılamasında tahkimi zedeleyici veya geciktirici birçok sebep ortaya çıkabilir. Bu engellerin bir kısmı taraflardan kaynaklanabileceği gibi, bazıları da hakemlerden kaynaklanabilir¹⁵¹. Taraflarca tahkim şartının hatalı veya eksik yazılması (*pathological arbitration clauses*) birinci duruma¹⁵²; hakemlerin tarafsızlığının ve bağımsızlığının tartışılması (*objection to arbitrator's independence and neutrality*) ise kanımızca ikinci duruma örnek olarak verilebilir. Benzer şekilde tanıkların dinlenmesi, bilirkişi raporları vb. hususlar da tahkimi uzatabilmekle beraber, bunların en azından tahkim yargılamasından beklenen olağan hususlar oldukları kanımızca söylenebilir. Dava açma yasağı; muhtemel başka yargılamaları da engelleyerek, daha fazla geciktirici

United States Claims Tribunal 4 February 1983) davasında hakem heyetinin; yetkisini tam anlamıyla etkinleştirmek amacıyla, doğal (içkin) bir hakkı haiz olduğu da önemle vurgulanmaktadır:

“The Tribunal has an inherent right to issue such orders as may be necessary to conserve the respective rights of the Parties and to ensure this Tribunal's jurisdiction and authority are made fully effective.” Davaya dair bilgi ve analiz için bkz. Cambridge Law Reports, <http://ebooks.cambridge.org/clr/case.jsf?bid=CBO9781316151990&id=CBO9781316151990A104> (Erişim, 15.02.2018).

¹⁵¹ Irene Welser, “Efficiency – Today’s Challenge in Arbitration Proceedings”, **Austrian Arbitration Yearbook 2014**, pp. 151-166, s. 153.

¹⁵² Öğretide ele alınan bir uyuşmazlıkta taraflar; açıkça ABD Uluslararası Ticaret ve Ekonomi Tahkim Komisyonu’nu, tahkime konu uyuşmazlıkları çözüm için yetkili kurum olarak belirlemişlerdir. Ancak ABD’de böyle bir kurumsal tahkim merkezinin bulunmadığı, sonradan anlaşılmıştır. Belirtilen kurumun Çin’de bulunan bir merkez olması ise ayrı problem yaratmıştır. Şanlı; yaptığı değerlendirmede, tarafların kurumsal tahkim yönünde ortak iradelerinin olduğunu vurgulamış ve ABD’de *ad hoc* tahkime gidilmesi konusunda tarafların yönlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Sonuç olarak; uzlaşılan merkezin “fiilen ve hukuken” ABD’de var olmaması ile tarafların Çin’e gitmek istemedikleri gerçeği karşısında, tahkim şartının “konusuz” kalması sebebiyle geçersiz olduğu mütalaa edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şanlı, **Mütalaalar**, s. 819-824.

engellerin ortaya çıkmasını önlemekte ve böylece usul ekonomisine hizmet etmektedir.

Dava açma yasaklarının tahkimi geciktirmekten kurtarma amacından çok, tahkim yargılamasını etkinleştirme amacı olduğundan bahsetmek kanımızca daha doğru olacaktır. Elbette başka bir devlet mahkemesinde tahkim şartına rağmen davanın açılması; başlı başına tarafı ve dolayısıyla da hakem heyetini uğraştıracığından, tahkim yargılamasının gecikmesine ve zedelenmesine sebebiyet verecektir. Tahkim sözleşmesine uyulmasını sağlamak ve tahkimin etkinliğini artırmak amacıyla verilen dava açma yasağının; muhtemel gecikmelerin önlenmesine de hizmet edeceği, kabul edilebilir. Tahkim yargılamasının etkin ve hızlı şekilde yürütülmesinde sadece tarafların değil, aynı zamanda hakemlerin de “menfaatinin” olduğu zira hakemlerin “tahkimin cazibesinden” faydalandıkları ileri sürülmektedir¹⁵³. Her ne kadar tahkim hakemler için bir geçim kaynağı olabilmekte ise de; nihai yarar, tarafların sözleşmesel foruma çekilmesi sebebiyle tahkim etkinliğinin artırılması ve sözleşmeye riayetinin korunmasıdır. Biz bu nedenlerle; dava açma yasağının hakemler açısından ifade ettiği yararı tartışırken “tahkimin korunması ve etkinleştirilmesi” prensibinden yola çıkarak, bu yöndeki tahkim kurallarını da kısaca dikkate alacağız. Aşağıda farklı tahkim kurumlarını ayrıca ele alacağız lakin tahkimde dava açma yasağının sağladığı yararı bir örnekle açıklamakta yarar görüyoruz.

ISTAC Tahkim Kuralları madde 20, tahkim hukukunda da geçerli olan usul ekonomisi ilkesini açıkça düzenlemiştir. Bu maddeye göre; taraflar ve tek hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlığın niteliğini ve miktarını dikkate alarak, yargılamanın “hızlı ve en az masrafla yürütülmesi” için her türlü çabayı gösterecektir. Ayrıca hakem veya hakem heyeti, yargılamanın hızlı ve en az masrafla yürütülmesini sağlayabilmek için; tarafların görüşünü aldıktan sonra, “uygun gördüğü ve tarafların anlaşmasına aykırı olmayacak gerekli kararları” alabileceklerdir. Kanımızca buradaki taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece yargılamanın etkinliği için hakemlere “gerekli” gördükleri kararları alma takdir yetkisinin tanınmış olması, oldukça önemlidir. Zira dava açma yasağı da aslında; yargılamanın hızlı, etkin ve başka forumlarda gereksiz masraf yapılmaksızın uygun sözleşmesel forum olan tahkimde davanın görülmesini sağlayan “gerekli” bir tedbir kararıdır. Ayrıca madde 34/f.3’e göre hakem veya hakem kurulu, icra edilebilir bir karar vermek için gerekli özeni

¹⁵³ Welser, **a.g.e.**, s. 166.

göstermelidir. Elbette icra edilebilir yani etkili bir karara ulaşmak için, başka forumda aynı uyuşmazlığın görülüp öncelikle karara bağlanmaması teminatı da bir gerekliliktir.

Tahkimde usul ekonomisi prensibinin etkinleştirilmesi için, tahkim kurumlarınca yeni düzenlemeler de getirilmektedir. ICC Tahkim Kuralları (2017)’de; önceden 2 ay olan görev belgesi (*terms of reference*) hazırlama süresi, 1 aya indirilmiştir¹⁵⁴. Bu tür değişikliklerin, ICC tahkiminin etkinliğinin ve hızının artırılması amacına hizmet ettiği açıktır. ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 42’de ise hakemlerin, icra edilebilir bir karar vermesi için “tüm çabayı göstereceği” düzenlenmiştir. Benzer hükme, ISTAC Tahkim Kuralları madde 34/f.3’te de rastlamaktayız. Geçerli tahkim şartına rağmen başka bir forumda dava açmanın dolaylı da olsa, hakem kararının icra edilebilirliğine ve etkinliğine zarar vereceği açıktır. Gerçekten de paralel davanın önceden sonuçlanması halinde; tarafın alacağı nihai hakem kararının icrası problem olacağı gibi söz konusu hakem kararı, paralel yargılamayı erken bitiren yabancı forumda *res judicata* etkisi ile de karşılaşılabilecektir. Bu bakımdan aslında dava açma yasağı kararı veren hakemlerin, tahkim kurallarında da yerini bulan usul ekonomisi ilkesine uyma ve tahkimi koruma ile nihai kararın etkinliğini artırma amaçlarını güttükleri kanımızca rahatlıkla söylenebilir.

3. Mahkemeler Bakımından

Dava açma yasağı hakemler tarafından verilebileceği gibi, mahkemeler tarafından da verilebilmektedir. Mahkemeler bu tedbiri verirken, tahkim sözleşmesini veya başka bir mahkeme lehine yapılan yetki sözleşmesini gerekçe gösterebilirler. Ayrıca bir münhasır yetki sözleşmesi olmamasına rağmen; bir devlet mahkemesi, başka bir devlet mahkemesindeki mevcut veya muhtemel yargılama konusunda da tarafa yönelik dava açma yasağı tedbir kararı verebilir. Bu noktada dava açma yasağı tedbirlerinde, mahkemelerin yararının olup olmadığının tespiti

¹⁵⁴ <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-English-version.pdf> (Erişim, 12.10.2017).

MTK madde 10/E’de ise taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa hakem veya hakem kurulunun; görev belgesini, dava ve cevap dilekçesi verildikten sonra hazırlayacakları hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla net bir süre belirlenmemiş ancak, dilekçe teatisi neticesinde bu belgenin hazırlanacağı belirtilmiştir. ISTAC Tahkim Kuralları’nda; madde 20’de usul ekonomisi ayrıca düzenlenmiş ve MTK madde 10/E’den farklı olarak, madde 26/f.1’de tahkim talebine verilen cevap dilekçesinden sonra “derhal” yapılacağını öngörmüştür.

Uygulamada hakemlerin; görev belgelerinin imzası için, genellikle bir duruşma yaptıkları ve böylece taraflarla bir araya geldikleri de belirtilmektedir. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 197.

önemli olacaktır: Bir mahkeme; tarafa yönelik bir tedbirle dolaylı da olsa, başka mahkemeleri veya hakemleri neden yargılamadan men etme ihtiyacı duyar? Bu tarz bir tedbirin; devlet mahkemesince verilmesinin temelinde, gerek milletlerarası tahkim gerek milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku anlamında ne tür bir fayda vardır?

Dava açma yasakları ile usul ekonomisi arasında sıkı bir ilişkinin söz konusu olduğuna yukarıda değindik. Zira yukarıda tartışıldığı üzere; dava açma yasakları, tarafa yönelik verilirler ve usul ekonomisini zedeleyecek şekilde başka bir forumda aynı davanın açılmasını engellerler. Usul ekonomisi tahkim yargılamasından daha çok, mahkeme yargılamasında sıklıkla karşılaştığımız bir prensiptir. İhlalde bulunan veya bulunmak üzere olan tarafın; bu tedbire gönüllü olarak uyması, aslında usul ekonomisine de hizmet etmekte ve böylece kural olarak Anayasa gereği yargılamadan kaçınamayacak olan devlet mahkemelerini de ek yüklerden kurtarmaktadır¹⁵⁵.

Taraflar elbette birden çok yerde dava açabilirler, buna tamamen engel olmak zordur. Taraflar; mahkemelerin yargılamadan kaçınamayacağı kuralına sahip olan fakat hukuki uyumsuzluğa tamamen yabancı bir ülkede dava açabilirler. Bu şekilde ikame edilen ve paralel olan davaların sayısı iki, üç veya daha fazla olabilir. Bu tür davalar açmanın yukarıda ele alındığı üzere farklı gerekçeleri olsa da; aslında bu tür hareketler, çoğu zaman meşru olmayan gerekçelerdir zira karşı tarafı yıpratma ya da lehine hızlıca karar alarak asıl forumdaki yargılamayı devre dışı bırakmayı hedeflemektedirler. Bu durumda özellikle tahkime yardımcı olması beklenen tahkim yeri mahkemesinin; başka bir ülkede dava açan davalı aleyhine tedbir isteyen tarafın talebini dikkate almasının, kendisi için de önemi büyüktür. Zira hakem kararının iptali davası; bu ülke mahkemesinde açılabileceğinden, usulsüzlükler ile tenfiz engellerinin önceden haledilmesi bir bakıma kendi yükünü de hafifletecektir.

¹⁵⁵ Usul ekonomisi; Anayasa madde 141’de de düzenlendiğinden, bu esasa aykırılığın aslında Anayasa’ya aykırılık da sayılacağı haklı olarak vurgulanmaktadır. Ayrıca “ tarafların davayı uzatma girişimlerine karşı yeteri kadar tedbirler alınmaması” da usul ekonomisini zedeleyen bir sebep olarak gösterilmektedir. Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 235-236. Usul ekonomisi ilkesinin; Anayasa madde 36 kapsamında “adil yargılanma ile paralellik gösterdiği” ve taraf kadar, kamu menfaatini de ilgilendiren bir prensip olduğu hakkında bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 303 vd.; usul ekonomisinin, aynı zamanda “hukuk etiği ile ilgili bir kavram” olduğu vurgulanmaktadır. Dava açmak, açılan davayı sürdürmek gibi usuli işlemleri yaparken, taraflar “dürüstlük kuralına uymak” ve “makul çerçevede” hareket etmelidirler. Bkz. Cumhuriyet Rüzgaresen, **Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi**, Yetkin, Ankara, 2013, s. 121-123.

Türk medeni usul hukukuna hâkim olan ilkelerden birisi de usul ekonomisi ilkesidir. HMK madde 30, bu önemli ilkeyi şu ifadelerle düzenlemektedir: “*Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.*” Yargıtay kararlarına göre de usul ekonomisi ilkesi “adaletin ucuz, çabuk ve isabetli olarak sağlanmasının” temel kurallarındandır¹⁵⁶. Öyle ki Yargıtay uygulamalarında bu ilke, tarafları aynı olan davaların birleştirilmesinin gerekçesi olarak da yer almaktadır¹⁵⁷. Bir uyuşmazlığı dava eden taraflar, somut uyuşmazlıkla ilgili adaletli bir sonuca ulaşmak istemektedirler. Öğretide bir görüş tarafından haklı bir biçimde vurgulandığı üzere, “*kararın adaletli olması, taraflar arasındaki uyuşmazlığı, tarafları tatmin eder biçimde bir daha ortaya çıkmamak üzere son verilmesinin yanı sıra ve ondan çok daha önemli olarak, toplumsal barışı sağlamaya yönelik olması demektir. Bunun için kararın maddî gerçeği yansıtmayı ve yapılmış olan yargılamanın basit, hızlı ve ucuz bir yargılama olması gerekir*”¹⁵⁸.

Usul ekonomisi ilkesinin doğal bir sonucu olarak aslında hiçbir devlet mahkemesi; geçerli bir tahkim sözleşmesine dayalı olarak yürütülmekte olan tahkim davasına paralel olarak, aynı konu ve tarafları içeren yeni bir davayı kabul ederek zamanını ve kaynaklarını boş yere harcamak istemez. Devletlerin taraf olduğu yatırım tahkim uyuşmazlıklarında; devlet mahkemelerinin, siyasi ve ekonomik nedenlerle tahkime karşı tutum sergilemesi de bu gerçeği değiştirmeyecektir. Tahkim yeri mahkemesinden dava açma yasağı talep etmenin aksine; bazen de devlet

¹⁵⁶ Ejder Yılmaz, “Usul Ekonomisi”, *AÜHFD Yıl 2008*, s. 243-274, s. 245. Bu niteliklere vurgu yapan Yargıtay ayrıca, usul ekonomisine aykırılık taşıyan kararları da bozmaktadır:

T.C. YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ E. 2014/12087 K.2014/10278 T. 30.6.2014:

“...karşı birlikte açılan ancak sonrasında tefrik edilen davalar arasında bağlantı olduğu, biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyeceği kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, açıklanan maddi ve hukuksal olgulara göre usul ekonomisi ve daha isabetli bir karar verilmesi açısından, davanın tefrik kararı verilmeksizin Asliye Ticaret mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerektiği gözetilmeden *usul ekonomisine aykırı olarak yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*”

¹⁵⁷ **T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2016/4514 K. 2017/400 T. 1.2.2017:**

“...icazet vermesi halinde ise davaya devam edilerek **usul ekonomisi gereği** tarafları aynı, aralarında irtibat bulunan ancak davadaki talepleri farklı olan... . Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 203/595 Esas sayılı dava dosyası ile *birleştirilmesi hususu düşünülmektedir oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken...*”

¹⁵⁸ Yılmaz, *Usul Ekonomisi*, s. 248; tarafların uyuşmazlıkların çözümü konusunda en önemli beklentilerinden birinin “uyuşmazlıkların hızlı çözülmesi” olduğu konusunda bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 458; usul ekonomisinin, makul giderle ve makul sürede adaletle erişim hakkını kolaylaştırma işlevi olduğu hakkında bkz. Rüzgaresen, *a.g.e.*, s. 62-67; tahkimin geliştirilmesi suretiyle, mahkemenin yükünün hafifletilebileceği ve adaletin gecikmesinin eneglenebileceği Şanlı tarafından, MTK'nın hazırlanması aşamasındaki tartışmalarda dile getirilmiştir. Bkz. *Milletlerarası Tahkimde Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? II, Taslaklar – Tartışmalar – Öneriler*, Abant (25-28 Eylül 1997) – Ankara (6 Haziran 1998), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999, s. 65 .

mahkemeleri, tahkime karşı bir tutumla aksi yönde de tedbirler verebilmektedirler. Aşağıda “türler” kısmında inceleneceği üzere; devlet mahkemeleri aynı zamanda, tahkimde uyuşmazlığın görülmesini engellemek amacıyla taraf aleyhine tahkime gitme yasağı (*anti-arbitration injunction*) kararları da vermektedirler. Özellikle de yatırım uyuşmazlıklarında çoğu zaman ev sahibi devlet; uyuşmazlığı kendi mahkemelerine götürmek istemekte ve karşı tarafın tahkime başvurmasını istememektedir¹⁵⁹. Usul ekonomisi ilkesi gereği davacının; başka forumlarda açılan her paralel davaya cevap dilekçesi sunup, tahkim ilk itirazında bulunmasını beklemek de doğru olmayacaktır. Kaldı ki; maddi olarak daha güçlü olan taraf pekâlâ birçok farklı forumda paralel davalar açarak, karşılaştırılan forumda davasını usulünce yürütmekte olan tarafı yıpratmayı amaçlayabilir ve bunu başarabilir.

Sonuç olarak devlet mahkemesince verilen dava açma yasakları; paralel davaları azaltma, tenfiz engeli olarak ortaya çıkabilecek durumu baştan önleme, muhtemel iptal davası öncesinde yetkili forumdan kararın çıkmasını sağlama, hızlı ve etkin yargılama yapılması ile tarafların ortak iradelerinden çıkan forumun yetkisine saygı duyma ve hukuk güvenliğini sağlama amaçlarına hizmet etmektedir. Dava açma yasakları sayesinde; taraflarca karşılaştırılan veyahut uygun olduğuna kanaat getirilen forumda, uyuşmazlığın çözümü gerçekleştirilmektedir. Bunda elbette; taraflar kadar, kararı veren mahkemenin de yararları olduğu açıktır. Tartışmalı olmakla beraber; mahkemenin tahkimin geçersiz olduğuna inandığı durumlarda ise, bu kez tahkime karşı bir tutumla davalıyı tahkimden men etme yoluna girmesi de uygulamada karşılaşılan bir durumdur.

B. Yorumlanması

1. Genel Olarak

Gerek uygulamada gerek öğretide, dava açma yasaklarına nasıl yaklaşılmaması gerektiğine dair görüş birliği yoktur. Dava açma yasağının *Common Law* sistemine ait sıklıkla kullanılan bir tedbir türü olması¹⁶⁰ ve bu sistemdeki mahkemeler arasında bile yeknesak bir uygulamanın oluşmamış olması, dava açma yasaklarının nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususunu daha da zorlaştırmaktadır. Kıta Avrupası

¹⁵⁹ *Anti-arbitration injunction* tedbirlerinin en çok yatırım tahkiminde uygulandığı konusunda bkz. Ekşi, **Lex Mercatoria**, s. 155; diğer yandan son yıllarda devletlerin; taraf oldukları uyuşmazlıklarda, uluslararası tahkime daha çok yer verdikleri konusunda bkz. Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları**, s. 8-9.

¹⁶⁰ İngiltere, ABD, Singapur, Kanada, Bermuda, Avustralya gibi birçok ülkede dava açma yasaklarının kabul edildikleri ve sıklıkla kullanıldıkları konusunda bkz. Born, **Commercial Arbitration**, s. 1293.

ülkelerinin ise; yeni yeni dava açma yasaklarıyla tanıştığı da düşünüldüğünde, farklı yorumların çıkması daha normal hale gelmektedir.

Dava açma yasakları, farklı forumlarda farklı tepkilerle karşılaşılabilmektedir. Elbette her bir ülke için dava açma yasaklarına karşı nasıl yaklaşıldığını tespit etmek, oldukça zordur. Kaldı ki aynı ülke içinde bile mahkemeler arasında farklılıklar göze çarpmakta ve davadan davaya değişen farklı kararlar ortaya çıkabilmektedir. Ancak en genel ifade ile dava açma yasaklarına karşı olumlu ve olumsuz iki temel yaklaşımdan bahsedebiliriz. Bazı forumlarda özellikle de Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, dava açma yasaklarına genellikle karşı çıkılırken¹⁶¹; bu tedbirleri uzun süredir kullanmakta olan *Common Law* sistemlerinde, dava açma yasakları desteklenmektedir. Bu iki temel yaklaşım red veya kabul gibi uç noktaları temsil ederken, dava açma yasaklarını ne tamamıyla reddeden ne de tamamen kabul eden forumlar da vardır. Bu son kategorideki forumlar davaya göre değişen ve her iki yaklaşımı da destekleyen eğilimler sergilemektedirler. Özellikle Amerikan hukukunda; federal yapılanmadan dolayı eyaletler arasında farklılıklar olduğu gibi, federal düzeyde de farklı yorumlar daha belirgin şekilde gözlemlenmektedir. Belirttiğimiz gibi her bir devletin yaklaşımını irdelemek çalışmamızın kapsamını

¹⁶¹ Çalışmamızın çeşitli yerlerinde, farklı ülkelerin mahkeme kararları da değerlendirilmektedir. Ancak bu kısımda özellikle Amerikan hukukunda geliştirilen 3 farklı yorum türünü ele alacağız. Yine de Kıta Avrupası hukuk sistemi ya da daha genel ifadeyle *Civil Law* ülkeleri için bir yaklaşımdan bahsedilecekse, bu yorum kanımızca istisnaları olmakla beraber “katı” diğer bir ifadeyle “dar” yorum olacaktır. Zira Kıta Avrupa ülkelerinde, dava açma yasaklarına genellikle sıcak bakılmamaktadır. Born, **Commercial Arbitration**, s. 1296-1297; ayrıca bkz. Ekşi, **Lex Mercatoria**, s. 153.

Ancak kanımızca bu katı tutumun son yıllarda yumuşadığı söylenebilir. İkinci Bölüm’de detaylıca ele alınacağı üzere, dava açma yasağına katı bir tutumla yaklaşan eski kararlara karşılık, dava açma yasaklarını uygulayan güncel kararlar da vardır.

Eski tarihli Kıta Avrupa ülkelerinin mahkeme kararlarında, bu katı tutum göze çarpmaktadır. Örneğin; Belçika mahkemesi 1989 yılında verdiği kararda, Amerikan mahkemesince verilen dava açma yasağını hem kendi kamu düzenine hem de AİHS madde 6’daki adil yargılanma hakkına aykırı görerek bu kararın tanınması talebini reddetmiştir. Belgium Civ Bruxelles, 18 December 1989, RW 1990-1991, “Anti-suit Injunctions in Private International Law”, s. 3, dn. 3. Benzer şekilde Lüksemburg mahkemesi de dava açma yasaklarını onaylamamaktadır. Bkz. “Anti-suit Injunctions in Private International Law”, s. 3-4.

<http://europainstitut.de/fileadmin/schriften/368.pdf> (Erişim, 05.02.2018).

Düsseldorf mahkemesi ise; dava açma yasaklarını tanımadığı gibi, bu tür bir tedbir kararının Almanya içinde davalıya tebliğini kendi kamu düzenine aykırı görmüştür. *Re the Enforcement of an English Anti-suit Injunction*, 1997] I L Pr 320. Bu kararın Civil Law sisteminde dava açma yasaklarına olan yaklaşımı özetlediği hakkında bkz. Geoffrey Fisher, “Anti-Suit Injunctions to Restrain Foreign Proceedings in Breach of an Arbitration Agreement, **Bond Law Review Volume 22 | Issue 1, 2010**, s. 9.

In Zone Brands davası öncesinde; Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cour de Cassation*) de benzer katı tutum sergilemekteydi. Örneğin *Cour de Cassation, Stolzenberg v Daimler Chrysler Canada* (Cour de Cassation, 30 June 2004 [2005] II Pr 24) kararında dava açma yasağı kararının onaylanması talebini reddetmiştir. *West Tankers* gibi; dava açma yasakları konusunda sıklıkla tartışılan önemli davalara ise aşağıda, detaylıca yer verilecektir.

aşacağından; dava açma yasağının yorumlanmasını genel olarak dar, geniş ve dengeleyici yorum olmak üzere üç ana başlıkta örnek mahkeme kararları ışığında incelemek daha doğru olacaktır.

2. Yorum Türleri

a) Dar Yorum (*Conservative Standard*)

Dava açma yasağı talepleri, usule ilişkin yönleri itibariyle farklı *lex forilerde* farklı şartlara tabi tutulabilmektedirler. Örneğin Amerikan hukukunda dava açma yasağı taleplerinde iki temel ön şart (*threshold criteria*) aranmaktadır. Bunlardan ilki Amerika Birleşik Devletleri'ndeki dava açma yasağı yargılaması ile önlenmek istenen yabancı forumdaki davanın birebir aynı olmazsa da önemli ölçüde benzer (*substantially similiar*) tarafları içermesi, ikincisi ise yine büyük ölçüde benzer uyuşmazlıkların ihtiva edilmesidir¹⁶². Taraf ve uyuşmazlığa dair bu iki benzerlik ön şartı oluştuktan sonra, dava açma yasağına dair diğer şartlar (*additional factors*) değerlendirilmektedir. Mahkeme kararlarında; her ne kadar geçici hukuki koruma niteliği olsa da, dava açma yasaklarının kendine mahsus şartlarının olduğu vurgulanmaktadır¹⁶³. Başka bir forumda ise örneğin İngiltere veyahut Hong Kong'da; farklı *lex forilere* bağlı olarak, farklı şartlar doğal olarak aranabilecektir. Kaldı ki aynı ülke içinde de, farklı yorumlar karşımıza çıkmaktadır. Bu farklı yorum türlerinden olan dar yorumu tercih eden birkaç karardan yola çıkarak bu ilk yorum türünü değerlendirmek yol gösterici olacaktır.

Dar yorumu uygulayarak; dava açma yasağını reddeden kararlar, bazı Amerikan temyiz mahkemelerinde daha yaygındır. Bu katı yaklaşımın temelinde, aşağıda daha detaylıca ele alacağımız milletlerarası nezaket (*international comity*)

¹⁶² Arif Ali/ Katherine Nesbitt/ Jane Wessel, "Anti-suit Injunctions in International Arbitration in the United States and the United Kindom", *Int'l Arb. L. Rev.* (2008), pp. 12-19, s. 12.

Amerikan hukukunda dava açma yasağına dair bu iki ön şart veya eşik (*gatekeeping inquiry*) Temyiz Mahkemeleri kararlarıyla federal düzeyde yeknesak şekilde kabul edilmektedir. Bkz. *Hans A. QUAAK et al., Plaintiffs, Appellees, v. Klynveld Peat Marwick Goerdeler Bedrijfsrevisoren, Defendant, Appellant*. 361 F.3d 11.

Aynı yönde bkz. *Paramedics Electromedicina Comercial, Ltda. v. GE Med. Sys. Info. Techs., Inc.*, 369 F.3d 645, 652 (2d Cir.2004).

Bu ön şartlar oluşmadan dava açma yasağına uyulmadığı gerekçesiyle mahkeme kararına uymama cezası (*contempt order*) veren bölge mahkemesinin kararı bozulmuştur. Bkz. *S.E.C. v. Pension Fund of Am., L.C.*, 396 Fed.Appx. 577, 580–82 (11th Cir.2010).

¹⁶³ *E. & J. Gallo Winery v. Andina Licores S.A.*, 446 F.3d 984, 990 (9th Cir.2006). Mahkemenin konuya ilişkin yorumu orijinal dilinde şöyledir:

"[t]he suitability of an anti-suit injunction involves different considerations from the suitability of other preliminary injunctions."

kuralının ihlal edileceği endişesi yer almaktadır¹⁶⁴. Red kararına ilişkin önemli kararlardan biri de öğretilde, “aşırı dar yorum” olarak değerlendirilen¹⁶⁵ *General Elec. Co. v. Deutz AG* davası kararıdır¹⁶⁶. Bu davada özetle; ICC tahkimine başvuru yapan *Deutz* şirketi, aynı zamanda Amerikan yargılamasının sonlandırılması amacıyla İngiliz Yüksek Mahkemesi’nden dava açma yasağı talebinde bulunmuş ancak bu talebi kabul görmemiştir. Benzer şekilde *General Electric* şirketi de dava açma yasağı talebinde bulunmuş ve bu talep Amerikan bölge mahkemesince kabul edilmişse de; Amerikan 3. Temyiz Mahkemesi, bu talebi “dar yorum” metodunu uygulayarak reddetmiştir. Amerikan 3. Temyiz Mahkemesi; tahkim yeri olan İngiltere’de geçerli bir tahkim şartının olmadığına hükmedildiği ve İngiliz mahkemesinin Amerikan mahkemelerine dönük dava açma yasağı kararı vermediği hususunu da dikkate alarak, dava açma yasağı tedbir kararını bozmuştur. Amerikan mahkemesi; İngiltere’nin bu davranışını önemsemek suretiyle yukarıda tartıştığımız milletlerarası nezaket (*international comity*) kuralının, tedbir talebinin önüne geçtiğini kabul etmiştir. Temyiz mahkemesi daha da ileri giderek; dava açma yasağının ancak “önemli kamu düzeni ihlali ile kendi yargısını korumak amaçlı verilebileceği” yönünde katı bir yaklaşım sergilemiştir. *Walden v. ES Capital, LLC* davasında¹⁶⁷ ise Alabama Yüksek Mahkemesi, benzer şekilde dava açma yasaklarının ancak istisnai hallerde (*rare occasion*) uygulanan ve “yargı yetkisi veya önemli bir kamu düzeni ihlalinde” uygulanması gerektiğini vurgulamıştır¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Dar yorumun; Columbia Bölgesi Temyiz Mahkemesi (U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit) tarafından milletlerarası nezaket kuralına dayanarak geliştirildiği öğretilde vurgulanmaktadır. Yukarıda da ele aldığımız ve birçok ülke hükümetlerinin de devreye girmesine sebebiyet veren *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airline* davasının (731 F.2d 909 (D.C. Cir. 1984)), bu dar yoruma esas kaynaklık ettiği belirtilmiştir. Bkz. Julie Bédard, “Chapter 14: Anti-suit Injunctions in International Arbitration”, in **Laurence Shore, Tai-Heng Cheng, et al. (eds), International Arbitration in the United States**, Kluwer Law International 2017) pp. 289 – 316, s. 291-292. Bu karara göre; dava açma yasakları, davacıların foruma ait “önemli kamu düzeni prensiplerini ihlallerini” önlemek amacıyla istisnai şekilde verilebilir. Uyuşmazlık konusu ile tarafların aynı olması da, dava açma yasaklarını tek başına meşrulaştırmamaktadır. Bkz. *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airline* davasının (731 F.2d 909 (D.C. Cir. 1984)), 928-929:

“...Antisuit injunctions are also justified when necessary to prevent litigants' evasion of the forum's important public policies... and thus better rule is that duplication of parties and issues is not alone sufficient to justify issuance of antisuit injunction unless so many actions have been commenced that no advantage is to be gained from multiple actions other than harassment and attrition.”

¹⁶⁵ Ali/ Nesbitt/ Wessel, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁶⁶ 270 F.3d 144.

¹⁶⁷ 89 So.3d 90.

¹⁶⁸ “Court may enter an anti-suit injunction against foreign parallel proceedings on the rare occasion when needed to protect jurisdiction or an important public policy.”

Aşağıda inceleyeceğimiz üzere; zamanla tahkim lehine ve dolayısıyla geniş yorum lehine gelişme yaşanmakla beraber, güncel davalarda da hala dar yorumun izlerine rastlamak mümkündür. Örneğin 2015 tarihli *APR Energy, LLC v. First Inv. Group Corp.* davasında¹⁶⁹ Florida Bölge Mahkemesi (*Jacksonville*), geniş yorumu açıkça reddetmiş ve dava açma yasaklarının “nadiren ve dikkatle” kullanılmaları gerektiğini vurgulamıştır¹⁷⁰. Mahkeme bu kararında; 2., 3., 6. ve D.C. Temyiz Mahkemeleri’nin katı yorumu (*conservative approach*) takip ettiklerini vurgulamış, bu yoruma yakın olmakla beraber kesin sınırlarla dar yorumu takip etmekten de kaçınmıştır¹⁷¹. Kanımızca mahkeme her iki yorumdan kaçınarak, aşağıda daha da detaylandıracağımız dengeleyici yorumu esas almıştır. Ancak bazı güncel davalarda; doğrudan dar yorum uygulanmak suretiyle, dava açma yasağı talebinin reddedildiği de görülmektedir. 2013 tarihli *Maroc Fruit Board S.A. v. M/V ALMEDA STAR* davasında¹⁷² Massachusetts Bölge Mahkemesi; milletlerarası nezaket kuralına önemli ölçüde ağırlık vermiş (“*substantial weight*” to considerations of international comity) ve mahkeme yargısını “tehdit eden” bir durum olmadığından dolayı, davacı şirketin dava açma yasağı talebini reddetmiştir. 2017 tarihli *1st Source Bank, Plaintiff/Appellee, v. Joaquim Salles Leite Neto, Defendant/Appellant* davasında¹⁷³ Amerikan 7. Temyiz Mahkemesi; yine milletlerarası nezaket kuralına ağırlık vererek, *Neto* şirketinin dava açma yasağı talebini reddeden bölge mahkemesi kararını onaylamıştır.

Bu tür güncel davalar göstermektedir ki dava açma yasaklarına dair endişeler ve sınırlayıcı yorumlar etkisini göstermeye devam etmektedir¹⁷⁴. Dar yorum; dava açma yasağı gibi önemli bir koruyucu önlemi sınırlandırdığından, aynı zamanda paralel davaları “normal” bulan ve nezaket gereği bu tedbirlere başvurulmamasını öngören görüşler için de aslında uyumlu bir yaklaşım olmaktadır¹⁷⁵. Kanımızca

¹⁶⁹ 88 F.Supp.3d 1300.

¹⁷⁰ “Nevertheless, the Court is mindful that because an anti-suit injunction effectively restricts the jurisdiction of a foreign court, such an injunction should be “used sparingly” and granted “only with care and great restraint.” *China Trade & Dev. Corp. v. M.V. Choong Yong*, 837 F.2d 33, 35–36 (2d Cir.1987).

¹⁷¹ Amerikan 1. Temyiz Mahkemesi’nin “değişik bir dar yorum” (*modified conservative approach*) benimsediği hakkında bkz. Bédard, *a.g.e.*, s. 293.

¹⁷² Ali/ Nesbitt/ Wessel, *a.g.e.*, s. 13.

¹⁷³ 961 F.Supp.2d 362 (2013).

¹⁷⁴ 2017 WL 1361214 (C.A.7) (Appellate Brief).

¹⁷⁵ Diğer benzer yöndeki davalar için bkz. *Stonington Partners, Inc. v. Lernout & Hauspie Speech Prods.*, 310 F.3d 118, 126 (3d Cir.2002); *Gau Shan Co. v. Bankers Trust Co.*, 956 F.2d 1349, 1355 (6th Cir.1992); *China Trade*, 837 F.2d at 36 (2d Cir.); *Laker Airways*, 731 F.2d at 927 (D.C.Cir.).

¹⁷⁶ Dava açma yasaklarının reddinin temelinde milletlerarası nezaket kuralının bulunduğu hakkında bkz. Kathryn E. Vertigan, “Foreign Antisuit Injunctions: Taking a Lesson from the Act of State

gerçek manada kesin sınırlarla belirlenmiş bir dar yorumdan bahsetmek günümüzde güçtür zira dar yorum yaptığı ileri sürülen mahkemeler bile çoğu zaman milletlerarası nezaket ile mahkeme yetkisi veya taraf menfaati arasındaki dengeyi yine de tartışarak aslında dengeleyici yoruma doğru kaymaktadır. Ancak dar yorum ile dengeleyici yorum arasında kalın çizgi çekmek yerine, dar yorum ile geniş yorum arasında dava açma yasağı şartları açısından değerlendirme yapmamız daha sağlıklı olacaktır. Zira dar yorumun aksine, geniş yorumda dava açma yasağının verilebilme şartları daha esnek ve birbirine alternatif olarak ele alınmaktadır.

b) Geniş Yorum (*Liberal Standard*)

Gerek öğretide¹⁷⁶, gerek mahkeme kararlarında¹⁷⁷ Amerikan 5., 7. ve 9. Temyiz Mahkemeleri'nin dava açma yasakları konusunda geniş yorumu tercih ettikleri belirtilmektedir. Geniş yorum taraftarları; ön şartlar (uyuşmazlık ve taraf açısından benzerlik) sağlandıktan sonra, daha geniş ve esnek şartlar arayarak aşağıdaki şartlardan birinin varlığı halinde dava açma yasağı talebini genellikle kabul etmektedirler¹⁷⁸:

- (1) Yabancı yargılama, bir politika veya kamu düzeni kuralını ihlal ediyorsa veya
- (2) Yabancı dava, zarar verme amaçlı (*vexatious*) veya yıpratıcı (*oppressive*) ise veya
- (3) Yabancı yargılama, Amerikan mahkemesinin yetkisini tehdit ediyorsa veya

Doctrine", **76 Geo. Wash. L. Rev.** **155** (2007), s. 169 vd. Dar yorum; milletlerarası nezaket kuralının uluslararası ticaret için önemli olduğundan yola çıkarak, dava açma yasağının ne zaman verileceği hususunun aynı zamanda küresel ekonomi için de önemli olduğunu göz önünde bulundurmaktadır. Görüş için bkz. Taryn M. Fry, "Injunction Junction, What's Your Function - Resolving the Split over Antisuit Injunction Deference in Favor of International Comity", **58 Cath. U. L. Rev.** **1071** (2009), s. 1074 vd. Milletlerarası nezaket doktrini sadece dar yorum için geçerli değildir. Aslında dava açma yasağına karşı geniş yorum esasını takip eden mahkemeler de bu doktrinin ilgisini ve önemi kabul etmekte ancak doktrine değerlendirmelerinde daha az ağırlık vermektedirler. Bkz. Walter W. Heiser, "Using Anti-Suit Injunctions to Prevent Interdictory Actions and to Enforce Choice of Court Agreements", **2011 Utah L. Rev.** **855** (2011), s. 858; ayrıca bkz. "Antisuit Injunctions and International Comity", **71 Va. L. Rev.** **1039** (1985), s. 1053 vd.; Amerikan mahkemelerinin dava açma yasağı verme konusunda "isteksiz" oldukları konusunda bkz. Born, **Commercial Arbitration**, s. 1294.

¹⁷⁶ Jorge L. Contreras / Michael A. Eixenberger. "The Anti-Suit Injunction - A Transnational Remedy for Multi-Jurisdictional SEP Litigation", **Utah Law Digital Commons**, 5-2017, s. 4; Bédard, **a.g.e.**, s. 292-293; J. P. McEvoy, "International Litigation: Canada, Forum Non Conveniens and the Anti-Suit Injunction", **17 Advoc. Q.** **1** (1995), s. 14 n. 43; Vertigan, **a.g.e.**, s. 166; Fry, **a.g.e.**, s. 1073-1074; Tan, **a.g.e.**, s. 582 dn. 131; Heiser, **a.g.e.**, s. 858.

¹⁷⁷ **APR Energy, LLC v. First Inv. Group Corp.** 88 F.Supp.3d 1300.

"The Fifth and Ninth, and likely the Seventh, Circuits follow the liberal approach, under which "an international anti[-]suit injunction is appropriate whenever there is a duplication of parties and issues and the court determines that the prosecution of simultaneous proceedings would frustrate the speedy and efficient determination of the case."

¹⁷⁸ Contreras / Eixenberger, **a.g.e.**, s. 4-5; Vertigan, **a.g.e.**, s. 165-166.

(4) Yabancı forumdaki yargılama, hakkaniyete aykırılık oluşturuyorsa veya

(5) Yabancı forumdaki davada aynı uyuşmazlığın görülmesi gecikmeye, zorluğa, masrafa, çelişen kararlara vs. sebebiyet veriyorsa dava açma yasağı verilmektedir.

Bu kadar geniş sebeplerin birbirine alternatif olarak öngörülmüş olması elbette dava açma yasağının olumlu sonuçlanmasını kolaylaştırmaktadır. Geniş yorum taraftarları; paralel davaları “olumlu ve doğal” bulan dar yorum taraftarlarının aksine paralel davaları, zarar verici ve tekrara sebebiyet veren (*vexatitous and duplicative*) işlemler olarak görmektedirler¹⁷⁹. Kanımızca; ilk dört sebebe dayanılmasa bile, dava açma yasağı talebini olumlu değerlendirmek için beşinci sebebe rahatlıkla dayanılabilir zira paralel davalar nitelikleri itibarıyla beşinci maddede sayılan hususları (gecikme, zorluk, ek masraf vb.) doğal olarak bünyelerinde taşımaktadırlar. Ancak salt “yabancı davanın tekrara sebebiyet vereceğini” belirterek ek sebeplerin gösterilmemesi, geniş yorum esas alan mahkemeler için de ikna edici değildir¹⁸⁰. Dolayısıyla somut olaya göre bazen tek sebep yeterli olabileceksen, bazı hallerde mahkemenin ikna olması için ek kanıtlara ihtiyaç duyulabilir. Genel olarak gecikme, ek masraf, muhtemel karar çelişkileri gibi çeşitli sebepler dava açma yasaklarına olumlu yaklaşılmasının temelini oluşturmaktadır¹⁸¹. Bu yorumun; dava açma yasağı kararı veren mahkemenin politikaları ile yetkisini korumasına rağmen, yabancı ülkenin kendi yetkisini belirleme özgürlüğüne karşı bir “duyarsızlık” oluşturduğu da vurgulanmaktadır¹⁸².

Bu yorumun benimsenmesiyle verilmiş olan çeşitli mahkeme kararları mevcuttur. *Kaepa, Inc. v. Achilles Corp.* davasında¹⁸³ Amerikan Temyiz 5. Temyiz Mahkemesi; Japonya’da dava açan distribütör *Achilles* şirketine karşı talep edilen

¹⁷⁹ Ali/ Nesbitt/ Wessel, **a.g.e.**, s. 14; zarar verici ve tekrara sebebiyet verme (*vexatitous and duplicative*) hususları; dava açma yasağının kabulü için geniş yorum esasını benimseyen mahkemelerce çoğu zaman yeterli görülmektedirler. Bédard, **a.g.e.**, s. 296; oysaki dar yorum esasında, bu hususlar yeterli görülmemekte, önemli bir kamu prensibinin ihlali (*threat to a strong U.S. policy*) gibi ağır şartlar aranmaktadır. Krş. Vertigan, **a.g.e.**, s. 168 vd.

¹⁸⁰ *O'Brien v. TCG Consulting Partners, LLC*, 2016 WL 1177992. (Westlaw, 2017).

“The mere duplication of issues, however, without more, does not convince the Court of the need for an injunction to prevent an irreparable miscarriage of justice, or to prevent the pursuit of vexatious or oppressive litigation, particularly in light of the “presumption in favor of concurrent jurisdiction”

¹⁸¹ Bu yorum türünde de aslında milletlerarası nezaketin (*international comity*) önemi kabul edilmekte ancak değerlendirmedeki ağırlığı daha az kabul edilmektedir, bkz. Heiser, **a.g.e.**, s. 869; Bédard, **a.g.e.**, s. 296 vd.; Vertigan, **a.g.e.**, s. 172, 179; geniş yorumun “azınlık görüşü” olduğu konusunda bkz. Fry, **a.g.e.**, s. 1079 vd.; Tan, **a.g.e.**, s. 575.

¹⁸² *Antisuit Injunctions and International Comity*, **71 Va. L. Rev. 1039 (1985)**, s. 1051; Türk hukukunda ise dava açma yasaklarının “ihtiyati tedbir” niteliğinde oldukları görüşünde olan Nomer; benzer şekilde yabancı dava açma yasaklarının, “yargılama hakkını ağır ve kabul edilemez şekilde” ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 512.

¹⁸³ 76 F.3d 624.

dava açma yasağını yabancı davanın gecikme, zorluğa ve ek masrafa yol açacağına kanaat getirerek davacı şirket lehine onaylamıştır. Mahkemeye göre; dava açma yasakları, uluslararası ilişkileri tehdit eden bir yaptırım olarak değerlendirilmemelidir. Dava açma yasakları konusunda oldukça atıf alan *Karaha Bodas Co., L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara* davasında¹⁸⁴ da yukarıda belirttiğimiz beş alternatif şart¹⁸⁵ ele alınarak dava açma yasağı talebi onaylanmıştır.

Geniş yorum esas alınarak verilmiş birçok karar bulmak mümkündür¹⁸⁶. Bu da dava açma yasağı, dolayısıyla da milletlerarası tahkim lehine gelişmeler yaşandığının bir göstergesidir. Güncel kararlarda da, geniş yorum esasını benimseyen birçok karar vardır. *Custom Polymers PET, LLC v. Gamma Meccanica SpA* davasında¹⁸⁷ bölge mahkemesi; tüm yorum türlerini tek tek incelemek suretiyle geniş yorum esasında karar kılarak, dava açma yasağı kararını onaylamıştır. *H-D Michigan, LLC v. Hellenic Duty Free Shops S.A.* davasında¹⁸⁸ ise Amerikan 7. Temyiz Mahkemesi, Yunanistan'da dava açan davalının davadan çekilmesi amacıyla dava açma yasağı kararını onaylamış ve bu tedbirin hiçbir şekilde Yunanistan'ın egemenliğine ve milletlerarası nezakete zarar vermediğini belirtmiştir. *Microsoft Corp. v. Motorola, Inc.* davasında¹⁸⁹ ise Almanya'da dava açan *Motorola* şirketi aleyhine Amerikan bölge mahkemesince verilen dava açma yasağı, geniş yorum çerçevesinde ele alınarak beş şarttan çoğu mevcut olduğundan ve milletlerarası nezaketin ihlal edilmediğinden bahisle onaylanmıştır.

Uygulamada geniş yorum esasını takip eden birçok karar bulunmakla beraber; dava açma yasaklarını dar ve geniş yorumlayan yaklaşımları katı şekilde uygulamayı reddederek, ortada bir yaklaşım sergileyen mahkeme kararları da mevcuttur.

¹⁸⁴ *Karaha Bodas Co., L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, United States Court of Appeals, Second Circuit. 500 F.3d 111. (Westlaw, 2017).

¹⁸⁵ 500 F.3d 111, s. 119:

"If these two threshold requirements are satisfied, "courts are directed to consider a number of additional factors," id., including whether the parallel litigation would: (1) frustrat[e] ... a policy in the enjoining forum; (2) ... be vexatious; (3) ... threat[en] ... the issuing court's in rem or quasi in rem jurisdiction; (4) ... prejudice other equitable considerations; or (5) ... result in delay, inconvenience, expense, inconsistency, or a race to judgment."

¹⁸⁶ Dar yorumu benimseyen Amerikan temyiz dairelerinin sayısı fazla olmakla beraber, dava açma yasağı lehine de çok fazla sayıda karar bulmak pekâlâ mümkündür. Muhtemelen daire sayısından yola çıkan bir görüş, Ameikan hukukunda geniş yorumun azınlık görüşü olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Fry, **a.g.e.**, s. 1079.

¹⁸⁷ 185 F.Supp.3d 74, United States District Court, D. South Carolina, Greenville Division. (Westlaw, 2017).

¹⁸⁸ United States Court of Appeals, Seventh Circuit. 694 F.3d 827. (Westlaw, 2017).

¹⁸⁹ 696 F.3d 872 (Westlaw, 2017).

c) Dengeleyici Yorum (*Middle-ground Approach*)

Dengeleyici yorumu esas alan mahkemeler; gerek dar gerekse geniş yorumu katı şekilde uygulamaktan kaçınarak, dava açma yasaklarını değerlendirirken “milletlerarası nezaket ile taraf menfaati arasında” hakkaniyetli bir denge gözetmektedirler¹⁹⁰. Bu yorumda milletlerarası nezaket gereği dava açma yasağını reddetme sadece bir “karine” olarak kabul edilmekte ve hakkaniyet gereği eğer geniş yorumda ele alınan şartlar incelendikten sonra tedbirin gerekliliği, milletlerarası nezaket endişesinden daha ağır basıyorsa talep kabul edilmektedir¹⁹¹. Gerek öğretide, gerek mahkeme kararlarında; Amerikan 1. ve 2. temyiz mahkemelerinin, çoğunlukla bu dengeleyici yorumu esas aldıkları belirtilmektedir¹⁹².

Hans A. QUAACK et al., Plaintiffs, Appellees, v. Klynveld Peat Marwick Goerdeler Bedrijfsrevisoren (KPMG), Defendant, Appellant davasında¹⁹³ Amerikan 1. Temyiz Mahkemesi, mahkemeler arasında oluşan farklı yaklaşımları irdelerken dengeleyici yorumu esas almıştır. Temyiz Mahkemesi; milletlerarası nezaketi (*international comity*) ihlal ettiği ve dava açma yasaklarının kolayca elde edilmesine sebebiyet verdiği gerekçesiyle, geniş yorumu olduğu gibi kabul etmemiştir. 1. Temyiz Mahkemesi’ne göre; uluslararası ilişkileri de ilgilendiren alanda kullanılmakta olan dava açma yasaklarına karşı, daha “dikkatli ve ölçülü bir yaklaşımın” (*cautious and measured approach*) sergilenmesi hukukun bir gerekliliğidir. Aynı mahkeme daha önceki bir kararına¹⁹⁴ atıfta bulunarak, milletlerarası dava açma yasaklarının “dikkatle ve oldukça sınırlı” (*with care and great restraint*) şekilde ve milletlerarası nezaket de dikkate alınarak uygulanması gerektiğini yinelemiştir. Ancak mahkeme, ayrıca dar yorumu da “yetersiz” bularak reddetmiştir. Mahkemeye göre, her ne kadar dar yorum milletlerarası nezaketi dikkate almakta ise de “kötü niyet” (*bad faith*) ve “zarar verme” (*vexatiousness*) amacı gibi hususları göz ardı etmektedir. Böylece 1. Temyiz Mahkemesi, tarafların davranışları ile yabancı davanın adil bir sonuca ulaşma üzerindeki etkisini de dikkate alan dengeleyici bir yorumu esas almıştır. Bu yorum türü, “mevcut şartların tümünü nazara alan” ve “yumuşatılmış” bir yorum türü

¹⁹⁰ Contreras / Eixenberger, **a.g.e.**, s. 4; Ali/ Nesbitt/ Wessel, **a.g.e.**, s. 15.

¹⁹¹ Ali/ Nesbitt/ Wessel, **a.g.e.**, s. 15.

¹⁹² *APR Energy, LLC v. First Inv. Group Corp.* 88 F.Supp.3d 1300. (Westlaw, 2017).

¹⁹³ 361 F.3d 11. (Westlaw, 2017). Bazı yazarlar; “liberal-geniş” yorum esasını reddeden bu kararı, dar yorumu benimseyen karar olarak da kabul etmektedirler. Bkz. Vertigan, **a.g.e.**, s. 171. Bu kararda kanımızca da yerinde olarak; 1. Temyiz Mahkemesi’nin, “değiştirilmiş” bir dar yorum esasını (*the modified conservative approach*) benimsediğini ileri sürmek daha doğru olacaktır. Bkz. Fry, **a.g.e.**, s. 1089.

¹⁹⁴ *Canadian Filters (Harwich) Limited, Plaintiff, Appellee, v. Lear-Siegler, Inc., Defendant, Appellant*, 412 F.2d 577, paragraf 578 (Westlaw, 2017).

olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹⁵. Nitekim milletlerarası nezaketi de dikkate alarak talebi mevcut şartlarıyla ele alan 1. Temyiz Mahkemesi; nihai olarak bölge mahkemesi tarafından verilen dava açma yasağının uygun ve adil olduğunu kabul ederek, KPMG şirketinin Belçika'daki davasından çekilmesini öngören dava açma yasağını onaylamıştır¹⁹⁶.

Yukarıda da ele aldığımız 2015 tarihli *APR Energy, LLC v. First Inv. Group Corp.* davasında¹⁹⁷ Florida Bölge Mahkemesi (*Jacksonville*), geniş yorumu açıkça reddetmiş ve dava açma yasaklarının nadiren ve dikkatle kullanılmaları gerektiğini vurgulamıştır¹⁹⁸. Mahkeme bu kararında ayrıca kesin sınırlarla dar yorumu takip etmekten de kaçınmıştır. Mahkeme böylece dengeleyici yorumu esas almıştır¹⁹⁹. Dengeleyici yorum, mahkemelere esneklik sağlamak ve davanın şartlarını da nazara alarak farklı sonuçlara ulaşılmasını mümkün kılmaktadır. Böylece dengeleyici yorum sayesinde; milletlerarası nezaket kuralı göz ardı edilmediği gibi, yargılamaya hâkim olan taraf serbestisi ile usul ekonomisi ilkeleri de korunmakta ve tarafların yargılama sürecine zarar verici halleri engellenebilmektedir.

3. Değerlendirme

Amerikan mahkemeleri bakımından yukarıda irdelediğimiz yorum türlerine, diğer ülkelerde de aynı şekilde karşılaşmak zordur. Zira ABD'nin federal yapısı gereği; gerek eyalet gerek federal düzeyde bu tür farklı yorumların çıkması, kanımızca doğal karşılanmalıdır. Oysaki İngiltere gibi üniter ülkelerde; dava açma yasağı dâhil geçici hukuki korumaların, nihai olarak inceleneyeceği merciler önceden belirlenmiş olduğundan²⁰⁰ ve federal yapılanma da söz konusu olmadığından kanımızca artık “farklı mercilerin dava açma yasaklarını farklı yorumlaması” değil,

¹⁹⁵ Ali/ Nesbitt/ Wessel, **a.g.e.**, s. 15.

¹⁹⁶ Paragraf 22, 361 F.3d 11. (Westlaw, 2017).

¹⁹⁷ 88 F.Supp.3d 1300. (Westlaw, 2017).

¹⁹⁸ “Nevertheless, the Court is mindful that because an anti-suit injunction effectively restricts the jurisdiction of a foreign court, such an injunction should be “used sparingly” and granted “only with care and great restraint.” *China Trade & Dev. Corp. v. M.V. Choong Yong*, 837 F.2d 33, 35–36 (2d Cir.1987). (Westlaw, 2017).

¹⁹⁹ 88 F.Supp.3d 1300. (Westlaw, 2017). Paragraf 1321:

“Nevertheless, that court, although *rejecting* the liberal approach, *declined* to adopt the precise restrictive construction of the conservative approach. Instead, the court instructed that courts consider *not only preservation of jurisdiction and protection of important national policies, but also any other equitable considerations* surrounding a particular request for an anti-suit injunction.”

²⁰⁰ Senior Courts Act 1981, Madde 37/f.1 (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/section/37>, Erişim 12.10.2017): “The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so.”

“aynı merci veya mercilerin uyuşmazlığın esasına göre farklı kararlar vermesi” söz konusu olmaktadır. Örneğin İngiliz Yüksek Mahkemesi kanun yolu ile önüne gelen dava açma yasağı taleplerinde bazen olumlu bazen de olumsuz karar verebilmektedir. Bu ise Amerikan temyiz mahkemeleri arasındaki üç şekilde karşımıza çıkan yorum farklılığından ayrı bir meseledir. İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi; bir uyuşmazlıkta talebin tüm şartlarının var olduğundan bahisle tedbir kararı verirken, başka bir davada ise örneğin talepte gecikildiğini (*delay*) ileri sürerek red kararı verebilmektedir. Kanımızca ABD’de dar yorum esasını hala takip eden mahkemeler olduğu nazara alındığında; İngiltere’de dava açma yasakları lehine, dolayısıyla da tahkim lehine geniş bir yorumun geliştirildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Dava açma yasağını uzun zamandır kullanmakta olan İngiltere’de mahkemelerin de belirli olması ve üniter yapıdan ötürü, tahkim lehine tek bir genel yaklaşımın olduğundan kanımızca bahsetmek mümkündür. Davaya göre farklı sonuçların çıkması ise doğal olup; bu durum bazı davalarda dar yorum uygulandığı anlamına değil, şartların eksik olduğu anlamına gelmektedir.

Kıta Avrupası ülkelerinin dava açma yasaklarını belirttiğimiz yorum türlerinden hangisiyle değerlendirdiklerini tartışmak, günümüz itibariyle kanımızca pek bir anlam ifade etmeyecektir. Zira bu ülkelerde dava açma yasağı talepleriyle karşılaşmakla beraber Kıta Avrupası’nda; İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi düzeyinde oturmuş yeknesak bir uygulama olmadığı gibi, dava açma yasakları hala bu hukuk sistemlerine yabancılardır²⁰¹. Dolayısıyla eğer bir yaklaşımdan bahsedilecekse genel olarak; Kıta Avrupası hukuk sisteminde dava açma yasaklarının; dar yorumdan da öte “red” veya “kabul etmeme” yaptırımlarına tabi tutulduğu, tüm olumlu gelişmelere rağmen söylenebilir. Ancak yine de aşağıda tartışacağımız Fransa, Japonya, Çin, İsveç, İtalya gibi ülkelerin dava açma yasaklarına dair kararları incelendiğinde; belirli bir yorum türüne koyamamakla beraber, dava açma yasağı ve tahkim lehine Kıta Avrupası hukuk sisteminde de olumlu gelişmelerin yaşandığını ileri sürebiliriz.

Her ne kadar Amerikan mahkemeleri arasında ortaya çıkan farklı yorum türlerinden, dengeleyici yorum kanımızca daha uygun ise de; bu yorum türleri, en nihayetinde Amerikan hukukuna özgüdür ve diğer ülkeleri de kapsayacak şekilde uygulanmaktan uzaktır. Bu nedenle, dava açma yasağı için daha genel geçer bir

²⁰¹ Born, **Commercial Arbitration**, s. 1296-1297; Ekşi, **Lex Mercatoria**, s. 153; çeşitli Kıta Avrupa ülke mahkemelerinin kararları için bkz. yukarıda “Yorumlanması”.

yorum metodunun geliştirilmesi esastır. Kanımızca dünyanın herhangi bir yerindeki mahkeme dava açma yasağı talebi ile karşılaştığında derhal kamu düzeni, milletlerarası nezaket gibi katı ve muğlâk gerekçelere başvurmak yerine; dava açma yasağı talebine dayanak oluşturan vakıaları topluca değerlendirerek, tahkim lehine bir değerlendirme yapılmalıdır. Elbette bu görüş, her davada dava açma yasaklarının olumlu karşılanması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Ancak dava açma yasağının düzenlenmediği hukuk sistemlerinde bile; dava açma yasağı taleplerine olumlu yaklaşılması²⁰², tahkim lehine yorum görüşümüzü desteklemektedir. Ancak tekrar belirtelim ki yukarıdaki üç ana yorum türü; ülkesel düzeyde kalmakta ve ülkelerin usul hukukundaki farklılıklarından dolayı farklı şartlar da arandığından, dava açma yasaklarının hem kabulünde hem de yorumlanmasında ortak bir çözüme ulaşmak imkânsız hale gelmektedir. Yine de belirttiğimiz gibi tahkim sözleşmesini konu alan dava açma yasağı taleplerinde; geçerli şekilde düzenlenmiş olan tahkim lehine yorumun, hem dava açma yasakları hem de milletlerarası tahkim için daha uygun olduğu savunulabilir. Hakemler tarafından incelenecek dava açma yasağı taleplerinde ise; zaten belirli bir yorum türü arayışına girmek kanımızca uygun değildir zira *kompetenz-kompetenz* gereği yetkisini belirleyen hakem heyeti, gelen tüm deliller ile talepleri serbestçe değerlendirerek ve tahkim sözleşmesini de nazara alarak tahkim lehine bir yaklaşımla tarafların iddialarını değerlendirebilecektir.

C. İlgili Bazı Hukuki Kavramlar

1. Milletlerarası Nezaket (*International Comity*)

Bir milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku problemi olan dava açma yasağının, milletlerarası özel hukuk ve usul hukukundaki diğer birçok kavramla yakın ilişkisi vardır. Bu tür tedbirlerin yakın ilişkide olduğu kavramların başında ise, milletlerarası nezaket (*international comity*) kavramı gelmektedir. Kökleri ortaçağa kadar uzanan²⁰³ milletlerarası nezaket doktrini ile dava açma yasağı arasındaki ilişki oldukça önemlidir zira yukarıda da incelendiği üzere, dava açma yasağına karşı çıkan

²⁰² Fransız Yüksek Mahkemesi'nin, dava açma yasağı talebine dair olumlu bir değerlendirmesi için bkz. Civ. 1ère, 14 October 2009, pourvoi n° 08-16.369, *In Zone Brands*. (Kluwer Arbitration, 2018).

²⁰³ John Kuhn Bleimaier, "The Doctrine of Comity in Private International Law," **Catholic Lawyer** 24, no. 4 (Autumn 1979): 327-332, s. 327; milletlerarası nezaket kuralının, Hollandalı hukukçu Ulrich Huber'in çalışmalarında 17. yy sonlarına doğru esaslarıyla beraber yer aldığı ve İngiltere tarafından da sonradan kabul edildiği hakkında bkz. William S. Dodge, "International Comity in American Law," **Columbia Law Review** 115, no. 8 (December 2015): 2071-2142, s. 2084-2093.

veya bu talepleri dar yorumlayan forumlar ile kişilerin dayandıkları gerekçelerin başında bu kavram yer almaktadır.

International comity kavramının doktrinde tek bir tanımı yapılamamakla beraber, bu kavram milletlerarası özel hukuk açısından hep önemini korumuştur. Bu kavram, dilimize “milletlerarası nezaket” olarak yer edinmiş ve ülkeler arasında herhangi bir sözleşme olmaksızın “milletlerarası dostluğun gerekliliklerine” bağlı olarak ortaya çıkan bir hassasiyet şeklinde anlaşılmıştır²⁰⁴. Yabancı öğretilerde de farklı kelimelerle de olsa; milletlerarası nezaket kavramı, buna benzer şekilde tanımlanmaktadır. Buna göre milletlerarası nezaket kısaca; “bir devletin egemenliğe dayalı yargılama yetkisinin, başka devlet lehine ülke sınırlarının dışına çıkmaması ve başka ülkenin de hukuk sistemine saygı duyulması” olarak anlaşılabılır.²⁰⁵ Dava açma yasağını daha yakından ilgilendiren bazı tanımlar da yapılmaktadır. Milletlerarası nezaket kavramı; bir yabancı mahkemenin de, “kendi kurallarını uygulayarak bağımsız ve başarılı bir şekilde uyuşmazlığı çözebileceğini” kabul etme ve bu yabancı mahkemenin yetkinliğine güvenmeyi gerektiren bir kuraldır²⁰⁶. Bu bağlamda; herhangi bir uyuşmazlık konusunda bir mahkemenin yabancı bir mahkemeye güvenmeyerek kendisini daha üstün ve yetkin görerek bir bakıma yabancı devlet mahkemesini hor görmesi, bu nezaket kuralını ihlal edecek demektir.

²⁰⁴ *Comity* esasının, “yabancı hukukun tatbiki” için dayandırılan “başarısız” bir doktrin olduğu konusunda bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 11-12; *Comity* doktrinin “kanunlar ihtilafı” ve “yabancı mahkeme kararlarının tenfizi” için uzun süre yasal dayanak teşkil ettiği hakkında bkz. Dodge, **a.g.e.**, s. 2071-2072. Milletlerarası nezaket ile milletlerarası adli yardım yakın ilişki içindedir. *Common Law* sisteminde “usuli”, Kıta Avrupası hukukunda ise “idari” kabul edilen milletlerarası adli yardım ile milletlerarası nezaket ilişkisi için bkz. B. Bahadır Erdem, **Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat**, Beta, İstanbul, 1992, s. 41-47. (*Tebligat*).

²⁰⁵ Donald Earl Childress III, “Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws”, **UC Davis Law Review Vol. 44, November 2010, pp. 11-79**, s. 13-14; milletlerarası nezaketin; kendi kamu düzenine aykırılık olmadığı sürece başka ülke mahkemelerinin kararlarına etki tanınmasını gerektiren bir kural olduğu hakkında bkz. Bleimaier, **a.g.e.**, s. 327-328; Amerikan hukukunda federe devletler arasındaki hukuki yardımın *comity* esasına göre yapıldığı konusunda bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 519, dn. 72; benzer yönde Bleimaier, **a.g.e.**, s. 328 vd.; *comity* esasının tanımlanmasının imkansız olduğu ancak ille de tanımlanacaksa da, “kamu düzenine aykırılık olmadığı sürece başka ülke mahkemesi kararlarına etki tanınmasını gerektiren” bir doktrin olarak tanımlanabileceği konusunda bkz. Herbert Barry, “Comity,” **Virginia Law Review** **12, no. 5 (1925-1926): 353-375**, s. 354-355; *comity* kuralının muğlak (*vague*) ve belirsiz uygulaması (*uncertain application*) olan bir kavram olduğu konusunda bkz. Michael D. Ramsey, “Escaping “International Comity”, **Iowa Law Review** **83, no. 5 (August 1998): 893-952**, s. 893-894.

²⁰⁶ Felix W. H. Chan, “Anti-suit Injunctions and the Doctrine of Comity”, **(2016) 79(2) MLR pp. 341-363**, s. 352; bir dava açma yasağı talep edildiğinde, yerel mahkeme ile yabancı ülke arasında *comity* tartışmasının neredeyse kaçınılmaz olacağı hakkında bkz. “Antisuit Injunctions and International Comity”, **Virginia Law Review vol. 71, no. 6 (September 1985): p. 1039-1070**, s. 1040 vd.

Milletlerarası özel hukukun gelişmesinde bu kavram önemli rol oynamıştır²⁰⁷; öyle ki Amerikan milletlerarası özel hukukunun temelinde ve gelişmesinde bu prensibin yer aldığı, doktrinde ileri sürülmektedir²⁰⁸.

Milletlerarası nezaket (*international comity*) ile dava açma yasakları arasındaki ilişkinin en belirgin şekilde ortaya çıktığı ve tartışıldığı uyuşmazlık olarak; kısaca *Laker* davası olarak bilinen, fakat esasında birçok davadan oluşan uyuşmazlık gösterilebilir²⁰⁹. *Laker Airways*; 1977 yılında düşük fiyata taşımacılık hizmeti (*no-frills*) sunarak, kendi sektöründe yedide bir gibi büyük bir pay edinerek, öncü şirketlerden biri olmuş ancak 1982 yılında iflas etmiştir. Bunun akabinde *Laker Airways*; diğer havayolu şirketlerinin, yıkıcı fiyat (*predatory pricing*) uygulamasında anlaşılarak ve finans konularına da müdahale etmek suretiyle kendisini iflasa sürükledikleri iddiasıyla Amerikan mahkemelerinde dava açmıştır. Açılan davalarda *British Airways*, *Swissair*, *Lufthansa*, *Sabena*, *KLM* gibi birçok şirketin adı davalı olarak yer aldığından; gerek milletlerarası nezaketin (*international comity*), gerek dava açma yasaklarının talep edilip tartışıldığı birçok dava ortaya çıkmıştır. Amerikan mahkemelerinde açılan davaya karşılık; yabancı davalı şirketler, 1983 yılında İngiltere’de dava açmış ve rekabet hukukunu ihlal etmediklerinin tespiti ile *Laker* şirketinin İngiltere’deki davaya müdahale etmemesi ve ABD’de başlattığı yargılamayı da sonlandırması için tedbir istemişlerdir. *Laker Airways* de buna karşılık; İngiltere’de dava açılmasını engellemek ve açılan davanın sonlandırılması amacıyla tedbir talep etmiş ve bu dava açma yasağı tedbir talebi ABD’de kabul edilmiş ve temyizde de onaylanmıştır. Taktiksel olarak birçok tedbir ve karşı tedbir taleplerinin ortaya çıktığı bu karmaşık uyuşmazlıkta; İngiliz hükümeti de olaya dâhil

²⁰⁷ *Comity* ya da *Comitas Gentium* doktrini sayesinde, bir ülkede elde edilen hakların ülke sınırlarını aşarak başka ülkelerde de tanınmaya başladığı hakkında bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 53-54.

²⁰⁸ Joel R. Paul, “The Transformation of International Comity”, **Law and Contemporary Problems** [Vol. 71: 19 Summer 2008], pp. 19-38, s. 19-20.

²⁰⁹ Uyuşmazlık; antitröst hukukundan kaynaklanan, birçok şirketi konu edinen ve ülke hükümetlerinin de devreye girmesine sebebiyet verecek kadar karmaşık bir uyuşmazlıktır. Bu uyuşmazlık çerçevesinde rapor edilen davalardan bazıları şunlardır: *Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (D.C. Cir. 1984); *Laker Airways v. Pan American World Airways*, 604 F. Supp. 280 (D.D.C. 1984); *Laker Airways v. Pan American World Airways*, 596 F. Supp. 202 (D.D.C. 1984); *Laker Airways v. Pan American World Airways*, 577 F. Supp. 348 (D.D.C. 1983); *Laker Airways v. Union de Transports Aeriens*, 1983-2 Trade Cas. (CCH) 65,743 (D.D.C. Sept 22, 1983); *Laker Airways v. Pan American World Airways*, 568 F. Supp. 811 (D.D.C. 1983); *Laker Airways v. Pan American World Airways*, 559 F. Supp. 1124 (D.D.C. 1983); *British Airways Bd. v. Laker Airways*, 1985 A.C. 58 (1984); *British Airways Bd. v. Laker Airways*, [1984] 1 Q.B. 169 (C.A. 1983); *British Airways Bd. v. Laker Airways*, [1984] 1 Q.B. 142 (1983). (Antisuit Injunctions and International Comity," **Virginia Law Review** vol. 71, no. 6 (September 1985), s. 1043 dn. 21’den naklen).

olmuş ve ilgili uyuşmazlıkta, Amerikan mahkemelerinden gelecek tedbir ile kararlara riayet edilmeyeceği açıklamasında bulunmuştur²¹⁰.

Bu karmaşık uyuşmazlıkta hem İngiliz mahkemelerinin hem de Amerikan mahkemelerinin yetkili olduğu konusunda bir tartışma olmamıştır²¹¹. Ancak bu uyuşmazlıkta; bir rekabetin korunması davasında, tarafların kendilerini güvende hissettikleri ülkelerde dava açmak istemesi ve diğer tarafın davasını engellemek amacıyla tedbirler istemesi nedeniyle, milletlerarası nezaket doktrini ile dava açma yasaklarını karşı karşıya gemiştir. Konumuzun kapsamı gereği milletlerarası nezaketin tüm yönlerine ve kararın tüm detaylarına değinmemekle beraber, bu önemli prensibin amacı doğrultusunda dava açma yasağıyla olan ilişkisini biraz daha açmakta yarar görüyoruz. Dolaylı da olsa başka bir devlet mahkemesinin davadan çekilmesini öngören dava açma yasağı, milletlerarası nezaket kuralının ihlali anlamına gelir mi? Hakemler tarafından verilen dava açma yasağı da milletlerarası nezaket kuralına tabi midir? En önemlisi ise, milletlerarası nezaket kuralı başlıbaşına dava açma yasağına engel midir?

Bunlar haklı sorulardır zira dava açma yasağı, özü itibariyle başka bir devlet mahkemesinin davayı görmesine veya davaya devam etmesine engelken; milletlerarası nezaket kuralı ise tam tersine, yabancı mahkemenin de başarılı bir şekilde uyuşmazlığı çözebileceğini kabul etme ve bu yabancı mahkemenin yetkinliğine güvenmeyi gerektirmektedir. Ancak bu yakın ve birbirine zıt ilişkiye rağmen, milletlerarası nezaket başlı başına dava açma yasaklarını bertaraf etmemelidir zira ikisinin kullanılma amaçları birbirinden oldukça farklıdır. Yukarıda detaylıca incelendiği üzere; dava açma yasağı talep eden tarafın niyeti, tahkim sözleşmesini ihlal eden tarafın sadece birlikte kararlaştırdıkları forumdaki davaya

²¹⁰ Daha detaylı bir analiz ve değerlendirme için bkz. Charles T. Plambeck, "Holding the Antitrust Line: Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines", **10 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.** 251 (1985), s. 251-254; davaya ilişkin yorum (*case comment*) için bkz. "Laker Airways v. Sabena: Comity and Conflict", **17 Law & Pol'y Int'l Bus.** 157 (1985); Daryl A. Libow, "Laker Antitrust Litigation: The Jurisdictional Rule of Reason Applied to Transnational Injunctive Relief", **71 Cornell L. Rev.** 645 (1986), s. 645-647 vd.; doğrudan ABD mahkemelerini hedef alan dava açma yasaklarının, kabul edilemeyeceği ve bu tedbirlerin uluslararası ilişkilere zarar vereceği konusunda bkz. Robert Cannon, "Laker Airways and the Courts: A New Method of Blocking the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws", **Journal of Comparative Business and Capital Market Law** 7 (1985) 63-87, s. 78-80.

²¹¹ Bu uyuşmazlıkta İngiltere mahkemesinin; vatandaşlığa dayalı yetkinin (*nationality based jurisdiction*), toprak esasına dayalı yetkiyi (*territoriality based jurisdiction*) devre dışı bıraktığı şeklindeki savunması da Amerikan mahkemeleri tarafından kabul görmemiştir. Bkz. Plambeck, **a.g.e.**, s. 253; İngiliz hukukunda yetki vatandaşlık esasına dayanmaktayken, Amerikan hukukunda yetkinin toprak esasına göre tayin edildiği konusunda bkz. Libow, **a.g.e.**, s. 658; davaya ilişkin analizlerde toprak esasına dayalı yetkinin, daha genel kabul gören bir kural olduğu hakkında bkz. Cannon, **a.g.e.**, s. 67-68.

katılmasını sağlamaktır. Geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen uyuşmazlığı devlet mahkemelerine götüren davalı tarafın amacı ise genellikle; karşı tarafı korkutmak, zaman kazanmak, karşı taraf zarar vermek ve kendisini daha güvende hissettiği devlet mahkemesine uyuşmazlığı sonuçlandırmaktır.

Hakem veya hakem heyeti tarafından; geçerli bir tahkim sözleşmesine dayanılarak verilen dava açma yasakları için, tartışmalı milletlerarası nezaket kuralına dayanmak doğru olmayacaktır. Kaldı ki milletlerarası nezaket kuralı; ülkeler arasında gelişmiş bir kural olup, bu kurala aykırılık halinde herhangi bir yaptırım da söz konusu değildir²¹². Bu mantıkidir zira bir devletin başka bir devleti yargılaması veya cezalandırması zaten düşünülemez. Hakemler tarafından verilen dava açma yasaklarında ise; milletlerarası nezaket kuralı uygulama alanı bulmaz zira hakem heyeti, devleti temsil eden bir devlet organı değildir. Yukarıda tartışıldığı üzere dava açma yasağı uygulamalarında; her ne kadar sonuç itibariyle bir mahkemenin yetkisine sınırlama getirilmekte ise de, aslında dava açma yasağının muhatabı forumun kendisi değil tahkim sözleşmesini ihlal eden davalı taraftır. Dolayısıyla iki ülke arasındaki “dostluğa aykırı davranış” sorunu, tahkim ile mahkeme arasında mantıken doğmayacaktır. Ancak tahkim yeri mahkemesi tarafından diğer ülke mahkemesinde davalının dava açması yasaklanmışsa; bu durumda da asıl muhatap münhasır yetki sözleşmesini ihlal eden taraf olacağından, tahkim yeri ülkesi ile paralel davanın açıldığı yabancı ülke arasında nezaketin ihlali de kanımızca söz konusu olmayacaktır.

Yukarıda dava açma yasağına dair yorum türlerini ele alırken detaylandırdığımız üzere; uygulamada dar ve katı yaklaşımı benimseyen kararlarda milletlerarası nezaket kuralı, dava açma yasağının reddi için temel gerekçe olarak ileri sürülmektedir. Oysaki bu tür tedbirlerin muhatabı; yabancı devlet veya forumun kendisi değil, münhasır yetki sözleşmesini ihlal eden taraftır. Dolayısıyla ortada bir egemen devletin yargısına güvenmeme veya onu doğrudan engelleme gibi bir nezaketsizlik söz konusu değildir. Sonuç olarak oldukça yakın ilişkilerine rağmen; milletlerarası nezaket kuralının, dava açma yasaklarını reddetmeye yönelik başlıbaşına yeterli bir gerekçe olarak gösterilmesi yerinde olmayacaktır.

²¹² Bu türden bir ihlalin ancak “dostluğa aykırı bir davranış” olarak değerlendirileceği konusunda bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 519; ayrıca bkz. Erdem, **Tebliğat**, s. 41 vd.; bu nedenle milletlerarası istinabenin etkili bir yol olması ancak, milletlerarası sözleşmelerle düzenlenmesine bağlıdır. Bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 594-595; bu amaçla tebligat ve istinabe konularında taraf devletlere kolaylık sağlanması amacıyla usule ilişkin çeşitli Lahey sözleşmeleri yapılmıştır. Sözleşmelerin analizi için bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 594-597; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 492-495, 502-505; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 463-483.

2. Tahkim İlk İtirazı

Günümüzde modern kanunların birçoğunda, tahkim lehine kurallar getirilmiş olup taraflara da tahkime konu uyuşmazlık devlet mahkemesi önüne geldiğinde itirazda bulunma imkânı sağlanmıştır²¹³. Türk hukukunda da; HMK madde 116/f.1-b uyarınca taraflar tahkim ilk itirazını ileri sürerek, Türk mahkemelerinin davayı görmesini engelleyebilmektedirler. HMK madde 117 uyarınca, tahkim ilk itirazı cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir. Tahkim ilk itirazı; HMK madde 114’te belirtilen dava şartlarından sonra, ön sorunlar gibi incelenerek karara bağlanır.

Türk hukukunda ilk itirazlar, “usuli itirazlar” olarak kabul edilmektedir²¹⁴. İleri sürülmeleri açısından ilk itirazlar defilere benzemektedir zira taraflarca ileri sürülmeden mahkemece re’sen dikkate alınmamaktadırlar. İlk itirazlar, “davanın esasına girmeye engel teşkil eden ve belirli sürede ileri sürüldüğü zaman dikkate alınabilen usule ilişkin” savunmalardır²¹⁵. Bu nedenle Türk hukukunda tahkim itirazı; genellikle tahkim şartı veya sözleşmesine rağmen aleyhine devlet mahkemesine başvurulmuş olan davalı tarafından, cevap dilekçesinde bir ilk itiraz olarak ileri sürülebilmektedir. MTK madde 5/f.1 uyarınca; “tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.” Benzer şekilde HMK madde 413 de

²¹³ İsviçre Yüksek Mahkemesi; İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (*Swiss Federal Statute on Private International Law*) madde 186/f.2’ye dayanan davacının, hakemlerin yetkisine olan itirazını esasa ilişkin savunmasını yapmadan evvel ileri sürmesi gerektiğini vurgulamıştır. Hatta mahkeme; tahkimin başlarında bunu yapmayarak, tahkim davasına katılan davacının sonradan yetkisizliğe dayanarak nihai hakem kararının iptali talebini “iyi niyet” prensibine de aykırı bulmuş ve iptal talebini reddetmiştir. (Case 4A_172/2015).

Alman Usul Kanunu (*Zivilprozessordnung*)(ZPO)) bölüm 1032/f.1’e göre; geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen Alman mahkemesinde dava açılmışsa tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu, re’sen dikkate alınacak haller hariç, davacı tarafça esasa dair yargılamaya geçilmeden evvel tahkim itirazında ileri sürülmelidir, yoksa hak kaybedilecektir.

İspanya hukukunda; tahkim veya başkaca sebeple mahkeme yargılamasının sonlandırılması talep edildiğinde, bu talep 10 gün içinde yapılması gerekmektedir. Bu sürenin; NYS (1958) madde II/f.3 kapsamında, tarafların tahkime yönlendirilmesi ve tahkim itirazının yapılması noktasında yetersiz olduğu haklı şekilde vurgulanmaktadır. Bkz. Born, **Commercial Arbitration**, s. 1286.

²¹⁴ Kuru, **a.g.e.**, s. 626 vd.; mahkemenin, tahkim itirazını kabul ettiğinde davayı “usulden” reddedeceği hakkında bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 298; Meltem Ercan, “Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları”, Selçuk Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, 2011, s. 23, (<http://acikerisim.selcuk.edu.tr/>, erişim 10.10. 2017).

²¹⁵ Ercan, **a.g.e.**, s. 23-24; Kuru, **a.g.e.**, s. 626 vd.; ilk itirazların “dava engelleri” oldukları ve bunların usule ait meseleler olarak *lex fori*ye tabi olacakları konusunda bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 509; cevap dilekçesinde süresinde ileri sürülmeyen bir ilk itirazın, “dosyadan anlaşılsa bile” mahkeme tarafında re’sen dikkat alınamayacağı hakkında bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 298-299.

tahkim itirazını düzenlemektedir. HMK madde 413/f.1'e göre; "tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise" mahkeme tahkim itirazını kabul edecek ve davayı usulden reddedecektir. Görüldüğü üzere; MTK ve HMK açıkça; tahkim itirazını "ilk itiraz" olarak kabul etmiş ve ilgili HMK madde 116-117 hükümlerine tabi tutmuştur. Önemle vurgulayalım ki MTK madde 5 ve 6; MTK madde 1/f.3 gereği "tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da" uygulanacağından; MTK kapsamına giren veya girmeyen tüm milletlerarası tahkim uyuşmazlıklarında, Türkiye'de ileri sürülecek tahkim itirazı *lex fori* olan HMK'nın belirtilen hükümlerine göre yapılacaktır²¹⁶.

²¹⁶ HMK madde 413 gereği Türk mahkemesi; tahkim şartı ya da sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olduğuna veya olmadığına kanaat getirdikten sonra, hakemlerin *kompetenz-kompetenz* kuralı çerçevesinde kendi yetkisini tayinini büyük ölçüde anlamsız kılacaktır. Zira uyuşmalık belki de henüz hakem önüne gelmeden; tahkimin geçerliliği veya geçersizliği konusunda verilen mahkeme kararı kesinleşerek, taraflar için bağlayıcı hale gelebilecektir. Mahkemelerin; hakemleri "yetkisiz" ancak hakemlerin kendisini "yetkili" gördüğü hallerde, önceden kesinleşmiş olan bu tahkim sözleşmesinin geçersizliğine dair mahkeme kararı iptal davası aşamasında problem yaratacaktır. Bu bakımdan öğretide mahkemelerin, tahkime dair yetkisizlik itirazlarını "gecikmeye neden olmaksızın" karara bağlamaları gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 25-26; MTK madde 5 düzenlemesinin, tahkim itirazı değerlendirilirken tahkim anlaşmasının geçerliliğinin de inceleneceği izlenimi uyandırdığı konusunda bkz. Emre Esen, "Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011/1, **Ata Sakmar Armağanı**, 355-380, s. 356-357. (*Kompetenz-Kompetenz*).

Kanımızca mahkeme bu tür bir kararı gecikmeksizin verse bile; HMK madde 413 gibi, *kompetenz-kompetenz* kuralını göz ardı eden ve hakemlerin yerine geçerek karar vermeyi meşrulaştıran düzenlemeler eksik olduğundan problem devam edecektir. Burada yapılması gereken, *kompetenz-kompetenz* kuralı çerçevesinde hakemlerin verdiği ya da vereceği yetkiye dair kararı dikkate alacak yeni bir düzenleme yapmaktır. Tahkim şartı ya da sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olup olmadığına dair değerlendirme ise tıpkı NYS (1958)'de olduğu gibi sonraki aşamalarda yani tanıma-tenfiz ile iptal aşamalarında tartışılabilir.

MTK madde 1/f.3 gereği, MTK madde 5 "tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da" uygulanacağından, tüm milletlerarası tahkim uyuşmazlıklarında Türkiye'de ileri sürülecek tahkim itirazı *lex fori* olan HMK'nın belirtilen hükümlerine göre yapılacaktır. İkinci Bölüm'de detaylıca tartışacağımız üzere, bu tür düzenlemeler Türkiye'nin tahkim merkezini olmasını zorlaştırmaktadır. Örneğin; bir Türk şirket ile bir İngiliz şirket arasında Londra merkezli ICC tahkiminin kararlaştırıldığını varsayalım. Türk taraf Türk mahkemesinde dava açtığında; İngiliz davalı, Türkiye'de tahkim itirazında bulunacak ve bu da MTK madde 5'te yer alan atıf nedeniyle ve MTK madde 1/f.3 gereğince yine HMK hükümlerine göre karara bağlanacaktır. Türk mahkemesinin; bir an için hakemlerin yetkisizliğine yani tahkimin geçersizliğine karar verdiğini düşünersek, düzenlemenin yaratacağı problemler daha net anlaşılacaktır. Bu durumda dava açma yasakları dışında; tahkim itirazı reddedilen İngiliz taraf aleyhine karar Türk hukukunda kesinleştiğinde, İngiliz tarafın Londra'daki asıl forum olan tahkimde davayı kazanması büyük ölçüde anlamını yitirecektir. Özellikle de davalının tüm malvarlığının Türkiye'de bulunması halinde, NYS (1958) uyarınca başka ülkede hakem kararının tenfiz edilmesinin bir anlamı da olmayacaktır. Bu yüzden, Türk hukukundaki bu düzenlemenin yeniden değerlendirilmesi kanımızca elzemdir.

İlk bakışta, tahkim ilk itirazı ile dava açma yasağı tedbiri aynı amaca hizmet ediyor gibi görünebilir. Ancak bu kavramlar dikkatlice irdelendiğinde; bu iki önemli kavram arasında amaç, yöntem ve de nitelik açısından önemli farklılıklar olduğu görülecektir. Öncelikle dava açma yasağı; bir geçici hukuki koruma türü iken, tahkim ilk itirazı tarafa kanunen tanınmış olan bir usuli haktır. Ayrıca dava ile ilgili olsalar bile üçüncü kişilerin; taraf bulunmadıkları bir davada, ilk itirazları ileri sürmeleri veya üçüncü kişilere karşı ilk itirazın ileri sürülmesi mümkün değildir²¹⁷. Oysaki aşağıda detaylıca tartışılacağı üzere; tahkime hâkim olan esneklik prensibinin de bir sonucu olarak dava açma yasağı tedbiri, tahkim sözleşmesine taraf olmayan bir kişiye karşı da tartışmalı olmakla birlikte bazı davalarda verilebilmektedir²¹⁸. İlk itirazda, kanunen tarafa tanınmış ve etki doğurması belirli sürede açıkça ileri sürülmesi şartına bağlanmış bir hak söz konusudur. Oysaki dava açma yasakları; hakemler veya mahkemeler tarafından, gerekli görüldükleri takdirde kural olarak herhangi bir süreye tabi tutulmadan tarafların dinlenmesi suretiyle verilebilmektedir. Mahkemeler tarafından verilen dava açma yasaklarında da; kural olarak belirli bir süre öngörülmemekle beraber, yukarıda incelediğimiz üzere oldukça fazla gecikme olmaması ve yabancı davanın oldukça ilerlememiş olması gibi şartlar aranmaktadır. Diğer yandan tahkim itirazının; cevap dilekçesinde ileri sürülmemesi, red için yeterli görülebilmektedir.

İlk itirazlarda; mahkeme aslında pasif durumdadır zira tarafların, tahkim ilk itirazını ileri sürmesi gerekmektedir. İlk itiraz; zamanında ileri sürülmezse, yetkisiz mahkeme yetkili hale dahi gelebilmektedir. Hakemler tarafından dava açma yasağının verilmesi de her ne kadar tarafın bunu istemesine bağlıysa da; bu ileri sürme, “cevap dilekçesi süresi içinde” gibi bir zaman sınırlamasına tabi tutulmamıştır. Taraflarca ileri sürme, “taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa” şeklinde de birçok tahkim düzenlemesinde yerini bulan taraf serbestisinin (*party autonomy*) doğal bir sonucudur. Diğer yandan; dava açma yasaklarının kapsamı daha geniş olup, yukarıda tartıştığımız gibi kendine has özel şartları mevcuttur. İlk itiraz; tek seferde ve belirli bir sürede ileri sürülmesi gereken bir usuli savunmayken; dava açma yasakları, tahkim yargılamasının çeşitli aşamalarında karşı tarafın çeşitli devlet

²¹⁷ Kuru, **a.g.e.**, s. 202; tahkim ilk itirazı; cevap dilekçelerinde, karşı tarafa karşı ileri sürülür. Bir davada birden fazla ilk itiraz ileri sürülebilir. Mahkeme; önce yetki itirazını inceleyecek ve kendisini yetkili görürse, ancak sonrasında tahkim ilk itirazını inceleyecektir. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 299.

²¹⁸ *Joint Stock Asset Management v BNP Paribas*, [2012] EWHC 1023 (Comm); *Shipowners' Mutual Protection and Indemnity Association (Luxembourg) v Containerships Denizcilik Nakliyat ve Ticaret AS (The Yusuf Cepnioglu)*, [2016] EWCA Civ 386. Analiz için bkz. aşağıda İkinci Bölüm.

mahkemelerine başvurmalarını engellemek veya başlanmış paralel davaları durdurmak amacıyla taraflara yönelik verilen tedbirlerdir. İlk itiraz, devlet mahkemesini ilgilendiren ve sadece devlet mahkemesi önünde ileri sürülen bir hak iken; dava açma yasağı tedbiri, hem mahkemelerde hem de hakemler önünde geçerli bir yetki sözleşmesinin ihlali halinde kullanılabilir.

Üstelik hakem heyeti tarafından; genel bir dava açma yasağı alınarak, aynı anda birden çok yabancı forumun engellenmesi de teorik olarak mümkündür. Kanımızca bu; ilk itirazla farkı da ortaya koyan, oldukça önemli bir imkândır. Zira bu durumda tedbiri alan taraf; diğer tarafın, başka devlet mahkemelerinde dava açmasını hakemlerin verdiği tek bir tedbir kararıyla engelleyebilme imkânına kavuşacaktır. Oysaki ilk itirazda davalı taraf, sadece mahkemenin yetkisine itiraz edebilmektedir ve mahkeme bu yetki itirazını değerlendirmektedir. Diğer bir ifade ile tahkim sözleşmesine rağmen hem A hem de B ülkesinde dava açan tarafa karşı; tahkime gitmek isteyen taraf, hem A hem de B ülkesinde tahkim itirazında bulunmak zorunda kalacaktır. Bu şekilde yıpratma amacıyla; A, B, C, D şeklinde ülke sayısı kötü niyetli davacı tarafından pekâlâ artırılabilir. Ancak dava açma yasağının kabul edildiği ve usulünce yeknesak biçimde uygulandığı bir hukuk sisteminde; yetkili hakem heyetinden alınan dava açma yasağı tedbiri, kanımızca tüm yabancı forumlarda etkili olabilecek bir usuli araç olacaktır. Dava açma yasağında; hakem heyeti veya mahkeme, sadece kendi yetkisini değil; tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığını ve yukarıda tartıştığımız şartların var olup olmadığını da incelemektedir. Dolayısıyla ilk itiraz, dava açma yasağına nazaran daha dar kapsamlı olup; dava açma yasağının hedeflerini yeine getirmekten oldukça uzaktır.

3. *Forum Shopping*

Forum shopping; dava açma yasakları gibi *Common Law* sisteminde geliştirilmiş bir prensip olup²¹⁹, Kıta Avrupası hukukuna esasen yabancı bir kavramdır. *Forum shopping*'den bahsedebilmek için öncelikle ve mantıken, davacının farklı forumlar arasından seçim yapabilme imkânının olması gerekir²²⁰. Birçok ülkeyi ilgilendiren çok uluslu şirketlerin (*multinational corporations*) artmasının da, hem *forum shopping* hem de *forum non conveniens* doktrinleri

²¹⁹ Andrew S. Bell, **Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation**, Oxford University Press, 2003, s. 172.

²²⁰ Daniel J. Dorward, "The Forum Non Conveniens Doctrine and the Judicial Protection of Multinational Corporations from Forum Shopping Plaintiffs", U. Pa. J. Int'l Econ. L., [Vol 19:1 1998],141-168, s. 143.

üzerinde ciddi etkisi olduğu vurgulanmaktadır²²¹. Bununla birlikte *forum shopping*, başlı başına hukuken yasak olan bir uygulama değildir ancak oldukça tartışmalı bir husustur²²².

Milletlerarası hukuk düzenlemelerinin bazılarında; uyuşmazlık çözümleri için taraflara, birden fazla forum arasından seçim yapma imkânı getiren hükümler yer almaktadır²²³. Milletlerarası tahkim hukukunda da, taraflar belirli bir uyuşmazlığı çözme noktasında çoğu zaman birden fazla foruma gitme imkânına sahip olmaktadır. Aşağıda detaylıca incelenecek olan NYS (1958)'in uygulamada problem yaratan maddesi V/f.1(e)'de de açıkça, tahkim yeri mahkemesi dışında, hukukuna göre karar verilen mahkemenin de iptal kararı verebileceği

²²¹ Bell, **a.g.e.**, s. 141-142.

²²² Amerikan hukukunda milletlerarası *forum shopping* imkânı; ekonomi yönünden de ele alınmış ve bu imkânın iç hukuktaki *forum shoppinge* nazaran daha büyük bir risk taşıdığı vurgulanmıştır. Bkz. John A. E. Pottow, "The Myth (and Realities) of Forum Shopping in Transnational Insolvency", **Brook. J. Int'l L.** 32, no. 3 (2007):785-817, s. 786-787, dn. 9. *Forum shopping* sadece milletlerarası özel hukukta değil, aynı zamanda milletlerarası kamu hukukunda da karşımıza çıkmaktadır. Hak ihlallerinde taraflar isterse; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (*The United Nations Human Rights Committee*, HRC) veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (*European Court of Human Rights – ECHR*, kısaca "AİHM") forumlarına başvurabileceğinden, milletlerarası kamu hukukunda da *forum shopping* tartışması yapılmaktadır. Çalışmamızın kapsamı dışında olan bu konu ile alakalı detaylı bir çalışma için bkz. Leontine G. P. Specker, "Remedying the Normative Impacts of Forum Shopping in International Human Rights Tribunals", **the New Zealand Postgraduate Law E-Journal (NZPGLeJ) - Issue 2 / 2005**.

Milletlerarası özel hukukta davacılar *forum shopping* imkânının tanınması, davacının usul açısından rahatlık sağlayan ve de en yüksek tazminatı alabileceği forumu tercih etmesine olanak sağlamaktadır. Bu noktada; örneğin New York'tan kalkan uçağın İstanbul'da kaza yapması halinde; hem Türk hem Amerikan mahkemelerinin, Montreal Sözleşmesi (1999) madde 33/f.1 uyarınca yetkili forum olması söz konusu olacaktır. Ancak böyle bir durumda davacı; büyük ihtimalle ve mantıki olarak çok daha yüksek tazminatlar öngören Amerikan mahkemelerini tercih etme eğiliminde olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 231-237. Aynı mantık; diğer *forum shopping* ihtimallerinde de geçerli olmakta ve davacı taraf farklı forumların artılarını ve eksilerini tartarak kararını vermektedir. Hindistan'daki bir sanayi kazası neticesinde dava değerinin Hindistan'da 75 milyon doları geçmezken, ABD'de aynı davanın 235 milyon dolar olduğu ve ek olarak cezai tazminatın (*punitive damages*) da istenebileceği hususunda bkz. Dorward, **a.g.e.**, s. 147-148.

Taraflara bir kere farklı forumlar arasından seçim yapma imkânı tanındığında; tarafın "doğal olarak", kendi işine gelen ve daha rahat davayı kazanacağını öngördüğü forumda dava açmasında şaşılacak bir durum olmadığı konusunda bkz. C. Granger, "The Conflict of Laws and Forum Shopping: Some Recent Decisions on Jurisdiction and Free Enterprise in Litigation", **Ottawa Law Review**, [Vol. 6:416 Summer 1974], 416-437, s. 416-418; *The Atlantic Star*, [1973] 2 W.L.R. 795.

Amerikan hukukunda; ABD'nin *forum shopping* nedeniyle sıklıkla tercih edilmesi sebebiyle, "milletlerarası dava patlaması" (*explosion of transnational litigation*) yaşadığı konusunda bkz.

Christopher A. Whytock, "The Evolving Forum Shopping System", **Cornell Law Review** [Vol. 96:481 2011], 481- 534, s. 482-483.

²²³ Bkz. Enerji Şartı Anlaşması madde 26/f.4; NYS (1958) madde V/f.1 (e)'nin de bu bağlamda iptal davası için iki mahkemeyi yetkilendirdiği söylenebilir. Benzer şekilde; Dünya Ticaret Örgütü (*World Trade Organization - WTO*, "DTÖ") ve NAFTA uyuşmazlık çözüm yollarında da *forum shopping* imkânı vardır, konuya dair analiz için bkz. Marc L. Busch, "Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade", **International Organization** 61, Fall 2007, pp. 735-61, s. 738 vd.; DTÖ uyuşmazlık çözüm mekanizması içinde "uzlaştırma, arabuluculuk, iyi niyet girişimi, tahkim ile panel ve temyiz merci" yargılamalarının bulunduğu hakkında bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 579-583.

anlaşılmaktadır. Bu tür düzenlemeler en azından; milletlerarası özel hukuk ile tahkimde, tarafın birden çok forum arasından seçim yapabileceğini ve bunun yasak olmadığını gözler önüne sermektedir²²⁴.

Elbette birden fazla forumun bu tahkim düzenlemelerinde taraflar lehine öngörülmüş olması, davacı tarafın birden fazla foruma aynı anda başvurabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Tarafa belirlenmiş forumlar arasında seçim yaparak birini seçme imkânı getiren düzenlemeler, tarafa kendi iradesiyle en uygun gördüğü tek bir forumda davasını ikame etme imkânı getirmektedir. Örneğin; bir uçak kazasında yaralanan yolcu, Montreal Sözleşmesi²²⁵ madde 33/f.1 ve madde 33/f.2

²²⁴ Taraflar da; herhangi bir milletlerarası sözleşmeye ihtiyaç duymadan, kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile davacının isteğine bağlı olarak yerel veya milletlerarası düzeyde birden çok forumu birbirine alternatif olarak öngörebilirler. Kesin yetki söz konusu olmayan bir uyuşmazlık için davacının; isteğe bağlı olarak İstanbul mahkemelerinde veya İzmir mahkemelerinde dava açabileceği, taraflarca kararlaştırılabilir. HMK madde 18/2, ülke içinde *forum shopping*'e izin vermektedir. Hükümdeki "...veya mahkemelerin gösterilmesi" ibaresi de ülkesel düzeyde *forum shopping*'e izin verildiğini teyit etmektedir.

Benzer şekilde taraflar; herhangi bir milletlerarası sözleşmeye ihtiyaç duymadan; kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile milletlerarası alanda da birden çok forumu, birbirine alternatif olarak öngörebilirler. Bu tarz bir seçim 5718 sayılı MÖHUK madde 47 uyarınca farklı ülke mahkemeleri açısından da yapılabilir. Yabancılık unsuru ve borç ilişkisi söz konusu iken yazılı bir sözleşme ile ispat edilebilecek şekilde; Türk mahkemesinin münhasır yetkisine ve MÖHUK madde 44-45-46'deki "sınırlı münhasır yetki" hallerinin kapsamına da girmeyen bir konuda da (veya bu kapsama girse bile, korunan zayıf taraf lehine olacak şekilde yapılan), belirli yabancı devlet mahkemeleri birbirine alternatif olarak öngörülebilir. Örneğin; bir Türk şirket ile Alman şirket yapacakları bir sözleşme ile uyuşmazlığın; "davacının seçimine göre, ya Köln mahkemelerinde ya da İstanbul mahkemelerinde", veya "davacının seçimine göre, ya Londra mahkemelerinde ya da Paris mahkemelerinde" çözülebileceğini kararlaştırabilir. Bu tür bir milletlerarası *forum shopping*, MÖHUK madde 47 anlamında geçerli bir forum sözleşmesi olacaktır. Aynı yönde bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 93, dn. 94.

Taraflar; *forum shopping*'i sadece devlet mahkemeleri arasında değil, birden fazla tahkim türü arasında seçim yapmayı da öngörebilir. Örneğin taraflar; "bu sözleşmeden doğacak tüm uyuşmazlıklar davacının seçimine göre, Paris'te ICC Tahkim Kuralları'na göre ya da Londra'da LCIA Tahkim Kuralları'na göre çözülecektir" diyebilirler. Çalışmamızda yer yer incelendiği üzere; bu tür esnek düzenlemeler ileride paralel davalar ile başka sıkıntılara sebebiyet vermekle beraber, bu türden bir *forum shopping* yapmak mümkündür.

Ancak niteliği ve tanımı gereği; tahkim, mahkeme yargılamasını dışlamayı gerektirdiğinden ve tahkim iradesinde "kesinlik" arandığından ötürü, tahkim ile devlet mahkemeleri arasında seçim hakkı öngören *forum shopping* hükümleri geçersiz olacaktır. Bu tür hatalı seçimlik forum ya da yetki sözleşme ile şartları; patolojik tahkim şartları olarak geçmektedir. Hukuken ve fiilen var olmayan bir tahkim kurumunun seçilmesinin, bu patolojik tahkim şartını geçersiz kılacağı konusunda bkz. Şanlı, **Mütalaalar**, s. 819-825. Yargıtay da bu tür "patolojik tahkim şartları" konusunda hassas davranmakta ve "kesin bir ortak tahkim iradesini" geçerlilik için aramaktadır. Bkz. T.C. YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ E. 2014/12342 K. 2015/6885 T. 27.4.2015:

"Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine ilişkin irade açıklaması, tahkim sözleşmesinin temel kurucu unsurudur. Geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için tarafların tahkim iradeleri, yazılı olarak yaptıkları sözleşmede karışıklığa yer vermeyecek şekilde açıkça belirtilmelidir. Açık ve kesin irade açıklaması, tahkim anlaşması ister bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde isterse bir tahkim şartı şeklinde yapılsın, akdin geçerliliği için aranan esaslı şartlardandır. Tahkim sözleşmesi veya şartının, *uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi yolundaki taraf iradesini tereddüde yol açmayacak şekilde içermesi* gerekmektedir."

²²⁵ 1999 Tarihli Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme. Montreal Sözleşmesi, Türkiye açısından 26 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Montreal Sözleşmesi'nin resmi çevirisi için bkz. 01.10.2010 tarihli ve 27716 sayılı R. G.

uyarınca belirlenmiş olan beş yetkili mahkemeden birisinde davasını açabilmektedir. Dikkat edilmesi gereken ise davacı yolcunun; örneğin uçağın varış yeri olan İstanbul mahkemeleri ile taşıyıcının esas faaliyet yeri olan ABD gibi çeşitli forumlardan sadece *birini* seçmek için, takdir hakkına (*at the option of plaintiff*) sahip olmasıdır. Taraf bu seçim hakkını kullanırken örneğin; ABD’de daha yüksek tazminat miktarlarının verildiği gerekçesiyle, ABD lehine forum seçiminde bulunabilir ancak aynı anda beş yerde de dava açmamalıdır.

Teori ve arzulanan uygulama böyle olmasına rağmen; maalesef uygulamada, tarafların bu yoruma uygun davrandıkları söylenemez zira bu tür düzenlemeler tarafın birden çok forumda aynı anda paralel davalar açmasını engellememektedir. Bu istenmeyen durum sadece tarafların fırsat kollayan taktiklerinden değil, hukuki düzenlemenin kendisinden de kaynaklanabilmektedir. Vurguladığımız üzere NYS (1958)’in uygulamada problem yaratan maddesi V/f.1(e)’de açıkça; hakem kararının iptali için tahkim yeri mahkemesi dışında, hukukuna göre karar verilen mahkeme de yetkilendirilmiştir. Aslında burada bir bakıma, hem *forum shopping* hem de yetkili forumların sınırlandırılması durumu birlikte mevcuttur. Zira NYS (1958), verilmiş olan bir hakem kararının iptali (*annulment*) için iki forum öngörmüş ve iptal davaları için üçüncü bir forumda bu hakem kararının iptalini kabul etmemiştir. Dolayısıyla tahkim davasında kaybeden taraf, hem tahkim yeri mahkemesinde hem de ikinci bir forumda aynı iptal davasını açabilecek ve NYS (1958) buna engel olamayacaktır. Elbette forum seçme hükümleri (*forum selection clauses*) davacı tarafa bir seçimlik hak verdiği gibi, ayrıca davanın açılabilceği forumları da sınırlamaktadır. Yukarıda verdiğimiz örnekte davacı yaralı yolcu; madde 33 kapsamına girmeyen başka bir altıncı devlet mahkemesinde kural olarak dava açamamalıdır. Dava açıldığı takdirde, davalı taraf madde 33 kapsamına girmeyen bir forumda dava açıldığı gerekçesiyle milletlerarası yetki itirazında bulunabilecektir zira Montreal Sözleşmesi kapsamına

Montreal Sözleşmesi’nin onaylanmasının uygun bulunduğu dair 2.4.2009 tarihli ve 5866 sayılı Kanun; 14.04.2009 tarihli ve 27200 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Sözleşme; Bakanlar Kurulu’nun 13.09.2010 tarih ve 2010/895 sayılı kararı ile de, 57’nci maddesine çekince koyularak onaylanmış ve onay belgesi, 25.1.2011 tarihinde Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü’ne (International Civil Aviation Organization, ICAO) gitmiştir. “Yürürlüğe girme” kuralı gereği Montreal Sözleşmesi, Türkiye için 3 ay sonra yani 26 Mart 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 231-237; Montreal Sözleşmesi öncesinde yürürlükte olan ve Montreal Sözleşmesi’ne taraf olmayan ülkeler için günümüzde hala yürürlükte olan Varşova Sözleşmesi’nde aynı seçimlik yetki şartı korunmaktaydı ancak Montreal Sözleşmesi’yle getirilen beşinci yetki (*fifth jurisdiction*) bu eski Konvansiyon’da yer almamaktaydı. Varşova Konvansiyonu kapsamında yetkili mahkemelerin analizi için bkz. Cemal Şanlı, **Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk**, Kazancı, İstanbul 1992, s. 18-24. (*Uluslararası Sivil Havacılık*).

girmeyen bir forumda dava açılmış demektir. Ancak bu sınırlamalara rağmen; hâlihazırdaki kanuni düzenlemelerde tanınan seçimlik forumlar, birçok davanın aynı anda görülmesini zaten tetiklemekte ve paralel davalara sebebiyet vermektedir.

Forum shopping sadece devlet mahkemeleri arasında değil, birden fazla tahkim türü arasında seçim yapmayı da öngörebilir. Enerji Şartı Anlaşması madde 26/f.4 bu konuda güzel bir örnektir. Zira yatırımcıya; ICSID tahkimi, UNCITRAL Tahkim Kuralları'na tabi *ad hoc* tahkim ile Stockholm Ticaret Odası tahkimi arasından seçim yapma imkânı tanınmıştır. Madde 26/f.1'deki dostane (*amicable*) çözüm ile madde 26/f.2'deki yatırım yapılan devlet mahkemesine de başvuru imkânının da getirilmesi oldukça geniş bir *forum shopping* imkânının yatırımcı lehine öngörüldüğünü göstermektedir. Dolayısıyla *forum shopping* yasaklanmış bir husus değildir ve tartıştığımız üzere, bazı milletlerarası sözleşmelerde de taraflar lehine açıkça kabul edilmiştir. Yeri gelmişken belirtelim ki Enerji Şartı Anlaşması'nda olduğu gibi açık düzenleme olmaksızın; uyuşmazlık halinde tahkim veya devlet mahkemesine gidilebileceği şeklinde tahkim şartı, “devlet yargılamasını açıkça bertaraf etme” niteliği taşımayacağından “geçersiz” bir tahkim sözleşmesi olacaktır²²⁶. Yargıtay da bu tür “patolojik tahkim şartları” konusunda hassas davranmakta ve “kesin bir ortak tahkim iradesini” geçerlilik için aramaktadır²²⁷.

Forum shopping ile dava açma yasağı arasında yakın bir ilişki söz konusudur. Zira *forum shoppinge* imkân veren bir düzenleme olsun veya olmasın; kişinin aynı anda aynı konuya dair birden fazla forumda dava açması mümkündür ve açıkladığımız üzere, bu paralel davaları engelleyen bir düzenleme de yoktur.

²²⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 98-106; Şanlı, **Mütalaalar**, s. 819-825; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 437.

²²⁷ T.C. YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ E. 2014/12342 K. 2015/6885 T. 27.4.2015:

“Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine ilişkin irade açıklaması, tahkim sözleşmesinin temel kurucu unsurudur. Geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedebilmek için tarafların tahkim iradeleri, yazılı olarak yaptıkları sözleşmede karışıklığa yer vermeyecek şekilde açıkça belirtilmelidir. Açık ve kesin irade açıklaması, tahkim anlaşması ister bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde isterse bir tahkim şartı şeklinde yapılsın, akdin geçerliliği için aranan esaslı şartlardandır. Tahkim sözleşmesi veya şartının, *uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi yolundaki taraf iradesini tereddüde yol açmayacak şekilde* içermesi gerekmektedir.”

T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2009/1438 K. 2009/2153 T. 13.4.2009:

“...Ancak, tahkim iradesi hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilafın hakemde görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır. Her ne kadar davaya esas sözleşmenin 15. maddesinde, uyuşmazlık halinde *ihtilafın hakem kurulunda çözümlenmesi öngörülmüşse de, aynı maddenin sonunda, ihtilaflar halinde İstanbul Mahkemelerinin yetkili bulunduğu* kabul edilmiştir. Bu durumda *kesin bir tahkim iradesinden söz edilemeyeceğinden* ve kural olarak mahkemelerin ihtilafı çözmesi gerektiğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenip davanın sonuçlandırılması yerine, dava dilekçesinin görev yönünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.”

“Devlet yargısına gitme imkânını açık bırakan” tahkim sözleşmesi ile şartlarının; geçersiz olacağı, Türk hukuku doktrininde de mütalaa edilmiştir. Bkz. Şanlı, **Mütalaalar**, s. 527-533.

Taraflar; geçerli bir tahkim sözleşmesi ya da münhasır yetki sözleşmesine rağmen kendi ülkesi başta olmak üzere yabancı forumlarda, dava açabilmektedir. Arada bir yetki sözleşmesi olmadığı hallerde de, taraflar ayrı mahkemelerde aynı konuda davalar açabileceklerdir. Örneğin İngiliz mahkemeleri; somut uyuşmazlıkla hiçbir bağlantıları olmamalarına rağmen sırf davanın taraflarından birisi İngiliz vatandaşı diye, yargılama yetkisini haiz olabilmektedirler²²⁸. Bu tür aşkın yetki düzenlemeleri, ihlalde bulunmak isteyen tarafı çekmekte ve tahkim veyahut başka mahkeme lehine yapılan forum sözleşmesinin ihlalini kolaylaştırmaktadır. Aşağıda incelenecek olan uygun forum prensibini dikkate almayarak kendini güvende hissetmeyi veya karşı tarafı yıpratmayı amaçlayarak çeşitli forumlarda dava açan tarafı engellemenin en etkin yollarından birisi olarak, kanımızca dava açma yasağı gösterilebilir. Zira *forum shopping* yasağı ve *forum non conveniens* prensibi, aslında tarafların uzlaştıkları forum dışında yeni forumlarda davalar açmasını engellemeye dönüktür. *Forum non conveniens* ise özellikle taraflar arasında uzlaşılan bir forumun olmadığı hallerde, bu tarz teşebbüsleri engelleme noktasında önem kazanmaktadır.

Dava açma yasağı; işte bu tür uygun olmayan forumlarda açılmış olan davalara devam edilmemesini veya açılmamışsa, davaların açılmamasını temin etmeye dönük taraflara karşı verilen bir geçici hukuki koruma türüdür. Gerçekten de taraflar tahkimi veya başkaca bir devlet mahkemesini uygun forum olarak belirlemişlerse;

²²⁸ Carel Baron van Lynden (Ed.), **Forum Shopping**, Informa Law from Routledge 1998, s. 63-72; İngiliz mahkemelerinin yetkisinin, uluslararası sivil havacılık bakımından değerlendirilmesi için bkz. Şanlı, **Uluslararası Sivil Havacılık**, s. 32-33; Vatandaşlığa dayalı yetki düzenlemeleri, devlet mahkemesinin yetkisinin rahatlıkla sınır ötesine taşınmasına neden olmaktadır. Yukarıda ele alınan ve *comity* esasıyla alakalı olan *Laker* davasında da bu husus tartışılmıştır. İngiltere mahkemesinin; kendisinin vatandaşlığa dayalı yetkisinin (*nationality based jurisdiction*), toprak esasına dayalı diğer bir yetkiyi (*territoriality based jurisdiction*) devre dışı bırakacağı şeklindeki savunması Amerikan mahkemeleri tarafından kabul görmemiştir. Bkz. Plambeck, **a.g.e.**, s. 253; İngiliz hukukunda yetki vatandaşlık esasına dayanmaktayken, Amerikan hukukunda yetkinin toprak esasına göre tayin edildiği konusunda bkz. Libow, **a.g.e.**, s. 658; davaya ilişkin analizlerde toprak esasına dayalı yetkinin daha genel kabul gören bir kural olduğu da vurgulanmaktadır, bkz. Cannon, **a.g.e.**, s. 67-68; Türk hukukunda da vatandaşlık esasına dayalı genel yargı yetkisi esası kabul edilmemiş ve HMK madde 6/f.1 düzenlemesi uyarınca genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olarak kabul edilmiştir. Bu genel mahkeme dışında; uyuşmazlığın türüne göre, farklı mahkemelerin belirlenmesine başvurulmuştur. Yetkiye dair detaylı bilgi için bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 104 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 106 vd. Önemle vurgulayalım ki; MÖHUK madde 40 atfı nedeniyle, HMK hükümlerindeki bu esaslar milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıkları için de geçerlidir. Dolayısıyla bir Türk vatandaşı, İngiliz vatandaşının aksine, kendi ülkesinde dava açtığında, yetkili bir mahkemenin bulunamaması ihtimali de vardır ve bunda şaşılacak bir durum kanımızca yoktur. Zira Türk hukukunda; “Türk vatandaşları nerede bulunursa bulunsun, Türk mahkemelerinin yetkisine tabi olacaklardır” şeklinde bir aşkın yetki düzenlemesi yoktur. MÖHUK madde 41 ise burada ayrı bir vurguyu hak etmektedir zira konunun önemine binaen; Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda, bir Türk mahkemesi istisnai olarak bu madde kapsamında yasa koyucu tarafından hazır tutulmuştur. Böylece Türk tarafı, yabancı ülke mahkemelerinde dava açılmamış veya açılmamış olması şartıyla, en son ihtimalle Ankara, İstanbul veyahut İzmir mahkemelerinde dava açabilecektir. Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 592-596.

buna rağmen taraf, daha çok bildiği ve belki de güvendiği kendi ülkesinin hukukuna dayanmak amacıyla uygun olmayan forumda dava açabilir. Bu nedenle doktrinde de haklı bir biçimde vurgulandığı üzere “meşru olan forum seçme stratejileri” ile “tamamen tarafı yıpratmaya dönük kötü niyetli stratejileri” birbirinden ayırmak gerekir²²⁹ ve kanımızca dava açma yasaklarını bu son kategorideki hareketleri engellemek için kullanmak gerekir. *Forum shopping* birden fazla forum arasından seçim yapılmasını gerektiren bir imkân olmasına rağmen; aynı tarafın birden fazla forumda dava açması veya farklı tarafların aynı hükmü farklı yorumlayarak farklı forumlarda dava açmaları sebebiyle, paralel yargılamalar oluşmaktadır. Bu nedenle kararlaştırılan bir forum varsa, bu forumun yetkisini korumak ve vereceği kararları etkinleştirmek amacıyla dava açma yasağı tedbir kararı verilebilecektir. Böyle bir kararlaştırma durumu olmamasına rağmen milletlerarası özel hukuk uyuşmazlığında taraflar farklı ülkelerde davalar açmışlarsa, burada da *forum conveniens* prensibini de nazara alarak daha uygun olduğuna kanaat getirilen forum lehine, karşı tarafa dönük dava açma yasağı tedbiri alınabilir. Tahkimin taraflarca açıkça seçildiği fakat davalının; yine de başka bir forumda dava açması hali, artık *forum shopping* olarak değil doğrudan tahkim sözleşmesinin ihlali olarak anlaşılmalı ve dava açma yasağı tedbirine şartları varsa hükmedilebilmelidir.

4. Aşkın Yetki (*Exorbitant Jurisdiction*)

Forum non conveniens ya da “uygun olmayan forum” doktrini; birden fazla forumun yetkilerinin çatıştığı hallerde bir forumun, “uygun forum olan yerdeki yargılamada daha adil sonuca ulaşılacağı” kanaatiyle bu forum lehine kendi yetkisinden vazgeçmesi olarak tanımlanabilir²³⁰. Çoğu zaman *forum non conveniens* ile beraber anılan aşkın yetki (*exorbitant jurisdiction*) kavramı ise; uyuşmazlıkla bağı oldukça zayıf olmasına rağmen, davalıya hakkaniyetsiz bir durum yaratacak şekilde bir forumun kendi hukukuna göre aslında var olan yetkisini kullanması olarak

²²⁹ Jean R. Sternlight, “Forum Shopping for Arbitration Decisions: Federal Courts' Use of Anti-suit Injunctions against State Courts”, **University of Pennsylvania Law Review** [Vol. 147:91, pp. 91-203, 1998], s. 129.

“To distinguish between those actions that are harassing or taken in bad faith, and those that merely reflect legitimate forum selection or other strategies, courts should look for signs of illegitimate delay, false forum shopping, or repetitive litigation...”

²³⁰ Daniel Tan, “Anti-Suit Injunctions and the Vexing Problem of Comity”, **Virginia Journal of International Law** [Vol. 45: 2 2005], pp. 283 – 355, s. 286; bir ülkenin kendi mahkemelerinin yetkisini düzenlerken veya bu yetkiyi kullanırken serbestçe hareket etmesinin doğal olduğu ancak devletlerden, milletlerarası yetkiyi kullanırken “makul” hareket etmelerinin beklendiği hususunda bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 524.

tanımlanabilir²³¹. Diğer bir ifade ile uygun forum (*forum conveniens*), davayı görmek için forumlardan birinin daha uygun olacağına dönük bir kanaat iken; aşkın yetki (*exorbitant jurisdiction*), uygun forum olup olmadığına bakmaksızın uyuşmazlıkla da çok az bağ olmasına rağmen forumun kendi hukukundaki bir yetki kuralına dayanarak kendisini yetkili görmesi anlamına gelmektedir. Aşkın yetkide bir ülke mahkemesi; yetkili olmadığı halde yetkiyi zorla gaspetmemektedir ancak kendi hukukunda var olan bir aşkın yetki kuralına dayanarak, aslında uyuşmazlıkla oldukça zayıf bir bağ olmasına rağmen uyuşmazlığı çözme konusunda kendisini yetkili görmekte ve böylece uyuşmazlığın uygun forumda çözülmesi prensibi ile çatışan bir durum yaratmaktadır²³².

Yukarıda da vurguladığımız üzere İngiliz mahkemeleri; somut uyuşmazlıkla güçlü bağlantıları olmamasına rağmen, sırf davanın taraflarından birisi İngiliz

²³¹ Kevin M. Clermont/ John R. B. Palmer, “Exorbitant Jurisdiction”, **58 Me. L. Rev. 474 (2006) pp. 474 – 507**, s. 474-475; İngiliz mahkemelerinin yargı yetkisini kullanması için, taraflardan birinin İngiliz vatandaşı olmasının yeterli olduğu konusunda bkz. Van Lynden, **a.g.e.**, s. 63-72; İngiliz hukukunda yetki vatandaşlık esasına dayanmaktayken, Amerikan hukukunda yetkinin toprak esasına (*territoriality*) göre tayin edildiği konusunda bkz. Libow, **a.g.e.**, s. 658; Türk hukukunda da olağan bağlama noktalarını kullanmayarak zayıf bağlantılarla yetkisini tesis eden yabancı ülke mahkemelerinin, adil yargılama hakkını göz ardı ettikleri ve “şâibeli” şekilde “kendi vatandaşlarını himaye etmek gibi bir gayeye hizmet ettikleri” belirtilmiştir. Bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 526. Gerçekten de; Fransa’da yaşayan bir İngiliz vatandaşı ile Türk vatandaşı arasındaki uyuşmazlığın, salt “İngiliz vatandaşlığı” nedeniyle Londra’da görülmesi adil yargılanma bakımından kanımızca da kabul edilemez. Türk hukukunda da vatandaşlık esasına dayalı genel yargı yetkisi esası kabul edilmemiş ve HMK madde 6/f.1 düzenlemesi uyarınca genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olarak kabul edilmiştir. Bu genel mahkeme dışında; uyuşmazlığın türüne göre, farklı mahkemelerin belirlenmesine başvurulmuştur. MÖHUK madde 40 atfı nedeniyle; HMK hükümlerindeki ve iç hukuktaki diğer yetki kuralları, milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıkları için de geçerlidir. Uyuşmazlıkla bağ olmayan veya çok az olan bir devlet mahkemesinden alınan kararın Türkiye’de tanınması ile tenfizi; 5718 sayılı MÖHUK madde 54/b ile engellenebileceğinden, Türk hukukunda aşkın yetki düzenlemelerine sıcak bakılmadığı söylenebilir. Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 719-721. Bu önemli maddeye aşağıda yeniden değineceğiz.

²³² Aşkın yetki düzenlemelerinin; ABD ve Fransa başta olmak üzere, birçok ülke hukukunda var olduğu konusunda bkz. Clermont/ Palmer, **a.g.e.**, s. 474. Rusya’da bulunan Yukos petrol şirketi 2003 yılı sonlarına doğru vergi soruşturması geçirmiş ve sahibi Mikhail Khodorkovskii tutuklanmıştır. Davanın tüm detaylarına burada girmemekle beraber; Yukos şirketinin ABD’nin Houston eyaletinde 2004’te davalılar *Gazpromneft* ve *Deutsche Bank AG* gibi şirketlere karşı Amerikan İflas Kanunu (*The US Bankruptcy Code*) uyarınca dava açması, aşkın yetki konusu açısından dikkate değerdir. Zira Yukos şirketinin ABD’de faaliyeti olmadığı gibi, tüm malvarlığı da Rusya’dadır. Yukos şirketi davayı açmadan evvel *Houston* eyaletinde banka hesabı açtığını göstermiştir. Bu nedenle öğretide haklı şekilde; nasıl olur da sözleşme ile neredeyse ve hatta bağ hiç olmayan bir yerde dava açılabilirliği tartışılmış ve durum “aşkın yetkiye” örnek olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Giuditta Cordero Moss, “Between Private and Public International Law: Exorbitant Jurisdiction as Illustrated by the Yukos Case”, **Review of Central and East European Law 32, no. 1 (2007): 1-18**, s. 3-4.

Önemle belirtelim ki Houston’daki Yukos davasında; Yukos tarafından talep edilen davalıların Rusya’daki açık artırmaya katılmaktan men edilmesine yönelik tedbir talebi, bu ilginç davada kabul edilmiştir. *In re Yukos Oil Co.*, 320 B.R. 130 (Bkrty.S.D.Tex.2004)

vatandaşı diye yargılama yetkisini haiz olabilmektedirler²³³. Aşkın yetki düzenlemelerine sadece İngiltere’de değil, Fransız Medeni Kanunu²³⁴ ve Alman Medeni Usul Kanunu²³⁵ metinlerinde de rastlamak mümkündür. Türk hukukunda ise; HMK öncesi yürürlükte olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (“HUMK”)²³⁶ madde 16; Türkiye’de yerleşim yeri olmayanlara karşı açılacak mal davalarının, Türkiye’de sakin oldukları yerde ve bunlar Türkiye’de sakin değilse “malının, ihtilaflı şeyin veya varsa teminatının bulunduğu yerde açılabilceğini” düzenlemekteydi. “Tarafların vatandaşlığını ve yabancı ülkede bulunan davalının ikametgâhını dikkate almaksızın” ve hiçbir limit öngörülmeleyen her değerdeki malvarlığına bağlı olarak tesis edilen bu tür bir milletlerarası yetki, aşkın yetki olarak kabul edilebilir²³⁷. Bu tartışmalı düzenlemeye, HMK’da yer verilmemiş ve böylece Türk usul hukukundaki aşkın yetki kuralı kaldırılmıştır. Aşın yetki düzenlemelerine, bazı milletlerarası sözleşmelerde de rastlamak mümkündür²³⁸.

Gerek *forum shopping* yasağı gerek *forum non conveniens* ile aşkın yetki (*exorbitant jurisdiction*) prensipleri de aslında, tarafların uzlaştıkları veya uygun olan forum dışında yeni forumlarda davalar açılmasını engellemeyi amaçlamaktadırlar. *Forum non conveniens* ise özellikle taraflar arasında uzlaşılan sözleşmesel bir forumun olmadığı hallerde, uygun olmayan forumda dava açma teşebbüsleri ve aşkın yetki hallerini engelleme noktasında oldukça önem

²³³ van Lynden (Ed.), **a.g.e.**, s. 63; Clermont/ Palmer, **a.g.e.**, s. 474-475; Libow, **a.g.e.**, s. 658.

²³⁴ Fransız Medeni Kanunu madde 14-15’teki “Fransız vatandaşlarının taraf olduğu tüm akdi uyuşmazlıklarda” ibaresi Fransız mahkemeleri lehine aşırı yetki düzenlemesine örnektir. Clermont/ Palmer, **a.g.e.**, s. 483-485.

²³⁵ Alman Medeni Usul Kanunu madde 23’teki “davalının *herhangi* bir malının bulunduğu yer” ibaresi de aşırı yetki düzenlemesine örnektir; aşkın yetki düzenlemelerinde aslında diğer ülke mahkemelerine karşı bir “güven zaafının” bulunduğu ve bundan ötürü, tanıma-tenfiz ülkelerinde aşkın yetkiyle verilen kararların “hoş görülmediği” konusunda bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 525.

²³⁶ Tarih: 2, 3, 4/7/1927 Sayı: 622, 623, 624.

²³⁷ Ceyda Süral, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, **TBB Dergisi 2012 (100)**, 167-216, s. 174 vd.

²³⁸ Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Antlaşması madde 2 gereği; davalının vatandaşlığına bağlı olmaksızın yerleşim yeri (*domicile*) esasına göre, taraf ülke mahkemesinde dava açılabilir. Ancak madde 4/f.2 uyarınca; eğer davalı, bu Antlaşma’ya taraf devlette yerleşim yeri sahibi değilse bu durumda davacı vatandaş lehine oldukça geniş ve muğlak yetki düzenlemeleri madde 16 uyarınca belirlenmiştir. Bir örnek vererek, durumu betimlemeye çalışırsak: Almanya’da yerleşim yeri olan davalı, Fransa’da dava edilemezken; bir Türk vatandaşı, uyuşmazlıkla bağı oldukça zayıf olan bir Fransız mahkemesinde kolaylıkla dava edilebilmektedir. Bu nedenle kanımızca da doğru bir şekilde; bu Antlaşma kapsamında taraf ülkelerde yerleşik olmayan davalılara karşı getirilen geniş yetki düzenlemeleri, aşkın (*exorbitant*) yetki olarak kabul edilmiştir. Detaylı analiz için bkz. B. B. Erdem, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Antlaşmasının Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, cilt.17-18, ss. 183-216, 1997, s. 185-186. (*Brüksel Antlaşması*).

kazanmaktadır. Elbette aşkın yetki (*exorbitant jurisdiction*) düzenlemesi olan bir ülkede, tahkim sözleşmesine rağmen dava açılmışsa; bu ülke tahkimde bilinen önemli bir merkez (İngiltere, Fransa gibi) ise, genellikle tahkim lehine olumlu yaklaşım sergileyeceğinden sorun olmayacaktır. Yine de bu güven ya da beklenti, aşkın yetki (*exorbitant jurisdiction*) düzenlemelerinin kanımızca da milletlerarası özel hukuka pek uygun olmadığı gerçeğini değiştirmeyecektir. Zira milletlerarası özel hukukta yeknesaklık arzulanırken; bu tür düzenlemeler, paralel davalar ile çelişen kararların sayısını artırmaya neden olmaktadır.

5. *Forum Non Conveniens*

Forum non conveniens; uygun olan bir forumda yargılama yapılmasının taraflar için daha adil olacağı varsayımına dayanan ve İskoçya mahkemeleri tarafından 1860'lı yıllarda geliştirilmiş olan bir doktrindir²³⁹. Bu önemli kavramın dava açma yasağı ile olan sıkı ilişkisini değerlendirmeye geçmeden evvel, öncelikle *forum non conveniens* kuralının milletlerarası özel hukukta ve milletlerarası tahkim uygulamasında nasıl yer aldığına kısaca bakmakta yarar görüyoruz.

Forum non conveniens, yukarıda ele alınan *forum shopping* imkânının ve aşkın yetki (*exorbitant jurisdiction*) düzenlemelerinin sınırlarını belirlemek için sıklıkla kullanılmaktadır²⁴⁰. Mahkemeler aslında *forum non conveniens* kuralını

²³⁹ *American Dredging Co. v. Miller*, 510 U.S. 443, 449 (1994); Nomer, **Devletler Hususi**, s. 495.

İskoçya'nın; milletlerarası özel hukuka kazandırdığı en önemli prensibin *forum non conveniens* olduğu ve bu kuralın, *Common Law* dünyasında benzer doktrinlerin geliştirilmesine de yardımcı olduğu ileri sürülmektedir. İskoçya'da 1860'lı yıllarda; *Longworth v Hope* (1865) 3 M 1049; *Clements v Macaulay* (1866) 4 M 583 davalarında geliştirilen doktrin, 20. yy başlarında Lordlar Kamarası tarafından *Société de Gaz de Paris v Société Anonyme de Navigation "Les Armateurs Français"* (1926 SC (HL) 13) davası ile İngiltere'de de uygulanmaya başlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ardavan Arzandeh, "The origins of the Scottish forum non conveniens doctrine", **Journal of Private International Law**, 13:1, 130-151, s. 130 vd.

Forum non conveniens doktrininin bildiğimiz manadaki ilk kullanımlarına 19. yy İskoçyası'nda rastlanmakla beraber, bu doktrinin önceden *forum non competens* olarak formüle edildiği hakkında bkz. William Martin Finch, "Forum Conveniens and Forum Non Conveniens Judicial Discretion and the Appropriate Forum", [1990] QUTLawJl 5; (1990) 6 **Queensland University of Technology Law Journal** 67-95, s. 74-76. *Forum non conveniens* doktrini ile daha eski tarihli *forum non competens* arasındaki ilişkinin detaylı analizi için bkz. Arzandeh, **a.g.e.**, s. 131 vd.

²⁴⁰ Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin; bazı problemlere yol açan *forum shopping* imkânını kontrol altına almak ve sınırlandırmak amacıyla, *forum non conveniens* doktrinini kullandığı hakkında bkz. Dorward, **a.g.e.**, s. 158 vd. Gerçekten de Amerikan Yüksek mahkemesi 1946 yılında verdiği *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* (330 U.S. 501 (1946)) kararında; bu doktrini uygulamak için, kamu yararı ile özel yararlar arasında denge araştırması yapmıştır. Mahkemeye göre; red için sebep olmadığı sürece, tarafın seçtiği foruma öncelik verilmelidir. Sonraki yıllarda da Yüksek Mahkeme çeşitli kararlarında *forum non conveniens* doktrinini el almıştır, örneğin bkz. *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981). Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bu doktrine olan olumlu yaklaşımı nedeniyle, *forum non conveniens* doktrininin gelecekte sıklıkla kullanılacağı öngörüsü için bkz. Donald Earl Childress III, "Forum Conveniens: The Search For A Convenient Forum In Transnational Cases", **Virginia Journal of International Law**, 53 Va. J. Int'l L. 157, s. 169-170. (*Forum Conveniens*).

uygulayarak, “adaletin tesisi lehine”, kendi yetkilerinden feragat etmektedirler²⁴¹. Uygulamadaki örneklere baktığımızda; uyumsuzlukla zayıf bağı olduğunu kabul eden bazı devlet mahkemelerinin yetkileri olmasına rağmen kendilerini *forum non conveniens* olarak gördüklerini, ya da başka bir deyişle yabancı bir forumu *forum conveniens* kabul ederek kendi yetkilerini uygulamaktan imtina ettikleri görülmektedir. Örneğin; *De Sairigne v. Gould* davasında²⁴² davacı taraf; Fransa’da oturan yabancı bir kişi iken, davalı taraf ise Fransa’da sakin olan bir Amerikan vatandaşıdır. Uyuşmazlık konusu sözleşmenin Fransa’da yapıldığı ve Fransız hukukuna tabi taleplerin olduğu da tespit edilmiştir. Ayrıca Amerikan bölge mahkemesi tarafından; gerekli olduğu takdirde “şahitlerin de Fransa’dan olacağı” ile “davalının talebi karşılayacak kadar Fransa’da malvarlığı olduğu” da tespit edilmiştir. Tüm bu hususları nazara alan bölge mahkemesi; *forum non conveniens* doktrinine dayanarak davanın *forum conveniens* olan Fransa’da görülmesi gerektiği yönündeki talebi kabul etmiş ve karar temyiz aşamasında da onaylanmıştır. Daha

Son yıllarda; gerek *Common Law* gerek *Civil Law* sistemlerinde, devlet mahkemelerinin yetkisinin milletlerarası uyumsuzluklar nedeniyle de oldukça genişlediği haklı şekilde vurgulanmaktadır. Bu noktada devlet mahkemelerinin bu durdurulamayan genişlemeyi kontrol altında tutmak amacıyla *forum non conveniens* ve *forum conveniens* doktrinleri geliştirdikleri vurgulanmaktadır. Örneğin Avustralya’da bir mahkemede dava açıldığında; davalı, daha uygun bir forumda davanın hâlihazırda görülmekte olduğunu ileri sürebilir. Bu durumda mahkeme var olan yetkisini; *forum conveniens* olan yabancı forum lehine kullanmaktan imtina ettiğinde, davacının Avustralya’da mahkeme yargılamasına erişim hakkı da aslında “ciddi” şekilde (*severe*) etkilenmektedir. Detaylı bir analiz için bkz. Finch, **a.g.e.**, s. 67-69. Dolayısıyla doktrinin milletlerarası özel hukuku uygun yönleri yanı sıra, bu tür hakka etkilerini de kanımızca göz ardı etmemek gerekir.

²⁴¹ Dorward, **a.g.e.**, s. 158-159. Yazar ayrıca; mahkemelerin bu doktrini uygularken “sözleşme yeri, vatandaşlık, ikamet yeri, getirilecek tanıklar” gibi hususların da nazara alındığına vurgu yapmaktadır. Özellikle “olaylara ve delillerle yakınlık” ile “delillerin doğrudan ikame edilebilmesi” gibi hususların, bu doktrinin uygulanmasında önem arz ettiği hakkında bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 495.

İskoçya mahkemelerinin; “ tarafların menfaatlerine ve adaletin gerekliliklerine uygun” (*in the interests of the parties, and for the ends of justice*) olmak kaydıyla bu doktrini uygulayarak “normalde sahip oldukları” yetkilerini kullanmama yönünde takdir yetkisi haiz oldukları hakkında bkz. Arzandeh, **a.g.e.**, s. 131.

Bu noktada Uluslararası Hukuk Enstitüsü (*Institut de Droit International* ya da *The Institute of International Law*) tarafından hazırlanan 2003 tarihli ve *forum non conveniens* ile *anti-suit injunction* kullanımına ilişkin ilkeleri belirleyen kararda geçen, *forum conveniens* olan forumu belirlemeye yönelik 6 şarta kısaca yer vermekte yarar görüyoruz. Bir *soft law* olsa da bu prensipler, aslında doktrinin nasıl uygulandığına dair fikir vermektedir. Bu şartlar özetle şunlardır: “**alternatif forumun uygunluğu yani elverişliliği, tarafların ikametgâhları, delillerin bulunduğu yer ve elde etme usulü, uygulanacak hukuk, hak düşürücü süreler ile zamanaşımı etkisi, son olarak da nihai kararın tenfiz edilebilirliği ve etkinliği**” dikkate alınabilecektir.

http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2003_bru_01_en.pdf (Erişim, 03.02.2018):

“In deciding whether the courts of another country are clearly more appropriate, the court seised may take into account (in particular): (a) the adequacy of the alternative forum; (b) the residence of the parties; (c) the location of the evidence (witnesses and documents) and the procedures for obtaining such evidence; (d) the law applicable to the issues; (e) the effect of applicable limitation or prescription periods; (f) the effectiveness and enforceability of any resulting judgment.”

²⁴² 83 F. Supp. 270 (S.D.N.Y. 1949), *affid*, 177 F.2d 515 (2d Cir. 1949).

güncel kararlarda da *forum non conveniens* gerekçesiyle, dava usulden reddedilebilmektedir²⁴³.

Forum non conveniens kuralına ve uygulamalarına başka mahkeme kararlarında da rastlamak mümkündür. Amerika ve Avustralya mahkemeleri arasında beliren yetki tartışmasını konu alan bir kararda *forum non conveniens* ve dava açma yasağı ilişkisi detaylıca incelenmiştir. Uyuşmazlık, 2006 tarihli *The Secret* filminin yönetmeni olan Avustralyalı Drew Heriot ve şirketi ile bu filmin telif hakkının sahibi olduğunu iddia eden TS Yapım şirketi (*TS Production*) arasında çıkmıştır. *TS Production LLC v Drew Pictures Pty Ltd*²⁴⁴ uyuşmazlığında, farklı ülkelerde davalar açılmıştır. Amerika’da dava açan yönetmen Drew Heriot, Avustralya’daki mahkemelerin *forum non conveniens* olduklarını ileri sürmüş ve dava açma yasağı talep etmiştir. Ancak Amerikan mahkemesi; dava açma yasağının bu gerekçe ile verilebilmesi için, Avustralya mahkemelerinin “açıkça” uygun forum olmadığı ve Avustralya mahkemelerinin davaya devam etmesinin “meşru bir yarar olmaksızın davaya zarar vermek amacıyla” yapıldığının ispatlanması gerektiğini vurgulamıştır²⁴⁵. Bu şartların mevcut olduğuna kanaat getiren mahkeme; Avustralya’da dava açan davacı aleyhine, dava açma yasağı talebini kabul etmiştir.

Amerikan mahkemesinin dava açma yasağı tedbirini dikkate almayan Avustralya Federal Mahkemesi ise uyuşmazlık Avustralya kanunlarından kaynaklandığı için, “Avustralya’daki uyuşmazlık için Avustralya mahkemelerinin uygun forum olamayacağının” ileri sürülmesinin “imkânsız ve gülünç” olduğunu ileri sürmüştür. Avustralya mahkemesi; bu kez kendisinden talep edilen dava açma yasağını ise, davaların tamamen alakalı olmaması ve yargılamayı uzatmak gibi kötü

²⁴³ 2 Mayıs 2017 tarihli *Trotter v. 7R Holdings LLC* (873 F.3d 435) davasında Temyiz Mahkemesi; bölge mahkemesinin *forum non conveniens* kuralına dayanan red kararını onaylamıştır. Benzer şekilde davanın; “kolay” (*convenient*) olması gerekçesiyle bölge mahkemesinin sahip olduğu *forum non conveniens* esası çerçevesinde yetkisini takdir etmesinde, yanlışlık yapmadığı ve red kararının onaylanması gerektiği hakkında bkz. 21 Temmuz 2017 tarihli *Kolawole v. Sellers* (863 F.3d 1361). Davacının seçtiği forumun “rahat” olup olmadığının belirlenmesinde, davalı için belirebilecek zorluklar ile gecikmelerin dikkate alınabileceği konusunda bkz. *In re Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA*, 555 B.R. 323. Bu doktrinin uygulanmasında; davalının ispat yükü önemlidir. Davalı; uygun alternatif forumu (*adequate alternative forum*) ve kamu-özel menfaatler incelendiğinde, seçilen forumun “gereksiz külfetli” (*unnecessarily burdensome*) olacağını göstererek mahkemeyi ikna etmelidir. *Hefferan v. Ethicon Endo-Surgery Inc.* (828 F.3d 488).

²⁴⁴ [2008] FCAFC 194 (19 December 2008), analiz için bkz. Perry Herzfeld, “Forum non conveniens, anti-suit injunctions, and concurrent US and Australian copyright proceedings”, **Conflict of Laws**, 2009, s. 1-4.

²⁴⁵ “After instituting the US proceedings, Drew Pictures and Mr Heriot sought a stay of the Australian proceedings on *forum non conveniens* grounds. For such a stay to be granted, it was necessary that the Australian court be a “clearly inappropriate forum” for the resolution of the dispute, which would be so only if continuance of the Australian proceedings there amounted to “vexation” or “oppression”...”

niyetler de ispatlanmadığından Amerikan mahkemelerindeki davanın sonlandırılmasına yönelik dava açma yasağı kararı çıkarmaya gerek duymamıştır²⁴⁶. Görüldüğü üzere *forum non conveniens*; bu tür hukuk sistemlerinde, dava açma yasağı uygulamak için bir ölçüt olarak da ele alınmıştır. Başka bir deyişle; *forum non conveniens* olduğuna karar verilen bir yabancı mahkemenin yargılamaya devam etmemesi uyuşmazlığın adil çözülmesi için gerekli olup, bu mahkemenin davaya devam etmemesi talebi uygun bulunmaktadır.

Milleterarası ticari bir uyuşmazlıkta, taraflardan hiçbirinin diğerinin milli mahkesinde yargılanmayı cazip bulamayacağı ve böylece üçüncü bir ülkenin mahkemesinin seçilebileceği doktrinde haklı olarak vurgulanmaktadır²⁴⁷. Seçilen mahkeme ile uyuşmazlık arasında hiçbir bağın aranmaması, mahkemenin yükünü artıracak gibi; katı bir uygulama ile bağlantı aramak da, taraf serbestisi prensibini ihlal edecektir²⁴⁸. Ancak Türk hukukunda mahkemeler; “uyuşmazlıkla hiçbir alakaları olmazsa da” tarafların seçim yapması durumundaya da yetki itirazının yapılmadığı hallerde davaya bakabileceklerinden²⁴⁹ *forum non conveniens* kuralının

²⁴⁶ “...It was accepted by all members of the Court that, since it was not suggested that the US proceedings interfered with the Australian proceedings or that they had been instituted to prevent pursuit of the Australian proceedings, an anti-suit injunction could only be granted where continuance of the US proceedings amounted to “vexation” or “oppression”. Applying the language adopted by the High Court to explain the concepts of “vexation” and “oppression” in the context of an application for a stay on *forum non conveniens* grounds, all members of the Court considered that they meant “productive of serious and unjustified trouble and harassment” or “severely and unfairly burdensome, prejudicial or damaging”, and that the mere existence of simultaneous proceedings did not suffice.

Applying these principles, Gordon J considered that while maintaining the simultaneous proceedings may be burdensome, it was not “unjustified” or “unfair” to do so as they concerned different legal rights and remedies. Her Honour considered that this “restrictive” approach was mandated by the statement of the High Court in *CSR Ltd v Cigna Insurance Australia Ltd* (1997) 189 CLR 345 at 393; [1997] HCA 33 that an anti-suit injunction can be granted “only if there is nothing which can be gained by [the foreign proceedings] over and above what may be gained...”

²⁴⁷ Ziya Akıncı, “Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu”, **MHB, Yıl 22, S. 2 - 2002, s. 1-27**, s. 1 vd. (*Bağlantı Koşulu*). Türk tarafı ilgilendiren uyuşmazlıklarda; üçüncü bir ülke mahkemesi yanı sıra, karşı tarafın ülkesi ya da bir Türk mahkemesi de taraflarca pekâlâ seçilebilir. MÖHUK madde 47 uyarınca yapılacak bir yetki sözleşmesiyle aslında; “normalde yetkili olmayan bir yabancı mahkeme”, yetkili kılınmaktadır. Benzer yorum, HMK madde 18 uyarınca bir Türk mahkemesi lehine yapılacak yetki sözleşmeleri için de geçerlidir. (Pekcanıtez/ Atalay/ Özkes, **a.g.e.**, s. 114-115). MÖHUK madde 47’nin; gerçek veya tüzel kişi olsun Türk vatandaşı ile yabancılara yabancı mahkemeyi yetkilendirme imkânı sağlamasına rağmen, HMK madde 17 gereği Türk mahkemesinin yetkilendirilmesi imkânının sadece tacirler ile kamu tüzel kişileri için öngörülmesinin isabetsiz olduğu hakkında bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 483 dn. 195.

²⁴⁸ Akıncı, *Bağlantı Koşulu*, s. 7, s. 8.

²⁴⁹ Akıncı, *Bağlantı Koşulu*, s. 10-11; milletlerarası yetki anlaşmasıyla Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi için, Türk mahkemesinin olay veya taraflarla bir bağlantısının bulunmasının şart olmadığı konusunda Ziya Akıncı, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik**, Seçkin, Ankara, 2002, s. 59-60 (*Yabancı Derdestlik*); benzer yönde bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 634; Türk hukukunda mahkemenin seçilmiş olmasının, dava ile mahkeme arasındaki irtibatın tesisi için yeterli olduğu konusunda bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**,

hukukumuzda geçerli olmadığını²⁵⁰ söylemek mümkündür. Örneğin; Pakistan'daki bir Fransız vatandaşı tarafından, İsviçre'ye gerçekleştirilen bir mal satımından kaynaklanan ve Türkiye ile herhangi bir bağlantısı olmayan dava Türkiye'de açılabilecektir. Böyle bir uyuşmazlıkta; Türk mahkemesi yetkilendirilmemiş olsa bile, yetki itirazının da yapılmadığı varsayımında Türk mahkemesi yetkili hale gelecektir. Burada artık tarafın Türk mahkemesini fiilen seçmesi ve karşı tarafın da yetki itirazında bulunmaması; mahkemece, tarafların uygun forumun Türkiye olduğu konusunda zımnî de olsa anlaşmaya vardıkları olarak değerlendirilebilecektir.

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de *forum non conveniens* doktrinine sıcak bakılması gerektiği haklı olarak belirtilmekte ve “yargıcın geniş takdir yetkisine sahip olmasından korkulmasını”; bu doktrinin kabul edilmemesi için gerekçe olarak sunan katı bir yaklaşım, “yetersiz ve gereksiz bir endişe” olarak görülmektedir²⁵¹. Kanımızca MÖHUK madde 54/b bendinde bir tanıma-tenfiz engeli olarak düzenlenen “tarafın itirazda bulunması şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olması” şartını sadece “aşkın yetki” olarak değil, *forum non conveniens* düzenlemesi olarak da anlamak gerekir²⁵². Türk kanun koyucu; Türk

s. 409-411; benzer yönde ve Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi imkanının sadece kamu tüzel kişileri ve tacirler için öngörülmesinin doğru olmadığı haklı eleştirisi için bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 484; benzer yönde Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 633-634.

²⁵⁰ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 496. Yazar; mevcut düzenlemeleri dikkate alarak Türk hukukunda “hâkimin takdirine bağlı olarak davacının davasını yabancı bir mahkemeye havale etme” yetkisi olmadığını, zaten bu tür bir takdir yetkisinin Anayasa ile teminat altına alınan yargıya erişim hakkına aykırılık teşkil edeceğini vurgulamaktadır. Dolayısıyla bu doktrin, sabit bağlanma noktalarından hareketle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden Türk usul hukukuna “yabancıdır”. *Forum non conveniens* prensibinin; Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olmasına rağmen, Japonya’da da kabul edildiği ancak aşağıda İkinci Bölüm’de de ele alınacak olan Anayasa madde 36 ve yetki tesisi için bağlantı koşulu aramayan açık düzenlemeler karşısında, Türk hukukunda bu kuralın uygulanamayacağı konusunda bkz. Akıncı, **Yabancı Derdestlik**, s. 27-30.

²⁵¹ **Lowenfeld**, s. 318. Yazar burada, belki de yetiştirildiği hukuk sisteminden dolayı “hâkimlerin geniş takdir yetkisine sahip olmasını” yadırgamadığını ileri sürmektedir. Kanımızca da *forum non conveniens* doktrini; her ne kadar mevcut düzenlemeler ışığında Türk hukukunda mümkün olmasa da, gelecekte mahkemeler açısından Türkiye’de de istinai bir düzenlemeyle uygulanabilmelidir. Mahkemeler arasındaki yetki problemleri, çalışmamızın kapsamını oldukça aşacağından çalışmamızda önemli doktrin detaylıca değerlendirilmeyecektir. Ancak *forum non conveniens*, yazarın da haklı olarak belirttiği gibi paralel yargılanmaları (*parallel litigation*) en aza indirme noktasında hassas bir görev üstlendiği için, Türk hukukunda da düzenlenmesi yararlı olacaktır.

²⁵² MÖHUK madde 54/b bendinde tanıma-tenfiz engeli olarak; “tarafın itirazda bulunması şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olması” düzenlenmiştir. Böylece Türk hukukunda yabancı bir mahkeme kararının tanınması-tenfizi aşamasında; kararı vermiş olan yabancı mahkeme ile dava konusu veya taraflarla *gerçek* bir bağın olup olmadığı da, tarafın itirazda bulunması şartıyla değerlendirilecektir. Yukarıda ele alındığı üzere, bazı ülkeler sadece “vatandaşlık” esasına göre yetkilerini tayin edebilmektedirler. Madde lafzıyla ele alındığında; aradaki “veya” ibaresi de düşünüldüğünde sanki “vatandaşlık” taraf ile olan ilişki şartı için yeterli görülebilir. Ancak buradaki bağın rastgele veya sıradan bir bağ olması değil, “gerçek” bir bağ olması kanun koyucu

mahkemelerine kendi yetkileri konusunda *forum non conveniens* incelemesi yapma takdir yetkisi vermemiştir. Ayrıca MÖHUK madde 47'deki şartları dikkatle incelediğimizde; kanun koyucunun, yabancı bir mahkemenin yetkilendirildiği uyuşmazlıklar için de bağlantı şartını aramadığını söyleyebiliriz. Buna rağmen MÖHUK madde 54/b'de; bağlantısı olmamakla beraber aşkın yetkiyle yani bir bakıma uygun olmayan forum sıfatıyla karar veren yabancı forumun, bu kararının tenfizi Türk mahkemelerinde engellenebilecektir. Kanımızca Türk hukukunda da salt yetki itirazı ile yetinilmeden hâkime bu doktrine dayalı sınırlı ve istisnai bir takdir hakkının verilmesi; milletlerarası özel hukukta paralel davaları en aza indireceği gibi, tanıma-tenfiz aşamasındaki sorunları da azaltacaktır. Doktrinde bir görüşün önemli bir saptamasına göre, Kıta Avrupası hukuk sisteminde öteden beri var olan *Common Law* prensiplerine karşı katı tutum, artık yumuşama eğilimindedir²⁵³. 2675 sayılı kanun döneminde var olmayan bu tenfiz engelinin; 5718 sayılı MÖHUK'ta yer bulması, “aşkın yetki” ile beraber, dolaylı da olsa *forum non conveniens* kuralının

tarafından yerinde olarak açıkça aranmıştır. Dolayısıyla örneğin yurtdışında bir otelde konaklamış olmak, kararı veren ülkenin sadece vatandaşı olmak, bu ülkede sadece bir banka hesabının bulunması, evlilik yoluyla kararı veren ülkenin vatandaşlığı gibi durumlar; ek başka olgularla desteklenmedikleri müddetçe, kanımızca kararı veren ülke mahkemesi ile “gerçek” bir bağ tesis edemeyecektir. Buradaki “gerçek” bağ veya ilişki şartı aynı zamanda vatandaşlık hukuku için de kanımızca özel bir anlam taşımaktadır. Zira vatandaşlık hukukundaki önemli kararlardan biri olan *Nottebohm* kararında da vurgulandığı üzere; bir ülke ile olan vatandaşlığın tespitinde, bu ülke ile olan gerçek bir bağın (*genuine connection*) varlığı da aranmakta, sırf vatandaşlığın alınması amacıyla yapılan girişimler bağın tesisi için yeterli görülmemektedir. Dolayısıyla örneğin salt evlilik yoluyla veya bir şirket kurularak kazanılan vatandaşlık dolayısıyla; vatandaşlığı kazanılan ülkede bu vatandaşlık esasına dayalı tesis edilen yetki çerçevesinde verilen bir mahkeme kararı, Türkiye’de tanıma-tenfiz konu edildiğinde *Nottebohm* kararında da vurgulan ek olgular da yoksa bağ zayıf olduğu gerekçesiyle tarafın itirazı sonucu kanımızca talep reddedilmelidir. *Nottebohm* kararı için bkz. <http://www.icj-cij.org/en/case/18> (Erişim, 21.02.2018)

MÖHUK madde 54/b'deki, yabancı mahkemelerin yetkisine ilişkin bu engelin “aşkın yetki” olarak kabulü için bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 712-714; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 524-527; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 260; Uygulamada ise mahkemelerin; bu yönde detaylı bir inceleme yapmadıkları ve bu gerekçeyle tanıma-tenfiz talebini reddetmedikleri hakkında bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 689.

Belirtelim ki 2675 sayılı kanun döneminde madde 38'de yabancı mahkemelerin milletlerarası aşkın yetkisi bir tenfiz engeli olarak düzenlenmemiştir. Sadece Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir hususta karar verilip verilmediği değerlendirilmekteydi. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 264.

MÖHUK madde 54/b'de aranan gerçek bağ; bazen taraflarca, “iradi” olarak da kurulabilir. Örneğin taraflar bir yetki veya tahkim sözleşmesi yapmışlarsa; yetkilendiren forum ile dava konusu veya taraflar arasında kanunen aranan “gerçek” bir bağ, taraf iradeleriyle tesis edilmiş demektir. Ya da başka bir deyişle, tarafların yaptıkları münhasır yetki sözleşmesi; şart olarak aranan “gerçek” bağın, iradi olarak diğer forumlar bakımından doğrudan kesilmesine sebebiyet vermektedir. Bu konuda detaylı bir çalışma için bkz. Burak Huysal, “Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi”, **GÜHFD, 2011/1, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, 467-502**, s. 490 vd.; Finlandiya, Yunanistan, İsveç gibi çeşitli ülkelerdeki “aşırı” yetki kuraları ve konuya ilişkin detaylı analiz için bkz. Nuray Ekşi, “Yabancı Mahkemenin “Aşırı” Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi (5718 Sayılı MÖHUK md. 54/b)”, **İKÜHFD, Y.9, C. IX, S. 2, 25-75**, s. 25 vd. (*Aşırı Yetki*).

²⁵³ Lowenfeld, **a.g.e.**, s. 318-319.

Türk hukukunda da yasal zemin bulması olarak yorumlanabilir. Bu düzenleme umut verici olsa da eksiktir zira madde 47; hiçbir bağ aranmaksızın örneğin Afrika'daki ilgisiz bir ülkenin yetkilendirilmesini kabul etmişken, yetki sözleşmesi olmaksızın bu mahkemeden alınacak kararın tenfizinin ise madde 54/b engeline takılması kanımızca bir çelişkidir. Ayrıca vurguladığımız üzere uyumsuzlukla hiçbir ilgisi olmasa bile bir Türk mahkemesi süresinde yapılmayan yetki itirazı neticesinde yetkili hale gelip karar verebilecekken; başka ülkede vatandaşlık veyahut işyeri gibi “zayıf” bağlara binaen verilen bir mahkeme kararı aynı Türk mahkemesince madde 54/b uyarınca tenfiz edilmeyebilecektir. Zayıf bağlar üzerinden verilmiş bir mahkeme kararının tenfizi; kanımızca da adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir ancak istisnai de olsa Türk mahkemelerinin kendilerini davayı görme aşamasında *forum non conveniens* olarak kabul edebilmelerini sağlayacak bir sınırlı bir takdir yetkisi kanımızca verilebilir. Cevap dilekçesinde; örneğin bilmediği için ileri süremediği itirazlar nedeniyle, bağlantı olmamasına rağmen Türkiye’de yargılama yapmak zorunda kalan veya yurtdışındaki derdest davaya rağmen ayrı bir paralel davayı Türkiye’de yürütmek zorunda kalan yabancı davalının durumu kanımızca bu istisnai hale örnek verilebilir.

Vurguladığımız üzere; aşkın yetki düzenlemelerine sadece İngiltere’de değil, Fransız Medeni Kanunu²⁵⁴ ve Alman Medeni Usul Kanunu²⁵⁵ metinlerinde de rastlamak mümkündür. Bunun milletlerarası özel hukuktaki riskli anlamı şudur: Bu ülkelerde aşırı yetki düzenlemesine dayanılarak verilen yabancı kararın tenfizi talebi; kaybeden tarafın itirazda bulunması şartı ile, diğer tüm tanıma-tenfiz talebi şartları mevcut olsa bile Türkiye’de reddedilecektir. Oysaki milletlerarası yetki için ideal olan, ülke ile dava arasında “gerçekçi ve objektif irtibat noktalarından” hareket ederek yetkiyi tesis etmektir²⁵⁶. Karar zayıf bağlara rağmen Uganda’da verilmiş ve kararın Türkiye tanınması istenmiş ise; bu bağ eksikliği, MÖHUK madde 54/b gereği tenfize engel olacaktır. Bu çelişki olduğu kadar da ironiktir zira örneğin Fransız vatandaşlığını yeterli gören Fransız mahkemesinin vereceği karar, Türkiye’de MÖHUK madde 54/b engeline takılacakken; bir Türk mahkemesi, ne kadar ilgisiz olursa olsun hatta Türk vatandaşlığının bile olmadığı bir uyumsuzlukta itiraz da yoksa

²⁵⁴ Fransız Medeni Kanunu madde 14-15’teki “Fransız vatandaşlarının taraf olduğu tüm akdi uyumsuzluklarda” ibaresi Fransız mahkemeleri lehine aşırı yetki düzenlemesine örnektir. Clermont/ Palmer, **a.g.e.**, s. 483-485.

²⁵⁵ Alman Medeni Usul Kanunu madde 23’teki “davalının herhangi bir malının bulunduğu yer” ibaresi de aşırı yetki düzenlemesine örnektir. Diğer ülkeler için bkz. Ekşi, *Aşırı Yetki*, s. 40 vd.

²⁵⁶ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 524 vd.; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 50 vd.; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 265.

davayı görebilecektir. Bu hususun milletlerarası usul hukukunun hedeflediği “hakkaniyet” ilkesiyle²⁵⁷ ve de etkin kararlar verilmesi amaçlarına aykırılık oluşturduğu açıktır. Bu noktada Anayasa madde 36 da nazara alınarak uyuşmazlıkla bağlantı eksikliğinin, adil yargılanma hakkının ihlali ve dolayısıyla da kamu düzeni engelini tetikleyerek MÖHUK madde 54/c’ye de başvurulabileceği belirtilebilir²⁵⁸. Ancak kanımızca madde 54/b’de yer alan açık düzenlemeye rağmen; tarafların kendi hür iradeleriyle ilgisiz forumu seçmeleri sonucu bu forumdan aldıkları, kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilemez. Kaldı ki kamu düzenine aykırı kabul edilse bile; bu çözüm sadece tanıma-tenfiz davası ile sınırlı kalacağından, yine de eksik kalacaktır. Bu tür bir seçim sonucu alınan karar, doğrudan madde 54/b açık düzenlemesindeki engele takılacaktır.

Forum non conveniens, milletlerarası tahkim hukukunda da karşımıza çıkmaktadır. Tahkim kararlaştırılmışsa, taraflardan birinin kendi ülkesinde ya da başka bir ülke mahkemesinde tahkime rağmen dava açtığı hallerde; tahkim itirazı da yapılmamışsa veya geçersizse, mahkemenin davaya devam edip etmeyeceği gündeme gelecektir. Benzer şekilde tahkimde lehine karar alan taraf; bu hakem kararının tanınması ile tenfizini uyuşmazlıkla bağı oldukça zayıf olan bir ülkede de talep etmiş olabilir. Bu hallerde davanın açıldığı bu yabancı mahkemenin; *forum non conveniens* doktrinini, nasıl ele alacağı önemli olacaktır. Yukarıda vurguladığımız üzere Türk hukukunda mahkemeler; “uyuşmazlıkla hiçbir alakaları olmazsa da” tarafların seçim yapması durumunda ve yetki itirazı veyahut tahkim itirazının yapılmadığı hallerde ya da bu itirazların geçersiz olduğu hallerde davaya bakabileceklerinden²⁵⁹, *forum non conveniens* kuralının Türk hukuku bakımından tahkim konusunda geçerli olmadığını söylemek mümkündür.

Tartışmalı olmakla beraber, bazı devlet mahkemelerinin milletlerarası tahkim alanında da *forum non conveniens* doktrinine başvurdukları görülmektedir. Örneğin Amerikan 2. Temyiz Mahkemesi (2nd Circuit); *Monegasque de Reassurances S.A.M.*

²⁵⁷ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 265; adil yargılanmanın, davayı görece mahkemelerin yetkilendirilmesinde “objektif ve hukuki ölçülere” dayalı yetki kurallarının kullanılmasını gerektirdiği konusunda bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 526.

²⁵⁸ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 483 dn. 195.

²⁵⁹ Akıncı, *Bağlantı Koşulu*, s. 10-11; HMK madde 17-18 uyarınca Türk mahkemesinin yetkilendirilmesi için “davanın veya dava konusunun Türkiye ile herhangi bir ilişkisinin bulunmasının şart olmadığı” hakkında bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 484. Yazarın verdiği örneği tahkime uyarlayacak olursak; Yunanlı ve Lübnanlı iki tacir arasında tahkim şartı kararlaştırılmasına rağmen dava Türk mahkemelerinde açılmış ve karşı taraf da tahkim ilk itirazında bulunmamışsa; Türk mahkemeleri yetkili olacak ve Türk hâkiminin, davacının davasını yabancı bir mahkemeye havale etme takdir yetkisi de olmayacaktır.

(*Monde Re*) v. *Nak Naftogaz of Ukraine* kararında²⁶⁰, davacı *Monde Re* şirketi lehine Moskova’da verilmiş olan hakem kararının tenfiz talebini *forum non conveniens* doktrinine dayanarak reddeden bölge mahkemesi kararını onaylamıştır. 2. Temyiz Mahkemesi bu tartışmalı kararı verirken; tüm tarafların yabancı olmasını, tahkimin ABD dışında olması ile sözleşmeye dair ifaların da ABD dışında yapılmasını dikkate almıştır. Dolayısıyla NYS (1958) uyarınca bir hakem kararının tanınması-tenfizi talep edildiğinde; *forum non conveniens* doktrini gerekçesiyle, talebin reddedilebileceği de göz önüne alınmalıdır. Bu husus tartışmalıdır zira NYS (1958)’de madde V’te sayılan yedi red sebebi arasında *forum non conveniens* doktrini yoktur.²⁶¹

Vurgulamak gerekir ki; MÖHUK madde 54/b bendinde bir tanıma-tenfiz engeli olarak düzenlenen “... *ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olması*” şartı, yabancı hakem kararlarının tenfizinin reddi sebeplerini düzenleyen MÖHUK madde 62/f.1’de aranmamıştır. Yukarıda ele aldığımız üzere; NYS (1958) madde V’te sayılan yedi red sebebi arasında da *forum non conveniens* gerekçesi yer almamaktadır. Bunun yerinde bir düzenleme olduğu söylenebilir zira tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ikna olduktan sonra; mahkemenin ayrıca NYS (1958) ya da MÖHUK madde 62/f.1 gereği tahkimin, uygun forum olup olmadığına bakması zaten beklenmemelidir. Zira tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığı ya da hakemlerin yetkili olup olmadıklarına dair tenfiz şartları, zaten dolaylı da olsa

²⁶⁰ 311 F.3d 488 (2d Cir. 2002).

²⁶¹ Bu konuda farklı kararlarda farklı yorumlarla karşılaşmak mümkündür. *Belize Social Development Ltd. v. Government of Belize* (5 F. Supp. 3d 25 (D.C. D.C. 2013)) davasında mahkeme; davacının Belize hükümetine karşı Londra’da aldığı hakem kararının NYS (1958) uyarınca ABD’de tenfizi talep edilmiştir. Belize; *forum non conveniens* dâhil çeşitli sebepler ileri sürerek tenfizin reddini talep etmiştir. Yalnız mahkeme kanımızca da yerinde bir tespit yaparak; tahkim davasında kaybeden tarafın bir “devlet” olduğu uyuşmazlıklarda “kazananın ulaşabileceği malvarlığının da olduğu uygun forumdan bahsedilemeyeceği” vurgulamıştır. Belize hükümeti; her ne kadar 2015 yılı sonunda Amerikan Yüksek Mahkemesi’ne başvurmuşsa da, Amerikan Yüksek Mahkemesi yaptığı inceleme sonrasında 9 Ocak 2017 tarihinde bu temyiz başvurusunu (*certiorari*) reddetmiştir. Gerçekten de özellikle yatırım tahkiminde; Belize ya da başka ülkenin “kaybeden taraf” olduğu tahkim yargılamalarında, ev sahibi ülkenin alternatif *forum conveniens* olduğunun kabulü güçtür. Dolayısıyla bir alternatif-uygun forumun varlığı, *forum non conveniens* uygulaması için önemlidir.

Figueiredo Ferraz E Engenharia de Projeto Ltda. v. Republic of Peru (665 F.3d 384 (2d Cir.2011)) davasında ise mahkeme; *Monde Re* davası ile de uyumlu şekilde, bölge mahkemesinin *forum non conveniens* uygulamak suretiyle davayı reddetmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, *forum non conveniens* doktrininin maddi hukuka değil; usul hukukuna dair olduğunu kabul ederek, hakem kararlarının tanınip-tenfiz edilmesinde de kullanılabileceğini vurgulamıştır. *Am. Dredging Co. v. Miller*, 510 U.S. 443, 453, 114 S.Ct. 981, 127 L.Ed.2d 285 (1994).

tahkimin uygun forum niteliğini de belirleyecektir. Yine de tahkim hukukunda, bu kavram oldukça önem arz etmektedir. Dolayısıyla cevaplanması gereken soru şudur: *Forum non conveniens*; milletlerarası tahkim hukukunda, hakem ile hakem heyeti bakımından ne ifade etmektedir?

Burada iki hususu birbirinden ayırmak gerekir. Hakem kararının tanınması-tenfizi bir ülkede talep edildiğinde veya tahkim yargılamasına paralel başka bir dava açıldığında; davanın açıldığı devlet mahkemesinin kendisinin *forum conveniens* olup olmadığını değerlendirmesi ile tahkimin *forum conveniens* olup olmadığını değerlendirmesi ayrı hususlardır. Yukarıda vurguladığımız üzere tenfiz ülkesi; hakem kararının tenfizi noktasında kendisini *forum conveniens* olarak kabul ettiğinde kararı tenfiz etmekte, yoksa talebi reddedebilmektedir. Bu nedenle meseleye bir de tahkim davasına bakan hakemler ve tahkimin tarafları açısından bakmak önemlidir.

Yukarıda ispat kısmında vurguladığımız üzere; geçerli tahkim sözleşmesine dayanılan hallerde, artık *forum non conveniens* savunmasına gerek yoktur. Belirtildiği üzere *Turner v. Grovit* davasında²⁶² AAD; davacının, sözleşmesel forumun uygun forum olduğunu ispatlamasının gerekmediğini zira kararlaştırılmış forumun sözleşmeyle sabit olmasının zaten bu ispatı kendiliğinden sağladığı haklı olarak vurgulanmıştır²⁶³. Bu yorum yerindedir zira milletlerarası tahkim açısından; tarafların uyuşmazlıkların çözümü için öngördükleri tahkim dışındaki tüm forumların, uyuşmazlığın esasını çözme bakımından *forum non conveniens* olacağı konusunda şüphe duyulmamalıdır. Zira taraflar açık ve hür iradeleriyle mahkeme yargılamasını devre dışı bırakmış ve uyuşmazlığın sadece ve sadece tahkimde görüleceğine karar vermişlerdir. Diğer bir ifade ile taraflar iradeleriyle uygun forumu önceden belirlemişlerdir ve bu bağlamda, tahkim dışında gidilen her forum, *forum non conveniens* olarak kabul edilecek demektir. Ancak hakemler; *kompetenz-kompetenz* kuralı çerçevesinde kendi yetkilerini tayin etmekle yetinecek, mahkemeler gibi ayrıca *forum non conveniens* ile uğraşmayacaktır. Zira eğer tahkim sözleşmesi

²⁶² *Turner v Grovit*, (Case C-159/02 [2004] ECR I-3565).

²⁶³ “The applicant does not have to show that the contractual forum is more appropriate than any other; *the parties’ contractual agreement does that for him.*”

Dolayısıyla Türk hukukunda; yukarıda incelendiği üzere taraf iradeleriyle mahkemenin yetkilendirilmesinin dava ile bağlantıyı kurduğu kabul edildiğinden, bu prensibin tahkim sözleşmesi için de geçerli olduğunu vurgulamakta yarar görüyoruz. Türk hukukunda *forum non conveniens*; mahkeme veyahut tahkim sözleşmesi yokken bile, kararı verecek mahkeme açısından kabul edilmemişken, tarafların kendi iradeleriyle seçtikleri hakem heyeti önünde aslında tahkimin *forum non conveniens* olduğuna ilişkin savunma yapmak anlamsız olacaktır. Zira *Turner v. Grovit* davasında AAD’nin de vurguladığı üzere, münhasır yetki sözleşmesi zaten kararlaştırılan forumu *forum conveniens* yapmaktadır.

geçerliyse, tahkim heyeti zaten sözleşme gereği *forum conveniens* olacak; eğer tahkim sözleşmesi geçersizse ya da hiç yoksa zaten hakem heyeti ya doğru şekilde yetkisizliğine karar verecek ya da yetkiliymiş gibi ileride iptale sebebiyet verebilecek şekilde tahkime devam edecektir.

Bu nedenle, milletlerarası tahkim hukukunda *forum non conveniens* ile dava açma yasağı ilişkisi daha da önem kazanmaktadır. Kararlaştırılan tahkim dışındaki tüm forumlardan; sözleşmeyi ihlal eden tarafı vazgeçirip *forum conveniens* olan hakem heyeti önüne uyuşmazlığı çekmek, dava açma yasaklarının en temel özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan, dava açma yasaklarının *forum non conveniens* ile beraber, amaçlanan hedefleri gerçekleştirmede önemli işlevlerinin olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira devlet mahkemeleri; yetkileri olmakla beraber uyuşmazlıkla olan zayıf bağlarını nazara alarak *forum non conveniens* gereği davayı reddettiklerinde; aslında tahkim lehine yaklaşımı da desteklemekte ve dava açma yasağına gerek bırakmadan, dava açma yasağının amaçlarını yerine getirmektedirler.

6. Yabancı Derdestlik (*Lis Alibi Pendens*)

Taraflar arasında aynı uyuşmazlık konusunda; tek bir yargılamanın yapılarak uyuşmazlığın sonuca bağlanması, gerek taraflar gerek hukuk güvenliği için oldukça önemlidir. Yukarıda tartışıldığı üzere; tarafları ve konusu aynı olan bir uyuşmazlık hakkında farklı forumlarda davaların aynı anda derdest olması, hukuk güvenliğini zedeleyeceği gibi taraflarca birlikte kararlaştırılan forumda neticelenen davadan beklenen yarar ve hukuki kesinlik ile kararın etkinliği de büyük ölçüde azalacaktır.

Günümüzde ulaşım imkânlarının da oldukça gelişmesi ve küreselleşme sonucu, taraflar aynı anda aynı uyuşmazlık için farklı forumlarda davalar açmak suretiyle paralel birçok yargılama faaliyetinin (*parallel proceedings*) ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Aynı taraflar arasında aynı uyuşmazlıktan kaynaklanan dava yabancı bir devlet mahkemesinde görülmekte iken, aynı sebeple ikinci kez Türkiye’de dava açılması halinde “yabancı derdestlik” problemi söz konusu olacaktır²⁶⁴.

²⁶⁴ Akıncı, **Derdestlik**, s. 23-24; (artık HMK’da dava şartı olarak düzenlenen) derdestlik itirazının; usul ekonomisi ilkesinin gerçekleştirilmesine, tarafın dürüst olmayan davranışlarının önlenmesine, kamu düzenine ve çelişen kararların önlenmesine hizmet ettiği konusunda bkz. Süha Tanrıver, **Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**, Adalet, Ankara, 2007, s. 19-30; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, **Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar**, Yetkin, 2016, s. 29-30; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 168 vd.; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 635; görülmekte olan bir davanın konusunun aynı taraflar arasında ayrı bir dava konusu yapılamayacağı konusunda bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 457; yabancılık unsuru olan davalarda birçok devlet mahkemesinin aynı anda yetkili olmasının derdestlik problemini tetiklediği konusunda bkz. Şanlı/Esen/Ataman-

Günümüzde; “uluslararası yetkili mahkeme çokluğu” imkânı ve probleminin önlenmesinin “mümkün olmadığı” vurgulanmaktadır²⁶⁵. *Lis alibi pendens* diğer bir ifadeyle aynı taraf ve konuya dair davaların birden çok yerde yerde derdest olması sorunu, birçok görünümde karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin hakem veya hakem heyeti ile başka bir hakem veya hakem heyeti arasında *lis alibi pendens* problemi ortaya çıkabileceği gibi²⁶⁶; bir devlet mahkemesi ile hakem heyeti arasında²⁶⁷ ya da bir mahkeme ile başka mahkeme arasında²⁶⁸ da pekâlâ *lis alibi pendens* sorunu

Figaneşe, **a.g.e.**, s. 435; davanın hangi anda açıldığı ile “aynı dava” kavramından ne anlaşılacağına tabi foriye tabi olacağı konusunda bkz. Ersin Erdoğan, **Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması**, Yetkin, Ankara, 2016, s. 160-161.

²⁶⁵ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 167; elbette bu gerçek, milletlerarası derdestlik ile bu forum çokluğundan çıkabilecek problemleri azaltmaya yönelik çabalara engel olmamalıdır. Türk hukukunda bir görüş; yabancı derdestliğin kabul edilemeyeceğini ancak usul ekonomisi, hileli davranışların engellenmesi gibi amaçlara hizmet ettikleri gerçeğini de kabul etmektedir. Bkz. Ergin Nomer, “Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı”, **İÜHFM 1-4/1969, 343-374**, s. 355 vd. (*Derdestlik*); ancak Türk hukukunda dava derdest iken de, aynı konudaki yabancı mahkeme kararının tanınip-tenfiz edilebileceği hakkında bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 458-459. Derdestlik sorununun çözümü için karşılaştırmalı hukukta; davanın ilk açıldığı mahkemenin yetkili kabul edilmesi, *forum non conveniens*, *forum conveniens*, *forum shopping* imkânının kısıtlanması ile *exorbitant* yetki kurallarının ileri sürüldüğü belirtilmektedir. Diğer bir ifade ile aslında yukarıda ele aldığımız ilişkili birçok kavramın; temel amaçlarından birisi de, yabancı derdestliği önlemektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, **Derdestlik**, s. 26-35; Roma hukukundan beri, aynı uyumsuzluğun birden fazla yargılamaya tabi olmasının tasvip edilmediği konusunda bkz. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 161-162; yabancı derdestliğin daha çok, taraflar arasında bir yetki sözleşmesinin yapılmadığı hallerde ortaya çıktığı konusunda bkz. Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s. 31-34.

²⁶⁶ *CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic*, Final Award, March 14, 2003; *Arthur Andersen Business Unit Member Firms v. Andersen Consulting Business Unit Member Firms*, Swiss Federal Tribunal, 8 December 1999, [2000] ASA Bulletin 546. Bu davalar aşağıda, detaylıca ele alınacaktır. Ayrıca ICC Case 12510 davasında Prosedürel Emir ile 2004 yılında, diğer tahkim davası olan 12125/JNK davasında da aynı uyumsuzluk ve taraflar olduğu gerekçesiyle, mevcut tahkim yargılamasının durdurulması gerektiği tartışılmıştır. Hakem heyeti, “ilk hakem heyeti yetkisine karar verinceye dek” tahkim yargılamasının durdurulmasına karar vermiştir. Bkz. http://library.iccwbo.org/content/dr/PROCEDURAL_DECISIONS/PO_0017.htm?AUTH=7677fd17-4350-&Timeframe=null (Erişim, 07.02.2018).

²⁶⁷ *Fomento de Construcciones y Contratas S.A. v. Colón Container Terminal S.A* davasında İsviçre’de, hakem heyeti ile mahkeme arasında *lis alibi pendens* sorunu ele alınmıştır. *Fomento* şirketi Panama mahkemesinde dava açmış ancak karşı taraf, “tahkim” itirazında bulunmuştur. Panama mahkemesi ise, yetki itirazının zamanında yapılmadığı gerekçesiyle davayı görmeye devam etmiştir. Diğer yandan *Colón* şirketi, İsviçre’de ICC tahkimini başlatmıştır. Hakem heyeti; “yabancı mahkeme yargılamasıyla bağlı olmadığını” vurgulamış ve karar vermiştir. Tartışmalı şekilde İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre devletler kamu hukukundaki *lis alibi pendens* kuralını kıyasen (*mutatis mutandis*) uygulayarak, hakem kararını iptal etmiştir. Bu tartışmalı karar nedeniyle, İsviçre milletlerarası özel hukukunda kanuni değişiklikler, “hakemlerin, yabancı mahkeme ya da tahkim yargılamalarından bağımsız şekilde kendi yetkilerine karar verebilecekleri düzenlenmiştir. Kararın ayrıntıları için bkz. *Fomento de Construcciones y Contratas S.A. v. Colón Container Terminal S.A*, Swiss Federal Tribunal, 14 May 2001, ATF 127 III 279, (2001) ASA Bulletin 544.

²⁶⁸ Türk hukukunda da; bazı yabancılık unsuru barındıran Yargıtay kararlarında, yabancı derdestliğin tartışıldığı ancak iç hukuktan farklı olarak “karşılıklılık” gibi ek şartların da arandığı görülmektedir. Bkz. T.C. YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ E. 2010/6713 K. 2011/8635 T. 17.5.2011:

“...Davalı kadın, daha önce Almanya’da boşama davası açtığını ileri sürerek süresi içinde derdestlik ilk itirazında bulunmuş; mahkemece, “yabancı mahkemede açılmış ve

ortaya çıkabilmektedir. *Lis alibi pendens* doktrininin kökeninin; milletlerarası nezaket kuralı (*international comity*) olduğu ve mahkemeye, “başka bir ülkede devam etmekte olan paralel dava dolayısıyla kendi yetkisini kullanmama” yönünde bir takdir yetkisi verdiği Amerikan hukukunda vurgulanmaktadır²⁶⁹. *Forum non conveniens* doktrinine benzetmekle beraber, her iki kavram arasında ince farklılıklar vardır. Yukarıda ele alındığı üzere *forum non conveniens* doktrinin uygulanması için, alternatif daha uygun bir forumun olup olmadığına bakılmaktadır. Diğer bir ifade ile yabancı bir forumda; aynı uyuşmazlık ve tarafların davaya konu edilip edilmediği, *forum non conveniens* uygulaması için önemli değildir. Oysaki *lis alibi pendens* doktrininin uygulanmasında dava açılan forum; bu doktrin çerçevesinde yetkisini takdir ederken, yabancı forumdaki çoğunlukla daha önce açılmış olan ve aynı uyuşmazlık ile tarafları konu edinen paralel davayı değerlendirmektedir. Davayı görmesi istenen mahkeme; yabancı forumdaki paralel davanın zaten uyuşmazlığı çözdüğünü ya da çözeceğine kanaat getirdiğinde, *lis alibi pendens* doktrini çerçevesinde aynı taraflar ve uyuşmazlığa dair davayı görmeyi kabul etmeyerek usulden reddedebilecektir.

Türk usul hukukunda da dava taraflarının, dava talebi ile dava konusunun aynı olduğu hallerde iki dava arasında derdestlik durumu ortaya çıkmaktadır²⁷⁰. Derdestlik, ilk itiraz sebebi olmaktan çıkartılarak HMK madde 114/I-1’de “dava şartı” olarak düzenlenmiştir. Ancak Türk usul hukukundaki derdestlik dava şartının;

görülmekte olan davanın varlığından" bahisle derdestlik sebebiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Derdestlik itirazının geçerli olabilmesi için aynı davanın iki defa ayrı ayrı açılmış olması gerekir. Aynı davadan, tarafları, konusu ve dava sebeplerinin aynı olması anlaşılır. Davaların sebepleri ve tarafları farklı ise aynı davanın varlığından söz edilemez. Yabancı mahkemede açılmış ve görülmekte olan davanın, derdestlik itirazına esas alınabilmesi için, dava sebeplerinin aynı olması yetmez. Yabancı mahkeme kararının, Türkiye’de tenfiz kabiliyetinin olması ve bu hususa ilişkin davanın görüldüğü yabancı devlet ile Türkiye arasında anlaşmanın bulunması ve Türk Milletlerarası Özel Hukukunda bir düzenlemenin varlığı da gerekir. Aksi halde Türk Mahkemesinde derdestlik itirazında bulunulamaz. Bu hususta Almanya ile Türkiye arasında bir anlaşma bulunmasına rağmen; Almanya’da davalı kadın tarafından açılan boşanma davası ile kocanın Türkiye’de açtığı boşanma davasının sebepleri ve davadaki sıfatları aynı değildir. O halde derdestlik itirazının reddi ile işin esasının incelenmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”

²⁶⁹ *Turner Entm’t Co. v. Degeto Film*, 25 F.3d 1512, 1518 (11th Cir.1994). *Seguros Del Estado, S.A. v. Scientific Games, Inc.* (262 F.3d 1164) davasında mahkeme; her iki davanın “farklı uyuşmazlık, belge ile tarafları içermesi” dolayısıyla paralel olmadıklarına hükmetmiş ve davayı görmeyi kabul eden bölge mahkemesi kararını onaylamıştır.

²⁷⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 635 vd.; derdestlik itirazının ancak sonradan açılan davaya karşı ileri sürülebileceği hakkında bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 196; derdestliğin re’sen veya talep üzerine dikkate alınıp, sonradan açılan davanın dava şartı yokluğu gerekçesiyle esasa girilmeden reddedileceği konusunda bkz. Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 249; bu genel tanıma rağmen derdestliğin tam olarak ne zaman başlayıp biteceği konusu tartışmalıdır, ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıver, **a.g.e.**, s. 8-15; detaylı bilgi için bkz. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 160-184.

aksine açık bir kanuni düzenleme olmadığı sürece, “yabancı derdestliği” de içine alacak şekilde yorumlanamayacağı vurgulanmıştır²⁷¹. Buna karşılık; bu türden bir katı ve sınırlayıcı yaklaşımın “milletlerarası özel hukuk dinamizmi ve ihtiyaçlarına uygun olmadığından” hareketle, en azından “daha evvel açılmış” bir yabancı davada kesinleşecek kararın Türkiye’de tanınması ve tenfizi ihtimali varsa milletlerarası derdestliğin dikkate alınabileceği de ileri sürülmektedir²⁷².

Lis alibi pendens kuralı ve bu kuralı tetikleyen aynı konu ve taraflara ilişkin paralel yargılamalar, milletlerarası tahkim hukukunda da karşımıza çıkmaktadır. *CME* davası²⁷³, iki ayrı hakem heyeti arasında belirebilen paralel yargılama sorununa iyi bir örnektir. Bu tahkim davasında; Stockholm ve Londra’daki iki ayrı hakem heyeti, aynı uyuşmazlık için birbiriyle çelişen nihai kararlar vermişlerdir. Stockholm’de hakem kararının iptal talebi de reddedilince, ortada birbiri ile çelişen iki nihai karar kalmıştır²⁷⁴.

Bu tür uygulamalar nedeniyle *lis alibi pendens* problemi, milletlerarası tahkim kurumlarının da dikkatini çekmiş ve bu problemin uluslararası düzeyde daha etkin şekilde çözümü için bazı tavsiye kararlar alınmıştır. Bunların belki de en önemlisi,

²⁷¹ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 457. Yazara göre; yabancı derdestlik Türk hukukunda sadece iki halde kabul edilebilecektir. Bu haller; Türklerin kişi hallerine ilişkin davalar (MÖHUK madde 41, bkz. “yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde” ibaresi) ile yabancı devlet mahkemesinin MÖHUK madde 47 uyarınca yetkilendirilmesi halleridir. Aynı yönde bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 635-640. Yazarlara göre ayrıca; belirtilen iki hale ek olarak, milletlerarası sözleşme hükümlerinde derdestliğin açıkça kabul edildiği halleri de “yabancı derdestliğin dikkate alınabileceği” bir hal olarak görmek gerekir. Yazarlara göre; bu sebepleri genişleterek yabancı mahkeme lehine yetkisini kullanmama yönünde Türk mahkemelerine takdir yetkisi tanımak, “hak arama hürriyeti önünde bir engel” teşkil edecektir. Gerçekten de bu konuda “sınırsız” bir takdir yetkisi tanındığında; taraflardan biri hızlı yargılamanın yapıldığı ülkede dava açarak, Türkiye’deki davaya engel olabilecektir. Kanımızca da bir dava şartı olan “derdestlik” şartının aksine, “milletlerarası derdestlik” sadece belirtilen hallerde ve istisnai şekilde uygulanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 638-640; yabancı derdestliğin Türk hukukunda nazara alınamayacağı yönünde bkz. Nomer, *Derdestlik*, s. 368 vd.; ancak öğretilde bazı yazarlar ise daha evvel açılan yabancı davadaki kararın Türkiye’de tanınması-tenfizi “ihtimali” var ise, yabancı derdestliğin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 439; aynı yönde bkz. Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 204 vd. Yabancı öğretilde de “derdestlik” prensibinin iç hukuk için uygun olmakla beraber, milletlerarası alan için zor olduğu ve genellikle uygulanmadığı vurgulanmaktadır. Bkz. Bermann, **a.g.e.**, s. 610-611; yabancı derdestliğin açıkça düzenlenmemiş olmasının, bu itirazın reddedildiği şeklinde yorumlanmayacağı ve bunun “bilinçli bir susma” olduğu konusunda bkz. Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s. 301-316.

²⁷² Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 172-174; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 439-440; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 170-171; öğretilde katıldığımız görüş uyarınca Türkiye’de henüz dava açılmamışken farazi şekilde yabancı mahkeme kararının tenfiz edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi mümkün olmayacağı gibi, bu tür geniş bir yorum çözüm yerine başka sorunlara da sebebiyet verecektir. Bkz. Akıncı, **Derdestlik**, s. 138-139; ancak kanuni bir hüküm bulunması halinde derdestliğe izin verilebileceği hakkında bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 457-458; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 635 vd.

²⁷³ *CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic*, Final Award, March 14, 2003.

²⁷⁴ Emil Brengeşjö, “*Lis Alibi Pendens* in International Arbitration”, Stockholm University Faculty of Law, 2013, s. 2. <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:661930/fulltext01.pdf> (Erişim, 11.10.2017).

Kanada'nın Toronto şehrinde Uluslararası Hukuk Birliği²⁷⁵ (*International Law Association*, kısaca "UHB") tarafından 2006 yılında gerçekleştirilen 72. Konferans'ta alınan *lis alibi pendens* problemine ilişkin tavsiye kararlardır²⁷⁶. Bu tavsiye kararlarda *lis alibi pendens*; "aynı uyumsuzluk konusu ve aynı taraflar arasında farklı forumlarda paralel davaların derdest olması" şeklinde tanımlanmıştır. Hakemler için öngörülen UHB tavsiyeleri; çeşitli ihtimallere göre, tahkimde *lis alibi pendens* ile karşılaşıldığında nasıl davranılması gerektiğini düzenlemektedir. UHB tavsiye kararlarına göre, paralel davanın "tahkim yeri ülke mahkemesinde" açılması ile "tahkim yeri dışında bir ülkede" görülmesine göre farklı tavsiyelerde bulunulmuştur. Böylece hakem heyetlerinden her biri; tahkim yerindeki "muhtemel karar iptalini" de nazara alarak *kompetenz-kompetenz* ilkesi çerçevesinde hassas bir değerlendirme neticesinde ya paralel davaya rağmen yargılamaya devam edecek ya da başka heyet önündeki dava lehine kendi yetkisizliğine karar verecektir.

Diğer bir önemli düzenleme ise Uluslararası Hukuk Enstitüsü²⁷⁷ tarafından hazırlanan 2003 tarihli ve *forum non conveniens* ile *anti-suit injunction* kullanımına ilişkin ilkeleri²⁷⁸ belirleyen karardır. *Soft law* olarak kabul edilebilecek bu önemli ilkelerin, *lex mercatoria*'nın bir parçası olarak uyumsuzluk çözümünde kullanılabileceği de doktrinde vurgulanmaktadır²⁷⁹. Bu ilkeler aynı zamanda yabancı derdestlik ile paralel davalara ilişkin esaslar da içermektedir. Dolayısıyla ilkeler; buraya kadar incelediğimiz başlıkların birbiriyle olan hassas ilişkisini de ele almaktadır. Örneğin ilkelere göre; paralel davaların "adaletsizliğe, gecikmeye, masraf artışı ile çelişkili kararlara" yol açabileceği vurgulanmıştır. Diğer yandan dava açma yasaklarının, milletlerarası nezakete zarar verebileceği endişesi de

²⁷⁵ International Law Association("ILA"); Brüksel'de 1873 yılında kurulmuş olan bir örgüttür. Bu kurum; hem milletlerarası kamu hukuku hem de milletlerarası özel hukuk alanında "danışmanlık" ve "tavsiye" niteliğinde çalışmalar yürütmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.ila-hq.org/index.php/about-us/aboutus2> (Erişim, 06.02.2018).

²⁷⁶ "International Law Association Recommendations on Lis alibi pendens and Arbitration", detaylı prosedür ve tavsiyeler için bkz. <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>, (erişim, 06.02.2018).

²⁷⁷ *Institut de Droit International* ya da *The Institute of International Law*, 1873 yılında Belçika'da 11 avukat tarafından kurulmuştur. Enstitü, milletlerarası tahkim hukukundaki sorunlara çözümler geliştiren bir kurum olarak faaliyetlerini sürdürmektedir. Detaylı bilgi için bkz. <http://www.idi-il.org/en/> (Erişim, 04.02.2018).

²⁷⁸ "The principles for determining when the use of the doctrine of forum non conveniens and anti-suit injunctions is appropriate". Karar ve ilkeler için bkz. http://www.idi-il.org/app/uploads/2017/06/2003_bru_01_en.pdf (Erişim, 05.02.2018).

²⁷⁹ Ekşi, *Lex Mercatoria*, s. 159; *lex mercatoria* uygulanarak verilmiş olan bir hakem kararının Türk hukukunda nasıl karşılanacağı konusunda bkz. B. Bahadır Erdem, "Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Lex Mercatoria", *Uluslararası Ticari Tahkim ve Lex Mercatoria* – Ed. Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiörük, XII Levha, İstanbul 2014, s. 125-150, s. 134 vd. (*Lex Mercatoria*).

belirtmiştir. Burada bu hususları yeniden tartışmaya gerek olmamakla beraber, ilkelerde önemli esasların göze çarptığını söylemek mümkündür. Buna göre münhasır yetkili olmayan ya yetkisi münhasır şekilde tesis edilmeksizin; davayı gören bir mahkeme, *forum non conveniens* uygulayabilmeli ve “paralel davaların azaltılmasını” sağlamaya çalışmalıdır²⁸⁰.

Lis alibi pendens problemi ile *res judicata* etki arasında da sıkı bir ilişki vardır. Zira paralel davaların engellenmesi amacı ve ihtiyacı, aslında tek uygun forumda verilecek olan hakem kararının *res judicata* etkisini tesis etmeye yöneliktir. Bu yüzden ki *lis alibi pendens* kuralının etkisinin bittiği yerde, *res judicata* (kesin hüküm etkisi) doktrinin etkisinin başladığı söylenebilir²⁸¹. Konumuz itibarıyla, *lis alibi pendens* problemi ile *res judicata* doktrinin tartışmasını detaylıca yapmak yerine; dava açma yasağının *lis alibi pendens* problemini çözme noktasındaki katkılarını ele alacağız. Yani asıl sorumuz şudur: Aynı anda derdest olan iki paralel davada, alınacak bir dava açma yasağı tedbiri ne kadar etkili olacaktır?

Bilindiği üzere milletlerarası tahkimde, bir uyuşmazlık hakkında verilen nihai hakem kararı sadece uyuşmazlığın taraflarını bağlar. Milletlerarası tahkimde, devlet yargısının aksine *res judicata* etkisine yer yoktur. Diğer bir ifadeyle, bir hakem kararı başka bir tahkim yargılamasında emsal karar veya bağlayıcı karar işlevi görmez. Elbette hakem heyetinin bu eski kararlardan yararlanması pekâlâ mümkündür. Her ne kadar bir hakem, başka bir hakemin vereceği kararı emsal olarak kabul etmek zorunda değil ise de hakem heyetlerinden birinin; *lis alibi pendens* probleminin çözümü için yetkili olduğu anlaşılan ve davayı belirli bir aşamaya getirmiş ilk hakem heyeti lehine davayı görmekten vazgeçmesi de mümkündür. Ancak hassas bir değerlendirme neticesinde hakem, *kompetenz-kompetenz* ilkesi çerçevesinde dilerse paralel davaya rağmen ikinci yargılamaya devam edebilecektir²⁸².

²⁸⁰ “Parallel litigation in more than one country between the same, or related, parties, in relation to the same, or related, issues, should be *discouraged*.”

²⁸¹ Brengesjö, *Lis Alibi Pendens in International Arbitration*, s. 15. Diğer bir ifade ile her iki paralel yargılama da devam ettiğinde daha evvel kesinleşen mahkeme kararı, örneğin Türkiye’deki derdest davaya rağmen, Türkiye’de tanınıp-tenfiz edildiğinde artık bu yabancı kararın *res judicata* etkisi Türkiye’de kabul edilmiş sayılacağından, hâlihazırdaki derdest davanın artık bir etkisi de olmayacaktır. Tanıma-tenfiz talebinin, “Türkiye’de davanın derdest olduğu” gerekçesiyle önlenemeyeceği haklı vurgusu için bkz. Nomer, *Devletler Hususi*, s. 459.

²⁸² Yabancı derdestlik itirazı; yukarıda incelendiği üzere, tüm tartışmalara rağmen sınırlı da olsa milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku alanında uygulama alanı bulmaktadır. MÖHUK madde 41 ile madde 47’de, yabancı derdestliğin kanunen düzenlendiği kabul edilmektedir. Ancak tahkimin özel yapısı ve farklı yönleri olması nedeniyle, aynı hususların milletlerarası tahkim alanında geçerli olup olmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir.

Yabancı forumlardaki aynı konu ve taraflara ilişkin paralel davalar ya da diğer bir deyişle milletlerarası derdestliğin, gerek tarafları gerekse hukuk sistemlerini ilgilendiren birçok sakıncaları mevcuttur. Bu tür davaların; asıl yargılamanın gecikmesine, tarafların yıpranmalarına, karar etkinliğinin azalmasına ve yargılama masraflarının artmasına sebep oldukları bilinmektedir²⁸³. Benzer şekilde; paralel davaların, gerek hakemler gerek mahkemeler üzerinde olumsuz etkilerinin olduğu da bir gerçektir. Örneğin birbiriyle çelişmekte olan aynı konu ve tarafları içeren iki yabancı hakem kararının; aynı anda Türkiye’de tenfize konu edilmesi, Türk hukuku açısından bir sorun teşkil edebilecektir. Bu bakımdan; paralel davaların, uluslararası tahkimden de beklenen “kesinliği” engellediği ve hukuk sistemleri üzerinde bir “yük” olarak kaldığını ileri sürmek mümkündür²⁸⁴. Dava açma yasağının temel işlevi ise; bu tür paralel davaları, mümkün olduğunca azaltmak ve tarafları kararlaştırılan veya uygun olduğuna kanaat getirilen tek bir forumda bir araya getirmektedir. Bu nedenle uygulamada dava açma yasağı; *lis alibi pendens* problemini aşma amacına

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu derdestlik hükümlerinin, MTK kapsamında tahkimler için de uygulanabileceği görüşü için bkz. Akıncı, **Yabancı Derdestlik**, s. 97. Milli tahkim yargılamaları olan HMK ve MTK kapsamındaki tahkim yargılamaları için, HMK derdestlik usulünden yararlanması kanımızca da yerinde olacaktır. Ancak milletlerarası tahkim hukukunda, meselenin çözümü daha zor ve karmaşık bir hal alabilmektedir.

Milletlerarası tahkim alanında, “yabancı derdestlik” itirazının kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Örneğin MTK uyarınca yürütülmekte olan bir tahkim davasında; daha önceden başka bir ülkede açılan derdest bir tahkim yargılamasının olduğundan bahisle, MTK kapsamında yargılama yapan hakem heyetinin yabancı derdestliği kabul etmesi beklenmeyecektir. Benzer şekilde; daha önce başlatılmış tahkim yargılamasından alınan dava açma yasağı tedbiri de (*anti-suit injunction*, kanımızca daha açık ve doğru bir ifade ile *arbitral anti-arbitration injunction*), MTK uyarınca yürütülmekte olan tahkim yargılamasını engelleyemeyecektir. Bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 585.

Pozitif hukuk anlayışıyla ve katı bir lâfzî yorumla mesele ele alındığında, kanımızca da milletlerarası tahkimde *lis alibi pendens* kuralının geçerliliğinden bahsedilemez. Zira öncelikle, *kompetenz-kompetenz* kuralının olması ve de MÖHUK madde 41 gibi açık hükümlerin aksine, iki tahkim yargılaması arasındaki bağı tesis edebilecek açık bir hukuki düzenlemenin eksik olması da bu kuralın uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Mantıki olarak her hakem veya hakem heyeti, kendi yetkisini kendisi tayin edecektir. Hatta bir hakem, başka bir hakemin verdiği kararla bağlı olmayacaktır. Bu tür bir hakem kararının yayımlanması, diğer hakemler bakımından sadece *lex mercatorian*’ın bir parçası olacaktır (bkz. Erdem, **Lex Mercatoria**, s. 127 vd.). Zira hakemler arasında, alt derece mahkemesi- temyiz mahkemesi- YİBK gibi bir hiyerarşi de yoktur. Ancak bu demek değildir ki milletlerarası tahkimde, derdestlik itirazı tamamen görmezden gelinmelidir. Zira yukarıda da incelendiği üzere; milletlerarası tahkimde geliştirilen ilke ve kurallar çerçevesinde; kanımızca hakemler de derdestlik itirazını dikkate alarak, paralel tahkim yargılamaları ile usul ekonomisi ilkesi ihlallerinin önüne geçebilmelidir. Aşağıda hakemler tarafından verilen, tahkimde dava açma yasaklarını incelerken bu hususu biraz daha detaylandıracağız.

²⁸³ Nadja Erk-Kubat, “Jurisdictional Disputes in Parallel Proceedings: A Comparative European Perspective on Parallel Proceedings before National Courts and Arbitral Tribunals”, The University of St. Gallen, PhD Thesis, 2014, s. 264; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 167. Yabancı öğretiler; *lis alibi pendens* probleminin mümkün olduğu kadar yargılamaların en başlarında çözülmesi gerektiği, yoksa ileride ciddi sorunlara yol açabileceği haklı şekilde vurgulanmaktadır. Bkz. Elliot Geisinger/Laurent Lévy, “Lis Alibi Pendens in International Commercial Arbitration”, **Complex Arbitrations. Perspectives on their Procedural Implications**, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003, s. 60.

²⁸⁴ Erk-Kubat, **a.g.e.**, s. 265; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 167.

hizmet eden güçlü²⁸⁵ usuli araçlardan biri olarak, milletlerarası tahkimde ve milletlerarası özel hukukta etkin şekilde kullanılmaktadır.

D. Türleri

1. Genel Olarak

Dava açma yasakları; talep edildikleri foruma göre genel olarak, (i) Mahkeme tarafından verilen dava açma yasakları (*anti-suit injunctions by court*) ve (ii) Hakem veya hakem heyeti tarafından verilen dava açma yasakları (*anti-suit injunctions by arbitrators*) olmak üzere iki ana başlıkta sınıflandırılabilirler. Her bir başlık da kendi içinde ikiye ayrılarak ele alınabilir zira mahkeme tarafından verilen dava açma yasakları, başka bir mahkemedeki yargılamayı konu edinen dava açma yasakları (*anti-suit injunctions*) ile bir tahkim yargılamasını konu edinen dava açma yasakları (*anti-arbitration injunctions*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Benzer şekilde ikinci grubu oluşturan hakem veya hakem heyeti tarafından verilen dava açma yasakları da, başka bir mahkemedeki yargılamayı konu edinen dava açma yasakları (*anti-suit injunctions*) ile bir tahkim yargılamasını konu edinen dava açma yasakları (*anti-arbitration injunctions*) olarak iki gruba ayrılmaktadırlar.

Aşağıda bu iki ana başlıkta dört tedbir türünü ele alırken; çalışmamız boyunca yaptığımızdan farklı olarak bu kısımda dava açma yasakları (*anti-suit injunctions*) kavramını, tüm tedbir türlerini içeren genel anlamda kullanmayacağız. Bu kısımdaki değerlendirmemizin daha rahat anlaşılabilmesi için; başka bir mahkemedeki yargılamayı konu edinen dava açma yasakları (*anti-suit injunctions*) ibaresi ile bir tahkim yargılamasını konu edinen dava açma yasakları (*anti-arbitration injunctions*) ibaresini birbirinden ayıracağız. Dolayısıyla çalışmamızın bu kısmında dava açma yasakları (*anti-suit injunctions*), tahkimde dava açma yasaklarını da içeren genel bir başlık olarak değil; sadece *başka bir devlet mahkemesinde* yargılama yapılmaması

²⁸⁵ Bermann, **a.g.e.**, s. 613-614. Yazar “derdestlik” prensibinin iç hukuk için uygun olmakla beraber, milletlerarası alan için zor olduğu ve genellikle uygulanmadığını vurgulamaktadır. Dolayısıyla bu gerçek nazara alındığında davacı; ikinci davayı kötü niyetli ve taktik gereği açtığı anda, asıl forumda dava açmış olan kişinin bu paralel davayı önlemek amacıyla dava açma yasağı tedbirine başvurması kaçınılmaz olacaktır.

Benzer şekilde *lis alibi pendens* kuralının öncelikle iç hukukta ortaya çıkan bir usul kuralı olduğu ve zamanla milletlerarası alanda bir çözüm olarak ele alınmaya başladığı hakkında bkz. Laurence Boisson de Chazournes, “Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals: The Threads of a Managerial Approach”, **28 Eur. J. Int'l L.** **13**, s. 46-47; dava açma yasaklarının, davanın sadece talepte bulunulan forumda görülmesini sağlayarak paralel davaların görülmesini doğrudan olmasa da dolaylı şekilde engelleme işlevi gördüğü konusunda bkz. Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s. 63-64.

veyahut yargılamaya devam edilmemesine yönelik davalı taraf aleyhine verilen dava açma yasakları (*anti-suit injunctions*) anlamında kullanılacaktır. Tahkime gitme yasakları (*anti-arbitration injunctions*) ise, tahkimdeki yargılamanın sonlandırılmasını veya başlatılmamasını hedefleyen ve dava açma yasaklarının ayrı bir türü olarak anlaşılabacaktır.

2. Mahkeme Tarafından Verilen Dava Açma Yasakları

a) Başka Mahkemede Dava Açma Yasağı (*Anti-suit Injunction*)

i. Genel Olarak

Öncelikle belirtelim ki bir mahkeme tarafından davalı taraf aleyhine verilen ve başka bir mahkemede dava açılmamasını ya da davaya devam edilmemesini öngören dava açma yasakları (*anti-suit injunctions*), bu çalışmamızın ana konusunu oluşturmamaktadır. Zira çalışma konumuz; milletlerarası tahkimde dava açma yasakları olup, herhangi bir tahkim sözleşmesi ya da şartını konu edinmeyen mahkeme-mahkeme arasındaki ilişkiyi dolaylı da olsa ele alan dava açma yasaklarını²⁸⁶ kapsamamaktadır. Bu nedenle ayrı bir tez konusu olabilecek kadar geniş olan bu türden milletlerarası özel hukuk dava açma yasaklarını, bu kısımda tüm detaylarıyla ele alamayacağız. Yine de mahkeme tarafından başka mahkemeyi dolaylı da olsa yargılama yapmaktan meneden tedbirlerin bir kısmını; konumuzu da ilgilendirdiği ve ilgili olduğu ölçüde, aşağıda yeri geldiğinde değerlendireceğiz. Özellikle tahkim sözleşmesinde olduğu gibi; bir devlet mahkemesinin de taraflarca münhasır yetkili olarak kararlaştırılması pekâlâ mümkündür. Bu tür durumlar, konumuzla “münhasır yetkili forum” bağlamında benzerlik göstermektedir.

Taraflar aralarında yaptıkları sözleşmede; başka bir devlet mahkemesini uyuşmazlıkları görme konusunda münhasır yetkili kılacakları gibi, devlet mahkemeleri yargılamalarını tamamen bertaraf ederek münhasır yetkili forum olarak tahkimi de kabul etmiş olabilirler. Birinci haldeki münhasır yetkili mahkeme; diğer

²⁸⁶ Örneğin bir aile hukuku davasında; eşlerden birinin Almanya’da, diğer eşin ise Amerika’da dava açtığı hallerde Amerikan Mahkemesi tarafından dava açma yasağı tedbir kararı verilmesi milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku ile alakalı olmakla beraber konumuz olan *milletlerarası tahkimde* dava açma yasakları ile ilgili değildir.

Fransa’da *In Zone Brands* davasında; Fransız Temyiz Mahkemesi, yabancı mahkeme kararıyla beraber tanıma-tenfize konu olan dava açma yasağı tedbirinin milletlerarası kamu düzenine aykırı olmadığını vurgulayarak Amerikan mahkeme kararını onaylamıştır. Civ. 1ère, 14 October 2009, pourvoi n° 08-16.369, *In Zone Brands*. (Kluwer Arbitration, 2017). Bu tür doğrudan tahkimi konu almayan ve fakat dava açma yasağı uygulamalarına dair fikir veren önemli kararlara ise, çalışmamızda yer vereceğiz.

devlet mahkemelerinde dava açılmaması veyahut açılmış olan bir davaya devam edilmemesi yönünde davalı taraf aleyhine dava açma yasağı tedbir kararı verdiğinde, bu karar mahkeme-mahkeme arasındaki ilişkiye bağlı olduğundan konumuz olan milletlerarası tahkimi doğrudan ilgilendirmemektedir. İkinci halde ise farklı bir durum vardır zira başka bir devlet mahkemesi; özellikle de tahkim yeri mahkemesi, sözleşmesel ve münhasır yetkili forum olan tahkime yönlendirmek amacıyla tahkim sözleşmesini ihlal eden taraf aleyhine dava açma yasağı tedbiri uygulayabilmektedir. Burada iki hal arasındaki fark kanımızca oldukça belirgindir zira ilk halde mahkeme, kendi ülke mahkemelerinin yetkisini korumak için yabancı devlet mahkemesini taraf vasıtasıyla engellemeye çalışırken; ikinci halde, geçerli tahkim sözleşmesine etki tanımak amacıyla yine taraf aleyhine verdiği bir tedbirle yabancı devlet mahkemesindeki paralel yargılamayı önlemeye çalışmaktadır. Her ne kadar konumuzu doğrudan ilgilendirmese de, ilk kategoriye giren bazı davalara da çalışmamızda ilgili olduğu ölçüde kısaca değineceğiz. Zira bir hukuk sisteminde, münhasır yetkilendirilmiş mahkemeyi korumak için dava açma yasakları veriliyorsa; devlet mahkemelerine alternatif olarak münhasır yetkili kılınan tahkimi korumak ve etkinleştirmek amacıyla da, dava açma yasaklarına da hükmedilebileceği kanımızca öngörülebilir. En azından bu tür hukuk sistemlerinde; münhasır yetkili forumu etkinleştirmeye yönelik dava açma yasaklarının tamamen reddedilmediği varsayılabilir.

Bazı mahkeme tarafından verilmiş olan dava açma yasağı kararlarını, ilgili oldukları ölçüde yukarıda incelemiş bulunuyoruz. Bu kısımda ise; yukarıda bahsedilen davalar ile başka davalardan bir tür olarak bahsedecek ve davaların esaslarını da analiz ederek, uygulamanın nasıl olduğunu anlamaya çalışacağız. Bunun için her ülkeyi ve tüm dava açma yasağı talepli davaları ele almak yerine, bellibaşlı bazı önemli ve güncel davaları ele alacağız. Öncelikle AB hukukunda bir üye devlet mahkemesinin; başka bir üye devlet mahkemesini, ister kendi yetkisini korumak ister geçerli bir tahkim sözleşmesine etki tanımak amacıyla olsun, dava açma yasağı tedbiri verip veremeyeceğini inceleyeceğiz. Sonrasında ise gerek *Common Law* gerek Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki bazı ülkelerde verilmiş başlıca davaları ele alarak, mahkeme tarafından verilen dava açma yasaklarını ele alacağız. Konumuz açısından milletlerarası tahkim daha çok önemi haiz olduğundan, diğer türleri aşağıda ele alırken kararların sonunda ayrıca değerlendirmemizi de sunacağız.

ii. *West Tankers* Davası

AB hukukunda; bir üye devlet mahkemesinin başka bir üye devlet mahkemesinin yetkisizliğine karar verip vermeyeceği oldukça tartışmalı olmakla birlikte, AAD kararlarıyla bu karışıklık en azından üye devletlerin mahkemeleri arasındaki ilişkiler bakımından büyük ölçüde aşılmıştır. Sorunu somutlaştırmak için, şöyle bir örnek verilebilir: Bir Alman şirket ile bir Fransız şirket arasındaki mal alım-satım sözleşmesinde; Belçika mahkemeleri münhasıran yetkilendirilmiş fakat malların ayıplı olması nedeniyle Alman şirket, kendi ülkesinde dava açmıştır. Belçika mahkemeleri veya Fransız mahkemeleri tarafından, Alman şirketi aleyhine dava açma yasağı tedbiri verilebilir mi? Aynı örneği biraz daha değiştirerek, konumuz olan milletlerarası tahkime uyarlayabiliriz: Taraflar Belçika mahkemeleri yerine, Stockholm Ticaret Odası tahkimini kararlaştırmışlarsa; Stockholm mahkemesi ya da Fransız mahkemesi, Almanya’da dava açan Alman şirketi aleyhine dava açma yasağı tedbiri verebilecek midir? Burada dikkat edilirse her iki örnekte de AB üyesi ülkeler arasında yetki sorunu söz konusu olmaktadır. Özellikle tahkim iradesini de konu alan ikinci örnekteki uyuşmazlıklar esas konumuzu oluşturmaktadırlar.

Bu husus *Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA (Allianz & Generali) v West Tankers Inc.* davasında²⁸⁷ değerlendirilmiş ve tartışmalı bir karara varılmıştır. Uyuşmazlık; *Front Comor* adlı *West Tankers* şirketine ait geminin, 2000 yılında İtalya’da bir dalgakırana (*jetty*) çarparak zarara sebebiyet vermesinden doğmuştur. Çarter Sözleşmesi’nde ise, uyuşmazlıkların İngiliz hukukuna tabi olarak Londra’da tahkim yoluyla çözüleceği öngörülmüştür. Mağdur şirket; sigorta limitine kadar davacı sigorta şirketine dava açmış, kalan kısım için malik şirkete karşı Londra’da tahkim yargılaması başlatmıştır. *West Tankers* şirketi, çatma haksız fiilinden kaynaklanan sorumluluğu reddetmiştir. Diğer yandan; *Allianz & Generali* sigorta şirketi, ödedikleri zarar bedeli için *West Tankers* şirketine karşı 2003 yılında İtalyan devlet mahkemesinde dava açmıştır. İtalyan hukukunda da var olan “sigortacının ödeme yaptıktan sonra sigortalının yerine geçmesi prensibini” gerekçe gösterip dava açan *Allianz & Generali* sigorta şirketine karşı; davalı malik *West Tanker* şirketi, tahkim

²⁸⁷ C-185/07, EU: C:2009. 69. Tam metin için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-185/07> (Erişim, 14.09.2017). Dava kısaca “*West Tankers*” olarak bilinmektedir. Biz de çalışmamızın devamında; bu önemli davadan, kısaca *West Tankers* olarak bahsedeceğiz.

sözleşmesini gerekçe göstererek yetki itirazında bulunmuştur. *West Tankers* paralel şekilde 2004 yılında; tahkim yeri olan İngiltere’de İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi’nden²⁸⁸, davacının İtalya’daki davadan vazgeçirilmesi için dava açma yasağı talep etmiştir. 2005 yılında dava açma yasağı talebi kabul edilmiş ancak davalılar; dava açma yasağının EC 44/2001 numaralı Konsey Tüzüğü’ne²⁸⁹ aykırılık teşkil ettiğini ileri sürerek, kararı temyiz etmiş ve karar Lordlar Kamarası (*House of Lords*) önüne gelmiştir. Lordlar Kamarası, dava açma yasaklarının EC 44/2001 Konsey Tüzüğü’ne aykırı olduğunu saptayan önceki *Gasser*²⁹⁰ ve *Turner*²⁹¹ kararlarına atıfta bulunmuştur. Atıfta bulunulan bu kararların tüm detaylarına bu kısımda giremeyeceğiz ancak özetle bu kararlarda; Tüzük kapsamında yetkili bir mahkeme tarafından verilse bile başka bir üye devlet mahkemesinde yürütülmekte olan davaya dönük dava açma yasaklarının verilmesinin, EC 44/2001 Konsey Tüzüğü’ne aykırılık teşkil ettiğinin saptandığını vurgulamakta yarar görüyoruz. Ayrıca bu iki davanın bir diğer temel özelliği ise yukarıda verdiğimiz örneklerin ilkinde yani *tahkim iradesi söz konusu olmaksızın* mahkeme-mahkeme arasındaki dava açma yasaklarına dair olmasıdır. Diğer bir ifade ile tahkim söz konusu değilken AAD; “karşılıklı güven” (*mutual trust*) ilkesi gereği, bir üye devlet mahkemesinin başka bir üye devlet mahkemesini dolaylı da olsa yargılama yapmaktan men etmeyeceğini bu iki önemli davada karara bağlamıştır.

Ancak Lordlar Kamarası; kanımızca da doğru şekilde bu iki davayı mevcut davadan ayırarak, EC 44/2001 numaralı Konsey Tüzüğü madde 1/f.2(d)’ye vurgu yapmış ve “tahkimin açıkça Tüzük’ün kapsamı dışında tutulduğunu” belirtmiştir. Lordlar Kamarası’na göre bu istisna; sadece tahkim yargılamasını değil, “tahkimi konu alan mahkeme yargılamasını da içeren” her türlü tahkim sürecini

²⁸⁸ High Court of Justice of England and Wales, Queens Bench Division (Commercial Court).

²⁸⁹ Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2001/44 EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel I Tüzüğü) (*Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Official Journal L 012, 16.01.2001 P. 0001 – 0023.*)

Tüzük; AB hukukunda özel hukuk ve ticari konularda verilen kararların serbest dolaşımını, tanınması ve tenfizi ile üye ülke mahkemelerinin yetkisini düzenlemektedir. Tüzük ayrıca Brüksel I Tüzüğü olarak da bilinmektedir. Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:en:HTML> (Erişim, 05.02.2018).

²⁹⁰ C-116/02, [2003] ECR I-14693.

²⁹¹ C-159/02, [2004] ECR I-3565. Bu davada İngiliz vatandaşı olan *Turner*, İngiliz Mahkemesi’nden, Madrid Mahkemesi’nde yürütülen davadan vazgeçilmesi için davalı aleyhine dava açma yasağı talep etmiştir. Tahkimin söz konusu olmadığı bu halde AAD, karşılıklı güven ilkesi gereği bir üye devlet mahkemesinin başka bir üye devlet mahkemesini yargılama yapmaktan men etmeyeceğini karara bağlamıştır.

kapsamaktadır. Lordlar Kamarası'na göre bu nedenle ortada Tüzük ihali yoktur, zira tahkim söz konusudur. Hatta dava açma yasaklarının; tahkim yeri mahkemesinin “tahkimi gözetleyici işlevi” bakımından oldukça önemli olduklarından, AB üyelerinin tamamının bu tedbirleri kabul etmesinin daha iyi olacağı da belirtilmiştir. Böylece Lordlar Kamarası; yargılamayı durdurarak, AAD'ye şu soruyu sormuştur: Geçerli tahkim sözleşmesine etki tanımak amacıyla bir üye devlet mahkemesi; yargılamayı yapan başka bir üye devlet mahkemesinde dava açan kişiyi, bu davaya devam etmekten men edebilir mi?

AAD yaptığı değerlendirmede öncelikle; bir uyuşmazlığın Tüzük kapsamına girip girmeyeceği konusunda önemli olanın, “uyuşmazlığın konusu” (*the subject-matter of the proceedings*) olduğunu belirtmiştir. Buna göre tahkimi etkinleştirmeye yönelik dava açma yasağı talebi veya daha genel bir ifadeyle tahkim, madde 1/f.2(d) gereği Tüzük kapsamına girmemektedir. Ancak AAD kanımızca ilginç ve oldukça geniş bir yorum getirerek; Tüzük kapsamına girmemekle beraber “Tüzük’ün uygulanmasını zorlaştırıp etkisini azaltan ya da üye mahkemelerin yetkisini kullanmasını engelleyen” davaların da, Tüzük’e aykırı oldukları sonucuna varmıştır. AAD; öncelikle İtalya’daki davanın Tüzük kapsamına girip girmediğine, sonrasında ise dava açma yasağının bu asıl dava üzerindeki mevcut ve olası etkilerine bakmıştır. Bu şekilde kanımızca doğru olmayan bir yöntem belirleyen mahkeme; İtalya’daki davanın Tüzük kapsamına girdiğine ve doğal olarak dava açma yasağının da, dolaylı da olsa bu davayı engellemeye çalıştığından Tüzük’e aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır. Başka bir deyişle AAD; tahkim istisnasına rağmen, dava açma yasaklarını EC 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü’nde “karşılıklı saygı” (*mutual respect*) çerçevesinde yasaklanmış olan “mahkemenin, başka bir mahkemenin yetkisini inceleyememesi” kuralına aykırı olarak değerlendirmiştir. Karar, milletlerarası tahkim alanında birçok tartışma ve eleştiriye sebep olmuştur²⁹².

²⁹² Bu kararın; tarafların, tahkim yerinin tahkim sözleşmesine etki tanıyacağı yönündeki beklentisini boşa çıkardığı ve Avrupa’yı tahkim için cazibe merkezi olmaktan uzaklaştırdığı vurgulanmaktadır. Bu karar sonrasında, AB hukukunda Konsey Tüzüğü’nü iyileştirme çalışmalarına ve tartışmalarına ağırlık verilmiştir. Yine de *West Tankers* davasının etkisinin devam ettiği ve dava açma yasağının benzer hallerde verilemeyeceği vurgulanmaktadır. Bkz. Born, **Commercial Arbitration**, s. 1299-1304; bu karar ile İngiliz mahkemelerinin dava açma yasağı yetkisinin, Brüksel rejimi dışındaki ülkelerle sınırlandırıldığı ve taraf serbestisine zarar verildiği yönünde bkz. Stuart Dutson/Mark Howarth, “After West Tankers—Rise of the “Foreign Torpedo”?”, (2009) **75 Arbitration** 334-348, s. 337-340; bu kararın, Brüksel Rejimi ile NYS (1958) arasında çatışma (*clash*) yarattığı konusunda bkz. Grace Gunah Kim, "After the ECJ's West Tankers: The Clash of Civilizations on the Issue of an Anti-Suit Injunction", **Cardozo J. of Conflict Resolution**, [Vol. 12: 573 2011], s. 589-591; bu karar sonrasında, tarafların tahkim yeri (*seat of arbitration*) seçerken nasıl hareket etmeleri gerektiği ve kararın tahkim yeri seçimine olan etkisi konusunda detaylı analiz için bkz.

Kanımızca; AAD tarafından belirtilen bu gerekçelere katılmak mümkün değildir. *Turner*²⁹³ davasında vurgulandığı gibi *bir üye devlet mahkemesinin başka bir üye devlet mahkemesini tahkim sözleşmesi söz konusu olmaksızın yargılamadan men etmesi*, EC 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü'nde "karşılıklı saygı" (*mutual respect*) çerçevesinde yasaklanmış olan "mahkemenin, başka bir mahkemenin yetkisini inceleyememesi" kuralına elbette aykırı olacaktır. AB hukuku bünyesinde kararların serbestçe dolaşımı ve yetki dağılımı için öngörülen bu kural; kanımızca da yerinde olup, üye devletlerin mahkemeleri arasındaki ilişkiyi düzenleyen uygulanabilir bir kuraldır. Ancak tartıştığımız *West Tankers* davasında olduğu gibi; tahkime etki tanımak amacıyla verilen dava açma yasaklarında, bu tür endişelere mantıken yer olmamalıdır. Zira tahkimden kaynaklı yetki uyuşmazlıkları; EC 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü madde 1/f.2(d) gereği, açıkça Tüzük kapsamı dışındadır ve bu istisna tahkime dair tüm uyuşmazlıkları ve aşamaları kapsamalıdır. Kaldı ki hakem heyetleri, devlet mahkemeleri veya devlet yargısının birer uzantıları da olmadıklarından; ortada Tüzük kapsamında aykırılık olmayacağı gibi, egemenler arasında karşılıklı saygı (*mutual trust*) gibi bir durum da olmayacaktır. Londra'ki hakem heyetinin, İtalya'daki mahkemeye saygı duymasını istemek; karşılıklı (*mutual*) sıfatı gereği İtalyan mahkemesinin de Londra'daki hakeme saygı duymasını gerektirir ki, egemenliğe dayalı forum ile taraf iradelerine dayalı bir forum arasında bu tür bir ilişkinin varlığından bahsetmek kanımızca doğru olmayacaktır. Tahkim heyeti ile devlet mahkemesi arasında ast-üst veya eşitlik gibi ilişkiler değil, gerek oluşumu gerek usulü bakımından birbirinden tamamen farklı ve bağımsız iki forumun alternatif şekilde yargılama yapması ve bazen de mahkeme yardımına gerek duyulan bir ilişki söz konusudur.

Kanımızca; 2009 tarihli *West Tankers* davasındaki hata, aşağıda detaylıca inceleyeceğimiz 2015 tarihli *Gazprom* davasında nispeten düzeltilmiştir. Zira bu davada; üye bir ülkedeki *hakem heyeti* tarafından verilen ve başka bir üye devlet mahkemesinde davaya devam edilmemesini öngören dava açma yasağının, Tüzük'e aykırı olmadığı zira tahkimin EC 44/2001 numaralı Konsey Tüzüğü madde 1/f.2(d) gereği kapsam dışında tutulduğu belirtilmiştir. Bu davada mahkeme eğer *West Tankers* davasında olduğu gibi üye devlet mahkemesindeki esas uyuşmazlığa ve dava açma yasağının buna etkilerine baksaydı, muhtemelen Tüzük'e aykırı olduğu

Daniel Rainer, "The Impact of *West Tankers* on Parties' Choice of a Seat of Arbitration", **Cornell Law Review** [Vol. 95: 431 2010], s. 452 vd.

²⁹³ C-159/02, [2004] ECR I-3565.

sonucuna ulaşacaktı. Her ne kadar *Gazprom* davasında, *West Tankers* davası incelenmemiş ise de; hakemler ile mahkeme arasında karşılıklı saygı ilkesinden bahsedilemeyeceği sonucuna ulaşılması ve tahkime dair hususların da genişçe Tüzük'ün kapsamı dışında tutulması, aslında *West Tankers* kararındaki sorunları açığa çıkarmaktadır. Üstelik *Gazprom* davası sayesinde AB sınırları içinde hakem heyeti, üye devlet mahkemesini tarafa yönelik bir dava açma yasağı ile yargılamadan men edebilecekken; *West Tankers* davası nedeniyle tahkim yeri bile olsa üye devlet mahkemesi, bu tür bir tedbir kararı verememektedir. Bu durum dolayısıyla bir bakıma; üye devlet mahkemelerine nazaran hakemlere, dava açma yasağı konusunda daha geniş yetki verildiği söylenebilir.

iii. Karşılaştırmalı Hukukta Bazı Davaların Değerlendirilmesi

Gerek *Common Law* gerek Kıta Avrupası hukuk sistemi'ndeki bazı ülkelerde verilmiş başlıca davaları aşağıda ele alarak, mahkemeler tarafından verilen dava açma yasaklarını inceleyeceğiz. Mümkün olduğu kadar; dava açma yasaklarının her türünü uygulamakta olan ve çoğunu yukarıda incelediğimiz Amerikan ve İngiliz mahkeme kararları yerine, diğer ülke mahkemelerinde görülmüş konumuza ilişkin bazı güncel davaları ele almak daha yol gösterici olacaktır.

Tahkim söz konusu olmaksızın; bir devlet mahkemesinin, davalının başka bir ülke mahkemesinde dava açmaması veyahut davaya devam etmemesi yönündeki tedbir kararlarına birçok ülke hukukunda rastlanılmaktadır. Bir örnekle durumu ele alalım: Hong Kong mahkemelerinin münhasır yetkili olarak kararlaştırıldığı bir uyuşmazlıkta; uyuşmazlık, Alman mahkemeleri önüne getirilmiş olsun. Hong Kong mahkemesinin vereceği davalıya yönelik dava açma yasağı, davalı ya da Alman mahkemesi tarafından dikkate alınıp uygulanacak mıdır? Bu örneğimize benzer bir uyuşmazlık Fransız Yüksek Mahkemesi önünde tartışılmıştır. *In Zone Brands* davasında²⁹⁴ Fransız Yüksek Mahkemesi (*Cour de cassation*); verdiği 14 Ekim 2009 tarihli kararında, Amerikan mahkemesince verilen kararın tenfizi aşamasında “dava açma yasağının milletlerarası kamu düzenine aykırı olmadığını” kabul etmiş ve

²⁹⁴ *Civ. 1ère, 14 October 2009, pourvoi n° 08-16.369. <https://www.legifrance.gouv.fr>* (Erişim, 14.09.2017).

Ayrıca kararın İngilizce'si için bkz. *In Zone Brands International Inc v In Beverage International, Before the French Cour De Cassation (French Supreme Court)(First Civil Chamber) October 14, 2009[2010] I.L.Pr. 30.* (Westlaw, 2017)

buna uyulması yönünde Kıta Avrupası hukuku bakımından oldukça önemli bir karar vermiştir²⁹⁵.

Uyuşmazlık; Fransız şirket *In Zone Brands Europe* şirketi (sonradan ünvanı *In Beverage International* olarak değişmiştir) ile Amerikan *In Zone Brand International* şirketi arasındaki münhasır distribütörlük sözleşmesinden (*exclusive distribution agreement*) kaynaklanmıştır. Bu sözleşmede; ABD'nin Georgia eyaleti mahkemeleri, münhasıran yetkilendirilmiştir. Ancak sözleşme sona erdirildikten sonra; *In Zone Brands Europe* şirketi, münhasır yetki sözleşmesine uymaksızın Fransa'da dava açmıştır. Fransız Mahkemesi'ne yetki itirazında bulunan Amerikan *In Zone Brand International* şirketi; Georgia (Cobb) Yüksek Mahkemesi'nde²⁹⁶ dava açmış ve 2006 yılında hem davayı kazanmış, hem de davalı Fransız şirketin Fransa'da *Nanterre* Ticaret Mahkemesi'ndeki davaya devam etmemesi yönünde ABD'de dava açma yasağı tedbiri almıştır. *In Zone Brand International* şirketi daha sonra, bu kararın Fransa'da tanınması ve tenfizi için dava açmıştır. Fransa'da gerek ilk derece mahkemesi, gerek temyiz mahkemesi tarafından bu karar onaylanmış ve Fransız Yüksek Mahkemesi (*Cour de cassation*) önüne temyiz yoluyla bu yabancı mahkeme ilamı ve tedbir kararı gelmiştir. Fransız Yüksek Mahkemesi; kanımızca tahkimi de ilgilendiren önemli ve yerinde bir gerekçe ile dava açma yasağı dâhil yabancı mahkeme kararını onaylamıştır. Yüksek Mahkemeye'göre “dava açma yasağı, uluslararası kamu düzenine aykırı değildir zira tedbirin yegâne amacı bu davada olduğu gibi sözleşmeyi ihlali bir yaptırıma bağlamaktır²⁹⁷.” Kanımızca Fransız

²⁹⁵ Bu karar önemlidir zira yukarıda da incelendiği üzere; Kıta Avrupa ülkelerinde, dava açma yasaklarına genellikle sıcak bakılmamaktadır. Bkz. Ekşi, **Lex Mercatoria**, s. 153. Kanımızca bu katı tutumun son yıllarda *In Zone Brands* gibi kararlarla yumuşadığı söylenebilir. İkinci Bölüm'de detaylıca ele alınacağı üzere, dava açma yasağına katı bir tutumla yaklaşan eski kararlara karşılık, dava açma yasaklarını uygulayan güncel kararlar da vardır.

Eski tarihli Kıta Avrupa ülkelerinin mahkeme kararlarında, bu katı tutum daha net göze çarpmaktadır. Örneğin; Belçika Mahkemesi 1989 yılında verdiği kararda, Amerikan mahkemesince verilen dava açma yasağını hem kendi kamu düzenine hem de AIHS madde 6'daki adil yargılanma hakkına aykırı görerek bu kararın tanınması talebini reddetmiştir. Belgium Civ Bruxelles, 18 December 1989, RW 1990-1991, **Anti-suit Injunctions in Private International Law**, s. 3, dn. 3. Benzer şekilde Lüksemburg Mahkemesi de dava açma yasaklarını onaylamamaktadır. Bkz. **Anti-suit Injunctions in Private International Law**, s. 3-4. <http://europainstitut.de/fileadmin/schriften/368.pdf> (Erişim, 05.02.2018).

Düsseldorf Mahkemesi de; dava açma yasaklarını tanımadığı gibi, bu tür bir tedbir kararının Almanya içinde davalıya tebliğini de kendi kamu düzenine aykırı görmüştür. *Re the Enforcement of an English Anti-suit Injunction*, 1997] I L Pr 320. Bu kararın Civil Law sisteminde dava açma yasaklarına olan yaklaşımı özetlediği hakkında bkz. Geoffrey Fisher, “Anti-Suit Injunctions to Restrain Foreign Proceedings in Breach of an Arbitration Agreement, **Bond Law Review Volume 22 | Issue 1, 2010**, s. 9.

²⁹⁶ Superior Court of Cobb County, Georgia (USA).

²⁹⁷ “n'est pas contraire à l'ordre public international l'anti-suit injunction” dont, hors champ d'application de conventions ou du droit communautaire, l'objet consiste seulement, comme en

Yüksek Mahkemesi'nin bu olumlu yaklaşımı tahkimi de kapsamaktadır zira tahkimde verilen dava açma yasaklarının da asıl amacı, tahkim sözleşmesini ihlal eden tarafa yaptırım uygulayarak onu asıl sözleşmesel forum olan tahkime çekmektir. Dolayısıyla münhasır yetkili tüm forum sözleşmeleri için geçerli olacak şekilde denebilir ki; dava açma yasağının temel amacı Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından da vurgulandığı üzere, “mevcut bir sözleşmesel yükümlülüğün ihlalini bir yaptırıma bağlamaktır” (*to sanction pre-existing contractual obligation*). Belirtmek gerekir ki Fransız hukukunda tanıma-tenfiz için aranan olumsuz şartlardan biri de; “Fransız kamu düzenine aykırı olmama” değil, “uluslararası kamu düzenine aykırı olmama” şartıdır²⁹⁸. Bu da tanıma-tenfiz taleplerini red için ileri sürülebilecek sebepleri; tahkim lehine, daha da darlaştıran bir uygulamadır²⁹⁹. Bu davanın

l'espèce, à sanctionner la violation d'une obligation contractuelle préexistante.” <https://www.legifrance.gouv.fr> (Erişim, 14.09.2017).

“An anti-suit injunction the object of which, outside the scope of conventions or Community law, is only, as in the present case, to sanction the breach of a pre-existing contractual obligation, is not contrary to international public policy.”

In Zone Brands International Inc v In Beverage International, Before the French Cour De Cassation (French Supreme Court)(First Civil Chamber) October 14, 2009[2010] I.L.Pr. 30. (Westlaw, 2017).

²⁹⁸ “three conditions required for enforcement of foreign decisions (as set forth by the last French Supreme Court case rendered in that respect):

(i) the absence of fraudulent avoidance of the normally applicable law,

(ii) the evidence of a sufficient link between the dispute and the foreign court having rendered the judgment subject to recognition and enforcement proceedings, and

(iii) the enforcement of the judgement is not contrary to international public policy.

Civ. 1ère, 20 February 2007, pourvoi n ° 05-14082,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000017636147> (Erişim, 15.09.2017)

²⁹⁹ Gerçekten de yerel düzeydeki kamu düzeni ile Türk milletlerarası özel hukukundaki kamu düzeni birbirinden oldukça farklıdır. MÖHUK madde 5 kapsamında “yabancı hukukun uygulanmasına engel teşkil eden” veya MÖHUK madde 54/f.1-c kapsamında yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi engeli olan veya MÖHUK madde 62/f.1-b gereği yabancı hakem kararının tanınması-tenfizi engeli olan kamu düzeni daha dar yorumlanmalıdır. Bu nedenle Türk hukukundaki her emredici kuralın, kamu düzenini tetikleyemeyeceği öğretide haklı şekilde vurgulanmaktadır. Bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 167-171; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 140 vd.; Türk hukukunun adeta “kutsandığı” bir anlayışın doğru olmadığı konusunda bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 80 vd.; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 475 vd.; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 404-405; Tekinalp/Uyanık, **a.g.e.**, s. 42-44.

Burada şunu vurgulamakta yarar görüyoruz: Gerek NYS (1958) madde V/f.2-b gerek MÖHUK maddeleri dâhil Türk hukukunda bir engel olarak düzenlenen “kamu düzeni”, ülkesel düzeyde kalan kamu düzenidir. Diğer bir ifade ile ne kadar dar yorumlanırsa yorumlansın; Türkiye’de gerek MÖHUK gerek NYS (1958) kapsamında açılan davalarda tartışılacak “kamu düzeni”, yabancılık unsuruna ve sınırlı kapsamına rağmen Türk kamu düzeni olup milletlerarası kamu düzeni değildir. Dolayısıyla Fransız hukukunda zaten yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklara nazaran dar uygulanması beklenen Fransız kamu düzeni; milletlerarası özel hukukta uygun görülmemiş, daha dar bir kavram olan ve evrensel geçerliliği olan bazı temel hususları içeren “milletlerarası kamu düzeni” engeli kabul edilmiştir. Elbette bu türden bir şartın öngörülmesi; daha muğlâk olan Türk kamu düzeni veyahut Fransız kamu düzeni gibi engellere nazaran daha dar olacağından, hakem ve mahkeme kararlarına yönelik tanıma-tenfizi kolaylaştıracaktır.

Fransa'yı tahkimi destekleyici (*arbitration friendly*) bir ülke olarak göstereceği ve sözleşmesel forumun ihlaline dayalı dava açma yasaklarının, Fransa gibi bir Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul görmesine sebebiyet vereceği haklı şekilde vurgulanmaktadır³⁰⁰.

Başka ülke hukuklarında da mahkemeler tarafından verilen dava açma yasaklarına rastlamak mümkündür. Örneğin yukarıda dava açma yasağı şartlarından “aşırı gecikme” kısmında analiz ettiğimiz *Sea Powerful II Special Maritime Enterprises (ENE) v Bank of China Ltd* davası³⁰¹ da, mahkeme tarafından verilen ve tahkimi konu edinen dava açma yasaklarına iyi bir örnektir. Çin Bankası'nın konşimentoda yer alan Hong Kong tahkimi şartına rağmen Çin'de gemi sahiplerine karşı dava açması sonucu; donatan, öncelikle Çin mahkemelerinin yetkisine itirazda bulunmuş ve gecikmeli de olsa Hong Kong mahkemesinden Çin mahkemesindeki davadan vazgeçilmesi için dava açma yasağı talep etmiştir. Her ne kadar talep “aşırı gecikme olduğu” gerekçesiyle kanımızca da haklı bir şekilde reddedilmiş ise de bu dava; başka bir mahkeme önünde davayı görmekten vazgeçilmesi amacıyla, banka aleyhine dava açma yasağı talebi içerdiğinden önemlidir.

Devlet mahkemeleri tarafından tahkim söz konusu olmaksızın; *In Zone Brands* davasında olduğu gibi, geçerli bir münhasır yetki sözleşmesi nazara alınarak dava açma yasağı tedbiri verildiğine yakın tarihli başka davalarda da rastlamaktayız. Örneğin, *Nigel John Hamilton-Smith, Peter Nicholas Wastell v. CMS Cameron McKenna LLP* davasında³⁰²; davacılar, Antigua ve Barbuda ülkesinde dava açmışlardır. Oysaki taraflar arasındaki sözleşmede, Londra mahkemeleri yetkili kılındığından; İngiliz mahkemesi, CMS tarafından talep edilen dava açma yasağını

Öğretide; “Savigny'ye iltihakla” Fransız ve İtalyan hukuk sistemlerinde “yabancı maddi normlar karşısında da tatbiki” gereken “milletlerarası kamu düzeni prensibinin geliştirildiği vurgulanmaktadır. Bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 171. Tunus milletlerarası tahkim kanunu ile Fransız hukukunda, milletlerarası kamu düzeni” prensibinin kabul edildiği belirtilmektedir. Gerçekten de kumar borcu, alkol üretim sözleşmesi gibi işlemler ülkesel düzeyde kamu düzenine aykırı görülebilmekteyken, bu işlemlere dair kararların milletlerarası kamu düzenine aykırı görülmesi zordur. Diğer yandan adil yargılanma hakkı, çocuk haklarının korunması, rüşvet ve yolsuzluğun önlenmesi gibi meseleler milletlerarası kamu düzeninden pekâlâ kabul edilebilir. Bkz. Özel, **a.g.e.**, s. 175-176.

³⁰⁰ Laurence Franc-Menget, “France: A New Haven For Anti-suit Injunctions?” <http://kluwerarbitrationblog.com/2010/05/17/france-a-new-haven-foranti-suit-injunctions/> (Erişim, 15.09.2017).

³⁰¹ *Sea Powerful II Special Maritime Enterprises (ENE) v Bank of China Ltd*, HCMP 2399/2015. <https://www.hongkongcaselaw.com/sea-powerful-ii-special-maritime-enterprises-ene-v-bank-of-china-ltd/> (Erişim, 27.3.2017).

³⁰² Case No: HC-2015-003921, High Court of Justice Chancery Division, [2016] EWHC 1115 (Ch) (Westlaw, 2017).

12 Mayıs 2016 tarihinde kabul etmiştir³⁰³. Belirttiğimiz gibi bu tür dava açma yasaklarına dair bu inceleme kanımızca yeterlidir zira bu tür tedbirler; görüldüğü üzere doğrudan milletlerarası tahkimi değil, milletlerarası özel hukuk ve usul hukukunu ilgilendirmektedirler. Sadece ticari uyuşmazlıklar değil; iş hukuku, aile hukuku³⁰⁴, patent hukuku³⁰⁵ gibi birçok davada da bu tür dava açma yasakları karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin bir Avustralya aile mahkemesinde 2017 yılında görülen *Carpani v Arjuna* davasında³⁰⁶; eşlerden kadın Avustralya’da, koca ise Hindistan’da dava açmıştır. Davacı kadın; eşinin Hindistan’da açtığı davaya devam etmemesi için, Avustralya aile mahkemesinden dava açma yasağı talep etmiştir. İşte bu tür dava açma yasakları; genel olarak milletlerarası özel hukuku ilgilendirdiğinden ve ayrı bir doktora çalışmasını gerektirecek kadar geniş kapsamlı olduklarından, çalışmamızın bu kısmını incelediğimiz bu güncel davalarla noktalıyoruz.

b) Tahkimde Dava Açma Yasağı (*Anti-arbitration Injunction*)

i. Genel Olarak

Mahkemeler tarafından; sadece başka devlet mahkemelerindeki davalardan tarafı vazgeçirmek için dava açma yasağı (*anti-suit injunction*) değil, aynı zamanda bir tahkim davasındaki tarafı vazgeçirmek için de dava açma yasağı tedbiri (*anti-arbitration injunctions*) verilebilmektedir. Belirttiğimiz gibi bir mahkeme; başka bir devlet mahkemesindeki yargılamadan vazgeçilmesini, geçerli bir tahkim sözleşmesine uyulmasını sağlama veya tahkim sözkonusu değilse kendi yetkisinin varlığını veya münhasır yetkili mahkemenin yetkisini korumak amacıyla isteyebilir. Bu başlıkta ele alacağımız ve davalı aleyhine tahkimde dava açmama veya açılmış bir tahkim davasına devam etmemesi yönünde verilen *anti-arbitration injunction* tedbirinin Türkçe karşılığı olarak kısaca “tahkimde dava açma yasağı” ya da “tahkime gitme yasağı” ibarelerini kullanacağız.

Tahkime gitme yasağı tedbiri veren mahkemeler; sıklıkla vurguladığımız “tahkime yardımcı ve destek olma” amacından çıkıp, tam tersine bu kez tarafa

³⁰³ Paragraf 78:

“ I am therefore not satisfied that the Claimants have demonstrated the necessary strong reasons for refusing the grant of the anti-suit injunction asked for by CMS, and I will grant such an injunction.”

³⁰⁴ *Kent v Kent*, [2017] FamCA 21 (2017). (Westlaw, 2017).

³⁰⁵ *Fujifilm Kyowa Kirin Biologics Co., Ltd v. Abbvie Biotechnology Ltd* (No. 2), Patents Court, [2016] EWHC 2204 (Pat) (Westlaw, 2017).

³⁰⁶ [2017] FamCA 580. (Westlaw, 2017).

yönelik bir tedbir talebi ile tahkimi engellemeye ya da sonlandırmaya çalışmaktadırlar. Burada dikkat edilirse, bir üst başlıkta incelediğimiz devlet mahkemesi ile başka bir devlet mahkemesi ilişkisi değil, dolaylı şekilde de olsa devlet mahkemesi ile hakem heyeti ilişkisi söz konusudur. Dava açma yasakları kadar eski olmazsa da tahkime gitme yasaklarının da 19.yy sonlarında belirlediği doktrinde öne sürülmektedir³⁰⁷. Yine de son yıllarda tahkim lehine gelişmeler de nazara alındığında; tahkimde dava açma yasaklarının, tahkim lehine dava açma yasakları kadar yaygın olmadıkları belirtilmektedir³⁰⁸.

Mahkemeler tarafından verilen tahkime gitme yasağı kararlarını incelemeyen evvel; bir mahkemenin, davalıya emir vermek suretiyle hakem veya hakemleri tahkim davasını görmekten men edebilme yetkisinin dayanağını araştırmamız gerekir. Bir üst başlıkta incelediğimiz ve birçok kararla da desteklediğimiz üzere; bir mahkemenin diğer bir devlet mahkemesindeki davadan davalı tarafın vazgeçilmesini sağlama yetkisi, ilgili mahkemenin *lex foris*inde yer almaktadır. Tekrar vurgulayalım ki dava açma yasağını uygulayan mahkemenin kendisinde gördüğü yetki, egemen bir başka devlet mahkemesinin yetkisizliğine karar vermek değildir. Zira vurgulandığı üzere; milletlerarası özel hukukta yetki usulden olup *lex fori*ye tabidir ve her ülke, sadece kendi mahkemelerinin yetkili olup olmadığına karar vermektedir. Yoksa başka bir ülke mahkemesinin yetkili olup olmadığını kural olarak belirleyemez³⁰⁹. Dava açma yasağı tedbiri uygulayan mahkeme bu tedbiri; başka devlet mahkemesi aleyhine değil, tahkim sözleşmesini veya başka bir münhasır yetki sözleşmesini ihlal ederek yabancı forumlarda dava açan davalı aleyhine vermektedir. Dolayısıyla bir mahkemenin dava açma yasağı yetkisinde bir sorun yoktur zira yabancı devletin egemenliği tehdit edilmeksizin, davalı tarafın uymasını gerektiren ve kendisini hedef alan bir tedbir öngörülmektedir.

Acaba aynı mantık, tahkime gitme yasağı tedbirleri için de yürütülebilir mi? Diğer bir ifade ile tahkim sözleşmesinin varlığına kanaat getiren mahkeme, bu tahkim lehine başka bir mahkemede davalının dava açmasını engelleyebildiği gibi; tahkim sözleşmesinin olmadığına veya geçerli olmadığına kanaat getirdiğinde,

³⁰⁷ Thomas Raphael, **The Anti-Suit Injunction**, Oxford University Press, 2008, paragraf 11.02.

³⁰⁸ Bédard, **a.g.e.**, s. 313.

³⁰⁹ Örneğin MÖHUK maddelerinde yer alan yetki kuralları; sadece Türk mahkemelerinin, “diğer devlet mahkemelerine nazaran” yetkili olup olmadığını belirler. Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 544-546; milletlerarası yetki kurallarının kaynağının “milli” olması nedeniyle sadece “ait olduğu devlet mahkemelerinin yetkisini belirleyeceği” konusunda bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 365-369; benzer yönde bkz. Nomer, **Devletler Husus**, s. 460 vd.; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 133 vd.

tahkime gitme yasağı kararı verebilecek midir? Öncelikle belirtmek gerekir ki Amerikan Federal Tahkim Kanunu (*The Federal Arbitration Act*, “FAA”)³¹⁰, MTK ile NYS (1958) gibi tahkim düzenlemelerinde devlet mahkemelerinin tahkimi engelleyebilecekleri yönünde açık hukuki bir dayanak yoktur³¹¹. Tam tersine tahkim lehine düzenlemeler içeren bu metinlerde; tahkimin engellenmesi değil, tahkime destek olma ve tahkime yönlendirme “zorunluluğu” yer almaktadır³¹². Ancak bu zorunluluk elbette sınırsız değildir. NYS (1958) madde II/f.3 hükmünde; tahkim sözleşmesinin “geçersiz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olması” durumlarında³¹³ mahkemelerin, tahkime yönlendirme zorunluluğunun olmadığı anlaşılmaktadır. Dikkat edilirse bu hallerde bile; örneğin tahkim şartı açıkça geçersizken sadece tarafları tahkime yönlendirme zorunluluğu ortadan kalkmaktadır, yoksa bu zorunluluğun yerini “tarafların tahkime gitmesini engelleme” almamaktadır.

Mahkemeler bakımından durum genel olarak bu olmakla beraber; hakemlerin, mahkemelerin eylemlerinden bağımsız bir yapısı mevcuttur. Örneğin UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) madde 23/f.3 gereği hakem heyeti; kendi yetkisine bir devlet mahkemesi önünde yapılan itirazı dikkate almaksızın, yetkisine karar vererek tahkim davasına devam edebilmektedir³¹⁴. Başka bir ifade ile mahkemelerin; tahkim sözleşmesinin varlığına veyahut geçerliliğine yönelik değerlendirmelerinden bağımsız şekilde hakemler, *kompetenz-kompetenz* kuralı gereği kendilerini yetkili görerek tahkim yargılamasına devam edebilmektedirler. Bu durum, tahkim yargılamasının en temel kurallarından biri olan ve tahkim sözleşmesini dikkate alarak hakemlerin kendi yetkileri hakkında yine kendilerinin karar vermelerini öngören *kompetenz-kompetenz* ilkesinden kaynaklanmaktadır. Bu kural neredeyse tüm tahkim düzenlemelerinde yer aldığından³¹⁵, hakemlerin kendi yetkisi hakkında

³¹⁰ The Federal Arbitration Act (USA). Title 9, US Code.

³¹¹ Jennifer L. Gorskie, “US Courts and the Anti-Arbitration Injunction”, **Arbitration International**, Vol. 28, No. 2, LCIA, 2012, 295-324, s. 296.

³¹² New York Sözleşmesi (1958), madde II/f.3 (“shall refer the parties to arbitration”).

³¹³ “... unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.” Bu konuda detaylı çalışma için bkz. A. İpek Sarıöz Büyükalp, “Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz Veya İcrasının İmkânsız Olması” Kavramları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2015-2061 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, s. 2031 vd.

³¹⁴ <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf> (Erişim, 10.10.2017).

³¹⁵ Bkz. ISTAC Tahkim Kuralları madde 9/f.2; ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 6/f.3; UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 16/f.1; İngiliz Tahkim Kanunu madde 30/f.1; Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961) madde V/f.3; ICSID Konvansiyonu madde 41/f.1; İsviçre

karar vermek suretiyle mahkeme değerlendirmelerinden bağımsız şekilde hareket etmeleri yaygın ve olağan hale gelmektedir.

NYS (1958)'deki tahkim lehine düzenlemeler de nazara alındığında; eğer devlet mahkemesi, tahkim şartı veya sözleşmesinin geçerliliğine kanaat getirmişse tarafları tahkime yönlendireceğinden zaten sorun olmayacaktır. Ancak asıl problem; devlet mahkemesinin, tahkim sözleşmesinin geçersizliğine veya uygulanamayacağına kanaat getirdiği durumlarda ortaya çıkacaktır. Zira devlet mahkemesi; tahkime gitme yasağı tedbiri (*anti-arbitration injunction*) kararı verirken, aynı uyuşmazlıkta hakemler *kompetenz-kompetenz* gereği kendilerini yetkili görerek tahkim davasına devam edebileceklerdir. Dolayısıyla devlet mahkemelerinin; tahkime gitme yasağı taleplerine yaklaşımlarının nasıl olduğu sorusunun cevabını, kendi *lex fori*lerinde ve karar uygulamalarında aramak daha yerinde olacaktır. Zira mahkemelerin bu tür tedbire hükmedip hükmetmeyeceği ya da hangi şartlar dâhilinde bunu yapacakları, birçok devlet mahkemesi önünde hararetle tartışılmıştır. Bu kararlardan güncel olanlarından başlıcalarını ele alarak sorunu değerlendirmek, daha doğru ve yol gösterici olacaktır.

ii. Karşılaştırmalı Hukukta Bazı Davaların Değerlendirilmesi

Tahkimde dava açma yasağı tedbirlerine karşı; farklı devlet mahkemelerinin, farklı değerlendirmeleri söz konusu olmuştur. Bu tür tedbirler; tahkim sözleşmesi ile bağlı olmadığını ileri süren tarafça istenmekle beraber, genellikle “tahkimden kaçmak ya da tahkimi geciktirmek” amacıyla talep edilmektedir³¹⁶. Bu taleplere ilişkin yaklaşımları sınıflandırmak mümkün olmamakla beraber; *kompetenz-kompetenz* kuralını katı şekilde kabul eden hukuk sistemlerinde, tahkim sözleşmesinin geçerliliğine dair endişeler olsa bile bu tedbirin pek uygulanmadığını³¹⁷ ancak bu kuralı kesin şekilde kabul etmeyen hukuk sistemlerinde ise tahkime gitme yasağı tedbirlerinin verildiğini söylemek mümkündür.

Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 186/f.1; Fransız Medeni Usul Kanunu madde 1466; LCIA Tahkim Kuralları (2014) madde 23/f.1; HMK madde 422/f.1 vb.

İlgili MTK madde 7/H hükmü şöyledir:

“Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir...”

Bu prensip hakkında detaylı analiz ve bilgi için bkz. Born, **Commercial Arbitration**, s. 1046-1252.

³¹⁶ Colm P. McInerney, “The Practice of United States Federal Courts Regarding Anti-Arbitration Injunctions”, **26-12 Mealey’s Int’l Arb. Rep. 14 (2011)**, n.2; Bédard, **a.g.e.**, s. 313.

³¹⁷ Gorskie, **a.g.e.**, s. 296.

2011 tarihli *In re American Exp. Financial Advisors Securities Litigation* davasında³¹⁸ Amerikan 2. Temyiz Mahkemesi; daha önceki kararlarını da değerlendirmek suretiyle taraflar arasında “geçerli ve bağlayıcı” bir tahkim sözleşmesini olmadığına kanaat getiren mahkemenin, tahkim yargılamasının engelleme yetkisinin olduğunu karara bağlamıştır³¹⁹. Bu yetkinin “hâlihazırdaki dava için” geçerli olup; tahkim lehine politikayı getiren FAA kurallarına aykırılık teşkil etmediğini vurgulayan mahkeme, tahkimde dava açma yasaklarına dair genel geçer bir kural koymaktan da özellikle kaçınmıştır³²⁰. Öğretide; Amerikan yargısı dışında başka bir tahkim yerinde yürütülen tahkim davasının engellenmesine dönük tedbir kararı vermenin, bu yabancı foruma yani tahkime müdahale anlamı taşıyacağı ve daha riskli olduğu vurgulanmıştır³²¹. Diğer bir ifade ile; tahkim yeri mahkemesinin müdahalesi ile üçüncü bir ülke mahkemesinin tahkime müdahalesi arasında, risk ve sonuçlar bakımından farklılık olacaktır.

Tahkime gitme yasakları aslında, dava açma yasaklarına göre daha esnek ve geniştir. Zira tahkime gitme yasağı tedbir; dava açma yasaklarının aksine, hem taraflara karşı hem de tahkim yargılamasını yürüten veya yürütecek hakemlere karşı da verilebilmektedir³²². Oysaki gerek egemenliğe saygı gerek milletlerarası nezaket ile egemenlerin eşitliği gibi kurallar; bir devlet mahkemesinin, doğrudan diğer devlet mahkemesinin yargılamasına müdahale etmesine izin vermediğinden dava açma yasakları sadece tarafa dönük verilebilmektedir. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre doğrudan hakem veya hakemleri de hedef alan tedbir karar verilmesi; egemenliği veya milletlerarası nezaketi ihlal etmemektedir zira devlet mahkemeleri yargısından faydalanmakla birlikte tarafların iradesiyle şekillenen tahkim, “devlet

³¹⁸ 672 F.3d 113 (Westlaw, 2017).

³¹⁹ “Our decisions do suggest, however, that, at least where the court determines—pursuant to the first step outlined in *ACE Capital*, 307 F.3d at 28, discussed above—that the parties have not entered into a valid and binding arbitration agreement, the court has the authority to enjoin the arbitration proceedings.”

³²⁰ Gorskie, **a.g.e.**, s. 306.

³²¹ **Ibid**, s. 314-315.

³²² Emmanuel Gaillard, “Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration” , **Pervasive Problems in International Arbitration** (Loukas Mistelis & Julian Lew eds.) (Kluwer, 2006), 203-215, s. 204. (*Pervasive Problems*).

Gaillard her ne kadar *anti-arbitration injunction* kavramı yerine, *anti-suit injunction* kavramını kullanmakta ise de; çalışmasındaki bu tedbirin hakemlerin davayı görmesini engelleyici olduğunu (“aimed at preventing an arbitral tribunal from hearing a claim”) vurgulaması, kastedilenin *anti-arbitration injunction* kavramı olduğunu göstermektedir. Kanımızca bu tür karışıklıkların önüne geçmek için *anti-suit injunction* kavramı yerine, bu tür tedbirler için *anti-arbitration injunction* kavramı kullanılması daha doğru olacaktır.

yargısının bir uzantısı” olmayıp³²³ bağımsız bir yargılama türüdür. Bu nedenle mahkemeler; sadece taraf aleyhine değil aynı zamanda hakemler aleyhine de karar verirken, egemenlik ile milletlerarası nezaket gibi hususlardan daha az çekinmektedirler. Aşağıda tartışılacağı üzere bu esneklik, hakemler tarafından verilen dava açma yasağı türleri için de aynı gerekçelerle geçerlidir.

2015 tarihinde Hindistan’da görülen *Vikram Bakshi & Anr. v. Mc Donalds India Pvt. Ltd. & Ors.* davasında³²⁴ Delhi Yüksek Mahkemesi, tahkime gitme yasağı tedbir talebini (*anti-arbitration injunction*) ele almıştır. Uyuşmazlık Joint Venture Sözleşmesi’nin sona erdirilmesi neticesinde; bu sözleşmede yer alan tahkim şartı nedeniyle, *Mc Donalds* şirketinin Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi (*The London Court of International Arbitration*, kısaca “LCIA”) Tahkim Kuralları’na göre Londra’da tahkimi başlatmasından kaynaklamıştır. Davacı Hintli şirket ise; tüm şirketlerin ve işyerlerinin Hindistan’da olduğunu, davalının İngiltere’de tahkim yargılaması başlatmakla “yıpratıcı ve zarar verici davrandığını” ve Londra’nın *forum non conveniens* olacağını ileri sürmüş ve Londra’daki tahkimin engellenmesini talep etmiştir. Davacının iddiası; ilginç şekilde kabul görmüş ve İngiltere’deki tahkimin *forum non conveniens* olduğu yönündeki bu ilk derece mahkemesi kararı, Hindistan Temyiz Mahkemesi önüne gelmiştir. Temyiz Mahkemesi; 2016 tarihinde *McDonalds India Private Limited (“MIPL”) vs. Vikram Bakshi and Ors.* davasına ilişkin önemli kararında³²⁵, “salt tarafa zorluk çıkartacak olmasının bir yeri *forum non conveniens* yapmayacağını” yerinde olarak vurgulanmış ve karar *Mc Donalds* lehine bozulmuştur. Temyiz Mahkemesi bu kararında, Hint mahkemelerinin tahkimi engelleme yetkilerinin bulunduğunu ancak bu yetkinin “dikkatle ve istisnai hallerde” kullanılması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre; tahkim sözleşmesinin sahte (*forged*) olduğu veya tahkim iradesinin açıkça sakat olduğu durumlar bu istisnai hallere girebilecektir³²⁶. Ancak somut olayda bu sebepler gösterilmeksizin; tahkim sözleşmesi varken tahkimin salt zorluk gerekçesiyle *forum non conveniens* olacağı

³²³ Nicholas Poon, “The Use and Abuse of Anti-Arbitration Injunctions - A Way Forward For Singapore”, 25 *SAcLJ* (2013), 244-295, s. 247; Özel, a.g.e., s. 17-18.

³²⁴ C.S.(OS) No.962/2014.

³²⁵ FAO(OS), 9/2015, CM No. 326/2015. <https://indiankanoon.org/doc/182683681/> (Erişim, 11.09.2017).

³²⁶ Tahkim iradesinin hiçbir şekilde söz konusu olmadığı tahkimin ya da açıkça tahkime elverişli olmayan bir konuda yapılacak tahkimin etkin olmayacağından hareketle, tahkimde dava açma yasağı tedbiri istisnai de olsa devlet mahkemesince verilebilir. Örneğin *Merrill Lynch Investment Managers v. Optibase, Ltd.* (337 F.3d 125, 129 (2d Cir. 2003)) davasında Amerikan 2. Temyiz Mahkemesi, tahkim sözleşmesinin ya da tahkime elverişli konunun olmadığı durumlarda, tahkimde dava açma yasağı tedbirlerinin uygun olacağını karara bağlamıştır.

iddiası, kanımızca da haklı şekilde kabul edilmemiştir. Zira yukarıda ele aldığımız üzere; tahkim iradeleriyle şekillenen tahkim, sözleşmesel forum olarak aslında yegâne *forum conveniens* olacaktır. Kaldı ki örneğin Türk ve Alman taraflar; Avustralya Milletlerarası Ticari Tahkim Merkezi (“ACCICA”)³²⁷ Tahkim Kuralları’na göre Sidney’de tahkimi kararlaştırmışlarsa bile bu tahkim *forum conveniens* olacaktır zira mesafe ve zorluk gibi hususlar değil, tarafların ortak ve objektif tahkim iradeleri forumun uygunluğunu belirleyecektir. Temyiz Mahkemesi bu önemli kararında mahkemeler ile tahkim arasında kurulması gereken ilişkiyi de “en az müdahale” ve “tahkimi ancak istisnai hallerde sınırlama” prensipleriyle özetlemiştir³²⁸.

Brezilya’da görülen *Petroplus Sul Comércio Exterior S.A. (“Petroplus”) et al. v. First Brands* davasında³²⁹; Mato Grosso do Sul Temyiz Mahkemesi önüne gelen davada, *First Brand* şirketi aleyhine tahkim yargılamasının sona erdirilmesini öngören tahkime gitme yasağı (*anti-arbitration injunction*) tedbiri kabul edilmiştir. Mahkeme ayrıca; davalının, tahkim yasağına uymadığı her gün için para cezası (200,000\$) da öngörümüştür. Mahkeme; Brezilya Medeni Usul Kanunu madde 14/V gereği “tarafların, mahkeme kararlarının etkisini azaltacak hareketlerde bulunmamasını” (*the parties must not impose obstacles to the efficacy of judicial decision*), bu talebi kabul için gerekçe olarak göstermiştir. Mahkeme ayrıca; tarafın hakem kararına uymamasını, aksi halde Brezilya egemenliğinin ihlal edilmiş sayılacağını ileri sürmüştür. Oysaki mahkeme; daha önceki kararlarda, aksi yönde kararlar da verilmiştir³³⁰. *Petroplus* davasında verilen kararın, *Superior Tribunal de*

³²⁷ The Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA).

³²⁸ “Arbitration is dependent on the underlying support of the courts, which alone have the power to rescue the system when one party seeks to sabotage it. ... Courts need to remind themselves that the trend is to minimize interference with arbitration process as that is the forum of choice. That is also the policy discernible from the 1996 Act. Courts must be extremely circumspect and, indeed, reluctant to thwart arbitration proceedings. Thus, while courts in India may have the power to injunct arbitration proceedings, they must exercise that power rarely and only on principles analogous to those found in sections 8 and 45, as the case may be, of the 1996 Act. We have already indicated that the circumstances of invalidity of the arbitration agreement or it being inoperative or incapable of being performed do not exist in this case.”

³²⁹ Analiz için bkz. André de A. **Cavalcanti** Abbud /Gustavo Santos **Kulesza**, “Interim Measures and Anti-Arbitration Injunctions in Brazil”, (Kluwer Arbitration Blog, erişim 12.09.2017).

³³⁰ Calcutta Yüksek Mahkemesi’nde görülen *Board of Trustees of the Port of Kolkata v. Louis Dreyfus Armatures SAS & Others* (G.A. No.1997/2014 in CS No.220/2014) davasında, tahkimde dava açma yasağı (*anti-arbitration injunction*) 3 halde verilebileceği öngörülmüştür:

(i) Brezilya Mahkemesi, taraf arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin olmadığına kanaat getirirse,
(ii) Tahkim sözleşmesi NYS madde II/f.3 anlamında geçersiz veya uygulanamaz (“null and void, inoperative or incapable of being performed”) ise

Justiça (“STJ”) adlı Yüksek Mahkeme tarafından inceleneceği öngörülmektedir. Kanımızca tahkim yeri Brezilya dışında olan bir tahkim yargılamasında, salt egemenliğin ihlal edileceği gibi genel gerekçeyle tahkim yasağı kararının verilmesi yerinde olmamıştır.

Bazı ülkelerde ise dava açma yasaklarının aksine, mahkemelerin tahkimi engellememeleri gerektiği ısrarla vurgulanmakta ve tahkim lehine daha yapıcı bir yaklaşım sergilenmektedir. 22 Kasım 2016 tarihinde Polonya’da *Krakow*’da görülen davada³³¹ Temyiz Mahkemesi, Polonya mahkemelerinin bir tarafı tahkim yargılamasını başlatmaktan veyahut tahkim yargılamasına devam etmekten alıkoymayacağını karara bağlamıştır. Bu karar önemlidir zira Türkiye gibi üniter bir devlet olan Polonya’da en üst mahkemenin bu yönde bir karar vermesi; ABD gibi federal ülkelerin aksine, tahkim yasakları konusunda Polonya’da büyük ölçüde yeknesak bir uygulamanın oluşmasını sağlayacaktır. Bu önemli güncel davada davacı; davalı aleyhine tahkime devam etme yasağı tedbiri talep etmiş ve tedbire uyulmadığı zaman da 200,000 Polonya Zlotisi tutarında para cezasına hükmedilmesini, ayrıca tahkim kararı tenfiz edilirse de 200,000 Polonya Zlotisi tutarında ek cezanın ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir. Bölge mahkemesince kabul gören bu talep, Polonya Temyiz Mahkemesi tarafından kesin bir şekilde reddedilmiştir. Temyiz Mahkemesi tahkim lehine daha da ileri giderek hakemlerin uyuşmazlığın bir kısmı hakkında kendilerini yetkisiz gördükleri durumda bile³³² davacının hakkını savunmak için deneyebileceği başka yollar olduğundan; yine de tahkimin mahkeme tarafından engellenmemesi gerektiğini belirtmiştir. Zira davacı taraf hala; hakemin bu kararına itiraz ederek, tüm uyuşmazlığı görmesini isteyebilir veya nihai kararın tenfizine kamu düzeni gibi gerekçelerle engel olabilir. Mahkemeye göre, mahkeme müdahalesinin en aza indirilmesinin hedeflendiği açık olan Polonya Medeni Usul Kanunu’nda tahkim yasakları sınırları aşmakta ve hukuki dayanaktan yoksun kalmaktadırlar. Bu önemli kararın; milletlerarası tahkim yasaklarının, Polonya’da reddedilmesine yol açacağı zira bu tür tedbirlerin

(iii) Tahkim yargılaması yıpratıcı, zarar verici veya hakkaniyetsiz (“*oppressive or vexatious or unconscionable*”) olacaksa, tahkim yasağı tedbiri uygulanabilecektir.

³³¹ Case No. I ACz 1997/16.

(http://arbitrationpoland.com/caselaw/708,krakow_court_of_appeal_order_dated_22_november_2016_case_no_i_acz_1997_16.html) (Erişim, 12.09.2017)

³³² Bu davada hakem heyeti, sadece takas (*set-off*) iddiası hakkında yetkisizlik kararı vermiş ve diğer konulara devam etmiştir.

Polonya'nın usuli kamu düzenini ihlal (*contrary to Polish procedural public policy*) edeceği haklı olarak vurgulanmaktadır³³³.

Genel olarak tahkime gitme yasaklarının iyi karşılanmadığını ve bu tür yasakların birçok hukuk sisteminde tahkim lehine reddedildiklerini belirtmek kanımızca yanlış olmayacaktır. Örneğin İsviçre hukukunda; “*kompetenz-kompetenz* kuralını ihal ettikleri” gerekçesiyle, tahkimde dava açma yasağı tedbirlerinin “şiddetle” reddedildiği öğretide vurgulanmaktadır³³⁴. İsviçre mahkemeleri; tahkimin hiçbir aşamasında tahkimde dava açma yasaklarının verilmeyeceğini belirtmiş ve yabancı mahkemelerde bu yönde verilecek bir kararın da, İsviçre’de tanınıp tenfiz edilemeyeceğini vurgulamışlardır³³⁵. İsviçre Mahkemesi tahkim şartı veya sözleşmesinin geçerli olmadığına kanaat getirdiğinde ise; hemen tahkim yargılamasının engellenmesine dönük tedbir kararı vermek yerine, en nihayetinde bizzat hakem heyeti tarafından yetkisizlik kararının verilmesini beklemeyi daha uygun görmektedir³³⁶. Gerek Fransız gerek İsveç mahkemelerinin de ancak oldukça bariz geçersizlik hallerinde tahkim sözleşmesine müdahale etikleri bunun dışında İsviçre’ye benzer şekilde tahkim lehine tutum sergiledikleri öğretide vurgulanmaktadır³³⁷. Amerikan hukukunda da “tahkim lehine federal politika” kuralı gereği; çok istisnai haller dışında, tahkimin engellenmesine yönelik tedbirlere sıcak bakılmadığı söylenebilir³³⁸.

Kanımızca mahkemelerin öncelikli işlevi; tahkimi engellemek değil, tahkimi etkinleştirmek ve tarafların ortak iralarına saygı duymak olmalıdır. Dolayısıyla da bir devlet mahkemesinin; tahkim lehine başka bir devlet mahkemesinde yargılama yapılmaması yönünde tedbir (*anti-suit injunction*) kararı vermesine nazaran, tahkim aleyhine davacıya veya doğrudan hakemlere karşı tahkim yasağı tedbiri (*anti-*

³³³ Kubas Kos Gałkowski, “Court says no to anti-arbitration injunctions in Poland”, (Lexology, erişim, 12.09.2017)

³³⁴ J. D. M. Lew, “Does National Court Involvement Undermine the International Arbitration Process?”, **American University International Law Review** 24, no. 3 (2009): 489-537, s. 507-508 (*Court Involvement*); Zheng Sophia Tang, “Parallel proceedings and anti-arbitration injunction”, **J.B.L.** 2012, 7, 589-610, s. 592.

³³⁵ Matthias Scherer/Werner Jahnel, “Anti-Suit and Anti-Arbitration Injunctions in International Arbitration: A Swiss Perspective”, (2009) **Int. A.L.R.** 66-73, s. 66; ayrıca bkz., *Air (PT y) Ltd v International Air Transport Association (IATA) and C. SA en liquidation*. République et Canton de Genève, Tribunal de première instance. Order of May 2, 2005, réf. C/1043/2005-15SP

³³⁶ Scherer/ Jahnel, **a.g.e.**, s. 67-69; Tang, **a.g.e.**, s. 592.

³³⁷ Lew, **a.g.e.**, s. 508-509; Tang, **a.g.e.**, s. 592-593.

³³⁸ Örneğin; *Sanofi-Aventis Deutschland GMBH v. Genentech, Inc.*, (716 F.3d 586, 594 (Fed. Cir. 2013)) davasında temyiz mahkemesi; taraflar arasındaki lisans sözleşmesinde öngörülen ve Zürih’te yapılmakta olan ICC Tahkim yargılamasının dava açma yasağı ile engellenmesinin, tahkim ve münhasır yetki sözleşmeleri lehine gelişmiş olan Amerikan politikasını (U.S. *federal policy in favor of enforcing forum selection clauses*) ihlal edeceğini vurgulamıştır.

arbitration injunction) vermesi daha risklidir. Zira devlet mahkemesinin tahkimi engellemesi, hem *kompetenz-kompetenz* kuralını hem de tarafların ortak tahkim iradelerine aykırılık oluşturmaktadır. Hatta mahkemeye göre tahkim şartı veya sözleşmesi geçersiz olsa bile; İsviçre mahkemelerinin yaptığı gibi, hakemlerin bu geçersizliği *kompetenz-kompetenz* ilkesi çerçevesinde belirlemelerine güvenmek daha sağlıklı olacaktır.

Yine de devlet mahkemesi, tahkimde dava açma yasağı kararını; bunu oldukça istisnai ve dar bir uygulamaya tabi tutarak ancak tahkim iradesinin açıkça sakat olması, tahkime elverişli konu olmaması gibi olağanüstü hallerde uyguluyorsa bu durum kabul edilebilir olacaktır. Örneğin A ile B arasındaki cezai sorumluluğun Londra’da tahkimle çözümleneceği veyahut taşınmazın aynına dair uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceği gibi kesin geçersizlikler, kanımızca tahkimde dava açma yasaklarını bir nebze de olsa haklı kılabilir. Bir nebze diyoruz zira tahkim yargılamasına hâkim olan *kompetenz-kompetenz* ilkesi gereği hakemler; kendi yetkilerini takdir ederken, zaten tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığını ve bu tür olağanüstü geçersizlikleri nazara alacaklardır. Sanki hakem heyetinin bu tür bariz geçersizlikleri fark etmesi imkânsızmış gibi, doğrudan tahkimin yasaklanması yerinde bir işlem olmayacaktır. Kaldı ki hakemler yetkilerini aşarak kendilerine yetki vermeyen geçersiz bir tahkim sözleşmesini geçerli kabul etmişlerse, bu durum nihai hakem kararının bir tanıma-tenfiz davasında veya iptal davasında zaten mahkemelerce tartışılacaktır. Dolayısıyla tahkime dair bu tarz endişeler de; mahkeme müdahalesi olmaksızın, yine tahkimin kendi mekanizması içinde çözümlenmelidir.

Bu nedenle tahkimde dava açma yasaklarının (*anti-arbitration injunctions*); milletlerarası tahkimde ne şekilde ve hangi şartlarda kullanılabileceğine dair sınırların, dikkatli çizilmesi gerekir. Yoksa tahkim aleyhine tavır sergilediği bilinen bir hukuk sisteminde; bu tür tedbirleri rahatlıkla alarak, tahkimi engellemeye çalışan kötü niyetli davacılar türeyebilecektir. “Mahkemelerin müsamahasında” gelişmiş olan³³⁹ tahkime karşı olabilecek bu tür kötü niyetli yaklaşımların engellenmesi için ise; mahkemelerin kısıtlamalarına değil, yardımlarına ihtiyaç vardır. Dolayısıyla

³³⁹ Redfern / Hunter / Blackaby / Partasides, *a.g.e.*, s. 415; Vagts, *a.g.e.*, s. 62-63; Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 296; tahkimin bağımsızlığı büyük ölçüde devlet mahkemelerinin, tahkime ne kadar az müdahalede bulunduğu ile alakalı olmakla beraber, mahkeme yardımı özellikle de hakemlerin atanması, geçici hukuki koruma önlemlerinin verilmesi gibi hususlarda gerekli olacaktır. Bkz. Ghani, *a.g.e.*, s. 17 vd.; Günümüz tahkim uygulamalarında geline nokta itibarıyla; hâkimlerin “rakipler” olarak değil, tahkimin “destekçileri” (*promoters*) olarak kabul edildikleri zira tahkim öncesinde, tahkim esnasında veya tahkim sonrasında mahkemelerin yardımı birçok açıdan gerekli olmaktadır. Bkz. Schaefer, *Court Assistance*, s. 522-530.

mahkemenin, tahkim üzerindeki baskısını en aza indirerek tahkime yardımcı bir rol üstlenmesi gerektiği yönündeki yerleşik mahkeme kararları ve doktrin nazara alındığında; tahkim lehine başka bir devlet mahkemesinde davanın görülmemesine dair tedbir yerinde bir tedbir iken, tahkimin yasaklanması oldukça riskli bir hamle olacaktır. Özellikle de yatırım tahkiminde³⁴⁰; tahkim davasını kaybeden veyahut kaybedeceğini düşünen ev sahibi devletin, taktiksel olarak kendi mahkemelerinden bu tür riskli tedbirler alması normalleştirilebilecektir.

Mahkeme tarafından; ister başka mahkemede dava açma yasağı (*anti-suit injunction*) ister tahkime gitme yasağı (*anti-arbitration injunction*) şeklinde verilmiş olsun, her iki tür için de açıklığa kavuşturulması elzem olan başka bir hukuki sorun vardır: İster dava açma yasağı ister tahkime gitme yasağı olsun, milletlerarası tahkimde bu tür bir tedbir kararını hangi mahkeme veya mahkemeler verebilmelidir? Bir örnekle açıklayacak olursak; bir Türk şirket ile bir Alman şirket arasındaki uyuşmazlıkta Londra’da tahkim öngörülmüş ancak Alman şirket, Almanya’da dava açmış olsun. Uyuşmazlıkla hiçbir ilgisi olmayan Amerikan mahkemesinden, Alman şirketi aleyhine dava açma yasağı talep edilebilir mi? Ya da tahkim sözleşmesi açık bir şekilde geçersizken; yine uyuşmazlıkla ilgisi olmayan Amerikan mahkemesinden tahkime gitme yasağı Londra tahkimi aleyhine istenebilir mi? Bu tür taleplerde hangi mahkeme veya mahkemelere gözeticilik işlevi (*supervisory task*) tanınmalıdır?

Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre milletlerarası tahkimde sınırlı da olsa aktif gözetici rol oynayacak mahkeme, tahkim yeri (*seat of arbitration*) mahkemesi olmalıdır zira “diğer mahkemelerin tahkime müdahale hakları yoktur”³⁴¹.

³⁴⁰ Tahkimde dava açma yasağı tedbirlerinin (*anti-arbitration injunction*) en çok ICSID tahkim davalarında uygulandığı hakkında bkz. Ekşi, **Lex Mercatoria**, s. 155. Yukarıda çeşitli yerlerde ele aldığımız *Yukos*, *Karaha Bodas* gibi büyük yatırım uyuşmazlıklarında da vurgulandığı üzere; aslında ev sahibi devletler, ister ICSID ister ICSID Ek Mekanizma Kuralları çerçevesinde olsun yürütülmekte olan tahkim yargılamalarını aksatmaya yönelik hamlelerde bulunabilmektedirler. Örneğin Washington’da UNCITRAL Tahkim Kuralları’na göre yürütülmekte olan *National Grid plc v. The Argentine Republic* davasında; davalı ev sahibi ülke, Arjantin Temyiz Mahkemesi’ne başvurarak tahkimde dava açma yasağı (*anti-arbitration injunction*) talep etmiştir. Talebi kabul eden temyiz mahkemesi; hakemlere davayı durdurmalarını emretmiş ve taraflara ise tahkim yargılamasına devam etmemelerini emretmiştir. Hakem heyeti ise, bu tedbire uymayacağını taraflara bildirmiştir. Karar hem yatırım tahkiminde; ev sahibi devletlerin taktiklerini göstermesi hem de tedbirin, doğrudan hakemlere yönelik de verilebileceği yönündeki iddiamızı desteklemesi bakımından kanımızca önemlidir. Karar için bkz. <https://www.italaw.com/cases/732> (Erişim, 20.02. 2018).

³⁴¹ Lew, *Court Involvement*, s. 510; kararın hangi ülkelerde iptal edilebileceği hususu ile dava açma yasağının hangi mahkemeden istenmesinin daha pratik olacağı meselesini kanımızca birbirinden dikkatlice ayırmak gerekir. Alman usul kurallarına tabi ancak Fransa’da yürütülmekte olan tahkim davasında geçici hukuki korumalar için, Fransa yerine Alman mahkemelerine gözetleyici işlev yüklemek manasız olacaktır. Ancak hukukuna tabi olunan ülke de; tahkim yeri ülkesi ile beraber, iptal için yetkili mahkeme kılınmıştır.

Tahkim yeri mahkemesi dışında diğer mahkemelere bu yetkiyi tanımak, uygulamada birçok soruna yol açacaktır. Tahkim yeri mahkemesinin müdahalesi bile; ulusal

NYS (1958)'in çevirisinde geçen “salahiyetli makam” kavramından kastın, aslında hakem kararının verildiği ülkenin mahkemeleri olduğu belirtilmektedir. Almanya'nın; NYS (1958) madde V/f.1-e'deki ikili ayrımı basitleştirdiği ve bu sözleşmeyi yürürlüğe koyarken, Alman Usul Hukuku kurallarının uygulandığı yabancı ülkedeki bir tahkim yargılamasından elde edilen kararın Almanya'da iptal edilebileceği (*set aside*) şeklinde açık düzenleme getirdiği konusunda bkz. Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfiz**, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994, s. 148-149. (*Tenfiz*). Kanımızca bu yorum; NYS (1958) madde V/f.1-e'nin Türkiye uygulamasında veya başka bir deyişle MTK madde 15/A için de geçerli olacaktır. Zira Türk hukukunda; MTK madde 1/f.2 uyarınca, “kanun hükümleri taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında” da uygulanacaktır. Böylece MTK madde 15/A uyarınca iptal davasını yürütecek Türk mahkemesi; NYS 1958 madde V/f.1-e'deki yetkili makam sıfatıyla örneğin Londra'da MTK usulüne göre verilmiş kararın iptalini sağlayabilecektir. Zira kararın verildiği yer İngiltere olmasına rağmen, kararın tabi olduğu hukuk (*under the law of which*) Türk hukukudur. Bu tür bir senaryoda, yabancılık unsurunun da olduğu açıktır.

NYS (1958) madde VI ise açıkça; hakem kararının iptali davası açılmışsa, tenfiz ülkesi mahkemesinin davanın sonuçlanmasını bekleyebileceğini düzenlemiştir. Madde VI, madde V/f.1-e'deki ikili ayrımı referansta bulunmakla yetinmiştir. Türk hukukunda bir davada; karar yeri ülkesi olan Fransa'da derdest olan davanın sonuçlanmasının beklenmesi, aksi durumda Türkiye'deki tenfiz davasının pratik değerinin olmayacağı mütalaa edilmiştir. Bkz. Şanlı, **Mütalaalar**, s. 696-698. Ayrıca NYS (1958) madde V/f.1-e; iptal sebeplerini düzenlemediğinden, yetkili ülke mahkemesi, kendi hukukundaki herhangi bir sebeple kararı iptal etmiş ya da icrasını ertelemiş olabilir. Bu düzenleme kanımızca da haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 465-467; açık düzenleme olmamasına rağmen, iptal davalarında tarafların ehliyetsizliği, hakemlerin yetkisini aşması, tahkim sözleşmesinin geçersiz olması gibi hususların genellikle iptal sebebi olarak kabul edildiği konusunda bkz. Ergin Nomer/Nuray Ekşi/Günseli Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, Cilt 1, Beta, 2016, s. 117; tahkim yeri mahkemesinin kendi hukukuna göre, iptal davasını açabileceği yabancı mahkeme kararlarında da vurgulanmaktadır. *Gulf Petro Trading Co., Inc. v. Nigerian Nat'l Petroleum Corp.*, 512 F.3d 742, 747 (5th Cir. 2008) davasında bu husus, şu şekilde vurgulanmıştır: “*Convention permits a primary jurisdiction court to apply its full range of domestic law to set aside or modify an arbitral award*”. Ayrıca bkz. *Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 335 F.3d 357, 368 (5th Cir. 2003): “*By its silence on the matter, the Convention does not restrict the grounds on which primary jurisdiction courts may annul an award, thereby leaving to a primary jurisdiction's local law the decision whether to set aside an award.*”

Kararın tabi olduğu hukuk (*under the law of which*) ibaresi, tahkim yeri (*the country in which*) kavramına göre daha problemlidir. Öğretide “tabi olunan hukuk” kavramının; maddi hukuku (*substantive law*) değil, usul hukukunu (*procedural law*) ifade edeceği haklı şekilde vurgulanmaktadır. Born, **Cases and Materials**, s. 610 vd. Gerçekten de bir ülke sınırlarında verilmesine rağmen; hakem kararı, bu ülke için yabancı olabilir. Örneğin Londra'da, Alman usul kurallarına göre ve fakat İngiliz hukuku uygulanarak (*applicable law*) verilen kararda, madde V/f.1-e anlamında yetkili makamın Alman mahkemeleri olacağı açıktır. Londra mahkemeleri ise tahkim yeri (*seat, the country in which*) sıfatıyla, iptal davasında görevli olabilecektir.

Buna rağmen eski bazı kararlarda; Hindistan mahkemelerinin başka ülkede, salt Hindistan hukukunun uyuşmazlığın esasına uygulandığı gerekçesiyle red kararı verdiği belirtilmektedir. Ancak günümüzde gerek Hindistan gerek başka ülkelerde; “tabi olunan hukuk” kavramı, maddi hukuk (*substantive law*) olarak değil, usul hukuku (*procedural law*) şeklinde anlaşılmaktadır. Uygulama ise; iptal yetkisinin, tahkim yeri mahkemelerine bırakılması yönünde gelişmiştir. Bkz. Redfern/ Hunter / Partasides/ Blackaby, **a.g.e.**, s. 578. İptal davası açma hakkından vazgeçilebilmesi hususunu, aşağıda İkinci Bölüm'de ayrıca ele alacağız.

Mahkeme kararlarında da; tahkim yeri mahkemesinin, hakem kararı iptallerinde öncelikle esas yetkiyi (*primary jurisdiction*) haiz olacağı vurgulanmaktadır. Bu tür kararlar göstermektedir ki; her ne kadar NYS (1958) kapsamında iki yetkili makam arasında üstünlük kurulmamışsa da, pratik gerekçelerle tahkim yeri mahkemelerine öncelik verilmesi mantıklı olacaktır. *Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274, 28788 (5th Cir. 2004) davasında bu husus şu şekilde vurgulanmıştır: “*courts of primary jurisdiction, usually the courts of the country of the arbitral situs, have much broader discretion to set aside an award [and] may apply their own domestic law*”.

tahkim kanunları ve Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961) gibi sözleşmelerle kısıtlanmışken; başka mahkemelere kontrolsüz bir yetki vermek, oldukça riskli olacaktır. Böyle bir yetki verildiğinde taraf; uyuşmazlıkla ilgisi olmayan üçüncü bir mahkemeye giderek veya doğrudan ülkenin menfaatlerini de ilgilendiren büyük davalarda, kendi mahkemesine başvuru yaparak tahkimi engellemeye çalışacaktır. Elbette bu temmeniye ve haklı beklentiye rağmen; uygulamada, tarafın vatandaşı olduğu ya da üçüncü ülke mahkemelerinin her iki tür dava açma yasağı tedbirlerine hükmettiği analiz ettiğimiz mahkeme kararlarıyla maalesef sabittir.

ICC'nin yaptığı bir analize göre; 2006 yılında tahkime gitme yasağının (*anti-arbitration injunction*) verildiği 31 davadan 25'ini, tarafların kendi mahkemeleri tarafından verilen tahkim yasakları oluşturmaktadır³⁴². Bu tablo bile başlıbaşına; tahkim yeri mahkemesinin, bu tür taleplerde tek yetkili olarak kabulü gerektiği yönündeki görüşünü desteklemektedir. Kaldı ki tahkimde dava açma yasağı verilecekse bile bunun tahkim yeri mahkemesince verilmesi yerinde olacaktır zira hakem heyetinin başka bir mahkemece verilmiş bu tür bir tedbiri dikkate almayacağı açıktır. Oysaki hakem heyetinin henüz uyuşmazlığın en başında doğrudan tahkim yeri mahkemesi tarafından; geçersiz tahkim sözleşmesi veyahut konunun tahkime elverişli olmaması gibi bir sebeple davaya devam etmekten men edilmesi, elbette hakem heyeti tarafından dikkate alınacaktır. Aksi durumda tahkim yerindeki olası iptal davasında, tahkim yeri mahkemesi yine eski gerekçelerini öne sürerek nihai hakem kararını iptal edebilecektir. Bu tür bir tedbirlere; “nadiren riayet edildiği ve çoğu zaman karşı tedbir kararı verildiği” de nazara alındığında³⁴³, kanımızca bu görüş daha da isabet kazanacaktır. Ancak tahkim yeri olarak seçilen yerlerin, genellikle tahkimin oldukça geliştiği yerler oldukları nazara alındığında ve kolay şekilde tahkimi yasaklamayacakları da düşünüldüğünde; tahkim yeri mahkemesinin,

³⁴² Lew, *Court Involvement*, s. 511-514; tahkimde dava açma yasağı tedbirlerinin (*anti-arbitration injunction*) en çok ICSID tahkim davalarında uygulandığı hakkında bkz. Ekşi, **Lex Mercatoria**, s. 155. Yatırım tahkiminde bir taraf devlet olduğundan bu devlet kendi mahkemelerinden rahatlıkla tahkimi engellemeye yönelik tedbirler alabilmektedir. Önek dava için bkz. *Karaha Bodas Co v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (“Pertamina”)*, 335 F 3d 357 (5th Cir 2003).

³⁴³ Tang, **a.g.e.**, s. 609-610. Yukarıda da ele alındığı üzere, mahkemeler tarafından verilen tahkimi engelleyici tedbirlere, hakemler genellikle uymamaktadırlar. Örneğin Washington’da UNCITRAL Tahkim Kuralları’na göre yürütülmekte olan *National Grid plc v. The Argentine Republic* davasında; davalı ev sahibi ülke, Arjantin Temyiz Mahkemesi’ne başvurarak tahkimde dava açma yasağı (*anti-arbitration injunction*) talep etmiştir. Talebi kabul eden temyiz mahkemesi; hakemlere davayı durdurmalarını emretmiş ve taraflara ise tahkim yargılamasına devam etmemelerini emretmiştir. Hakem heyeti ise, bu tedbire uymayacağını taraflara bildirmiştir. Karar hem yatırım tahkiminde; ev sahibi devletlerin taktiklerini hem detedbirin doğrudan hakemlere yönelik de verilebileceği yönündeki iddiamızı göstermesi bakımından önemlidir. Karar için bkz. <https://www.italaw.com/cases/732> (Erişim, 20.02. 2018).

bu tür istisnai tedbirlere hükmetmesi oldukça zordur. Bu nedenledir ki ICC raporunda da belirtildiği üzere; çoğu zaman taraf, tahkim yeri olmayan kendi ülkesine başvurarak tahkimi engellemeye çalışmaktadır.

3. Hakemler Tarafından Verilen Dava Açma Yasakları

a) Başka Mahkemede Dava Açma Yasağı (*Arbitral Anti-suit Injunction*)

i. Genel Olarak

Başka bir devlet mahkemesinde dava açmayı veya açılmış davaya devam etmeyi yasaklayan tedbirler (*anti-suit injunctions*) sadece bir devlet mahkemesi tarafından değil, aynı zamanda hakem veya hakem heyeti tarafından da verilebilmektedirler. Bir mahkemenin, hakem heyetini davayı görmekten men etmesinde olduğu gibi; hakem heyetinin, bir mahkemeyi dolaylı da olsa davayı görmekten men etmeye çalışması (*arbitral anti-suit injunctions*) da oldukça riskli bir durumdur. Aslında *imperium* doktrini uyarınca gücünü, egemen bir devletin anayasasından alan devlet mahkemesinin, yetkisini sadece tarafların takime dönük ortak iradelerinden alan hakem veya hakemleri yargılama yapmaktan men etmesi; gerek kendi kamu düzenini korumak gerek tahkim iradesinin yokluğu ile tahkime elverişli konunun olmaması gibi gerekçelerle bir nebze de olsa anlaşılabilmektedir. Ancak tersi durumda; yani özel bir alternatif yargılama biçimi olan tahkimde hakemlerin, tarafa yönelik bir tedbirle dolaylı şekilde de olsa egemen bir devletin mahkemesini yargılamayı yapmaktan men etmesi tartışmaları da beraberinde getirebilecektir. Yine de tarafların ortak iradelerine ve sözleşmesel forum olan tahkimi etkinleştirme ihtiyacı, hakem tedbir kararının doğrudan devlet mahkemesine değil taraflara yönelik verilmesi, tahkimin mahkemeden bağımsız olma özelliği gibi önemli etkenler, uygulamada birçok uyuşmazlıkta hakemlerce verilen dava açma yasaklarını meşrulaştırmaktadır. Üstelik hakemler tarafından verilen dava açma yasaklarının; doğrudan ihlalde bulunan tarafa yönelik olması ve tedbire muhatap olan tarafın ihtiyari olarak bu tedbire uymayı veyahut uymamayı seçebilmesi de, hakemlerce verilen bu tür tedbirlere yönelik eleştiriler ve endişeleri büyük ölçüde gidermektedir.

Bu kısımda öncelikle AB hukukunda; bir üye devlette başlayacak veya devam etmekte olan tahkim yargılamasında, hakemlerce başka bir üye devletteki paralel mahkeme yargılamasının engellenmesi amacıyla davalıya karşı verilen tedbirlerin (*arbitral anti-suit injunctions*) nasıl değerlendirildiğine bakacağız. Her bir

ülkedeki farklı davaları ele almak; çalışmamızın kapsamını oldukça aşacağından, AB hukukunda bu konuda oldukça atıf alan *Gazprom* davasını incelemekle yetineceğiz. Sonrasında ise bazı ülke mahkemelerinin; hakemler tarafından verilen dava açma yasaklarına nasıl yaklaştıklarını, ilgili bazı güncel davalar ışığında analiz ederek değerlendirmemizi yapacağız.

ii. *Gazprom* Davası

AAD’de görülen *Gazprom vs. Lithuania* (kısaca “*Gazprom*”) davası³⁴⁴; AB hukukunda üye devletlerin aralarındaki ilişkilerde, tahkim yeri olan bir üye devlette hakemlerce verilen dava açma yasağının diğer üye ülkelerde nasıl değerlendirilmesi gerektiğine dair oldukça önemli ve yol gösterici bir karardır. *Gazprom* davasındaki uyuşmazlığı özetlemeden evvel, bu davaya da konu olmuş ve AB içinde yeknesaklığı sağlamayı amaçlayan önemli birkaç düzenlemeye kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

AB hukukunda; gerek mahkemelerin yetkisi gerek hukuki ve ticari kararların tanınması ile tenfizi ile alakalı yeknesak bir düzenlemeye ulaşılması amacıyla, birçok çalışmada bulunulmuştur. Bu doğrultuda öncelikle 1968 yılında *Özel Hukuk ve Ticaret Hukuku Konularında Mahkemelerin Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Konvansiyonu*³⁴⁵ kabul edilmiştir. Sonrasında benzer arayışlar devam etmiş, 1988 yılında aynı başlığı taşıyan ve Avrupa Serbest Ticaret Birliği ülkelerini³⁴⁶ de kapsamayı hedefleyen Lugano Konvansiyonu³⁴⁷ imzalanmıştır. Konumuz açısından önemli olan ve *Gazprom* davasında da tartışılan asıl düzenleme ise; Brüksel Konvansiyonu’nun, 2001 yılında Tüzük’e dönüştürülmesiyle elde edilen ve aynı konu başlığını muhafaza eden 44/2001

³⁴⁴ *Case C-536/13, Gazprom v Lithuania, ECLI: EU: C:2015:316*. Tam metin için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164260&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=401647> (Erişim, 15.09.2017).

³⁴⁵ Brüksel Konvansiyonu’nun orijinal başlığı şöyledir: *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, tam metin için bkz. <https://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm> (Erişim, 12.09.2017). Günümüze gelene dek AB hukuku bünyesinde birçok yeni düzenleme yapıldığından, tüm detaylarıyla 1968 tarihli sözleşmeyi burada detaylıca ele almamız çalışmamızın kapsamını aşacaktır. Sözleşme; malvarlığına ilişkin özel hukuk ihtilaflarına uygulanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. B. B. Erdem, "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Antlaşmasının Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, cilt.17-18, ss. 183-216, 1997, s. 185-186. (*Brüksel Antlaşması*).

³⁴⁶ The European Free Trade Association, ülkeler: Norveç, İsviçre, İzlanda ve Liechtenstein.

³⁴⁷ Tam metin için bkz. <https://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/lug-idx.htm> (Erişim, 12.09.2017).

numaralı Konsey Tüzüğü³⁴⁸’dür. Bu yeni AB Konsey Tüzüğü; yürürlük maddesi olan madde 76’ya uygun şekilde, 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Aynı şekilde korunan konu başlığından da anlaşılacağı üzere bu Konsey Tüzüğü; üye devlet ile başka bir üye devlet arasındaki yetki problemleri ile hukuki ve ticari konularda verilen kararların tanınması ve tenfizini düzenlemektedir. Konumuz açısından tüm AB hukuku düzenlemelerini burada değerlendirmemiz çalışmamızın kapsamını aşacağından; son olarak, günümüzde yürürlükte olan düzenlemeye de kısaca değinmekle yetineceğiz. EC 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü’ndeki eksiklikler de fark edilmiş; nihai olarak bu tüzüğün yerini, 12 Aralık 2012 tarihli ve 1215/2012 sayılı AT Konsey Tüzüğü (kısaca “Yeni Tüzük”)³⁴⁹ almıştır. Bu Yeni Tüzük’le gelen önemli farklılıklardan biri ise; kararı veren mahkemeden kararın icra edilebilirliğine dair belge istenmesinden vazgeçilmesi yani *exequator* şartının kaldırılarak bir üye devlette verilen kararın tüm üye ülkelerde aynı etkiyi doğuracağının kabul edilmesidir³⁵⁰. Yeni Tüzük ayrıca AB sınırları dışına çıkarak; gerekli hallerde (yetki, işçi veya tüketicin korunması gibi) kişinin “nerede ikamet ettiğine bakılmaksızın” da bu Tüzük hükümlerinin uygulanacağını belirttiğinden, önceki düzenlemelere göre daha geniş bir yetki sunmaktadır³⁵¹. Ancak önemle belirtelim ki bu Yeni Tüzük; madde 81 uyarınca 10 Ocak 2015 tarihinden itibaren uygulanmakta olduğundan, hakemlerce verilen dava açma yasaklarını AB Hukuku açısından inceleyen *Gazprom*

³⁴⁸ Official Journal L 012, 16.01.2001 P. 0001 - 0023. Tam metin için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:en:HTML> (Erişim, 12.09.2017).

³⁴⁹ *REGULATION (EU) No 1215/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast)*. Buradaki “recast” ifadesi “yeniden biçimlendirme” anlamında olup, bazen bu tüzük kısaca *Brussels Regulation I –Recast* olarak da kullanılmaktadır. Zira başlık aynı kalmış sadece içerik bazı önemli değişikliklere uğramıştır. Detaylı analiz ve tam metin için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN> (Erişim, 12.09.2017).

³⁵⁰ Bkz. Giriş, Paragraf 26:

“In addition, the aim of making cross-border litigation less time-consuming and costly justifies the abolition of the declaration of enforceability prior to enforcement in the Member State addressed. As a result, **a judgment given by the courts of a Member State should be treated as if it had been given in the Member State addressed.**”
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN> (Erişim, 12.09.2017).

³⁵¹ Bkz. Tüzük Giriş, Paragraf 14:

“However, in order to ensure the protection of consumers and employees, to safeguard the jurisdiction of the courts of the Member States in situations where they have exclusive jurisdiction and to respect the autonomy of the parties, certain rules of jurisdiction in this Regulation should apply regardless of the defendant’s domicile.”
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN> (Erişim, 12.09.2017).

davası Yeni Tüzük' göre değil dava anında yürürlükte olan EC 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü'ne göre görülmüştür.

Güncel mevzuata dair bu bilgilendirmeden sonra, EC 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü uyarınca *Gazprom* davasını inceleyebiliriz. *Gazprom* davasındaki uyuşmazlık; 2004 tarihli hissedarlar sözleşmesi (*the shareholders' agreement*) madde 7.14'te yer alan tahkim şartı³⁵² nedeniyle *Gazprom* şirketinin, 29 Ağustos 2011 tarihinde Stockholm Ticaret Odası Tahkimi'ne başvurmasından kaynaklanmaktadır. *Gazprom* şirketi; hissedarı olduğu tüzel kişinin faaliyetlerinin Litvanya Enerji Bakanlığı'nca Litvanya Usul Kanunu madde 2.131 uyarınca Vilnius Bölge Mahkemesi'nde soruşturulması üzerine, bunun tahkim şartına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüş ve tahkim yargılamasını başlatmıştır. *Gazprom*; açtığı tahkim davasında hakem heyetinden, Litvanya Enerji Bakanlığı aleyhine Vilniaus Bölge Mahkemesi'nde görülen davayı sonlandırma tedbiri istemiş ve bu dava açma yasağı (*anti-suit injunction*) talebi hakemler tarafından "tahkim şartının kısmen de olsa ihlal edildiği" gerekçesiyle 31 Temmuz 2012 tarihinde kabul edilmiştir³⁵³. Ancak 3 Eylül 2012 tarihinde; Vilniaus Bölge Mahkemesi, yatırım için kurulan tüzel kişiliği haiz şirket ile yöneticilerinin soruşturulması talebini kabul etmiştir. Soruşturma geçiren şirket ile yöneticileri, Litvanya Temyiz Mahkemesi'nde soruşturma kararını temyiz etmiş ve aynı zamanda hakemlerce verilen men kararının tanınması ile tenfizini talep etmişlerdir.

Litvanya Temyiz Mahkemesi; her iki temyiz talebini, *Gazprom* aleyhine reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi özetle; tüzel kişi soruşturmasının Litvanya mahkemelerinin yetkisinde olduğunu, Litvanya'nın egemenliğinin ihlal edildiğini ve hakem heyetinin bu konuda dava açma yasağı vermek suretiyle NYS (1958) madde V/f.2(a) hükmünü yani tenfiz ülkesinde tahkime elverişli bir konu olmasını dikkate almadığını ileri sürmüştür. Ayrıca hakem heyetinin, dava açma yasağı vermek suretiyle; NYS (1958) madde V/f.2(a) hükmündeki kamu düzeni kuralını da göz ardı ettikleri vurgulanarak, her iki temyiz talebi de farklı tarihlerde reddedilmiştir. Temyiz mahkemesinin her iki red kararı da nihai bir temyize tabi olduğundan, bu kararlar temyiz yoluyla Litvanya Yüksek Mahkemesi (*The Lietuvos Aukščiausiasis*

³⁵² Arbitration No.: V (125/2011), Paragraf 197:

'[a]ny claim, dispute or contravention in connection with this Agreement or its breach, validity, effect or termination, shall be finally settled by arbitration'.

³⁵³ Arbitration No.: V (125/2011). Hakem kararının tam metni için bkz. <http://cisarbitration.com/wp-content/uploads/2013/02/Gazprom-v-Republic-of-Lithuania-SCC-Arbitration-No.-V-1252011-Award-dated-31-July-2012.pdf> (Erişim, 13.09.2017).

Teismas) önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme; hakemler tarafından verilen dava açma yasağı şeklindeki hükmün EC 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü kapsamında tenfizinin reddedilip reddedilemeyeceğin konusunda emin olmak için meseleyi AAD’ye havale ederek, bu doğrultudaki sorularını sormuş³⁵⁴ ve cevap gelene dek yargılamayı durdurma kararı vermiştir. Aslında bu üç temel soru da AB Adalet Divanı’nın da vurguladığı üzere en nihayetinde aynı şeyi sormaktadır: Burada asıl soru özetle, EC 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü’nün; bir üye devleti, bu devletin mahkemesinde yargılama yapılmamasını öngören bir hakem tedbir kararını uygulamaktan alıkoyup koymadığı noktasında toplanmaktadır.

AAD bu sorunu ele alırken öncelikle; EC 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü madde 1/f.2(d)’ye vurgu yapmıştır zira bu önemli hükümde tahkim yargılaması, açıkça Tüzük’ün kapsamı dışında tutulmuştur³⁵⁵. Dosyayı gönderen Litvanya Yüksek Mahkemesi’ne göre; davanın bir üye devlet mahkemesinde görülmesinin İsveç gibi başka bir üye ülkede verilen bir kararla engellenmesi, EC 44/2001’in her üyenin kendi yetkisini belirleyebileceğini öngören temel kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme; *West Tankers* davasında tartıştığımız gibi bir üye devlet mahkemesinin, başka bir üye devlet mahkemesini yargılamadan men etmesinin doğru olmayacağını kabul etmiş ancak somut olayda durumun bundan farklı olduğunu da vurgulamıştır. Zira somut uyuşmazlıkta; İsveç mahkemesi tarafından değil, İsveç’teki bir hakem heyeti tarafından verilen dava açma yasağının EC 44/2001 Konsey Tüzüğü’ne aykırılık teşkil edip etmeyeceği tartışılmaktadır. Yüksek Mahkeme haklı olarak; tahkimden kaynaklı yetki uyuşmazlıklarının EC 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü kapsamına girmediğini, Tüzük’ün sadece “üye devletlerin mahkemeleri arasındaki” uyuşmazlıkları çözdüğünü ve hakem heyetleri de devlet

³⁵⁴ Bu sorular şu şekildedir:

1. Where an arbitral tribunal issues an anti-suit injunction and thereby prohibits a party from bringing certain claims before a court of a Member State, which under the rules on jurisdiction in [Regulation No 44/2001] has jurisdiction to hear the civil case as to the substance, does the court of a Member State have the right to refuse to recognise such an award of the arbitral tribunal because it restricts the court’s right to determine itself whether it has jurisdiction to hear the case under the rules on jurisdiction in [Regulation No 44/2001]?
2. Should the first question be answered in the affirmative, does the same also apply where the anti-suit injunction issued by the arbitral tribunal orders a party to the proceedings to limit his claims in a case which is being heard in another Member State and the court of that Member State has jurisdiction to hear that case under the rules on jurisdiction in [Regulation No 44/2001]?
3. Can a national court, seeking to safeguard the primacy of EU law and the full effectiveness of [Regulation No 44/2001], refuse to recognise an award of an arbitral tribunal if such an award restricts the right of the national court to decide on its own jurisdiction and powers in a case which falls within the jurisdiction of [Regulation No 44/2001]?

³⁵⁵ Belirtelim ki istisnaları öngörülmüş olmakla beraber; Yeni Tüzük’te de, aynı maddede aynı tahkim istisnası yer almaktadır.

mahkemeleri olmadığından ortada Tüzük kapsamında bir uyuşmazlık söz konusu olmadığını vurgulamakla beraber, emin olmak üzere sorunu AAD'ye havale etmiştir.

AAD yaptığı değerlendirmede; üye devlet mahkemelerinin, birbirini engellememesi yönündeki karşılıklı güvene (*mutual trust*) dayalı kuralın burada uygulanmayacağını zira hakem heyeti ile mahkeme arasında bu tür bir ilişkiden bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca; hakem heyeti tarafından dava açma yasağının verilmiş olmasının, tarafın hukuki korunma hakkını ihlal etmeyeceğini zira tanıma-tenfiz aşamasında NYS (1958) uyarınca zaten yeterince savunma imkânı olacağını savunmuştur. Dolayısıyla AAD yaptığı nihai değerlendirmede; mahkemeler tarafından verilen dava açma yasaklarının aksine hakemler tarafından verilen dava açma yasakları EC 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü'ne girmediğinden bahisle; üye devletler tarafından bu tür tedbirlerin, tanınması ve tenfizi taleplerinin doğrudan reddedilmeyeceği karar bağlayarak hakemlere daha geniş bir yetki vermiştir.

Belirtelim ki bu uyuşmazlığın AAD önüne getirilmesi ve EC 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü uyarınca tartışılmasının sebebi; gerek men edilen forum olan Litvanya'nın gerek men kararı veren tahkim yeri (*seat of arbitration*) olan İsveç'in AB üyeleri olarak, bu Tüzük kurallarına tabi olmalarıdır. AAD; sadece tahkimde hakemlerce verilen dolaylı yetki müdahalesi kararlarının, EC 44/2001'e aykırılık teşkil etmediğini vurgulamıştır. Yoksa uyuşmazlığı esastan karara bağlayacak olan ve paralel davalar şeklinde devam eden, tahkim davası ile Litvanya Yüksek Mahkemesi önündeki temyiz davasına müdahale etmemiştir. Nitekim 22 Haziran 2016 tarihinde; Stockholm tahkim yargılaması *Gazprom* lehine sonuçlanmış ve Litvanya'nın gaz fiyatlarının yükseltilmesinden doğduğunu iddia ettiği 1,6 milyar dolar tutarındaki tazminat talebi reddedilmiştir³⁵⁶. Elbette bu kararın verilmiş olması; tahkim yeri olan İsveç'te, kararın iptal davasına konu olmasını engellemektedir. Nitekim Litvanya; karardan hemen sonra yaptığı bir açıklamada, kararın iptali için İsveç'ta Stockholm Temyiz Mahkemesi'ne başvuracağını bildirmiştir³⁵⁷. Nihai aşama henüz bilinmemekle beraber; NYS (1958)'deki sınırlı red sebeplerine benzer

³⁵⁶ Detaylı bilgi için bkz. <https://enmin.lrv.lt/en/news/the-arbitral-tribunal-has-put-an-end-to-the-dispute-between-lithuania-and-gazprom> (Erişim, 12.09.2017).

³⁵⁷ Açıklama için bkz. <https://www.forbes.com/sites/kenrapoza/2016/09/11/lithuania-reboots-battle-with-russias-gazprom/#491ae8a745fa> (Erişim, 13.09.2017).

iptal sebepleri öngören İsveç Tahkim Kanunu³⁵⁸ madde 34 nazara alındığında, Litvanya'nın Stockholm'de kararın iptalini sağlaması zor görünmektedir. Yine de *Gazprom* davası; AB hukukunda hakemler tarafından verilen dava açma yasaklarının, AB mevzuatına aykırı olmadıklarını vurgulama ve tahkim lehine bir yorum getirme noktasında oldukça önemlidir.

iii. Karşılaştırmalı Hukukta Bazı Davaların Değerlendirilmesi

AB hukuku dışında da, taraflara yönelik dava açma yasaklarının hakemler tarafından verildiğine rastlamak mümkündür. *Gazprom* davasında; taraflardan birinin AB sınırlarında bir üye devlet mahkemesinde dava açmasını yasaklayan başka üye ülkeden alınan bir hakem tedbirinin (*arbitral anti-suit injunctions*), EC 44/2001 numaralı Konsey Tüzüğü'ne aykırı olmadığını sonuca bağlanmıştır. AB Hukuku dışında da bu tür tedbirlerin nasıl karşılandığını birkaç dava ışığında analiz etmekte yarar görüyoruz. Bir örnekle açıklayacak olursak: Tahkim yeri Londra olan bir tahkim yargılamasında; tahkim sözleşmesini ihlal ederek New York mahkemesinde dava açan davalıya karşı, hakem heyetinin dava açma yasağı kararı vermesi New York'ta nasıl karşılanacaktır? Hakem veya hakem heyeti tarafından verilen dava açma yasakları (*arbitral anti-suit injunctions*) birçok tartışmayı beraberinde getirdiğinden, mahkeme-tahkim ilişkisi kapsamında bu tür tedbirleri hassas bir şekilde ele almak gerekir.

Hakemlerce verilen dava açma yasakları da en nihayetinde bir geçici hukuki koruma türü olup, gerek usuli emir (*procedural order*) gerekse bir karar (*interim award, partial award* vs.) şeklinde davaya göre hakem heyetince serbestçe takdir edilebilirler³⁵⁹. Aşağıda detaylıca ele alacağımız üzere; hakemlerin dava açma yasağı dâhil geniş anlamda geçici hukuki korumalara hükmetme yetkileri vardır. Bu yetki; taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinden kaynaklanabileceği gibi çeşitli kurumsal, ulusal ya da uluslararası tahkim düzenlemelerinden kaynaklanabilmektedir. Bu yetkinin doğal bir sonucu olarak da hem milletlerarası ticari tahkimde hem de milletlerarası yatırım tahkiminde³⁶⁰, hakemler tarafından verilen dava açma yasaklarıyla karşılaşmaktayız. Ancak milletlerarası ticari tahkimi aynı zamanda

³⁵⁸ <http://swedisharbitration.se/wp-content/uploads/2011/09/The-Swedish-Arbitration-Act.pdf> (Erişim, 06.02.2018).

³⁵⁹ Vishnevskaya, a.g.e., s. 177; Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 266; Hakemlerin başvurabileceği diğer önlemler için bkz. Levy, a.g.e., s. 124-125.

³⁶⁰ ICSID tahkim yargılamalarında; ev sahibi devletin kendi mahkemelerine başvurusunu engellemek için ICSID Konvansiyonu madde 47 uyarınca hakemlerin dava açma yasaklarını "sıklıkla" kullandıkları hakkında bkz. Ekşi, *Lex Mercatoria*, s. 156-157.

mahkeme yargılamasına kıyasla daha cazip kılan “gizlilik” prensibi³⁶¹ (*confidentiality*); hakemler tarafından verilen kararlara³⁶², dolayısıyla da dava açma yasağı tedbirlerine ve bu tedbire dayanak teşkil eden tüm vakıalara ulaşmamızı güçleştirmektedir. Yine de öğretilerde tartışılan veya medyaya yansımış başlıca milletlerarası ticari tahkim kararlarından yola çıkarak bazı sonuçlar çıkarmak mümkündür. Milletlerarası yatırım tahkimindeki kararlara ulaşmak ise nispeten daha kolay olmaktadır. Hakemlerin dava açma yasaklarına başvurusu; genellikle geçerli bir tahkim sözleşmesine rağmen bir tarafın, bu sözleşmeyi ihlal ederek kendini güvende hissettiği ülke mahkemesinde (çoğunlukla vatandaşı olduğu ülke mahkemesinde) davayı açması veya açmak istemesi hallerinde karşımıza çıkmaktadır. Öğretilerde bu tür davalılar; “söz dinlemez” veya “inatçı taraf” (*recalcitrant party*) olarak adlandırılmakta ve bu tür kişilerin, nihai hedefinin “tahkimi aksatmak ve zorlaştırmak suretiyle sonlandırmak” olduğu vurgulanmaktadır³⁶³.

Gizlilik prensibine rağmen bilinen birkaç tahkim davasının analizinden yola çıkan öğretilerde bir görüş; hakemlerce verilen dava açma yasakları (*arbitral anti-suit injunctions*) uygulamasının milletlerarası ticari tahkimde sanılanın aksine oldukça “yaygın ve eski” olduğunu vurgulamaktadır³⁶⁴. Örneğin 1970 tarihli bir ICC tahkim davasında; bir Hint çimento şirketi ile bir Pakistan bankası arasında çıkan ve Cenevre’de ICC tahkim şartına göre yürütülen tek hakemli tahkimde, dava yasağı tedbiri uygulanmıştır³⁶⁵. Söz konusu davada; Pakistan bankası, tahkim davası başladıktan sonra Pakistan mahkemesinde dava açmış ve hakemin yetkisiz olduğunu ileri sürmüştür. Bu davada ayrıca Pakistan Bankası’nın davayı açtığı mahkemeden talep ettiği ve Hint şirketinin tahkime devam etmemesine dönük tedbir (*anti-arbitration injunction*) de kabul görmüştür. Bu tahkim davasında tek hakem kendisini yetkili görerek; davalının tahkim sözleşmesine rağmen bir devlet mahkemesinde dava açmasını, “zaman kazanmak ve tahkim yargılamasını

³⁶¹ Yapılan istatistik çalışmalarında; gizlilik prensibinin, tahkimin seçilmesinde “en önemli etken” olduğunun belirlendiği konusunda bkz. Giray, *a.g.e.*, s. 69. Born, *Commercial Arbitration*, s. 73, 89-90; Yılmaz, *Yatırım Uyuşmazlıkları*, s. 8; Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 294; Özel, *a.g.e.*, s. 17-18; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 9.

³⁶² Tahkimde gizlilik prensibinin; üçüncü kişiler yönünden en somut sonucunun, hakem kararlarının yayımlanmasında ortaya çıktığı vurgulanmaktadır. Ancak hakem kararlarının yayımlanmasının, kılavuzluk yapabilmesi ve “emsal” oluşturması bakımından faydalı olacağı belirtilmiştir. Bkz. Giray, *a.g.e.*, s. 115.

³⁶³ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 236-237.

³⁶⁴ *Ibid.*, s. 251.

³⁶⁵ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s.252; ICC Case No. 1512.

yavaşlatmak amaçlı taktiksel bir hamle” olarak değerlendirmiştir. Hakem kanımızca da yerinde olarak; tarafların kendi hür iradeleriyle Pakistan dışında, Cenevre’de, ICC Tahkim Kurallarına göre tahkim uyuşmazlık çözüm yolunu kabul ettiklerini ve bu açık seçim nedeniyle “artık tarafların vatandaşı oldukları devletlerin mahkemelerine yer olmadığını” belirtmiştir. Zira tarafın yapacağı yetki itirazı ile diğer işlemler; bu çalışmamızda da sıklıkla vurguladığımız gibi, yine tahkimin kendi mekanizması içinde *kompetenz-kompetenz* ilkesi çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır. Diğer bir ifade ile hakemin yetkisine itiraz eden taraf; kendi mahkemesinde derhal dava açmak yerine, açıkça uyacağını belirttiği ICC Tahkim Kuralları ve bu kurallarda da yerini bulan *kompetenz-kompetenz* kuralına göre hakem değerlendirmesini beklemelidir.

Hakeme göre; ICC Tahkim Kuralları bu tür bir ihlali desteklemekten çok, bu tür ihlalleri dışlamaktadır. Dolayısıyla; devlet mahkemesince verilen tahkimde dava açma yasağı tedbirine rağmen, tahkim yargılanmasına devam edilmiştir. Yargılamaya devam eden hakem; tahkimde yer alma konusunda tarafların tam desteklerini isteyerek (*full cooperation of both parties*), açıkça olmazsa da davalının Pakistan mahkemesindeki yargılamadan vazgeçmesini “tavsiye” eden bir tahkim kararına imza atmıştır. Yeri gelmişken belirtelim ki; tarafın tahkim yargılamasına devam etmemesini öngören tedbir (*anti-arbitration injunction*), eğer tarafın vatandaşı olduğu Pakistan mahkemesi yerine örneğin tahkim yeri olan Cenevre mahkemesinden alınmış olsaydı, hakemin bunu dikkate alma olasılığı artacaktı. Zira tahkim yeri mahkemesinin; hakem kararını iptal edebilecek yetkide olması, bu mahkemeye kulak verilmesini gerektirmektedir. Yalnız şunu da belirtelim ki ihlalde bulunan taraf; çoğu zaman tahkim yeri mahkemesinin, bu tür mahkemelerin tahkime yardımcı ve tahkim için cazibe merkezi yerler olduğu da nazara alındığında, zaten tahkimi engellemeyeceğini öngörerek kendini daha güvende hissettiği vatandaşı olduğu mahkemede taktiksel olarak dava açmayı daha avantajlı bulacaktır.

Zürich Ticaret Odası Tahkim Kuralları’na göre; tahkim yeri Zürich’te (*seat of arbitration*) yürütülmekte olan bir tahkim davasında, 1994 yılında verilen yayımlanmamış bir tahkim kararında³⁶⁶ da hakemler tarafından dava açma yasağı tedbiri verilmiştir. Çeşitli sözleşmelerden kayanaklanan uyuşmazlıkların ele alındığı bu davada; davacının alt şirketi iki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için Amerikan Mahkemeleri’nde dava açmış fakat davalı tarafça, “bu iki sözleşmenin de diğer sözleşmelerle bütünlük arz ettiği vurgulanarak tahkimde çözümleri gerektiği” ileri

³⁶⁶ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 254-255.

sürülerek mahkemenin yetkisine itiraz edilmiştir. Ancak davalı taraf; sonradan Amerikan mahkemesindeki davadan gelecek bilgi ve belgeleri tahkim yargılamasında kullanmak için davaya devam etmek istemişse de bu kez davacı taraf, Zürih'teki hakem heyetinden “tüm taleplerin tahkimde görülmesi gerektiğini” gerekçe göstererek Amerikan mahkemesindeki yargılamadan davalının men edilmesi için dava açma yasağı talebinde bulunmuştur.

Hakem heyeti öncelikle yetkisini araştırmış ve yürürlükteki Zürih Ticaret Odası Tahkim Kuralları madde 28'e göre ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 183 uyarınca geçici hukuki korumalara ve dolayısıyla da dava açma yasaklarına hükmedebileceğini karara bağlamıştır. Hakem heyeti; tahkim yargılamasının paralelinde Amerikan mahkemesinde yapılacak delil tespitlerinin, “ticari sır, rekabet hukuku gibi birçok alanda davacıya yakın bir tehlike yaratacağını” ileri sürerek bu tedbirin uygunluğuna karar vermiştir. Hakem heyeti en nihayetinde güzel bir dava açma yasağı metni örneği olarak³⁶⁷; kararının sonuç bölümünde, davalının davaya devam etmemesi yönünde tedbir hükümlerini de koymuştur. Öğretide; bu tedbirin aynı zamanda İsviçre Ceza Kanunu madde 292 eşliğinde alındığı yani karara uyulmadığı halde cezanın öngörüldüğü de vurgulanarak, kararın dikkate değer olduğu belirtilmiştir³⁶⁸.

Hakemler tarafından verilen dava açma açma yasakları arasında Türk hukukunu ilgilendirenler de olmuştur. Örneğin 8887 numaralı ICC tahkim davasında; Türk taraf, tahkim sözleşmesine uymaksızın uyuşmazlığı Türk mahkemesi önünde dava etmiştir. Türk taraf aleyhine hakem tarafından Türkiye'de dava açma yasağı tedbiri (*arbitral anti-suit injunctions*) verilmiş olmasına rağmen; Türk taraf, yargılamaya devam etmiştir. Tarafı dava açma yasağına uymaya veya uymamaya iten sebepler ile ihlalin sonuçlarını aşağıda ayrıca ele alacağız. Ancak bu önemli davada nihai hakem kararında dava açma yasağına uyulmadığı için ek masrafların ödenmesine de karar verilmiştir³⁶⁹. Benzer şekilde aşağıda İkinci Bölüm'de ele

³⁶⁷ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 255:

"to refrain from submitting or pursuing any claim arising out of, or relating to the Agreements... their breach, termination or invalidity by way of action, notice or any other manner against [the Claimant] to any authority or Court other than this contractually agreed Arbitration Tribunal; to refrain from disclosing to any third party or otherwise using any information (including but not limited to briefs, documents, testimonies, expert opinions etc.) which have been made available by [the Claimant] to this Arbitration Tribunal...

to refrain from submitting or pursuing any claim which it may allege to have under the Agreements before any other Court outside the jurisdiction of the Arbitration Tribunal... "

³⁶⁸ *Ibid.*, s. 255.

³⁶⁹ Levy, *a.g.e.*, s. 127.

alacağımız üzere; gerek başka mahkemeler gerek ICSID hakemleri tarafından³⁷⁰ Uzanlar aleyhine dava açma yasağı tedbirleri alınmıştır.

Milletlerarası ticari tahkimde daha baskın olan gizlilik prensibi; milletlerarası yatırım tahkiminde aynı yoğunlukta hissedilmediğinden dolayı, yatırım tahkiminde hakemlerce verilen dava açma yasaklarına ve bu konuyu irdeleyen daha fazla sayıda karara ulaşmak daha kolaydır. Öncelikle belirtelim ki ICSID Konvansiyonu madde 47’de, “aksi taraflarca kararaştırılmadıkça hakem heyeti şartların gerektirdiğine kanaat getirdiğinde her bir tarafın haklarını korumak amacıyla geçici hukuki korumalara karar verebilir” şeklindeki düzenleme hakemlere geniş yetki vermekte ve uygulamada dava açma yasaklarının da önünü açmaktadır³⁷¹. Zira tahkim sözleşmesi varken davalının devlet mahkemesinde dava açması elbette sözleşmesel forumda davayı görme iradesi ve hakkı olan davacıya zarar verecektir. Dolayısıyla da hakem heyeti, rahatlıkla davacının bu hakkını korumak için davalı aleyhine dava açma yasağı tedbirine hükmedebilecektir.

Bu doğrultuda tartışılmış birçok ICSID kararını bulmak mümkündür. *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco* davasının³⁷²; ICSID tahkiminde hakemler tarafından verilen dava açma yasaklarının ilk örneği olduğu olduğu doktrinde vurgulanmaktadır³⁷³. Bu davada ICSID hakem heyeti; taraflara “sözleşme ile bağdaşmayan hareketlerden uzak durmalarını” ve tahkime paralel dava açılması olasılığında ise “Fas mahkemelerinin, hakem kararına dek beklemlerini” emretmiştir. ICSID tahkiminde; hakemlerce verilen dava açma yasakları bununla sınırlı değildir. Örneğin *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* davasında³⁷⁴ ICSID hakem heyeti; doğrudan dava açma yasağı uygulamak yerine Pakistan mahkemesine, “en azından yargılama yapılana dek devlet mahkemesi yargılamasını iletmemesi yönünde” tavsiyelerde (*recommendations*)

³⁷⁰ Ekşi, *Lex Mercatoria*, s. 157.

³⁷¹ Madde 47:

“Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party.”

³⁷² *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1; Yukarıda ele alındığı üzere; *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco* (ICSID Case No. ARB/72/1) davasında hakem heyeti sadece, tarafların “sözleşme ile bağdaşmayacak” hareketlerden kaçınmalarını “tavsiye” (*recommendation*) etmiştir. Bkz. Lalive, *a.g.e.*, s.137; konuya ilişkin başka bir analiz için bkz. Lew, *ICSID Arbitration*, s. 272-273.

³⁷³ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 244-245.

³⁷⁴ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13). Metin için bkz. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0778.pdf> (Erişim, 15.09.2017)

bulunmuştur. *E-Systems Inc. v. Iran* davasında³⁷⁵ ise; uyuşmazlığa taraf olan İran hükümetinin, Tahran mahkemesinde davaya devam etmemesi yönünde dava açma yasağına açıkça yer verilmiştir³⁷⁶. *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* davasında³⁷⁷ da ICSID hakem heyeti; taraflar arasındaki sözleşmeye zarar veren ve hakem heyetinin etkin karar vermesi serbestisini tehdit eden ihlallere karşı, dava açma yasağı tedbiri verilebileceğine karar vermiştir.

Hakemler tarafından verilmiş dava açma yasakları; bazen de çeşitli hakem kararları formatında, mahkemelerdeki tanıma-tenfiz davalarında tartışılmaktadır. Örneğin *Four Seasons Hotels & Resorts, B.V. v. Consorcio Barr, S.A.* davasında³⁷⁸ Amerikan 11. Temyiz Mahkemesi; Miami’de ICDR³⁷⁹ Tahkim Kuralları’na göre oluşturulan ve davalının Venezuela mahkemesindeki yargılamayı sona erdirmesine yönelik tedbiri de içeren kısmi hakem kararını (*partial award*) onaylamıştır. Benzer şekilde *Elenor Mobile Communications AS v. Storm LLC* davasında³⁸⁰ Amerikan 2. Temyiz Mahkemesi; New York’ta UNCITRAL Tahkim Kuralları’na göre verilen ve tahkimi kaybeden Strom şirketinin başka ülkelerde dava açmasını yasaklayan tedbiri de içeren nihai hakem kararını (*final award*) onaylamıştır. Milletlerarası tahkimde; dava açma yasaklarını da içeren çok sayıda karar olduğundan, hepsini burada ele almak çalışmamızın kapsamını aşacaktır. Özellikle yatırım tahkiminde dava açma yasaklarını incelerken; aleyhine dava açma yasağı tedbiri verilen tarafın, çoğu zaman egemen bir devlet veya devlete bağlı bir birim olduğu unutulmamalıdır. Yine de tüm bu milletlerarası tahkim uygulamaları göstermektedir ki; hakemler tarafından verilen dava açma yasakları (*arbitral anti-suit injunctions*), aktif bir şekilde ve eskiden beri kullanılmaktadır.

Öğretide bizim de katıldığımız görüş, hakemler tarafından verilen dava açma yasağı tedbirlerini (*arbitral anti-suit injunctions*) tahkim şartı veya sözleşmesinin kötü niyetli ihlaline karşı olumlu ve etkili bir araç olarak kabul ederken³⁸¹;

³⁷⁵ 2 *Iran-U.S. Cl. Trib. Rep.* 51, 57 (1983).

³⁷⁶ “[t]he Government of Iran to move for a stay of the proceedings before the Public Court of Tehran until the proceedings in this case before the Tribunal have been completed.”

³⁷⁷ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case no. ARB/03/24. (Westlaw, 2017)

³⁷⁸ 377 F.3d 1164 (11th Cir. 2004).

³⁷⁹ The International Centre for Dispute Resolution (ICDR), Amerikan Tahkim Birliği (*the American Arbitration Association*) kuruluşunun uluslar arası birimi olarak görev yapmaktadır. https://www.icdr.org/about_icdr (Erişim, 06.02.2018).

³⁸⁰ 584 F.3d 396 (2d Cir. 2009).

³⁸¹ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 237-244; tahkim lehine verilen dava açma yasaklarının uygun araçlar olduklarına dair bkz. John J. Barceló III, “Anti-Foreign-Suit Injunctions to Enforce Arbitration Agreements”, **Cornell Legal Studies Research Paper No. 07-024, 2007**, s.

hakemlerin, “sadece kendi yetkilerine karar vermesi gerektiğini” ileri sürerek bu tür tedbirlerin kesinlikle verilmemesi gerektiğini savunan görüşler de vardır³⁸². Hakemlerce dava açma yasağının verilmemesi gerektiğini savunan görüşe göre; hakemler, “mahkemelerin veya diğer hakemlerin nasıl davranacakları” hususunda karar vermemelidirler³⁸³. Bu görüşe göre “yetki ilan edilen fakat emredilmeyen” bir husus olduğundan; hakemler sadece kendi yetkilerine karar vermeli, tahkim sözleşmesinin ifasına dönük bile olsa başka bir forumu davadan men etmemelidirler. Ayrıca bu görüşe göre; hakemlerin oldukça dikkatli olmaları gerekmektedir zira bu tür bir tedbir vermek, hakemin tarafsızlığına gölge düşürerek en nihayetinde hakem kararının iptaline sebebiyet verebileceğinden “yarardan çok zarar” getirebilecektir³⁸⁴.

Kanımızca bu gerekçelere ve görüşlere, milletlerarası tahkime hâkim ilkeler uyarınca katılmak mümkün değildir. Öncelikle bu görüş; hakemler tarafından verilen dava açma yasaklarının, sanki doğrudan mahkemenin aleyhine verildiği yanılgısına dayanmaktadır. Oysaki tıpkı diğer dava açma yasaklarında olduğu gibi; tahkim şartı veya sözleşmesini ihlal eden kişi de, en nihayetinde bu şartı veya sözleşmeyi kabul etmiş olan gerçek veya tüzel kişi olup yabancı devlet mahkemesi değildir. Dolayısıyla da bir red gerekçesi olarak karşı görüşte yer alan; “hakemlerin mahkemelere nasıl davranacaklarına karar vermesi” gibi bir durum, aslında söz konusu değildir. Elbette tarafa dönük olarak başka mahkemedeki yargılamadan çekinmesine karar vermek, dolaylı olarak bu mahkemenin davayı görmesini de engelleyecektir. Ancak bu dolaylı etki hiçbir suretle, hakem heyetince egemen bir devletin mahkemesine doğrudan müdahalede bulunulduğu şeklinde yorumlanamaz. Çalışmamızda defaatle vurguladığımız üzere; dava açma yasağı tedbirlerinin esas muhatabı, gerek münhasır yetki sözleşmesini gerek tahkim sözleşmesini ihlal eden

17-18; Amerikan hukukunda bu tür tedbirlerin kabul gördüğü konusunda bkz. Bédard, **a.g.e.**, s. 309-313.

Levy, **a.g.e.**, s. 128; ister hakemlerce ister mahkemece verilmiş olsun dava açma yasaklarının istenmeyen (*unattractive*) tedbirler olduğu konusunda bkz. Christopher J. Greenwood, “Anti-Suit Injunctions in International Arbitration: A Public International Lawyer’s Perspective”, **Anti-Suit Injunctions in International Arbitration** (Emmanuel Gaillard ed., Juris Publishing 2005), s. 147-148; dava açma yasaklarına olumlu yaklaşmakla beraber, başka çare olmadığında dikkatle başvurulması gereken “gerekli kötü” (*necessary evil*) şeklinde dava açma yasaklarını nitelendiren görüş için bkz. Vishnevskaya, **a.g.e.**, s. 214; dava açma yasaklarının hangi amaçla verilmiş olursa olsunlar meşru olmadıkları (*illegitimate*) iddiası için bkz. Philippe Fouchard, “Anti-Suit Injunctions in International Arbitration - What Remedies?”, **Anti-suit Injunctions in International Arbitration** (Emmanuel Gaillard ed., Juris Publishing, 2005), s. 153-154.

³⁸³ Levy, **a.g.e.**, s. 128.

³⁸⁴ **Ibid.**, s. 128-129.

davalıdır. Yoksa dava açma yasakları; forumdaki davayı yasaklasalar bile, forum alehine değil forumdaki ihlalde bulunan davacıya karşı verilmektedirler. *E-Systems Inc. v. Iran* davasında³⁸⁵ olduğu gibi; özellikle yatırım uyuşmazlıklarında nadiren de olsa doğrudan devletin hedef alınması³⁸⁶ da, kanımızca bu gerçeği değiştirmemektedir. Zira bu tür yatırım uyuşmazlıklarında devlet; yatırım uyuşmazlığında bir taraf olarak yer aldığından, sonuç itibarıyla dava açma yasağı hakemlerce yine de bir tarafa dönük verilmektedir.

Ayrıca dava açma yasağına davalı gönüllü olarak (*voluntary compliance*) uyduğu takdirde; men edilen yabancı forumun, bu sebepten çoğu zaman haberi bile olmayacaktır. Zira hakem tedbirine uyarak yabancı forumdaki davasından çekilen taraf; bunu usulünce yapsa yeterlidir yoksa yabancı forum, çekilen tarafın “neden çekildiği” veya “devam etmesi gerektiği” yönünde bir araştırma veya telkinde kural olarak bulunmamaktadır. İleri sürülen nihai gerekçe olarak dava açma yasağının, hakemin tarafsızlığına (*impartiality*) gölge düşüreceği vurgulanmıştır. Bilindiği üzere; hakemin bağımsızlığına (*independence*) nazaran, hakemin tarafsızlığı (*impartiality*) subjektif olup ispatı da daha zordur³⁸⁷. Gerek NYS (1958) gerek birçok milletlerarası tahkim kanununda, bu tür red gerekçelerine doğrudan yer verilmemiştir. Bu tür iddiaların kamu düzeni engeli kapsamında da kabul görmesi oldukça zordur zira hakemler, geçerli tahkim sözleşmesini ihlal eden tarafa karşı yaptırım uygulamaktadırlar. Tarafsızlığın ihlali ise daha çok bir tarafa karşı açıkça iyimser, yardımcı davranırken; diğer tarafa karşı sert, ırkçı bir yaklaşım sergilenmesi gibi durumlarda söz konusu olur ki bu tür subjektif bir yaklaşımın tespiti oldukça zor ve nadirdir. Ayrıca *Gazprom* davasında da vurgulandığı üzere; hakem mahkemesi ile devlet mahkemesi arasında eşit olma (*equals*) durumu da söz konusu olmadığından, karşılıklı saygı (*mutual respect*) çerçevesinde hiçbir müdahalede bulunulmaması gerektiği yönündeki gerekçe de kanımızca doğru değildir. Böylece hakemlerce dava

³⁸⁵ 2 *Iran-U.S. Cl. Trib. Rep.* 51, 57 (1983).

³⁸⁶ “[t]he Government of Iran to move for a stay of the proceedings before the Public Court of Tehran until the proceedings in this case before the Tribunal have been completed.”

³⁸⁷ Bağımsızlığa dair salt bir endişenin, kararın tenfizinin engellenmesi konusunda yeterli görülmemesi gerektiği konusunda bkz. Ergin Nomer, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, *MHB* 1984/1, 29-31, s. 30-31 (*Hakem Bağımsızlığı*); detaylı bir çalışma için bkz. H. Akif Karaca, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller”, *MÜHF - HAD*, C. 21, S. 1, 205-236, s. 207 vd.; Yavuz Kaplan, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfizin Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* Cilt 21, Sayı 1-2 (2001), 43-73, s. 43 vd.

açma yasağı tedbiri verilmesinde; aslında tarafsızlığı ihlal değil, tahkimin etkinliğini ve tarafların haklarını korumaya dönük yapılması gerekli olan bir hareket vardır.

Sonuç olarak; ihlalde bulunan veya bulunacak kötü niyetli tarafı, sözleşmesel foruma çekmeyi amaçlayan ve hakemler tarafından bu kötü niyetli tarafa dönük verilen ve de tarafın ihtiyari şekilde uymasını gerektiren dava açma yasakları (*arbitral anti-suit injunctions*) şartları oluştuğunda oldukça yardımcı ve tahkimi etkinleştirici bir işlevi üstleneceğinden kanımızca yerinde ve etkili usuli imkânlar olarak kabul edilmelidir.

b) Tahkimde Dava Açma Yasağı (*Arbitral Anti-arbitration Injunction*)

i. Genel Olarak

Mahkemeler tarafından verilen tahkime gitme yasaklarının; uygulamada birçok hukuk sisteminde, genellikle olumlu karşılanmadığını zira devlet mahkemesinin mümkün olduğu kadar tahkime az müdahale etmek suretiyle tahkime yardımcı bir işlev üstlenmesi gerektiğine yukarıda değinmiş bulunuyoruz. Birden çok tahkim forumunda açılan paralel tahkim davalarında ise; bir hakem heyeti tarafından davalının, diğer bir tahkim forumunda dava açmasını yasaklayan tedbirler (*arbitral anti-arbitration injunctions*) de gerek uygulamada gerek öğretide oldukça ilgi çeken tartışmalı usuli araçlardır. Bu tartışmalı tedbirleri ve uygulamalarını bazı tahkim kararları ışığında incelemeden evvel; tahkim gibi bir özel uyuşmazlık çözüm yönteminde, bu tür paralel tahkim davalarının (*paralel arbitration proceedings*) neden ve nasıl oluştuğuna kısaca göz atmakta yarar görüyoruz.

Geçerli tahkim sözleşmesine rağmen; tarafın özellikle de vatandaşı olduğu ülkede, dava açmak istemesinin sebeplerine çalışmamız boyunca yer yer değindik. Taraf; kendini ülkesinde güvende hissettiği veya tahkime güvenmediği için kendi iradesiyle yetkilendirdiği hakemlerden kaçarak, lehine karar alabileceğine güvendiği kendi ülke mahkemesi başta olmak üzere çeşitli yabancı forumlarda dava açma yoluna gitmektedir. Aslında birden fazla tahkim yerinde paralel davaların açılmasının temelinde de buna benzer şekilde, “tahkim davalarını artırarak davada başarı şansını en yükseğe çekme amacı” (*the multiplication of arbitral proceedings to maximize chances of success*) söz konusudur³⁸⁸. Bu taktik sakıncalıdır zira davalıyı tek forum yerine birden çok hakem heyeti önünde savunma yapmak zorunda

³⁸⁸ Emmanuel Gaillard, “Abuse of Process in International Arbitration”, *ICSID Review*, (2017), pp. 1–21, s. 6. (*Abuse of Process*).

bıraktığı gibi; gecikme, ek masraflar ve uyuşmazlığın bölünmesine de sebebiyet vermektedir³⁸⁹. Öğretide buna ilişkin güzel bir örnek verilmektedir: Alıcı ile satıcı arasındaki sözleşmede; tahkim sözleşmesi öngörülmüş fakat satıcı tarafından, çeşitli sözleşme ihlallerinde bulunulması sebebiyle birçok talep söz konusu olmuştur. Bu durumda davacı alıcı; tahkimi başlatmadan evvel kendi menfaatlerini korumaya almak için, öncelikle hakem heyetini deneyip görmek (*testing waters*) istemektedir. Taraf bunu ilginç bir taktikle; tüm uyuşmazlığı hakem heyeti önüne getirmek yerine, sadece bir kısmını getirmek suretiyle yapmaktadır. Böylece memnun kaldığında; diğer talepleri de usulünce aynı hakem önüne getirmekte, aksi durumda ise şansını artırmak için kalan talepleri başka bir hakem heyeti önüne getirmektedir³⁹⁰. Elbette bu tür bir problem her zaman ortaya çıkmamaktadır ancak uygulamada bu tür problemli durumlara yol açabilecek çeşitli uygulamalar vardır.

Milletlerarası özel hukukta; problemli olmakla beraber, uyuşmazlığın parçalara ayrılması suretiyle uygulanacak hukuk³⁹¹ ya da yetkili forumların³⁹² çeşitlendirilmesi pekâlâ mümkündür. Örneğin satım sözleşmesinin ifasından kaynaklanan uyuşmazlıklar için, Köln mahkemeleri ve Alman hukuku yetkilendirilmişken; aynı sözleşmenin kurulması veya sona erdirilmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için, Türk mahkemeleri yetkilendirilip İngiliz hukukunun uygulanacağı kararlaştırılabilmektedir. Bu tür düzenlemelerin; aynı sözleşmeden çıkan ve çoğu zaman birebir aynı olmazsa da birbirine benzeyen uyuşmazlıkların, farklı forumlarda paralel şekilde devam etmesine sebebiyet vereceği açıktır. Aynı serbestinin doğal olarak milletlerarası tahkimde de olması ve tarafların bu tür düzenlemelere yer vermiş olmaları, paralel tahkim yargılamalarını tetiklemektedir. Örneğin öğretide analiz edilen bir güncel davada; alıcı ile satıcı arasında birbirine alternatif olmak üzere ilk olarak satıcının ülkesi ikinci olarak da satıcının ülkesi alternatif tahkim yerleri olarak öngörülmüş, her bir tahkim yeri için ise uyuşmazlık konu kategorileri de açıkça önceden belirlenmemiştir³⁹³. Bu tür esnek düzenlemeler; sözleşme yapılırken taraflara cazip gelmekle beraber, uyuşmazlık halinde ciddi sorunlara yol

³⁸⁹ **Ibid.**, s. 6-7.

³⁹⁰ **Ibid.**, s. 7.

³⁹¹ Tekinalp/Uyanık, **a.g.e.**, s. 279; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 370-371; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 267.

³⁹² Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 93 dn. 94; “belirli olmaları” koşuluyla tarafların birden çok devlet mahkemesini MÖHUK madde 47 uyarınca seçebilecekleri hakkında bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 491.

³⁹³ Gaillard, *Abuse of Process*, s. 7.

açabilmektedir³⁹⁴. Nitekim tahkimde dava açmak isteyen alıcı; uyuşmazlığın çok az bir kısmını satıcının ülkesindeki tahkim heyetine götürmüş, hemen akabinde uyuşmazlığın esaslı kısmını kendi ülkesindeki hakem heyetine götürmüştür. Ancak burada hakemlerin birbirini tahkim davasını görmekten men edebileceği bir durum yoktur zira her iki dava da bizzat tarafların kendi ortak iradelerinden doğmuş “tahkim sözleşmesine dayalı meşru bir taktik” (*legitimate manipulation of the parties’ arbitration agreement*) olarak anlaşılmıştır³⁹⁵. Bu konuda verilebilecek bir diğer örnek de şu olabilir: A ile B aralarında yaptıkları anlaşmada A davayı açarsa A ülkesinde ICC Tahkim Kuralları’na göre; B davayı açarsa B ülkesinde LCIA Tahkim Kuralları’na göre tahkim davası açılacağını kararlaştırmış olabilirler. Bu tür bir durumda; A tahkim davasını başlatsa bile, B’nin de başka bir iddia ile veya aynı iddia ile kendi ülkesinde tahkime gitmesini engelleyecek bir husus yoktur. Belirttiğimiz gibi bu tür alternatif ve esnek düzenlemeler; sözleşme yapılırken taraflara cazip geliyor olsa da uyuşmazlık çıktığında, ciddi sorunlara ve paralel davalar ile çelişen hükümlere yol açabilmektedirler. Dikkat edilirse bu tür düzenlemeler, A ile B’nin tüm uyuşmazlıklarda sadece Londra’da ICC Tahkimi’ne başvurabilecekleri şeklindeki tek forumlu yalın düzenlemelerden oldukça farklıdır.

Benzer sorunlu düzenlemelere yatırım tahkiminde de rastlamamız mümkündür. Örneğin A ülkesinde yatırım yapan fakat B ülkesinde kurulu X şirketi, bu yatırımını C ülkesinde kurulu Y alt şirketi aracılığıyla yapabilir. Uyuşmazlık halinde X şirketi, ana şirket sıfatıyla A ile B arasındaki ikili yatırım anlaşmasına (*bilateral investment treaty*, “BIT”) göre ICSID tahkimini başlatırken; Y şirketi ise, A ile C arasındaki BIT’ye göre yine ICSID bünyesinde farklı bir hakem heyeti önüne uyuşmazlığı getirebilir. Yatırım tahkiminde; bu tür durumlar, genellikle *forum shopping* imkânının çok olmasından kaynaklanmaktadır³⁹⁶. Bu durum da olağan ve meşru olup, doğrudan yatırımların korunmasını amaçlayan ICSID Konvansiyonu hükümlerinden doğmaktadır. Bu örneklerde; gerçek manada paralel davalardan yani paralel tahkim davalarından bahsetmek kanımızca imkânsızdır zira uyuşmazlık bölündüğünden, sözleşme ve taraflar aynı bile olsa ortada “aynı uyuşmazlık” olmadığından engellenmesi gereken bir paralel tahkim davası da yoktur. ICSID örneğimizde ise konu aynı olmakla beraber; taraflardan biri alt şirket olsa bile, farklı

³⁹⁴ Lew / Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s. 165-167.

³⁹⁵ CRCICA Case No 896/2013, Partial Award (7 August 2015); CRCICA Case No 899/2013, Partial Award (7 August 2015); Gaillard, *Abuse of Process*, s. 7.

³⁹⁶ Bernardo M. Cremades/Ignacio Madalena, “Parallel Proceedings in International Arbitration”, **Arbitration International**, Vol. 24, No. 4, LCIA, 2008, pp. 507-540, s. 515.

bir taraf olarak farklı talepleri pekâlâ ileri sürebilecektir. Dolayısıyla paralel tahkim yargılaması endişesi bu tür davalarda ileri sürülse bile, güçlü bir iddia olamayacaktır. Zira bu tür durumlar; sözleşme ya da tahkim düzenlemesinden kaynaklı, meşru taktikler olarak anlaşılabacaktır.

Hakemlerce tahkimde dava açma yasağı tedbiri (*arbitral anti-arbitration injunctions*) verilmesini de tetikleyebilecek asıl problem ise; tek bir tahkim forumu kararlaştırılmış olmasına rağmen, taraflardan birinin aynı uyuşmazlığı başka bir hakem heyetine götürmesi durumunda karşımıza çıkmaktadır. Burada “ne de olsa tek tahkim yeri olduğundan, farklı hakem heyetine zaten gidilemeyeceği” şeklinde bir mantık akla gelebilir ise de; uygulamada taraflar, bazı taktiklerle aynı davayı bir şekilde başka hakem heyeti önüne de getirebilmektedirler. Bu tür taktikler, özellikle de davalı için yıpratıcı olabilmektedir. Zira mantıken örneğin X,Y,Z gibi üç ayrı hakem heyeti önünde devam etmekte olan paralel tahkim davalarında; davacının bir tahkimi kazanması aslında kendisi için yeterli olabilecekken, davalının her üç tahkimi de kazanması neredeyse bir zorunluluktur³⁹⁷. Dikkat edilirse diğer dava açma yasaklarının aksine, bu kez taraf veya taraflar tahkimden kaçmamakta; ancak taraflar birden çok tahkim yerinde dava açabilmektedir. Normal şartlarda ise davacı, X hakem heyeti önünde dava açarken; davalı, Y hakem heyeti önünde dava açmaktadır. Bu tür davalarda uyuşmazlık konusu aynı olabileceği gibi, büyük ölçüde benzer de olabilir.

Bu tür kötü niyetli yaklaşımları engellemek için *lis alibi pendens*³⁹⁸, davaların birleştirilmesi, hakkın kötüye kullanılması gibi çeşitli çözümler önerilmiştir³⁹⁹. Yukarıda bazılarını ele aldığımız bu önlemlerin; uygulamada işleyip işlemediğine, kısaca değinmekte yarar görüyoruz. Öncelikle *lis alibi pendens* kuralının; milletlerarası tahkimde bu tür problemler için uygulanması zordur zira *lis alibi pendens* kuralı, yukarıda da ele alındığı üzere birden çok yetkili mahkeme arasında çelişen kararların engellenmesi amacına hizmet eder. Oysaki en nihayetinde tahkim sözleşmesi; aksi öngörülmedikçe tek bir tahkim yerini belirlediğinden, *lis alibi pendens* kuralına yer olmayacaktır. Çoğu zaman uyuşmazlığın bölünerek farklı hakemler önüne getirildiği de nazara alındığında, bu kuralın yetersizliği daha net anlaşılmaktadır. Örneğin; UNCITRAL Tahkim Kuralları’na tabi bir ICSID

³⁹⁷ Bu tür durumlarda davacının; 3 hakemden, mantıken sadece 2 tanesini ikna etmesinin yeterli olacağını bildiren analiz için bkz. Gaillard, *Abuse of Process*, s. 9.

³⁹⁸ Cremades/ Madalena, *a.g.e.*, s. 509-515; ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda “Yabancı Derdestlik”.

³⁹⁹ Gaillard, *Abuse of Process*, s. 11 vd.

davasında, bu kural reddedilmiştir⁴⁰⁰. Öğretide; her ne kadar farklı hakem heyeti önündeki davaların birleştirilmesi yönündeki çözüme iyimser yaklaşılmakta ise de, bu çözümün de etkili şekilde uygulanamadığı belirtilmektedir⁴⁰¹. Gerçekten de bu tür bir birleştirme yaklaşımı kabul edilirse bile kanımızca çözümün kendisi başka sorunları beraberinde getirecektir zira bu kez, tarafların kabulü veya hangi hakem heyeti önünde davanın birleştirileceği gibi muğlâk sorunlar oluşacaktır. Yine de milletlerarası bazı tahkim kurallarında bu çözüm yöntemine yer verilmiştir⁴⁰².

Son olarak kanımızca da en etkili çözüm olarak daha esnek bir çözüm sunan ve Türk hukuku⁴⁰³ dâhil birçok ülkede düzenlenmiş olan hakkın kötüye kullanılması (*abuse of rights and process*) yasağı ilkesini kabul etmek yerinde olacaktır⁴⁰⁴. Hakem heyetince verilen tahkimde dava açma yasakları (*arbitral anti-arbitration injunctions*) da aslında bu temel ilke kapsamında incelenmelidir. Zira aşağıda bazı kararlar ışığında inceleyeceğimiz üzere; bu tür tedbirlerle önlenmek istenen taraf, geçerli bir tahkim sözleşmesinden kaynaklanan tahkimde dava açma hakkını kullanmak isteyen kişi değildir. Asıl hedeflenen; bu hakkını asıl tahkim yerinde kullanmayan ya da başka taktiklerle diğer bir tahkim heyeti önünde kullanmak isteyen kötü niyetli tarafın engellenerek asıl tahkim forumuna çekilmesini sağlamaktır. Elbette asıl problem; birden çok tahkim forumu arasında, gerçek tahkim yerinin neresi olduğunun tespiti noktasında çıkmaktadır.

Bu noktada önemle belirtelim ki çoğu dava açma yasaklarının aksine; bu tür tedbirler, doğrudan başka bir hakem heyetine karşı da verilebilmektedir. Yukarıda

⁴⁰⁰ *CME Czech Republic BV v The Czech Republic*, Partial Award (13 September 2001) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0178.pdf> (Erişim, 16.09.2017); *Ronald S Lauder v The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award (3 September 2001) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf> (Erişim, 16.09.2017).

⁴⁰¹ Gaillard, *Abuse of Process*, s. 16.

⁴⁰² ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 10, tahkim davalarının birleştirilmesini düzenlemektedir:

Article 10: Consolidation of Arbitrations

The Court may, at the request of a party, consolidate two or more arbitrations pending under the Rules into a single arbitration, where:

a) the parties have agreed to consolidation; or

b) all of the claims in the arbitrations are made under the same arbitration agreement; or

c) where the claims in the arbitrations are made under more than one arbitration agreement, the arbitrations are between the same parties, the disputes in the arbitrations arise in connection with the same legal relationship, and the Court finds the arbitration agreements to be compatible.

In deciding whether to consolidate, the Court may take into account any circumstances it considers to be relevant, including whether one or more arbitrators have been confirmed or appointed in more than one of the arbitrations and, if so, whether the same or different persons have been confirmed or appointed.

When arbitrations are consolidated, they shall be consolidated into the arbitration that commenced first, unless otherwise agreed by all parties.

⁴⁰³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 2.

⁴⁰⁴ Gaillard, *Abuse of Process*, s. 16-20.

vurguladığımız üzere; devlet mahkemeleri tarafından ister tarafa ister doğrudan hakemlere yöneltilmek suretiyle verilen tahkimde dava açma yasakları, birçok ülke hukukunda kabul görmeyip yasaklanmaktadır. Yine de; doğrudan hakemlere karşı verilebilme özelliğinden dolayı dava açma yasağına nazaran, tahkimde dava açma yasakları “daha tehlikeli” olarak kabul edilmektedir⁴⁰⁵. Kanımızca bu görüş yerindedir zira mahkemeler; zaten dava açma yasaklarını, birbirine karşı vermekten ve böyle anlaşılmaktan hassasiyetle kaçınmaktadırlar. Mahkemeler ayrıca *kompetenz-kompetenz* kuralı gereği; hakem heyetinin yetkisine müdahale etmekten çoğunlukla kaçınırken, bir hakem heyetininin bu prensibi bir başka hakem veya hakem heyeti aleyhine ihlal etmesi ilginç ve ironik bir uygulama olacaktır. Yine de bazı şartlar dâhilinde kötü niyetli tahkim davalarını engellemek amacıyla kanımızca bu istisnai ve daha çok risk barındıran araçlara başvurulmasına da engel olunmamalıdır.

ii. Bazı Paralel Tahkim Davalarının Değerlendirilmesi

Yukarıda da vurgulandığı üzere; tahkime hâkim olan gizlilik ilkesi (*confidentiality*) hakem heyeti ile başka bir hakem heyeti arasında verilen bu tür tedbir kararlarına erişmemizi güçleştirmektedir. Ancak yine de uygulamada bilinen veya doktrinde tartışılmış bazı kararlardan yola çıkarak, hakem heyetince verilen tahkimde dava açma yasakları (*arbitral anti-arbitration injunctions*) hakkında fikir sahibi olmamız mümkündür.

İsviçre’deki *Arthur Andersen* davasında iki ayrı sözleşmedeki iki ayrı tahkim şartından dolayı; *Andersen Consulting* şirketi üyeleri, *Arthur Andersen* ana şirketlerine karşı tahkim yeri İsviçre olmak üzere ICC tahkimini başlatmıştır. Diğer yandan *Arthur Andersen* şirketlerinden biri de; *Andersen Consulting* şirketine karşı, yine tahkim yeri İsviçre olmak üzere *ad hoc* tahkimi başlatmıştır. İkinci tahkim davasında; *Andersen Consulting* şirketi, hâlihazırdaki tahkim yargılamasından dolayı hakem ataması yapmayınca Cenevre mahkemesinden yardım istenmiştir. Ancak davalı taraf; ilk hakem yargılamasını gerekçe göstererek, paralel *ad hoc* tahkim davasının engellenmesini istemiştir. Her ne kadar ilk hakem heyeti; henüz oluşmamış hakem heyetine karşı dava açma yasağı tedbiri vermemiş ise de, bu dava paralel tahkim davalarını göstermesi bakımından kanımızca dikkate değerdir. İsviçre Yüksek

⁴⁰⁵ Greenwood, *a.g.e.*, s. 147; Vishnevskaya, *a.g.e.*, s. 192; hem tarafa hem hakemlere karşı verilebilen bu tedbirlerin ancak açıkça “kötü niyetli” başlatılan tahkim yargılamalarına karşı verilmesi gerektiği konusunda bkz. Lew, *Court Involvement*, s. 499.

Mahkemesi; temyiz yoluyla önüne gelen uyuşmazlıkta, ilk hakem heyetini yetkili gören kararı onaylayarak tartışmayı sonlandırmıştır⁴⁰⁶.

Türk hukukunu ilgilendiren bazı uyuşmazlıklarda da paralel tahkim davalarına rastlamaktayız. Örneğin ICC Tahkim Kuralları'na göre tahkim yeri olan Zürih'te görülen yayımlanmamış bir tahkim davasında verilen 6 Şubat 2017 tarihli karar⁴⁰⁷, bu konuda yol göstericidir. Bu tahkim davasındaki uyuşmazlık, beyaz eşya piyasasında faaliyet gösteren davacı Türk şirketler grubu ile davalılar statüsündeki ev eşyaları üreticisi olan bir Alman şirket ve bir Alman bankası arasında doğmuştur. Uyuşmazlıkların tahkime götürüleceği kararlaştırılmış olmakla beraber; her iki Alman şirketle ayrı şekilde birer Hisse Alım Sözleşmesi (*Share Purchase Agreement*) yapıldığından, iki ayrı tahkim sözleşmesi yapılmıştır. Alman Bankası ile yapılan sözleşmedeki tahkim şartı; Paris ICC Tahkim Kuralları'na göre üç hakem tarafından İngilizce dilinde Zürih'te tahkimin yapılması şeklindedir. Ayrıca sözleşmenin Türk hukukuna tabi olacağı da kararlaştırılmıştır. Alman banka; ikinci sözleşmeye taraf olmamakla beraber, Alman beyaz eşya üreticisi firma ile yapılan ikinci sözleşmede de aynı tahkim şartı yer almış ve Türk hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. İlk sözleşmeden kaynaklanan tahkim davasında; davacılar bir Türk hukuku profesörünü hakem olarak atamışlarsa da profesör yaptığı açıklamada, aynı Alman üretici şirketin ve Türk şirketlerinin taraf olduğu başka bir ICC tahkiminde hakemlik yaptığını bildirmiştir. İkinci sözleşmeden kaynaklanan bu paralel tahkim davası⁴⁰⁸ (*paralel arbitraion*) ICC Tahkim Mahkemesi önüne gelmişse de; mahkeme 2014 yılında yaptığı yargılamada, davacıların tahkim yargılamalarının birleştirilmesi yönündeki taleplerini reddetmiş ve taraf menfaatleri gereği yeni hakem belirlemelerini istemiştir. Davacılar; gerekli usulleri yerine getirerek ve yeni hakem atayarak, ikinci tahkim yargılamasını da başlatmışlardır.

Alman üretici şirket; daha eski olan paralel tahkim davasından lehine karar çıktığını ve böylece davacıların artık davaya devam etmemesi gerektiğini belirterek, 27 Mayıs 2015 tarihli kısmi kararı (*partial award*) sunmuştur. Davacılar ise 23 Haziran 2015 tarihinde verdikleri beyanda bu kararın; *res judicata* etkisi olmadığından, dikkate alınmaksızın mevcut tahkim duruşmasına devam edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Önemle belirtelim ki bu kısmi kararda davacının birçok

⁴⁰⁶ Emil Brengesjö, "The Pursuit of Solutions to *Lis Alibi Pendens* in International Commercial Arbitration", *Int. A.L.R.* 2014, 17(2), 43-57, s. 53-54.

⁴⁰⁷ ICC Arbitration Case No: 19768/GFG/ZF.

⁴⁰⁸ ICC Arbitration Case No: 19755/GFG/ZF.

talebi reddedilmiştir ancak ikinci tahkim yargılamasının sonlandırılmasına dair bir karar (*anti-arbitration injunction*) da açıkça yer almamıştır. Bu talep doğrudan her iki davalıdan gelmiş ve tahkim davasının sonlandırılması istenmiştir. Hakem heyeti ise 11 Ağustos 2015 tarihinde bir usuli karar vererek (*procedural order no.3*) kısmi kararın *res judicata* etkisi olmadığından ve kendi davaları üzerinde etkili olamayacağını vurgulayarak, davalıların ikinci tahkimi sonlandırma taleplerini reddetmiştir. 4 Temmuz 2016 tarihinde ise davalı Alman şirket, söz konusu kısmi kararın İsviçre Federal Mahkemesi tarafından onaylandığını bildirmiştir. Her ne kadar hakem heyeti kısmi kararı dikkate alarak tahkimi sonlandırmamış ise de; bu kısmi kararın, “davacının iddialarına dair ciddi endişelere yol açtığını” belirtmeyi de ihmal etmemiştir. Hakem heyeti, paralel tahkim davası kısmi kararını bir kanıt olarak (*item of evidence*) olarak kabul edeceğini ancak diğer tahkim davasından çıkan sonuçlarla bağlı tutulamayacağına karar vermiş ve tahkime devam etmiştir. 6 Şubat 2017 tarihli nihai kararında ise hakem heyeti, paralel tahkim davasında ulaşılan benzer bir sonuca ulaşmış ve davacıların taleplerini reddederek davacıların her iki davalıya da tazminat ödemesine karar vermiştir. Kanımızca bu dava, dava açma yasağı tedbiri olsun veya olmasın, büyük ölçüde benzer uyuşmazlıkları gören paralel tahkim davalarında hakem(ler)-hakem(ler) arasındaki ilişkileri ve kararların birbirine etkisini incelemesi bakımından oldukça önemli bir güncel bir karardır. En azından her iki kararın netice itibarıyla şans eseri büyük ölçüde örtüşmesi, paralel tahkim davalarının istenmeyen sonucu olan çelişen kararların oluşmasını da engellemiştir.

Taraflar bazen bazı taktiklerle normalde başka bir tahkime konu olması gereken uyuşmazlığı; yatırımcı lehine daha çok koruma getiren BIT kapsamına alarak, ICSID tahkimine götürebilmektedirler. Bu hareket kanımızca, milletlerarası özel hukukta genellikle iyi karşılanmayan bağlama noktasının değiştirilmesi suretiyle uygulanacak hukukun değiştirilmesi haline benzemektedir⁴⁰⁹. Bu tür kötü niyetli taktiklerde; normalde davayı görmesi gereken hakem heyeti tarafından, ICSID tahkimi aleyhine tahkim yasağı kararı verilebilir. Uygulamadaki örneklerle baktığımızda ise çoğunlukla buna gerek kalmamaktadır zira bu taktiği fark eden ICSID hakem heyeti, madde 25'teki tüm yetki şartları mevcut olmasına rağmen davayı görme yetkisinin olmadığına hükmedebilmektedir. Örneğin *Rene'e Rose*

⁴⁰⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 90-104; Tekinalp/Uyanık, **a.g.e.**, s. 41-42; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 89-91.

Levy and Gremcitel SA v Republic of Peru davasında⁴¹⁰; Peru hükümetinin *Gremcitel* adlı aile şirketinin yatırımına zarar verecek düzenlemeyi yürürlüğe koymasından tam bir ay evvel aile şirketi sahipleri, hisselerin çoğunluğunu ailenin Fransız vatandaşı tek üyesi olan *Rene'e Rose Levy*'e devretmiştir. Böylece Peru'ya karşı; Peru – Fransa arasındaki BIT'ye dayanabilen *Rene'e Rose Levy*, ICSID tahkimi davası açmıştır. Aslında vatandaşlık, yatırım gibi ICSID Konvansiyonu madde 25'te aranan tüm yetki şartları mevcut olmasına rağmen; ICSID hakem heyeti, bu “ani hisse devrini” hakkın kötüye kullanılması olarak kabul ederek yetkisizliğine karar vermiştir.

Sonuç olarak; devlet mahkemelerince kullanılmasına genellikle sıcak bakılmayan tahkimde dava açma yasaklarının, milletlerarası tahkimde hakemler tarafından da kullanılmasına uygulamada pek rastlanılmamaktadır. Ancak yukarıda ele alındığı üzere; paralel davalara sadece mahkeme-mahkeme ya da mahkeme-tahkim arasında değil, aynı zamanda iki farklı tahkim arasında da rastlanabilmektedir⁴¹¹. Örneğin; *ICC Case 12510* davasında hakem heyeti, 2004 yılında verdiği Prosedürel Emir ile diğer tahkim davası olan *12125/JNK* davasında da aynı uyuşmazlık ve taraflar olduğu gerekçesiyle, tahkim yargılamasının durdurulması gerektiği talebini ele almıştır. Hakem heyeti, bu önemli kararında, “ilk hakem heyeti yetkisine karar verinceye dek” tahkim yargılamasının durdurulmasına karar vermiştir.

Bu uygulamalar nazara alındığında; kötü niyetli açılan başka tahkim yargılamalarının menedilmesi için istisnai de olsa asıl tahkim yerindeki hakem heyetinin bu kötü niyetli tahkime dönük olarak taraf aleyhine tahkime gitme yasağı tedbiri (*arbitral anti-arbitration injunctions*) vermesine bir engel de yoktur. Ancak hakemlerin kendi yetkilerini belirlerken sıklıkla vurguladıkları ve birçok ulusal tahkim düzenlemesiyle artık yasallaşmış olan *kompetenz-kompetenz* kuralı gereği, diğer hakem heyetinin de bu kurala göre kendi yetkisini belirleyebileceği hususunu dikkate alması gerekir. Nitekim yukarıda belirtilen ve Türk tarafın da yer aldığı

⁴¹⁰ ICSID Case No ARB/11/17. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4105.pdf> (Erişim, 17.09.2017); ayrıca bkz. Gaillard, *Abuse of Process*, s. 19-20.

⁴¹¹ *CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic*, Final Award, March 14, 2003; *Arthur Andersen Business Unit Member Firms v. Andersen Consulting Business Unit Member Firms*, Swiss Federal Tribunal, 8 December 1999, [2000] ASA Bulletin 546.

Ayrıca ICC Case 12510 davasında Prosedürel Emir ile 2004 yılında, diğer tahkim davası olan *12125/JNK* davasında da aynı uyuşmazlık ve taraflar olduğu gerekçesiyle, mevcut tahkim yargılamasının durdurulması gerektiği tartışılmıştır. Hakem heyeti, “ilk hakem heyeti yetkisine karar verinceye dek” tahkim yargılamasının durdurulmasına karar vermiştir. Bkz. http://library.iccwbo.org/content/dr/PROCEDURAL_DECISIONS/PO_0017.htm?AUTH=7677fd17-4350-&Timeframe=null (Erişim, 07.02.2018).

paralel tahkim davasında hakem heyeti; diğer hakem heyetinin kararının bağlayıcılığını kabul etmeyerek, kendi yetkisini takdir etmiş ve ilk tahkim heyeti de tahkim yasağı tedbiri vermekten imtina etmiştir. Yine de *Rene'e Rose Levy and Gremcitel SA v Republic of Peru* davasında olduğu gibi kötü niyetle yaklaşılacak hakem heyetinin; bu problemi fark ederek, her zaman yetkisizlik kararı vermesi de beklenmemelidir. Devleti de ilgilendiren büyük çaplı yatırım tahkimlerinde asıl hakem heyeti tanınmayarak; özellikle de ev sahibi devletin, kendi mahkemelerinde veya kendi sınırlarındaki ayrı bir hakem heyeti kurularak tahkim sürecini engelleyici kararlar alınabileceği de unutulmamalıdır. Kanımızca işte bu tür kötü niyetli tahkim yargılamalarını engellemek için, sözleşmede kararlaştırılan hakem veya hakemlerce tahkimde dava açma yasağı tedbirleri (*arbitral anti-arbitration injunctions*) istisnai olarak hassasiyetle uygulanabilmelidir.

III. Milletlerarası Tahkim Hukukunda Dava Açma Yasakları

A. Hakemler Tarafından Verilen Dava Açma Yasaklarına (*Arbitral Anti-suit Injunctions*) Dair Milletlerarası Hukuki Düzenlemeler

1. Genel Olarak

Yukarıdaki kısımlarda, milletlerarası tahkimde sıklıkla kullanılmakta olan dava açma yasaklarının ortaya çıkışı, niteliği, faydaları, yorumlanması ve türleri başta olmak üzere birçok yönüne değinmiş bulunuyoruz. Bu noktada önemle belirtelim ki yukarıda türleri incelerken yaptığımızın aksine; artık çalışmamızın bu kısımlarında dava açma yasakları (*anti-suit injunctions*) ile tahkimde dava açma yasaklarını (*anti-arbitration injunctions*) birbirinden ayırmadan, aksini belirtmediğimiz sürece dava açma yasağı kavramını (*anti-suit injunctions*) tahkim yasakları dâhil tüm türleri içerecek şekilde kullanacağız. Hakem heyeti ile hakem heyeti arasındaki istisnai müdahaleleri yukarıda ele aldığımızdan; bu başlıkta daha çok, geçerli tahkim şartı veya sözleşmesine rağmen yabancı mahkemede dava açan tarafa karşı verilen dava açma yasaklarına (*arbitral anti-suit injunctions*) dair hakem yetkisinin dayanağını araştıracağız.

Yukarıda hakem kararlarını incelerken, dava açma yasağına dair bazı milletlerarası tahkim düzenlemelerine kısaca değinmiş bulunuyoruz. Ancak hakemlerce dava açma yasağı tedbirinin verilmesine dair yasal dayanakların tespiti oldukça önemli olup, bu konu ayrı bir değerlendirmeyi hak etmektedir. Zira mahkemelerin *lex foris*inin aksine, *lex forisi* olmayan hakemlere bu tür yetkileri

veren düzenlemelere bakmamız gerekmektedir. Bu nedenle milletlerarası tahkim düzenlemelerini aşağıda incelerken öncelikle kurumsal tahkim düzenlemelerine, sonrasında da *ad hoc* tahkimi ile konumuzla alakalı milletlerarası sözleşmelerdeki düzenlemelere değineceğiz. Böylece hakemler tarafından dava açma yasağı tedbirinin verilmesinin yasal dayanaklarını anlamaya çalışacağız.

Önemle belirtelim ki yer yer ulusal tahkim kanunları ile ülkelerin medeni usul ile milletlerarası özel hukuk kanunlarına da değinmekle beraber, bu tür geniş düzenlemeleri başka bir doktriner çalışmaya bırakmayı uygun görüyoruz. Zira dava açma yasakları; en nihayetinde usule ilişkin olup, devlet mahkemesi de usul hukukunu kural olarak kendi *lex foris*ine tabi tuttuğundan bu türden detaylı bir analiz çalışmamızın kapsamını oldukça aşacaktır. Ancak ilgili olduğu ölçüde; ülkelerin tahkime dair ulusal düzenlemelerine de yer verilecek ve Türk hukuku ise aşağıda İkinci Bölüm’de detaylıca ele alınacaktır. Elbette hakemlerin dava açma yasağı tedbirleri vermesi şeklinde genel bir yetki olmadığından, hakemlerin geçici hukuki korumalara hükmedebilmelerinden yola çıkarak meseleyi irdelemek daha sağlıklı olacaktır. Aşağıda hakemlerin genel olarak geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedebilmesinin yasal dayanaklarından yola çıkarak, dava açma yasağı tedbir kararı verme yetkisinin de dayanaklarını ele alacağız.

2. Hakemlerin Geçici Hukuki Koruma Yetkisine Dair Düzenlemeler

a) Genel Olarak

Milletlerarası tahkim, günümüzde sıklıkla kullanılmakta olan bir çözüm metodudur. Bu uyuşmazlık çözüm metodunda; devletin yargı erkine dayanarak karar verebilen hâkimler yerine, davacı ile davalı arasındaki tahkim sözleşmesinden yetkisini alan hakem adlı özel kişi veya kişiler bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile yasama ve yürütmeye ek bir üçüncü erk olarak karşımıza çıkan yargı erki ile anayasa, hâkimlerin yetkisinin dayanağını oluşturmaktadır. Oysaki devlet mahkemelerinde görev yapmakta olan devlet memuru statüsündeki hâkimlerin aksine, özel kişi statüsündeki hakemler devleti temsil etmezler⁴¹².

Bu gerekçelerle şu sonuca ulaşmak mümkündür: Hakemler verdikleri kararları, bir devletin yargı erki adına vermezler. Hakemler yetkilerini, sadece taraflar arasında kendilerine mevcut veya olabilecek muhtemel uyuşmazlıkları çözme konusunda geniş yetki tanıyan geçerli ve mevcut bir tahkim anlaşmasından alabilmektedirler. Bu

⁴¹² Levy, **a.g.e.**, s. 115; ayrıca bkz. Özel, **a.g.e.**, s. 17-18.

nedenle hakemlerin geçici hukuki korumalara karar verme ve özellikle de dava yasağı tedbirleri verme yetkilerini incelerken, mahkemelerin yetkilerine nazaran daha dikkatli olmamız gerekir. Devlet mahkemelerinin ve hâkimlerin yargı yetkisinin sınırları kanuni düzenlemelerle açıkça belirtilmişken; aksine sözleşme yoksa hakemlerin bir özel sözleşme olan tahkim sözleşmesine dayanarak elde ettikleri geniş ve esnek yargılama yetkisinin kapsamını ve sınırlarını belirlemek zor olduğu gibi, bu sınırlar çizilirken milletlerarası tahkimdeki gereklilik ile güncel gelişmeleri de dikkate almak gerekecektir.

Mevcut sorunu bir örnekle betimlemeye çalışalım: Türk şirket A ile İngiliz şirket B; 2016 yılında muhtemel tüm ticari uyuşmazlıkların tahkim oluyla, ICC Tahkim Kuralları uygulanarak Paris'te çözümleneceği konusunda anlaşmış olsun. Tahkim sözleşmesi kapsamında olduğu açık olan bir ticari uyuşmazlık çıktığında, tahkim sözleşmesini ihlal ederek A'nın kendini daha güvende hissettiği Türkiye'de ve ayrıca B'nin mallarının bulunduğu İsviçre devlet mahkemelerinde dava açtığını varsayalım. Fakat uyuşmazlık ortaya çıkar çıkmaz B'nin de yapılan tahkim sözleşmesine sadık kalarak, Paris'te ICC kuralları uyarınca tahkimi usulünce başlattığını düşünelim. Uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı gibi; bu örnek olayda da görüldüğü üzere, bir taraf daha önce yapılan tahkim sözleşmesine aykırı bir davranış sergilemekte ve böylece aynı uyuşmazlık konusunda paralel bir yargılama (*parallel proceeding*) faaliyeti başlatmaktadır. Doktrinde kanımızca da haklı şekilde belirtildiği üzere yöntemi ne olursa olsun; tahkim sözleşmesi kapsamında olan bir uyuşmazlıkta bu tür davranışların hepsinin ortak amacının aslında, “tahkim sözleşmesi kapsamındaki uyuşmazlığı devlet mahkemesine götürmek suretiyle tahkimi bertaraf etmek veya etkisizleştirmek (*terminate or disrupt*) olduğu” söylenebilir⁴¹³.

Tahkim sözleşmesine uymayan veya uymak istemeyen tarafın (*recalcitrant party*) bu tür uyumsuz davranışları (*disruptive attempts*), milletlerarası tahkimde göz ardı edilmeksizin tartışılması gereken pek çok hukuki sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu kısımda ele alınacak olan hukuki sorunlardan bazıları şunlardır: Hakemler dava yasağı kararlarını verebilirler mi ya da vermeli midirler? Hakemlerce verilen dava açma yasaklarının hukuki dayanağı nedir? Gerek kurumsal tahkim gerek milletlerarası sözleşmelerde dava açma yasağının dayanağını bulmak mümkün müdür? Hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetme yetkisi, dava açma

⁴¹³ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 236.

yaşağı tedbirlerini de içerecek şekilde yorumlanabilir mi? Hakemlerin yetkisini tespit ettikten sonra ise çalışmamızın devamında, hakemlerin yetkisinin bir uzantısı olarak beliren diğer önemli problemlere de değineceğiz. Hakem heyetinin; verdiği tedbire ve özellikle de dava yaşağına uymadığı hallerde, tarafa ceza veya başkaca yaptırım uygulama yetkisi de var mıdır? Tarafın dava açma yasaklarına uymasını sağlamak için milletlerarası tahkimde ne tür yöntemler kullanılmaktadır? Hakemlerin verdikleri dava açma yasaklarına taraf, neden uymakta veya uymamaktadır?

Tüm bu belirtilen hukuki sorunlar; tahkimin yaygın şekilde uluslararası alanda kullanımına bağlı olarak beliren ve sadece *Common Law* değil, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de hararetle tartışılan problemlerdir. Bu sorunları aşağıda analiz ederken; kanımızca dava açma yasakları da geçici hukuki korumaların bir alt türü olduğundan, hakemlerin dava açma yaşağı tedbir kararı verme yetkisini genel olarak hakemlerin geçici hukuki korumalara hükmetme yetkisi ile beraber ele alacağız. Yoksa dava açma yaşağı ayrıca açıkça düzenlenmediğinden; her iki konunun ayrı incelenmesi, gereksiz tekrarlara yol açabilecektir. Bu nedenle aşağıda çeşitli düzenlemeleri ele alırken; ilgili hükümleri öncelikle geçici hukuki koruma tedbirleri yetkisi bakımından ele alacak, sonrasında da bu hükmün ve uygulamasının dava açma yasakları için ne anlam ifade ettiğine bakacağız.

b) Milletlerarası Düzenlemeler

i. Genel Olarak

Hakemlerin geçici hukuki korumalara hükmetme yetkisi, birçok tahkim düzenlemesinde tanınmaktadır⁴¹⁴. Ancak belirtmek gerekir ki; hakemlerin tedbir kararı verebilme yetkisi ile ne tür tedbirlerin verilebileceği, iki ayrı sorun olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹⁵. Kanımızca dava açma yasakları “ne tür tedbirler verilebileceği” sorunu ile ilişkili olduğu kadar, geçici hukuki koruma tedbirlerinin (*interim measures*) bir alt kategorisi olması nedeniyle de aynı zamanda “hakemlerce tedbir verilebilmesi imkânı” ile de yakından ilgilidir.

⁴¹⁴ Levy, **a.g.e.**, s. 121. Örneğin ISTAC Tahkim Kuralları madde 31; ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 28; UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010) madde 26; UNCITRAL Model Kanunu (2006) Bölüm IV madde 17 vd.; İngiliz Tahkim Kanunu madde 39; Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961) madde VI/f.4; ICSID Konvansiyonu madde 47; İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 183; LCIA Tahkim Kuralları (2014) madde 25; HMK madde 414/f.1 vb.

Türk hukukunda bu yetkinin dayanağı; aşağıda İkinci Bölüm’de, daha detaylıca ele alınacaktır. İlgili MTK madde 6/f.2 hükmü şöyledir:

“Aksi kararlaştırılmadıkça; tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verebilir...”

⁴¹⁵ Levy, **a.g.e.**, s. 121.

Bu bakımından; uygulamadaki kararlarda da genellikle bir arada tartışılan, geçici hukuki korumalar ile dava açma yasağı tedbirlerini bir arada ve birbiriyle olan ilişkilerini de dikkate alarak inceleyeceğiz. Bu incelemeyi yaparken; ne çıkan bazı kurumsal tahkim düzenlemelerine, sonrasında ise *ad hoc* tahkim düzenlemeleri ile milletlerarası tahkimi konu alan anlaşmalara göz atacağız. Yer yer İsviçre, Fransa, İngiltere gibi bazı ulusal tahkim düzenlemelerinde konunun nasıl düzenlendiğine de değinecek; ancak Türk hukukunu, özel olarak ařađıda⁴¹⁶ ayrı bölümde tüm detaylarıyla tartışacağız.

ii. Kurumsal Tahkim Düzenlemeleri

Milletlerarası tahkimde geçici hukuki koruma önlemleri gerek tarafların haklarını koruma noktasında büyük önemi haizdir⁴¹⁷. Gerek ğretide gerek milletlerarası tahkim uygulamasında, hakemlerin tedbir kararı verme yetkisi birçok modern tahkim kanunlarında ve dzenlemerinde tanınmaktadır⁴¹⁸. *Ad hoc* tahkiminin belirsizliğini istemeyen taraflar; *ad hoc* tahkiminde daha çok olan esneklik ve serbestiden biraz feragat ederek kuralları önceden belirlenmiş olan ve tahkimde itibar gören bir kurum bünyesinde, kurumsal tahkim yolunu seçebilmektedirler. Günümüzde tahkim merkezi olmayı hedefleyen veya hâlihazırda bu şekilde görülen birçok ülkede; milletlerarası ticari tahkim davalarının hızlı ve etkin çözümü için çeşitli merkezler kurulmakta ve bu merkezler tahkim, arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine dair önceden hazırladıkları kuralları isteyen tarafların kullanımına sunmaktadırlar. Hakemlerin gerek geçici hukuki korumalara hükmedebilme yetkisini gerek bu yetkinin bir uzantısı olarak dava açma yasağı tedbiri verme yetkisini ele alırken; her ülkedeki tahkim merkezini incelemek mümkün olmayacağından, genel olarak öne çıkan bazı bilinen kurumsal tahkim düzenlemelerinde sorumuza cevap aramaya çalışacağız.

⁴¹⁶ Bkz. aşağıda İkinci Bölüm.

⁴¹⁷ Gary B. Born, **International Arbitration: Law and Practice**, 2nd edition, Kluwer Law International 2015, Bölüm 11. (*Law and Practice*).

⁴¹⁸ Levy, **a.g.e.**, s. 121. Örneğin ISTAC Tahkim Kuralları madde 31; ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 28; UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010) madde 26; UNCITRAL Model Kanunu (2006) Bölüm IV madde 17 vd.; İngiliz Tahkim Kanunu madde 39; Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961) madde VI/f.4; ICSID Konvansiyonu madde 47; İsviçre Federal Milletlerarası zel Hukuk Kanunu madde 183; LCIA Tahkim Kuralları (2014) madde 25; HMK madde 414/f.1 vb.

Türk hukukunda bu yetkinin dayanağı; aşağıda İkinci Bölüm'de, daha detaylıca ele alınacaktır. İlgili MTK madde 6/f.2 hükmü şöyledir: "Aksi kararlaştırılmadığı; tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyatı tedbire veya ihtiyatı hacze karar verebilir..."

Merkezi Paris’te bulunan ICC; kuruluşu 1919’a dayanan oldukça köklü bir kurum olup, tahkim dâhil milletlerarası ticaretin birçok alanında faaliyet göstermektedir. ICC Tahkim Kuralları, yıllar içerisinde sürekli güncellenerek değişikliğe uğramış ve 2017’de hâlihazırdaki en güncel haline kavuşmuştur. ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 28/1 gereği; hakemlerin, “uygun gördükleri her tür tedbir kararını” (*any interim or conservatory measure it deems appropriate*) alma yetkileri vardır. ICC Tahkim Kuralları’nı doğrudan veya dolaylı şekilde örnek alan başka kurumsal tahkim düzenlemelerinde de aşağı yukarı aynı düzenlemelere rastlamaktayız. 2014 tarihli yenilenmiş LCIA Tahkim Kuralları madde 25’te daha detaylı bir düzenleme ile hakemlere; taraflara dönük olarak teminat gösterme, delilleri koruma gibi tedbirlere hükmedebilme yetkisi açıkça tanınmıştır. Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (*The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, kısaca “SCC”) Tahkim Kuralları’nın 2017 tarihli güncellenmiş halindeki madde 37’de hakemlere; talep üzerine, “uygun gördükleri geçici hukuki korumalara” karar verebilme yetkisi tanınmıştır. 26 Ekim 2015 yürürlük tarihli ISTAC Tahkim Kuralları madde 13 uyarınca; “taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça Tek Hakem veya Hakem Kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine uygun gördüğü geçici hukuki koruma önlemine karar verebilir” hükmüyle, bu yetki açıkça tanınmıştır. Bu tür kurumsal tahkim düzenlemelerine bakıldığında; hakemlerin, geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetme yetkisinin varlığından kesin olarak bahsedilebilir. Tüm kurumsal tahkim düzenlemelerini incelemek, çalışmamızın kapsamını aşacağından bu kadar örnek kanımızca yeterlidir. Asıl tartışmamız gereken ise kurumsal tahkim düzenlemelerinde kendine açıkça yer bulan hakemlerin geçici hukuki koruma önlemlerine başvurma yetkisinin kapsamına, açıkça düzenlenmemiş veya örnek önlemler arasında sayılmamış olan dava açma yasağı tedbirinin girip girmediği hususudur. Belirttiğimiz düzenlemelerde açık düzenleme olmadığından; bu kurumsal tahkim kurallarına tabi yürütülen ve çoğunu yukarıda türler kısmında tartıştığımız uygulamadaki bazı davalardan yola çıkarak, hakemlerce dava açma yasağına dair yetkinin nasıl irdelendiğine bakacağız.

Öğretide; milletlerarası tahkim hukukunun yerleşik prensiplerinin, hakemlerin dava açma yasağı tedbirlerini vermesine izin verdiği haklı olarak vurgulanmaktadır. Bu temel prensiplerin başında “tahkim sözleşmesini ihlal eden tarafa yaptırım uygulama” ile tahkimi etkinleştirmek ve tarafların tahkimi engelleyici kötü niyetli yaklaşımlarını engellemek amacıyla “her türlü gerekli önlemi” alma imkânları yer

almaktadır⁴¹⁹. Bu yerleşik prensiplerin ICC tahkim kararlarında⁴²⁰ da kabul edildiği ve hakemlerin, tahkim sözleşmesini ihlal ederek başka forumda dava açan taraf aleyhine ek masrafların tazminine dahi karar verdiği görülmektedir. Milletlerarası tahkim davalarında; hakemlerin kararlaştırılan kurumsal tahkim kurallarındaki geçici hukuki koruma önlemlerine dair düzenlemelere dayanarak, dava açma yasağı tedbiri verme konusunda da kendilerini yetkili gördükleri anlaşılmaktadır.

Tahkim yeri İngiltere olan davalarda ise; yerleşik bir *Common Law* uygulaması olarak, hakemlerce dava açma yasağı tedbirlerinin sıklıkla verildiği görülmektedir. Örneğin *U&M Mining Zambia Limited v Konkola Copper Mines plc* davasında⁴²¹; Londra merkezli ve LCIA Tahkim Kurallarına tabi tahkim davasında hakem heyeti, kendi yetkisi konusunda tereddüt etmeksizin, Zambiya Cumhuriyet’inde dava açarak tahkim sözleşmesini ihlal eden tarafa yönelik dava açma yasağı tedbiri uygulamıştır. Yukarıda da incelenen ve AAD önünde tartışılmış olan *Gazprom* davasında; tahkim yeri Stockholm olan ve SCC Tahkim Kuralları’na tabi uyuşmazlıkta, davalı aleyhine Litvanya mahkemelerinde davaya devam edilmemesi yönünde dava açma yasağı tedbir talebi hakem heyeti tarafından kabul edilmiş ve böylece geçici hukuki korumalara dair yetki geniş olarak yorumlanmıştır⁴²². Her kurumsal tahkim davalarını inceleyememekle beraber bu tür uygulamalardan yola çıkarak diyebiliriz ki; günümüzde hakemlere neredeyse tüm kurumsal tahkim düzenlemelerinde açıkça tanınan geçici hukuki korumalara hükmetme yetkisinin kapsamına, tarafların tahkime zarar verici hareketlerini önlemede oldukça etkili olan dava açma yasağı tedbirlerinin de girdiği konusunda tereddüt gösterilmemelidir.

iii. UNCITRAL Tahkim Kuralları ve UNCITRAL Model Kanunu

Ad hoc tahkiminin en temel düzenlemesini oluşturan UNCITRAL Tahkim Kuralları; kurumsal tahkime başvurmak istemeyen tarafların, kolayca atıfta bulunabilecekleri veya kısmen yararlanabilecekleri önceden belirlenmiş kurallardan oluşmaktadır. Bir diğer önemli düzenleme ise, birçok devletin kendi milletlerarası kanunlarını yaparken yararlandıkları UNCITRAL Model Kanunu’dur. Bu

⁴¹⁹ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 237.

⁴²⁰ ICC Award No. S946 (1990), *ICCA Yearbook Commercial Arbitration XVI (1991)*; Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 239; ICC Case No. 8307 (Vishnevskaya, *a.g.e.*, s. 182). Bu davalarda hakemler; geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetme yetkisi veren ICC Tahkim Kuralları’nı inceleyerek, dava açma yasağı tedbirinin de bu kapsama girdiğini vurgulamışlardır.

⁴²¹ [2013] EWHC 260 (Comm).

⁴²² Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, *Arbitration No: V (125/2011)*.

düzenlemelerden yola çıkarak; *ad hoc* tahkimde gerek hakemlerin geçici hukuki korumalara hükmetme yetkisini, gerek bir alt kategori olarak dava açma yasağı tedbirlerine karar verme yetkilerinin dayanağını analiz etmek mümkündür.

Milletlerarası ticari tahkime ilişkin olarak hazırlanan UNCITRAL Model Kanunu'nun 2006 değişikliklerini de içeren güncellenmiş halinde; IV-A Bölümü geçici hukuki korumalara ilişkin olup, uygulamada beliren problemleri aşmak ve tedbirler konusunda gelişen yeni ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla oldukça detaylı bir biçimde düzenlenmiştir⁴²³. UNCITRAL Model Kanunu (2006)'ın temel amacı; devletler tarafından "model" alınarak, her bir devletteki milletlerarası tahkim kanununun uluslararası ticari tahkimin genel prensiplerinin ve ihtiyaçlarının dikkate alınarak geliştirilmesi ve yeknesak bir uygulamaya ulaşılmasıdır⁴²⁴. Özellikle de IV-A Bölümü; tahkimin işlevselliğini ve etkinliğini korumak amacıyla verilen tahkim yararına (*in favor of arbitration*) tedbirleri, hatta tedbirlerin tanınması ile tenfizi gibi problemler dâhil yeknesak bir uygulamaya kavuşturmak amacıyla yapılmış önemli bir güncel düzenleme olarak kabul edilebilir.

UNCITRAL Model Kanunu (2006)'nın IV-A Bölümü'nün 17. maddesi, "tahkim heyetinin geçici tedbirler verme yetkisi" başlığını taşımaktadır. Madde 17/f.1'e göre de; " taraflarca aksi belirtilmediği sürece, bir tarafın talebi üzerine heyet ihtiyati tedbirlere" karar verebilecektir⁴²⁵. Bu hüküm; açık bir biçimde, hakemlerin geçici tedbirlere hükmetme yetkisini tanımaktadır. Yalnız bu hükmü bazı noktalardan incelemeden evvel, bunun bir "Model" Kanun olduğunu hatırlatmakta yarar görüyoruz. Diğer bir ifadeyle bu kurallar tavsiye niteliğinde model kurallar getirmekte, isteyen devletler bu kuralları kendi milletlerarası tahkim kanunlarına alabilmektedirler. Ayrıca bu hüküm; birebir devletler tarafından alınıp iç hukuka dâhil edilerek sorunlar azaltılsa da, kanımızca başka problemler de doğacaktır. Örneğin "tarafın talebi üzerine" (*at the request of a party*) ifadesi dikkate alındığında; acaba hakemler, re'sen ve hiçbir talep söz konusu olmaksızın haberdar oldukları bir ihlali önlemek için tedbir kararı verebilecekler midir? Taraf ileri sürse

⁴²³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html (Erişim, 10.10.2017).

⁴²⁴ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html (Erişim, 10.10.2017).

⁴²⁵ Model Kanun'un açıklamaları da içeren güncel son hali için bkz. https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (Erişim, 10.10.2017).

bile bu hükme göre hakem heyeti talep ile karşılaştığında bu talebi yerine getirmek zorunda olmayıp takdiri yetkisine sahiptir (*may* ibaresi). Yine de uygulamada da genellikle tarafın talepte bulunduğu hususunu ve hakemlerin takdir yetkisini nazara aldığımızda; bu düzenlemenin milletlerarası tahkim için bahsettiğimiz muhtemel endişelere rağmen, oldukça yararlı ve önemli bir düzenleme olduğunu itiraf etmek gerekir. Aşağıda “dava açma yasağı tedbir kararının tanınması ve tenfizi” kısmında ayrıntılı tartışmakla beraber; UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17H hükmünde hakem tedbir kararlarının oldukça tartışmalı olmasına rağmen tanınması ve tenfizinin düzenlenmiş olması bile, başlı başına bu tahkim düzenlemesinin ne kadar mühim olduğunu kanımızca destekler niteliktedir.

Türkiye dâhil olmak üzere⁴²⁶ 75 ülkenin; UNCITRAL Model Kanunu’nu kendi iç hukukuna dâhil ettiği ve birçok ülkenin UNCITRAL Model Kanunu (2006)’yı örnek alarak kanunlarını yeniden düzenlediği dikkate alındığında⁴²⁷, yeknesak prensiplerin milletlerarası tahkimde uygulanması amacıyla geliştirilen bu önemli düzenlemeye sadece bir “model” olarak bakmak ve kurallarını küçümsemek yanıltıcı olacaktır. Bu hükümlerin aynı veya benzer şekilde iç hukuklara dâhil edilmesiyle; artık birçok hukuk sisteminde “aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulunun, taraflardan birinin istemi üzerine, geçici tedbirlere” karar verebileceği açıkça düzenlenmiş olmaktadır. Daha da önemlisi; 2006’daki yeni düzenlemenin kanunlara alınmasıyla, hakem tedbirlerinin tenfiz edilebileceği de yasal düzenlemeye kavuşturulacak ve süregelen tartışma büyük ölçüde çözülebilecektir. Bu önemli düzenlemede de, tahkimin en temel özelliklerinden olan ve hakemlerin de yetkisine kaynaklık eden “taraf serbestisi” genel kuralı korunmuştur. “Aksi kararlaştırılmadıkça” ibaresinin doğal bir sonucu olarak, taraflar uzlaşmak sureti ile hakemlerin geçici tedbirlere hükmetme yetkisini sınırlandırabilmekte veya tamamen ortadan kaldırabilmektedirler. Uygulamada; tahkimin etkin ve sağlıklı bir biçimde ilerlemesi adına oldukça önemli olan

⁴²⁶ Türkiye 2001 yılında, 1985 tarihli eski UNCITRAL Model Kanunu’nu referans alarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nu yürürlüğe koymuştur.

⁴²⁷ Bu 75 ülkeden 28 tanesi 1985 tarihli eski UNCITRAL Model Kanunu’nu değil, UNCITRAL (2006)’yı kabul ederek milletlerarası tahkim kanunlarını milletlerarası ticari tahkimin gerekliliklerine daha uygun hale getirmişlerdir. Kanımızca yeni model kanunu kabul edecek ülkelerin sayısı daha da artacaktır ve bu artış hakemlerce verilen geçici hukuki korumaların tenfizi gibi birçok tartışmalı konunun da yeknesaklaştırılmasına büyük ölçüde yardımcı olacaktır. Tüm üyeler için bkz.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (Erişim, 18.09.2017).

hakemlerin bu yetkisinin taraflarca kaldırılmasına pek rastlanılmamasına rağmen, hukuken ve teorik olarak buna bir engel olmadığını da belirtmek gerekir.

Hakem veya hakem heyeti ayrıca; taraflarca *ad hoc* tahkiminde kararlaştırılabilen UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) madde 26/f.1 gereği, talep halinde geçici hukuki korumalara hükmedebilecektir⁴²⁸. Kanımızca UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) madde 26/f.2(b)'deki "tahkim yargılamasına zarar verebilecek hallerden tarafın men edilebileceğine" dair düzenleme, tanım gereği dava açma yasağı tedbirini de kapsayabilen dikkat çekici düzenlemedir. Zira dava açma yasakları; tanımları gereği, tahkim sözleşmesini ihlal ederek tahkim sürecine ve nihai hakem kararının etkinliğine zarar veren davalının bu tür davranışlarını engellemeyi amaçlamakta ve bu bent kapsamına evleviyetle girmektedirler. Aynı hükümler UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17/f.1 ve madde 17/f.2(b)'de yer almakta ve hakemlerin dava açma yasağı dâhil, çeşitli geçici tedbirlere hükmetme yetkilerine dayanak teşkil etmektedirler.

Elbette bu; UNCITRAL hükümlerini iç hukukuna dâhil etmemiş bir ülkede, hakemlerin geçici tedbirler veremeyeceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira UNCITRAL model kanunlarını referans alınmadan; bazı ülkelerde yapılan gerek iç tahkim gerek milletlerarası tahkim düzenlemelerinde de, hakemlerin geçici hukuki koruma tedbiri verme yetkileri açıkça tanınmaktadır. Örneğin model kanunları 75 ülkenin askine iç hukukuna dâhil etmemiş olan Fransa, İsviçre ve İsveç gibi tahkimin oldukça geliştiği ülkelerde yapılan düzenlemelerde de, hakemlerin bu yetkisi açıkça tanınmaktadır⁴²⁹. Hakemlerin dava açma yasağı tedbiri verip vermeyeceğine dair çeşitli görüşler olmakla beraber⁴³⁰; gerek UNCITRAL gerek kurumsal tahkim düzenlemelerinde ya da daha genel bir ifade ile milletlerarası tahkimde hakemlerin geçici hukuki korumalara hükmedebileceği yönünde doktrinde ve uygulamada tartışmanın olmadığı görülmektedir. Bu yeknesaklık; çalışmamız boyunca analiz ettiğimiz tahkim kararlarında da görüldüğü üzere, gerek UNCITRAL gerek diğer tahkim kurallarına göre yürütülen birçok milletlerarası tahkim kararında desteklenmiş olup bu davalarda hakemler aksi taraflarca öngörülmediği sürece serbestçe geçici hukuki korumalara karar vermişlerdir.

⁴²⁸ <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf> (Erişim, 12.10.2017).

⁴²⁹ Örneğin İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 183/f.1, bu tür ulusal düzenlemelere örnektir.

⁴³⁰ Levy, **a.g.e.**, s. 121; Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 237-244; Vishnevskaya, **a.g.e.**, s. 192.

UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) madde 26/f.1'deki "geçici tedbirlere hükmedebilme" yetkisi ile madde 26/f.2(b)'deki "tahkim yargılamasına zarar verebilecek hallerden tarafın men edilebileceğine" dair açık düzenlemeler; UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17/f.1 ve madde 17/f.2(b)'de de yer almakta ve kanımızca hakemlerin dava açma yasağı dâhil çeşitli geçici tedbirlere hükmetme yetkilerine dayanak teşkil etmektedirler. UNCITRAL Model Kanunu hazırlanması esnasında düzenlenen raporlar incelenerek varılan bir görüşe göre; bu hazırlık raporları da, hakemlerin dava açma yasağı tedbiri kararı vermesini açıkça "meşru" olarak kabul etmektedir⁴³¹. Kanımızca UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17'de düzenlenen hakemlerin geçici hukuki korumalara hükmetme yetkisinin içeriğine, dava açma yasakları rahatlıkla dâhil edilebilir. Zira UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17/f.2; gerek hakem kararı gerek başka bir türde verilmiş olsun (ara karar, usuli emir gibi) "her türlü geçici hukuki korumaya", hakemler tarafından karar verebileceğine dair geniş bir yetki düzenlemesine yer vermiştir⁴³². Düzenleme bununla yetinmeyerek, ne tür tedbirler verilebileceğine dair oldukça ayrıntılı ve yol gösterici birkaç alt türü de örnek kabilinden belirtmiştir. Bu alt türlerden UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17/f.2(b); uygulamada çıkan dava açma yasağı tedbiri ihtiyacına açıkça cevap verir nitelikte bir düzenlemeye yer vererek hakemlerin, "tahkim sürecine zarar verme ihtimali olan taraf hal ve hareketlerini engellemek amacıyla tedbir kararları verebileceğini" düzenlemiştir. Kanımızca bu madde; "tahkim sözleşmesini ihlal eden tarafa yaptırım uygulama", "tahkimi etkinleştirmek ve tarafların tahkimi engelleyici kötü niyetli yaklaşımlarını engelleme" gibi yerleşik milletlerarası tahkim prensiplerinin⁴³³ yasal dayanağa kavuşturulması bakımından da oldukça önemli bir gelişmedir. UNCITRAL (1985) madde 17'deki aynı konuyu düzenleyen bir paragraflık kısa düzenlemeye nazaran; UNCITRAL Model Kanunu (2006)'da "tedbirlerin tanınması ile tenfizi" dâhil olmak

⁴³¹ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 244, s. 259-261; Vishnevskaya, **a.g.e.**, s. 177. Raporlar için bkz. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V05/805/86/PDF/V0580586.pdf?OpenElement> (Erişim, 10.10.2017).

⁴³² Krş. UNCITRAL (1985) madde 17'de hakemlerin geçici tedbirlere hükmedebilmesi tek bir paragrafla düzenlenmiştir: "Power of arbitral tribunal to order interim measures unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subjectmatter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure."

⁴³³ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 237.

üzere oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş olması, tahkimin güncel ihtiyaçlarına cevap verme ve bazı tartışmaları sonlandırma amaçlı olarak değerlendirilebilir.

Önceden kararlaştırdığı tahkim sözleşmesine uymak istemeyen ve dolayısıyla da tahkim sürecini aksatıp karşı tarafa zarara uğratmak isteyen tarafın bu davranışını engellemeye dönük hakemlerce verilen dava açma yasağı (*arbitral anti-suit injunction*); UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17/f.2(b) ve UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013) madde 26/f.2(b) ile kanımızca yasal dayanağına kavuşturulmuştur. Nitekim yeni kanunu hazırlayan Çalışma Grubu (*Working Group*); çeşitli raporlarında bazı devletlerce endişelerin dile getirildiğini belirtmiş ancak milletlerarası tahkimde “sıklıkla kullanılan ve ihtiyaç duyulan” bu tür tedbirlerin madde 17/f.2(b) kapsamında açıkça olmazsa bile (*implicitly*) dâhil edilmesi gerektiğini belirterek bu görüşümüzü desteklemektedir⁴³⁴. Yine de açıkça “dava açma yasağı” (*anti-suit injunction*) ibaresi, UNCITRAL Model Kanunu (2006) ve UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013)’e eklenmemiştir. Bu tür bir yaklaşım mantıklıdır zira dava açma yasakları bazı hukuk sistemlerine yabancı olduğundan; bu tür açık ibareden kaçınılması, yerinde olmuştur. Kaldı ki örnek kabilinden tüm tedbirlerin sayılması da doğru olmayacaktır zira geçici hukuki korumaların kapsamı oldukça geniştir. Böylece UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17/f.2(b) ‘yi hukukuna dâhil eden ve fakat dava açma yasaklarına karşı olan bir tahkim ülkesinde madde daha esnek yorumlanabilecektir. Yine de tüm bu endişelerden bağımsız olarak; gerek UNCITRAL Model Kanunu (2006)’yı hazırlayanların niyetlerinden, gerek UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17/f.2(b) ile UNCITRAL Tahkim Kuralları (2013)’ün lafzından yola çıkarak hakemler tarafından dava açma yasaklarını açıkça kapsama alınmasının hedeflendiği kanımızca ileri sürülebilir. Hâlihazırda 28 ülkenin 1985 tarihli eski UNCITRAL Model Kanunu’nu değil; UNCITRAL Model Kanunu (2006)’yı kabul ederek milletlerarası ticari tahkimin gerekliliklerini dikkate aldığı düşünüldüğünde, dava açma yasaklarının da birçok hukuk sisteminde yasal düzenlemeye kavuştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

iv. Milletlerarası Tahkime Dair Sözleşmeler

Gerek kurumsal tahkim davalarında gerek *ad hoc* tahkiminde, hakemlerin dava açma yasağını da içerecek şekilde geniş bir geçici hukuki korumalara hükmetme

⁴³⁴ Paragraf 20-26, rapor için bkz. <https://documents-dds.ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V05/894/78/PDF/V0589478.pdf?OpenElement> (Erişim, 18.09.2017).

yetkilerinin olduğunu incelemiş bulunuyoruz. Aynı sorunu; milletlerarası tahkime dair ülkeler arasında yapılan sözleşmeler bakımından da inceleyerek, bu tür sözleşmelerde hakemlerin geçici hukuki koruma önlemlerine başvurma yetkisi ile bu yetkinin kapsamına dava açma yasaklarının alınıp alınmadığını incelememiz gerekmektedir. Bu konuda öne çıkan milletlerarası sözleşmeler olan NYS (1958), Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961) ile ICSID Konvansiyonu'nu inceleyeceğiz.

NYS (1958); esas itibarıyla yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi (*recognition and enforcement*) ile alakalı olduğundan, hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine ve dolayısıyla da dava açma yasaklarına hükmedebilme yetkileri ile doğrudan ilgilenmemektedir⁴³⁵. Geçici hukuki korumalar konusu; tanınması ve tenfizi istenen yabancı hakem kararına uygulanmış olan kurumsal veya *ad hoc* tahkim kurallarıyla yani tenfiz öncesiyle ilgili olup, bu kısmı yukarıda tartışmış bulunuyoruz. Kaldı ki tanıma-tenfiz aşamasında; tenfiz mahkemesinin, uyuşmazlığın esasına girerek hakem heyeti gibi geçici hukuki koruma talepleri dâhil tüm talepleri inceleyip karara bağlaması zaten düşünülemeyeceğinden bu kısıtlama da tanıma-tenfize dair bir sözleşme kapsamında tedbirlerin detaylıca tartışılmasını engellemektedir. Elbette dava açma yasağı tedbirinin; hakem kararının bir parçası⁴³⁶ veya hatta nadir de olsa bağımsız bir usuli emir şeklinde tenfiz mahkemesi önünde tanıma-tenfiz talebine konu edilmesi de mümkündür. Aşağıda Türk hukuku bakımından çeşitli endişeleri ele alırken; bu tür incelemelere daha detaylıca yer vereceğimizden, bu kısımda NYS (1958) lafzında dolaylı da olsa dava açma yasaklarını destekleyen yoruma ulaşmanın mümkün olup olmadığına değineceğiz.

Baştan söylemek gerekirse, dava açma yasaklarının NYS (1958) metninde yasal dayanağının olduğunu söylemek mümkündür. Zira dava açma yasağının yasaklamaya çalıştığı davranış olan; taraflardan birinin tahkim sözleşmesi veya şartını kötü niyetli ihlal etmesi veya ihlal edecek olması, NYS (1958) madde II/f.3 ile de açıkça engellenmeye çalışılmıştır. Nitekim öğretilde kısa bir metin olan NYS

⁴³⁵ Born, **Law and Practice**, Bölüm 11.

⁴³⁶ Yukarıda da tartışıldığı üzere; hakemler tarafından verilmiş dava açma yasakları, bazen de çeşitli hakem kararları formatında mahkemelerdeki tanıma-tenfiz davalarında tartışılmaktadır. Örneğin *Four Seasons Hotels & Resorts, B.V. v. Consorcio Barr, S.A.* (377 F.3d 1164 (11th Cir. 2004)) davasında; Amerikan 11. Temyiz Mahkemesi; Miami'de ICDR Tahkim Kuralları'na göre oluşturulan ve davalının Venezuela mahkemesindeki yargılamayı sona erdirmesine yönelik tedbiri de içeren kısmi hakem kararını (*partial award*) onaylamıştır. Benzer şekilde *Elenor Mobile Communications AS v. Storm LLC* davasında (584 F.3d 396 (2d Cir. 2009)) Amerikan 2. Temyiz Mahkemesi; New York'ta, UNCITRAL Tahkim Kuralları'na göre verilen ve tahkimi kaybeden *Storm* şirketinin başka ülkelerde dava açmasını yasaklayan tedbiri de içeren nihai hakem kararını (*final award*) onaylamıştır.

(1958)'in iki temel amacından bahsedilmekte ve bunların “hakem kararının tenfiz edilmesi” ile “tahkim sözleşmesine saygı duyulması” olduğu vurgulanmaktadır⁴³⁷. Öğretide ileri sürülen ve milletlerarası tahkimin de yerleşik prensipleri arasına dâhil edilen kurala göre; taraflar, tahkim sözleşmesinde karar kılarak aslında başka forumlara aynı uyuşmazlığı götürmeyeceklerini kararlaştırdıklarından “doğal bir sonuç olarak” da ihlal içeren taleplerle karşılaşan devlet mahkemelerinin tarafları tahkime yönlendirme “yükümlülüğünün” olduğundan söz edilmektedir⁴³⁸. Yukarıda tartıştığımız ilginç *West Tankers* davasında⁴³⁹ ise; dava açma yasaklarının, NYS (1958) madde II/f.3 ile uyumlu olmadığı zira bu maddeye göre en nihayetinde mahkemenin tahkim sözleşmesini inceleyerek kendisinin yetkisine karar vereceği belirtilmiştir. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre NYS (1958) madde II/f.3, bir olumsuz yükümlülük (*negative obligation*) de getirmekte ve “tahkim sözleşmesinden kaçınılması onun etkisizleştirilmemesi” gerektiğini de kapsamaktadır⁴⁴⁰. Kanımızca NYS (1958) madde II/f.3; hakem heyeti ile devlet mahkemesi arasındaki yetki çatışmasından ziyade, tahkim sözleşmesinden doğan “ihlal etmeme ve başka foruma uyuşmazlığı götürmeme” olumsuz yükümlülüğüne dair bir düzenleme olarak da ele alınmalıdır. Böylece dava açma yasaklarının; NYS (1958) ile uyumu daha rahat görüleceği gibi, hedeflenen tahkim sözleşmesini uygulama ve etkinleştirme amacına da hizmet ettikleri daha net anlaşılabilecektir. Bu tür bir yorumun, NYS (1958) madde II/f.3 lafzına ve sözleşmenin amacı ile ruhuna daha uygun bir yorum olacağı kanaatindeyiz. Nitekim tartışma yaratan *West Tankers* davasının aksine *Gazprom* davası; hakemler tarafından verilen dava açma yasaklarının, EC 44/2001 Konsey Tüzüğü'ne değil NYS (1958) kapsamına girdiğini vurgulayarak bu görüşümüzü desteklemektedir. Dava açma yasaklarının; NYS (1958) kapsamında tenfize konu olup olmayacağını ise, çeşitli mahkeme kararları ışığında aşağıda ayrıca değerlendireceğiz.

⁴³⁷ Marike R. P. Paulsson, **The 1958 New York Convention in Action**, Kluwer Law International, 2016, s. 1 vd.

⁴³⁸ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 241; NYS (1958) madde II/f.3: “The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.”

⁴³⁹ *Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA (Allianz & Generali) v West Tankers Inc.* C-185/07, EU: C: 2009. 69.

Tam metin için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-185/07> (Erişim, 14.09.2017).

⁴⁴⁰ Vishnevskaya, **a.g.e.**, s. 177; Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 241; Olivier Luc Mosimann, **Anti-suit Injunctions in International Commercial Arbitration**, Eleven International Publishing 2010, International Commerce and Arbitration (Book 5), s. 48.

Cenevre’de yapılan ve 7 Ocak 1964 tarihinde yürürlüğe giren 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticari Tahkim Hakkında Avrupa Sözleşmesi (kısaca Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961))⁴⁴¹ ise, bir diğer önemli bir milletlerarası tahkim düzenlemesidir. Türkiye’nin 1991 yılında taraf olduğu⁴⁴² bu sözleşmeye; günümüz itibarıyla, 31 ülke taraftır. Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961); yerleşim yerleri veya kuruluş yerleri (*seat of the establishment*) iki ayrı taraf ülkede olan kişiler arasındaki tahkim sözleşmelerine uygulanmakta ve NYS (1958)’in aksine, tanıma-tenfiz öncesiyle yani tahkim yargılamasının kendisini düzenlemektedir. Bu niteliğinden dolayı; Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961), NYS (1958)’i “tamamlayıcı bir eki” gibi görülmektedir⁴⁴³. Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961) bazı konularda örneğin tarafların tahkim iradesinin açıkça anlaşıldığı fakat tahkim türünün ve usulünün eksik bırakıldığı durumlarda taraflara yol gösteren önemli bir düzenlemedir. Yine de Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961)’e taraf olan 31 ülke arasında; İsviçre dahil birçok devletin bu sözleşmeye taraf olmaması, öğretide sözleşmenin “ihmal edildiği” şeklinde yorumlanmıştır⁴⁴⁴. Madde IX’da yer alan “hakem kararının iptali” (*setting aside of the award*) sanki NYS (1958) madde V ile aynı anlamda kullanılmış gibi görünse de bu yanıltıcıdır.⁴⁴⁵ Zira Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961)’in bu hükmü; bir taraf ülkede NYS (1958) uyarınca reddedilmiş bir kararın red gerekçesiyle, diğer taraf devletin bağlı tutulup tutulmayacağını

⁴⁴¹ European Convention on International Commercial Arbitration of 21 April 1961, done at Geneva, United Nations.

⁴⁴² Türkiye, 8.5.1991 tarihli ve 3730 sayılı Kanun’la Avrupa Cenevre Sözleşmesi’nin onaylanmasını uygun bulmuştur. 3730 sayılı Uygun Bulma Kanunu; 21.05.1991 tarihli ve 20877 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Sonrasında ise, 23.09.1991 tarihli ve 21000 sayılı Resmi Gazete’deki Bakanlar Kurulu kararnamesi ile Avrupa Cenevre Sözleşmesi yürürlüğe girmiştir. Ancak Türkiye’nin resmi işlemleri tamamlayarak, bu Sözleşme’yi onaylaması 24.01.1992’yi bulmuştur. Bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=en (Erişim, 08.02.2018).

Bu Sözleşme’den 2 gün sonra ise; NYS (1958) yürürlüğe girmiştir. Bkz. RG. 25.09.1991 – 21002.

⁴⁴³ Nikolaus Pitkowitz, “Issues Specific to Arbitration in Europe, Is There Still a Scope of Application of the European Convention on International Commercial Arbitration?”, in **Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2013, pp. 93 – 109**, s. 93

⁴⁴⁴ Sözleşmenin uygulamasının az olmasına rağmen, yine de önemini koruduğuna dair bkz. Pitkowitz, **a.g.e.**, s.108-109; öğretide Kröll bu özeliğinden dolayı Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961)’ni “uyuyan güzel” (*sleeping beauty*) olarak betimlemektedir. Bkz. Stefan Michael Kröll, “Issues Specific to Arbitration in Europe, The European Convention on International Commercial Arbitration – The Tale of a Sleeping Beauty”, in **Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2013, pp. 1-22**, s. 1-2; patolojik tahkim şartlarının yorumlanması konusunda sözleşmenin oldukça faydalı olabileceği konusunda bkz. Karl-Heinz Böckstiegel/ Stefan Kröll/ Patricia Nacimiento, “Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations - General Overview”, in **Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll, et al. (eds), Arbitration in Germany: The Model Law in Practice, 2nd edition, Kluwer Law International 2015, pp. 4-50**, s. 10-11.

⁴⁴⁵ Kröll, **a.g.e.**, s. 17; Pitkowitz, **a.g.e.**, s. 95.

tüketici sayımla ele almaktadır. Yoksa Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961), NYS (1958)'in aksine tanıma-tenfiz düzenlememektedir. Tenfiz edilebilir bir nihai hakem kararına ulaşma amacı olan hakem heyeti; muhtemel tenfiz ülkelerini de nazara alarak Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961)'e, özellikle de madde IX'a dikkat etmesinde şart olmamakla beraber yarar vardır⁴⁴⁶.

Dolayısıyla tenfiz öncesi tahkim yargılamasında oldukça önemli yer tutan; geçici hukuki korumalara ilişkin bazı düzenlemelere, bu sözleşmede rastlamak mümkündür. Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961)'de; taraf devlet mahkemelerinin hakem heyeti ile olan ilişkisini inceleyen madde VI, bu konuda yol göstericidir. Madde VI/f.3'e göre; taraflardan biri tahkim yargılaması başlatmışsa ancak sonrasında devlet mahkemesinden aynı konuyu incelemesini istemişse, taraf devlet mahkemesinin “aksine iyi bir sebep yoksa yargılamayı durdurması” gerektiğini belirterek dava açma yasakları ve tahkim lehine bir düzenlemeye de yer vermiştir. Madde VI/f.4 ise; genel olarak mahkeme yardımının istenmesinin, tahkim sözleşmesine aykırılık teşkil etmediğini ve bu tür bir talebin tahkimden vazgeçmek anlamı taşımadığı düzenlenerek yerleşik tahkim hukuku prensibine vurgu yapılmıştır.

Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961); birçok hükmünde sadece *ad hoc* veya kurumsal tahkim kavramlarına vurgu yapmakla yetinmiş ve tarafların serbestçe tahkime uygulanacak kuralları seçebileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961); detaylıca düzenleme yaparak, hakemlerin dava açma yasağı tedbirleri dâhil geçici hukuki koruma önlemlerine hükmetme yetkilerine tekrardan yer vermemiştir. Yukarıda incelediğimiz gibi gerek *ad hoc* gerek kurumsal tahkim düzenlemeleri; dava açma yasağı tedbiri ile diğer geçici hukuki korumalar konusunda hakemlere zaten yetki tanıdığından, Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961)'nin de atıf yapmak suretiyle bu yetkiyi tanıdığı kanımızca ileri sürülebilir. Nitekim mahkeme müdahalesini azaltmaya dönük madde VI/f.3 ile VI/f.4 hükümlerinin; Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961) kapsamında, hakemlerce geçici hukuki koruma önlemlerine hükmedebilme yetkisini sınırlandırmadığı da öğretide belirtilmiştir⁴⁴⁷. Bu nedenle; Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961) kapsamında da, hakemlerin dava açma yasağı tedbiri dâhil gerekli geçici hukuki koruma önlemleri alma yetkilerinin olduğu söylenebilir.

⁴⁴⁶ Dominique T. Hascher, “European Convention on International Commercial Arbitration of 1961”, **Yearbook Comm. Arb'n XXXVI (2011)**, pp.504-515, s. 512.

⁴⁴⁷ Hascher, **a.g.e.**, s. 531.

Milletlerarası yatırım tahkimin en önemli düzenlemelerinden biri olan ICSID Konvansiyonu kapsamında da, hakemlerin dava açma yasağı tedbiri ile diğer geçici hukuki koruma önlemleri alma yetkisini incelemekte yarar vardır. 1961-1965 yılları arasında; Dünya Bankası öncülüğünde başlatılan çalışmalar neticesinde hazırlanan ICSID Konvansiyonu, 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Günümüz itibariyle 161 ülke bu sözleşmeyi imzalamıştır ve ICSID Konvansiyonu, 153 ülke için yürürlüğe girmiş bulunmaktadır⁴⁴⁸. Konvansiyon, Türkiye için ise 2 Nisan 1989 tarihinden beri yürürlüktedir⁴⁴⁹. Yatırımların ve yatırımcıların korunması bakımından; milletlerarası alanda bu kadar genel kabul görmüş olan ICSID Konvansiyonu, günümüzün “en önemli düzenlemelerinden biri” olarak kabul edilmektedir⁴⁵⁰. ICSID Konvansiyonu Bölüm II (madde 25-27); merkezi Washington’da bulunan ICSID’in yatırım uyuşmazlıklarını çözme yetkisini düzenlemekteyken, Bölüm IV (madde 36-55) ise genel olarak tahkim hususunu düzenlemektedir. ICSID Konvansiyonu madde 44’e göre taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, bu tahkim bölümüne ek olarak ICSID Tahkim Kuralları da dikkate alınacaktır. ICSID Tahkim Kuralları ise, 2006 yılından beri en güncel haliyle uygulanmaktadır. Dolayısıyla ICSID Tahkimi’nde hakemlerin geçici hukuki korumalara ve de dava açma yasaklarına hükmetme yetkilerini incelerken, hem Bölüm IV hem de atıfta bulunulan ICSID Tahkim Kuralları’nı dikkate almak gereklidir.

ICSID Konvansiyonu madde 47 uyarınca; taraflar aksini kararlaştırmadıkça hakem heyeti, tahkim süresince “tarafların haklarını korumak amacıyla her türlü geçici hukuki koruma önlemine” başvurabilmektedir. Benzer hüküm atıfta bulunulan ICSID Tahkim Kuralları madde 39/f.1’de yer almakta ve tarafın sebeplerini de belirterek, hakem heyetinden “haklarının korunması için” geçici hukuki koruma önlemi talep edebileceğine vurgu yapmaktadır. Hatta daha ileri gidilerek ICSID Tahkim Kuralları madde 39/f.3’te; hakem heyetine tedbir konusunda “re’sen” hareket etme yetkisi açıkça tanınmış ve heyetin, tarafın talebini değiştirerek yeni tedbirlere karar verebileceği de düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere gerek *ad hoc* gerek kurumsal tahkim ve de diğer milletlerarası tahkim sözleşmelerinde olduğu gibi; ICSID Tahkimi’nde de, hakemlerin tedbir kararı verme yetkisi açıkça tanınmaktadır.

⁴⁴⁸ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (Erişim, 10.09.2017).

⁴⁴⁹ R. G. 06.12.1988 – 19830.

⁴⁵⁰ Ziya Akıncı, “Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi”, **Marmara Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, 277-287**, s. 277. (*Yatırımcılarımızın Korunması*).

Asıl mesele ise bu yetkinin kapsamına dava açma yasağı tedbirlerinin girip girmeyeceğidir.

Kanımızca “ tarafların haklarını korumak amacıyla her türlü geçici hukuki koruma önlemine başvurabilme imkânı”, bu tür tedbirleri de içermektedir. Zira çalışmamızda vurguladığımız üzere; tahkim sözleşmesini yapan tarafların, uyuşmazlıkları sadece ama sadece tahkim forumunda görülmesini talep etme ve tahkim sözleşmesine etki tanınarak uygulanmasını sağlama hakları ve yükümlülükleri vardır. Diğer bir ifadeyle, ICSID Tahkimi açısından da; aslında dava açma yasağı, tarafın en önemli haklarından biri olan kararlaştırılan forumda adilce yargılanma ve sözleşmesel yükümlülüğün ihlal edilmemesi haklarını korumaktadır.

Yaptığımız bu lâfzî yorum dışında, ICSID tahkimi uygulamaları da bu görüşümüzü desteklemektedir. Öğretide haklı olarak vurgulandığı üzere; ICSID hakem heyetinden, dava açma yasağının talep edilmesi ve heyetçe olumlu karar verilmesi yeni bir husus değildir⁴⁵¹. Örneğin dava açma yasağını konu alan ilk ICSID davası olan⁴⁵² *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco* davasında⁴⁵³, ICSID hakem heyetince dava açma yasağı tedbiri verilmiştir. Bu konuda verilmiş eski tarihli diyebileceğimiz birçok davada; hakemlerin, dava açma yasağı tedbir yetkilerinin olduğunu kabul ettikleri görülmektedir⁴⁵⁴. Hatta genel olarak hakemlerce verilen dava açma yasağı tedbirlerine karşı çıkan görüş bile; ICSID tahkiminde, en azından bu tür bir yetkinin varlığını ve uygulamasını kabul etmektedir⁴⁵⁵. Bu nedenle geçici hukuki koruma önlemleri kavramına, dava açma yasakları da dâhildir⁴⁵⁶.

Yakın tarihli ICSID hakem kararları da bu hususu teyit etmekte ve tahkim masrafları, delillerin korunması gibi hususları da “tarafın korunması gereken hakları” kısmına dâhil ederek ICSID Konvansiyonu madde 47’yi oldukça geniş biçimde yorumlamaktadırlar⁴⁵⁷. Örneğin geçici hukuki koruma önlemlerini konu edinen birçok ICSID tahkim davasından⁴⁵⁸ biri olan *PNG Sustainable Development*

⁴⁵¹ **Gaillard**, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, s. 244.

⁴⁵² **Ibid.**, s. 244-245.

⁴⁵³ *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*, (ICSID Case No. ARB/72/1).

⁴⁵⁴ Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators* s. 244-250.

⁴⁵⁵ Levy, **a.g.e.**, s. 122.

⁴⁵⁶ Vishnevskaya, **A.g.e.**, s. 176.

⁴⁵⁷ *Eurogas Inc. and Belmont Resources Inc. (Claimants) v. Slovak Republic (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/14/14;

⁴⁵⁸ ICSID oldukça önemli bir adım atarak, şu ana dek verilen kararları konularına göre de sınıflandırmıştır. Geçici hukuki korumalar konusunda, dava açma yasakları dâhil, verilen tüm kararlar ile metinleri için bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Provisional-Measures.aspx> (Erişim, 21.09.2017).

Program Ltd. v. Independent State of Papua New Guinea davasında⁴⁵⁹ ICSID hakem heyeti; Singapur'daki dava ile bağılı olmaksızın, madde 47'yi yetkisinin dayanağı olarak yorumlamış⁴⁶⁰ ve davacı tarafından talep edilen mevcut durumu korumaya ve davalının zarar verici yargılamalarda bulunmamasına dönük tedbir taleplerinden çoğunu kabul etmiştir. Ayrıca ICSID hakem heyeti; birçok kararında olduğu gibi bu kararında da, yetkisinin genişliğinden söz etmekte ve dava açma yasaklarının temelini oluşturan "tahkim sözleşmesine uyulmasını sağlamayı" da bu tedbirlerin içeriğine dâhil etmektedir⁴⁶¹. Kazakistan'ın 2012 yılında Elektirik Kanunu'nda değişikliğe gitmesi sürecinden kaynaklanan *AES Corporation and Tau Power B.V. (Claimants) v Republic of Kazakhstan* davasında⁴⁶²; Kazakistan Yüksek Mahkemesi kararına rağmen İngiliz mahkemesi; *UK Hydro* şirketi lehine 2010 yılında geçerli tahkim sözleşmesine dayanarak verilmiş olan dava açma yasağı tedbirini onaylamıştır. Sonuç olarak; gerek ICSID Konvansiyonu madde 47, gerek ICSID Tahkim Kuralları madde 39 ile ICSID tahkim uygulaması dikkate alındığında hakemlerin dava açma yasağı tedbirlerine dair açık yetkisinin kabul edildiği söylenebilir.

Son olarak, Enerji Şartı Anlaşması'na (*The Energy Charter Treaty*) da kısaca göz atarak bu kısmı noktalayalım. Enerji Şartı Anlaşması ile davacı yatırımcıya seçimlik haklar tanınmış ve istediği tahkim usulü ile kurallarını belirleme yetkisi verilmiştir. Enerji Şartı Anlaşması madde 26/f.4 gereği, yatırımcı tarafın seçimine göre; ICSID tahkimi, *ad hoc* - UNCITRAL tahkimi veya SCC tahkimi seçilmesi mümkündür. Dolayısıyla hakem heyeti; davacı yatırımcı tarafından hangi kurallara seçilerek kurulmuşsa, geçici hukuki koruma önlemleri ile dava açma yasaklarını da bu kurallar çerçevesinde değerlendirecektir. Tüm bu düzenlemeleri; yukarıda

⁴⁵⁹ ICSID Case No. ARB/13/33, Decision on the Claimant's Request for Provisional Measures (January 21, 2015)

⁴⁶⁰ ICSID Case No. ARB/13/33, Decision on the Claimant's Request for Provisional Measures (January 21, 2015), Paragraf 101:

"These provisions of the Convention and the ICSID Arbitration Rules are the basis for the Tribunal's authority to order provisional measures, and define the circumstances in which such authority should be exercised."

⁴⁶¹ ICSID Case No. ARB/13/33, Decision on the Claimant's Request for Provisional Measures (January 21, 2015), Paragraf 105:

"The types of provisional measures that may be granted by an ICSID tribunal include a wide range of measures, which depend on the particular circumstances of the case and the rights that are sought to be protected. Measures that are commonly sought include orders for the preservation of the status quo, orders directing performance of a contract or other legal obligations, orders for the preservation of evidence, enforcement of confidentiality obligations, and orders for security for costs."

⁴⁶² ICSID Case No. ARB/10/16 (Award) .

değerlendirip tedbir konusunda yetkinin dayanakları kısmında değerlendirdiğimiz için, burada tekrar etmeyeceğiz. Sonuç olarak; ülkeler arasında yapılan milletlerarası tahkimi konu alan tartıştığımız bu önemli düzenlemelerde de, hakemlerin geçici hukuki korumalara hükmetme yetkisi kapsamına dava açma yasağı tedbirlerine hükmetme yetkisi girmektedir ve bu kanımız tahkim uygulamaları ile de sabittir.

B. Dava Açma Yasağına Uyma veya Uymama

1. Uyma Gerekçeleri

a) Genel Olarak

Milletlerarası tahkimde; hakemlerin, dava açma yasağı dâhil geçici hukuki korumalara hükmedebileceğini yukarıda gerekçeleriyle ele almış bulunuyoruz. Benzer şekilde devlet mahkemelerinin de; ABD ve İngiltere başta olmak üzere, kendi *lex fori*lerini uygulamak suretiyle tahkim lehine dava açma yasağı taleplerini değerlendirebildiğine yukarıda değindik. İster mahkeme tarafından ister hakem heyeti tarafından verilmiş olsun; tarafa dönük verilen dava açma yasaklarına, davalı tarafın neden uyduğunu veya neden uymadığını incelemekte yarar vardır. Bu incelemeyi yaparken; mahkemelerin aksine, hakemlerin üçüncü kişilerce icrayı gerektiren⁴⁶³ veya tenfiz edilmesi şart olan tedbir kararlarına hükmedemeyeceği genel prensibini de göz önünde bulundurmak gerekir⁴⁶⁴. Zira mahkemeler yetkilerini bir egemen devletin anayasasından almakta iken; hakemler, sadece tarafların tahkime yönelik karşılıklı ortak iradelerinden almaktadırlar. Bu farklılığa rağmen, hakemler tarafından verilen dava açma yasağı ile diğer tedbirlere tarafların neden çoğunlukla uyduğunun⁴⁶⁵ sebeplerini araştırmak gereklidir.

b) Gönüllü Uyma (Voluntary Compliance)

Tahkim sözleşmesini ihlal ederek; başka foruma davayı götüren davalı taraf aleyhine hakem heyetince verilen dava açma yasağı tedbirine, davalının kendi

⁴⁶³ Bu çalışmamızda vurguladığımız üzere bazı dava açma yasağı tedbirlerinin, tahkim sözleşmesine taraf olmayan sigorta şirketlerine yani aslında üçüncü kişilere karşı verilebildiğini tekrardan vurgulamakta yarar görüyoruz. Bkz. *Shipowners' Mutual Protection and Indemnity Association (Luxembourg) v Containerships Denizcilik Nakliyat Ve Ticaret AS*, [2015] EWHC 258 (Comm). Bu davayı incelerken de vurgulanacağı üzere, istisnai de olsa tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilini mümkün çeşitli haller bulunmaktadır. Bu istisnai hallere ilişkin detaylı bir çalışma için bkz. Emre Esen, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, Beta, İstanbul, 2008, s. 85 vd. (*Tahkim Anlaşmasının Teşmili*).

⁴⁶⁴ Örneğin MTK madde 6/f.2'de bu tür tedbirler açıkça dışlanmıştır.

⁴⁶⁵ United Nations Commission on International Trade Law Thirty-eighth session Vienna, 4-15 July 2005, A/CN.9/573, paragraf 20:

"It was understood that parties to an arbitration typically complied with orders of the arbitral tribunal."

rızasıyla uyması mümkündür. Ancak doktrinde ileri sürüldüğü üzere; bu tür bir gönüllü uymaya bel bağlamak problemlidir zira uymama halinde tenfiz nasıl yapılacağı riski, hep baki kalacaktır⁴⁶⁶. Yine de bu riske rağmen, davalı tarafın dava açma yasağı tedbirine gönüllü şekilde uyduğu da görülmektedir ve bunun nedenlerini saptamak önem arz etmektedir.

Öncelikle belirtelim ki; lehine hakem kararı alan tarafın, öncelikle bunu gönüllü şekilde yerine getirmeyi davalı tarafa teklif etmesi doğru bir taktik olacaktır zira davalı tarafın, hakem kararının iptalini veya tenfiz edilmemesini sağlayacak haklı bir nedeni yoksa bir ihtimal ek masraflarla boşuna uğraşıp zaman kaybetme yerine kararın gereğini yerine getirebilme ihtimali vardır⁴⁶⁷. Hatta tarafların anlaşarak; peşin ödeme yapılması halinde, hakem kararındaki meblağdan daha düşük bir meblağda anlaşması da teoride mümkündür. Örneğin lehine tazminat ödemesini öngören nihai bir kararı alan taraf; doğrudan kaybeden tarafın malvarlığının bulunduğu ülkede tanıma-tenfiz davası açmak yerine, daha yerinde bir taktikle öncelikle belirli bir vade içerisinde tazminat bedelinin hesabına yatırılmasını adi yazılı veya resmi bir taleple isteyebilir⁴⁶⁸. Her ne kadar bu tür para borcunu içeren tazminat kararlarının yarısından çoğuna “gönüllü şekilde uyulmadığı” rapor edilmişse⁴⁶⁹ de; kanımızca kaybeden tarafın davayı uzatıp ek masraflar, zaman kaybı ve faizleri de ödeyebileceği riski karara gönüllü şekilde uymasını da teşvik edebilir. Elbette lehine aldığı karara güvenen taraf; bu tür yöntemleri denemeksizin, doğrudan tenfiz davası açabilir ve karşı tarafın tenfiz yargılamasında red gerekçeleri ile karşı çıkması ihtimallerine rağmen davayı yürütmeyi de seçebilir.

Dikkat edilirse burada; kaybeden tarafı gönüllü şekilde uymaya davet eden kişi, davayı kazanan taraf olup bir mahkeme veya hakem heyeti değildir. Öğretide özellikle yatırım tahkiminde; hakem heyetince verilen tedbirlere uyma oranının dünya çapında oldukça iyi olduğu ancak devletlerin, kaybettikleri davalarda tedbirlere “gönüllü şekilde uymamayı” tercih ettikleri belirtilmektedir⁴⁷⁰. Üstelik karara uymak istemeyen egemen devletler, kendi ülkelerinde tahkime yönelik dava

⁴⁶⁶ Levy, *a.g.e.*, s. 126.

⁴⁶⁷ Michael McIlwrath/John Savage, **International Arbitration and Mediation: A Practical Guide**, Kluwer Law International 2010, s. 327

⁴⁶⁸ *Ibid.*, s. 343.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, s. 343.

⁴⁷⁰ Noah Rubins, “Particularities When Dealing With State Entities”, in Günther J. Horvath and Stephan Wilske (eds), “Guerrilla Tactics in International Arbitration”, *International Arbitration Law Library, Volume 28*, Kluwer Law International 2013, pp. 69 – 93, s. 90.

açma yasağı tedbirleri almakta⁴⁷¹ ve karara uymayan tahkimi kazanmış kişileri aşağıda görüleceği üzere çeşitli yaptırımlara tabi tutmaktadırlar. İsviçre tahkim hukukunda; dava açma yasakları dâhil, “normalde yerel hukukta tanınmayan” çeşitli tedbirlere hükmetme konusunda hakemlerin yetkisi açıkça tanınmaktadır⁴⁷². Ancak bu tür tedbirleri geniş yorumlayan hukuk sistemlerinde bile; kendiliğinden tenfiz edilebilir (*self-executing*) olmayan kararlara tarafça gönüllü şekilde uyulmaması riski her daim olduğundan, hakemlerin kararını icra ettirebilecek mahkeme yardımının da hazır tutulduğu haklı olarak vurgulanmaktadır⁴⁷³.

Mahkemeler tarafından verilen tedbir niteliğindeki kararlara uymamanın, bazı yaptırımları vardır. Zira aşağıda görüleceği üzere *imperium* doktrini gereği; egemen bir devletten yetkisini alan hâkimlerin kararına uymamanın sonuçlarına, taraflar katlanmalıdır yoksa kolluk kuvvetleri ile icra memurları vasıtasıyla kararın cebren yerine getirilmesi söz konusu olabilmektedir. Ayrıca; karara uymada gecikmenin bile yaptırıma bağlanması, gündeme gelebilmektedir. Oysaki hakemlerin; aleyhine hükmettikleri tedbire tarafın gönüllü olarak uymasını beklemek dışında, kendiliğinden kararı icra ettirmesi mahkemelerin aksine mümkün değildir. Hatta taraf dava açma yasağına uysa veya uyacağını belirtse bile, sonradan bu kararından vazgeçebilir. Tüm bu risklere rağmen ve hakemlerin aşağıda tartışılacak sınırlı yaptırımlara da başvurmadağı hallerde, davalının dava açma yasağına neden uyduğu ilgi uyandırmaktadır. Ortada herhangi bir yaptırım söz konusu değilken; tarafın ihtiyari olan hakem tedbir kararına uymasını, öncelikle salt manevi gerekçelerde aramak gerekir.

Kanımızca tarafın tahkim sözleşmesini ihlal ederek uyuşmazlığı başka foruma çekmesinin temel sebepleri arasında, tahkime güvenmemesi veya diğer bir ifade ile kendi forumuna güvenmesi yer almaktadır. Bu nedenle tarafın dava açma yasağını uymasını sağlamak için, hakem heyetince yapılacak ikna çalışması oldukça önemlidir. Örneğin tarafın çağrılarak veya başkaca yöntemle; neden *prima facie* yetkili olan hakem heyeti önünde uyuşmazlığı görmekten kaçındığına dair

⁴⁷¹ *Ibid.*, s. 72,86.

⁴⁷² Melissa Magliana, “Commentary on the Swiss Rules, Article 26 [Interim measures of protection]”, in Manuel Arroyo (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International 2013, pp. 519-530, s. 521.

⁴⁷³ Magliana, *a.g.e.*, s. 524; Redfern / Hunter / Blackaby / Partasides, *a.g.e.*, s. 415; Vagts, *a.g.e.*, s. 62-63; tahkimin bağımsızlığı büyük ölçüde devlet mahkemelerinin, tahkime ne kadar az müdahalede bulunduğu ile alakalı olmakla beraber, mahkeme yardımı özellikle de hakemlerin atanması, geçici hukuki koruma önlemlerinin verilmesi gibi hususlarda gerekli olacağı hakkında bkz. Ghani, *a.g.e.*, s. 17 vd.; Schaefer, *Court Assistance*, s. 522-530; Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 296.

gerekçelerinin dinlenerek ikna edilmesi de, doğru bir yöntem olacaktır. Taraf; örneğin tahkim sözleşmesini kendi hür iradesiyle geçerli şekilde kurduğunu kabul edip, dava açsa bile yapılacak tahkim itirazının yabancı forumda muhtemelen kabul edileceğini öngörerek dava açmaktan vazgeçebilir. Ayrıca tarafların çoğu zaman milletlerarası ticaretle iştigal eden büyük şirketler oldukları nazara alındığında; bu tür şirketlerin geçerli tahkim sözleşmesi yapmalarına rağmen hakem heyetini görmezden gelmesi veya tahkime zarar verici hareketlerde bulunması, milletlerarası tahkimde kendileri açısından itibar kaybına sebebiyet verecektir. Zira aynı hakemlerle karşılaşma ihtimali hep var olacağından; aynı davalı taraf, bu kez elinin güçlü olduğunu düşündüğü başka bir tahkim davasında subjektif bir önyargı ile karşılaşabileceği zannına kapılabilir. Her ne kadar tarafsızlığa dair kurallar dikkate alınarak; aynı hakemin aynı tarafın olduğu tahkim davasında yer almamasına dikkat edilmekte ise de genel olarak tahkim ihlalini sürekli gerçekleştirerek bir bakıma tahkimde hayali bir kara listeye girmek, elbette muhtemel sonraki tahkim davalarını etkileyecektir. Aynı hakemler olmazsa da, aynı kurum ve aynı sekreteryaya ile karşılaşılması daha olağan olacaktır. Ayrıca geçerli tahkim sözleşmesine rağmen; tahkim yargılamasından kaçınan tarafa karşı hakem heyeti, bu davranıştan yola çıkarak ihlalde bulunan tarafın somut uyuşmazlıkta haklı olmadığı yönünde olumsuz bir çıkarımda (*adverse inference*) da bulunabilirler⁴⁷⁴. Elbette teorik olarak bu tür bir olumsuz çıkarıma varmamak gerekir zira taraf haklı olsa bile; başkaca sebeplerle tahkimden kaçınıyor olabilir ve bu tür bir subjektif yaptırım, ihlalde bulunan taraf üzerinde her zaman etkili ve hakkaniyetli olmayacaktır.

Tarafı uymaya iten diğer bir sebep de şudur: İhlalde bulunan taraf, her zaman maddi açıdan güçlü biri olmayabilir. Bu durumda zayıf taraf; daha ucuz gördüğü mahkeme yargılamasına başvurmayı, tahkim sözleşmesini ihlal pahasına isteyebilir. Diğer yandan birden fazla forumda dava açarak zayıf tarafı yıpratma ve tahkim

⁴⁷⁴ Vishnevskaya, **a.g.e.**, s. 212; mahkemelerin aksine, tarafların hakemlerle daha çok görüştüğü ve içli dışlı oldukları söylenebilir. Bu nedenle tarafların; hakemler tarafından aleyhlerine yoruma sebebiyet verecek şekilde, hareket etmekten kaçındıkları vurgulanmaktadır. Ancak ilk defa tahkimde dava açan tarafın; delil sağlanması dahil hakem tedbirlerine uyma konusunda, “tecrübeli” tarafa nazaran daha temkinli hareket edebileceği de haklı şekilde vurgulanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Alexander Sevan Bedrosyan, “Adverse Inferences in International Arbitration: Toothless or Terrifying?”, **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Vol. 38, Iss. 1 [2016], Art. 5, 241-273, s. 266-267; ICC tahkim davalarında genellikle “olumsuz çıkarımda bulunma” taleplerine sıcak bakılmadığı ve 36 ICC davasından 12 tanesinde bu yöneme başvurulduğu ve sadece 7’sinde yapılan çıkarımın nihai hakem kararında etkili olduğu konusunda bkz. Simon Greenberg/Felix Lautenschlager, “Adverse Inferences in International Arbitral Practice”, **ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol 22/Number 2 – 2011**, 43-56, s. 49-50.

sürecini engelleme yoluna gidebilen taraf; yokluğunda davaya devam edilerek nihai hakem kararının verilmesi ve farklı ülkelerde tenfiz edilmesi riskini de düşünerek, dava açma yasağına uymada karar kılabilir. Ayrıca yukarıda vurgulandığı üzere, tahkim süreci mahkeme yargılamasına göre oldukça kısa ve hızlıdır. Kaldı ki devlet-yatırımcı arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının devlet mahkemelerinde uzun yıllar aldığı da düşünüldüğünde taraf; tahkim yargılamasının daha erken sonuçlanacağını da öngörerek ve özellikle de başka ülkelerde malvarlıkları varsa, devlet yargılamasından vazgeçerek tahkime devam etmeyi seçebilir. Bu bağlamda kanımızca; tahkim sözleşmesini ihlal eden tarafın yokluğunda da (*ex parte*) yargılamaya devam edilebilmesi imkânı da, caydırıcı bir nitelik taşıyan manevi sebeplere örnek verilebilir. Zira davalı taraf; kendi ülkesinde hangi kararı alırsa alsın, davacının lehine nihai hakem kararı daha erken çıktığında bu karar NYS (1958) uyarınca diğer ülkelerde tenfiz edilebileceğinden; tahkime gitmek istemeyen taraf usulünce çağrılmasına rağmen gitmediği için, *ex parte* devam eden tahkim davasını tamamen görmezden de gelemeyecektir.

Her ne şekilde olursa olsun; dava açma yasağı tedbirine ve ikna çalışmalarına rağmen, davalının başka forumlarda davayı görmekte ısrar etmesi de pekâlâ mümkündür. Bu durumlarda; yukarıda tartıştığımız salt manevi çekinceler işe yaramamakta, birtakım maddi yaptırımların da gerek hakem heyetince gerek mahkemeler tarafından devreye girmesi zorunluluğu doğmaktadır. Çoğunluğu mahkemeler tarafından verilebilen bu tür yaptırımları aşağıda değerlendirecek, hakemlerce başvurulabilen sınırlı ve tartışmalı bazı yaptırımlara da değineceğiz.

2. Uymama Hali ve Yaptırımlar

a) Hakem Yaptırımları

Öğretide haklı şekilde vurgulandığı üzere tahkim şartı dâhil, yetki sözleşmeleri genellikle uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce yapılmaktadır⁴⁷⁵. Uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra ise tarafların uzlaşarak, bir forumda anlaşması oldukça nadir rastlanan bir durumdur⁴⁷⁶. Dolayısıyla belki de yıllar evvel yaptığı bir tahkim sözleşmesiyle; uyuşmazlık çıktıktan sonra çeşitli gerekçelerle uymak istemeyen taraf, kararlaştırılan forumdan kaçma yöntemlerine başvurabilmektedir. Elbette uyuşmazlık çıktıktan

⁴⁷⁵ Gary B. Born, **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing**, 5th edition, Kluwer Law International, 2016, Bkz. Bölüm 3. (*Forum Selection Agreements*).

⁴⁷⁶ **Ibid.**

sonra; forum konusunda istisnai de olsa anlaşılmak, belki de yıllar önce yapılmış bir tahkim sözleşmesine nazaran daha az uymama riski barındıracaktır. Tarafların her zaman tedbirlere gönüllü şekilde uymayacağını öngören hakemler de, milletlerarası tahkimde bazı yaptırımlara başvurabilmektedir. Dava açma yasaklarına uymama halinde hakemlerin başvurabilecekleri yaptırımlar, mahkemeler tarafından verilebilecek yaptırımlara göre daha sınırlıdır. Zira hakemlerin verebilecekleri yaptırımlara ek olarak; egemen bir devletten yetkisini alan devlet mahkemeleri, başkaca yaptırımlar da öngörebilmekte örneğin üçüncü kişileri bağlayıcı tedbirler alabildikleri gibi hapis cezası gibi daha ciddi yaptırımları da öngörebilmektedirler. Hakemler tarafından verilebilecek yaptırımlar genel olarak; masraf paylaşımında tahkim sözleşmesi ihlalinin dikkate alma, paralel davalardan kaynaklı zararlar ve masrafların tazminine hükmetme, periyodik para cezalarına hükmetme (*astreinte*) ve tartışmalı olmakla beraber mahkeme yardımını da alarak cezai nitelikli tedbirlere hükmetme şeklinde sıralanabilir. Bu şartları aşağıda ele alacağız.

Dava açma yasağına uymayarak tahkim şartı veya sözleşmesini ihlal eden tarafa karşı uygulanabilecek yaptırımların başında; taraflar arasında yargılama masrafları paylaşılırken (*allocation of costs*) bu ihlalin, davalı aleyhine bir ölçüt olarak ele alınması gelmektedir. Hatta öğretide haklı olarak vurgulandığı üzere; dava açma yasağına rağmen ihlalde bulunan taraf, hakemlerin kendilerini yetkili görerek yaptıkları yargılama sonucunda “davayı kazansa bile” masraf paylaşımında bu husus yaptırım sebebi olarak dikkate alınabileceğinden bu caydırıcı bir etki doğurmaktadır⁴⁷⁷. Her ne kadar milletlerarası ticari tahkimde; kaybeden tarafa yargılama masraflarının yükletilmesi esas ise de, gerek tarafların anlaşması gerek başkaca sebeplerden dolayı hakem heyetinin esnek şekilde farklı yöntemlere başvurmasında kanımızca sakınca yoktur. Zira milletlerarası tahkim düzenlemelerinde hakemlere bu serbesti tanınmakta ve hakem kararlarında da bu esnekliğe rastlanmaktadır. 2015 tarihli Milletlerarası Tahkimde Masraf Kararlarına İlişkin ICC Komisyon Raporu’nda (“ICC Raporu”) da bu husus açıkça vurgulanmıştır⁴⁷⁸. Belirtilen ICC Raporu’nda; hakemlerin masrafları paylaştıran dikkate aldıkları hususlar (*cost allocation considerations*) arasında, tarafların uygun

⁴⁷⁷ Vishnevskaya, **a.g.e.**, s. 211; Mosimann, **a.g.e.**, s. 125; diğer olumsuz çıkarım (*adverse inference*) halleri için bkz. Greenberg/Lautenschlager, **a.g.e.**, 45 vd.; Bedrosyan, **a.g.e.**, s. 260 vd.

⁴⁷⁸ ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 - Issue 2, s. 14.
<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf> (Erişim, 21.09.2017).

olmayan ve kötü niyetli davranışları (*improper conduct/bad faith of the parties*) da sayılmıştır. ICC Raporu'nda da vurgulandığı üzere, birçok milletlerarası tahkim kurallarında⁴⁷⁹ ve bazı ulusal tahkim kanunlarında⁴⁸⁰ hakemlerin bu yönde takdir yetkisi açıkça tanınmıştır. ICC Raporu'na göre tarafın; “tahkimin hızlı ve mümkün olduğunca masrafsız yürütülmesini” engellediği durumlarda, bu tür bir engelleme “gecikmeye veya masrafların artmasına sebebiyet vermezse bile” hakemlerin bu tarafa yaptırım uygulama yetkileri vardır.

ICC Raporu; konumuz açısından oldukça önemli prensipler getirerek, çalışmamızın birçok yerinde vurguladığımız görüşümüzü desteklemektedir. Zira ICC Raporu; ne tür davranışların bu değerlendirme kapsamına girebileceğini örneklendirirken, “tahkim öncesinde tahkimden kaçınma, tahkim sözleşmesini ihlal ederek paralel mahkeme yargılamasına başvurma, tahkimi bilinçli olarak engellemeye dönük saldırgan taktikler (*guerrilla tactics*), hakemlere karşı sürekli haksız itirazlarda bulunma ve gereksiz mahkeme yargılamalarında bulunmayı” da saymıştır⁴⁸¹. Dikkat edilirse raporda belirtilen tüm bu sebepler, aynı zamanda dava açma yasağı tedbirine hükmedilmesinin de temel gerekçelerini oluşturmaktadır. Dolayısıyla dava açma yasağı tedbiri; bir bakıma gönüllü şekilde tahkim sözleşmesine uymayarak paralel dava açan tarafı, bu ihlal nedeniyle aleyhine hükmedilecek dava masraflarına dair bir uyarı niteliği taşımaktadır. ICC Raporu; tahkim yeri mahkemesinin “gerekli ve uygun” müdahalesinin bu noktada problem yaratmayacağını ancak tahkim yeri dışındaki forumlarda tamamen bağımsız ve paralel davaların açılmasının, masraf kararlarının ihlalde bulunan tarafa yükletilmesinde oldukça etkili olacağı vurgulanmıştır⁴⁸².

Taraflardan birinin tahkime dönük zarar verici ve engelleyici davranışları, her zaman olmazsa da çoğu zaman diğer tarafın zarara uğramasına sebebiyet vermekte

⁴⁷⁹ ICC Tahkim Kuralları (2012) madde 37/f.5:

“In making decisions as to costs, the arbitral tribunal may take into account such circumstances as it considers relevant, including the extent to which *each party has conducted the arbitration in an expeditious and cost-effective manner.*”

⁴⁸⁰ Brazilian Arbitration Act, Art. 27:

“The arbitral award shall decide on the parties' responsibility regarding the costs and expenses of the arbitration, as well as on any amounts resulting from *bad faith litigation*, as the case may be, with due respect to the stipulations of the arbitration agreement, if any”.

⁴⁸¹ ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 - Issue 2, s. 14-15.

⁴⁸² ICC Dispute Resolution Bulletin 2015 - Issue 2, s. 15:

“Although most arbitration rules and national statutes permit necessary and appropriate court support for arbitration at the seat or the place of enforcement, which is consistent with the New York Convention, the tribunal may consider *certain proceedings to be an abuse of the arbitration process and may take that into account when deciding on costs.*”

ve bu zararın tazmini ihtiyacı söz konusu olmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken ise, bu zararın esas tahkim davasında uyuşmazlık konusu meblağ olmadığı fakat salt tahkim sözleşmesinin ihlal edilmesinden ya da dava açma yasağının ihlal edilmesinden doğan zarar (*damage as a consequence of the breaching arbitration agreement*) olduğudur. Diğer bir ifadeyle talep edilen zarar ile dava açma yasağına uymama yani tahkim sözleşmesinin ihlali arasında bir uygun illiyet bağı olmalıdır. Örneğin A ile B arasındaki satım sözleşmesinin kötü ifasından kaynaklı bir uyuşmazlıkta; hakem heyeti önünde 1 milyon USD tutarında tazminat talep edilmiş ancak B, kendi ülkesinde dava açarak A'nın 100.000 TL ek masrafa (B'nin ülkesinde avukat tutma, yol masrafları, yüklü miktarda teminat yatırma vs.) girmesine sebebiyet vermiş olsun. Bu örnekte ana meblağ olan 1 milyon USD dışında, ihlalden kaynaklanan 100.000 TL de hakemlerden kanımızca talep edilebilecektir. Bu noktada bu tür masrafların; hakem önündeki uyuşmazlık kapsamına girmeyeceği düşünülse de, sonuçta dava açma yasağı tedbiri ile tahkim sözleşmesinin ihlali söz konusu olduğundan bu tür bir endişe yersiz olacaktır. Nitekim tüm tartışmalara rağmen bir ICC davasında⁴⁸³ hakem, tedbire uyulmadığı takdirde bundan doğacak zararların da tahkimde karara bağlanabileceğini belirtmiştir. Yukarıda kısmen tartıştığımız bir ICC davasında⁴⁸⁴; hakem heyeti tarafından verilen dava açma yasağına uymayarak Türkiye'de dava açan Türk tarafa karşı hakem, diğer tarafın Türkiye'deki avukatlık ödemeleri başta olmak üzere ihlalin sebep olduğu masrafların tazminine karar vermiştir.

Genel olarak tahkimde ve de bazı ülke mahkemelerinin *lex forilerinde*; Amerikan ve İngiliz mahkemelerinin sıklıkla başvurduğu, “mahkemeye saygısızlık veya karşı gelme” (*contempt of court* veya *contempt*) yaptırımını yoktur. *Contempt* sadece mahkeme tarafından verilen kararlara uymama halinde değil; aynı zamanda, mahkemede saygısızca davranan taraflar ile avukatlara karşı da uygulanan önemli bir yaptırımdır⁴⁸⁵. Hem medeni hukuk hem de ceza hukukunda uygulama alanı bulan bu prensibin, egemen bir devletten gücünü almayan hakem heyetince aynı şekilde kullanılması imkânı yoktur. Örneğin bir davada davacı; davalıdan ticari defterlerin ibrazını istemiş ve Amerikan mahkemesi tarafından bu talep uygun görülmüşse, davalının bunu yerine getirmesi gerekir aksi durumda *contempt* yaptırımını ile

⁴⁸³ ICC Case No. 8307.

⁴⁸⁴ ICC Case No. 8887.

⁴⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Jacob S. Ziegel, “Some Aspects of the Law of Contempt of Court in Canada, England, and The United States”, **McGill Law Journal** [Vol. 6 No. 4], s. 229-266.

karşılaşabilir. Oysaki hakem tarafından verilen bir tedbire karşı çıkmak, *contempt* yaptırımına sebebiyet vermez çünkü belirtildiği üzere hakemlerin verdikleri kararları uyulmasını cebren sağlama yetkileri yoktur. *Contempt* halinde olduğuna karar verilen bir kişi; para cezası, hapis cezası⁴⁸⁶ veya başkaca yaptırımlarla mahkemelerde karşılaşabilmektedir. Bu tür yaptırımın olmadığı Fransa gibi ülkeler ve de devlet mahkemeleri olmadıklarından bu tür bir yetkisi olmayan hakemler; medeni hukuk alanında, ihlalin devamı süresince periyodik para cezalarına hükmetmeyi (*astreinte*) seçmektedirler. Örneğin bir Fransız mahkemesinin veya Paris'teki ICC tahkim davasında tarafa dönük dava açma yasağı tedbiri veya başkaca tedbir kararı verilerek; tarafın bu tedbire uymadığı her bir gün için 10,000 Euro para cezasının (*astreinte*) öngörülmesi, bu türden bir yaptırımdır. Uygulamada bazı ICC davalarında⁴⁸⁷, “tarafarla aksi kararlaştırılmadıkça ve *lex arbitri* de aksini belirtmedikçe” verilen tedbirin periyodik bir para cezası ile desteklenebileceği belirtilmektedir. Bu tür yaptırım, gerek tahkimde⁴⁸⁸ gerek kavramın ortaya çıktığı Fransız hukukunda⁴⁸⁹ sıklıkla kullanılmaktadır.

⁴⁸⁶ Global düzeydeki malvarlığı dondurma tedbirleri (*worldwide freezing order*); *Common Law* sisteminde uygulanabilmekte ve bu tür ağır tedbirlere uymayan taraflar, *contempt* yaptırımı çerçevesinde hapis cezası alabilmektedir. Hatta bu tür tedbirler, yabancı vatandaşları da etkileyebilmektedir. Bu yönde verilmiş *Alfa-Bank v Reznik*, [2016] EWHC B21 (Comm) davası kanımızca oldukça ilginç bir davadır. Zira Rus işadamı davalı Bay Reznik ile banka arasında Londra’da LCIA tahkimi kararlaştırılmış ve tahkime müdahale etmesi istenen ticaret mahkemesi, davalı aleyhine tüm malvarlığı dondurma tedbirine hükmetmiştir. Davalının buna uymaması akabinde ise mahkemece, Rus işadamı aleyhine *contempt* uyarınca 18 ay hapis cezası verilmiştir. Davalı İngiltere dışında bulunduğu için ceza uygulanamamış ancak sonradan özür dileyip, tedbire geç de olsa uyan davalıya karşı; mahkeme, “istisnai şekilde” cezayı kaldırmıştır. Kanımızca bu dava; İngiltere’de tahkim şartı öngörmeyi düşünen Türk gerçek ve tüzel kişiler için de çok önemlidir zira tahkimde yetkili mahkemeden; Türk hukukuna yabancı bir tedbir verilip de davalı buna uymadığında, *contempt* kapsamında bir tahkim davasında da ağır cezai yaptırımlar söz konusu olabilecektir.

⁴⁸⁷ ICC Case No. 7895; diğer davalar için bkz. Vishnevskaya, *a.g.e.*, s. 211.

⁴⁸⁸ Vishnevskaya, *a.g.e.*, s. 212; *astreinte* yaptırımının, her zaman etkili olmayacağından hareketle mahkeme müdahalesinin gerekliliği olduğu konusunda bkz. Poudret/ Besson, *a.g.e.*, s. 539 vd.; hakemlerin verecekleri tedbir kararlarını para cezası veya tazminat yaptırımına bağlayıp bağlayamayacakları hususunun tartışmalı olduğu, bu imkan kabul edilse bile yaptırım sonucu yapılacak para cezası ile cezai tazminat tahsilatının ancak hakem kararının tenfizi sonrasında yapılabileceği konusunda bkz. **Milletlerarası Tahkimde Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Sempozyum Bildiriler – Tartışmalar 11 Nisan 1997, 43. Yıl, (1954-1997)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1997, s. 212.

Belçika Medeni Usul Kanunu madde 700.4 de hakemlerin bu yetkisini açıkça tanımaktadır:

“The arbitral tribunal shall set the necessary investigative measures unless the parties authorise it to entrust this task to one of its members.

It may hear any person and such hearing shall be taken without oath.

If a party holds a piece of evidence, the arbitral tribunal may enjoin it to disclose the evidence according to such terms as the arbitral tribunal shall decide and, *if necessary, on pain of a penalty payment...*”

⁴⁸⁹ Gilles Cuniberti, “Does Astreinte Belong to Enforcement?”, 2009, <http://conflictoflaws.net/2009/does-astreinte-belong-to-enforcement-i/> (Erişim, 22.09.2017).

Devlet mahkemelerinin aksine; hakemlerin yukarıdaki tedbirleri vermesi bile tartışmalı iken, cezai nitelikli yaptırımlara hükmetme yetkileri yoktur. Örneğin bir hakemin, verdiği karara uymayan tarafı hapse koyma gibi bir yetkisi olamaz. Her ne kadar İsviçre hukukunda bazı yazarlar tarafından cezai yaptırıma izin veren bu radikal görüş dile getirilmişse⁴⁹⁰ de; hakemlerin İsviçre mahkemeleri yerine geçerek, kamu hukukunu ilgilendiren cezai yaptırımlara İsviçre Ceza Kanunu madde 292'ye dayanarak hükmedemeyecekleri vurgulanmaktadır⁴⁹¹. Hakemlerin; mahkemeler gibi cezai yaptırımları da içeren geniş yetkilere sahip olmaması, elbette mahkemeye yardım için başvurulmasını engellemez. Örneğin İngiltere'deki bir tahkimde verilen hakem tedbir kararına uyulması için; İngiliz mahkemesine başvurularak, davalının bu tedbire uyması istenebilir. Mahkeme bu talebi uygun bulduğunda; artık tedbir talebi salt bir hakem tedbir emri olmaktan çıkıp, İngiliz mahkemesi kararı formuna bürünecektir ki bu tedbire artık karşı çıkmanın *contempt* gibi hapis cezasını da barındırabilen ağır sonuçları olacaktır⁴⁹². İsviçre hukukunda ise Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 182/f.2 gereği ilginç bir şekilde taraflara değil, sadece “hakem heyetine” mahkemeye yardım için başvurma imkânı tanınmıştır. Hakem heyeti tarafından İsviçre mahkemesi önüne getirilen bir tedbir; kamu düzenine aykırı değilse, bu tedbiri veya bu hukuka yabancı bir tedbir olmasına rağmen İsviçre hukukunda uygulanan başka bir tedbire çevrilebiliyorsa mahkeme “yeni bir karar” vererek bu tedbiri yaptırıma bağlamaktadır⁴⁹³.

Bu kısımda son olarak tartışmalı ve önemli bir soruya daha değinmekte yarar görüyoruz: Kıta Avrupa hukuk sistemlerinin aksine *Common Law* sistemlerinde mahkemelerce sıklıkla uygulanan cezai tazminatlara (*punitive damages*) hükmetme yetkisi hakemlere de tanınmalı mıdır? Amerikan Yüksek Mahkemesi; 1995 yılındaki *Mastrobuono* davasında⁴⁹⁴ verdiği kararla hakemlerin de cezai tazminata hükmedebileceğine karar vermiştir. Bu karar birçok tartışmayı da beraberinde getirmiş örneğin bu tür bir hakem kararının NYS (1958) uyarınca başka ülkede tenfizinin nasıl olacağı tartışılmıştır⁴⁹⁵. Bu yönde bir kararın; bu tür tedbirleri özel hukuk değil ceza hukuku kapsamında değerlendiren⁴⁹⁶ Türkiye gibi ülkelerde, nasıl

⁴⁹⁰ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Vishnevskaya, **a.g.e.**, s. 212.

⁴⁹¹ Magliana, **a.g.e.**, s. 524.

⁴⁹² Vishnevskaya, **a.g.e.**, s. 213.

⁴⁹³ Magliana, **a.g.e.**, s. 524-525.

⁴⁹⁴ *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.* (94-18), 514 U.S. 52 (1995).

⁴⁹⁵ Markus A. Petsche, “Punitive Damages in International Commercial Arbitration: Much Ado about Nothing?” **Arbitration International, Volume 29 Issue 1, pp.89-104**, s. 90

⁴⁹⁶ Ekşi, **Lex Mercatoria**, s. 160-166.

karşılanacağı haklı bir sorudur. Gerçekten de bu tür tazminatlar cezalandırma amaçlı olup; normalde talep edilen tazminattan ayrı olarak, kötü niyetli davranan davalı aleyhine hükmedilmektedirler. Nadiren de olsa İngiltere, ABD, Kanada, Avustralya ile Yeni Zelanda gibi ülkeler arasında cezai tazminata hükmedilen kararların tanınması ve tenfizi mümkün iken⁴⁹⁷; Türkiye, Almanya, Fransa, İsviçre gibi ülkelerde mahkemelerce bile verilemeyen bu tür ağır ve cezai nitelikli yaptırımların hakemler tarafından da verilemeyeceği şimdilik söylenebilir.

Sonuç olarak; hakemler tarafından dava açma yasaklarına uyulmasını sağlamak amacıyla başvurulabilecek yaptırım türleri genel olarak bunlar olmakla beraber, milletlerarası tahkimin sürekli güncellenen yönü dikkate alındığında, bu listenin tüketici olmadığı ve sürekli gelişeceğini vurgulamak yanlış olmayacaktır.

b) Mahkeme Yaptırımları

Yukarıda belirttiğimiz üzere dava açma yasağı ile diğer tedbirlere uymama halinde hâkimlerin başvurabilecekleri yaptırımlar, hakemler tarafından verilebilecek yaptırımlara göre daha geniştir. Zira hakemlerin verebilecekleri yaptırımlara ek olarak; egemen bir devletten yetkisini alan devlet mahkemeleri, başkaca yaptırımlar da öngörebilmekte örneğin üçüncü kişileri bağlayıcı tedbirler alabilecekleri gibi hapis cezası gibi daha ciddi yaptırımlara da karar verebilmektedirler. Örneğin yukarıda değindiğimiz “mahkemeye saygısızlık veya karşı gelme” (*contempt*) yaptırımı mahkemelerin elini oldukça güçlendirmektedir. Bu yetkinin sonucu olarak da para cezası, hapis veya başkaca ağır yaptırımlara karar verilebilmektedir. Türk hukukunda da *contempt* birebir aynı şekilde yer almamakla beraber, HMK madde 32/f.1 gereği hâkimlerin yargılama düzenini sağlama ve bu düzeni bozmaya yönelik davranışları engelleme yükümlülükleri vardır. Bu nedenle bazen kişilerin dışarıya çıkarılmasına karar verilebildiği gibi, karar verilirken ayağa kalkılmasını sağlama⁴⁹⁸ gibi usullerden de bahsedilmektedir.

Kişinin bu şekilde zorlanması düzenlenmediği hukuk sistemlerinde ise; mahkemeler, *contempt* kadar ağır olmasa da özel hukuk alanında ihlalin devamı

⁴⁹⁷ Petsche, **a.g.e.**, s. 94.

⁴⁹⁸ Bu konuda yapılan bir değerlendirme için bkz. T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2016/9-257 K. 2017/926 T. 10.5.2017:

“Yasa Koyucu duruşma sırasında kimin nasıl davranacağını ya da nasıl davranmayacağını özel olarak düzenlememiştir.

Bunu düzenlemeye gerek görülmemesinin temel nedenin bu alanın çok geniş olması ile birlikte Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanan mahkemelerde herkesin asgari nezaket ve saygı çerçevesinde davranacağını ön görülmesidir. Mahkemeye saygı hem duruşmada, hem yazılanlarda, hem de duruşma dışında gözetilmelidir.”

süresince periyodik para cezalarına hükmetmeyi (*astreinte*) seçebilmektedirler⁴⁹⁹. Türk hukukunda geçici hukuki koruma ile beraber günlük periyodik para cezası kanunda öngörülmemiş ise de; HMK madde 398'e göre, "emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimsenin bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi" ile cezalandırılabilceği açıkça düzenlenmiştir.

Tedbir veya başkaca mahkeme kararlarına taraflarca uyulmasını sağlama; diğer bir ifade ile bu kararların icrasını sağlama, aslında medeni usul ile icra hukukunun kapsamına girmektedir. Milletlerarası özel hukukta; icra ve usule ilişkin meseleler ise, *lex fori*ye tabi tutulmaktadır⁵⁰⁰. Bunun doğal sonucu olarak da her mahkemenin; taraflara dönük verebilecekleri tedbir türleri birbirinden farklı olabileceği gibi, taraflara dönük uygulayabilecekleri yaptırımlar da farklılık gösterebilecektir. Her ülkenin sistemini burada ele alamamakla beraber; bu farklılığa şu örnek verilebilir: İngiltere ve ABD'de *contempt* yaptırımı varken; Fransa'da *astreinte*, Türk hukukunda ise uymama halinde icra memurları vasıtasıyla işlemi cebren yaptırma veya HMK madde 398'deki yaptırım söz konusu olmaktadır. Ancak uygulamada sadece tahkimi desteklemeye değil, aynı zaman da tahkimi engellemeye dönük de ağır yaptırımların uygulandığı bilinmektedir. Dolayısıyla tarafın, bu tür tahkimi engellemeyi hedefleyen dava açma yasaklarına uymasının gerekçelerine de bakmakta yarar vardır.

Yukarıda tartıştığımız 2016 tarihli Polonya'da Krakow Temyiz Mahkemesi'nde görülen davada⁵⁰¹ davacı; davalı aleyhine, tahkime devam etmeme (*anti-arbitration injunction*) tedbiri istemiş ve uyulmadığı zaman da 200,000 Polonya Zlotisi tutarında para cezasına da hükmedilmesini talep edilmiştir. Bölge mahkemesince kabul gören bu talep, Krakow Temyiz Mahkemesi tarafından kesin bir şekilde reddedilmiştir. Bu konuda belki de en önemli kararlardan biri de *Karaha Bodas* davasıdır⁵⁰². Bu davada 1998 yılında *Karaha Bodas* şirketi; Endonezya

⁴⁹⁹ Fransa'daki uygulama için bkz. Gilles Cuniberti, "Does Astreinte Belong to Enforcement?", 2009, <http://conflictoflaws.net/2009/does-astreinte-belong-to-enforcement-i/> (Erişim, 22.09.2017).

⁵⁰⁰ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 511-513; yabancı unsurlu özel hukuk ihtilaflarında uygulanacak usulün; davaya bakan hâkimin usulü yani *lex fori* olacağı hakkında bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 327-328; ayrıca bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 176-177; "usul hukukunun *lex fori* hakimiyetinde olmasında, hukuk güvenliği ve dava ekonomisinin belirleyici olduğu" konusunda bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 392 vd.; *lex fori* kapsamında değerlendirilen yargılama hukukuna ilişkin birçok kavram hakkında detaylı bilgi için bkz. Erdoğan, **a.g.e.**, s. 102 vd.

⁵⁰¹ Case No. I ACz 1997/16. (http://arbitrationpoland.com/caselaw/708,krakow_court_of_appeal_order_dated_22_november_2016_case_no_i_acz_1997_16.html) (Erişim, 12.09.2017)

⁵⁰² *KarahaBodas Co v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara ("Pertamina")*, 335 F 3d 357 (5th Cir 2003).

Hükümeti tarafından yatırımının askıya alınmasını gerekçe göstererek, İsviçre’de tahkim başlatmış ve 2000 yılında davacı şirket lehine nihai hakem kararı verilmiştir. 2001 yılında ise; İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, davalı tarafça yapılan kararın iptali talebini reddetmiştir. 2001 yılında *Karaha Bodas* şirketi; NYS (1958) uyarınca nihai hakem kararını tenfiz etmek için, Teksas Bölge Mahkemesi’nde dava açmış ve bu karar onaylanmış fakat temyiz edilmiştir. Tam bu aşamada; davalı *Pertamina* şirketi, Endonezya’da Jakarta mahkemesinde 2002 yılında hakem kararının tenfizini engellemek için tedbir talep etmiştir. *Karaha Bodas* şirketi ise; Teksas’ta temyiz sonuçlanana dek, bu davadan vazgeçilmesi yönünde *Pertamina* aleyhine dava açma yasağı almıştır. *Pertamina* buna rağmen Endonezya’da yargılamaya devam ederek; *Karaha Bodas* şirketinin kararı tenfiz etmemesi yönünde tedbir kararı almış ve bu karara uyulmayıp davaya devam edilen her gün için, 500.000 USD tutarında cezaya hükmedildiğini ve nihai hakem kararının tahkim yeri İsviçre olmasına rağmen Endonezya’da “iptal” edildiğini bildirmiştir. Ancak 2004 yılında Endonezya Yüksek Mahkemesi; alt derece mahkemesi kararını bozarak, yerinde bir kararla ancak İsviçre mahkemelerinin kararı iptal edebileceğini karara bağlamıştır.

Mahkeme tarafından bu tür tedbir kararlar onaylandığında, salt hakem heyeti tarafından tedbir ihlalinde verilen yaptırımlardan daha etkili sonucun ortaya çıkacağı açıktır. Zira onay sonrası artık bir mahkeme ilamı var demektir ve mahkemelerin yaptırım gücü tartışmasız şekilde daha geniştir. Kıta Avrupa hukuk sistemlerinin aksine *Common Law* sistemlerinde; gerek cezai tazminatlar (*punitive damages*) gerek *contempt* yaptırımlarının da olması, mahkemelerin yaptırımlarına dair çeşitliliği ve etkinliği artırmaktadır. Bu tür tazminatlar cezalandırma amaçlı olup, normalde talep edilen tazminattan ayrı olarak kötü niyetli davranan davalı aleyhine hükmedilmektedirler. Yaptırım gücü; hakemlere nazaran daha geniş olan mahkemeler arasında, elbette farklılıklar olacaktır zira bu tür yaptırımlar ile usulleri her mahkemenin kendi *lex foris*ine göre şekillenmektedir.

C. Güncel Bazı Sorunlar

1. Tahkim Öncesinde Dava Açma Yasağı

Çalışmamız boyunca incelediğimiz kararlarda aslında yer yer vurgulamış olmakla beraber, tahkim süreci dışında da dava açma yasağının talep edilip

edilemeyeceğine kısaca göz atmakta yarar görüyoruz. Örneğin henüz bir hakem heyeti oluşturulmamışken; davalının kendi ülkesinde dava açtığını veya açacağını öğrenen davacı, acil durum hakeminden (*emergency arbitrator*) davalı aleyhine dava açma yasağı talep edebilir mi? Böyle bir karar verilse bile bu kararın icra edilebilirliği nasıl olacaktır? Bu karar, asıl hakem heyeti oluşturulduktan sonra ne anlam ifade edecektir?

Bu tür sorular kanımızca, dava açma yasağı talebinin en erken veya en geç ne zaman istenebileceğine dair sorulardır. Tahkim süresince hakemlerce dava açma yasağı dâhil birçok tedbirin verilebileceğini ve buna dair usulleri yukarıda ele almış bulunuyoruz. Oysaki tahkim henüz tam anlamıyla başlamamışken veya tahkim sona ermişken, bu tür tedbirlere başvurabilme imkânını da tartışmak gerekir. Zira henüz kendi yetkisine karar vermiş mevcut bir hakem veya hakemler olmadığı gibi, tahkimin sona erdiği ikinci durumda ise aslında görevi sona ermiş hakemler karşımıza çıkmaktadır. Gerek tahkim düzenlemelerinden gerek uygulamadan birkaç örnekle meseleyi analiz ederek, bu aşamalarda dava açma yasağı imkânını ele alacağız.

SCC Tahkim Kuralları EK II, “acil durum hakemliğini” (*emergency arbitrator*) düzenlemektedir. Bu kısımda yer alan madde 8/f.1; acil durum hakeminin, tedbir taleplerini dosya kendisine tevdi edildikten 5 gün içinde karara bağlayacağını düzenlemiştir. Madde 9 ise SCC Tahkim Kuralları’nı kararlaştıran taraflar için; acil durum hakemi kararlarının bağlayıcı olduğunu fakat oluşturulacak hakem heyetinin, bu ilk ve acil alınan kararlarla bağlı olmayacağı vurgulanmıştır. Bu hususa; tahkim sözleşmesi yaparken dikkat etmekte yarar vardır zira birçok kurumsal tahkim düzenlemesi, aksi kararlaştırılmadıkça kendi tahkim kurallarının seçilmesini “otomatik olarak” acil durum hakem kurallarını ve bağlayıcılığını da kabul etme olarak yorumlamaktadır⁵⁰³. Örneğin; hakemin yetkileri ve kapsamı için EK II madde 1, SCC Tahkim Kuralları madde 37’ye atıfta bulunmuştur. Yukarıda da tartıştığımız madde 37/f.1’e göre ise hakem heyeti (bu durumda “acil durum hakemi”) “uygun gördüğü her türlü tedbire” hükmedebilecektir. Birçok tahkim düzenlemesinde benzer atıf hükmü olduğundan⁵⁰⁴; kanımızca en azından acil durum hakeminin yetkisini,

⁵⁰³ Georg von Segesser/Christopher Boog, “Interim Measures”, in Elliott Geisinger and Nathalie Voser (eds), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, 2nd edition, Kluwer Law International 2013, pp. 107 – 130, s. 128

⁵⁰⁴ ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 29 ve EK V; LCIA Tahkim Kuralları, madde 9; ICDR Tahkim Kuralları madde 37.

esas hakem heyetine göre açıkça sınırlandıran bir düzenleme olmadığını ve acil durum hakeminin de benzer tedbirlere hükmedebileceğini söylemek mümkündür.

SCC Tahkim Kuralları madde 37 ve başkaca milletlerarası tahkim düzenlemelerinden yola çıkarak; hakemlerin, dava açma yasağı tedbirlerine hükmettiklerini yukarıda ele almış bulunuyoruz. Acaba uyuşmazlık konusunun devrini yasaklama, dava açma yasağı, delilleri korumaya alma gibi birçok tedbir kararını acil durum hakemi de verebilecek midir? Öğretide bizim de katıldığımız görüş uyarınca; sonradan asıl hakem heyetinin denetimine tabi olmakla beraber, acil durum hakeminin de asıl hakem heyeti gibi birçok geçici hukuki koruma önlemlerine başvurma imkânı vardır⁵⁰⁵. Aşağıda inceleneceği üzere; UNCITRAL Model Kanunu (2006) uyarınca 2012 yılında tahkim kanunu değiştiren Singapur; açıkça hakem kavramına acil durum hakemini de dâhil etmiş ve hatta daha ileri giderek acil durum hakemi tarafından verilen tedbirlerin tenfiz edilebilirliğini de kabul etmiştir. Ancak bu tür olumlu yaklaşımlara rağmen; tıpkı diğer hakem tedbir kararlarında olduğu gibi, başka taraf ülkelerde NYS (1958) uyarınca tedbirlerin tenfizinin hala problem olabileceği haklı olarak vurgulanmaktadır⁵⁰⁶. Oldukça eski tarihli olan NYS (1958) metninde; acil durum hakeminin hiç olmaması doğal olmakla beraber, acil durum hakemi kararlarının tenfizi bakımından sorunu daha da zorlaştırmaktadır⁵⁰⁷.

Uygulamaya baktığımızda ise, acil durum hakemi tarafından verilen tedbirlerin avantajlı olduğunu ancak yeknesak uygulamanın olmadığını söyleyebiliriz. Zira acil durum hakemi tarafından verilen tedbiri beğenmeyip; mahkemeye başvuran tarafa karşı mahkeme, bu kararın nihai olmadığını ve asıl hakem heyetince yeniden değerlendirileceğini gerekçe göstererek müdahalede bulunma talebini reddedebilmektedir. *Chinmax Medical Systems, Inc v. Alere San Diego, Inc.* davasında⁵⁰⁸ mahkeme; ICDR Acil Durum Hakemi tarafından verilen tedbir kararının, madde 37 uyarınca iptal edilmesi talebini bu gerekçelerle reddetmiştir. Mahkeme ayrıca “nihai olmayan bir karara müdahaleyi gerektirecek kadar olağanüstü bir durum” olmadığını da karara bağlamıştır. *Société Nationale des*

⁵⁰⁵ Redfern/ Hunter / Partasides/ Blackaby, **a.g.e.**, s. 314.

⁵⁰⁶ Dominic Roughton, “Commencing Arbitration: Contemporary Paradoxes and Problems”, in **Albert Jan van den Berg (ed), “International Arbitration: The Coming of a New Age?”**, ICCA Congress Series, Volume 17, Kluwer Law International, 2013, pp. 174 – 193, s. 183.

⁵⁰⁷ Roughton, **a.g.e.**, s. 184.

⁵⁰⁸ Case No. 10cv2467 WQH (NLS) (USDC S.D. Cal. 27 May 2011).

Pétroles du Congo v. Société Total Fina Elf E&P Congo davasında⁵⁰⁹ ICC Tahkim Öncesi Hakem Kuralları'na (*ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure*) göre acil durum hakemi tarafından verilen kararın iptali talebi, Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından reddedilmiştir⁵¹⁰. *Draeger Safety Diagnostics v. New Horizon Interlock* davasında⁵¹¹ ise Amerikan mahkemesi; acil durum hakeminin, davalının kayıt ve raporları teslim etmesini yani bir şey yapmasını öngören bir kararını onaylanmıştır. Acil durum hakeminin; bir şey yapılmasını veya yapılmamasını öngören kararları, bununla da sınırlı değildir. Nitekim *Yahoo v. Microsoft* davasında⁵¹² acil durum hakemi; belirli bir süre içerisinde *Yahoo*'nun yapılan sözleşmedeki yükümlülüklerini ifa etmesini istemiş ve *Yahoo*'nun itirazlarına rağmen, bu tedbir kararı Amerikan mahkemesince onaylanmıştır. Mahkeme; gerekçesini sunarken, acil durum hakeminin de dava açma yasağı kararı verebileceğine dair görüşümüzü destekleyen ibarelere yer vermiştir. Mahkemeye göre acil durum hakemi mevcut durumu korumak (*to restore the status quo*) ve sözleşmeye riayet edilmesini (*to perform contractual obligations*) garantiye almak için, parasal olmayan tedbirlere de hükmedebilecektir.

Öğretide analiz edilen ve bu konuda “ilk” olduğu belirtilen güncel tarihli bir ICSID tahkim davasında; acil durum hakemi tarafından devlete karşı verilen ve ülkeyi belirli bir davranıştan men eden kararın, devlet mahkemesinde uygulandığı bildirilmiştir⁵¹³. Ukrayna'ya karşı SCC Tahkim Kuralları'na göre verilen ve Ukrayna'yı davacının alt şirketine ek ödemeler yüklemekten men eden acil durum hakem kararı⁵¹⁴; Ukrayna Özel ve Ceza Davaları Yüksek Mahkemesi'nce (*High Specialized Court of Ukraine for Civil and Criminal Cases*) kabul edilmiş ve aksi yöndeki karar, düzeltilmek üzere geri yollanmıştır. Acil durum hakeminin; bir egemen ülkeyi bile bir şey yapmaktan men eden tedbir kararının veya davalıları bir şey yapmalarını emreden tedbir kararlarının icra edilebilmesi kanımızca, davalının dava açmamasını öngören dava açma yasağı tedbirlerinin de acil durum hakemi

⁵⁰⁹ *Société Nationale des pétroles du Congo et République du Congo v. Société Total Fina Elf E&P Congo*, Cour d'appel de Paris [CA] [Court of Appeal], 29 Apr. 2003.

Emmanuel Gaillard/Philippe Pinsolle, “The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences”, *Arbitration International*, Vol. 20, No. 1, LCIA, 2004, pp.13-37, s. 34; Ank A. Santens/Jaroslav Kudrna, “The State of Play of Enforcement of Emergency Arbitrator Decisions”, in Maxi Scherer (ed), *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 2017, Volume 34 Issue 1, pp. 1 – 16, s. 3-4

⁵¹⁰ 2011 E.D. Mich., 2011 WL 653651.

⁵¹² 983 F. Supp. 2d 310 (S.D.N.Y. 2013).

⁵¹³ Santens/ Kudrna, *a.g.e.*, s. 7-8.

⁵¹⁴ *JKX Oil & Gas PLC and Poltava Gas B.V. v. Ukraine*, 14 Ocak 2015, detaylı bilgi için bkz. <https://www.italaw.com/cases/3153> (Erişim, 23.09.2017).

tarafından verilebileceği şeklinde yorumlanmalıdır. Yine de uygulamadan; doğrudan acil durum hakemi tarafından verilmiş dava açma yasağı tedbiri örneği vermek, daha ikna edici olacaktır. 2014 yılında Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki Kinşasa Mahkemesi; *Vodacom Int'l Ltd. v. Namenco Energy Ltd.* davasında⁵¹⁵, ICC acil durum hakemi tarafından verilen ve davalı *Namenco* şirketinin dava açarak buradaki davacının alt şirketi hisselerini haczetmesini men eden tedbir kararını onaylanmıştır. Böylece 2013 yılında ICC acil durum hakemi tarafından verilen dava açma yasağı tedbiri, Demokratik Kongo Cumhuriyeti mahkemeleri tarafından tanınıp tenfiz edilmiştir⁵¹⁶. Sonuç olarak acil durum hakemini tüm yönleriyle bu çalışmamızda ele alamamakla beraber; acil durum hakemlerinin, tahkim heyeti henüz oluşturulmadan evvel dava açma yasakları dâhil birçok geçici hukuki koruma önlemine karar verebileceğini ve bu yetkinin uygulamada çeşitli kararlarla teyit edildiğini ileri sürebiliriz.

2. Kararın Tenfiz Edilmemesi Tedbiri (*Anti-enforcement Injunction*)

Yukarıda hakem heyeti henüz oluşturulmadan evvel; taraflardan birinin tahkim sözleşmesini ihlal ederek başka forumda dava açmasını engellemek için, acil durum hakemince dava açma yasağı tedbirinin verilebileceğini belirttik. Benzer şekilde tahkimde nihai karar çıkmış olmasına rağmen; bu kararı beğenmeyen kaybeden tarafın kendi ülkesinde veya başkaca yerde dava açtığı hallerde, kazanan tarafın tahkim sona ermesine rağmen dava açma yasağı talep edip edemeyeceği ve bunu nasıl yapacağına değinmemiz gerekir.

Elbette kaybeden taraf; öncelikle nihai hakem kararının tenfizine engel olmaya çalışacak, kazanan taraf ise bu tür engelleyici girişimlerin sonlandırılması için karşı bir hamle ile dava açma yasağı talep etmeye veya mümkün olduğunca hızlı şekilde hakem kararını tenfiz etmeye çalışacaktır. Dikkat edilmesi gereken ise, tahkim yargılaması sona erdiğinden artık kural olarak göreve devam eden hakem heyeti yoktur⁵¹⁷ ve devlet mahkemeleri devreye girmektedir. Yalnız burada hakemlerin

⁵¹⁵ Tribunal de commerce de Kinshasa [TC] [Commercial Court], Order No. 123/2014 of 28 Mar. 2014. (Santens/ Kudrna, **a.g.e.**, s. 6-7)

⁵¹⁶ Santens/ Kudrna, **a.g.e.**, s. 6-7.

⁵¹⁷ Hakemlerin, gördükleri uyuşmazlık hakkında “nihaî kararı vermeleriyle, prensip olarak dava ile ilgili işlerinin sona ereceği” konusunda bkz. İnci Ataman-Fıganmeşe, “Milletlerarası Ticarî Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrolle Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri”, **MHB (2011), 35-81**, s. 37-39 (*Mükerrer Kontrol*); birçok ülke tarafından kabul gören NYS (1958) sistemi ortadayken, MTK kapsamında yani hususların tekrarına gerek olmadığı eleştirisi *Şanlı* tarafından kanunun hazırlanması tartışmalarında dile getirilmiştir. Bkz. **Milletlerarası Tahkimde Yasal Bir**

nihai karardan sonra da görevlerinin devam edip etmeyeceği veya nereye kadar devam edeceği de, ilginç bir soru olarak karşımıza çıkabilmektedir. Yine de tahkim davası henüz devam ederken; devlet mahkemesindeki paralel yargılamada karar çıkmışsa, tahkimdeki davacı hakem heyetinden bu mahkeme kararlarının tenfizini engellemek (*anti-enforcement injunction*) için tedbir isteyebilecektir. Taraf; tahkim davası sonuçlanmış ise hakemler yerine, tenfiz ülkesi veya tahkim yeri ülke mahkemesinden de paralel yargılamayı ve yabancı forumlarda verilen kararların tenfizinin engellenmesini talep edebilmektedir. Tüm bu tür taleplerin uygunluğu ve uygulamasına göz atmakta yarar görüyoruz.

Yukarıda tartıştığımız *KBC v. Petramina* davasında⁵¹⁸ *Karaha Bodas* şirketi, Endonezya hükümeti tarafından yatırımının askıya alınmasını gerekçe göstererek İsviçre’de tahkim başlatmış ve 2000 yılında lehine nihai hakem kararı almıştır. 2001 yılında *Karaha Bodas* şirketi; NYS (1958) uyarınca nihai hakem kararını tenfiz etmek için, Teksas bölge mahkemesinde dava açmış ancak *Pertamina* şirketi, 2002 yılında kararın tenfizini engellemek için Endonezya’da Jakarta mahkemesinde tedbir (*anti-enforcement injunction*) talep etmiştir. *Karaha Bodas* şirketi ise; Teksas’ta temyiz sonuçlanana dek, bu davadan vazgeçilmesi yönünde *Pertamina* aleyhine karşı bir tedbir kararı almıştır. *Belize Social Development Limited v. Government of Belize* davasında⁵¹⁹ ise; 2008 yılında başlatılan LCIA tahkim yargılaması, 2009 yılında davacı *Telemedia* şirketi lehine sonuçlanmıştır. Ancak aynı yıl Belize Yüksek Mahkemesi’nde görülen davada; *Telemedia* ve *Belize Social Development Limited* şirketlerinin, Belize dışında başka ülkelerde NYS (1958) kapsamında bu nihai hakem kararını tenfiz etmemeleri yönünde karar verilmiştir. Yüksek Mahkeme tarafından verilen yaptırıma bağlanmış tenfiz etmememe tedbirine (*anti-enforcement injunction*) rağmen; yetkili Amerikan temyiz mahkemesi, bununla bağlı olmayacağını vurgulayarak bölge mahkemesi kararını gözden geçirmek üzere alt mahkemeye geri yollamıştır.

Uygulamada kararın tenfiz edilmemesi tedbirleri; sadece mahkemeler tarafından değil, aynı zamanda hakem heyeti tarafından da verilmektedir. Tahkim

Düzenleme Gerekir Mi? II, Taslaklar – Tartışmalar – Öneriler, Abant (25-28 Eylül 1997) – Ankara (6 Haziran 1998), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999, s. 34-36.

⁵¹⁸ *KarahaBodas Co v Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (“Pertamina”)*, 335 F 3d 357 (5th Cir 2003).

⁵¹⁹ *Belize Social Development Limited v. Government of Belize*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 10-7167, **Yearbook Commercial Arbitration 2012 - Volume XXXVII (van den Berg (ed.); Jan 2012)**.

davasında yer alan taraflardan biri; bir şekilde kendi ülkesinde mahkeme ilamı olarak, tahkim yargılamasına rağmen bunu icra ettirmek isteyebilir. Bu tür durumlarda; hakem heyetine, tedbir kararı için başvurmak mümkündür. Birçok ülkeyi ilgilendiren ve ICC tahkiminde görülen bir patent uyuşmazlık davasında⁵²⁰ hakem heyeti; 5 numaralı Usuli Emirle (*Procedural Order No. 5*) davacıların talep ettiği, yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmemesi tedbirini kabul etmiş ve bu tedbir verilmezse “nihai hakem kararının etki doğuramayabileceği” de haklı olarak vurgulanmıştır⁵²¹.

Görüldüğü üzere aleyhine verilmiş nihai hakem kararından memnun olmayan ve bunun tenfizine engel olmak isteyen taraf; genellikle kendi ülkesinde dava açarak, kararın tenfiz edilmemesi tedbiri (*anti-enforcement injunction*) talep etmektedir. Öğretide bizim de katıldığımız görüş uyarınca, kararın tenfiz edilmemesi tedbiri de dava açma yasaklarının bir türüdür⁵²². Sonuçta bu tür tedbirler, genellikle davanın devamı olan icra kısmında ortaya çıkmakta ve karşı tarafın dava sonucundaki kararı icra etmesini engellemeye çalışmaktadırlar. Bu da aslında dava açma yasağının genel tanımına girdiğinden, tahkime gitmeme tedbirleri gibi tenfiz etmemeye dönük tedbirler de dava açma yasağı kavramına dâhildirler. İngiliz hukukunda dava açma yasağı şartlarına kıyasla; tenfiz etmeme tedbirlerinin daha az sıkı şartlara tabi olması görüşü de kabul edilmemiş ve dava açma yasağı ile benzer şartlara tabi tutulacağı karara bağlanmıştır⁵²³. Yani tıpkı dava açma yasaklarında olduğu gibi örneğin tenfiz etmeme tedbiri için oldukça geciken tarafın bu talebi reddedilecek demektir.

Bu tür tedbirlerin tahkime gitmeme veya dava açmama yönündeki tedbirlere alternatif olup olmayacağı tartışmalı olmakla beraber; kanımızca da genellikle tahkimin sonraki aşamalarına dair olan tenfiz etmeme tedbirlerinin bu iki türün yerini

⁵²⁰ (1) *Party to License Agreement (Sweden)*, (2) *Joint Venture (Sweden)* and (3) *Holding Company of Joint Venture (Sweden)* v. (1) *Party to License Agreement (Netherlands)* and (2) *Affiliated Company (Germany)*, Final Award, ICC Case No. 17176, 2012, in **Albert Jan van den Berg (ed), Yearbook Commercial Arbitration 2016 - Volume XLI, Yearbook, Kluwer Law International 2016, pp. 86 – 126, s. 121.**

⁵²¹ *Ibid*, s. 122.

⁵²² Erk-Kubat, **a.g.e.**, s. 145.

⁵²³ *Ecobank Transnational Incorporated v. Mr Thierry Tanoh* [2015] EWCA Civ 1309, Court of Appeal of England and Wales, Civil Division, A3/2015/2400 & A3/2015/2400A, 17 December 2015. <http://www.kluwerarbitration.com/document/GetPdf/KLI-KA-16-5-007.pdf> , Kluwer Law International. (Erişim, 23.09.2017). Paragraf 91:

“I do not regard it as appropriate to adopt a lower test in the case of an application for an anti-enforcement injunction. In both cases the injunction will preclude the enjoined party from carrying on either with the trial or with attempts to secure the fruits of a judgment obtained at the trial. In both cases the English court is interfering, albeit indirectly, with the working or output of a foreign court.”

alması ve amaçlanan hedefleri gerçekleştirmesi, pek mümkün değildir⁵²⁴. Zira tahkimin başında; açılmış bir devlet mahkemesi davasından davalıyı vazgeçirmek için dava açma yasağı tedbiri almak yerine devlet yargılamasının sonucunu bekleyerek tenfiz etmeme tedbiri almayı hedeflemek, kanımızca oldukça tehlikeli olup bu tür bir bekleyiş özü itibarıyla aciliyet içeren tedbirlerin niteliğine uymamaktadır. Ancak bir ICC tahkim yargılamasında da vurgulandığı üzere; tahkim yargılamasından nihai karar çıktıktan sonra, artık mesele tenfize ilişkin olacak ve NYS (1958) uyarınca çözüleceğinden karar sonrası hakemlerden tekrar tenfiz etmeme tedbiri istenmesi mümkün değildir⁵²⁵. Diğer bir ifade ile nihai hakem kararı sonrası bu kararın tenfiz edilmemesine yönelik davranışlar; tahkim sözleşmesine değil, NYS (1958) gibi tanıma tenfize dair sözleşmelere aykırılık teşkil edecektir.

Sonuç olarak gerek mahkemeler tarafından gerek hakemler tarafından genellikle kararların icrası aşamalarında verilen tenfiz etmemeye yönelik tedbirlere; milletlerarası tahkim uygulamasında rastlanılmakla beraber bu tür tedbirler, sebepleri ve yarattığı etkiler bakımından diğer dava açma yasağı türlerinden farklı olduklarından sınırlı ve daha dikkatli bir şekilde uygulanmalıdırlar.

3. Dava Açma Yasağına Karşı Tedbir Talebi (*Anti-anti-suit Injunction*)

Dava açma yasağına karşı dava açma yasağı tedbiri; ilginç ve tartışmalı olmakla beraber, milletlerarası tahkim hukuku uygulamasında karşımıza çıkan bir diğer geçici hukuki koruma önlemi ve dava açma yasağı türüdür. Ancak bu tür sonu olmayan karşı taktiklere, mümkün olduğu kadar başvurulmamasında yarar vardır. “Sonu olmayan” diyoruz çünkü hakem heyetince verilen dava açma yasağı tedbirine karşı davalı taraf; kendi ülkesinde karşı tedbir aldığı anda bu kez davacı, tekrardan hakem heyetinden ikinci tedbir isteyebilecek ve bu böylece devam edip gidebilecektir. Benzer şekilde devlet mahkemesi; tahkime gitmeme tedbirine (*anti-arbitration injunction*) karar verdiğinde bu kez hakem heyeti, bu tedbire karşı başka tedbir kararı (*anti-anti-arbitration injunction*) verebilecektir. Konu başlığını, bu iki türü de içerecek şekilde ve “tedbire karşı tedbir” anlamında kullanacağız.

⁵²⁴ Erk-Kubat, **a.g.e.**, s. 146; gerek iptal gerek tanıma-tenfiz şartlarının “aynı” olduklarından hareketle, bu tür yargılamaların tekrara yol açtığı ve hakem kararlarının kontrolünde aksaklıklara neden oldukları konusunda bkz. Ataman-Figanmeşe, *Mükerrer Kontrol*, s. 51-57.

⁵²⁵ Final Award of 3 Dec. 2012 in ICC Case No. 16240. Yayımlanmayan bu karara dair analiz için bkz. Vishnevskaya, **a.g.e.**, s. 178-179. Kararla ilgili bir tereddüt varsa, bu mesele NYS (1958)’in kendi mekanizması içinde çözülecektir. Tanıma-tenfiz ve iptal sebeplerinin büyük ölçüde benzediği de nazara alındığında, tenfiz etmeme sebebinin mahkemece tespit edilebilmesi de mümkündür. MTK iptal ve NYS (1958) tanıma-tenfiz şartlarına ilişkin detaylı tablo için bkz. konusunda bkz. Ataman-Figanmeşe, *Mükerrer Kontrol*, s. 53-54.

Öğretide haklı olarak vurgulandığı üzere; mahkemelerin milletlerarası tahkimde bu tür karşı ataklardan kaçınması gerekir zira bu tür güç testleri ve karşı ataklar (*retaliation*) “milletlerarası kargaşaya” sebebiyet vermenin ve ek masraf ile ek yargılamalara sebebiyet vermenin ötesine geçmemektedir⁵²⁶. Yine de uygulamada bu tür taktik savaşlarına şahit olmaktayız zira kanımızca; özellikle de devlet mahkemelerinin yetkili hakem heyeti kararlarına rağmen karşı hamlelerde bulunarak kendi yetkisini, vatandaşını veya devlet menfaatlerini koruduğunu düşünmesi bu karmaşanın temel sebeplerinden birini teşkil etmektedir. *Amaprop Ltd. v. Indiabulls Financial Services Ltd.* davasında⁵²⁷ bölge mahkemesi; New York’taki tahkim davasından vazgeçilmesi yönünde Hindistan mahkemesince verilen dava açma yasağına karşı, geçerli tahkim sözleşmesi ve tahkim lehine federal politikayı gerekçe göstererek karşı bir dava açma yasağı tedbir kararı vermiştir. Yukarıda tartıştığımız *Karaha Bodas* davası da bu kapsamda kanımızca değerlendirilebilir zira tenfiz etmeme tedbirleri de sonuç olarak bir tür dava açma yasağıdır ve Endonezya’da verilen tedbir kararına karşı Teksas bölge mahkemesince karşı dava açma yasağı verilmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir. İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından da *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC* davasında⁵²⁸; mahkemelerin, tahkime karşı verilen tedbirlere karşı tedbir alınabileceği karara bağlanmıştır.

Bu istisnai karşı tedbirlerin; tahkim sürecini ve verilmiş hakem kararının tenfizini engellemek isteyen devlet mahkemesince verilen yasaklara karşı verilmesi, “uygun” olmakla beraber bu tür tedbirlerin “sorunları çözmek yerine daha da karmaşık hale getireceği” haklı şekilde vurgulanmaktadır⁵²⁹. Daha önce de vurguladığımız üzere; bu görüşlere katılmakla beraber, kanımızca dava açma yasağının hangi devlet mahkemesince verildiği de önemlidir. Örneğin tahkim yeri mahkemesinden alınan dava açma yasağının gerekçelerini mutlaka dikkate almak gerekir ki yargılama sonucunda verilecek hakem kararının iptali söz konusu olmasın. Ancak tahkim yeri dışında örneğin kendi ülkesinde davalı dava açma yasağı tedbir kararı almışsa, bu tür taleplerle hakem heyeti elbette bağlı olmayacaktır zira hakem heyeti kararları üzerinde asıl etkili olan mahkeme NYS (1958) uyarınca öncelikle tahkim yeri mahkemesidir. Yine de hakem heyetinin; etkili bir karara ulaşma

⁵²⁶ Gaillard/Savage, **a.g.e.**, s. 156; Erk-Kubat, **a.g.e.**, s. 138.

⁵²⁷ 10 Civ. 1853 (PGG), 2010 U.S. Dist. (S.D.N.Y. 23 Mar. 2010).

⁵²⁸ [2012] 1 WLR 920.

⁵²⁹ Emmanuel Gaillard, “Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration”, **Pervasive Problems in International Arbitration**, s. 211.

noktasında bu tür tedbir kararlarını da dikkate almasında kanımıza yarar vardır zira davalı şirketin esas malvarlığı vatandaşı olduğu bu ülkede bulunuyorsa, devlet mahkemesi kararını görmezden gelmek en nihayetinde etkisiz bir karara sebebiyet verecektir. Çünkü bu tür bir tutum NYS (1958) uyarınca davalının ülkesinde açılacak tanıma-tenfiz davası öncesinde mahkemelerin muhtemel yaklaşımı konusunda yol göstericidir. Elbette bir hakem heyetinden, tüm bu muhtemel forumların muhtemel tepkilerini dikkate alması da beklenemez. Sonuç olarak; bu tür karşılıklı restleşmeler ve sonu olmayan güç testleri kanımızca da tahkimde beliren problemleri çözmekten çok, problemlerin daha da büyümesine sebebiyet vermektedir.

4. BREXIT ve Dava Açma Yasakları Üzerinde Etkileri

Dava açma yasaklarına dair güncel sorunlar arasında; İngiltere'nin AB üyeliğinden ayrılmasını ("BREXIT") ve bunun, İngiltere'deki tahkimler başta olmak üzere milletlerarası tahkimde sıklıkla kullanılan dava açma yasaklarına olan etkisi de yer almaktadır. Kanımızca bu tür bir inceleme önemlidir zira yukarıda birçok kısımda vurguladığımız üzere; dava açma yasağı tedbiri sonuçta *Common Law* sisteminin bir parçası olan İngiltere'de ortaya çıkmış bir tedbir türü olup, uzun süredir bu ülkede kullanılmaktadır.

West Tankers davasıyla; tahkim sözleşmesine etki tanımak amacıyla bile olsa bir AB üyesi devlet mahkemesinin, davayı gören başka bir AB üyesi devlet mahkemesini yargılamadan men etmeye dönük dava açma yasağı tedbiri veremeyeceği zira bu tür müdahalenin EC 44/2001 Konsey Tüzüğü'ne aykırılık teşkil edeceği AAD tarafından karara bağlanmıştır. *Gazprom* davasında ise AB üyesi ülkede yürütülen tahkim davasında hakemler tarafından; başka bir AB üye devlet mahkemesi önündeki davadan vazgeçilmesi için verilen dava açma yasağının, EC 44/2001 Konsey Tüzüğü'ne aykırılık teşkil etmeyeceği zira tahkimin tüzüğün kapsamı dışında olduğu AAD tarafından karara bağlanmıştır. Dolayısıyla AB bünyesinde; dava açma yasakları konusunda tartışmalı *West Tankers* davasının aksine, *Gazprom* davasıyla hakemlere devlet mahkemelerinden daha geniş yetki verilmiştir. Dolayısıyla dava açma yasaklarını var eden ve sıklıkla tüm devletlere karşı kullanabilen İngiliz mahkemelerinin bu yetkisi *West Tankers* kararıyla AB içinde engellenmiştir.

23 Haziran 2016 tarihli referandumda İngiltere, %51,9 ile AB üyeliğinden çıkma kararı almıştır. Ancak kısaca *BREXIT* olarak anılan bu sürecin; çeşitli hukuki

aşamaları olup, süreç sadece referandum kararıyla tamamlanmamaktadır. AB hukuku düzenlemelerinden Lizbon Anlaşması madde 50 uyarınca⁵³⁰; AB üyeliğinden ayrılmak için “anlaşma” yolunu seçen İngiltere’nin, tamamen ayrılması sürecinin maddede yer alan 2 yıllık süre de nazara alınarak 29 Mart 2019’da sona ermesi planlanmaktadır⁵³¹. AB üyeleri resmi listesinde ise artık İngiltere yer almamakta ve 28 üye yer almaktadır⁵³². Dolayısıyla *BREXIT* kararıyla artık AB üyesi olmayan İngiltere’nin; Londra merkezli bir tahkim davasında *West Tankers* kararına rağmen örneğin Almanya’daki devlet yargılamasından tarafı men etmeye dönük dava açma yasağı tedbiri verip vermeyeceğini, analiz etmek gerekir. Bu soru aynı zamanda 2 yıllık süreçte; AB hukukunun, İngiltere için bağlayıcılığının nasıl olacağı sorusu ile de yakından ilgilidir. Dolayısıyla hem bu iki yıllık süreç hem de ayrılmanın kesinleşeceği tarih sonrası için meseleyi ayrı şekilde ele almak daha doğru olacaktır.

Lizbon Anlaşması madde 50 uyarınca; İngiltere ile AB arasında bu 2 sene içerisinde yapılacak müzakereler sonucunda yapılacak nihai anlaşma, bu sorularımıza da cevap verecektir. Bu ayrılma anlaşmasında İngiltere’nin taraf olmakta devam etmek isteyeceği anlaşmalar ile örneğin İngiliz vatandaşlarının AB bünyesinde vize mecburiyetinin olup olmayacağına dair çok fazla sayıda konunun karara bağlanması beklenmektedir. Dolayısıyla 2019’da daha doğrusu *BREXIT* tamamlandığı anda; eğer İngiltere, sözleşmede 2015 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Tüzük ile diğer sınırlayıcı anlaşmalara taraf olmaya devam etme kararı alırsa *West Tankers* kararının sınırlayıcı etkisi devam edecek demektir⁵³³. Diğer bir ifade ile İngiltere; Brüksel rejimi tüzük ve anlaşmalarına bağlı olmamayı kararlaştırırsa, *West Tankers* gibi davaların sınırlamalarına tabi olmadan geleneksel dava açma yasağı tedbirini uygulayabilecek ve AAD kararları ile de bağlı olmayacaktır. İngiltere; AB hukuku düzenlemelerinden tamamen ayrılmayı seçerse, şu anda AB üyesi olmayan ülkelere karşı yürüttüğü yargılama sistemini hâlihazırdaki AB üyesi ülkelere karşı da uygulayabilecektir⁵³⁴.

⁵³⁰ Treaty of Lisbon, Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community (2007/C 306/01).

⁵³¹ Bu konuda detali bir haber ve analiz için bkz. <http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887> (Erişim, 23.09.2017).

⁵³² https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_en (Erişim, 23.09.2017)

⁵³³ Kate Davies / Valeriya Kirsey, “Anti-Suit Injunctions in Support of London Seated Arbitrations Post-Brexit: Are All Things New Just Well-Forgotten Past?”, **Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2016, Volume 33 Issue 7, pp. 501 – 520**, s. 502.

⁵³⁴ Davies / Kirsey, **a.g.e.**, s. 511; David Ndolo/Margaret Liu, “Does the will of the parties supersede the sovereignty of the state? Anti-suit injunctions in the UK post-Brexit”, **Arbitration 2017, 83(3), 2017 Sweet & Maxwell and its Contributors, 254-266**, s. 265.

Ancak Lizbon Anlaşması madde 50 uyarınca; 2 yıllık ayrılma sürecinde İngiltere, AB üyesi ülkeymiş gibi AB hukuku düzenlemelerine uymakla yükümlüdür⁵³⁵. Dolayısıyla mevcut *West Tankers* etkisinden dolayı; bu iki yıllık ayrılma süresinde, kanımızca AB üyesi bir ülkede davanın görülmemesine dönük davalı aleyhine dava açma yasağına hükmeden bir İngiliz kararına ulaşabilmemiz zor görünmektedir. Dolayısıyla İngiltere yapacağı ayrılma anlaşmasında; AB düzenlemelerini tamamen bırakabileceği gibi, “bağlı kal ancak değiştir” yaklaşımı da sergileyerek başka sözleşmeler de yapabilir veya metinlerde değişikliğe gidebilir⁵³⁶. Kanımızca İngiltere, AB içinde ticari ve özel hukuk alanlarında kararların serbestçe dolaşımını sağlayan bu tür özellikli sistemden kolayca vazgeçmeyebilir. Ancak diğer yandan; İngiliz mahkemeleri ve İngiltere merkezli milletlerarası tahkimler için oldukça önemli bir araç olan dava açma yasaklarından, İngiltere’nin tamamen vazgeçeceğini de beklememek gerekir.

Bu iki ayrıcalık arasındaki hassas dengeyi gözeterek olan İngiltere’nin, *BREXIT* sonrasında ne tür bir karara varacağı ise tarafımızca da merak konusudur. 2015 yılında yürürlüğe giren Yeni Tüzük kapsamında AAD; henüz dava açma yasakları konusunda bildiğimiz kadarıyla karar vermemiş olmakla beraber, AB kapsamında bile tahkim lehine genişleyen Yeni Tüzük kapsamında ve *Gazprom* davasının da etkisiyle belki de dava açma yasakları *West Tankers* davasına rağmen kabul edilebilecektir. Bu nedenle kanımızca; İngiltere’nin tahkim merkezi haline gelmesinde önemli rolü olan dava açma yasaklarından tamamen vazgeçilmemesi ve Brüksel rejimindeki sözleşmelerin de bu bağlamda yeniden değerlendirilebileceğini beklemek daha doğru olacaktır.

⁵³⁵ Ndolo/ Liu, **a.g.e.**, s. 264.

⁵³⁶ **Ibid.**, s. 266.

İkinci Bölüm

TÜRK HUKUKUNDA DAVA AÇMA YASAĞI

I. Nitelik

A. Genel Olarak

Dava açma yasaklarının; *Common Law* sisteminde geliştirildiği dikkate alındığında, Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan Türkiye bakımından dava açma yasaklarının oldukça farklı ve yeni bir kavram olduğu söylenebilir. Dava yasağı uygulamasının; İngiliz hukuku başta olmak üzere, *Common Law* sistemi içinde yaygın olduğu ve “hala geliştirilmekte olan” bir uygulama olduğu vurgulanmaktadır⁵³⁷. Diğer yandan; Fransa, Japonya, Çin gibi Kıta Avrupası hukuk sistemine mensup ülkelerin de ilk başta garipsedikleri bu kurumu yavaştan kullanmaya başladıkları ve böylece dava açma yasaklarının, özellikle milletlerarası tahkim alanında daha yaygın bir kullanıma kavuştuğu da belirtilmektedir⁵³⁸.

Türk hukukuna yabancı olduğunu ileri sürerek; bu önemli tedbirleri, göz ardı etmek doğru olmayacaktır. Zira küresel ticari ilişkilerin gelişmesi ve özellikle milletlerarası tahkimin gün geçtikçe daha çok kullanılması; devletlerin, hukuksal farklılıklarını en aza indirmeye çalışmalarını da gerektirmektedir. Nitekim milletlerarası tahkim hukukunda dava açma yasağının kural olarak uygulanmadığı hukuk sistemlerinde de; bir taraf aleyhine dava açma yasağı tedbirinin uygulanabiliyor olması, kanımızca yeknesak uygulama ihtiyacının açık bir göstergesidir. Örneğin; bu bölümde detaylıca tartışılacağı üzere, milletlerarası tahkim hukukunda Türkiye’de kurulu bir tüzel kişi veyahut Türk vatandaşı bir gerçek kişi aleyhine de dava açma yasağı kararı verildiğine uygulamada rastlamaktayız. Uygulamadaki bu tür somut örnekler; sırf Türk hukukuna yabancı diye, dava açma yasaklarının göz ardı edilemeyeceğini göstermektedir.

Türk hukuku uyarınca dava açma yasaklarının çeşitli yönlerini ele almadan evvel önemle belirtelim ki; dava açma yasakları, Türk hukukunda yeterince ve detaylıca tartışılmamıştır. Yine de milletlerarası özel hukuk ve usul hukukuna ilişkin Türk doktrininde, bu önemli konuya değinen önemli çalışmalar vardır⁵³⁹. Bu

⁵³⁷ Stacher, **a.g.e.**, s. 4

⁵³⁸ Gaillard, **Pervasive Problems**, s. 203.

⁵³⁹ Yukarıda Birinci Bölüm’de de yer yer ele aldığımız bu önemli çalışmalar, Türk hukukuna yabancı addedilen bu konuyu tüm yönleriyle ele almamaktadırlar. Dava açma yasağı (*anti-suit injunction*) kavramını inceleyen Türk hukukundaki bazı eserler için bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 512,

nedenle yukarıda incelenen Birinci Bölüm'ün aksine; Türk hukukunda dava açma yasağını detaylıca inceleyen kaynaklar sınırlı olduğundan, aşağıdaki incelemelerimizde daha çok Türk milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku başta olmak üzere Türk hukukunda yerleşik prensiplerden yola çıkarak dava açma yasağının çeşitli yönlerini değerlendirmeye çalışacağız. Her ne kadar dava açma yasağı; Türk hukukunda aşağıda inceleyeceğimiz açılardan detaylıca incelenememiş ise de, dava açma yasağına yöneltilebilecek bazı varsayımsal eleştirilere cevap aranmıştır.

Türk hukukunda; bu tür taleplerin nasıl karşılanması gerektiği tartışmasına geçmeden evvel, öncelikle dava açma yasaklarının Türk hukuku uyarınca niteliklerinin saptanması yerinde olacaktır. Yukarıdaki bölümde; dava açma yasaklarının nitelik saptamasını, karşılaştırmalı hukuk ve milletlerarası tahkim açısından değerlendirmiş bulunuyoruz. Benzer bir nitelik belirlemesini, Türk hukuku için de yapmak önem arz etmektedir. Bu tür bir nitelik saptaması önemlidir zira Türk hukukunda “bu yabancı tedbir nasıl kabul edilip uygulanabilir?” sorusu ele alınırken; yapılacak nitelendirmeye bağlı olarak, hangi Türk hukuku hükümlerinden yararlanılabileceği hususu da belirginleşecektir. Birinci Bölüm’de yaptığımız analizler sonucu; verilebilme şartlarındaki farklılıklara rağmen, yabancı ülke hukuklarının genelinde ve milletlerarası tahkim hukukunda dava açma yasağı tedbirinin de aslında bir tür geçici hukuki koruma (*interim measure*) olduğu sonucuna ulaşmıştık. Benzer şekilde; dava açma yasaklarının hukuki niteliğini doğru saptamak için, Türk hukukunda benzer amaçları olan kararların niteliğinden ve verilebilme şartlarından yola çıkmak gerekir.

B. İhtiyati Tedbir Kavramı

Bir davada talep edilen hakkın “yargılama devamında veya öncesinde” korunması oldukça önemli olduğundan; adil bir yargılamadan beklenen hukuki menfaatin gerçekleşmesine hizmet eden geçici hukuki koruma tedbirleri⁵⁴⁰, Türk

585; Ekşi, *Lex Mercatoria*, s. 151-160; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 140-141; Acar, *a.g.e.*, s. 1609 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, *a.g.e.*, s. 437.

⁵⁴⁰ Türk hukukundaki tedbirler konusunda; daha genel müessese için “geçici”, daha özel ve alt bir başlık için ise “ihtiyati” kelimesi kullanılmaktadır. “Geçici” ve “ihtiyati” aynı anlama gelmekle beraber; “geçici hukuki koruma” yerine, “ihtiyati hukuki koruma” denildiğinde, “ihtiyati tedbir” ile üst başlık olan “geçici hukuki korumanın” karıştırılabileceği konusunda bkz. Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*, XII Levha, İstanbul, 2013, s. 1-5; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, *a.g.e.*, s. 616; hukuki korumanın; “nihai hukuki koruma” ve “geçici hukuki koruma” olarak iki başlıkta incelenebileceği konusunda bkz. Çelikel/Erdem, *a.g.e.*, s. 509; Kuru, *a.g.e.*, s. 630; “açılmış veya açılacak davaların amacını boşa çıkaracak” hal ve

hukukunda yaygın bir kullanım alanına sahiptir. İhtiyati tedbirler ise geçici hukuki koruma yöntemlerinin “en geniş kapsamlısı” olduklarından ötürü⁵⁴¹; çoğu zaman uygulamada ve doktrinde, ihtiyati tedbirlerin geçici hukuki koruma tedbiri ile aynı anlama gelecek şekilde kullanıldığı görülmektedir⁵⁴². Dava açma yasağı talep eden kişi aslında uyuşmazlığın sözleşmede kararlaştırılan forumda çözülmesini sağlamak için tedbir istemekte ve böylece önemli bir sözleşmesel hakkının korunmasını istemektedir. Bu tür bir tedbirin; yargılamadan beklenen menfaati koruyup, yargılama sonucunda etkin ve icra edilebilir bir nihai karara ulaşma amacına hizmet ettiği açıktır. Bir uyuşmazlıkta “talep edilen hakkın geçici şekilde korunması” amacı geçici hukuki koruma tedbirlerinde ve dava açma yasaklarında ortak şekilde var olduğundan, bu iki kavram arasındaki ilişkinin hassas şekilde değerlendirilmesi gerekir. Türk hukuku uyarınca dava açma yasaklarının ihtiyati tedbirlerden ayrı bir kavram mı yoksa ihtiyati tedbirlerin bir türü mü olduğu hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu saptamanın doğru yapılabilmesi her iki kavramın amaçları, şartlar ile usulleri bakımından karşılaştırılmasından hareket edilmesi daha doğru olacaktır.

Doktrine göre; geçici hukuki koruma, “kötü niyetli davranışlara engel olmak, yargılamanın sonucunun tehlikeye girmesini bertaraf etmek” amacıyla verilen ve “fiili bir zorunluluk” olduğu kadar aynı zamanda “hukuki bir zorunluluğu” da kapsayan önlemlerdir⁵⁴³. Geçici hukuki koruma bu anlamda, asıl yargılamayı tamamlayıcı ve destekleyici bir fonksiyon üstlenmektedir. “Asıl nihai hukuki korumanın zaman alması ve kapsamlı bir değerlendirmeyi” gerektirmesi”, adeta bir

hareketlerin önlenmesi noktasında geçici nitelikteki önlemlerin verildiği hakkında bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 210; geçici hukuki korumaların, davacının ileride kazandığı bir davada beklediği menfaate ulaşmasını kolaylaştırdığı konusunda bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 480; “doğabilecek tehlikeler ile kötü niyetli davranışlardan davacıyı, davalıyı ve dava konusunu korumak amacıyla” mahkeme ile hakemlerden alınan önlemler olarak da geçici hukuki koruma tanımlanmaktadır. Bkz. Hakan Pekcanitez, “Milletlerarası Tahkim’de Geçici Hukuki Koruma Önlemleri”, **Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003**, s. 115-152, s. 115.

⁵⁴¹ Bir geçici hukuki koruma türü olarak ihtiyati tedbir yolu ile “hakkın icrasını sonuçsuz kılacak tehlike, kesin hükümden önceki bir aşamada bertaraf edilmekle” hak sahibinin önemli ölçüde tehlikeye karşı korunduğu konusunda bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 133 vd.; ayrıca bkz. Balkar, **a.g.e.**, s. 46; ihtiyati tedbir ve delil tespiti dışındaki, “nafaka” gibi diğer geçici hukuki korumalar için bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 656 vd.; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 618-619

⁵⁴² Pekcanitez, **a.g.e.**, s. 115; Ejder Yılmaz, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Ankara 2001, Yetkin, s. 38-39 (*Hukuki Himaye*); ihtiyati tedbir ile ihtiyati haczin de karıştırıldığı hakkında bkz. Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 618; Kuru, **a.g.e.**, s. 647-648; ihtiyati tedbirlerin, geçici hukuki korumalar arasında en çok müracaat edilen araçlardan oldukları konusunda bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 225.

⁵⁴³ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 616; geçici hukuki korumanın, dava sonunda gerçekleşecek olan kesin hukuki korumanın güvencesini oluşturarak “karşı tarafın menfaatlerini çeşitli usuli araçlarla dengeleyen ivedi bir yargısal koruma” olduğu hakkında bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 5.

ön yargılama statüsüne kavuşan geçici hukuki korumaları daha da önemli hale gelmektedir⁵⁴⁴. Çünkü asıl yargılamanın zaman almasını fırsat bilen taraflardan biri, ulaşılmak istenen sonucu bertaraf edici hal ve hareketlerde bulunabilmektedir. Bu durumda diğer taraf, yargılama devamında veya öncesinde geçici nitelikte korumaya ihtiyaç duyacaktır zira davacının talebinin “boşa gitmesi” veyahut icra aşamasında lehe alınan kararın etkin olmaması riski doğmuş olacaktır⁵⁴⁵. Elbette gerekli hallerde, geçici hukuki koruma türüne karar verilmemesi kadar; haksız yere geçici hukuki koruma kararının alınması da, uygulamada problemlere yol açmaktadır⁵⁴⁶.

Geçici hukuki korumalar⁵⁴⁷, üst kavram olarak kabul edilirken; ihtiyati tedbir yanlışlık aynı anlamda kullanılsa da, aslında geçici hukuki korumaların bir türüdür. Bazen birbiri yerine kullanılan geçici hukuki korumalar ile ihtiyati tedbirler arasındaki farkı doğru anlamak için, HMK sistematığına bakmak yeterlidir. Gerçekten de HMK’da ihtiyati tedbirler; “geçici hukuki korumalar” başlıklı Onuncu Kısım altında, bir alt bölüm olarak düzenlenmiştir. Benzer şekilde sadece para alacaklarına ilişkin olan ihtiyati haciz imkânı da; bağımsız bir geçici hukuki koruma türüdür⁵⁴⁸ ve Yargıtay kararlarında⁵⁴⁹ da vurgulandığı üzere, ihtiyati tedbirle

⁵⁴⁴ Kuru, **a.g.e.**, s. 629 vd.; Türk usul hukukunda tüm çabalara rağmen, hak arayan kişiye hızlı bir yargılamanın “garanti” edilemeyeceği ve yargılamanın uzunluğuna bağlı olarak ortaya çıkan “psikolojik” durumun da nihai korumanın elde edilmesi noktasında yargıya karşı güvensizliğe neden olduğu görüşü için bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 7 vd.

⁵⁴⁵ Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 616; Kuru, **a.g.e.**, s. 630; gerçek hukuki korumanın, ancak alacaklının alacağına kavuşmasıyla bir anlam ifade edeceği konusunda bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 6-7.

⁵⁴⁶ Haksız ihtiyati tedbirlerde, eski hale iade meselesi tartışmalıdır. Haksız şekilde verilen tedbir kararından önceki aşamaya dönülerek, “ihtiyati tedbirin verildiği tarihte” hukuka aykırı olmasından doğan zararların tazmini yoluna gidileceği konusunda bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 151 vd.; ayrıca bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 630.

⁵⁴⁷ Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 619. Yazarlara göre; geçici hukuki korumanın genel özellikleri şunlardır:

“Yargı organlarınca verilir; Her iki taraf da isteyebilir; Geçici niteliktedir; İnceleme basit ve çabuk şekilde yapılır; Kararlar bağlayıcı ve zorlayıcıdır; Yargılamada yaklaşık ispatla yetinilir; Karşı taraf önceden dinlenilmeden de karar verilebilir.”

⁵⁴⁸ Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 618; Kuru, **a.g.e.**, s. 647. İhtiyati haciz; “münhasıran para alacaklarında” borçlunun malvarlığına el konulması yoluyla gelecekteki icranın sonucunun güvence altına alınmasına hizmet eden bir geçici hukuki koruma türü olarak tanımlanmaktadır. İhtiyati haciz; ihtiyati tedbirlerin bir türü değil, ayrı bir geçici hukuki koruma önlemidir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 225-246.

⁵⁴⁹ T.C. YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ E. 2016/6242 K. 2016/4085 T. 23.2.2016:

“...Öncelikle varılan sonucun anlaşılabilmesi için *ihtiyati haciz* ve *ihtiyati tedbir* kavramları üzerinde durulması ve bu kavramlar hakkında kısaca bilgi verilmesi gereklidir. *Geçici hukuki koruma* ile *ihtiyati tedbir* ve *ihtiyati haciz* kavramları bir birinden ayrı kavramlardır. Geçici hukuki koruma daha genel ve üst kavram olarak kabul edilirken, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz geçici hukuki korumanın birer türü olarak kabul edilmelidir.

İhtiyati tedbir, geçici hukuki korumaların düzenleme altına alındığı HMK 389 vd. maddelerinde düzenlenmiş iken, ihtiyati haciz İİK 257 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. İİK 257. maddesinde düzenlenen ihtiyati haciz, alacaklının bir para alacağının zamanında ödenmesini güvence altına almak için mahkeme kararı ile borçlunun mallarına (önceden) geçici olarak el konulmasıdır.

kariştirilmamalıdır. Bu nedenlerle; çalışmamızda kullanacağımız ihtiyati tedbir kavramı, geçici hukuki korumaların en kapsamlı ve en çok başvurulmuş alt türü olarak ele alınacaktır.

Dava açma yasakları; bu bakımdan tüm geçici hukuki korumalar ile değil, daha çok bir alt tür olan ihtiyati tedbir kavramı ile ilintilidir. Gerçekten de dava açma yasakları ile para alacaklarına ilişkin bir özel geçici hukuki koruma türü olan ihtiyati haciz arasında doğrudan bir ilişkinin olduğunu söylemek güçtür. Zira dava açma yasakları; nihai amaç olarak, sözleşmeye aykırı davranan tarafı sözleşmedeki uygun foruma çekmeyi hedeflerler. Yoksa uyuşmazlığın konusu para alacağı olsa bile; bu paranın cebren icrasının sağlanması ya da kötü niyetli şekilde elden çıkmasına sebebiyet verecek hal ve hareketlerin önlenmesi amacını taşımazlar. Milletlerarası tahkimde; bu tür zarar verici hal ve hareketlerin önlenmesi, dava açma yasaklarından farklı geçici hukuki koruma yöntemleri ile gerçekleştirilmektedir. Örneğin

Ancak, özellikle dikkat edilmesi gereken husus, diğer geçici hukuki korumaların alanına giren konularda ihtiyati tedbire karar verilmemesidir. Bu sebeple, para alacakları konusunda özel ve istisnai durumlar dışında asıl geçici hukuki koruma ihtiyati hacizdir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için ihtiyati haczin, ihtiyati tedbirden farkına da kısaca değinilmesi gereklidir; ihtiyati haciz yalnız para (ve teminat) alacakları hakkındaki davalarda (veya icra takiplerinde) söz konusu olduğu halde, ihtiyati tedbir kural olarak paradan başka şeyler (haklar, taşınır ve taşınmaz mallar) hakkındaki davalarda alınır. İhtiyat tedbirde çekişmeli ve bu sebeple davaya konu olan şey (mesela, taşınır veya taşınmaz bir mal) hakkında önleyici nitelikte tedbir alınır; buna karşılık ihtiyati hacizde; alacaklıya henüz kesin haciz isteme yetkisinin (m.78;37) gelmediği bir dönemde, alacaklının para alacağının zamanında ödenmesi güvence altına alınır.

İhtiyati hacizde (ihtiyaten) haczedilen mallar üzerinde (bu malların borçluya ait olduğu hakkında) bir çekişme yoktur ve bu sebeple bu mallar alacaklının açtığı veya yaptığı (veya açmayı veya yapmayı düşündüğü) bir dava veya icra takibinin konusu değildir. Oysa, ihtiyati tedbirde, üzerine ihtiyati tedbir konulan mallar, çekişmeli olup, davacının açmış olduğu veya ileride açmayı düşündüğü bir davanın konusudur. Taşınmaz mallar üzerine ihtiyati tedbir konulması halinde, genellikle taşınmazın başkasına devrinin yasaklanmasına (ferağdan men'ine) de karar verilmektedir ve üzerine ihtiyati tedbir konulan taşınmaz başkasına satılamamaktadır/devredilememektedir.

Bahsedilmesi gereken bir diğer husus ise hukukun uygulanmasıdır. 6100 Sayılı HMK'nun 33. maddesine göre hâkim, Türk hukukunu resen uygulayacaktır. Maddedeki "Türk hukuku" terimi kanunların yanı sıra mevzuat ile örf ve adet hukukunu ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri de kapsamaktadır. Davacı, dava nedenini yani dayandığı olayları bildirmekle yetinir. Bu olaylara uygulanacak hukuk kurallarını bulmak ve uygulamak, başka bir söyleyişle bu olayların hukuksal niteliğini ve nedenini tayin etmek Türk yasalarını kendiliğinden (re'sen) uygulamakla yükümlü olan (HMK.33) hakime aittir.

Somut olay gelince; *davacı vekili her ne kadar ihtiyati tedbir istemiş ise de, davacının amacı para alacağını teminat altına almak olduğuna göre, HMK 33. maddesindeki "uygulanacak hukuk normunun resen hakimce tespit edilmesi ve uygulanması hakime aittir" ilkesi gereğince talebin hakkında ihtiyati haciz hükümlerinin uygulanması ve bu hükümler çerçevesinde talebin değerlendirilmesi gereklidir.* Ayrıca davaya konu tazminat istemi olduğuna göre, HMK 389 maddesi gereğince ihtiyati tedbirin sadece "uyuşmazlık konusu hakkında" verilebilmesi karşısında talebin ihtiyati tedbir olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. (HGK'nun 2013/21-1791 Esas 2013/1676 Karar sayılı kararı) Bu itibarla talebin ihtiyati haciz olduğu ve Dairemizce esas hakkında temyiz incelemesi yapılmasının mümkün olduğu anlaşılarak..."

milletlerarası tahkimde de tartışmalı olmakla birlikte kullanılabilen “mal varlığını dondurma” tedbirleri (*freezing order* ya da *mareva injunction*)⁵⁵⁰; bu tür nihai korumaya ve karara zarara verebilecek davranışların, baştan önlenmesi amacına hizmet etmektedirler. Bu tür tedbirler çalışma konumuzun kapsamı dışında kaldığından; dava açma yasaklarının ihtiyati haciz ile değil, ihtiyati haciz dışındaki diğer geçici hukuki korumaların en kapsamlı türü olarak nitelenen ihtiyati tedbirlerle ilgili bir kavram olduğunu vurgulamamız yeterli olacaktır. Ancak detaylıca ele alındığında; dava açma yasaklarının, ihtiyati tedbirlerden de farklı bir geçici hukuki koruma türü oldukları görülecektir.

Pekcanitez’e göre ihtiyati tedbir, “*kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş, geçici nitelikte geniş veya sınırlı olabilen bir hukuki korumadır*”⁵⁵¹. İhtiyati tedbirlerin, sadece teminat ve koruma amacıyla oldukları yanlışına düşülebilir. Ancak öğretide haklı şekilde vurguladığı üzere; farklı hukuki sorunlara çözümler bularak farklı uygulama alanlarına kavuşmuş olan ihtiyati tedbirleri, sadece “teminat amacıyla” sınırlandırmak doğru olmayacaktır. İhtiyati tedbirler “teminat” amacı dışında, “eda amaçlı” veya “düzenleme” amacıyla da verilebilirler⁵⁵². Yargılamadan beklenen menfaatleri korumak amacıyla teminat istenebileceği gibi; taraflar, belirli bir yönde davranmaya da mahkemece zorlanabilirler. Özellikle eda amaçlı tedbirler veyahut eda tedbirleri,

⁵⁵⁰ Çalışmamızın kapsamını aşan; bu özellikli ve Türk hukukuna yabancı tedbirler, çeşitli yabancı mahkeme kararlarında tartışılmıştır. Hakemlerin; bir taşınır ya da taşınmazın devrini yasaklamaya veyahut tüm mal varlığını dondurmaya yönelik tedbir kararı verip vermeyeceği, oldukça tartışmalı bir husustur. Örneğin *Kastner v Jason* ([2004] APP. L.R. 12/02) davasında temyiz mahkemesi; hakem heyeti tarafından verilen ve tahkim davalısının evini satmasını yasaklayan tedbir talebini değerlendirmiştir. Tedbire uyacağı konusunda söz veren davalı; yine de gizlice ve ani bir kararla, tedbir konusu evini satmıştır.

Tahkim kararının Moskova’da iptal edilmesi sonucu; daha önceden verilmiş olan Kırgızistan’ın Kanadalı şirketteki (*Centerra Gold Inc.*) hisselerinin dondurulması tedbir kararı (*mareva injunction*), Ontario Yüksek Mahkemesi tarafından kaldırılmıştır. Bkz. *Stans Energy Corp. v. Kyrgyz Republic*, 2015 ONSC 3236.

Mareva tedbiri imkânının da aslında bir geçici hukuki koruma türü olduğu ve Singapur’da uygulandığı hakkında bkz. Chan Leng Sun, “Injunctions in Aid of Foreign Arbitration: The Singapore Experience”, *Asian International Arbitration Journal, Kluwer Law International* 2007, Volume 3 Issue 2, pp. 142 – 162, s. 144 vd.

⁵⁵¹ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, *a.g.e.*, s. 619; krş. Kuru, *a.g.e.*, s. 630-631; ihtiyati tedbirlerin, “gerektiğinde karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkının ertelenerek, para alacağı dışında kalan” taleplerin güvence altına alınmasına hizmet ettikleri konusunda bkz. Erişir, *a.g.e.*, s. 137.

⁵⁵² Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, *a.g.e.*, s. 620. Doktrinde bir görüş; ihtiyati tedbirlerin amaçlarından değil, etkilerinden yola çıkarak sınıflandırma yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. Böylece ihtiyati tedbirler; *teminat tedbirleri*, *eda tedbirleri* ve *düzenleme tedbirleri* olarak sınıflandırılmaktadır. Görüş için bkz. Erişir, *a.g.e.*, s. 348 vd. Çalışmamızda; dava açma yasağının niteliğini saptamaya çalışırken, benzerliklerinden ötürü özellikle de eda tedbirleri ya da eda amaçlı tedbirlere ağırlık vereceğiz.

konumuz olan dava açma yasaklarını daha yakından ilgilendirmektedirler. Amaç olarak benzerlik olmasına rağmen; gerek usul gerek şartlar noktasında dava açma yasaklarının, ayrı bir tür olduğu kanımızca söylenebilecektir.

İhtiyati tedbir ile dava açma yasakları arasındaki ilişkiyi doğru analiz etmek için, Türk hukukunda ihtiyati tedbir verme şartlarını da kısaca ele almakta yarar vardır. Böylece milletlerarası tahkim hukukunda gittikçe yeknesaklaşmakta olan dava açma yasağı kararı verme şartları ile ihtiyati tedbir kararı verme şartları ile usulleri arasında, daha sağlıklı bir karşılaştırma yapmak da mümkün olacaktır. Türk hukukunda ihtiyati tedbir verme şartları HMK madde 389 ile hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre; “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 verilebilecektir. Bu ifadedeki “ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi”, “hakkın elde edilmesinin imkânsızlaşması” gibi şartlara, başka ülke kanunlarında da rastlamak mümkündür. Örneğin Amerikan hukukunda Federal Medeni Usul Yasası’nın (*Federal Rules of Civil Procedure*) Tedbirler ve Men Emirleri (*Injunctions and Restraining Orders*) başlıklı 65. kuralında; “telafisi imkânsız ve derhal vuku bulacak kayıp veya zarar” (*immediate and irreparable injury, loss, or damage*) hallerinde, karşı tarafa tebligatta dahi bulunmaksızın tedbir verilebileceği düzenlenmiştir⁵⁵³. Federal mahkeme yargılamalarında, bu şartlar daha da belirginleşmektedir. Örneğin bir yargılamada; mahkeme, salt telafisi güç zararın doğacağı endişesini yeterli bulmamış ve bu endişenin somut şekilde gerekçelendirilmesini istemiştir⁵⁵⁴.

Doktrinde, HMK madde 389’da sayılan şartlar iki grupta toplanmaktadır. Buna göre öncelikle; hakkında tedbir kararı verilecek bir “ihtiyati tedbir konusu”⁵⁵⁵

⁵⁵³ Federal Rules of Civil Procedure, TITLE VIII. Provisional and Final Remedies, Rule 65: Injunctions and Restraining Orders.

⁵⁵⁴ *Grupo Mexicano De Desarrollo v. Alliance Bond Fund*, 527 U.S. 308, 327-30 (1999).

⁵⁵⁵ İhtiyati tedbirin sadece dava konusu hakkında verilebileceğine ilişkin Yargıtay’ın da müstakar içtihatları vardır. YARGITAY 22. HD., E. 2013/10684 K. 2014/16429 T. 10.6.2014:

“Davanın bir miktar para alacağına ilişkin olduğundan ve ihtiyati tedbir konulan araç ve markalar, *uyuşmazlık konusu* olmadığından, davacının ihtiyati tedbir talebinin reddi yerine, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Benzer yönde bkz. T.C. YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ E. 2016/6242 K. 2016/4085 T. 23.2.2016:

“...İhtiyat tedbirde çekişmeli ve bu sebeple davaya konu olan şey (mesela, taşınır veya taşınmaz bir mal) hakkında önleyici nitelikte tedbir alınır; buna karşılık ihtiyati hacizde; alacaklıya henüz

olmalı, sonrasında da ihtiyati tedbir sebeplerinden biri mevcut olmalıdır⁵⁵⁶. Belirli bir *uyuşmazlık konusu* (taşınır, taşınmaz gibi) hakkında ihtiyati tedbir almak için, HMK madde 389’da belirtilen sebeplerden bir mevcut olmalıdır. İhtiyati tedbirin alınmaması halinde eğer,

- 1) Nihai hakkın elde edilmesi önemli ölçüde zorlaşacaksa veya
- 2) Yargılamadan beklenen nihai hakkın elde edilmesi tamamen imkânsızlaşacaksa veya
- 3) İhtiyati tedbirde gecikme sebebiyle bir sakıncanın ya da ciddi bir zararın doğması tehlikesi olacaksa, ihtiyati tedbir verilebilecektir.

Bu durumlardan birinin varlığına kanaat getirildiğinde, mahkemece ihtiyati tedbir kararı verilebilecektir⁵⁵⁷. Birinci Bölüm’de detaylıca tartışıldığı üzere “*usul, lex foriye tabidir*” genel kuralının doğal bir sonucu olarak; Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir talebinde bulunan taraf, milli hukuku ne olursa olsun HMK madde 389’daki şartları ile diğer usuli şartları sağlamakla yükümlü olacaktır. Türk hukuku bakımında belirtilen bu şartlar, karşılaştırmalı hukuk açısından yukarıda tartıştığımız şartlara benzemektedirler. Zira farklı ülke hukuklarında da; ihtiyati tedbirlerin temelinde, yargılamadan beklenen nihai yararı korumak ve bu nihai amacı zedeleyecek taraf hal ve hareketlerine baştan engel olma amacı yer almaktadır. Örneğin; acil koruma ihtiyacı, nihai hakkın zarara uğrayacak olması gibi temel şartlar birçok hukuk sisteminde mevcuttur. Usulde bazı farklılıkların, ülke bazında ortaya çıkması ise elbette olağandır. Örneğin; Amerikan hukukunda ortaya çıkma tehlikesi olan zararın “ani ve telafisi güç” olması aranmışken, Türk hukukunda gecikme sebebiyle “ciddi zararın doğacağının” ispatlanması aranmıştır. Bu farklılıklara rağmen ihtiyati tedbirlerde; ortak amacın, ortaya çıkabilecek ve nihai amacı zedeleyecek tehlikenin acil bir şekilde önlenmesi olduğu söylenebilir.

kesin haciz isteme yetkisinin (m.78;37) gelmediği bir dönemde, alacaklının para alacağının zamanında ödenmesi güvence altına alınır.

...

Oysa, ihtiyati tedbirde, üzerine ihtiyati tedbir konulan mallar, çekişmeli olup, davacının açmış olduğu veya ilerde açmayı düşündüğü bir davanın konusudur. Taşınmaz mallar üzerine ihtiyati tedbir konulması halinde, genellikle taşınmazın başkasına devrinin yasaklanmasına (ferağdan men'ine) de karar verilmektedir ve üzerine ihtiyati tedbir konulan taşınmaz başkasına satılamamaktadır/devredilememektedir...”

⁵⁵⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Özeker, **a.g.e.**, s. 622-623; tedbire esas teşkil eden bir maddi hukuk talebi yanında, asıl davadan önce karar verilmesini haklı kılabilecek bir sebebin varlığının şart olduğu konusunda bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 176 vd.; Kuru, **a.g.e.**, s. 632.

⁵⁵⁷ Kuru, **a.g.e.**, s. 623; Erişir, **a.g.e.**, s. 191 vd. HMK madde 389’da yer alan bu şartlar, çeşitli Yargıtay kararlarında da ele alınmıştır. Örnek kararlar için bkz.T. C.YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2017/11-20 K. 2017/1091T. 7.6.2017; T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2015/4504 K. 2015/12980 T. 3.12.2015.

C. Niteliğin Tespiti

Yukarıda tartıştığımız üzere; Türk hukukunda geçici hukuki koruma, “kötü niyetli davranışlara engel olmak, yargılamanın sonucunun tehlikeye girmesini bertaraf etmek” amacıyla verilen tedbirlerdir⁵⁵⁸. Geçici hukuki koruma; bu anlamda, asıl yargılamayı tamamlayıcı ve destekleyici bir fonksiyon üstlenmektedir. Asıl yargılama; ister tahkim ister mahkeme yargılaması olsun, zaman alan ve kapsamlı bir değerlendirmeyi gerektiren süreçtir. Tahkimde; yargılamanın tamamlanması için öngörülebilir bir sürenin tayini bile, bu gerçeği değiştirmemektedir. Örneğin tahkimin sadece bir sene süreceğinin kurumsal tahkim kurallarında veya taraflarca kararlaştırılmış olması; yargılamadan beklenen nihai hakkın, bir sene boyunca garantide olacağı anlamına gelmeyecektir. Asıl yargılamanın zaman almasını ve tahkim veya münhasır yetkili mahkemenin kararlaştırıldığı davalarda; yargılamanın çoğu zaman uzak bir forumda görülmesini fırsat bilen taraflardan biri, ulaşılmak istenen sonucu bertaraf edici hal ve hareketlerde bulunabilmektedir. Bu durumda hakkı kaybolacak olan taraf, yargılama sürecinde veya öncesinde geçici nitelikte korumalara ihtiyaç duyacaktır zira davacının yargılamasının “boşa gitmesi” riski doğabilmektedir⁵⁵⁹.

Geçici hukuki korumanın; “tarafların kötü niyetli hal ve hareketlerini önlenmesi” amacı bakımından dava açma yasaklarına oldukça benzediği zira dava açma yasaklarının da asıl amaçlarının, yargılamaya zarar verici davranışları önleme işlevi olduğu tartışmadan uzaktır. Daha önce de belirtildiği üzere; taraflar arasında aynı uyuşmazlık konusunda tek bir yargılamanın yapılıp sonuca bağlanması, gerek taraflar gerekse de hukuk güvenliği ile usul ekonomisi⁵⁶⁰ açısından oldukça

⁵⁵⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **a.g.e.**, s. 616; Erişir, **a.g.e.**, s. 1-5; Kuru, **a.g.e.**, s. 630-631; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 134 vd.; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 210; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 484.

⁵⁵⁹ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **a.g.e.**, s. 616; gerçek hukuki korumanın, ancak alacaklının alacağına kavuşmasıyla bir anlam ifade edeceği konusunda bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 6-7; uyuşmazlığın ortaya çıkması ile davanın sona ermesi arasındaki süre uzun olabileceğinden, davacının davayı kazanması halinde elde edebileceği hakların önceden “güvence” altına alınması gerekliliğinin tahkim hukukunda da geçerli olduğu konusunda bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 134 vd.; dava sonunda alınacak kararın “pratik değerinin olması için”, ihtiyati tedbirlerin şart olduğu konusunda bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 210; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 484 vd.; Kuru, **a.g.e.**, s. 630.

⁵⁶⁰ T.C. YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ E. 2017/4774 K. 2017/9750 T. 27.11.2017: “...buna göre Kurumun davacıyı 18/07/1994 – 22/01/1998 tarihleri arasında 1265 gün 506 Sayılı Kanun kapsamında sigortalı kabul etmesi nedeniyle, davacının 18/07/1994 – 22/01/1998 arasındaki dönem yönünden, hem 506 Sayılı Kanun hem de 1479 Sayılı Kanun kapsamında sigortalı olması şeklinde çakışan bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet vereceği belirtilerek, bu sorunun, bu davaya konu olay ile bağlantılı olması ve ayrı bir davaya konu olması beklenmeden bu davada çözülmesi usul ekonomisi yönünden en uygun olduğu...”

önemlidir. Ancak uygulamada; daha önce tahkim veya başka forum lehine yapılan sözleşmeye rağmen, taraflar uyuşmazlığın kendi ülkelerinden görülmesini istemekte ve bunu birtakım sebeplerden ötürü avantaj olarak görmektedirler⁵⁶¹. Kararlaştırılan forumdan uzaklaşan taraf ya da taraflar; uygulamada aynı konu ve tarafları ilgilendiren birçok paralel davanın ortaya çıkmasını sağladıkları gibi aynı zamanda bu durum, tarafların beklediği hukuk güvenliğini ve kararın etkinliğini kendi iradeleriyle zedelemesine de sebebiyet vermektedir. Eğer bu kötü niyetli yaklaşımı önleme noktasında bir tedbir kararı verilmezse bu durumda tarafın; örneğin tahkim yargılamasından beklediği nihai hakkı zedeleneyeceği gibi nihai hakem kararı lehine sonuçlansa bile, bu kararın icra edilmesinin pek bir anlamı da kalmayabilecektir. Bu noktada dava açma yasakları, kararlaştırılan forumdan uzaklaşan ve böylece sözleşmeyi ihlal eden tarafa karşı kullanılacak etkin araçlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira dava açma yasakları; forum sözleşmesini ihlal eden tarafı, çoğu zaman gönüllü bir şekilde uygun foruma çekmeyi de “başarmakta” ve davadan beklenen nihai kararın etkinliğini önemli ölçüde azaltan paralel davaları da önlemektedirler.⁵⁶²

Bu açıdan mesele el alındığında; Türk hukuku uyarınca da öncelikle dava açma yasaklarının, geçici hukuki korumaların bir türü olduğu konusunda kanımızca şüphe duyulmamalıdır. Zira dava açma yasaklarında da temel amaç; “yargılamadan beklenen menfaatten uzaklaşmaya sebebiyet verebilecek” hal ve hareketlerin, dava esnasında veya öncesinde geçici surette önlenmesidir⁵⁶³. Öğretide bir görüş, geçici hukuki korumaların temel özellikleri arasında, bu tür kararların “taraflar için bağlayıcı ve zorlayıcı” olmasını da saymaktadır⁵⁶⁴. Bu noktada; dava açma yasaklarının, “geçici hukuki korumaların bir türü” olarak kabul edilemeyeceği zira

⁵⁶¹ Bu eğilim birçok sebepten kaynaklanabilir. Gerçekten de her bir taraf kendi ülke dilinde davasını yürütmeyi daha kolay bulabilir. Benzer şekilde politik birtakım sebeplerden dolayı da kişi; karşı tarafın ülkesinde davanın görülmesini istemeyerek, kendi vatandaşı olduğu ülke mahkemesinde davanın görülmesini isteyebilir. Taraf bazen kendi ülke mahkemelerine de güvenmeyerek, hukuk sistemine daha çok güvendiği başka bir ülkede uyuşmazlığın görülmesini de mantıklı bulabilir. Normalde tarafların anlaşarak uygun gördükleri forumda; bu forum başka bir ülkede de olsa, davaların görülmesini kararlaştırmalarında sakınca yoktur. Asıl problem; taraflardan birinin veya her ikisinin, önceden anlaştıkları forum dışında başka bir yerde dava açmalarında ortaya çıkmaktadır.

⁵⁶² Bermann, **a.g.e.**, s. 595 vd.

⁵⁶³ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **a.g.e.**, s. 616. Doktrinde başka görüşlerde de; geçici hukuki korumaların, bu “geçici surette” ihlalleri önleme işlevi vurgulanmıştır. Bkz. Yeşilirmak, **a.g.e.**, s. 6; Göksu, **a.g.e.**, s. 1256-1258; Erten, *İngiliz Tahkim Hukuku*, s. 539-540; Konuralp, **a.g.e.**, s. 225-227; Kuru, **a.g.e.**, s. 631; Erişir, **a.g.e.**, s. 5-19.

⁵⁶⁴ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **a.g.e.**, s. 619; çekişmesiz yargı işlerinde de geçici hukuki korumalara başvurulabileceğinden ve “tamamlayıcı merasim” olmaksızın da geçici hukuki korumalara izin verildiğinden hareketle, “taraf” ibaresine gerek olmadığı konusunda bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 5.

özellikle de hakemlerce verilen dava açma yasaklarının ancak tarafların ihtiyari kabulüne ve uymalarına bağlı olduğu görüşü ileri sürülebilir. Kanımızca doktrindeki bu görüş; “mahkemelerce” verilen; diğer bir ifadeyle, HMK ve ilgili mevzuat uyarınca mahkemelerce takdir edilen geçici hukuki koruma türleriyle sınırlandırılmış olup, tahkim hukukundaki tedbirleri de kapsayan genel bir kural değildir.

Kural olarak; egemen bir güce dayalı olarak yargı yetkisini bağımsızca kullanan mahkemelerce verilen geçici hukuki korumaların aksine, yetkisini sadece taraflardan alan bağımsız hakemlerce verilen geçici hukuki korumaların “bağlayıcılık ve zorlayıcılık” açısından aynı olamayacağı söylenebilir. Bu farklılık; dava açma yasaklarının, nitelik olarak geçici hukuki koruma türü olarak vasıflandırılmasına da engel değildir zira bu tür bir tedbirin verilmiş amacı geçici korumaların amaçlarıyla örtüşmektedir. Bu farklılık, diğer geçici hukuki koruma türlerinde de geçerlidir. Örneğin mahkemenin, dava konusu para için davalının banka hesabına haciz koydurması hem davalı hem de banka için “bağlayıcı ve zorlayıcı” iken; *hakemlerin*, nihai hakem kararının icra edilebilirliğini sağlama almak için bir taraf aleyhine hükmedecekleri malvarlığını dondurma emri (*order of freezing assets*) sadece tarafa dönük bir emir olmanın ötesine geçemeyecektir. Malvarlığını dondurma emri de; her ne kadar genel amaç açısından geçici hukuki korumaların “bağlayıcılık ve zorlayıcılık” şartını yerine getirmemekte ise de, bu tedbirin geçici hukuki korumaların bir türü olduğu konusunda tereddüt etmemek gerekir⁵⁶⁵. Bu bakımdan mesele ele alındığında, hakemler tarafından verilen dava açma yasaklarının da geçici hukuki korumaların bir türü olduğunun kabulü gerekmektedir. Mahkemelerce verilen dava açma yasaklarının bağlayıcılığı da mevcut olduğundan, bu ek özellik ile mahkeme tarafından verilen tedbirler kastedilmiştir.

Her ikisi de geçici hukuki korumanın türü olan; ihtiyati tedbir ile dava açma yasakları arasında, amaç bakımından büyük benzerlik olduğu açıktır. Gerek mahkemelerce gerekse hakemlerce verilen dava açma yasaklarının geçici hukuki koruma türleri olduğu açık olmakla beraber; dava açma yasağının, ihtiyati tedbir türü olup olmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Kanımızca bir

⁵⁶⁵ Bkz. yukarıda dn. 546. Hakemlerin; bir taşınır ya da taşınmazın devrini yasaklamaya veya tüm mal varlığını dondurmaya yönelik tedbir kararı verip vermeyeceği, oldukça tartışmalı bir husustur. Örneğin *Kastner v Jason* ([2004] APP. L.R. 12/02) davasında temyiz mahkemesi; hakem heyeti tarafından verilen ve tahkim davalısının evini satmasını yasaklayan tedbir talebini değerlendirmiştir. Tedbire uyacağı konusunda söz veren davalı; yine de gizlice ve ani bir kararla, tedbir konusu evini satmıştır. *Mareva* tedbiri imkânının da aslında bir geçici hukuki koruma türü olduğu ve Singapur’da uygulandığı hakkında bkz. Sun, **a.g.e.**, s. 144 vd.

geçici hukuki koruma türü olarak dava açma yasakları, başka bir tür olan ihtiyati tedbirden farklı olarak değerlendirilmelidir. Dava açma yasaklarının amaçsal olarak ihtiyati tedbirlerle ciddi benzerlikler taşıması, her ikisinin de geçici hukuki koruma türü olmalarından kaynaklanmaktadır. Ancak dava açma yasakları ile ihtiyati tedbir arasında şartlar ve usule dair farklılıklar oldukça belirgindir.

Öncelikle temel farklılık, ihtiyati tedbir için ortada “somut bir uyuşmazlık konusunun” mevcut olması gerektiği hususundadır. Uyuşmazlık konusu; gayrimenkul, taşınır veya hak gibi şeylerdir⁵⁶⁶. Gerçekten de ihtiyati tedbir; Türk hukukunda “uyuşmazlık konusu” hakkında verilebilmekte ve bu konu dışında verilen tedbir kararlarının, temyiz aşamasında bozulduğu görülmektedir⁵⁶⁷. Benzer kararlara milletlerarası tahkimde de rastlamak mümkündür. Örneğin; hakem heyeti, uyuşmazlık konusu bir inşaat makinesinin mülkiyetinin devrini kural olarak yasaklayabilir. Benzer şekilde hakem veya hakem heyeti; talep edilen tazminat hakkını korumak amacıyla tahkim davası esnasında davalının, belirli bir banka hesabını dondurmasını da isteyebilir. Taraflar ya da üçüncü kişiler üzerinde hakem

⁵⁶⁶ İhtiyati tedbire esas teşkil eden taleplere ilişkin detaylı bilgi ve tartışmalar için bkz. Erişir, **a.g.e.**, 177 vd. T.C. YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ E. 2016/6242 K. 2016/4085 T. 23.2.2016: “...İhtiyat tedbirde çekişmeli ve bu sebeple davaya konu olan şey (mesela, taşınır veya taşınmaz bir mal) hakkında önleyici nitelikte tedbir alınır.

...

Oysa, ihtiyati tedbirde, üzerine ihtiyati tedbir konulan mallar, çekişmeli olup, davacının açmış olduğu veya ilerde açmayı düşündüğü bir davanın konusudur...”

⁵⁶⁷ “Davanın bir miktar para alacağına ilişkin olduğundan ve ihtiyati tedbir konulan araç ve markalar, *uyuşmazlık konusu* olmadığından, davacının ihtiyati tedbir talebinin reddi yerine, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” YARGITAY 22. HD., E. 2013/10684 K. 2014/16429 T. 10.6.2014 (Lexpera, 2017). Ayrıca bkz. T.C.YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ E. 2016/22484 K. 2017/13887 T. 9.11.2017:

Öte yandan davaya konu maddi ve manevi tazminat talebi olduğuna göre *uyuşmazlık konusu olmayan mahcuz araç için* tedbir kararı verilmesi de HMK' nın 389 vd. maddelerine uygun düşmemektedir...”

Yargıtay’a göre; “ancak dava konusu hakkında tedbir verilebilmesi” şartı, aynı zamanda ihtiyati tedbiri ihtiyati haciz kavramından da ayırmaktadır:

T.C. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ E. 2015/16588 K. 2017/16298 T. 6.7.2017:

“...6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389. Maddesine göre “Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme sebebiyle 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 ihtiyatit tedbir kararı verilebilir”. İhtiyati haciz ise, ihtiyati tedbirin özel bir çeşidi olmakla beraber özellikle konusu ve tabi olduğu hükümler bakımından ihtiyati tedbirden farklıdır. İhtiyati haciz sadece para alacaklarına dair dava veya takiplerde söz konusu olduğu halde, ihtiyati tedbir kural olarak paradan başka şeylere dair davalarda ve aynı çekişmeli olan menkul ve gayrimenkul mallarla ilgilidir. *İhtiyati hacizde haczedilen mallar açılan veya açılacak davanın konusunu oluşturmadığı halde, ihtiyati tedbirde üzerine tedbir konulan mallar taraflar arasında çekişmeli olduğundan davanın konusunu oluşturur.*

Dava, bir miktar işçilik alacağının tahsiline dair olduğuna göre böyle bir davada ancak İİK'nun 257. maddesindeki şartların varlığı halinde ihtiyati hacze karar verilebilir. Mahkemece anılan hususlar nazara alınmadan ihtiyati haciz gibi ihtiyati tedbir kararı verilmesi doğru olmamış, hükmün bu sebeple de davalı yararına bozulması gerekmiştir.”

heyeti kararları ile mahkeme kararlarının ne kadar bağlayıcı olduğu tartışması bir yana bırakılırsa; ister mahkeme ister hakemler tarafından verilmiş olsun, bu tür tedbirlerin Türk hukuku uyarınca vasıflandırıldıklarında, ihtiyati tedbir niteliği haiz oldukları açıktır.

Oysaki dava açma yasaklarında; ortada taşınır veya taşınmaz gibi hakkında tedbir kararı verilebilecek bir konu yoktur. Benzer şekilde; dava açma yasakları, doğrudan para alacağının güvence alınmasını da hedeflemezler. Dava açma yasağı tedbirinde; asıl “uyuşmazlığın konusu” hakkında değil, başkaca hususlarda verilen bir emir ile karşılaşmaktayız. Hukuki problemi bir örnekle açıklamak gerekirse: Türkiye’de kurulu A şirketi ile İngiltere’deki B şirketi arasında; 10 adet inşaat makinesinin alımı için sözleşme yapılmış ve sözleşmede, tüm uyuşmazlıklar için Londra merkezli İngiliz hukukuna tabi ICC tahkimi kararlaştırılmıştır. A şirketi; B şirketi tarafından sağlanan makinelerin ayıplı olduğunu ileri sürerek, Türk mahkemesinde dava açma yoluna gitmiştir. Makinelerdeki hataların; kullanımdan kaynaklı olduğunu ve parasını alamadığını ileri süren B ise, sözleşmeye uygun şekilde Londra’da ICC tahkimini başlatmıştır. B; ayrıca İngiliz mahkemesinden, A şirketinin Türkiye’deki davadan men edilmesini talep etmiş ve tahkim şartının geçerli olduğunu ispatlamıştır. Bu örneğimizde; dikkat edilirse istenen men kararı, uyuşmazlık konusu makineler veya tazminat alacağı hakkında değildir. İstenen men kararı; tahkim sözleşmesini ihlal eden tarafı sözleşmedeki asıl foruma çekmeye dönük bir karar olup, usule ilişkin bir karardır. Diğer bir ifadeyle dava açma yasağının konusu; tazminat alacağı ya da makineler değil, kanımızca *davalının münhasır bir yetki sözleşmesini ihlalidir*.

Bu noktada; Türk hukukundaki “uyuşmazlık konusu” ibaresinin somut bir varlık olması gerekmediği ve böylece tahkim konusu uyuşmazlıkla ilgili usule dair uyuşmazlıklar dâhil her konunun, “uyuşmazlık konusu” olduğu görüşü ileri sürülebilir. Gerçekten de Türk hukukunda; ihtiyati tedbirlerin verilebileceği konular, ihtiyati hacze nazaran, oldukça geniştir⁵⁶⁸. Her ne kadar ihtiyati tedbir kararlarının verilebileceği konular oldukça geniş ise de; verilecek tedbirin konusu iyi araştırılmalıdır zira bazı ikincil ancak uyuşmazlıkla ilgili talepler bile, bu şart

⁵⁶⁸ T.C. YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ E. 2015/5842 K. 2015/8588 T. 20.4.2015:

“...Konuları bakımından ihtiyati haciz; sadece taşınır ve taşınmaz mallarla alacak ve haklara dair olabildiği halde, *ihtiyati tedbirin konusu daha geniştir*. Gerçekten ihtiyati hacze konu teşkil eden şeyler dışında bir şeyin yapılması veya yapılmamasına dair fiil ve hareketler ile bir şeyin teslimi veya bir paranın ödenmesi veya ödenmemesi gibi yükümlülükler de ihtiyati tedbirin konusu teşkil ederler...”

eksikliğinden dolayı mahkeme kararları Yargıtay tarafından bozulabilmektedir.⁵⁶⁹ Dolayısıyla Türk hukukunda da; “bir şeyin yapılması veya yapılmamasına dair fiil ve hareketler” de, ihtiyati tedbirlere konu olabilmektedir. Bu açıdan dava açma yasaklarıyla benzerlik olduğu açıktır zira dava açma yasakları da, “dava açılmaması veya dava açmaktan imtina edilmesi” gibi olumsuz fiileri içermektedir.

Ancak kanımızca ihtiyati tedbir için öngörülen “sadece ilgili uyuşmazlık konusu hakkında tedbir verilebilmesi” şartının; dava açma yasaklarında tam anlamıyla geçerli olamayacağını ileri sürmek, yanlış olmayacaktır. Dava açma yasağı; tahkim aşamasında münferiden başka bir uyuşmazlık olan “ihlal” iddiasıyla gündeme gelmekte ve hakemler, bu ihlal hakkında dava açma yasağı tedbir kararı vermektedirler. Özellikle de henüz tahkim davasının esasına girilmediği ya da hakem heyetinin oluşturulmadığı durumlarda; acil durum hakeminin, mevcut ya da muhtemel tahkimi ihlal iddiaları konusunda dava açma yasağı tedbiri uygulamasında bahsettiğimiz farklılık daha da belirgindir. Zira hakem heyeti; her ne kadar asıl dava konusu olan hususlarda tedbir kararı vermese de aslında, münferit bir uyuşmazlık konusu olan “*davalının münhasır yetki sözleşmesini muhtemel veyahut mevcut ihlali*” hakkında bir tedbir kararı vermektedir. Dolayısıyla dava açma yasakları; doğrudan tahkim davasındaki asıl uyuşmazlık konusunu ilgilendirmemekte, yargılama öncesinde veya esnasında ortaya çıkan “ihlal” gibi başka bir yan uyuşmazlık hakkında verilmektedirler. Elbette acil durum hakem yargılamasında; bu tedbir, asıl ve tek uyuşmazlık olan “tahkim sözleşmesinin ihlal edilmiş veya edilecek olması” konusunda da verilebilecektir. Diğer bir ifade ile acil durum hakemi yargılamasında dava açma yasağı konusu ile tartıştığımız “ihlal” hususu büyük ölçüde örtüşmektedir. Dava açma yasağı; tahkim lehine devlet mahkemesinden talep edildiğinde ise mahkeme tarafından; doğrudan uyuşmazlık konusu olan “ihlal” hakkında tedbir kararı verileceğinden, HMK madde 389’daki bu şart zaten sağlanmış olacaktır. Elbette bu çıkarımımız, Türk hukukunda dava açma yasaklarının kabul edildikleri varsayımı için geçerli olacaktır.

⁵⁶⁹ Boşanma davası sonucunda; belirlenen tazminatı garantiye almak için bile, borçlunun taşınmazlarına tedbir konulamayacağı hakkında bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 632; Ayrıca bkz. YARGITAY 22. HD., E. 2013/10684 K. 2014/16429 T. 10.6.2014: “Davanın bir miktar para alacağına ilişkin olduğundan ve ihtiyati tedbir konulan araç ve markalar, *uyuşmazlık konusu* olmadığından, davacının ihtiyati tedbir talebinin reddi yerine, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”

Dava açma yasakları ile ihtiyati tedbir arasındaki asıl farklılık, tedbirlerin verilebilme şartlarında ortaya çıkmaktadır. Yukarıda detaylıca tartışıldığı üzere; dava açma yasağı kararının verilebilmesi için, tartışılan şartlar şu şekilde sıralanabilir:

- 1) Aşırı gecikme (*undue delay*) olmamalı,
- 2) Men edilecek dava oldukça ilerlememiş (*not too far advanced*) olmalı,
- 3) Tedbir adil ve uygun (*just and convenient*) olmalı,
- 4) Yasaklanacak dava, sırf zarar verme ve yıpratma amacıyla (*vexatious and oppressive foreign litigation*) açılmış olmalı,
- 5) Davalı, tedbirin verilmemesi yönünde güçlü kanıt sunamamış olmalıdır.

Bu şartları değerlendiren mahkeme, duruma göre, dava açma yasağı tedbir kararını verecek veya vermeme yönünde takdir yetkisini kullanacaktır. Örneğin yukarıdaki örneğimizde A aleyhine dava açma yasağı talebinde bulunan B'nin; “oldukça geç başvuruda bulunduğu” veya “men edilmesi gereken Türkiye’deki davanın oldukça ilerlemiş olduğu” kanaatine varan mahkeme, B şirketinin talebini reddedebilecektir. Başka bir faraziye de ise; talepte bulunan B şirketinin zamanında başvuruda bulunduğu ve A şirketinin geçerli tahkim sözleşmesine rağmen meşru sebep olmaksızın tamamen zarar verme amaçlı olarak Türkiye’de dava açtığına kanaat getiren mahkeme, bu kez A şirketi aleyhine dava açma yasağı kararını verebilecektir. Oysaki ihtiyati tedbirin; “uyuşmazlık konusunda verilmesi” şartına ek olarak aranan sebepler arasında, bu tür şartlar yer almamaktadır.

İhtiyati tedbir için, HMK madde 389’da yer alan ve yukarıda tartışılan üç sebepten bir tanesinin varlığı bile yeterlidir. HMK madde 389’daki “veya” ibaresi de, bu konudaki tereddütleri sonlandıracak niteliktedir. Örneğin bir tapu iptali davasında davacı taraf; dava konusu taşınmazın yakın akrabaya devredileceğini gösteren delillerle mahkemeyi ikna edip “gecikme sebebiyle ciddi bir zararın doğacağı” hususunu ispatlayarak, uyuşmazlık konusu taşınmazın üçüncü kişilere devrinin yasaklanmasını öngören ihtiyati tedbir kararını alabilecektir. Oysaki dava açma yasaklarında; ihtiyati tedbirde belirtilen şartlar aranmadığı gibi, ihtiyati tedbir almak için de dava açma yasağı kararında belirtilen şartları ispatlamaya gerek yoktur. Tıpkı *delil tespiti* ile *ihtiyati haciz* gibi, *dava açma yasakları* ile *ihtiyati tedbir* de geçici hukuki korumalar içinde yer alan ve fakat birbirinden bağımsız iki farklı türdür.

Yabancı hukuklarda; dava açma yasaklarının, sanki ihtiyati tedbir olarak görüldüğü sanılabilir. Kanımızca bu durum, kavram karmaşasından ileri gelmektedir.

Zira karşılaştırmalı hukuk uyarınca yapılan vasıflandırmada; dava açma yasakları dâhil birçok geçici koruma yöntemlerinin, *interim measures* ya da *preliminary injunctions* gibi ifadelerle anıldıkları görülmektedir. Oysaki yabancı hukuktaki *injunctive relief*, *preliminary injunction*, *provisional measure* gibi kavramlar; genellikle birbiri yerine kullanılan ve kimi, tedbirlerin “geçici” niteliğini kimi ise tedbirlerin “koruyucu” amaçlarını ön plana çıkaran benzer kavramlardır⁵⁷⁰. Yukarıda da vurgulandığı üzere; dava açma yasakları, mahkeme veya hakem heyetince verilen ve yabancı forumun davaya devam etmesini yasaklayan veya bu forumda davanın açılmasını engelleyen geçici hukuki korumaların bir türü (*sub-category of injunctive relief*) olarak kabul edilmektedir⁵⁷¹. Kanımızca *injunctive relief* kavramı; Türkçe’de “ihtiyati tedbir” olarak değil, daha üst başlık olan “geçici hukuki korumalar” olarak anlaşılmalıdır⁵⁷².

Türk hukuku uyarınca dava açma yasaklarını aşağıda detaylıca ele alırken; dava açma yasaklarını ihtiyati tedbir türü olarak değil, kendine has şartları ve usulü olan ve de daha çok milletlerarası tahkim hukukunu ilgilendiren bir geçici hukuki koruma türü olarak ele alacağız. Ancak bir an için Türk hukukunda dava açma yasaklarının kabul edildiği varsayılsa bile; Türk mahkemelerinin yine büyük ölçüde ihtiyati tedbir hükümlerini, bu özellikli tedbirlere de uygulayacağı öngörülebilir. Doktrinde belirtildiği üzere geçici hukuki korumalar; sadece “teminat” veya “tespit” amaçlı değil, aynı zamanda “eda” amaçlı olarak da verilebilirler⁵⁷³. Eda amaçlı geçici hukuki koruma önlemleri; yargılamadan beklenen nihai hukuki korumayı

⁵⁷⁰ Yeşilırmak, **a. g.e.**, s. 8-9; geçici hukuki koruma ve ihtiyati tedbir kavramlarının Almanca’daki analizleri için bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 3-4. Doktrinde bir görüş; MTK’nın hazırlanmasına kaynaklık eden 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu madde 17’deki “interim measure” ibaresini, “ihtiyati tedbir” olarak kabul etmektedir. Böylece aslında Model Kanun’da; “ihtiyati tedbir” ibaresi ile birlikte “ihtiyati haciz” de eklendiğinden, sanki oldukça olumlu bir kanun yapım sürecinin olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıca MTK öncesinde, HUMK kapsamında yürütülen tahkimde hakemlerin geçici hukuki korumalara hükmedemediği konusunda bkz. Turgut Kalpsüz, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Yetkin, Ankara, 2010, s. 42-44 (*Milletlerarası Tahkim*). Aşağıda detaylandıracağımız üzere; bu ibarenin, “geçici hukuki korumalar” olarak anlaşılması daha doğru olacaktı. UNCITRAL Model Kanunu (2006)’da bu eksiklik giderilmişken; MTK’daki sorunlu düzenlemelerin hala yürürlükte olması, uygulamada birçok problemlere sebebiyet vermektedir.

⁵⁷¹ Stacher, **a. g.e.**, s. 2 ve s. 6.

⁵⁷² Türk hukukunda; dava açma yasağı kavramına kısaca değinen Nomer, bu tedbirlerin “ihtiyati tedbir” niteliğinde olduğu görüşündedir. Belirttiğimiz gerekçelerle, bu görüşe katılmamaktayız, bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 512; başka bir görüş ise, dava açma yasaklarının sadece “tedbir” niteliğine vurgu yapmaktadır. Bkz. Ekşi, **Lex Mercatoria**, s. 152; dava açma yasağından sadece “tedbir kararı” olarak bahseden nadir bir karar incelemesi için bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 140; orijinal dilinde *anti-suit injunction* kavramını tercih eden ve bu tedbirlerin “tarafalara yönelik” olduğunu da vurgulayan kısa değerlendirme için bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 437.

⁵⁷³ Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, **a. g.e.**, s. 620; ihtiyati tedbirleri, *teminat tedbirleri*, *eda tedbirleri* ve *düzenleme tedbirleri* olarak sınıflandıran görüş için bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 348 vd.

etkinleştirmek için tarafların bir şey yapması, yapmaması, vermesi veya vermemesini gerektiren tedbirler olarak tanımlanabilir. Kanımızca dava açma yasaklarını; eda amaçlı geçici hukuki koruma önlemleri kapsamında değerlendirmek, Türk hukuku bakımından daha doğru olacaktır. Zira dava açma yasağı tedbirinin temel amacı; sözleşmede kararlaştırılan forumu ihlal eden tarafın, asıl foruma gelmesini ve yabancı forumda dava açmamasını veya dava açmışsa da bu davadan çekilmesini sağlamaktır. Böylece hakemler veya mahkemece verilen dava açma yasakları; muhatap tarafı, bir şeyi yapmaya veya yapmamaya itmekte ve böylece bir “eda” emri içermektedirler. Bu bakımdan mesele ele alındığında; dava açma yasaklarının, geçici hukuki korumalardan eda amaçlı olan tedbirler kümesinde yer aldığını ileri sürmek kanımızca mümkündür. Nasıl ki; belirli bir saatten sonra gürültünün yapılmaması yönünde olumsuz yükümlülük içeren eda amaçlı bir tedbir talebi alınabiliyorsa, aynı şekilde ihlalde bulunulmaması yönünde de dava açma yasağı tedbiri kanımızca verilebilecektir.

Tekrar belirtmek gerekir ki; amaç bakımından tedbirlerin birbirine benzerlik göstermesi, onların farklı oldukları gerçeğini değiştirmez. Örneğin; delillerin korunmasına yönelik bir tedbir kararı da aslında tarafların, yargılamaya zarar verecek şekilde hareket etmelerini engellemeye yönelik olup dava açma yasağının amacı ile benzerlik göstermektedir. Nitekim geçici hukuki korumaların her türünün tek tek düzenlenemeyeceğini öngören kanun koyucu; HMK madde 406’da “diğer geçici hukuki korumalar” demek suretiyle, dava açma yasağı gibi öngörülemeyen ve kendine has farklı şartlar taşıyan geçici hukuki koruma türlerinin varlığını da kabul etmiştir. Kanımızca Türk hukuku uyarınca mesele ele alınırken; dava açma yasaklarının, milletlerarası özel hukuk ile özellikle de milletlerarası tahkim hukukunda sıklıkla kullanılmakta olan ve eda nitelikli bir “diğer” geçici hukuki koruma türü olduğu unutulmamalıdır. Bu farklılık elbette; diğer geçici hukuki koruma türlerine ilişkin düzenlemeler ile yargı kararlarından yararlanılmasına da engel değildir zira geçici hukuki korumalar üst kümesine dâhil olan bu tür tedbirler arasında, amaçsal açıdan genel bir benzerlik vardır. Sonuç olarak; Türk hukuku uyarınca dava açma yasaklarını, geçici hukuki korumaların “amaç” bakımından bir alt kümesini teşkil eden “eda amaçlı” geçici hukuki korumalar kümesinde kendine has şartları olan bir özel tür olarak vasıflandırmamız mümkündür.

II. Hakemlerin Tedbir Kararı Verme Yetkisi

Yukarıda yapılan analizlere göre; Türk hukukunda dava açma yasaklarının ihtiyati tedbir olarak değil, kendine has özel şartları ve usulü olan ve de daha çok milletlerarası tahkim hukukunu ilgilendiren eda amaçlı bir geçici hukuki koruma türü olduğu söylenebilir. Ancak Türk hukukunda; bazı ülkelerin aksine, dava açma yasağı tedbirine dair açık bir hukuki düzenleme veya yeknesak bir mahkeme uygulaması söz konusu değildir. Bu nedenle aslında; Türk hukukunda hakemler ile mahkemelerin dava açma yasağı tedbiri verip veremeyecekleri sorusu, bu forumların geçici hukuki korumalara hükmedip hükmedemeyecekleri genel sorusudur. Zira dava açma yasakları; en nihayetinde, geçici hukuki korumaların bir alt türüdür. Mantiken geçici hukuki koruma tedbiri kararı verebilen bir hakemin veya mahkemenin, dava açma yasağı kararını da verebilmesi mümkündür zira geçici hukuki korumalar ifadesi daha geniş ve üst bir kavramdır.

Karşılaştırmalı hukuk açısından Birinci Bölüm’de belirtildiği üzere; hakemlerin geçici hukuki korumalara hükmetme yetkisi, gerek *ad hoc* gerek kurumsal tahkim açısından kabul edilmektedir⁵⁷⁴. Burada tekrara girmemek adına; sadece birkaç örnek vermek, yeterli olacaktır. Örneğin; UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010) madde 26, bu yetkiyi açıkça tanımaktadır. ICC Tahkim Kuralları (2017) ile ISTAC Tahkim Kuralları da aynı yetkiyi açıkça içermektedirler. Günümüzde ise etkisi mahkemelerce verilen tedbirler kadar olmazsa da; hakemlerce tedbir kararları verilmesinin bir gereklilik olduğu, milletlerarası düzenlemelerde “doğrudan veya dolaylı şekilde” kabul edilmektedir⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ Bkz. yukarıda “Milletlerarası Düzenlemeler”. Ayrıca bkz. Levy, **a.g.e.**, s. 121. Örneğin ISTAC Tahkim Kuralları madde 31; ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 28; UNCITRAL Tahkim Kuralları (2010) madde 26; UNCITRAL Model Kanunu (2006) Bölüm IV madde 17 vd.; İngiliz Tahkim Kanunu madde 39; Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961) madde VI/f.4; ICSID Konvansiyonu madde 47; İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 183; LCIA Tahkim Kuralları (2014) madde 25; HMK madde 414/f.1 vb.

Aşağıda detaylıca ele alınacak olan, ilgili MTK madde 6/f.2 hükmü ise şöyledir:

“Aksi kararlaştırılmadıkça; tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verebilir...”

⁵⁷⁵ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 134 vd.; elbette bu yetkinin, taraflarca sınırlandırılması veya tamamen kaldırılması da mümkündür. Bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 29 vd.; Özel, **a.g.e.**, s. 111 vd.; birçok ülke hukukunda “hakem mahkemelerine tedbir kararları verme yetkisi tanınmış olmasına rağmen, henüz hakemlerce verilen tedbir kararlarının yabancı ülkelerde tanınıp icra edilmelerinin”, mahali hukuk ile milletlerarası sözleşmelerde kabul edilmediği görüşü için bkz. Şanlı, **Mütalaalar**, s. 726-727; Levy, **a.g.e.**, s. 121; hakemlerin geçici hukuki korumalara dair geniş yetkisi için bkz. Born, **Law and Practice**, Bölüm 11; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 42 vd.

Türk hukukunda da gerek mahkeme gerek hakemlerin, geçici hukuki koruma tedbirleri verme yetkisine dair benzer düzenlemeleri görmek mümkündür. Öncelikle belirtmek gerekir ki HMK madde 389 vd. düzenlenen ve “Geçici Hukuki Korumalar” ana başlıklı Onuncu Kısım; Türk mahkemelerinin geçici hukuki koruma kararı verme yetkisinin yasal dayanağını teşkil etmekte olup, hakemlerin yetkisi ile bu hükmün doğrudan ilgisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir Türk mahkemesi; usule ilişkin hususlarda, *lex fori* gereği HMK madde 389 vd. hükümlerine bakacak ve bu hükümlere göre tedbir taleplerini değerlendirecektir. Etkin bir yargılama için mahkemelerin tedbir kararları verme yetkileri; böylece, HMK madde 389 ve devamında yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. HMK madde 406’daki “diğer geçici hukuki korumalar” ifadesi; mahkemelerin, verilebilecek tedbir türlerini serbestçe takdir etmelerine olanak vermektedir. Yukarıda vurgulandığı üzere hakemlerin aksine; mahkemelerce verilen geçici hukuki korumaların, gerek tarafları gerekse üçüncü kişileri bağlayıcı ve zorlayıcı yönü olduğu da tartışmadan uzaktır. Bir Türk mahkemesinin önünde dava açma yasağı talep edildiğinde; mahkeme, bu usul hükümlerini nazara alarak talebi kabul veya reddedecektir. Asıl tartışılması gereken husus ise; Türk hukuku uyarınca mahkemelerin değil, hakemlerin geçici hukuki koruma türlerine karar verme yetkilerine dair yasal düzenlemelerdir.

Hakemlerin; mahkemelere alternatif olarak bağımsız bir yargılama faaliyeti yürüttüklerini nazara alan kanun koyucu, hakemlerin de etkin yargılama için ihtiyaç duydukları geçici hukuki koruma tedbirleri verme yetkisini açıkça düzenlemiştir. MTK madde 2’nin tanımladığı anlamda; yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar, HMK tahkim hükümlerine tabidirler. “Tahkim” başlıklı HMK madde 407 ve devamındaki hükümlerde, hakemlerin tedbir kararı vermesine ilişkin düzenlemelere rastlamaktayız. HMK madde 414/f.1’e göre; aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilecektir. Maddedeki “ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine” karar verilebileceği ibaresi, sanki diğer geçici hukuki koruma türlerinin dışlandığı ve hakemlerin HMK uyarınca sadece bu iki tür koruma türlerine karar verebileceği şeklinde yanlış yorumlanmamalıdır. Zira hakemlerin; HMK uyarınca bu iki tedbir türüne karar verebilecekken örneğin, delillerin korunması veya ihtiyati haciz gibi geçici hukuki korumalara karar verememesinin mantığı yoktur.

İhtiyati haczin, 2004 sayılı Türk İcra ve İflas Kanunu'nda⁵⁷⁶ düzenlenmiş olması da bu konuda bir farklılık yaratmamalıdır. Nitekim aşağıda vurgulanacağı üzere; MTK madde 6/f.2'de hakemlerin, ihtiyati hacze de hükmedebileceği açıkça anlaşılmaktadır. Ancak MTK madde 6/f.2-son cümle uyarınca; “hakemlerin cebri icra organları tarafından icrası gereken” ya da “üçüncü kişileri bağlayan” ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı veremeyeceğinden hareketle, hakemlerce özellikle “ihtiyati hacze karar verilmesinin pratikte mümkün olmayacağı” da haklı şekilde vurgulanmaktadır⁵⁷⁷.

Hakemlerin tedbir konusundaki yetkisi, HMK'da asli ve geniş bir biçimde düzenlenmiştir. Zira HMK madde 414/f.4 uyarınca; “hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hâllerde”, taraflardan biri ihtiyati tedbir veya delil tespiti için mahkemeye başvurabilir. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece; taraflar, ancak bu olumsuz şart gerçekleşirse tedbir konusunda mahkemelere başvuru yapabileceklerdir. Hatta fıkranın devamında daha açık bir biçimde vurgulandığı üzere “zamanında veya etkin olarak hareket edememe” probleminin olmadığı durumlarda; tedbir için mahkemeye başvuru, ancak hakem veya hakem kurulundan alınacak izne⁵⁷⁸ veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine dayanılarak yapılabilmektedir. Kanımızca bu fıkra oldukça ilginçtir zira bir tarafın; tedbir için de olsa bağımsız bir mahkemeye başvurusu, bir kanun maddesi ile açıkça sınırlandırılmakta ve “hakemlerin zamanında hareket edemeyecek olması” şartına bağlanmaktadır. Hatta HMK madde 414/f.5; tedbir kararları verme konusunda hakemlerin yetkisini genişletmekte ve daha da ileri giderek mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararının, hakem veya hakem kurulu tarafından “değiştirilebileceğini veya ortadan kaldırılabilceğini”⁵⁷⁹ düzenlemektedir. Başka bir

⁵⁷⁶ Kabul Tarihi : 9/6/1932. Yayımlandığı R.G.: Tarih : 19/6/1932 Sayı : 2128.

⁵⁷⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 27; “idari makamların bir işlemini gerektirecek” tedbirlere de hakemlerce hükmedilemeyeceği örneğin bir bankadaki mevduatın ihtiyaten haczine karar verilemeyeceği ancak buna karşılık hakemlerin davalının elindeki uyuşmazlık konusu malın elden çıkarılmaması yönünde verilen tedbir kararlarının “geçerli” olacağı hususunda bkz. **Milletlerarası Tahkimde Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Sempozyum Bildiriler – Tartışmalar 11 Nisan 1997, 43. Yıl, (1954-1997)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1997, s. 212

⁵⁷⁸ Öğretide de haklı şekilde vurgulandığı üzere; bu hüküm, uygulamada bir takım problemlere sebebiyet verebilmektedir. Örneğin; “teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin önlenmesi” için hakemlerden izin alınmasının şart koşulması, tedbirlerin genel karakteri ve tarafların haklı beklentileri ile uyusmamaktadır. Bu nedenle; hakemlerden “izin alınması” şartının, “hakemlere bilgi verilmesi” olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 28-29.

⁵⁷⁹ HMK'nın; böylece ihtiyati tedbirler konusunda hakemlere “üstünlük” tanıdığı ve bu durumun, “davanın esası hakkında hakemlerin daha geniş bilgi sahibi olmasından” diğer bir ifadeyle

ifade ile kural olarak; bağlayıcı olan mahkeme tedbir kararının, sadece taraflar arasında etkili (*in personam*) ve kural olarak tenfizi mümkün olmayan bir hakem tedbir kararı ile değiştirilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler göstermektedir ki; HMK maddelerindeki hakemlerin tedbir kararı verme yetkisi, oldukça geniş olup tahkim lehine bir tutumu barındırmaktadır.

Hakemlerin; geçici hukuki koruma tedbirleri verme yetkisinin bir başka dayanağı, MTK hükümleridir. MTK madde 6'da kenar başlık, "ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz" olarak yer almıştır. Burada öncelikle; HMK madde 414'te de olduğu gibi, "geçici hukuki koruma" ifadesi yerine alt türler olan "ihtiyati tedbir" ile "ihtiyati haciz" kavramlarının kullanılması yadırganabilir. Belirtildiği üzere Türkiye; "milletlerarası tahkimi kolaylaştırıcı bir hukuk düzeninin sağlanması ve ülkenin tahkim pazarındaki payını artırmak amacıyla" büyük ölçüde 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu'nun ilk halini⁵⁸⁰ örnek alarak, 21.06.2001 tarihinde 4686 sayılı MTK'yı kabul etmiştir⁵⁸¹. UNCITRAL Model Kanunu (1985) madde 17'de, "interim measures" ibaresi geçmektedir. Model Kanun'un uyarlanması aşamasında; yabancı hukukta daha geniş bir biçimde "geçici hukuki korumalar" olarak da anlaşılabilecek ibarenin⁵⁸², ihtiyati tedbir⁵⁸³ olarak anlaşılmış olması da yüksek bir ihtimaldir. Öğretide ayrıca; kanun koyucunun bilinçli şekilde her iki türe de yer vermek suretiyle, "esasa ilişkin hakem kararlarının icrasını da güvence altına almak" istediği

uzmanlığı ile uyumsuzluğa hâkimiyetinden ileri geldiği konusunda bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 29; Kuru, a.g.e., s. 945; Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 29-30; bu tür bir düzenlemenin sonradan ortadan kaldırılan veya değiştirilen mahkeme kararının icrasında sorun yaratacağı ve Anayasa madde 138/f.4'e aykırı olacağı konusundaki tartışmalar için bkz. İlyas Arslan "Milletlerarası Ticari Tahkimde Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi", **TAAD**, Yıl:7, Sayı:27, 691-727, **Temmuz 2016**, s. 711-712; Nuray Ekşi, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim (6100 sayılı HMK m. 407-444)**, Beta, İstanbul 2013, s. 176. (*Tahkim*). Tartışılan Anayasa madde 138/f.4 hükmü ise şöyledir: "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

⁵⁸⁰ 1985 tarihli bu Model Kanun için bkz. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf (Erişim, 14.10.2017).

⁵⁸¹ Ayrıca İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun'un da, MTK'nın metninde etkili konusunda bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 3-46; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış", **TAAD**, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4 (20 Ocak 2011), s. 136-137; UNCITRAL Model Kanunu'nun esas alındığı, kanun tasarısının gerekçesinde de yer almıştır. Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0874.pdf> (Erişim, 24.02.2018).

⁵⁸² Madde 17 ise şu şekildedir:

"At the request of either party, the arbitral tribunal may take any interim measures it deems necessary in respect of the subject-matter of the dispute, including measures for the conservation of the goods forming the subject-matter in dispute, such as ordering their deposit with a third person or the sale of perishable goods."

⁵⁸³ Bkz. Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 42 vd. Yazara göre; 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu madde 17'deki interim measures ibaresi, "ihtiyati tedbir" olarak anlaşılmalıdır.

belirtilmektedir⁵⁸⁴. Kanımızca bu tür başlıkları, hakemlerin sadece bu tür tedbirlere hükmedebileceği şeklinde yorumlamamak gerekir. Bu tür bir yorum neticesinde; HMK madde 414 gereği hakemlerin “delil tespiti” korumasına karar verebilecekken, tahkimi daha da kolaylaştırıcı olması beklenen MTK madde 6 lafzı uyarınca milletlerarası tahkimde hakemlerin delil tespiti⁵⁸⁵ veya korumasına karar veremeyeceği yanlış sonucuna ulaşılabilir. Aynı mantıkla; MTK madde 6 uyarınca kural olarak ihtiyati haciz kararı verebilen hakemin, HMK madde 414’e tabi bir tahkim yargılamasında ise bu geçici hukuki korumaya karar veremeyeceği sonucuna varılacaktır. Belirtilen maddelerde; bazı geçici hukuki koruma türlerine özel vurgu yapılmış olması, olsa olsa bu tedbirlerin uygulamada daha sıklıkla kullanılmasından veya çevirideki yanlış anlamalardan kaynaklanabilir. Bu nedenle her iki düzenleme; kaleme alınış şekli itibariyle, tahkimi koruyucu tüm geçici hukuki koruma türlerini kapsamakta ve kanımızca hakemleri “tedbir türleri” bakımından sınırlandırmamaktadır. Bu yorum; yukarıda Birinci Bölüm’de de vurgulandığı üzere, gerek ulusal tahkim kanunları gerek milletlerarası tahkim düzenlemelerinde sınırlandırılmamış olan hakemlerin geçici hukuki korumalar konusundaki geniş yetkisi ile de uyumlu olacaktır. Öğretide bizim de katıldığımız görüş uyarınca; MTK kanun yapma tekniği bakımından haklı şekilde eleştirilmekte ve UNCITRAL Model Kanunu’nun “mümkün olduğu kadar az değişikliklerle” kabul edilmesinin daha pratik olacağı vurgulanmaktadır⁵⁸⁶.

MTK madde 6/f.2; hakemlerin geçici hukuki korumalara karar verebileceğini, “tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verebilir” şeklinde düzenlemektedir⁵⁸⁷. Aynı fıkra da yer alan “aksi kararlaştırılmadıkça” ifadesi⁵⁸⁸ milletlerarası tahkimin en belirgin özelliklerinden olan taraf serbestisine vurgu yapmakta ve hakemlerin tedbir kararı verme yetkisi olmakla beraber bu yetkinin

⁵⁸⁴ Bozkurt, **a.g.e.**, s. 132.

⁵⁸⁵ T.C. YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ E. 2016/12497 K. 2017/5833 T. 23.5.2017:

“...Delillerin tespiti, 6100 Sayılı HMK’nın 400 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup, ilerde açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp emniyet altına alınmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiş *geçici hukuki koruma tedbirinin bir türüdür*. Delillerin tespiti yargılama sürecini içermediğinden ve bu konuda verilecek karar nihai karar niteliğinde bulunmadığından temyizi kabil karar değildir...”

⁵⁸⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 50-51.

⁵⁸⁷ Hakemlerin; kendiliğinden ya da re’sen geçici hukuki koruma önlemi alamayacağı ve tarafın talep etmesinin şart olduğu konusunda bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 29; Özel, **a.g.e.**, s. 112.

⁵⁸⁸ Bu ibare dolayısıyla; MTK madde 6/f.2’deki hakemlerin tedbir kararı verme yetkisinin, “emredici” bir düzenleme olmadığı ve tarafların “bu yetkinin olmayacağı konusunda” anlaşabilecekleri vurgulanmaktadır. Bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 29; Özel, **a.g.e.**, s. 112-113; Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 29 vd.

tarafarla kaldırılabilirliğini belirtmektedir. MTK'da ayrıca hakemlerin tedbir yetkisine rağmen; taraflardan birinin tedbir için mahkemeye başvurabileceği ve mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesinin, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyeceği de düzenlenmiştir.

MTK'da; hakemlerin geçici hukuki koruma kararlarına ilişkin getirilen en önemli kısıtlama ise, tahkim-mahkeme yargılaması arasındaki temel farklılıklardan kaynaklanan “kararların bağlayıcılığı ve zorlayıcılığı” noktasındadır. Gerçekten de; hakem veya hakem kurulu, egemen güce dayalı bir devlet mahkemesi veya devletin bir organı değildir. Bu yüzden; “cebrî icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken” türden bir ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı da veremez. Hakemlerce verilen tedbir kararları, ancak tarafları bağlar ve *in personam* etki doğururlar. Hakemlerce verilen tedbir kararına taraf uymazsa; hakemlerin zorlama yetkisi olmadığından karşı taraf⁵⁸⁹, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilecektir.

Sonuç olarak; Türk hukukunda dava açma yasaklarına dair kısıtlayıcı düzenlemelere ve ilgili tartışmalara geçmeden evvel, hakemlerin geçici hukuki koruma önlemlerine başvurma yetkisinin Türk hukukunda da açıkça kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. MTK ve HMK'nın ilgili hükümlerindeki tahkim lehine açık düzenlemeler, hakemlere bu yetkiyi açıkça tanımaktadır. Bu açık yetkinin varlığına rağmen; milletlerarası tahkim uygulamalarında Türk hukukunu gerek taraf gerek uyuşmazlık konusu itibarıyla ilgilendiren dava açma yasağı kararlarının, Türk hukukunda karşılaşılabileceği muhtemel sorunlar, eleştiriler ile endişeleri ayrıca değerlendirmekte yarar vardır. Türk hukukunda dava açma yasağı tedbirleri ile yakından ilgili olan temel hukuki düzenlemeleri aşağıda ele alarak; dava açma yasağı gibi Türk hukukuna oldukça yabancı bir tedbirin, bu mevcut ilgili düzenlemelerde kendisine yer bulup bulamayacağını ele almak gerekir.

III. Yasal Düzenlemeler ve Uygulamalar

⁵⁸⁹ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 183/.2'ye göre; muhatap taraf tedbire uymadığı zaman, devlet mahkemesine başvuracak olan “karşı taraf” değil, “hakem heyeti” olacaktır:

“If the party concerned does not comply voluntarily, *the arbitral tribunal* may request the assistance of the judge with jurisdiction who shall apply his own law.”

A. Yasal Düzenlemeler

1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

a) Genel Olarak

Türk hukukunda dava açma yasakları incelenirken; dikkate alınması gereken düzenlemelerin başında, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası yer almaktadır. Anayasada; temel haklar olarak düzenlenmiş olan hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ile anayasal güvenceler olan mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlerin bağımsızlığı gibi önemli hükümler yer almaktadır. Taraflardan birinin mahkemeye gitmemesine karar vermek veya açılmış bir davadan vazgeçmesini önermek; Anayasa’da da ifadesini bulan bu tür temel haklar ve önemli hükümler ile ne ölçüde bağdaşacaktır? Dikkatle irdelenmesi gereken husus budur.

Bir örnekle, meseleyi biraz daha açmak gerekirse: Bir İngiliz mahkemesi; Londra’da ICC tahkim şartını gerekçe göstererek Türk vatandaşı davalının Türkiye’de dava açmasını yasakladığında, bunun Türkiye Cumhuriyeti Anayasası açısından ne gibi hukuki sonuçları ve anlamı olacaktır? Londra’daki tahkim heyetinin; aynı gerekçeyle Türkiye’de kurulu X şirketinin, Türkiye’de dava açmasını yasaklaması durumunda da aynı soruyla karşılaşmak mümkündür. Hans Kelsen’in normlar hiyerarşisinde (*hierarchy of norms*) en üstte yer alan Anayasa⁵⁹⁰, milletlerarası tahkim hukukunda sıklıkla uygulanmakta olan dava açma yasaklarını doğrudan veya dolaylı şekilde ilgilendiren hükümlere sahiptir. Anayasa’da öne çıkan iki önemli maddeyi; konumuzu ilgilendirdiği ölçüde aşağıda ele almak, çözüm önerilerimizin anlaşılması için de yol gösterici olacaktır.

b) Madde 36: Hak Arama Hürriyeti

Anayasanın “hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde; herkesin, “meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu” vurgulanmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise; dava açma yasakları için de oldukça önemli olan bir husus vurgulanmış ve “hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı” vurgulanmıştır.

Hak arama hürriyetinin önemi, hem Anayasa Mahkemesi (“AYM”) kararlarında hem doktrinde Anayasa hukukçuları tarafından sıklıkla

⁵⁹⁰ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Bursa, Ekin, 2011, Cilt I, XXX+974, s. 109.

vurgulanmaktadır. Hak arama özgürlüğü, “pozitif hukuk tarafından tanınmış olan hakların ön şartı ve güvencesi” olarak kabul edilmektedir⁵⁹¹. Elbette hak arama özgürlüğünün varlığının kabulü, tek başına bir anlam ifade etmeyecektir. Zira bu hakkın kullanılması da ancak, bu hakka dair “başvuru yollarının tam ve etkin biçimde tanınmasıyla” mümkün olabilmektedir⁵⁹². Hak arama özgürlüğü; insan hakları konusunda milletlerarası hukukun en temel düzenlemelerinden biri olan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (“AİHS”) 6. maddesinde de yer almakta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (“AİHM”) birçok kararına da konu olmaktadır. Belirtilen 6. maddeye göre, “herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların... bir mahkeme tarafından... görülmesini isteme hakkına sahiptir⁵⁹³.” Türk anayasa hukukunda ve AİHS’de düzenlenmiş olan hak arama özgürlüğünün; sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı, hassas bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hak arama özgürlüğünün kullanılması; aynı zamanda mevcut uyuşmazlığın “etkin” bir biçimde karara bağlanmasını da gerektireceğinden, “kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hâle getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamaların” mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceği vurgulanmaktadır⁵⁹⁴. Ancak bir temel hak ve özgürlük düzenlemesinde; açıkça sınırlandırma nedenlerine yer verilmemiş olması, doğrudan bu özgürlüğün hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağı şeklinde yorumlanamaz. Zira “özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da, hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu” kabul edilmektedir⁵⁹⁵. Dolayısıyla Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvencelere de dikkat edilerek, hak arama özgürlüğüne de bazı sınırlandırmalar getirmek mümkündür⁵⁹⁶. AİHS 6. maddesinde

⁵⁹¹ Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 2016/143 Karar Sayısı: 2017/23.

⁵⁹² İbrahim Özden Kaboglu, **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, 2013, s. 86; ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 2016/143 Karar Sayısı: 2017/23.

⁵⁹³ Türkçe metin için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf (3.7.2017).

⁵⁹⁴ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2012/791, Tarih: 7.11.2013.

⁵⁹⁵ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2012/791, Tarih: 7.11.2013.

⁵⁹⁶ Madde 13:

“Temel hak ve hürriyetler, *özlerine dokunulmaksızın* yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Bu hüküm; Anayasa’da yer alan, bir temel hak ve hürriyeti sınırlamanın sınırlarını belirlemektedir. Diğer yandan; tüm bu kısıtlamalara rağmen, bir temel hakkın kanunla da olsa “sınırlandırılabilmesi” anlaşılmaktadır. Anayasa hukuku bakımından detaylı bir analiz yapmak, çalışmamızın kapsamını aşacaktır. Ancak bu hükmün; pratikteki yansımalarına, milletlerarası özel

de; hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması hususu düzenlenmemiş olmasına rağmen, bunun “hiçbir surette mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmayacağı anlamını taşımadığı” vurgulanmaktadır⁵⁹⁷. AİHM kararlarında ise sınırlandırma yapılırken; “hakkın özüne zarar vermeyecek nitelikte, meşru bir amaca dayalı ve kullanılan aracın sınırlama amacı ile orantılı olması, kamu yararının gerekleri ile bireyin hakları arasında kurulmaya çalışılan adil dengeyi bozacak şekilde birey aleyhine katlanması zor külfetler yüklenmemiş olmasına” dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁵⁹⁸. Her ne kadar temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilirliği ve mutlak olmadıkları kabul edilmiş ise de; yabancı kararın tanınması ve tenfizi aşamasında tarafın, bu tür anayasal aykırılıkları “kamu düzenine aykırılık” istisnası kapsamında ileri sürerek icrayı engelleyebileceği de unutulmamalıdır. Hem hak arama özgürlüğü hem de hâkimler ile mahkemelerin bağımsızlığı noktasında; dava açma yasaklarının, “kamu düzeni” engelini harekete geçirip geçirmeyeceğini aşağıda ayrıca değerlendireceğiz.

c) Madde 136: Mahkemelerin Bağımsızlığı

hukukta da rastlanmaktadır. Örneğin; tarafların, Türk mahkemeleri önünde uyuşmazlığı çözmeye hakları olduğu gibi, Türk mahkemelerinin de kural olarak bu yargılamadan kaçınmama yükümlülükleri vardır. Ancak MÖHUK madde 47 uyarınca yabancı bir mahkeme lehine yapılmış geçerli bir yetki sözleşmesinin davalı tarafça usulünce ileri sürülmesi ya da tahkim lehine yapılmış geçerli bir tahkim sözleşmesinin davalı tarafça usulünce ileri sürülmesi sonucu; temel hak ihlali ya da mahkemelerin yükümlülüklerini ihlali, artık söz konusu olmayacaktır. Zira Anayasa madde 13 gereği; MÖHUK “kanunuyla” anayasal sınırlar içerisinde, bu hak “özüne dokunulmadan” sınırlandırılmış demektir. Hakkın özüne dokunulmamaktadır zira yargılamayı yapacak bir yetkilendirilmiş forum vardır. Bu örnekleri çoğaltmak; mümkün olmakla beraber, aşağıda Anayasa hükümlerinin ihlali meselesini “kamu düzeni ihlali” kapsamında detaylıca tartışacağız.

⁵⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2012/791, Tarih: 7.11.2013. Türk hukukunda; bazı kanun düzenlemeleriyle, belirli konularda dava açma hakkından önceden feragat edilebileceği açıkça düzenlenmiştir. 6098 sayılı TBK madde 145 açık hükmü gereği; borçlu, takas hakkından önceden de feragat edebilir. Yargıtay kararları da bu yöndedir, bkz. T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ E. 2017/6710 K. 2017/17680 T. 8.11.2017:

“...Takastan bahsedilmek için, her şeyden önce iki ayrı kimsenin karşılıklı olarak birbirlerinden alacaklı olmaları gerekir. Henüz doğmamış veya takas anında sone ermiş alacaklar takas edilemez.

...

Türk Borçlar Kanununun 139/3 maddesine göre, zaman aşımına uğrayan alacak, takas şartlarının tamamlandığı tarihte henüz zamanaşımına uğramamış idiyse, alacaklı takas talebinde bulunabilir. Adı geçen Kanun'un 145. maddesi gereğince, *borçlu önceden takastan feragat edebilir*. Başka bir anlatımla, daha borç ilişkisi kurulurken ya da daha sonra, borçlu diğer tarafın alacak talebine karşı takas dermeyan etmeyeceğini taahhüt edebilir...”

Konumuz bakımından; daha önemli olabilecek bir düzenleme, MTK’da yer almaktadır. MTK madde 15/A-b.5 uyarınca; “taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, *tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle* iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; yukarıda sayılan bir veya bir kaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler.” Bu hüküm ilginçtir zira henüz ortada kararın; iptaline sebebiyet verebilecek ağır bir sebebin doğup doğmayacağı bile belli değilken, doğmamış iptal hakkından feragat edilebilmektedir.

⁵⁹⁸ *Ashingdane/Birleşik Krallık*, B. No: 8225/78, 28.5.1985, § 57.

Anayasanın; “mahkemelerin bağımsızlığı” başlıklı 138. maddesinin ikinci fıkrasında, “hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme önemlidir zira yukarıda analiz ettiğimiz üzere; dava açma yasağı kararlarında, milletlerarası nezakete aykırı şekilde bir ülkenin bağımsız mahkemesine emir verildiği görüşü de kanımızca yanlış şekilde ileri sürülmektedir⁵⁹⁹. Yukarıdaki örneğimize dönecek olursak bir İngiliz mahkemesi; Londra’da ICC tahkim şartını gerekçe göstererek Türk vatandaşının Türkiye’de dava açmasını yasakladığında, acaba bu karar Anayasa madde 138/f.2 bağlamında Türk mahkemesine verilen bir “emir” mi kabul edilecektir? Aynı soru; tedbir, hakem heyetince verildiğinde de sorulabilecektir.

Anayasa madde 138’de; yerli ve yabancı makam ayrımı yapılmaksızın, “hiçbir organ, makam, merci veya kişi” demek suretiyle tüm müdahaleler engellenmek istenmiştir. Gerçekten de; tek hakemin vereceği dava açma yasağı kararı “kişi” tarafından, hakem heyeti veya mahkemece verilecek bir dava açma yasağı kararı ise “bir makam veya merci” tarafından Türk mahkemesine verilen bir emir şeklinde yanlış algılanabilir. Oysaki yukarıda da detaylıca tartıştığımız üzere dava açma yasaklarının; sadece taraflardan birine verilen ve tarafın uyma konusunda serbest bırakıldığı bir geçici hukuki koruma türü olduğu görüşünde olduğumuzdan dolayı, bu tür bir kararın “mahkemeye” değil doğrudan “tarafa” verilmiş olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Gerçekten de örneğimizde Türk vatandaşı davalı; isterse dava açma yasağı kararına rağmen Türkiye’de davasını açabileceği gibi, davalının bu karara uyarak dava açmaktan vazgeçmesi de mümkündür. Dava açmayan veya davadan feragat eden kişi, çoğu zaman mahkemenin belki de dikkatini bile çekmeyecektir zira mahkemenin kimseye “neden dava açmadığı” veya “neden vazgeçildiği” yönünde telkin ve öneride bulunması düşünülemez. Ancak Anayasa’da düzenlenmiş olan bir hususun doğrudan veya dolaylı şekilde ihlal edildiği şüphesi bile kanımızca önemlidir zira aşağıdaki değerlendirmemizde de görüleceği üzere; asıl mesele dava açmaktan vazgeçmek değil, hakem kararının iptali ile tanınması ve tenfizi davalarında ileri sürülebilecek olan muhtemel “kamu düzeni” engelidir. Zira “anayasa aykırılık”, kamu düzeninin tanımına dâhildir⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ Bkz. yukarıda “Dar Yorum” (*Conservative Standard*).

⁶⁰⁰ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 165; kamu düzeninin, tam bir tarifinin yapılmasının kolay olmadığı hakkında bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 148-153; kamu düzeninin, aynı zamanda hakların

2. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu

Yukarıda hakemlerin tedbirlere hükmetme yetkisini ele alırken vurguladığımız üzere; MTK'nın dava açma yasağı tedbirini ilgilendiren temel düzenlemesi, “ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz” başlıklı 6. maddesidir. Bu düzenlemeye göre; “tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze” karar verebileceklerdir. Aynı fıkra da yer alan “aksi kararlaştırılmadıkça” ifadesi milletlerarası tahkimin en belirgin özelliklerinden olan taraf serbestisine vurgu yapmakta ve hakemlerin tedbir kararı verme yetkisi olmakla beraber bu yetkinin taraflarca kaldırılabileceğini belirtmektedir. Ayrıca hakemlerin tedbir yetkisine rağmen taraflardan birinin; tedbir için mahkemeye başvurabileceği ve mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesinin mümkün olduğu ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesinin, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyeceği de düzenlenmiştir. MTK madde 6'da hakemlerin geçici hukuki koruma kararlarına ilişkin getirilen en önemli kısıtlama ise; tahkim-mahkeme yargılaması arasındaki temel farklılıklardan kaynaklanan, “kararların bağlayıcılığı ve zorlayıcılığı” konusundadır. Yukarıda hakemlerin geçici hukuki koruma tedbiri vermesinin dayanaklarını tartışırken vurguladığımız üzere; yetkisini taraflardan alan hakem veya hakem kurulu, bir egemen güce dayalı olan devlet mahkemesi değildir. Bu yüzden MTK madde 6 uyarınca hakemler; “cebrî icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken” ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı⁶⁰¹ da veremezler. Hakemlerce verilen tedbir kararları; kural olarak, ancak tarafları bağlarlar yani *in personam* etki doğururlar. Hakemlerce verilen tedbir kararına taraf uymazsa; hakemlerin zorlama

kısıtlanmasında ölçüt olarak kullanıldığı hakkında bkz. Akıncı, **a.g.e.**, s. 278; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 267.

T.C. YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME GENEL KURULU E. 2010/1 K. 2012/1 T. 10.2.2012:

“...Ancak kararın Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel ahlak ve adab anlayışına, temel adalet anlayışına, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli olan prensiplere özel hukuka ilişkin hüsnüniyet kurallarına, Türk Devletinin siyasi rejimine, toplumun ekonomik yapısının temelinden sarsacak olan değerlendirmeye, temel insan haklarına, adalet anlayışına aykırılıklar, kamu düzenine aykırılık olarak kabul edileceğinden...”

⁶⁰¹ MTK madde 6/f.2-son cümle uyarınca; “hakemlerin cebrî icra organları tarafından icrası gereken” ya da “üçüncü kişileri bağlayan” ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı veremeyeceğinden hareketle, hakemlerce özellikle “ihtiyatî hacze karar verilmesinin pratikte mümkün olmayacağı” da vurgulanmaktadır. Bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 27. Hakemlerin yetkisi; dava konusu ile sınırlı olduğundan, “borçlunun uyuşmazlıkla ilgisi olmayan mallarına zorla el konmasını gerektiren” ihtiyatî haciz tedbirinin “yetki aşımı” dolayısıyla da mümkün olmadığı ve hükmün lafzına rağmen hakemlerin bu tedbiri uygulamasına imkan olmadığı konusunda bkz. Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 43-44.

yetkisi olmadığından karşı taraf⁶⁰², ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir.

Türk hukukunda; Anayasa uyarınca yukarıda yaptığımız tartışmayı, MTK uyarınca da yapmak mümkündür: MTK'ya tabi bir tahkim uyuşmazlığında; hakemlerin, taraflardan birini özellikle de Türk mahkemelerine gitmekten men etmesi ya da diğer bir ifadeyle dava açma yasağı tedbirini uygulamasının MTK anlamında nasıl sakıncaları olacaktır? MTK kapsamına giren kararlar ise; NYS (1958) ile MÖHUK madde 60 anlamında bir “yabancı hakem kararı” olmayıp, milli hakem kararlarıdır⁶⁰³. Bu nedenle MTK kapsamında verilen milli hakem kararlarının; tanınması ile tenfizi söz konusu olmayıp, sadece MTK madde 15 uyarınca iptali mümkündür. Dolayısıyla bu tür bir “milli” tahkim yargılaması esnasında verilen dava açma yasağı tedbiri; MTK uyarınca açılan bir iptal davasında, mahkemenin resen gözetmesi gereken “kamu düzenine aykırılık” kapsamında değerlendirilebilecek midir?

MTK madde 15/f.2 açık hükmü gereği eğer mahkemece re'sen; hakem veya hakem kurulu kararına konu “uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli

⁶⁰² İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 183/2'ye göre; muhatap taraf tedbire uymadığı zaman, devlet mahkemesine başvuracak olan “karşı taraf” değil, “hakem heyeti” olacaktır. Diğer bir ifade ile MTK madde 6'nın aksine; İsviçre hukukunda, “hakem tedbir kararına uyulmaması” halinde mahkemeye başvuru hakkı, taraflara tanınmamıştır.

⁶⁰³ Yabancı hakem kararının, “başka bir devletin usul hukukuna tabi olarak verilen” kararlar olduğu hakkında bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 779; Özel, **a.g.e.**, s. 24-26; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 678-679; hakem kararının, milli veyahut yabancı sayılmasının tabi olunacak hukuki rejim bakımından önemli olduğu konusunda bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 3-9; yabancı hakem kararının belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılan mekan kriteri ile usule uygulanan hukuk kriterlerinin analizi için bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s. 9-11. Hakem yargılamasının usulüne uygulanacak hukuk, MTK madde 1/f.2 uyarınca tahkim yerine bağlı tutulduğundan; MTK kapsamında tahkimin, “toprak” esasına dayandırıldığı konusunda bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 583; taraf veya hakemlerin vatandaşlığının, milliyeti belirleme konusunda etkisinin olmadığı konusunda bkz. Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 174-177; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 394; bir hakem kararının, yabancı hakem kararı olup olmadığının Türk hakimî tarafından Türk hukukuna göre belirleneceği ve yabancı mahkemelerce hakem kararının milliyeti konusunda yapılan tespitle Türk mahkemelerinin bağlı olmayacağı konusunda bkz. Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 182-183. Bir hakem kararı; “yabancı bir hakem otoritesi altında verilmiş ise, o kararın yabancı hakem kararı sayılabileceği” hakkında bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 7.11.1951 tarihli ve 126/109 sayılı kararı. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Turgut Kalpsüz, “Hakem Kararlarının Milliyeti”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 9(3), 601-633, s. 602 vd. (*Hakem Kararları*); “yabancı otorite altında verilmiş olma” kıstasının oldukça eski olduğu ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 7.11.1951 tarihindeki kararında da benimsendiği konusunda bkz. Rabi Koral, “Hakemlik Münasebetine İzafe Edilecek Yerlilik ve Yabancılık Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Genel Kurulunun “Otorite Kanunu Kriteri””, **İÜHF**, 42 (1-4), 155-199, 1977, s. 155 vd.; Amerika'da Alman hukukuna göre verilen bir kararın Almanya'da Alman hakem kararı olarak sadece “tasdik usulüne tabi” olacağı ve NYS (1958)'in esasında “tahkimin tabi olduğu usule göre” kararların milliyetlerini belirlediği konusunda bkz. **Milletlerarası Tahkimde Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Sempozyum Bildiriler – Tartışmalar 11 Nisan 1997**, 43. Yıl, (1954-1997), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1997, s. 164-165.

olmadığı ya da kararın kamu düzenine aykırı olduğu” tespit edilirse, hakem kararının iptal edileceği düzenlenmiştir. Bu hükümde yer alan “kamu düzeni” kavramının; yukarıda ele alınan “milletlerarası kamu düzeni” şartından farklı olarak, Türk kamu düzeni olduğu konusunda şüphe yoktur. Maddede yer alan, “kararın” Türk kamu düzenine aykırı olması hususu önemlidir. Zira burada tahkim yargılaması sürecindeki tüm hususların değil; sadece “tahkim kararının” kendisinin Türk kamu düzenine aykırı olması halinde⁶⁰⁴, Türk mahkemesinin bu hususu re’sen dikkate alacağı şeklinde hükmü anlamak daha doğru olacaktır.

Dolayısıyla tahkim sürecinde verilen bir geçici hukuki korumanın; tahkim kararının bütünüyle Türk kamu düzenine aykırılığı tetiklemesi kanımızca mümkün değildir zira maddede açıkça *tahkim kararının* kendisinin, kamu düzenine aykırı olmasının ancak re’sen iptale sebebiyet vereceği düzenlenmiştir⁶⁰⁵. Örneğin MTK

⁶⁰⁴ Hakem kararının; kamu düzenine aykırılığının denetlenmesi, esasa girilerek “hakemlerin doğru karar verip vermediğinin denetlenmesi” değildir. Bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 278-289.

⁶⁰⁵ Nadiren de olsa; bazı istisnai hallerde, hakem kararına konu uyuşmazlıktan dolayı da hakem kararı “kamu düzenine aykırı” kabul edilebilir. Örneğin; hakem kararının vergi kaçırmayı konu alması gibi bir durumda, bu karar içeriği itibarıyla “kamu düzeni engeline takılabilecektir. Bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 281; ancak aşağıda detaylıca ele alacağımız esasa girme yasağı nedeniyle, mahkemenin tedbire esas teşkil eden vakıaları yeniden değerlendirmesi doğru olmayacaktır. Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 724; bu prensibin temel istisnasının “kamu düzenine aykırılık” olduğu konusunda bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 566-567; Türk hukukunda bir davada tarafların; kendi hür iradeleriyle “davanın esasını çözme yetkisini” hakemlere bıraktıkları gerekçesiyle, ister milli ister yabancı hakem kararı söz konusu olsun bir mahkemenin yapacağı incelemede hakem kararının esasına giremeyeceği mütalaa edilmiştir. Bkz. Şanlı, **Mütalaalar**, s. 703-712. Esasa girme yasağı; MTK madde 15 kapsamında açılan iptal davalarında da, Yargıtay tarafından tartışılmaktadır. Kamu düzeni ihlali sebebiyle açılan iptal davalarında esasa kısmen de olsa girilmekte ise de, bunun da “sınırlı” olması gerektiği kararlarda yerinde olarak vurgulanmaktadır.

T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ E. 2015/16140 K. 2017/3322 T. 16.3.2017:

“...Davalı, Hakem Heyetince verilmiş olan kararın iptalini gerektirecek şartların mevcut olmadığını, her hangi bir yetki aşımı ile taraflarca seçilen hukukun sınırları dışına çıkılmadığı gibi, kararda kamu düzenine aykırı bir hususun da bulunmadığını gibi *bu hususun esastanda incelenemeyeceğini savunarak*, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kararının iptaline yönelik talebin reddini istemiştir.

...

Görüldüğü üzere, iki bölüm halinde sayılan iptal nedenlerinden, birinci bölümdeki iptal nedenlerinin, ancak tarafların ispat etmeleri durumunda dikkate alınacağı belirtilmişken, ikinci bölümdeki nedenlerin ise mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınacağı anlaşılmaktadır. O halde, Hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı, ya da kararın kamu düzenine aykırı olduğunun mahkemece tespit edilmesi halinde hakem kararının iptaline karar verilebilecektir.

...

Bu noktada hemen belirtilmelidir ki, taraflar arasındaki *tahkim anlaşmasında*, ihtilafın "Türk Hukuk Kuralları" esas alınarak çözümleneceği yazılı olduğundan, kamu düzenine aykırılığın tespiti bakımından da, uygulanacak hukuk olan Türk Hukuk Kurallarının kamu düzeni kavramının esas alınması gerektiği kuşkusuzdur. Yine açıklanan hususlarda yapılacak değerlendirme için, kısmen *de olsa işin esasının incelenmesi gerekli ise de, az yukarda da belirtildiği gibi, bu inceleme, olayda "kamu düzenine aykırılık olup olmadığının denetimi" ile sınırlı olarak yapılacağından, teknik anlamda davanın esastan incelenmesi de söz konusu olmayacaktır...*"

kapsamında verilmiş bir hakem kararının hüküm fıkrasında, “kumar borcu olduğu kesinleşen 100.000 USD tutarının, davacıya ödenmesine” karar verilmişse bu karar, “kararın kendisi” veyahut hüküm fıkrası Türk kamu düzenine aykırı olduğu” gerekçesiyle, taraf ileri sürmezse bile Türk mahkemesince resen iptal edilebilecektir. Oysaki tahkim kararı hüküm fıkrasında; “satım sözleşmesinden doğan toplamda 100.000 USD tutarının, davacıya ödenmesine” şeklinde meşru bir hüküm kurulmuşsa, kamu düzenine aykırılık devreye girmeyecektir. “Kararın” Türk kamu düzenine aykırı olması ile anlatılmak istenen budur. Davalının; dava açma yasağının kendi aleyhine verildiğini gerekçe göstererek, usule dair bu tedbirle Anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek MTK madde 15’teki kamu düzenine aykırılık istisnasına dayanması da mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla dava açma yasağının verilmesi; iptal davasında mahkemece re’sen dikkate alınacak bir husus olmadığı gibi, MTK madde 15/f.2-b anlamında “kamu düzeni” kapsamına da girmeyecektir. Zira taraflar kendi hür iradeleriyle; tahkimi yegâne forum olarak kararlaştırmışlardır ve tarafların, bu sözleşmesel foruma uymalarını sağlamaya yönelik tedbirler de kamu düzenine aykırı olmayacaktır. “Kamu düzeninin ihlali” endişesi, aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

Mahkemece “re’sen” dikkate alınması zorunlu olan “kamu düzenine aykırılık” kapsamına girmeyen dava açma yasakları; acaba bu kez, “tarafça” bir iptal sebebi olarak ileri sürülebilirler mi? Mahkemece re’sen dikkate alınmayan fakat tarafça ileri sürülebilecek iptal sebepleri; MTK madde 15/f.1’de, tüketici biçimde sayılmıştır. Kanımızca bu iptal sebeplerinden dava açma yasaklarını da ilgilendiren bent; “tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunun” tarafça ispatını arayan fıkradır. Gerçekten de taraflar arasında bir yargılama usulü belirlenmesine rağmen; hakemlerce buna riayet edilmemiş olması, tarafça ileri sürülebilecek bir iptal sebebidir. Dava açma yasakları açısından ise, böyle bir usule aykırılık söz konusu değildir. Tam tersine taraflar geçerli bir tahkim sözleşmesi yaparak devlet mahkemesi yargılamalarını açıkça reddetmişlerse; dava açma yasağının verilmesi değil, asıl devlet mahkemesine giden tarafın bu hareketi usule aykırılık olacaktır. Dolayısıyla tahkim sözleşmesini ihlal eden tarafın, bu aykırılığı ileri sürmesi kabul görmeyecektir. Diğer bir ifade ile; dava açma yasağı, *tarafların anlaşmalarına uygun* nitelikte bir tedbirdir.

Maddenin devamında ise “usule dair bir anlaşma bulunmaması halinde, *bu Kanun hükümlerine uygun olarak yargılamanın yürütülmediğini* ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunun” da tarafça iptal sebebi olarak ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Bu hükmün de; dava açma yasağının verildiği gözetilerek, iptal davasında uygulanması zordur. Zira yukarıda detaylıca tartıştığımız üzere; “bu Kanun” diye belirtilen MTK hükümleri, dava açma yasaklarını kural olarak engellememekte bilakis dava açma yasakları dâhil tarafların kabulüne bağlı tüm geçici hukuki koruma türlerine hakemlerce hükmedebileceğini düzenlemektedir. Üstelik diğer ilgili madde olan MTK madde 15/f.2’deki “kamu düzenine aykırılık” bakımından da dava açma yasaklarının Türk hukukunda problem yaratamayacağını vurgulamış bulunuyoruz.

MTK hükümlerine göre yargılamanın yapılmaması demek; hem tahkim yargılamasına riayet edilmediği hem de Türk tahkim hukuku usulüne riayet edilmemesi demektir. Ancak dava açma yasakları; MTK amaç, hüküm ve ruhuna aykırı değildirler. Örneğin taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece; oyçokluğuyla karar verme, tek sayıda hakem seçme gibi hususlara riayet edilmemesi MTK kapsamında iptal sebebi olarak ileri sürülebilecektir. Ancak tahkim yargılaması esnasında veya öncesinde dava açma yasağı kararının verilmiş olması; MTK uyarınca ne mahkemece re’sen dikkate alınacak olan “kamu düzenine aykırılık”, ne de tarafça ileri sürülmesi gereken “usule aykırılık” iptal sebebi kapsamına girmektedir. Dolayısıyla Türk milletlerarası tahkim hukukunda; MTK kapsamındaki kararlar diğer bir ifade ile “milli” hakem kararları bakımından, dava açma yasaklarını engelleyen veya iptal sebebi sayan bir düzenleme kanımızca MTK’da söz konusu değildir.

3. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

MTK madde 2’nin tanımladığı anlamda “yabancılık” unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar HMK kapsamında çözülecektir⁶⁰⁶. “Tahkim” başlıklı HMK madde 407 ve devamındaki hükümlerde;

⁶⁰⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 23; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 648; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 311. İlgili HMK madde 407 düzenlemesi şöyledir:

“Bu Kısımda yer alan hükümler, 21.6.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin *Türkiye* olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.” Bu nedenle HMK’da da tahkim; tahkim yerine bağlı tutulduğundan, bu tahkimin de “toprak” esasına dayandırıldığı konusunda bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 583; HMK’ya tabi tahkime, milli nitelik verilmesinde “toprak” esastan

hakemlerin, tedbir kararı verme yetkisine ilişkin düzenlemelere rastlamaktayız. Bu düzenlemeler çerçevesinde de, Türk hukukunda dava açma yasaklarının yerini tartışmak gerekir.

HMK madde 414/f.1'e göre; “aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespiti” karar verebilecektir. HMK madde 414/f.4 uyarınca; “zamanında veya etkin olarak hareket edememe” halinin olmadığı durumlarda tedbir için mahkemeye başvuru, ancak hakem veya hakem kurulundan alınacak “izne veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine” dayanılarak yapılabilmektedir⁶⁰⁷. Bu fıkra dikkate değerdir zira yukarıda da vurgulandığı üzere; bir tarafın bağımsız mahkemeye başvuru hakkı, bir kanun maddesi ile açıkça sınırlandırılmakta ve “hakemlerin zamanında hareket edemeyecek olması” şartına bağlanmaktadır. Hatta HMK madde 414/f.5; tedbir kararı verme konusunda hakemlerin yetkisini daha da genişletmekte ve mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararının, hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilebileceğini ya da tamamen kaldırılabilirliğini düzenlemektedir. Bu düzenlemeler göstermektedir ki HMK maddelerinde düzenlenen hakemlerin tedbir kararı verme yetkisi; tahkim lehine oldukça geniş olup, hakemlerin geçici hukuki koruma türlerine hükmedebileceği konusundaki şüpheleri gidermektedir.

Yukarıda; gerek Anayasa gerek MTK uyarınca yaptığımız tartışmayı, burada da ele almakta yarar vardır. MTK anlamında yabancılık unsuru taşımayan ve tahkim yerinin de örneğin İstanbul olarak kararlaştırıldığı ve böylece HMK tahkim hükümlerine tabi bir tahkim yargılamasında; dava açma yasağı kararı verilebilir mi sorusu, önem kazanmaktadır. Bu tür bir tahkimde hakem heyeti; geçerli tahkim şartını nazara alarak bir taraf aleyhine Türk mahkemelerine gidilmemesi yönünde men edici bir tedbir kararı verirlerse, bunun ne gibi sonuçları olacaktır? MTK madde 15'te olduğu gibi, HMK madde 439'da da iptal davası düzenlenmiştir. Tekrar belirtelim ki ister MTK ister HMK uygulanmak suretiyle verilmiş olsun; bu kapsamda verilen hakem kararları “yabancı” olmayıp “milli” bir hakem kararı

hareket edildiği konusunda bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 20; HMK kapsamında tahkim konusunda detaylı bilgi için bkz. Ekşi, *Tahkim*, s. 95 vd.

⁶⁰⁷ Öğretide de haklı şekilde vurgulandığı üzere; bu hüküm, uygulamada bir takım problemlere sebebiyet verebilmektedir. Örneğin; “teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin önlenmesi” için hakemlerden izin alınmasının şart koşulması, tedbirlerin genel karakteri ve tarafların haklı beklentileri ile uyusmamaktadır. Bu nedenle; hakemlerden “izin alınması” şartının, “hakemlere bilgi verilmesi” olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 28-29.

olacağından ötürü, bu kararlar tanıma-tenfize konu olmazlar ve bu kararlara karşı ancak iptal davası açılabilir⁶⁰⁸.

HMK madde 439/f.2'deki iptal sebepleri kapsamına; tahkim süresince verilmiş olan dava açma yasağı tedbirlerinin girip girmeyeceğini irdelemek gerekir. HMK madde 439/f.2-e uyarınca; “tahkim yargılamasının, usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde, bu Kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olması” bir iptal sebebidir. MTK madde 15/A-1(f) kapsamında da aynı hüküm yer aldığından; yukarıdaki değerlendirmemiz, aslında burada da geçerlidir. Zira “kanuna aykırı” şekilde davanın yürütülmesiyle; HMK madde 415'teki “hakem sayısının tek olması”, “hukuki dinlenilme hakkı” gibi dava açma yasağı ile ilgili olmayan düzenlemeler kastedilmektedir. Dava açma yasağı ile önlenilmek isteyen taraf; HMK madde 39/f.2-f gereği “hukuki dinlenilme” hakkının ihlal edildiğini de ileri süremez zira bahsedilen hak, hakem heyeti önünde dinlenilme hakkı olup tarafa tahkim sözleşmesini ihlal etme serbestisi kazandırmaz. Kanımızca HMK uyarınca yapılan tahkimlerde; hakemlerce dava açma yasağı verilmesi daha kolay olduğu gibi, sonraki aşamalarda bu tür tedbirin verilmiş olması da kararın iptaline de sebebiyet vermeyecektir. Zira iptal davasında mahkemenin; yeniden esasa girmek suretiyle, taraf aleyhine verilmiş ve fakat kendisinin de hür iradesiyle uymayı seçtiği bu tür bir tedbiri gerekçe göstererek kararı iptal etmesi yerinde olmayacaktır. Kaldı ki Yargıtay kararlarında; HMK uyarınca yapılan tahkimlerde açıkça *kompetenz-kompetenz*

⁶⁰⁸ HMK'ya tabi tahkime, milli nitelik verilmesinde “toprak” esasından hareket edildiği konusunda bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 20; HMK kapsamında tahkim konusunda detaylı bilgi için bkz. Ekşi, *Tahkim*, s. 95 vd. Bir hakem kararı; “yabancı bir hakem otoritesi altında verilmiş ise, o kararın yabancı hakem kararı sayılabileceği” hakkında bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 7.11.1951 tarihli ve 126/109 sayılı kararı. Ayrıca bkz. Kalpsüz, *Hakem Kararları*, s. 602 vd.; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 394; Özel, **a.g.e.**, s. 24-25. Gerek HMK madde 439/f.1 gerek MTK madde 15/A, açıkça bu sınırlamaya vurgu yapmakta ve “hakem kararına karşı yalnızca iptal davası” açılabilirliğini açıkça düzenlemektedir. Yargıtay da çoğu kararında; HMK uyarınca yapılan tahkim için “milli tahkim” ibaresini kullanmakta ise de, MTK kapsamında verilen bir hakem kararının en nihayetinde bir “milli hakem kararı” olacağı göz ardı edilmemelidir.

T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2017/1980 K. 2017/3883 T. 9.11.2017:

“...gerek 6100 Sayılı HMK'ya tabi olan *milli tahkimde*, gerekse 4686 Sayılı MTK'ya tabi olan tahkimde verilen hakem kararlarına karşı açılan iptal davalarına (ve Kanun'da belirtilen diğer davalara) asliye ticaret mahkemesinde bakılacağı öngörüldüğüne göre...”

T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2017/745 K. 2017/2355 T. 31.5.2017:

“...01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK' nın ... 439. maddesinde de, hakem kararlarına karşı yalnızca (tahkim yerindeki) mahkemede iptâl davası açılacağı, ayrıca bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. Kanun'un 410. maddesinin gerekçesinde, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkemenin, tahkimin niteliği, gerektirdiği sürat ve uzmanlık göz önünde bulundurularak tahkim yeri istinaf mahkemesi olarak kabul edildiği açıklanmış iken, 439. maddesinin gerekçesinde ise, “...hakem kararma dair olarak yetkili ilk derece mahkemesi de bir iptâl sebebi görmemiş ise denilmek suretiyle, hakem kararının iptâlüne dair davanın ilk derece mahkemesinde görüleceği ifade edilmiştir...”

kuralının kabul edilmiş olması da, zaten kendisini yetkili gören hakemlere artık mahkemelerin müdahale etmemesini gerektirmektedir ve uygulama da bu yöndedir⁶⁰⁹.

Diğer yandan HMK madde 439/f.2-ğ bendi uyarınca; eğer dava açma yasağı kararının verilmesinin kamu düzenine aykırı olduğu tespit edilirse, bu durumda da hakem kararı iptal edilebilmektedir. MTK madde 15/2-b kapsamında; kamu düzeni meselesi, dava açma yasakları ile olan ilişkisi bakımından yukarıda ele alınmıştı. Ancak HMK tahkim hükümleri, MTK hükümlerine nazaran daha çok tahkim lehine olduğundan; hakemlerin yargılama sürecinde dava açma yasağı kararı vermiş olması, HMK madde 439/f.2-ğ bendi kapsamında “kamu düzenine aykırı” olarak kabul edilmeyecektir. Kararın Türk kamu düzenine aykırı olması; istisnai halleri örneğin hakem kararının hüküm fıkrasında rüşvet, kumar borcu gibi hususları içermesi durumlarını kapsamaktadır.

Sonuç olarak; tahkim yargılaması sürecinde dava açma yasağı kararının verilmiş olması, ne MTK ne de HMK anlamında kamu düzenine aykırılık nedeniyle bir iptal sebebi sayılmayacaktır. Zira hakemlerin; tarafın kabulüne bağlı olarak mahkeme gitmekten bir tarafı vazgeçirmesi, aslında tahkimi koruma amacıyla verilen ve tarafın gönüllü şekilde uymasına bağlanmış bir koruma tedbiridir. Bu tür bir tedbir dolaylı olarak mahkemede hak arama özgürlüğünü sınırlandırırsa bile; her iki kanununun amacına ve ruhuna aykırılık teşkil etmeyeceği gibi, kamu düzenine aykırılık⁶¹⁰ nedeniyle iptal sebebi de olmayacaktır. Tahkimi seçen taraflar; mahkemede hak arama özgürlüğü yerine, hakemler önünde hak arama özgürlüğünü kendi hür ve ortak iradeleriyle seçmişler demektir. Bu bakımdan; tarafın sözleşmesel

⁶⁰⁹ “Mahkemelerin de alternatif olarak öngörüldüklerinden” bahisle; hakemlerin yetkisizliğinin ileri sürüldüğü bir HMK tahkim davasında Yargıtay, bu tartışmalı husustaki kararın bile hakemlere bırakılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2015/4467 K. 2015/11347 T. 2.11.2015:

“...Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre; taraflar arasında yapılan 4.7.2012 tarihli anlaşmanın 2. maddesinde ihtilafların çözümü için tahkim usulünün öngörüldüğü, HMK'nın 422. Maddesi uyarınca tahkim sözleşmesinin geçersizliğine dair itirazları değerlendirme yetkisinin tahkim kuruluna ait olduğu, mahkemenin bu konuda görevli bulunmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir... Usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” Milletlerarası tahkimde genel kabul gören ve Türk tahkim hukukunda da düzenlenen *kompetenz-kompetenz* kuralı; hakemlere, kendi yetkileri ile tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakkında karar verme yetkisinin tanınması anlamına gelir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 793-794; taraflar arasında açıkça tanınmasa bile, bu kuralın “tahkim sözleşmesinin doğal bir sonucu” olduğu hakkında bkz. Özel, **a.g.e.**, s. 104-105; bu yetki değerlendirilirken, tahkim sözleşmesinin ana sözleşmeden ayrı değerlendirileceği konusunda bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 300; yukarıda da ele aldığımız bu önemli kurala ilişkin düzenlemeler için bkz. MTK madde 7/H, HMK madde 422/f.1; ayrıca detaylı bilgi için bkz. Esen, *Kompetenz-Kompetenz*, s. 356 vd.

⁶¹⁰ Bkz. aşağıda “Kamu Düzeninin İhlali”.

yükümlülüğünü hatırlatıcı bu tür bir tedbir, iptal davasına konu olamayacak gerekli ve etkili bir geçici hukuki koruma türü olarak anlaşılmalıdır.

4. 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

Belirtildiği üzere; Türk hukukunda, doğrudan “dava açma yasağı” ibaresini içeren açık bir düzenleme mevcut değildir. Ancak dava açma yasakları; Türk hukuku bakımından tarafımızca *eda amaçlı geçici hukuki koruma türlerinden biri* olarak vasıflandırıldığından, hakemlerin vereceği geçici hukuki korumalara ilişkin düzenlemelere bakmak gerekmektedir. MTK ve HMK uyarınca verilen hakem kararları “milli” hakem kararı olduğundan sadece iptalleri istenebilmekteyken; MÖHUK madde 60 ve devamındaki hükümler ile NYS (1958), “yabancı” hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlemektedirler⁶¹¹. Dolayısıyla dava açma yasağının; yabancı hakem kararlarının tanıma-tenfiz aşamasındaki etkileri bakımından, bu iki önemli düzenleme büyük önemi haizdir.

MÖHUK madde 60-63’te düzenlenen yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi kısmında; dava açma yasakları veya başkaca tedbir türleri, doğal olarak düzenlenmemiştir zira dava açma yasakları çoğunlukla tahkim kararının tenfizi öncesi süreci ilgilendirmektedir. Ancak tanıma-tenfize dair bu hükümlerde; dava açma yasaklarını, dolaylı da olsa ilgilendiren bazı hükümlere yer verilmiştir. Dolayısıyla yukarıda HMK ve MTK uyarınca; dava açma yasakları konusunda yapılan tartışmayı, bu tanıma-tenfiz red sebepleri bakımından yapmak gerekmektedir. MÖHUK madde 62/f.1-b’ye göre; hakem kararı genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı ise, Türk mahkemesi yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddetmek zorunda kalacaktır. Ayrıca MÖHUK madde 62/f.1-d uyarınca; hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf eğer “hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış” ise, bu durumda da yabancı hakem kararının tenfizini mahkeme reddedecektir. Dikkat edilirse bu durumların tespiti halinde; aşağıda incelenecek olan NYS (1958) hükümlerinin aksine, Türk mahkemesinin takdir yetkisi yoktur ve tenfiz istemini reddetmek zorundadır. Acaba Türk mahkemesi önündeki tanıma-tenfiz davasında; kesinleşmiş yabancı hakem kararının verilmesi sürecinde taraf aleyhine dava açma yasağı

⁶¹¹ Çelikel/ Erdem, **a.g.e.**, s. 780-804; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 565 vd.; Akıncı, **Tenfiz**, s. 95 vd.; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 387 vd.; Özel, **a.g.e.**, s. 24-26; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 182 vd.; ayrıca bkz. Kalpsüz, *Hakem Kararları*, s. 602 vd.

tedbirinin uygulanmış olması, bu ilgili iki hüküm kapsamında değerlendirilebilecek midir? Diğer bir ifadeyle; salt dava açma yasağı tedbirinin uygulanmış olması, ileride tanıma-tenfiz talebini red için yeterli olacak mıdır?

Kanımızca bu soruya olumlu cevap vermek güçtür zira yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi aşamasında; Türk mahkemesinin uyuşmazlığın esasına girerek; başka bir ifadeyle *revizyon* yasağını⁶¹² delerek, verilmiş bir dava yasağı tedbirini yeniden incelemesi yerinde olmayacaktır. Kaldı ki MÖHUK madde 62’de düzenlenen tenfiz engellerinin hukuki sonuçları oldukça ağır olup; NYS (1958) aksine, mahkemeye kabul veya red noktasında takdir yetkisi de tanınmamaktadır. Hal böyle iken; kendi rızasıyla dava açma yasağına uyan ve fakat tahkim kararı kendi aleyhine sonuçlanan tarafın, sonradan “kamu düzenine aykırılık” veya “savunma hakkının ihlali” sebeplerine dayanarak tenfize engel olmak istemesi iyi niyetli yorumlanmamalıdır. Aleyhine dava açma yasağı tedbiri verilen ve buna uyan tarafın, tahkim davasında lehine karar alması da muhtemeldir. Tahkim sözleşmesini ihlal etmek suretiyle mahkemede dava açmaktan vazgeçen ve tahkim davasını da kazanan taraf, nasıl ki “men kararının verilmesini” problem etmiyorsa; kendi rızasıyla davadan vazgeçip tahkime devam eden ve aleyhine karar çıkan taraf da, geriye dönük bu tür bir savunmaya da dayanamaması gerekir. Benzer şekilde forumu ihlal etmekle

⁶¹² Revizyon yasağı (*Revision Au Found*); tanıma-tenfiz aşamasında, yabancı kararın esasına girerek yeniden incelemenin doğru olmayacağı esasına dayanır. Bu kural; gerek yabancı mahkeme kararları gerek yabancı hakem kararları için, geçerli olan bir esastır. Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 724; bu prensibin temel istisnasının “kamu düzenine aykırılık” olduğu konusunda bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 566-567; kararın, maddi ve hukuki olgular yönünden yeniden gözden geçirilmesinin yasak olduğu konusunda bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 335 vd. Türk hukukunda bir davada tarafların; kendi hür iradeleriyle “davanın esasını çözme yetkisini” hakemlere bıraktıkları gerekçesiyle, ister milli ister yabancı hakem kararı söz konusu olsun bir mahkemenin yapacağı incelemede hakem kararının esasına giremeyeceği mütalaa edilmiştir. Bkz. Şanlı, **Mütalaalar**, s. 703-712.

Çeşitli Yargıtay kararlarında da *Revision Au Found* prensibi vurgulanmakta ve tanıma-tenfiz mahkemesinin yapacağı incelemeye milletlerarası tahkim bakımından da sınırlar çizilmektedir.

T.C. YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ E. 2000/7171 K. 2000/7602T. 9.11.2000:

“Davalı tek sözleşme olmasına rağmen iki kere tazminata hükmedilmesinin savunmanın dikkate alınmadığını gösterdiğini belirterek tenfiz talebinin bu nedenle de reddi gerektiğini savunmuştur. Bu iddia kararın esasına ilişkin olup, hakem kararının doğruluğunu inceleme yapma yasağı (*revision au fond*) kapsamında bulunduğundan lenfiz mahkemesine bu iddiayı inceleme yetkisi tanınmamıştır.”

T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2002/13265 K. 2003/5759 T. 2.6.2003:

“Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve aktif husumete ilişkin davalı iddialarının hakem yargılaması esnasında tartışılıp çözümlenmiş bulunmasına, zaman esaslı tali navlun sözleşmesinin akdediliş şekline ilişkin ve aktif husumete dair itirazların incelenmesinin, MÖHUK ve New York Konvansiyonu hükümleri karşısında mümkün bulunmamasına (*Revision au fond* yasağı), yetkili Asliye Mahkemesince, yabancı hakem kararının kısmen veya tamamen tenfizine veya tenfiz isteminin reddine karar verilmesinin tabii bulunmasına...”

beraber aleyhinde verilen dava açma yasağına uymayan taraf; önceden verilen bu tedbiri tenfiz engeli olarak ileri sürdüğünde; geçerli tahkim sözleşmesinin varlığı ve kendisinin ihlalde bulunan taraf olması ile hakem kararının kesinleşmiş olması, bu muhtemel savunmaları büyük ölçüde geçersiz kılacaktır.

Elbette yabancı hakem kararının hüküm fıkrasının; örneğin “rüşvet” gibi açıkça Türk kamu düzenine aykırı olan hususları içermesi, tenfiz engeli kapsamında değerlendirilecek ve yabancı hakem kararının tenfizi reddedilecektir. Benzer şekilde Türk mahkemesi; sadece taraflardan birinin savunmasının alınırken diğer tarafın örneğin delil ibrazına izin verilmediğine kanaat getirdiğinde de, yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmemesine karar verecektir. Dikkat edilirse burada; doğrudan tahkim yargılamasının kendisinden kaynaklı ve bir tarafın, hakkaniyetli ve adil bir tahkim yargılamasını yapmasını engelleyen durumlar söz konusudur. Hakemlerce verilen dava açma yasağını gerekçe göstererek tanıma-tenfiz aşamasında yabancı hakem kararına karşı çıkmak ise; tahkim yargılamasının bir aşamasında, bir taraf aleyhine “uyuşmazlık konusu malı devir yasağı” tedbirinin uygulanmış olmasını gerekçe göstererek kararın tenfizine engel olmaya benzer. Oysaki tenfiz mahkemesi; tanıma-tenfiz aşamasında, yabancı hakem kararını esastan değerlendiremez. Ancak tahkim yargılamasında yapılan bir eksiklik veyahut varılan karar; Türk kamu düzenine aykırı olacak veya savunma hakkını ihlal edecek kadar ağır bir boyuta ulaşmışsa, bu durumda mahkemenin tenfiz kararını reddetmesi beklenecektir. Ancak salt dava açma yasağı kararının verilmiş olması; MÖHUK kapsamında tek başına tahkimde “savunma ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiği” veyahut Türk kamu düzeninin ihlal edildiği anlamına gelmemelidir.

5. 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 90/f.5’e göre; usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar, “kanun” hükmünde kabul edilmektedirler. Temel hak ve özgürlüklere dair sözleşmeler ise, kanunların bir üstünde değerlendirilmektedir. Zira usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkan uyuşmazlıklarda, bu milletlerarası antlaşma hükümlerine öncelik verilmektedir.

NYS (1958); Anayasa madde 90 uyarınca, uygun bulma kanunu⁶¹³ ile kabul edilmiş ve usulünce yürürlüğe konularak “kanun” statüsüne kavuşmuştur⁶¹⁴. Dolayısıyla artık iç hukukumuzun da bir parçası olan bu önemli sözleşme; milletlerarası tahkimin en önemli düzenlemelerinden biri olup, günümüz itibarıyla 157 devlet bu sözleşmeye taraf olmuştur⁶¹⁵. Türk hukukundaki yukarıda ele alınan diğer düzenlemelerde vurgulandığı üzere; NYS (1958) hükümlerinde de açıkça dava açma yasakları ile diğer geçici hukuki koruma türlerine doğal olarak yer verilmemiş olmakla beraber, bu önemli sözleşmenin bazı hükümleri dolaylı şekilde dava açma yasakları ile de ilgilidirler. Bu kısımda; Türkiye’de bir “kanun” statüsüne kavuşmuş olan NYS (1958)’i; Türk hukuku perspektifinden kısaca ele alıp, dava açma yasaklarının Türkiye uygulamasını bir de bu sözleşme kapsamında ele alacağız.

NYS (1958), yabancı hakem kararlarının sadece tanınması ile tenfizini düzenlemektedir. NYS (1958) kapsamında; yabancı hakem kararından ne anlaşılması gerektiği, tenfiz engelleri, tahkime sevk etme kuralı gibi hususları çalışmamızın kapsamını aşacağından burada incelemeyecek, sadece dava açma yasaklarıyla ilgili olduğu ölçüde bazı hükümleri değerlendireceğiz. NYS (1958) madde V/f.2-b uyarınca; “hakem kararının tanınması ve icrası istenen memleketin yetkili makamı tarafından hakem kararının tanınması ve icrasının zikri geçen memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olduğunun” tespiti halinde, tanıma-tenfiz talebi mahkemece reddedebilecektir. Burada dikkat edilirse MÖHUK madde 62 hükmünün aksine; kamu düzenine aykırılık gibi ciddi bir tenfiz engeli olsa bile, mahkemenin yine de tanıma-tenfize karar vermeye yönelik takdir yetkisi vardır. Ancak Türk hukukunda NYS (1958) uygulaması bakımından, şu sorunun cevaplanması gerekecektir: Örneğin, tahkim yeri olarak kararlaştırılan Stockholm’de verilen yabancı hakem kararının verilmesi sürecinde; Türk tarafın mahkemeye gitmekten men edilmiş olması, Türkiye’de açılan tanıma-tenfiz davasında NYS (1958) madde V/f.2-b uyarınca “kamu düzenine aykırılık” engeline takılacak mıdır? Belirtelim ki mahkemenin kamu düzeninin ihlal edildiğine karar vermesi durumunda da; aynı mahkemenin yine de tenfize karar verebileceği zira NYS (1958) uyarınca tenfiz

⁶¹³ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Kanun No. 3731, Kabul Tarihi 8.5.1991, Resmî Gazete ile yayımı: 21.5.1991 Sayı: 20877).

⁶¹⁴ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958). Bu sözleşme Türkiye’de; 8.5.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme, 25.9.1991 tarih ve 21002 sayılı RG’de yayımlanarak Türkiye’de yürürlüğe girmiştir.

⁶¹⁵ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (Erişim, 15.02.2018).

mahkemesinin talebi kabul veya red konusunda, takdir yetkisinin bulunduğu (*may ibaresi*) da unutulmamalıdır.

Aşağıda dava açma yasaklarının tanınması ile tenfizine dair tartışmaları, daha detaylıca ele alacağız. Ancak yukarıda da vurguladığımız üzere; NYS (1958) madde II/f.3, tahkim sözleşmesinden doğan “tahkimi ihlal etmeme ve başka foruma uyuşmazlığı götürmeme” olumsuz yükümlülüğüne dair bir düzenleme olarak da anlaşılabilir. Nasıl ki mahkemeler, geçerli bir tahkim sözleşmesi ile karşılaştıklarında tarafları tahkime yönlendirmekle yükümlü tutulmuşlarsa; taraflar da, geçerli tahkim sözleşmesine aykırı hal ve hareketler içerisine girmekten özenle kaçınma yükümlülüğü altındadırlar. Bu şekilde meseleye yaklaşıldığında ise dava açma yasaklarının; NYS (1958) ile uyumu daha rahat görüleceği gibi, aslında tahkim sözleşmesini uygulama ve etkinleştirme amacına hizmet ettikleri de daha net anlaşılacaktır. Dolayısıyla tenfiz mahkemesi; davanın esasına girerek dava açma yasağı ile diğer geçici hukuki korumaların yerindeliliğini incelemeyeceği gibi⁶¹⁶, günümüzde bazı mahkemelerde dava açma yasağı tedbirinin NYS (1958) kapsamında tenfiz bile edildiği yukarıda Birinci Bölüm’de incelenen kararlarla da sabittir. Nitekim tartışma yaratan *West Tankers*⁶¹⁷ davasının aksine; *Gazprom*⁶¹⁸ davası, hakemler tarafından verilen dava açma yasaklarının NYS (1958) kapsamına girdiğini ve “uygun araçlar” olduklarını vurgulayarak bu tedbirlerin yerindeliliklerini teyit etmiştir. Dava açma yasaklarının NYS (1958) kapsamında tenfize konu olup olmayacağını endişesini ile diğer başlıca sorunları aşağıda ele alarak, Türk hukukunu da ilgilendiren başlıca güncel kararlar ışığında çözüm önerilerimizi sunacağız.

⁶¹⁶ Hakem kararının, maddi ve hukuki olgular yönünden yeniden gözden geçirilmesinin yasak olduğu konusunda bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 335 vd. Türk hukukunda bir davada tarafların; kendi hür iradeleriyle “davanın esasını çözme yetkisini” hakemlere bıraktıkları gerekçesiyle, ister milli ister yabancı hakem kararı söz konusu olsun bir mahkemenin yapacağı incelemede hakem kararının esasına giremeyeceği mütalaa edilmiştir. Bkz. Şanlı, **Mütalaalar**, s. 703-712. Ayrıca bkz. T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2002/13265 K. 2003/5759 T. 2.6.2003:

“Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve *aktif husumete ilişkin davalı iddialarının hakem yargılaması esnasında tartışılıp çözümlenmiş bulunmasına, zaman esaslı tali navlun sözleşmesinin akdediliş şekline ilişkin ve aktif husumete dair itirazların incelenmesinin, MÖHUK ve New York Konvansiyonu hükümleri karşısında mümkün bulunmamasına (Revision au fond yasağı)*, yetkili Asliye Mahkemesince, yabancı hakem kararının kısmen veya tamamen tenfizine veya tenfiz isteminin reddine karar verilmesinin tabii bulunmasına...”

⁶¹⁷ C-185/07, EU: C:2009. 69. Tam metin için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-185/07> (Erişim, 14.09.2017).

⁶¹⁸ Case C-536/13, *Gazprom v Lithuania*, ECLI: EU: C:2015:316. Tam metin için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164260&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=401647> (Erişim, 15.09.2017).

Gereksiz tekrarlardan kaçınmak için; aşağıda kamu düzeni kısmında ele alınacak hususlara, burada detaylıca değinmekten kaçınacağız.

B. Türk Hukukunda Karşılaşılabilecek Sorunlar

1. Tarafın Anayasal Haklarının İhlali Hususu

a) Tartışma

Yukarıda; dava açma yasaklarını ilgilendiren düzenlemelerin başında, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın geldiğini açıklamış bulunuyoruz. Gerçekten de taraflardan biri; hakemlerin telkini veya vereceği dava açma yasağı sonucu, kendi iradesiyle de olsa bir anayasal hak olan dava açma hakkı ya da hak arama özgürlüğünden vazgeçebilmektedir. Bir tarafın Türkiye'de dava açması; bir tedbir kararı ile önlenmişse ve davalı taraf da bu tedbire uyarak Türkiye'de dava açmaktan vazgeçmişse veya açılmış bir davaya devam etmekten vazgeçmişse, bu hususun Anayasal bir hak olan hak arama özgürlüğü ile mahkemelerin bağımsızlığını ihlal ettiği ileri sürülebilir. Bu ihlal gerekçe gösterilerek; aşağıda ayrıca incelenecek olan kamu düzeni engeli de ileri sürülebilir ancak bu kısımda endişeyi sadece Anayasa kapsamında kısaca ele almak yeterli olacaktır.

Anayasanın “hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde; herkesin, “meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip” olduğu vurgulanmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise; dava açma yasakları için de oldukça önemli bir husus vurgulanmış ve “hiçbir mahkemenin, *görev ve yetkisi içindeki* davaya bakmaktan kaçınamayacağı” vurgulanmıştır. Hak arama özgürlüğü, insan hakları konusunda milletlerarası hukukun en temel düzenlemelerinden biri olan AİHS madde 6'da da almakta ve AİHM'nin birçok kararına⁶¹⁹ da konu olmaktadır.

Hak arama hürriyetinin, önemine ve kamu düzeni olan bağlantısına yukarıda değinmiş bulunmaktayız. Bu temel hak ve özgürlüğün; mutlak olmadığını ve gerekli durumlarda, yine Anayasa madde 13 sınırları içerisinde sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Acaba geçerli bir tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin; mahkemeye başvurmasını engelleyen dava açma yasakları, Anayasa'ya aykırı mıdır? Dava açma yasağına rızasıyla uyan taraf; aleyhine tahkim kararı verilip

⁶¹⁹ AİHM'nin henüz *anti-suit injunction* ve hak arama hürriyeti arasındaki ilişki konusunda bir karar vermediği ancak bazı mahkemelerce tedbirin, AİHM madde 6 uyarınca uygun bulunmadığı konusunda bkz. Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s. 149-151.

kesinleştikten sonra, örneğin Türkiye’de hakem kararının iptali veya tenfizi aşamasında “hak arama özgürlüğünün ihlal edildiğini” ileri sürebilir mi? Türk hukukunda; dava açma yasaklarına karşı ileri sürülebilecek bu önemli eleştiriyi, aşağıda ayrıca değerlendirmek yerinde olacaktır.

b) Değerlendirmemiz

Yukarıda da değindiğimiz üzere; dava açma yasağına uyan Türk vatandaşı tarafın tahkim yargılaması esnasında veya neticesinde, Anayasal hakkının ihlal edildiğini ileri sürmesi kanımızca doğru olmayacaktır. Bu görüşümüze karşılık; kimsenin, Anayasal hakkından önceden feragat etmeye zorlanamayacağı iddiası ileri sürülebilir. Ancak vurgulamak gerekir ki; dava açma yasaklarında yani tahkim sözleşmesine taraf olup da bu sözleşmeye uymayarak devlet mahkemesinde dava açan veyahut açmaya yeltenen tarafın davadan men edilmesi tedbirlerinde zorlama olmadığı gibi, bir *feragat* durumu da söz konusu değildir. Hakemlerce veya başkaca bir yabancı mahkeme tarafından; davalı tarafın aleyhine verilen devlet mahkemesi yargılamasından men edilme kararı, ancak davadan *vazgeçmeye yönelik bir emir* veya *tavsiye* olarak kanımızca nitelendirilebilir. Bu tedbir kararı neticesinde tarafın; açılmış olan davadan tamamen feragat etmesi kendi takdiri olacağından, tarafın takdir yetkisini bu yönde kullanması da dava açma yasağının tarafı davadan “feragate zorladığını” göstermez. Zira bir tahkim davasında hakemlerce verilen dava açma yasağına uyacağını kabul ederek dava açmayacağını kabul eden ve hatta bunu bir belge ile teminatlandıran taraf; isterse, yine de devlet mahkemesinde davasını ikame edebilecektir. Buna ne bir yabancı mahkeme ne de hakem heyeti doğrudan müdahalede bulunabilecektir. Dolayısıyla burada bir “feragat” değil; tamamen ihtiyari bir seçim olan, yabancı forumdaki davayı açmaktan vazgeçme ya da davayı sona erdirmeye durumu söz konusudur. “Vazgeçme” ya da “davanın geri alınması” halinden farklı olarak; davadan “feragat”, ancak mahkeme önünde olmakta ve feragat halinde aynı konuda artık davanın açılması imkânsız bir hal almaktadır⁶²⁰.

⁶²⁰ HUKUK GENEL KURULU E. 2005/11-242 K. 2005/249 T. 13.4.2005:

“*Feragat* davaya son veren bir işlemdir.

Davasından feragat eden davacı, dava dilekçesinin talep sonucu bölümüne konu ettiği haktan vazgeçmiş olur. Feragat herhangi bir şarta bağlanamayacağı gibi, davadan feragat edildiğine ilişkin iradenin açık ve kesin bir dille bildirilmiş olması da zorunludur. Bu nitelikteki bir feragat davalı tarafın veya mahkemenin kabulüne bağlı değildir ve kesin hükmün sonuçlarını doğurur. Buna karşılık, *davanın geri alınması*, davaya konu haktan vazgeçilmesi anlamında değildir, ileride aynı yönde bir davanın açılması hakkı saklı tutulmaktadır ve bu nedenle de, geri alma davalının kabulüne bağlıdır. Somut olayda davacıların dilekçelerinde, diğer davalılar hakkındaki davaya hâlel gelmesi kaydıyla ve her ihtimale karşılık bu davalı hakkındaki dava hakkı saklı tutularak,

Ortada bir Anayasal hak olduğu doğrudur ancak bu hak; yukarıda AYM ve AİHM kararları doğrultusunda tartışıldığı üzere, mutlak değildir ve sınırlandırılabilir. Tek fark; dava açma yasaklarındaki sınırlandırmanın Anayasa madde 13'te sayılan sınırlar dâhilinde egemen bir devlet tarafından kanunla değil de; tahkim sözleşmesini ihlal eden veya edecek olan tarafa karşı, doğrudan hakemlerce ve mahkemelerce getirilmesidir. Yasama organında bir kanun çıkartılması yoluyla; orantılılık, hakkın özüne dokunmama gibi Anayasa madde 13'te sayılan sınırlandırmanın sınırları kabul edilen hususlara riayet edilerek bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması mümkündür. Kişinin kendisinin, mahkemenin veya egemen devlet erkleri dışında, hakem heyeti gibi özel mercilerin de hakları sınırlandırabileceği unutulmamalıdır. Yalnız bu sınırlandırmalar; keyfi ve hukuki dayanaktan yoksun olmayıp, bizzat tarafların ortak iradeleriyle belirledikleri tahkim hukuku ile atıfta bulunulan tahkim kurallarından ileri gelmektedir. Gerçekten de hakem heyeti tarafından; uyuşmazlık konusu malın devri bir süreliğine engellenebilir veyahut taraflar anlaşarak, mülkiyet haklarını kendileri sınırlandırabilirler. Oysaki mülkiyet hakkının bir doğal sonucu olan; malı devredebilme hakkı, bu örnekte bir özel merci olan hakem heyetince tarafın ihtiyari kabulüne bağlı olarak sınırlandırılabilir. Bu yönde bir sınırlandırma ise; tahkim sözleşmesine dayandığından ve tarafların ihtiyari kabulüne bağlı olduğundan, Anayasa'ya aykırı olmayacaktır.

şimdilik bu davalı hakkındaki davadan vazgeçildiği belirtilmiştir. Bu beyanın, davadaki talep sonucundan açık, kesin ve koşulsuz biçimde bir vazgeçmeyi içermediği, tersine, anılan davalı hakkındaki dava hakkı saklı kalmak kaydıyla ve şimdilik davadan vazgeçildiğinin açıklandığı görülmektedir. *Dolayısıyla, bu beyanın, davadan feragat değil, davanın geri alınmasına ilişkin olduğunun kabulü gerekir."*

Bir haktan feragat edilebilmesi için; hakkın doğmuş olması" şart olduğundan, örneğin hüküm verilmeden önce "kanun yoluna başvuru hakkından" feragat edilemeyecektir. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 563. "Uyuşmazlık çıktıktan sonra" taraflar; tahkime veyahut mahkemeye başvurdıklarından, dava açma yasaklarına uyan tarafın en azından, "doğmuş" bir haktan feragat etmeyi de seçebileceği anımızca açıktır. Çeşitli Yargıtay kararlarında da; "doğmamış haktan feragat edilemeyeceği", sıklıkla vurgulanmaktadır.

T.C. YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ E. 2017/1596 K. 2017/2818 T. 6.4.2017:

"...babaanne ...'in 16.04.2010 tarihinde ölümü ve oğlu ...'den sonra vefat ettiği miras reddi, talebinin bu tarihten önce karara bağlandığı doğmamış haktan feragat edilmesi mümkün olmayacağı değerlendirilerek davanın KABULÜ ile...

T.C. YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ E. 2017/12309 K. 2017/8432 T. 6.6.2017:

"...Mahkemece yapılması gereken, taraflar arasında görülen boşanma davasının bekletici mesele yapılması, boşanma retle sonuçlanıp kesinleşmesi halinde doğmamış haktan feragat edilemeyeceğinden açılan davanın ön koşul gerçekleşmediğinden reddine; boşanma kabulü sonuçlanıp kesinleşmesi durumunda mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan hak doğmuş olacağından Mahkeme tarafından hüküm tesis edildikten sonra davacı tarafça yapılan feragatin temyiz dilekçelerinde ileri sürdüğü iradeyi sakatlayan sebepler sebebiyle (HMK 311. Madde geçersiz olduğu ileri sürüldüğüne göre bu husus üzerinde durularak araştırılması sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir..."

Anayasa madde 36’da yer alan hak arama özgürlüğü; sadece gerçek kişi Türk vatandaşlarını değil, aynı zamanda tüzel kişileri de kapsamaktadır. Örneğin İngiltere merkezli bir ICC tahkim yargılamasında; davalı Türk şirket aleyhine Türkiye’de dava açma yasağı tedbir kararı alınmışsa, bu tüzel kişinin de Anayasal hakkının ihlali iddiası tıpkı gerçek kişilerde olduğu gibi iddia edilebilir. Yalnız burada gözden kaçırılmaması gereken husus; gerçek veya tüzel kişinin tahkim sözleşmesine taraf olmakla, aslında *devlet yargılamasına başvurmayaacağı*ni peşinen kabul ettiği gerçeğidir⁶²¹. Diğer bir ifade ile tahkim şartı ve sözleşmesini kabul eden taraf; zaten

⁶²¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 772 vd.; tahkim sözleşmesinin; hakemlerin “münhasır” yetkisini tesis ettiği ve devlet mahkemelerinin yetkisini “bertaraf ettiği” konusunda bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 298; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 612-614; hakem mahkemelerinin, “devlet mahkemeleri yerine” karar veren özel merciler olduğu hakkında bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 647; tahkimin, devlet mahkemelerine “alternatif” bir özel yargılama prosedürü olduğu konusunda bkz. Özel, **a.g.e.**, s. 17; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 36-40.

“Devlet yargısına gitme imkânını açık bırakan” tahkim sözleşmesi ile şartlarının; geçersiz olacağı, Türk hukuku doktrininde de mütalaa edilmiştir. Bkz. Şanlı, **Mütalaalar**, s. 527-533; bu tür maddi geçerlilik koşullarının analizi için bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 54-56. Tahkim sözleşmesinin “devlet mahkemesi yargılamasını bertaraf edici” yönü; tahkim sözleşmesinin önemli bir geçerlilik şartı olduğundan, Yargıtay tahkim iradesinin açıkça anlaşılmadığı tahkim sözleşmelerini geçerli kabul etmemektedir.

T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2016/4735 K. 2017/259 T. 23.1.2017:

“...Tahkim yolu, uyuşmazlıkların çözümünde tarafların devlet yargısı yerine hakem olarak adlandırılan özel kişileri görevli ve yetkili kılmalarını ifade eder. Bunun sonucu olarak tahkim çözüm yoluna gidilebilmesi için tarafların tahkim sözleşmesi yapmaları ya da düzenledikleri sözleşmede tahkim şartının bulunması gerekir. Tahkim anlaşması veya tahkim şartındaki uyuşmazlığın hakem veya hakemler kurulunca çözülmesine ilişkin irade beyan ve açıklaması tahkim şartı sözleşmesinin temel unsurudur. Tahkim şartı veya anlaşmasının geçerli olabilmesi için yanların tahkim iradesini açıkladıkları tahkim şartı ya da sözleşmede tartışma ve karışıklığa neden olmayacak biçimde açık ve kesin olarak belirtmiş olmaları zorunludur. Dairemiz ve yerleşik Yargıtay içtihatlarında geçerli bir tahkim şartı varlığı veya tahkim anlaşmasının geçerli sayılabilmesi için uyuşmazlığın kesin olarak hakemde çözüleceğinin kararlaştırmış olması gerektiği kesin iradeyi ortadan kaldıran ya da zayıflatan kayıtların tahkim sözleşmesi veya şartını geçersiz-hükümsüz kılacağı kabul edilmektedir. Taraflar sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tümünün tahkim yoluyla çözülebileceğini kararlaştırabilecekleri gibi sadece bir bölümünün tahkim yoluyla çözülebileceğini de kararlaştırabilirler.

Bu açıklamalardan sonra somut olaya gelince, taraflar arasında imzalanan 03.09.2007 tarihli kapağında 079/2007-4 tarih ve tersane inşaat numarası yazılı sözleşmenin anlaşmazlıkların çözümü başlıklı 37. maddesinde aynen “şirketle yüklenici arasında bu sözleşmenin uygulanmasından doğabilecek her türlü anlaşmazlıklar hakemlik yoluyla çözülecektir. Tarafların seçecekleri hakemler kendi aralarında kabul edecekleri üçüncü kişiyi seçecekler ve bu kurulun vereceği karar geçerli olacaktır. Hakemler TMMOB üyesi olacaklar ve hakemlik masrafları yüklenici tarafından karşılanacaktır. Hakemlik yoluyla çözülmesi mümkün olmayan hususlarda ve sözleşme ve eklerinde belirtilen durumlarda başvuru makamı İstanbul mahkemeleri ve icra daireleridir.” denilmek suretiyle sözleşmeye tahkim şartı konulmuştur.

Az yukarıda belirttiği gibi taraflar sözleşmenin bir kısmının uygulanmasından çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini kararlaştırabilirlerse de; eldeki davanın dayanağı sözleşmenin tahkim şartını içeren 37. maddesinin birinci fıkrasında sözleşmenin uygulanmasından doğabilecek her türlü anlaşmazlıklar hakemlik yoluyla demek suretiyle sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tümünün tahkim yoluyla çözümünü kararlaştırdıktan sonra, üçüncü fıkrasında hususlarda ve kelimelerinden sonra “sözleşme ve eklerinde belirtilen durumlarda başvuru makamı İstanbul mahkemeleri ve icra daireleri” demek suretiyle tahkim şartının sözleşmenin bir kısmıyla ilgili olmadığı ve bu hallerde mahkemelerin ve icra dairelerinin görevli olduğunu belirtmek suretiyle tahkim iradelerinin mutlak ve kesin olmadığını ortaya koymuşlardır.

doğası ve tanımı gereği “devlet yargısını devre dışı bırakmayı” amaçlayan tahkim yargılamasını kabul etmiş olmakta ve böylece Anayasal bir hak olan “yargılama yapmaktan kaçınamayacak devlet mahkemelerine başvurma” hakkını bizzat kendisi sınırlandırmaktadır. Dava açma yasaklarının; kişiyi, kendi devlet mahkemelerinde dava açabilme gibi temel bir Anayasal hakkından mahrum ettiği iddiası ileri sürülebilse de buna vurguladığımız gerekçelerle katılmak mümkün değildir. Kanımızca dava açma yasakları aslında kişinin dava açmasını engellememekte; sadece doğası ve tanımı gereği zaten “devlet mahkemesine gitmemeyi” gerektiren tahkim sözleşmesini, ihlal etmiş veya edecek olan tarafı uyarmaktadır. Kaldı ki; davalı taraf, hakemlerce verilen bu tür bir geçici hukuki korumaya ya da Anayasal hakkı sınırlandırdığı sanılan bu tür bir tedbire uymak zorunda değildir. Tedbirin muhatabı olan taraf tedbire uyacağını bir belge ile teyit etmiş olsa bile; tahkim yargılamasının herhangi bir aşamasında istediği zaman, Türk mahkemelerinde dava açabilecek ve bu taahhüdünü ihlal edebilecektir⁶²².

MTK madde 6/f.2’de de vurgulandığı üzere; hakemlerce verilen tedbirlerin, “zorlayıcı” ya da “icrai” etkisinin olmadığı bilinen bir husustur. Kişinin bir temel hak ve özgürlükten feragatinin mümkün olmayacağı zira Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin, “vazgeçilmez” nitelikte oldukları da ileri sürülebilir. Ancak burada *ötenazi* gibi; kişinin bir temel hak olan yaşama hakkına kendi iradesiyle son vermesi gibi bir durum, söz konusu değildir. Zira milletlerarası tahkimde sıklıkla kullanılmakta olan dava açma yasaklarının temelinde, tahkim şartı veya sözleşmesi yer almaktadır ve tahkim; tanımı ve mantığı gereği devlet yargılamasına paralel olmayıp, *onun yerini alan* alternatif bir yargılama türüdür. Dolayısıyla tahkimin devlet yargısına alternatif olması; tahkimin tanımı gereği zorunlu bir unsur olduğundan dolayı, bu niteliği korumak ve etkin bir tahkim yargılamasına kavuşmak için verilen dava açma yasağı tedbiri de Anayasa’ya aykırılık engeline takılmayacaktır. Dava açma yasağı; davalıya, yükümlülüğünü hatırlatıcı bir işlev de üstlenmekte ancak tedbire uyulmasını muhatabın takdirine bırakmaktadır.

Bu durumda mahkemece sözleşmenin uygulanmasından doğan tüm uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi kararlaştırıldıktan sonra sözleşme ve eklerinde belirtilen durumlarda başvuru makamlarının İstanbul mahkemeleri ve icra daireleri olduğu kabul edilmek suretiyle şeklinde konulan kaydın tahkim iradesinin mutlak ve kesin olmadığı ve bu kaydın tahkim şartını hükümsüz kıldığı kabul edilerek tahkim ilk itirazı reddedilip işin esası incelendikten sonra sonucuna uygun bir karar verilmesi yerine, yanlış değerlendirme yapılarak davanın usulden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.”

⁶²² Ancak davalı taraf, *lex fori* olan Türk hukuku uyarınca usulünce “davadan feragat” etmişse, artık bu halde istese de Türk mahkemeleri önünde aynı taleple dava açamayacaktır. Bkz. HUKUK GENEL KURULU E. 2005/11-242 K. 2005/249 T. 13.4.2005.

2. Türk Mahkemelerine Emir Verildiği Yanılgısı

a) Tartışma

“Mahkemelerin bağımsızlığı” başlıklı Anayasa madde 138/f.2’de; “hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemede yerli-yabancı ayrımı yapılmaksızın; “hiçbir organ, makam, merci veya kişi” ibaresiyle, tüm müdahaleler engellenmek istenmiştir. Hak arama özgürlüğü ile mahkemelerin bağımsızlığının ihlali; aşağıda detaylıca tartışılacağı üzere, daha çok “kamu düzenine aykırılık” bağlamında ele alınmaktadır. Yukarıda dava açma yasağını ilgilendiren düzenlemeleri ele alırken, Anayasa madde 138/f.2’ye de değinmiş bulunmaktayız. Dava açma yasaklarına temkinli ve çoğu zaman da olumsuz yaklaşan kişilerin; en temel iddialarından biri *devlet mahkemesine emir verilemeyeceği* gerekçesi olduğundan, bu konuda ayrı bir değerlendirme yapılması doğru olacaktır. Cevaplanması gereken soru ise şudur: Türkiye’deki davalar hakkında dava açma yasağı kararının verilmesi; Türk mahkemelerine verilen bir “talimat” ya da Anayasa madde 138/f.2 kapsamında “Türk mahkemelerinin bağımsızlığına” bir müdahale midir?

b) Değerlendirmemiz

Karşılaştırmalı hukuk bakımından yukarıda yapılan incelemelerde vurgulandığı üzere; dava açma yasağına karşı çıkan görüşlerde, mahkemelere emir verildiği iddiasının ağır bastığı görülmektedir. Milletlerarası nezaket kuralı gereği; yabancı mahkemelere müdahale edilmemesi gerektiğinden hareketle, dava açma yasaklarına olumsuz yaklaşılabilir. Türk hukukunda Anayasa madde 138/f.2 uyarınca da örneğin tek hakem tarafından verilmiş bir dava açma yasağı kararı; “kişi” tarafından, hakem heyeti veya mahkemece verilecek bir dava açma yasağı kararı ise “bir makam veya merci” tarafından doğrudan Türk mahkemesine verilmiş bir emir şeklinde yanlış algılanabilir. Benzer şekilde dava açma yasaklarının Türk hukukunda da kabul edildikleri varsayımında; Türk mahkemesi tarafından verilecek olası bir dava açma

yaşığı kararının, yabancı mahkemeye yönelik verilmiş bir emir olarak anlaşılacağı ve milletlerarası nezaket kuralını ihlal edeceği endişesi de ileri sürülebilir⁶²³.

Kanımızca bu tür bir eleştiri ve endişe; salt bir yanılgıdan ibarettir zira yukarıda da detaylıca tartıştığımız üzere dava açma yaşığı, sadece taraflardan birine karşı verilen ve tarafın uyma konusunda serbest bırakıldığı bir geçici hukuki koruma türüdür⁶²⁴. Dolayısıyla bu tür bir kararın; “mahkemeye” karşı değil, ihlalde bulunan ya da bulunacak olan “tarafa” karşı verilmiş olduğunun kabulü yerinde olacaktır. Dava açma yaşığı aslında davalı tarafın; forum sözleşmesini ihlal ederek açmayı düşündüğü bir davayı açmaktan vazgeçmesini veya davayı zaten açmışsa, bu davaya devam etmekten kaçınmasını konu alan bir tedbir kararıdır. Elbette esasında “taraflara yönelik” (*directed against the parties*) verilmiş olan bir tedbirin; *dolaylı* bir şekilde de olsa, bir yabancı devletin yargılamasına etki etmesi gerçeği de söz konusudur⁶²⁵. Ancak dava açma yaşığı tedbirinin asıl muhatabı, yetki sözleşmesini ihlal eden taraftır ve doğrudan yabancı mahkemenin yetkisine müdahale söz konusu değildir.

Dava açmaktan vazgeçen veya açtığı davadan çekilen tahkim davalısı; çoğu zaman Türk mahkemesinin dikkatini bile çekmeyecektir zira mahkemenin, taraflardan birine “neden dava açmadığı” veya “neden davaya devam edilmediği” yönünde telkinde bulunması beklenmemelidir. Ayrıca yabancı bir mahkeme veya hakem heyeti tarafından; Türk mahkemesine gönderilen bir belgeyle davaya bakmamasının ihtar edilmesi, dava açma yasakları usulünde yer almamaktadır⁶²⁶. Dava açma yasakları; ister hakemlerce ister bir devlet mahkemesi tarafından tahkim lehine verilmiş olsun, bu tür tedbirlerin muhatabı bizzat tahkim sözleşmesini ihlal eden veya edecek olan tarafın kendisidir.

⁶²³ Türk hukukundaki az sayıdaki önemli çalışmalarda da dava açma yaşığının; esasında doğrudan mahkemeyi değil, “davacıyı” hedef aldığı kabul edilmektedir. Bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 512; Ekşi, **Lex Mercatoria**, s. 152.

⁶²⁴ Bkz. yukarıda “Dar Yorum” (*Conservative Standard*); Ekşi, **a.g.e.**, s. 152.

⁶²⁵ Born, **Cases and Materials**, s. 332.

⁶²⁶ Uygulama bu yönde olmakla beraber elbette; dava açma yaşığının, nihai bir mahkeme veya hakem kararının parçası olarak da tartışılması mümkündür. Bu ise doğrudan mahkemeye talimat verilmesi anlamına gelmeyecektir. Bu tür istisnai hallerde; artık mahkeme de tedbirin farkına varmakta ve tanıma-tenfiz aşamasında, haliyle bu talebi de değerlendirmek zorunda kalmaktadır. Bu durumda bile; tedbirin muhatabı asıl forumda aleyhine tedbir kararı çıkan taraf olup, tanıma-tenfiz mahkemesine yönelik doğrudan bir “talimat” söz konusu değildir. Üstelik *revizyon* yaşığı nedeniyle; mahkeme, tanıma-tenfiz kapsamında haberdar olduğu tedbirinin esasına girerek inceleme de yapamayacaktır. Örneğin Fransa’da *In Zone Brands* davasında; Fransız Temyiz Mahkemesi, yabancı mahkeme kararıyla beraber tanıma-tenfize konu olan dava açma yaşığı tedbirinin milletlerarası kamu düzenine aykırı olmadığını vurgulayarak Amerikan mahkeme kararını onaylamıştır. Civ. 1ère, 14 October 2009, pourvoi n° 08-16.369, *In Zone Brands*. (Kluwer Arbitration, 2017).

Yetkisizliğine karar veren bir Türk mahkemesinin; yetkili mahkeme olarak örneğin Alman mahkemelerini göstermesi, milletlerarası özel hukuk ve usul hukukunda kabul edilmemiştir. HMK madde 19/f.3'te yer alan; “mahkeme, yetkisizlik kararında yetkili mahkemeyi de gösterir” kuralı, milletlerarası özel hukukta uygulama alanı bulmaz. Zira yetki usule ilişkin olduğundan; her ülke, kendi hukuk kurallarına diğer bir ifadeyle *lex forisine* göre kendi mahkemelerinin yetkisini tayin etme hakkı haizdir⁶²⁷. Farklı hukuk sistemlerinde; yabancı mahkemelerin birbiriyle olan ilişkileri, karşılıklı nezaket çerçevesinde ve birbirine müdahale etmeme şeklinde gelişmiştir. Dolayısıyla kendisini yetkisiz gören bir Türk mahkemesinin; yabancı bir mahkemenin yetkili olduğuna karar vermesi bile kabul edilmemişken, örneğin bir yabancı mahkemenin yetkisiz olduğundan hareketle doğrudan bu yabancı mahkemeye yönelik davayı görme yasağı uygulaması elbette yerinde ve mantıklı olmayacaktır. Aynı şekilde bir mahkeme veyahut hakem heyetinin; yatırım tahkimi haricinde, doğrudan bir devlete müdahale etmesi elbette doğru olmayacaktır. Benzer şekilde Türk mahkemelerinin yetkili olduğuna bile karar vermemesi gereken bir Alman mahkemesinin; tahkim sözleşmesi olsun veya olmasın Türk mahkemesinin yetkisizliğine karar vermesi ve mahkemeyi yargılamadan men etmesi mümkün olmadığı gibi, bu yönde alınan bir karar da elbette Türk mahkemelerini bağlamayacaktır. Zira Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi; MÖHUK madde 40 ve devamındaki hükümlerle yani *lex forinin* bir parçası olarak, yetkiye dair Türk hukuku hükümleri ile tespit edilmektedir. Bu nedenle dava açma yasakları kabul edildiğinde; Türk mahkemeleri tarafından, yabancı mahkemelere müdahale edilebileceği endişesi kanımızca yersizdir. Benzer şekilde yabancı mahkemeler veya hakemlerce verilen ve muhatap tarafın; Türk mahkemelerinde dava açmamasını veyahut açılmış davadan vazgeçmesini öngören tedbirlerin de, Türk mahkemelerine karşı verildiği iddiası da dayanaktan yoksun olacaktır.

Doktrinde; tarafın gitmekten men edildiği devlet mahkemesinin, doğrudan olmasa da “dolaylı” şekilde etkilendiği görüşü de ileri sürülmektedir⁶²⁸. Tarafın; dava açmamasının veya açılmış davaya devam etmemesinin istenmesi, dolaylı yoldan mahkemeyi de etkileyecektir. Ancak sonuç itibarıyla; tarafın, kendi hür iradesiyle söz konusu mahkemede dava açmamaya veya açılmış davadan vazgeçmeye karar

⁶²⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 543 vd.; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 133 vd.; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 470 vd.

⁶²⁸ Born, **Cases and Materials**, s. 332; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 512; Ekşi, **Lex Mercatoria**, s. 152.

vermesi durumu söz konusudur. Dava önceden Türk mahkemesinde açılmışsa ve davaya devam edilmemesi yönünde ihlal eden taraf aleyhine tedbir kararına hükmedilmişse; bu durumda dava açma yasağı konusunda tarafın önünde iki seçeneğin olduğu söylenebilir: Taraf; ya dava açma yasağı tedbirine uymayarak davaya devam edecek ya da tedbire uymayı seçerek, Türk mahkemesi önündeki davaya devam etmeme kararı verecektir. Dava açma yasağına uymayı seçen tarafın ise, önünde iki seçenek olduğu söylenebilir: Açılmış davadan *feragat* etme veya davanın geri alınması.

Dava açma yasağına gerçekten de uymak isteyen taraf; kanımızca iyi niyete uygun şekilde, açılmış davadan *feragat* etmelidir. Zira yukarıda da açıklandığı ve Yargıtay kararlarında da vurgulandığı üzere feragat; davaya son veren bir işlemdir ve feragat eden davacı, dava dilekçesinin talep sonucu bölümüne konu ettiği haktan tamamen vazgeçmiş olur⁶²⁹. Diğer bir ifadeyle *feragat*; HMK madde 307 uyarınca davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi usulüdür. Oysaki *davanın geri alınması*; karşı tarafın kabulüne bağlı olarak HMK madde 123 uyarınca hüküm kesinleşinceye dek yapılır ve aynı konuda, tekrar dava açılması hakkının saklı tutulduğu anlamına gelir. Tahkim yargılaması esnasında; davadan feragat ettiğini bildiren ve fakat esasında davadan geri çekilmiş olan davalı, aslında tahkim lehine iradesini samimi bir biçimde kanımızca ortaya koymamaktadır. Zira taraf dilediği zaman; aynı konuda Türk mahkemeleri önünde yeniden dava açabilecektir.

⁶²⁹ Hukuk Genel Kurulu E. 2005/11-242 K. 2005/249 T. 13.4.2005; ayrıca bkz. T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2016/10704 K. 2017/7248 T. 14.12.2017:

“...Sigorta A.Ş. vekili 08.08.2017 tarihli dilekçesiyle asıl davadan feragat ettiğini bildirmiştir. Davacı ... Sigorta A.Ş. tarafından verilen dosyada mevcut vekaletname incelendiğinde vekile davadan feragat etme yetkisinin tanınmış olduğu görülmüştür. *Davadan feragat, davaya son veren taraf işlemidir. Hüküm kesinleşinceye kadar davadan feragat mümkündür.* Bu durum karşısında, asıl davada davacı ... Sigorta A.Ş. vekilinin davadan feragat dilekçesinin mahkemece değerlendirilip, sonucuna göre bir karar verilebilmesi için Dairemizin 29.03.2016 tarih 2015/7926 Esas-2016/3438 Karar sayılı ilamının asıl dava yönünden kaldırılarak asıl davaya yönelik hükmün yukarıda açıklanan sebeple bozulmasına karar vermek gerekmiştir...”

Bu noktada, şu soru akla gelebilir: Türkiye’deki davadan feragat ederek tahkime devam eden davalının bu işlemi; nihai hakem kararının tanınması-tenfizi aşamasında “tahkimdeki talep hakkından” da vazgeçtiği şeklinde yorumlanabilecek midir? Bu soru özellikle de davalının, yine de tahkim davasını kazanması durumunda daha da önem kazanacaktır. Bu soruya olumlu cevap vermek güçtür zira gerek revizyon yasağı gerek tahkim-mahkeme bağımsızlığı bakımından, eskiden yapılan feragat işleminin tahkim sonucunda elde edilen karara da sirayet etmesi kanımızca doğru olmayacaktır. Çoğunlukla tahkim davalısının; tahkim şartı veya sözleşmesine rağmen devlet mahkemesinde dava açacağı da nazara alındığında davalı, mahkeme önündeki talebinden feragat edip tahkim yargılamasına devam ettiğinde bir problem olmayacaktır. Tanıma-tenfiz aşamasında ise; Türk mahkemesinin, önceki feragat işlemi ile hakem kararı hükmünü karşılaştırması zor olacaktır.

Davayı geri almak isteyen kişinin; zaten HMK madde 123 gereği karşı tarafın da muvafakatini alması gerektiği ve bu nedenle tahkim sözleşmesini ihlal eden bir Türk tarafın zaten *feragat* dışında, başka seçeneğinin olmayacağı ileri sürülebilir. Ancak kanımızca bu yaklaşım; doğru olmakla beraber eksiktir zira tahkimde dava açan taraf yabancı ise, Türk usul hukukunu bilmeyebilir ve artık Türkiye’de dava açılmayacağını düşünebilir. Türkiye’deki paralel davanın engellenmesi için avukat yardımıyla faydalanmasına rağmen; davanın geri çekilmesine dönük muvafakat önerisine, kararlaştırılan tahkime devam etmek amacıyla yabancı davacı sıcak bakabilir. Bu durumda tahkim esnasında bir problem çıktığında devam etmek istemeyen veya tahkim gidişatını beğenmeyen davalı; önceden vazgeçmiş olmasına rağmen, aynı konuda davayı Türkiye’de yeniden ikame edebilecektir. Bu nedenle kanımızca dava açma yasağına uyacağını söyleyen ve Türkiye’de açmış olduğu davayı sonlandırmak isteyen tarafın; HMK madde 309/f.2 uyarınca hiçbir kabule bağlı olmayan “davadan feragat” hakkını kullanması sağlanmalıdır. HMK madde 309/f.1 uyarınca; yargılama esnasında sözlü şekilde ya da dilekçeyle yapılan feragat sonucu HMK madde 311 kapsamında “kesin hüküm gibi” sonuç doğuran mahkeme kararının, gerektiğinde tercümesi de yapılarak tahkim dosyasına eklenmesi daha doğru bir uygulama olacaktır. Böylece sürekli yeniden davanın açılacağı endişesi ortadan kalkmış olacaktır gibi; tarafın, kötü niyetli şekilde tahkim sözleşmesini yeniden ihlali de önlenmiş olacaktır. Üstelik dava açma hakkı; doğmuş ve kullanılmakta olduğundan, doğmamış dava hakkından önceden feragat sorunu da söz konusu olmayacaktır.

Devlet mahkemesi yargılamasından alınacak feragat dair bu tür bir belge; tahkimi bir şekilde beğenmeyen tarafın, yıpratıcı şekilde sürekli *forum shopping* yapmasına engel olacak ve mahkemelerin aslında yok yere işgal edilmesinin de önüne geçmiş olacaktır. Tahkimde ihlalde bulunan tarafın; feragat etmesi sağlandıktan sonra yani dava açma yasağına kendi iradesiyle uyduktan sonra, sonradan Anayasaya aykırılık iddiasına dayanamayacağını yukarıda belirttik. Tekrar belirtelim ki ister davadan feragat ister davanın geri alınması suretiyle olsun; dava açma yasağına uyan veya uyulması istenen taraf, dava açma yasağının asıl muhatabıdır. Hatta feragat aşamasında bile; doğrudan veya dolaylı şekilde, mahkemeye emir verildiği eleştirisine katılmak mümkün değildir. Elbette Anayasa’da düzenlenmiş olan bir hususun doğrudan veya dolaylı şekilde ihlal edildiği şüphesi bile kanımızca önemlidir zira aşağıdaki değerlendirmemizde de

görülebileceği üzere; asıl mesele, genellikle hakem kararının iptali ile tanınması ve tenfizi davalarında ileri sürülen ve Anayasa'ya aykırılık iddiasını da içeren muhtemel “kamu düzeninin ihlal edildiği” engelidir.

3. Kamu Düzeninin İhlali

a) Tartışma

Taraflardan birinin mahkemeye başvurmasını engelleyen dava açma yasakları, Anayasa açısından meşru bir sınırlandırma olarak kabul edilebilir mi? Anayasa madde 36 ve madde 138/f.2 uyarınca, dava açma yasakları ne tür yaptırımlarla karşılaşabilecektir? Dava açma yasağına uyan taraf; aleyhine tahkim kararı verildikten sonra örneğin hakem kararının iptali veya tenfizi aşamasında, Anayasal haklarının ihlalini gerekçe göstererek kamu düzenine aykırılığa dayanabilecek midir? Daha genel bir ifadeyle; taraflardan birinin tahkim sözleşmesi gerekçesiyle yabancı forumdaki ve özellikle de Türkiye’deki davadan men edilmesi, kamu düzenine aykırı mıdır?

Yukarıda detaylıca tartıştığımız üzere dava açma yasaklarının Anayasaya aykırı olacağı endişesi yersizdir. Yine de anayasaya aykırılık dâhil temel ahlaka, genel adaba ve başkaca değerlere aykırılıkları da içerecek şekilde geniş tanımlanan *kamu düzeni* kavramı açısından dava açma yasaklarını ayrıca ele almakta yarar vardır. Türk kamu düzeni; bazen kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasını, bazen yabancı hakem veya mahkeme kararının Türkiye’de tanınması ile tenfizini engelleyebilmektedir. Mahkemece re’sen tespit edilmek suretiyle; Türk kamu düzenine aykırılık, ayrıca milli hakem kararlarının iptaline de sebep verebilmektedir. Belirtmek gerekir ki bir husus; Anayasaya aykırı olmamakla beraber, *Türk kamu düzenine aykırılık* engeline takılabilir. Örneğin eşcinsel evliliği konu alan ve kesinleşmiş bir yabancı mahkeme kararı; açıkça Anayasamıza aykırı olmamakla beraber, genel ahlak ve toplum değerlerine aykırı olduğu ya da Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle Türkiye’de tanınıp tenfiz edilememektedir⁶³⁰. Dolayısıyla yabancıların milli hukukları müsaade etse bile

⁶³⁰ Uygulanacak hukuk bakımından da MÖHUK madde 5 kapsamında; aynı cinste olmanın, “çift taraflı evlilik engeli” sayılacağı hakkında bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 231; tek taraflı-çift taraflı ayrımı yerine, doğrudan kamu düzeni uyarınca meseleyi ele alan görüş için bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 127-128; kamu düzeninin bu “olumsuz” işlevi hakkında bkz. Tekinalp/Uyanık, **a.g.e.**, s. 43; *Common Law* sistemindeki kamu düzeni kavramının, Kıta Avrupası ülkelerine nazaran daha “dar” yorumlandığı hakkında bkz. Nomer **Devletler Hususi**, s.166; yabancı karara uygulanan kanun Türk kamu düzenine aykırı olmadığı halde, bu kanunun uygulanması sonucu elde edilen hükmün kamu düzenine aykırı olabileceği konusunda bkz.

Türk hukukunda buna izin verilmemektedir zira MK'da yer alan kadın ile erkek arasında evliliğin yapılması zorunluluğu; Türk kamu düzeni ve ahlak anlayışına dair temel bir düzenleme olup, bu tür bir evliliği engelleyebilmektedir.

Dava açma yasaklarının; Anayasayı ihlal ettiği, devlet egemenliğini zedelediği, Türk vatandaşlarının yargılanma hakkının ihlal edildiği, temel ahlaka aykırı sonuçlar doğurduğu gibi gerekçelerle Türk kamu düzenini ihlal ettiği görüşü ileri sürülebilir. Bu endişeyi neden haklı bulmadığımızı, aşağıdaki değerlendirmemizde gerekçelendireceğiz. Bu husus ayrı bir değerlendirmeyi hak etmektedir zira kamu düzeni (*public order*) istisnası; gerek yabancı hukukun uygulanmasında gerek kesinleşmiş yabancı mahkeme ile hakem kararlarının tanınması-tenfizi sürecinde gerekse yabancı hakem kararının iptalinde, karşımıza çıkabilen bir savunmadır. Dava açma yasaklarının kamu düzenini ihlal ettiği sonucuna ulaşılsa; milletlerarası tahkimde pek çok kararın, tanınması ile tenfizinin engellenmesi veya iptali söz konusu olabilecektir.

Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 722 vd. Çeşitli Yargıtay kararlarında da MÖHUK madde 54/c kapsamında, kamu düzeni birçok mesele bakımından ele alınmaktadır:

T.C. YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ E. 2017/2899 K. 2017/11513 T. 26.9.2017:

“...Münhasır (kesin) yetki kuralları dava konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulan ve bunu temin eden kurallardır. *Bu kuralların temel dayanağı kamu düzenidir. Türk hukukunun temel değerleri, Türk genel adap ve ahlak anlayışı, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışı ve genel siyaseti, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler milletlerarası alanda geçerli ortak prensipler ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallar, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensipleri, toplumun medeniyet seviyesi, siyasi ve ekonomik rejim ile insan hak ve özgürlükleri milli hukukumuzdaki kamu düzeninin dayanağını oluşturmaktadır. Kamu düzeni tarafların uymak zorunda oldukları kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kuralların bütünü olarak anlaşılmaktadır.*

5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 54/c maddesinde, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması hali tenfiz şartları içinde sayılmıştır. Buna göre yabancı mahkeme kararının verilmesinde uygulanan hukuk ve bunun hangi ölçütlere göre uygulandığı değil yabancı kararın Türkiye’de icra edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmeyeceğinin araştırılması gerekir. Anılan maddede yer alan “Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması” ifadesinden yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenemeyeceği, sadece hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukuki sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı mahkeme kararının tenfizinin reddedileceği sonucuna varılmalıdır. Esasa uygulanan hukukun Türk Hukukundan farklı bulunması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi sebeplerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. (YİBGK 10.02.2012 gün 2010/1 esas 2012/1) Burada esas alınması gereken kıstas milli hukukumuzun kamu düzeninin dayanağını oluşturan ve yukarda açıklanan hususlardır. Türk hukukunda, kamu düzenine dair yetki kurallarından bazıları münhasır yetki hükmüdür. Münhasır yetki kuralları devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümlerlik haklarının kullanmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır. Burada önemli olan Türk Hukukundaki kamu düzenine dair her yetki kuralının münhasır bir yetki kuralı olmamasıdır. Yetki kuralının münhasır yetki hükmü getirmiş olup olmadığı, yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle belirlenebilir. Münhasır yetki kuralı o maddenin ifadesinden, konuluş amacından ve yabancı unsurlu davaların özellikleri nazara alınarak tayin edilir...”

b) Değerlendirmemiz

Milletlerarası tahkime ilişkin gerek yerel gerek milletlerarası düzenlemelerde; hem iptal sebebi hem de tanıma-tenfiz engeli olarak “kamu düzenini” (*public order*) göstermek mümkündür. Kamu düzeni; MÖHUK madde 5 uyarınca yabancı hukukun uygulanmasına engel olabileceği gibi, MÖHUK madde 54/c uyarınca da yabancı mahkeme kararının tanınması ile tenfizine engel olabilmektedir. Kamu düzeni engeli ayrıca; NYS madde V/f.2-b uyarınca yabancı hakem kararının tanınması-tenfizine engel olabileceği gibi, MÖHUK madde 62/f.1-b uyarınca da yabancı hakem kararının tanınması-tenfizine engel olabilmektedir.

“Kamu düzeni” kavramının hassas bir şekilde irdelenmesi esastır zira kamu düzeni; “muğlâk” bir kavram olup, zamanla ve toplumdan topluma değişiklik gösterebilmektedir⁶³¹. Diğer bir ifadeyle yeryüzünde mevcut ülke sayısı kadar farklı kamu düzeninin olduğu ileri sürülebilir⁶³². Kamu düzeni kavramından ne anlaşılabileceği veya kapsamının ne olacağı hususu ise, tanıma-tenfiz veyahut iptal davasının görüldüğü mahkeme tarafından tespit edilecektir. Bu nedenle Türkiye’de icra edilmek istenen bir hakem karara karşı kaybeden taraf; kararın alınması aşamasında “kendisi aleyhinde Türk mahkemelerine gitmeme” yönünde karar verildiğini ileri sürerek, Türk kamu düzeninin ihlal edildiğini ileri sürebilecektir. Ya da bu tür hususlar kamu düzeninden kabul edilerek, mahkemece re’sen de dikkate alınabilir. Belirtildiği üzere; kamu düzeninin kapsamına, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılıklar da girmektedir⁶³³. Yargıtay kararlarında da Anayasa ile bağlantılı tanımlar yapıldığı görülmektedir. 2012 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu (“YİBK”) kararında kamu düzeni kavramı; “niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor her bir somut olaya göre değişiklik gösteren” ve gelişen hukuk sistemlerinde bile genel tanımı olmamasına rağmen kısaca “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü” olarak tanımlanmıştır. Aynı kararda kamu düzeninin çerçevesi; “Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel

⁶³¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 148-153, s. 722; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 80 vd.; Tekinalp/Uyanık, **a.g.e.**, s. 42-44; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 164-165

⁶³² Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 475.

⁶³³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 152-153; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 72 vd.; Tekinalp/Uyanık, **a.g.e.**, s. 42-44; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 164-165.

adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, *Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, ...e aykırılık*” olarak çizilmiştir⁶³⁴.

Bu açıdan mesele ele alındığında; vatandaşların Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran veya dolaylı bir şekilde Türk mahkemesinin yargılamasına müdahale edildiği kuşkusu uyandıran dava açma yasağı tedbirinden dolayı, “kamu düzenine aykırılık” gerekçe gösterilerek yabancı hakem kararının iptal edilebileceği veya icra edilemeyeceği ileri sürülebilir. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir zira bu tür bir çıkarım; hem milletlerarası özel hukuktaki “kamu düzeninin daha dar yorumlanması gerekliliği”, hem de kendi rızasıyla dava açma yasağına uyan tarafın bunu ileriki safhalarda kötü niyetli ileri sürememesi prensibini ihlal edecektir. Ayrıca dava açma yasağının çoğu zaman; tahkim sözleşmesini kötü niyetli şekilde ihlal eden tarafa dönük verildiği de nazara alındığında bu tür bir yorum, davalının kötü niyetinin korunması ve tahkim kararının etkisinin azaltılmasına da sebebiyet verecektir.

2012 tarihli YİBK kararında da vurgulandığı üzere, “Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde” ortaya çıkacaktır. Fakat her emredici hükmün ihlali halinin veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı olduğunu söylemek olanaklı değildir⁶³⁵. Diğer bir ifade ile Anayasa’da veya başka bir kanunda yer alan ve iç hukukumuz uyarınca da “emredici” kabul edilen bir hükmün ihlalini doğuracak şekilde verilmiş bir yabancı karar da, pekâlâ icraya konu olabilir veya tanınabilir. Kamu düzeni istisnasının; milletlerarası özel hukukta iç hukuka nazaran daha da dar yorumlanması ve yabancı kararın hüküm fıkrasında başka bir kesin hükümle

⁶³⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, E. 2010/1 K. 2012/1:

“...Diğer bir deyişle kendi usul hukuk hükümleri uyarınca, Türk usul hukuku anlamında, gerekçesi bulunmayan yabancı mahkeme ilamlarının gerekçesizliği salt bu sebepten dolayı tenfize engel bir sebep olarak ileri sürülemez. Ancak kararın *Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel ahlak ve adab anlayışına, temel adalet anlayışına, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli olan prensiplere özel hukuka ilişkin hüsnüniyet kurallarına, Türk Devletin siyasi rejimine, toplumun ekonomik yapısının temelinden sarsacak olan değerlendirmeye, temel insan haklarına, adalet anlayışına aykırılıklar*, kamu düzenine aykırılık olarak kabul edileceğinden, yabancı mahkeme ilamının hüküm fıkrasının uygulanmasıyla, şu sonuçları doğuracak yabancı mahkeme kararlarının tenfizi olanaklı değildir...”

⁶³⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, E. 2010/1 K. 2012/1:

“...Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat *her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırılığını söylemek olanaklı değildir.*

...

Ancak burada, her emredici kuralın, Anayasa kuralı dahi olsa, “temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir kural olmadıkça” yabancı hukukların uygulanmasında ve dikkate alınmasında Türk Kamu Düzeninin müdahalesini gerektirmeyeceğinin de kamu düzenine ilişkin bilinen bir prensip olduğunu hatırlamak gerekir...”

çelişme⁶³⁶, rüşvet, ırkçılık vb. hususların yer alması gibi istisnai sebeplerle sınırlandırılması gerektiği görüşü doktrinde ileri sürülmektedir. Ülkede hâkim olan temel hukuki ve ahlaki ilkelerle sıkı sıkıya bağlı olan mahkemeler ile “uluslararası ticarete hâkim olan ilkelerle bağlı olan” hakemleri aynı kefiye koyup, kamu düzenine eşit düzeyde bağlılık beklemek yanlış olacaktır⁶³⁷. Bu nedenle iç hukuktaki emredici bir hükme aykırılık; kamu düzenine aykırılık anlamına gelebilirse de, bu aykırılık milletlerarası özel hukuk alanında kamu düzenine aykırılık olarak yorumlanmayabilecektir. Bu nedenle Anayasada düzenlenmiş olan hak arama hürriyetinin ve mahkemelerin bağımsızlığının; tahkim sürecinde verilen bir dava açma yasağı tedbiriyle ihlal edildiği ileri sürülerek, “kamu düzenine aykırılık” istisnasının ileri sürülmesi kabul edilmemelidir. Benzer iddiayı, aşağıda hakem kararlarının tanınması-tenfizi ile iptalleri bakımından da değerlendireceğiz.

2012 tarihli YİBK kararı, kanımızca bu konuda da yol göstericidir. Zira YİBK kararına konu olan uyuşmazlık; “yabancı mahkeme kararının gerekçesiz olmasının, MÖHUK madde 54/c uyarınca kamu düzenine aykırı sayılıp sayılmayacağı” noktasındadır. Bu tartışmaya nokta koyan kararın konumuz açısından da oldukça önemli olmasının sebebi; tartışmaya konu aykırılığın, Anayasa’da açıkça düzenlenmiş bir husus olmasıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 141/f.3 uyarınca, “bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır”. YİBK kararı ise; Türk mahkemelerindeki davalarda duruşmalara ilişkin yargılama kurallarını tespit eden bu maddedeki “bütün mahkemeler” ibaresine, yabancı mahkemelerin dâhil edilemeyeceğini haklı bir biçimde vurgulamıştır⁶³⁸. YİBK kararında böylece; yabancı mahkeme kararının gerekçeli olmamasının, Anayasa’ya ve dolayısıyla da Türk kamu düzenine aykırı kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu karardan da anlaşıldığı üzere; her emredici kuralın, *Anayasa kuralı dahi olsa*, ihlalinin Türk kamu düzeni engeli gerekçesiyle müdahaleyi gerektirmeyeceği dikkate alınmalıdır. Kanımızca YİBK kararında; adil yargılanmanın bir gereği ve

⁶³⁶ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 730 vd.; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 171-180; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 477-478.

⁶³⁷ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 475.

⁶³⁸ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, E. 2010/1 K. 2012/1:

“...Türkiye Cumhuriyeti Anayasası “Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır” ilkesini benimsemiştir (m.141/3). Türk Mahkemelerindeki davalarda duruşmalara ilişkin yargılama kurallarını tespit eden 141. maddenin, her türlü kararlarda gerekçe bulunmasını emreden hükmünde yer alan “Bütün mahkemeler” kavramına, yabancı mahkemelerin de dahil olduğunu söylemek olanaksızdır...”

Anayasal bir zorunluluk olan “gerekçeli karar” hükmünün ihlali bile tek başına kamu düzeni istisnasına takılmamışken, tarafın kendi hür iradesi ile mahkemeye gitmeme yönündeki tedbire uyması da Anayasa madde 36 bahane edilerek kamu düzeni istisnasını harekete geçirmeyi gerektirmeyecektir. “Kararın gerekçeli olması” gibi adil yargılanmanın gereği olan *açık* bir Anayasal düzenlemenin ihlali bile; kamu düzenine aykırı görülmemişken, sırf ihlalde bulunan tarafa dönük verilen dava açma yasağını maddeleri genişçe yorumlayarak Anayasa’ya aykırılığa ve böylece kamu düzeni istisnasına almak kanımızca doğru olmayacaktır. Yukarıda ele alındığı üzere; Türk hukukunda HMK madde 398’e göre, “emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimsenin bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi” ile cezalandırılabilceği de kanunen açıkça düzenlenmiştir. Bir an için Türk hukukunda dava açma yasaklarının açıkça kabul edildiği varsayıldığında; bir Türk mahkemesinin geçerli tahkim sözleşmesine dayanarak davalı tarafa yönelik dava açma yasağı tedbiri vermesi ve buna uymayan davalı tarafın, yukarıda ele alınan HMK madde 398’e göre “cezalandırılması” da kanımızca Anayasa’ya aykırı kabul edilmeyecektir. Benzer şekilde dava açma yasağının niteliğine uygun şekilde belirlenen başka yaptırımlar da pekâlâ uygulanabilecektir.

Kaldı ki milletlerarası tahkim hukukunda; geçici hukuki koruma tedbiri kararları verme yetkisi açıkça kabul edilmiş olan hakemler, tarafların kendi hür iradeleriyle seçtikleri tahkimi koruyucu ve etkinleştirici bir tedbir olarak dava açma yasağı kararını vermek suretiyle ihlalde bulunan tarafı ikna etmeye çalışabilirler. Tahkim sözleşmesini ihlal eden taraf; kendi iradesiyle bu tedbire uyup sonradan yabancı hakem kararının Türkiye’de icrası aşamasında veya MTK uyarınca verilmiş bir kararın iptali aşamasında, “anayasal hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek” kamu düzenine dayanmamalıdır. Aksi görüşü ileri sürmek; tarafın kötü niyetli “bekleyip-görelim” şeklindeki yaklaşımını, mahkeme kanalıyla ödüllendirmek olur. Unutulmamalıdır ki tahkimin oldukça geliştiği günümüzde mahkemeden beklenen; tahkimde kaybeden tarafın “mahkeme yolu ile davayı uzatması ve haklı olduğu hakemlerce tespit edilen tarafın hakkının sürüncemede kalmasına yardım etmek değil”, tersine etkin bir tahkim yargılamasının inşası için bu tür kötü niyetli yaklaşımları engellemek ve tahkime bağlılığı güçlendirmek olmalıdır⁶³⁹.

⁶³⁹ Çelikel/Erdem, *a.g.e.*, s. 793.

4. Dava Açma Yasaklarının Tanınması-Tenfizi Problemi

a) Genel Olarak

Yukarıda çeşitli yerlerde vurgulandığı üzere; dava açma yasakları, Türk hukuku bakımından eda amaçlı geçici hukuki korumaların bir türü olarak vasıflandırılmalıdır. Dolayısıyla ister bir mahkeme tarafından, ister bir hakem veya hakem heyeti tarafından verilmiş olsunlar; dava açma yasağı kararları, nitelikleri itibarıyla bir geçici hukuki koruma türüdürler. Hakem tarafından verilen tedbir kararları ile mahkemeler tarafından tedbir kararları arasındaki temel fark ise; mahkemelerin “zorlayıcı” nitelikte tedbir kararı verebilecekken, hakemlerin kural olarak “zorlayıcı” nitelikte tedbirlere hükmedememeleri ve tarafların ihtiyari kabulünün gerekmesidir.

Hakem veya hakem heyeti; tarafların veya üçüncü kişilerin verilen tedbir kararına uymalarını sağlamak istiyorsa, devlet mahkemesinden yardım isteyebilmektedir. Mahkemelerin; bu yardımcı ve tahkimi etkinleştirmeye dönük yapıcı rolü, hem iç tahkim, hem de milletlerarası tahkim düzenlemelerinde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin HMK madde 414/f.2’ye göre; “mahkeme hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının, geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine” karar verecektir. Tarafın talebi üzerine mahkemece verilecek bu tür bir “icra edilebilirlik kararının”; hakemce verilmiş olan tedbir kararına, üçüncü kişilere karşı bile zorlayıcı etkisi olan bir karar niteliği kazandıracağı aşikârdır. Fakat salt hakemler tarafından verilen dava açma yasaklarının; tıpkı hakemlerce verilen ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz, malvarlığını dondurma gibi geçici koruma tedbirlerinde de olduğu gibi tahkim sözleşmesine taraf olan kişiler üzerinde bile doğrudan “zorlayıcı” bir etkileri yoktur. Örneğin hakem heyetinin makul gerekçelerle davalı hakkında “malvarlığını dava sonuna dek dondurması” veya “yeterli miktar parayı bloke etmesi” yönünde tedbir kararı vermesi halinde; muhatap taraf, tamamen kendi iradesi ile ya bu emri kabul edecek ya da uymayı reddedecektir. Hakem heyetinin bu yönde verilmiş kararları, banka ile sigorta şirketleri gibi üçüncü kişi konumundaki kişileri de kural olarak bağlamayacaktır. Oysaki aynı kararın Türk mahkemesi tarafından verilmesi halinde; taraflar ile üçüncü kişiler bu tedbirlere uymakla yükümlüdürler, aksi halde

uymamanın hukuki sonuçlarına⁶⁴⁰ katlanmak zorunda kalacaklardır. Ayrıca icra memuru ile kolluk kuvvetleri yardımıyla tedbirin yerine getirilmesi imkânı; mahkeme kararlarına uymamanın, doğal bir hukuki sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tahkim yargılaması ile mahkeme yargılaması aşamalarında verilen tedbirler arasındaki bu niteliksel farklılık yani zorlayıcılık faktörünün eksikliği, dava açma yasaklarına karşı önyargının oluşmasına neden olabilmektedir. Dava açma yasağının “tedbir” niteliği olduğu vurgulanarak, bu konunun düzenlenmesinin gerekmediği veya bu kararların başka ülkelerde etki doğuramayacakları ileri sürülebilir. Kanımızca bu endişeler ve eleştiriler yersizdir zira milletlerarası tahkimde sıklıkla kullanılmakta olan ve Fransa’da bile yüksek mahkeme kararlarına konu olarak kabul görmüş bir geçici hukuki koruma türünün; sırf “tedbir” niteliğinde olduğu vurgulanarak, etkisiz olacağının savunulması doğru değildir. Üstelik NYS (1958) kapsamında bazı mahkemelerin, dava açma yasağı tedbirlerini de tanıyıp tenfiz ettikleri aşağıda ele alınacak kararlarla da sabittir. Hakem tedbir kararlarının tanınması ile tenfizi tartışmalı hususunun, UNCITRAL Model Kanunu (2006)’da açıkça düzelenmiş olması da oldukça önemli bir gelişmedir.

Aslında “hakemler tarafından verilen dava açma yasaklarının icra edilebilirliği sorunu”, daha genel bir sorun olan “hakemlerce verilen geçici hukuki koruma kararlarının icrası” sorununun bir alt kümesidir. Zira dava açma yasakları da, geçici hukuki korumaların bir türüdürler. Aşağıda bu konu hakkında değerlendirmemizi yaparken, öncelikle yabancı hukukta hakemlerce verilen tedbir kararlarının icra edilebilirliğine ilişkin genel görüşler ile kararları nazara alacağız.

⁶⁴⁰ Buradaki yaptırımın, “cezaî” olduğu doktrinde vurgulanmaktadır. Ancak ihtiyati tedbir dışındaki diğer geçici hukuki korumalara uyulmaması halinde, ceza hukukundaki “kıyas yasağı” nedeniyle bu hüküm uygulanmayacaktır. Konu hakkında detaylı analiz için bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 174 vd.; ayrıca bkz. Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **a.g.e.**, s. 631-632; “disiplin hapsi” nitelemesi için bkz. Kuru, **a.g.e.**, s. 640-641.

HMK’nın ilgili hükmü şöyledir:

Tedbire muhalefetin cezası MADDE 398- (1):

“ İhtiyati 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.”

b) Hakemlerce Verilen Geçici Hukuki Korumaların Tanınması ve Tenfizi

i. Genel Olarak

Yukarıda Birinci Bölüm’de ele alındığı üzere; dava açma yasakları sadece hakemler tarafından değil, İngiltere başta olmak üzere birçok ülkede devlet mahkemeleri tarafından da verilmektedir. Bir devlet mahkemesi tarafından tahkim lehine verilen tedbirler ile yine mahkeme tarafından verilen diğer ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı gibi tedbirler arasında etki bakımından kural olarak bir fark yoktur. Tüm bu kararlar; şartları farklı olmakla beraber, devlet mahkemesi tarafından verilen ve zorlayıcı etkisi mevcut olan geçici hukuki korumalardır. Dolayısıyla mahkeme tarafından verilen dava açma yasaklarının icrası, tedbir kararını veren mahkemenin bulunduğu ülkede zaten sorun olmayacaktır. Ancak ister bir mahkeme ister bir hakem heyeti tarafından verilmiş olsun; dava açma yasağı, diğer ülkelerde kendiliğinden etki doğurmaz veyahut icrai etkiyi haiz olmaz. Bu nedenle milletlerarası tahkimde; verilen bir dava açma yasağı tedbirinin yabancı ülkede etki doğurması için, tanınması ile tenfizinin mümkün olup olmadığı önem kazanmaktadır.

Aslında “hakemler tarafından verilen dava açma yasaklarının icra edilebilirliği” sorunu, daha genel bir sorun olan “hakem tedbir kararlarının icrası” sorununun bir parçasıdır. Gücünü egemen bir devletten alan devlet mahkemelerince verilen dava açma yasaklarının; yabancı bir ülkede etki doğurup doğurmayacağı problemi de benzer şekilde, daha üst başlık olan devlet mahkemelerince verilen geçici nitelikteki tedbirlerin başka ülkede nasıl karşılanacağı sorusu ile ilintilidir. Ancak çalışmamızın bu kısmında; daha çok milletlerarası tahkimde öne çıkan düzenlemeler bakımından *hakemlerce* verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin tanınması ile tenfizi meselesini ortaya koyacak, mahkemeler tarafından verilen dava açma yasaklarının tanınması ile tenfizini konu alan kararlara ise ilgili oldukları ölçüde değineceğiz.

Milletlerarası ticari tahkimde hakemlerce verilen nihai bir kararın; yabancı bir ülkede etki doğurması için, bu ülkede yabancı hakem kararının tanınması veyahut tenfizi istenmelidir⁶⁴¹. Milletlerarası yatırım uyuşmazlıklarında ise; verilen ve kesinleşen nihai hakem kararı ICSID Konvansiyonu madde 54/f.1 gereği, sanki akit

⁶⁴¹ Türk hakem kararlarının “verilmekle” icra kabiliyeti kazandığı, yabancı hakem kararının tenfizi için ise yetkili mahkemeden tenfiz kararı almanın gerekli olduğu hakkında bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 779; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 182 vd.; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 335 vd.; Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 85 vd.; Akıncı, **Tenfiz**, s. 95-99; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 795-796. Aşağıda Türk hukuku bakımından; hakem tedbir kararlarının tanınip-tenfiz edilebilirliği, ayrıca detaylıca incelenecektir.

tenfiz ülkesinde verilmiş bir milli hakem kararı gibi yerel usul hukuku kurallarına göre *exequator* kararıyla icra edilecektir⁶⁴². Nihai hakem kararlarında bile mahkeme müdahalesi gerekliken ve çeşitli sınırlandırmalara tabi tutulmuşken, kural olarak geçici niteliği haiz hakem tedbir kararlarının tanınması ile tenfizi sorununa daha temkinli yaklaşmak gerekir. Belirttiğimiz üzere; “hakemlerce verilen dava açma yasaklarının tenfizi mümkün müdür” sorusu aslında, “hakemlerce verilen geçici hukuki koruma önlemlerinin tenfizi mümkün müdür” ana sorusunun içinde değerlendirilmelidir. Hakemlerce verilen tedbir kararlarının tahkim yerinde ya da başka ülkede icrasının nasıl olacağı sorunu, milletlerarası tahkimde gerek uygulamada gerek doktrinde hararetle tartışılmıştır. Bu temel soruya ilişkin olarak milletlerarası tahkim düzenlemelerini aşağıda öncelikle inceledikten sonra, dava açma yasaklarının Türkiye’de icra edilebilirliğine dair değerlendirmelerimizi sunacağız.

ii. 2006 Tarihli UNCITRAL Model Kanunu’na Göre Tanıma-Tenfiz

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (*The United Nations Commission on International Trade Law*, kısaca “UNCITRAL”), 1966 yılında BM Genel Kurul tarafından kurulmuştur. Ulusal hukuklar arasındaki farklılıkların milletlerarası ticaretin gelişmesi önünde ciddi engeller oluşturduğunu gören Genel Kurul, bu engellerin aşılması ve azaltılması amacıyla bu önemli komisyonu kurmuştur⁶⁴³. Ulusal hukuklar arasındaki farklılıkları azaltmak ve uluslararası ticaret hukukunun farklı yönlerini ele alan yeknesak düzenlemelere ulaşmak amacıyla UNCITRAL, uluslararası ticaret hukukunun çeşitli alanlarında çalışmalarına başlamıştır.

Çeşitli alanlarda yeknesak şekilde uygulanabilecek düzenlemelere ulaşmak amacıyla hareket eden UNCITRAL; milletlerarası tahkimde de bu amaca erişmek için, yoğun bir çalışma içerisine girmiştir. Bu çalışmaların sonucunda UNCITRAL Tahkim Kuralları (*UNCITRAL Arbitration Rules*); Genel Kurul’un 31/98 numaralı kararıyla, 15 Aralık 1976 tarihinde kabul edilmiştir⁶⁴⁴. UNCITRAL Tahkim Kuralları, 2010 ile 2013 yıllarında değişikliğe uğramış ve yeni ihtiyaçlara göre

⁶⁴² Bu maddenin ICSID Konvansiyonu’nun en önemli maddesi olduğu ve verilen “hakem kararının parasal yükümlülüklerini” de kendi mahkemelerinin ilamı gibi, Türkiye’de ilamlı icraya konu olacağı konusunda bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 810; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 548-549; ayrıca bkz. Akıncı, *Yatırımcılarımızın Korunması*, s. 278 vd.; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 46-47.

⁶⁴³ <http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html> (Erişim, 17.02.2018).

⁶⁴⁴ <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf> (Erişim, 17.02.2018).

güncellenmiştir. UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 2010 tarihli hali⁶⁴⁵ ile 2013 tarihli güncel halinin⁶⁴⁶, *ad hoc* tahkimini tercih edecek kişilerce yapılacak bir atıfla kullanılabilen ve bu tahkim türüne özgü önceden belirlenmiş kurallar bütünü olduğu unutulmamalıdır⁶⁴⁷.

UNCITRAL; *ad hoc* tahkiminin temel metinlerinden olan UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın yanı sıra, milletlerarası tahkim hukukunun bir diğer önemli metnini hazırlamıştır. Birçok ülkenin tahkim kanunlarının da temelini oluşturan Milletlerarası Ticari Tahkim Model Kanunu (*Model Law on International Commercial Arbitration*, kısaca "Model Kanun"); UNCITRAL tarafından, 21 Haziran 1985 tarihinde hazırlanmıştır. Model Kanun'un amacı; tahkime ilişkin ulusal düzenlemelerdeki farklılıkları azaltmak suretiyle, milletlerarası tahkimde yeknesaklığı sağlayacak hukuk kurallarına ulaşılmasını sağlamaktır. Nitekim Genel Kurul; 11 Aralık 1985 tarihli 40/72 sayılı kararında; "milletlerarası ticari tahkiminin temel ihtiyaçlarının ve tahkim usullerine ilişkin arzulan yeknesak bir hukukun karşılanması" amacıyla, tüm ülkelere Model Kanun'u değerlendirme çağrısında bulunmuştur⁶⁴⁸. Bu çağrı karşılık da bulmuştur; zira azımsanmayacak kadar sayıda ülke, milletlerarası tahkime ilişkin bu önemli düzenlemeyi kendi milletlerarası tahkim düzenlemesini yaparken dikkate almış bulunmaktadır.

UNCITRAL'in çalışmalarının "paha biçilemez" olduğu ve gerek Model Kanun gerek UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın; tahkimin geliştirilmesi ve desteklenmesi noktasında, "mihenk taşları" olduğu vurgulanmaktadır⁶⁴⁹. Komisyon'un temel amacının; milletlerarası ticaret hukukunun sürekli değişen ihtiyaçlarının çözümü için

⁶⁴⁵ <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> (Erişim, 17.02.2018).

⁶⁴⁶ <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-e.pdf> (Erişim, 17.02.2018).

⁶⁴⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 5; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 616-617; kurumsallığı olmayan *ad hoc* tahkimin, kurumsal tahkime nazaran daha çok esneklik sağladığı hakkında bkz. Yılmaz, **Yatırım Uyuşmazlıkları**, s. 14-15; Özel, **a.g.e.**, s. 28; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 353; Ataman-Figanmeşe, *Ticari Tahkim*, s. 95; Born, **Cases and Materials**, s. 68-72; Born, **Commercial Arbitration**, s. 168-171; Redfern/ Hunter / Partasides/ Blackaby, **a.g.e.**, s. 41-53.

⁶⁴⁸ <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-explanatoryNote20-9-07.pdf> (Erişim, 17.02.2018).

The General Assembly, in its resolution 40/72 of 11 December 1985, recommended "that all States give due consideration to the Model Law on International Commercial Arbitration, in view of the desirability of uniformity of the law of arbitral procedures and the specific needs of international commercial arbitration practice"

⁶⁴⁹ Sandeep Adhipathi, "Interim Measures in International Commercial Arbitration: Past, Present and Future" (2003), **LLM Thesis, Digital Commons @ Georgia Law**, s. 47; taraflarca düzenlenmeyen konular bakımından, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın büyük önemi haiz oldukları konusunda bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 5.

mümkün olduğunca yeknesak kurallar oluşturmak olduğu göz önüne alındığında, UNCITRAL çalışmalarının sürekli devam eden bir faaliyet olacağı daha rahat anlaşılabacaktır. Nitekim UNCITRAL bünyesinde çeşitli Çalışma Grupları (*Working Groups*) oluşturularak; bu gruplarla değişen ihtiyaçlar tespit edilerek, yetersiz kalabilen önceki kuralların geliştirip yeniden düzenlenmesi hedeflenmiştir. 2000 yılında milletlerarası tahkim alanındaki güncel sorunları araştırmak ve yeni düzenlemeler yapmak amacıyla kurulan UNCITRAL Tahkim Çalışma Grubu (*UNCITRAL Working Group on Arbitration*, kısaca “Çalışma Grubu”) çalışmalarına başlamıştır. Çalışma Grubu’nun yapılacak çalışmalara ilişkin ajandasında, geçici hukuki korumaların tenfizi hususu (*enforceability of interim measures of protection*) da yer almıştır⁶⁵⁰. Ajandaya uygun şekilde toplanan Çalışma Grubu, Viyana’da gerçekleştirilen 20-31 Mart 2000 tarihli toplantı sonucunda detaylı bir rapor hazırlamıştır. Çalışmamızın konusu açısından da oldukça önemli tespitler içeren bu raporda Çalışma Grubu; “uluslararası ticari tahkimde geçici tedbirlerin sıklıkla kullanılmaya başlandığını”, “uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimin etkin kullanımının verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin tenfizine bağlı” olduğunu ve “bazı ülkelerde geçici hukuki korumalara ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmadığını” belirtmiştir⁶⁵¹.

Çalışma Grubu; bu tespitler sonucunda aynı raporunda, hakem heyetince verilen tedbir kararlarının tenfizi hususunda bir yasal rejime ihtiyaç duyulduğu da belirtilmiştir⁶⁵². Çalışma Grubu; bu düzenlemenin içeriğinin oluşturulması için birçok toplantı yaparak hakemlerce verilen tedbirlerin tenfizine dair alternatif önerilerde bulunmuş ve UNCITRAL Model Kanunu, bu öneriler doğrultusunda 2006

⁶⁵⁰ UNCITRAL Working Group on Arbitration Thirty-second session Vienna, 20-31 March 2000 Provisional Agenda, A/CN.9/WG. II/WP.107 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V00/502/95/PDF/V0050295.pdf?OpenElement> (Erişim, 12.01.2018).

⁶⁵¹ “There was general recognition in the Working Group of the fact that interim measures of protection were increasingly being found in the practice of international commercial arbitration and that the effectiveness of arbitration as a method of settling commercial disputes depended on the possibility of enforcing such interim measures. In some cases the very usefulness of the award for the winning party depended on whether the party had been able to enforce the interim measure designed to facilitate later enforcement of the award.

⁶⁵² It was noted that in many legal systems a party to arbitral proceedings might request interim measures of protection from either the arbitral tribunal or a court, and there was no doubt in the Working Group that such a dual availability of those measures should be preserved. At the same time, it was noted that in some States there were no adequate regulations in that field.” Detaylı rapor için bkz. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/530/64/PDF/V0053064.pdf?OpenElement> (Erişim, 17.10.2017).

⁶⁵² “There was general support in the Working Group for the proposition to prepare a legislative regime governing the enforcement of interim measures of protection ordered by arbitral tribunals” (document A/CN.9/WG. II/WP.108, para. 76).

yılında değişikliğe uğrayarak güncellenmiştir. Belirtmek gerekir ki, Çalışma Grubu hala araştırma ve toplantılarına devam etmektedir⁶⁵³.

UNCITRAL Model Kanunu ve getirilen tüm değişiklikleri, bu çalışmamızda tüm detaylarıyla incelememiz elbette mümkün değildir. Kaldı ki hakemlerce verilen tüm tedbirlerin kapsamı ve tenfizine ilişkin düzenlemeleri detaylıca incelemek bile, bu çalışmamızın amaç ve kapsamını aşacaktır. Ancak milletlerarası tahkimde dava açma yasakları da nitelikleri gereği bir geçici hukuki koruma türü olduklarından ve hakem tedbirlerinin tenfiz edilmelerine ilişkin düzenlemenin gerekli olduğu görüşünde olduğumuzdan dolayı, UNCITRAL Model Kanunu (2006)’da ifadesini bulan bu önemli gelişmeyi ayrıca değerlendirmekte yarar görüyoruz. Türkiye’nin de MTK hazırlık sürecinde referans aldığı UNCITRAL Model Kanunu’nun 1985 tarihli ilk halinin 17. maddesinde sadece, “hakem heyetinin aksi taraflarca belirtilmediği sürece uyuşmazlığın esasıyla ilgili olmak üzere gerekli gördüğü bir tedbire tarafın talebi üzerine karar verebileceği” düzenlenmekteydi⁶⁵⁴. Bu maddede mahkemece tahkim lehine tedbir kararı verilmesine ilişkin hiçbir hususa yer verilmediği gibi, hakemlerce verilen tedbir kararının tenfizine ilişkin de bir düzenleme yoktur. Bu bakımdan Çalışma Grubu raporunda; evleviyetle tartışılması gereken hususlar ile güncel ihtiyaçların arasında geçici hukuki koruma tedbirlerinin tenfizinin de sayılmış olması ve 2006’da bu yönde düzenleme yapılmış olması oldukça önemli bir gelişmedir. 2006 tarihli yeni UNCITRAL Model Kanunu’nun hakemler tarafından verilen tedbirleri düzenleyen aynı numaralı maddesi; daha detaylıca düzenlenmiş olup, yararlanmak isteyen ülkelerin kullanımına sunulmuştur.

UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17; daha detaylı ve tenfize dair ihtiyacı kanımızca önemli ölçüde giderecek şekilde kaleme alınarak, çeşitli alt başlıklar halinde yeniden düzenlenmiştir. Konumuzu yakından ilgilendiren ve Çalışma Grubu’nun girişimleri sonucunda kaleme alınan “geçici hukuki koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi” meselesi, 17H ve 17I maddelerinde

⁶⁵³ Çalışma Grubunun daha güncel sorunları ele alan 5-9 Şubat 2018 tarihli raporu için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html (Erişim, 17.02.2018).

⁶⁵⁴ http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf (Erişim, 18.02.2018).

Article 17. Power of arbitral tribunal to order interim measures:

“ Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may, at the request of a party, order any party to take such interim measure of protection as the arbitral tribunal may consider necessary in respect of the subjectmatter of the dispute. The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such measure.”

düzenlenmektedir. Madde 17H, tanıma-tenfizi düzenlerken; madde 17I, tanıma-tenfiz engellerini ele almaktadır. Ayrıca 1985 tarihli eski Model Kanun'da düzenlenmemiş olan; mahkemeler tarafından tahkim yargılamasında verilecek tedbir kararları da, madde 17J ile düzenlenmiş ve böylece önemli bir eksiklik giderilmiştir. Dava açma yasaklarının tenfizi sorunu; esasında hakemlerce verilen tedbir kararlarının tenfizi problemi olduğundan, UNCITRAL Model Kanunu (2006)'da ifadesini bulan bu önemli gelişmeleri ayrıca ele almakta yarar olacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki madde 17'de kenar başlığı olarak, “geçici hukuki koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi” ifadesinin kullanılması başlı başına kayda değerdir. Öncelikle “tanıma” ifadesi, verildiği makamca kesinleşmiş kararlar için yabancı bir ülkede kararın kesin hüküm etkisinin kabulü iken; “tenfiz” ise, kesinleşmiş kararın yabancı ülkede icra edilebilirliğinin kabulü olarak anlaşılmaktadır⁶⁵⁵. Yabancı hakem kararları için de, tanıma ve tenfiz esas olarak bu anlamlarda kullanılmaktadır⁶⁵⁶. Üstelik kenar başlıkta MTK madde 6 ile HMK madde 414 düzenlemelerinin aksine; en genel ifade olarak “geçici hukuki koruma tedbirlerinin” belirtilmiş olması da, MTK'nın sadece iki tedbir türü ile sınırlandırılmaması gerektiği yönündeki görüşümüzü desteklediğinden kanımızca oldukça önemlidir. Böylece hakemlere sadece belirli tedbir türlerine değil, her tür geçici hukuki koruma önlemlerine hükmedebilme yetkisi verilmiştir.

Aşağıda detaylıca tartışılacağı üzere; kesinleşmemiş ve geçici nitelikte olan hakem tedbir kararlarının tenfizine ilişkin yoğun tartışmalar mevcuttur zira tedbir kararında, “kesin hüküm” veya “icra edilebilirlik” yönlerinin olmadığı ileri sürülebilmektedir. Türk hukukunda MÖHUK madde 50 uyarınca; kararı veren yabancı mahkemenin kanunlarına göre kesinleşmemiş bir kararın, tanınıp tenfiz edilmesi mümkün değildir⁶⁵⁷. Örneğin henüz temyiz aşamasında olduğu için

⁶⁵⁵ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 687-688; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 198; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 229 vd.; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 503-508; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 510 vd.

⁶⁵⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 335; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 198; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 795 vd.; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 387 vd.; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 566 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 681-684.

⁶⁵⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 656-657; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 504-508; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 519-522. Yargıtay kararlarında da; “kesinleşmiş” olma şartı, yabancı mahkeme kararları bakımından aranmaktadır. Bkz. T.C. YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ E. 2016/14569 K. 2016/10281 T. 12.12.2016;

“...Türk Hukukunda mirasçılık belgesi, aksi ispat edilinceye kadar mirasçıları gösterir. Bunun doğru olmadığı herhangi bir davada ileri sürülebileceği gibi, iptali ve düzeltilmesi de istenilebilir. Yabancı bir mahkemeden alınmış mirasçılık belgesine Türk Hukukunun tanıdığı ve kabul ettiği değerden fazla bir güçte yükletilemez. *Mirasçılık belgesinin aksi her zaman ispat edilebileceğine göre de, tanınması yahut tenfizi yoluna gidilemez...*”

kesinleşmemiş bir Alman mahkemesi kararı Türkiye’de tanınıp tenfiz edilemeyecektir. Benzer şekilde MÖHUK madde 60 gereği yabancı hakem kararlarının tenfizi için “kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı” olmaları gerekmektedir. Yabancı hakem kararının tabi olduğu hukuk, ilgili kararın bu özellikleri taşıyıp taşımadığını da tayin edecektir⁶⁵⁸. Bu bakımdan milletlerarası özel hukukta olduğu gibi; milletlerarası tahkimde de “kesin olmadıkları” gerekçesiyle tanıma-tenfiz dışında tutulan tedbirler konusunda, UNCITRAL Model Kanunu (2006)’da tedbirlerin de *tanınıp-tenfiz edilebileceğinin* açıkça düzenlenmiş olması kanımızca radikal ancak yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira Çalışma Komisyonu’nun da belirttiği gibi; milletlerarası tahkimde etkin bir hakem kararına ulaşmak için elzem olan hakem tedbir kararlarının tenfizine karşı, uzun süre ilgisiz kalmak kanımızca mümkün değildir. Aşağıda inceleneceği üzere Singapur, Hindistan gibi ülkeler hakem tedbir kararlarının tenfizi konusunda UNCITRAL Model Kanunu (2006)’ya benzer ve hatta daha liberal düzenlemeler yapmışlardır.

Bu radikal kenar başlığı altında; hakemlerin tedbir kararı vermesi yetkisi (17) ile tedbir kararı verme şartları (17A) da düzenlenmiştir. Konumuz açısından oldukça önemli olan madde 17H/f.1’e göre; “hakem heyetince verilen bir geçici hukuki koruma tedbiri, hakem heyeti tarafından aksi belirtilmedikçe, bağlayıcı olarak kabul edilecek ve mahkemeye başvuru halinde verildiği ülkeden bağımsız bir şekilde” tenfiz edilecektir. Bu hüküm oldukça önemlidir zira UNCITRAL Model Kanunu (2006)’yı ölçüt alan bir yasal düzenleme yapılması halinde; yabancı hakem tedbir kararı nerede verilmiş olursa olsun, “bağlayıcılığı” tanınacak ve mahkemeye başvuru halinde bu tedbir kararı bağımsız şekilde “tenfiz” edilecektir. Örneğin uygulamada genellikle usuli emir (*procedural order*) şeklinde verilen ve belgelerin sunulmasını

⁶⁵⁸ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 779; yabancı bir mahkeme tarafından hakem kararına verilen “icra edilebilirlik gücünün” Türk mahkemelerini bağlamayacağı konusunda bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 566. Hakem kararının ne zaman bu şartları taşıyacağı; kararın “tabi olduğu” veya verildiği ülke hukuku hükümlerine göre belirlenecektir. Örneğin taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinde veya tahkim usulünün tabi olduğu kurallarda; hakemlerce verilecek kararın “taraflar için bağlayıcı”, “nihai”, “kesin”, “temyiz yolundan feragat edildiği”, “verilecek hakem kararının derhal uygulanacağı” gibi hususların yer alması, verilecek kararın bağlayıcı (*binding*) olduğu anlamına gelecektir. Bkz. Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 195-197. 2675 sayılı MÖHUK’ta da yer alan “hakem kararının, tâbi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tâbi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti kazanamamış” olması şartı; tahkim alanındaki liberalleşmeyle uyumlu bulunmamakta ve “kesinleşme” ibaresi yerine, “bağlayıcılık” ibaresinin seçilmesi tavsiye edilmekteydi. Bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s. 200-201. 5718 sayılı MÖHUK her ne kadar; bu tavsiyeye uygun şekilde “bağlayıcılık” şartını da düzenlemişse de, diğer iki şart yine de düzenlemede tutulduğundan kanımızca problem devam etmektedir. “Kesinlik” ve “bağlayıcılık” hususlarının nasıl tespit edileceğine ilişkin hususlar, aşağıda detaylıca ele alınacaktır.

(*production of documents*) konu alan bir hakem tedbir kararı da; bu maddeyi kabul eden hukuk sisteminde, rahatlıkla tanınip tenfiz edilebilecektir. Bu düzenlemenin tahkim lehine bir düzenleme olduğu ve benzer hükmü, tahkim kanununa dâhil eden bir ülkeyi tahkim için cazibe merkezi yapacağını ileri sürmek kanımızca yanlış olmayacaktır. Madde 17H/f.2'ye göre; hakem tedbirinin tanınması ve tenfizini isteyen veyahut tanıma-tenfiz kararını elde etmiş olan tarafın, tedbire ilişkin değişiklikleri derhal (*promptly*) mahkemeye bildirmesi gerekmektedir. 17H/f.3'e göre ise; hakem tedbir kararının tenfizinin istendiği ülke mahkemesi, üçüncü kişilerin haklarını korumak veya hakemlerin karar vermediği hallerde uygun gördüğü bir teminatın tanıma-tenfiz davacısı tarafından gösterilmesini isteyebilir.

Tanıma-tenfiz davalarında karşımıza çıktığı üzere; tanıma-tenfiz şartları ve usulünün yanında, tanıma-tenfiz engelleri de mevcuttur. UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17I, bu engelleri düzenlemektedir. Örneğin tanıma-tenfiz davacısı; madde 17I/f.1,a-iii fıkrasına dayanarak tedbir kararının sona erdiğini ispatlayarak, tanıma-tenfizi engelleyebilecektir. Mahkemenin re'sen inceleyebileceği hususlardan olan madde 36/f.1,b-ii'de yer alan kamu düzeni istisnası da; maddede ayrıntılı düzenlenen, hakem tedbir kararlarının tanıma-tenfiz engellerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Madde 17I hükmü, “geçici hukuki koruma tedbirinin tanınması ve tenfizi *ancak* şu haller varsa *rededilebilir*” (*recognition or enforcement of an interim measure may be refused only*) cümlesi ile başlamaktadır. Tanıma-tenfize dair bu hüküm, NYS (1958) madde V hükmüne⁶⁵⁹ oldukça benzemektedir. Hakem tedbirlerinin tenfizini, aşağıda NYS (1958) kapsamında da değerlendireceğiz. Ancak burada lâfzî olarak yabancı bir hakem kararının tanınması-tenfiz engellerini ele alan bir hükmün; UNCITRAL Model Kanunu (2006) vasıtasıyla hakem tedbir kararlarına da yansıtıldığını ve böylece tedbir kararı veya hakem kararı arasındaki farkın tanıma-tenfiz bakımından ortadan kaldırıldığını ileri sürmek mümkündür. UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17 ve madde 36'da sebeplerin sayılmasının amacının; bu sebepleri mümkün olduğunca sınırlandırmak olduğu ve bir devletin “daha az sebeple kanunu ihdas etmesinin yeknesaklaştırma amacına aykırılık teşkil etmeyeceğine”, madde gerekçelerinde yer verilmiştir⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ “Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority.”

⁶⁶⁰ “The conditions set forth in article 17 I are intended to limit the number of circumstances in which the court may refuse to enforce an interim measure. It would not be contrary to the level of

Madde 17I/f.2’de, tanıma-tenfiz mahkemesinin yapacağı değerlendirmeye ilişkin bir uyarı da yer almaktadır. Buna göre kendisinden hakem tedbir kararını tenfiz etmesi istenen mahkeme; tedbir kararının tanınması ve tenfizi başvurusu amaçlarıyla bağlı olarak, tanıma-tenfiz talebini kabul veya reddedecek ancak tedbir kararının esasını (*the substance of the interim measure*) incelemeyecektir. Bu endişe kanımızca anlaşılabilir zira tanıma-tenfiz davalarının temelinde yer alan *revizyon* yasağı (*revision au found*); hakem tedbir kararlarının tanınması tenfizi usulünde de kabul edilmiş, tedbirin ana sebeplerinin araştırılarak uyumsuzluğun esasına girilmesi önlenmek istenmiştir.

Tedbir kararlarına ilişkin son bir düzenleme olarak, madde 17J gösterilebilir. Belirtildiği üzere Model Kanunu’nun ilk halinde; mahkeme tarafından tedbir kararının verilmesi, usulü ve şartlarına dair bir düzenleme yer almamaktaydı. UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17J uyarınca; bir mahkeme de, tahkim yargılamasına dair geçici hukuki koruma tedbirlerini verme konusunda aynı güce sahiptir. Tarafların; söz konusu mahkeme ülkesinde, yerleşik olup olmamalarının da bir önemi yoktur. Mahkeme bu tür bir tedbir kararı verme yetkisini kullanırken; milletlerarası tahkimin kendine has özel yönlerini (*specific features of international arbitration*) de göz önüne alarak, kendi usul kurallarına göre karar verecektir⁶⁶¹. Kanımızca buradaki “kendi usul kurallarına” göre ifadesine gerek olmayabilirdi. Zira mahkemenin; kendi usul kurallarını uygulaması neredeyse kaçınılmazdır mahkeme yargılamasında usul, *lex fori*ye yani mahkemenin kendi hukukuna tabidir.

Kanımızca burada dikkat çeken bir diğer ifade, milletlerarası tahkimin kendine has özel yönleri (*specific features of international arbitration*) ibaresidir. Tahkim yargılaması yapan hakemler tarafından; tahkim yargılamasının kendine has yapısı, zaten göz önüne alınacaktır. Zira hakemlerin; tahkim yargılaması yaptıklarını bilip, mahkeme yargılaması ile birebir örtüşen bir yargılama faaliyetinde bulunamayacakları zaten bilinen ve beklenen bir husus olacaktır. Ancak UNCITRAL Model Kanunu (2006); tahkimle ilgili mahkeme yargılamasında bizzat mahkeme tarafından tedbir kararı verilirken, milletlerarası tahkimin kendine has özel yönlerini (*specific features of international arbitration*) de göz önüne alarak kendi usul

harmonization sought to be achieved by these model provisions if a State were to adopt fewer circumstances in which enforcement may be refused.”

⁶⁶¹ “A court shall have the same power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in the territory of this State, as it has in relation to proceedings in courts. The court shall exercise such power in accordance with its own procedures in consideration of the specific features of international arbitration.”

kurallarına göre karar vereceğini düzenleyerek tahkimin geliştirilmesi ve desteklenmesi noktasında ciddi bir ilerlemeye öncülük etmektedir. Gerçekte de tahkim, devlet mahkemelerinin “himayesinde”⁶⁶² ve zamanla azalan baskıları neticesinde gelişmiştir. UNCITRAL Model Kanunu (2006) hükümleri de gösteriyor ki; günümüzde tahkim gittikçe tam bağımsızlığını elde etme yolunda ilerlemekte ve mahkemeler artık kendi yargılama kurallarında ısrar etmek yerine, milletlerarası tahkimin kendine has özel yönlerini de göz önüne alarak kararlar verebileceklerdir.

Tahkimin kendine has özel yönlerini kabul eden bu hükmü iç hukuka dâhil etmenin, pratikte oldukça önemli sonuçları olacaktır. Zira hakemlerce verilebilecek geçici hukuki koruma tedbirleri, mahkemeler tarafından verilebilecek geçici hukuki koruma türlerine nazaran daha çeşitli ve geniş kapsamlıdır. Dolayısıyla kural olarak bir mahkeme tarafından verilemeyen veyahut o ülkenin kanunları uyarınca düzenlenmemiş bir geçici hukuki koruma türü de, pekâlâ tahkimi konu alan mahkemelerce kararlaştırılabilir. Örneğin İngiliz hukukunda geliştirilmiş olup dava sonuçlanana kadar varlıkların transferini engelleyen ve adını *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.* davasından⁶⁶³ alan *mareva* tedbiri

⁶⁶² Günümüzde birçok ülkenin; çeşitli sebeplerle tahkimi tolere ettiği ve değişen ölçülerde tahkimin işleyişine müdahale ettikleri konusunda bkz. Kidane, *a.g.e.*, Bölüm 3 vd.; mahkeme ile tahkim ilişkisinin; zorunlu birliktelik (*forced cohabitation*) ile gerçek işbirliği (*true partnership*) arasında gidip geldiği özlü ve etkili bir biçimde dile getirilmiştir, bkz. Redfern / Hunter / Blackaby / Partasides, *a.g.e.*, s. 415: “*The relationship between national courts and arbitral tribunals swings between forced cohabitation and true partnership. Arbitration is dependent on the underlying support of the courts, which alone have the power to rescue the system when one party seeks to sabotage it.*”; mahkeme ile hakem heyeti arasındaki ilişkinin “hasım” ilişkisi olmaktan kurtarılması gerektiği konusunda bkz. Vagts, *a.g.e.*, s. 62-63; bu “müsamahanın” hala gerektiği konusunda bkz. Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 296.

Yukarıda da incelenen *McDonalds India Private Limited (“MIPL”) vs. Vikram Bakshi and Ors.* davasında, bu gerçeğe vurgu yapılmış ve mahkeme müdahalesinin en aza indirilmesi gerektiği vurgulanmıştır: “*Arbitration is dependent on the underlying support of the courts, which alone have the power to rescue the system when one party seeks to sabotage it. ... Courts need to remind themselves that the trend is to minimize interference with arbitration process as that is the forum of choice. That is also the policy discernible from the 1996 Act. Courts must be extremely circumspect and, indeed, reluctant to thwart arbitration proceedings. Thus, while courts in India may have the power to injunct arbitration proceedings, they must exercise that power rarely and only on principles analogous to those found in sections 8 and 45, as the case may be, of the 1996 Act. We have already indicated that the circumstances of invalidity of the arbitration agreement or it being inoperative or incapable of being performed do not exist in this case.*” Karar için bkz. FAO(OS), 9/2015, CM No. 326/2015. <https://indiankanoon.org/doc/182683681/> (Erişim, 11.09.2017).

⁶⁶³ [1975] 2 Lloyd’s Rep. 509. *Mareva* tedbirlerinin 1970’lerde “sıkıntılı” deniz taşımacılığı alanında ortaya çıktığı konusunda bkz. McGill, *a.g.e.*, s. 434-435; tartışmalı olan bu tedbirin ,mahkemelerce verilebileceği Avustralya’da da *Jackson v Sterling Industries Ltd* ((1987) 162 CLR 612) davası ile kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Douglas, *a.g.e.*, s. 81-82. Yukarıda da vurgulandığı üzere; *mareva* tedbirlerine sadece milletlerarası ticari tahkimde değil, milletlerarası yatırım tahkiminde de rastlanmaktadır. “Tahkim yargılaması sonuçlanana dek; nihai hakem kararının etkinliğini korumak

(*mareva injunction*); birçok ülkenin usul hukukunda yer almamakla beraber, milletlerarası tahkimde sıklıkla kullanılmaktadır. Benzer şekilde; dava açma yasakları da birçok ülkede şüphe ile karşılanan ve yabancı bir tedbir olmakla beraber, milletlerarası tahkimde yoğun şekilde kullanılmaktadır. Dolayısıyla hakemlerce verilebilecek bir tedbir türü; birçok ülkenin usul hukukuna yabancı bir tedbir iken, UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17J uyarınca tahkim yargılamasının özellikli yapısından kaynaklanan olağan bir tedbir olarak pekâlâ kabul edilebilecektir.

Kanımızca; hakemlerin gerek usul kurallarını belirlemede gerek verilebilecek geçici hukuki korumalar konusunda mahkemelere nazaran daha avantajlı olmalarında, yargılanacak veya şaşılacak bir durum da yoktur. Zira mahkemelerin aksine, hakemlerin *lex forisi* yoktur⁶⁶⁴. Bunun bir anlamı da şudur ki; gerek takip edecekleri usul kuralları gerek uygulanacak hukuk gerekse geçici hukuki korumalar konusunda hakemleri sınırlandırabilecek ve önceden belirlenmiş egemen bir güce dayalı *lex fori* kuralları mevcut değildir. Hakemlerin bu konuda yetkilerini sınırlandırabilecek hususların başında, bizzat hakemlerin yetkisinin temelini de oluşturan tarafların iradeleri ile hakem kararının iptalinde rol oynayan tahkim yerinin emredici kuralları gelmektedir. Bu bakımdan tarafların iradeleri, hem yetkinin kaynağını hem de sınırlarını belirlemektedir. Örneğin hakemler; *mareva* tedbiri, dava açma yasağı gibi “milletlerarası tahkimin kendine has yönlerinden” kaynaklı bazı özel tedbirlere de karar verebilirler ancak taraflar böylesi tedbirlere karar verilemeyeceği hususunda anlaşmışlarsa, hakemlerin bu usul sınırlamasına riayet etmeleri gerekir. Aksi halde, ileriki aşamada hakem kararının iptali ile tenfiz edilememesi riski doğabilecektir. Oysaki bir ülkede hâkimler tarafından verilebilecek tedbirlerin kapsam ve sınırı, doğrudan *lex fori* düzenlemeleri ile düzenlenmektedir. Örneğin tedbir konusu taşınmaz olan bir davada hâkimin; ilgili de olsa başka bir hususta tedbir kararı vermesi düşünülemez zira tedbir kararı HMK kuralları gereği

amacıyla taraflardan birinin malvarlığının transferini engellemeyi hedefleyen” *mareva* tedbiri; üçüncü kişileri de ilgilendirdiği için bu tedbir için, ICSID hakem heyeti yerine mahkemelere başvurulmaktadır. Örneğin; banka hesabındaki paranın transfer edilmemesi de, malvarlığını dondurmaya yönelik bir tedbirin kapsamında yer alabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz.

Le Bars/ Shiroor, **a.g.e.**, s. 31-32.

⁶⁶⁴ Özel, **a.g.e.**, s. 58; hakemlerin *lex forisinin* olmamasının pratik sonuçları arasında hakemlerin; tahkim yeri kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorunda olmamaları ile hakemlerin bulundukları yere (*venue*) mahkemelere kıyasla çok daha az bağlı olmaları sayılabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fric, **a.g.e.**, s. 50 – 52; ayrıca bkz. Bogdan, **a.g.e.**, s. 103-107; benzer yönde Poudret/ Besson, **a.g.e.**, s. 534 vd.

“ihtiyati tedbir konusu” hakkında olmalıdır⁶⁶⁵. Oysaki aksi öngörülmediği sürece, hakemlerin bu yönde sınırlandırılması söz konusu değildir.

Sonuç olarak; UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17; getirdiği detaylı ve yerinde düzenlemelerle, milletlerarası tahkimin en temel ihtiyaçlarından ve tartışmalı hususlarından biri olan “hakem tedbir kararlarının tanınması-tenfizi” konusunu da ele almıştır. Aşağıdaki önerilerimizde ele alacağımız üzere; bu düzenlemenin bazı ülkelerde yapıldığı gibi, Türk hukukunda da yer bulması gerektiği görüşündeyiz. Birçok ülkenin; hâlihazırda UNCITRAL Model Kanunu (2006) kabul ederek, tahkim kanunlarını güncellemesi⁶⁶⁶ de bu eğilimi göstermektedir. Bu modelin; daha dikkatli bir kanun yapma tekniğiyle, fazla değiştirilmeden Türk hukukuna alınması aslında birçok problemi de kanımızca çözecektir.

iii. 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Göre Tanıma-Tenfiz

UNCITRAL Model Kanunu (2006); getirdiği detaylı düzenlemelerle, milletlerarası tahkimin en temel ihtiyaçlarından ve tartışmalı hususlarından biri olan “hakem tedbir kararlarının tanınması-tenfizi” hususunu açıkça ele almıştır. Acaba NYS (1958) hükümleri; UNCITRAL Model Kanunu (2006)’ya gerek duyulmadan, dava açma yasakları dâhil hakem tedbir kararlarının veya emirlerini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanabilir mi? Başka bir deyişle; NYS (1958) kapsamındaki “karar” (*award*) ibaresinin, dava açma yasaklarını da içerecek şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağı hususunu ayrıca ele almak yararlı olacaktır. Aşağıda NYS (1958) hükümleri çerçevesinde; dava açma yasaklarının tanınması ile tenfizini inceledikten sonra, Türk hukukunda hakemler tarafından verilen geçici hukuki korumalarının tenfizini ele alacağız.

NYS (1958) hükümlerinde karar (*award*) ibaresi kullanılmakla beraber, gerek karar türleri gerekse tedbir kararlarına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu tür bir düzenleme eksikliğinin; NYS (1958)’in yapıldığı tarih itibarıyla tahkimin

⁶⁶⁵ İhtiyati tedbirin sadece dava konusu hakkında verilebileceğine ilişkin Yargıtay’ın da içtihatları vardır:

“Davanın bir miktar para alacağına ilişkin olduğundan ve ihtiyati tedbir konulan araç ve markalar, *uyuşmazlık konusu* olmadığından, davacının ihtiyati tedbir talebinin reddi yerine, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”

YARGITAY 22. HD., E. 2013/10684 K. 2014/16429 T. 10.6.2014 (Lexpera, 2017)

⁶⁶⁶ Belçika, Avustralya, Kanada (Ontario), Gürcistan, İrlanda, Litvanya, Yeni Zelanda, Slovenya gibi ülkelerin kabulü için bkz.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (Erişim, 17.10.2017).

yeni gelişmekte olduğu ve muhtemelen milletlerarası tahkimde geçici hukuki korumaların, günümüzde olduğu kadar önemli görülmemesi ihtimalinden kaynaklanabileceği ileri sürülmektedir⁶⁶⁷. Gerçekten de NYS (1958)'in hazırlandığı dönemde; hakemlerce verilen tedbir kararlarının tenfizi bir yana, tahkime dönük mahkemelerin mesafeli ve baskıcı yaklaşımları hayal edildiğinde yeni gelişmekte olan tahkim alanında bu tür bir radikal düzenlemenin yapılması kanımızca da beklenemezdi. Ancak bu önemli düzenlemenin 21. yy'da hala eksik olması ve bir uluslararası sözleşme metni olan NYS (1958) hükümlerinin; UNCITRAL Model Kanunu'nun aksine 60 senedir değiştirilmemesi, bu hassas konunun değerlendirilmesini daha da zorlaştırmaktadır.

NYS (1958)'in temel amacının “uluslararası ticari uyuşmazlıklarda tahkimin önemli bir çözüm metodu kabul edilerek, tahkim sözleşmeleri ile yabancı yani yerli olmayan hakem kararlarının devlet mahkemelerince tanınması tenfizi hususunda ortak yasal düzenlemeler yapmak” olduğu vurgulanmıştır⁶⁶⁸. NYS uygulanma şartları⁶⁶⁹ (ticari uyuşmazlık, kararın yabancı olması veya yabancı addedilmesi, tenfiz ülkesinin sözleşmeye taraf olması gibi) çalışma konumuzun kapsamını aşacağından, hepsini burada inceleyemeyeceğiz. Ancak dava açma yasakları dâhil tüm hakem tedbir kararlarını ilgilendiren şartlar da bu önemli sözleşmede yer almaktadır. NYS (1958) madde I/f.1 uyarınca tanıma-tenfiz edilmek üzere bir yabancı bir “hakem kararının” (*arbitral award*) varlığı şarttır. NYS (1958) madde I/f.2'de ise; hakem kararı (*arbitral award*) terimi ile sadece belli meselelerin çözülmesi için tayin olunan hakemlerin değil, aynı zamanda tarafların başvurdukları daimi hakemlik organlarının verdikleri kararların da kastedildiği belirtilmiştir. NYS (1958) bu konuda detaylı tanım yapmadığından; bu düzenlemeler, sorunları çözme konusunda yetersiz kalmaktadır. Zira hakem kararı (*arbitral award*) ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. NYS (1958) madde I/f.2 ise yalnızca kurumsal tahkim kararlarının da kapsama alındığına vurgu yapmakta, tanım yapmaktan ise kaçınmaktadır.

Hakem tedbir kararları bir yana; hakem kararı (*arbitral award*) ifadesinin, hangi tür hakem kararlarını kapsayacağı da açık değildir. Zira hakem kararları;

⁶⁶⁷ Adhipathi, **a.g.e.**, s. 39; doğrudan hakem tedbir kararlarını düzenlememekle beraber, NYS (1958)'in amaçları doğrultusunda dava açma yasakları dahil birçok tedbirin sözleşmenin amaçlarıyla uyumlu olduğu tartışması için bkz. Vishnevskaya, **a.g.e.**, s. 191 vd.

⁶⁶⁸ <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf> (Erişim, 19.07.2017).

⁶⁶⁹ Şartlar ve usule ilişkin detaylı bilgi için bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s. 116-180; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 197-246; Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 107-130; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 361-418; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 387-475.

uyuşmazlığı tamamen çözen nihai hakem kararı (*final award*) şeklinde verilebileceği gibi, ara karar (*interim award*) ya da kısmi karar (*partial award*) halinde de verilebilirler⁶⁷⁰. Hakemler farklı isimde başka kararlar da verebilirler zira genellikle yargılama sonunda tek karar veren mahkemelerin aksine, hakemler tahkimin bulunduğu aşamaya göre farklı isimde kararları esnekçe verebilmektedirler⁶⁷¹. Karar (*award*) türleri dışında; hakemlerin taraflara dönük dava açma yasağı, delil temini, belge sunma gibi usule ilişkin çeşitli emirleri (*orders*) de mevcuttur. Yukarıda incelendiği üzere; hakemler tarafından bu tür bir tedbirin, hakem kararı içinde bir hüküm şeklinde kararlaştırılması da mümkündür. UNCITRAL Model Kanunu (2006) madde 17/f.2’de bu çeşitlilik yerinde olarak vurgulanmış ve geçici hukuki korumaların “bir karar veya başka bir türde” (*whether in the form of an award or in another form*) verilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla niteliği itibariyle geçici mahiyette olan bir tedbir; ara karar (*interim award*) şeklinde verilebileceği gibi bir emir (*order*) şeklinde de verilebilir ya da diğer karar türlerinde bir hüküm fıkrası olarak da yer alabilir.

NYS (1958) tanıma-tenfiz edilebilecek hususları belirtirken sadece hakem kararı (*arbitral award*) demekle yetindiğinden, gerek nihai olmayan hakem kararlarının gerek nihai hakem kararında yer bulmuş hakem tedbirlerinin tanıma-tenfizi sorunu muğlâk kalmaktadır. Bu muğlâklığın giderilmesi önemlidir zira hakem tedbirlerinin hangi biçimde verildiği (*interim award, partial award* veya *order* gibi) tedbirin icra edilebilirliğini de etkileyecektir⁶⁷². “Karar” terimin tanımlanmamasının; evrensel bir geçerliliğe sahip tanıma ulaşmanın zorluğundan kaynaklanabileceği, haklı olarak vurgulanmaktadır⁶⁷³. Madde V’te yabancı hakem kararının tanınmasını ve tenfizini engelleyen sebepler tüketici bir biçimde sayılmış ve bu sebeplerin varlığı kanıtlanırsa bile; tenfiz mahkemesinin takdir yetkisine sahip olduğu, “*rededilebilir*” (*may be refused*) ifadesi ile somutlaştırılmıştır. Bu lâfzî yorumu dikkate alan bazı

⁶⁷⁰ Nihai hakem karar (*final award*) ile kısmi karar ın (*partial award*), NYS (1958) kapsamında genellikle tartışma yaratmadığı ancak diğer türlerin tanınması ile tenfizinin problemli olduğu konusunda bkz. Albert Jan van den Berg, **New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond**, Kluwer Law International, 2005, s. 317-318. (*New Horizons*); tüm karar türleri ve detaylı analiz için bkz. Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s. 632-639.

⁶⁷¹ Hse Yu Chiu, “Final, Interim, Interlocutory or Partial Award: Misnomers Apt to Mislead”, **Singapore Academy of Law Journal**, Vol. 13, pp. 467-482, 13 SAclJ 467 (2001), s. 467.

⁶⁷² Rainer Werdnik, “The Award and the Courts, The Enforceability of Emergency Arbitrators’ Decisions”, in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), **Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2014** (© Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung; Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2014) pp. 249 – 283, s. 254; van den Berg, **New Horizons**, s. 318; bkz. Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s. 632.

⁶⁷³ Werdnik, **a.g.e.**, s. 256.

yazarlar, NYS (1958)'in yorumunda “tenfiz lehine bir eğilim” (*pro-enforcement bias*) olduğunu kanımızca da haklı olarak savunmaktadırlar⁶⁷⁴.

NYS (1958) hükümleri çerçevesinde hakem tedbir kararlarının veya emirlerinin tanınıp tenfiz edilebilirliğine ilişkin tartışmayı yaparken, bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiş olan madde V/f.1(e) hükmünü de göz ardı etmemek gerekir. Bu maddeye göre “hakem kararının taraflar için henüz bağlayıcı (*binding*) olmadığı veya tahkim yeri ülkesi veyahut tabi olduğu kanun ülkesinin yetkili bir makamı tarafından iptal edildiğinin” tespiti halinde; mahkeme, takdir yetkisi kullanarak “taraflar için bağlayıcı” olmayan kararın tanınması ve tenfizi talebini reddedebilecektir. Aşağıda inceleneceği ve bazı mahkeme kararlarıyla da destekleneceği üzere; tenfiz lehine bir eğilimi (*pro-enforcement bias*) de nazara alarak, hakem tedbir kararlarının veya emirlerinin kendi içerisinde “kesin” kabul edilerek tanınıp tenfiz edilebileceği kabul edilebilir. Zira NYS (1958) kapsamında, tahkimin 60 sene önceki ihtiyaçları ile günümüzdeki ihtiyaçları örtüşmemektedir. Gerek doktrinde gerek mahkeme uygulamalarında; aşağıda inceleneceği üzere, bu görüşümüzü destekleyen gelişmeler yaşanmaktadır.

NYS (1958)'de hakem kararlarının tenfizi lehine bir eğilimin olduğu mahkeme kararlarında karşımıza çıkmaktadır zira farklı yönde kararlar olmakla birlikte; mahkemelerin, hakem tedbirlerini de tanıyıp tenfiz ettikleri uygulama ile sabittir. Diğer yandan, hakem tedbir kararlarının tanınması ya da tenfizi taleplerini reddeden mahkeme kararları da mevcuttur. *Resort Condominiums International Inc v. Bolwell and another* davasında⁶⁷⁵ Queensland Yüksek Mahkemesi; 16 Temmuz 1993 tarihinde hakem tarafından, taraflara dönük birçok emir içeren (tahkim boyunca başka sözleşme yapmama, bloke hesap oluşturma gibi) ara emir ve karar (*interim arbitration order and award*) başlıklı tedbirin tanınması ve tenfizi talebini incelemiştir. Yüksek Mahkeme yaptığı değerlendirme sonucunda; “bu tedbirlerin açıkça geçici mahiyette ve usuli olduklarını, böylece uyuşmazlığı tamamıyla nihai olarak çözümleyemediklerinden ve her an değiştirilebileceklerinden dolayı hiçbir suretle tanıma-tenfize konu olamayacaklarını” gerekçe göstererek talebi reddetmiştir.

⁶⁷⁴ Albert Jan van den Berg, “The New York Convention of 1958: An Overview, in Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards”, **The New York Convention Practice (Gaillard & Di Pietro eds., 2009)**, s. 56. (*The New York Convention Practice*).

⁶⁷⁵ (1993) 118 ALR 655.

Öğretide de bu mahkeme kararına benzer şekilde uyuşmazlığı kesin şekilde çözmeyen karar ve emirlerin, tanınıp tenfiz edilemeyeceği ileri sürülmektedir⁶⁷⁶.

Oysaki açıkça hakem kararı (*arbitral award*) ifadesini kullanmasına rağmen; NYS (1958) kapsamında mahkemelerin, hakem tedbirlerini tanıyıp tenfiz ettiklerine uygulamada rastlanmaktadır. Bu konuda “en çok atıf alan” mahkeme kararlarının başında yer alan⁶⁷⁷ *Sperry International Trade, Inc. v. Government of Israel* davasında⁶⁷⁸ hakem heyeti, karar (*award*) adıyla bir emir (*order*) düzenlemiş ve bu emrin tanınıp tenfiz edilmesi dava edilmiştir. Karar formatında yazılan bu emre göre; tahkim davası sonuçlanana dek, “bloke hesap” (*escrow account*) oluşturulması istenmiştir. Mahkeme doğru bir analizle karar konusunun yani paranın bloke hesapta tutulmasını; ayrı bir mesele (*severable issue*) olarak değerlendirmiş ve kendi içinde “nihai” (*final*) bir karar teşkil ettiği gerekçesiyle, bu tedbiri tanıyıp tenfiz etmiştir.

NYS (1958) hükümlerinin kapsamını genişletmek suretiyle, önemli bir eksiklik olan hakem tedbirleri ile nihai olmayan hakem kararlarının tanınıp tenfiz edilmesi hususunda olumlu yaklaşım sergileyen başka kararlara da ulaşmak mümkündür. Örneğin *Publicis Communication v. True North Communications Inc* davasında⁶⁷⁹ Amerikan Temyiz Mahkemesi; “karar” ifadesi yerine, “emir” ibaresi taşıyan ve *Publicis* şirketinin iki yıllık vergi bilgisinin sağlanmasını öngören bir hakem tedbirinin tanınması ve tenfizini incelemiştir. Temyiz Mahkemesi yaptığı incelemede; “acil olarak yerine getirilmesi gereken bir tedbirin kendi içinde kesinlik taşıyabileceği” vurgulayarak, tahkim süreci devam ederken verilen bir ara karar veya emrin de tanınıp tenfiz edilebileceği kabul edilmiştir. Tedbir davalısının; günümüzde hala hakem tedbir kararlarının icrasına sıcak bakılmamasının da temel gerekçesi olarak ileri sürülen, sadece uyuşmazlığı tamamen çözen ve “karar” (*award*) başlığıyla oluşturulan yargılama sonuçlarının tanınıp tenfiz edilebileceği iddiasına mahkeme katılmamıştır. Mahkeme kanımızca ders niteliğinde olan ve kanun hükümlerinin yorumlanmasında da sıklıkla kullanılan bir yorum kuralına yer vermiştir. Mahkemeye göre NYS (1958) kapsamında katı bir şekilcilik anlayışıyla; tanıma-tenfiz için “karar” (*award*) başlığını aramak yanlış olacağı gibi, bu ibare sadece kesin kararların içerecek şekilde dar yorumlanmamalıdır. Kararın nasıl

⁶⁷⁶ W. Laurence Craig/William W. Park/Jan Paulsson, **International Chamber of Commerce Arbitration**, A Oceana TM Publication, 3rd ed., 2001, s. 462.

⁶⁷⁷ Werdnik, **a.g.e.**, s. 260.

⁶⁷⁸ 532 F. Supp. 901 (S.D.N.Y. 1982).

⁶⁷⁹ Nos. 99-1199, 99-3424 March 14, 2000, United States Court of Appeals, Seventh Circuit.

adlandırıldığı değil; kararın içeriği, verilen hükmün kesinliğini belirleyecektir⁶⁸⁰. Bir kararın kesin olup olmamasını incelerken mahkeme; “başlığın da ötesine geçerek, kararın içeriği ve etkisini” de inceleyecektir. Elbette burada hangi adla verilmiş olursa olsun; kararın kesinliği ve nihailiğini incelerken mahkeme, hakem heyeti yerine geçerek uyuşmazlığın temelini oluşturan vakıalar ve iddiaları değerlendirmeyecektir. Yapılacak incelemenin; uyuşmazlığın özüne inilmeden, tanınması tenfizi istenen hakem tedbirinin genel amacı ve kapsamı ile sınırlı şekilde yapılması gerekir. Bu yönde verilmiş başkaca mahkeme kararlarının da bu görüşü desteklediği vurgulanmaktadır⁶⁸¹.

Daha güncel kararlar ele alındığında; hakem tedbir kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda, birbiri ile çelişen kararlar bulunduğunu ve henüz yeknesak bir uygulamanın mevcut olmadığını belirtmek yanlış olmayacaktır. Kanımızca gerek yeni UNCITRAL Model Kanunu (2006)’da gerek mahkemelerin NYS (1958) uygulamalarında; artık hakem tedbir kararlarının veya emirlerinin tanınıp tenfiz edilebilirliğine dair değerlendirmelere yer verilmesi, tahkim adına oldukça önemli bir gelişmedir. Hakem tedbir kararlarına olumsuz yaklaşan bazı Amerikan mahkemeleri; yine de açık kapı bırakarak, bazı olağandışı ve acil durumlarda yine de nihai olmayan hakem emirlerinin de tanınıp tenfiz edilebileceğini (*extreme case permitting judicial review of a non-final order*) vurgulamaktadırlar⁶⁸².

NYS (1958); hakem tedbir kararlarının veya emirlerinin tanınıp tenfiz edilebilirliğini de kapsayacak kadar geniş yorumlansa bile, buna gerek olup olmadığı kanımızca tartışılabilir. Zira milletlerarası tahkimde bir uluslararası sözleşmenin; 60 yıl boyunca dokunulmadan, salt yorum usulü ile genişletilerek sürekli değişen tahkim sorunları ile ihtiyaçlarına cevap vermesini beklemek doğru olmayacağı gibi kanımızca mantıklı da değildir. Kaldı ki her taraf ülkenin mahkemelerinden aynı yorumu çıkarması beklenmeyeceğinden; lâfzî yorumla amaçsal yorum yapacaklar arasındaki farklılıklar nedeniyle, yeknesak bir uygulamaya kavuşmak mümkün olamayacak ve çözümü elzem olan birçok güncel mesele cevapsız kalmaya devam edecektir. Her ne kadar uluslararası sözleşmelerin değiştirilmesi usulü zor olsa da; kanımızca NYS (1958)’e yapılacak bir Ek ile veya sözleşmenin tamamen güncellenerek, sade ve fakat güncel ihtiyaçlara da cevap verecek şekilde yeniden

⁶⁸⁰ “The content of a decision-not its nomenclature-determines finality.”

⁶⁸¹ Werdnik, **a.g.e.**, s. 259-260.

⁶⁸² *Chinmax Med. Sys. v. Alere San Diego, Inc.*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 57889 (S.D. Cal. May 27, 2011).

düzenlenmesi pekâlâ düşünülebilir. Aşağıda son kısımda önerilerimizi sıralarken ve nihai değerlendirmemizi yaparken, bu çözüm önerimizi de güncel gelişmeler ışığında biraz daha detaylandıracağız.

iv. Türk Hukukunda Hakem Tedbir Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

aa) Genel Olarak

Türk hukukunda hakemlerin tedbir kararı verme yetkisinin var olduğunu ve dava açma yasaklarının ihtiyati tedbir olarak değil; kendine has özel şartları ve usulü olan, daha çok milletlerarası tahkim hukukunu ilgilendiren eda amaçlı bir geçici hukuki koruma türü olduğunu yukarıda irdlemiştik. Türk hukuku uyarınca da; hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirleri verme yetkisinin dayanağını oluşturan yasal düzenlemeler çerçevesinde, hakem tedbir kararlarının tanınıp tenfiz edilebilirliğini ayrıca değerlendirmemiz gerekir. Bu değerlendirmeyi yaparken; Türkiye de NYS (1958)'e taraf olduğundan, haliyle yukarıda bu sözleşme kapsamında yaptığımız genel analizler Türk hukuku için de geçerli olacaktır.

Türk milletlerarası özel hukukunda tanıma-tenfiz rejimine hâkim olan temel prensipler ışığında; hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma önlemlerinin, tanınıp tenfiz edilebilirliğini bu kısımda inceleyeceğiz. Bu temel prensiplerden yola çıkmak mecburidir zira Türk hukukunda, dava açma yasakları veyahut diğer geçici hukuki koruma türlerinin tanınması ile tenfizine dair açık bir düzenleme yoktur. Bu kısımda Türk hukukundaki düzenlemelerde tedbirlerin tanınması ile tenfizinin dayanaklarını ve olabirliğini araştırırken; milletlerarası sözleşmelerin, Türkiye'deki yorumunu esas alacağız. Aşağıda cevabını arayacağımız temel sorular ise şunlardır: Türkiye'de; NYS (1958) veya MÖHUK hükümleri kapsamında, hakem tedbir kararlarının veya emirlerinin tanınıp tenfiz edilmesi mümkün müdür? Bu tür bir tanıma-tenfiz talebi ile karşılaşan Türk mahkemesi nasıl davranmalıdır? MTK madde 6/f.3; yabancı hakem tedbir kararlarının Türkiye'de icrası için, ne anlama gelmektedir? Aşağıda öncelikle NYS (1958)'in Türkiye uygulamasını hakem tedbir kararlarının tanınması ile tenfizi kapsamında değerlendirdikten sonra, sonrasında MTK ve MÖHUK hükümleri kapsamında meseleyi ele alacağız.

bb) 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Göre Tanıma - Tenfiz

NYS (1958)'e taraf bir ülkede verilmiş ticari uyuşmazlıklara⁶⁸³ ilişkin *yabancı* hakem kararları ile Türkiye'de verilmekle beraber *yabancı* addolunan hakem kararlarının tanınması ile tenfizinde uygulanacak NYS (1958), milletlerarası tahkimde yoğun kabul görmüş bir milletlerarası sözleşmedir. 2018 yılı itibariyle 157 ülkenin bu sözleşmeye taraf olması⁶⁸⁴, söz konusu sözleşmenin ne kadar önemli bir metin olduğunu gözler önüne sermektedir. Türk hukukunda da *yabancı* hakem tedbir kararlarının tanınması ve tenfizi hususunu; Yargıtay kararlarının da ışığında öncelikle NYS (1958) kapsamında değerlendirecek, sonrasında ise MÖHUK madde 60 vd. hükümlerini ele alacağız. Bu hususa geçmeden evvel; dava açma yasaklarının tanınmaya mı yoksa tenfize konu edileceği, başka bir deyişle dava açma yasağının eda kararı mı yoksa başka bir karar türü mü olduğu sorusu önem kazanmaktadır. Bu analizden sonra ise; NYS (1958) madde V/f.1(e) kapsamında aranan “bağlayıcılık” şartını ele alacağız. Benzer şekilde MÖHUK uygulamasında aranan “kesinleşme” şartının, dava açma yasakları içi ne anlama geldiğini de ayrıca ele almak gerekir.

Türk doktrininde⁶⁸⁵ ve Yargıtay kararlarında⁶⁸⁶ vurgulandığı üzere tenfiz; bir yabancı eda hükmünün Türkiye’de icra edilebilirliğinin kabulü iken tanıma, yabancı

⁶⁸³ Türkiye; madde I/f.3’e uygun şekilde koyduğu çekince ile NYS (1958)’i; kararın verildiği ülke ile “karşılıklılık” (*reciprocity*) olması ve ele alınan uyuşmazlığın Türk hukukuna göre “ticari” olması şartlarıyla uygulayacağını beyan etmiştir. Söz konusu çekincenin, orijinali şu şekildedir:

Turkey

Declaration:

“In accordance with the Article I, paragraph 3 of the Convention, the Republic of Turkey declares that it will apply the Convention on the basis of reciprocity, to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another contracting State. It further declares that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under its national law.”

⁶⁸⁴ Taraf devletler için bkz.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

(Erişim, 17.02.2018).

⁶⁸⁵ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 681-683; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 198; Akıncı, **Tenfiz**, s. 97-99; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 229-232; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 503-507 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 681-684. Yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında aranmayan ancak tenfizinde aranan “karşılıklılık” şartının, yabancı hakem kararları bakımından tamamen kaldırılması yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira hakem heyeti ile tanıma-tenfiz ülkesi arasında bu tür bir ilişkiden mantıken bahsedilemeyeceği açıktır. Karşılıklılık şartının; hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından MÖHUK’ta kaldırılmış olmasının, yerinde bir düzenleme olduğu hakkında bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 803 dn. 447; karşılıklılık şartı kaldırılmadan önceki haklı eleştiriler için bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s.205-209; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 484; hakem mahkemeleri tarafında verilen “geçici icra” kararlarının “geçici olduklarından ötürü “Türkiye’de tenfiz kabiliyetlerinin olmadığı hakkında bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 566; yabancı hakem kararının tanınmasının; tenfizine nazaran daha kolay olduğundan bahisle, doğrudan yabancı hakem kararının sadece tanınmasının istenmesinde “hukuki yarar bulunmadığı” konusunda bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 348-349.

⁶⁸⁶ T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2017/1211 K. 2017/3766 T. 2.11.2017:

mahkeme ya da hakem heyetince verilen kararın Türkiye’de kesin hüküm ve delil etkisinden yararlanılmasının kabulü anlamına gelmektedir. Bu yerleşik prensipten yola çıkan öğretilerde bir görüş; dava açma yasaklarının “icrai nitelik taşımadıkları” gerekçesiyle, “sadece tanınabileceğini” fakat “tenfiz edilemeyeceğini” vurgulamaktadır⁶⁸⁷. Gerek dava açma yasaklarının kapsamı gerek milletlerarası tahkim uygulaması nazara alındığında, kanımızca bu görüşe katılmak zordur. Zira eda hükmü; davalının sadece bir şeyi vermesi ya da yapmasını değil, aynı zamanda bir şeyi yapmamasına yönelik hususları da kapsamaktadır⁶⁸⁸. Eda hükümlerinde; hem hukuki ilişkinin tespiti, hem de davacının isteğinin yerine getirilmesi amacıyla davalıya yöneltilen bir emir bulunmaktadır.

Her iki husus da dava açma yasağı tedbirlerinde mevcuttur zira tedbir verilirken tahkim sözleşmesinin varlığı *prima facie* de olsa tespit edilmekte ve davalının bu sözleşmeyi ihlal edecek şekilde harekete etmemesi veyahut mevcut ihlali sonlandırması emri de eklenmektedir. Bu noktada; “dava açılmaması” veyahut “davaya devam edilmemesi” emirlerinin soyut olduğundan hareketle, icrasının nasıl olacağı düşünülebilir. Ancak tekrar belirtelim ki eda hükümlerinin nasıl icra edileceği ayrı bir sorundur ve bir hükmün icra edilmesinin zorluğu, onun “eda hükmü” olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Örneğin “davalının gürültü

“Genel olarak; yabancı mahkeme kararının Türk Hukuku’nda hüküm doğurması, yabancı mahkeme kararının niteliğine göre ya tanınması ya da tenfizi ile mümkündür. Yabancı mahkeme kararının yerel mahkeme kararı gibi hukuki sonuç doğurabilmesi için, mahalli mahkemelerce tanıma veya tenfiz prosedürüne tabi tutulup bu yönde bir karar verilmiş olması gerekir. Tanıma veya tenfiz kararı verilmesiyle birlikte yabancı mahkeme kararı, mahalli mahkeme kararı gibi kuvvet ve nitelik kazanır. Bir hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğu hakkında verilen tespit kararları, yenilik doğurucu karar niteliği haiz olduğundan; bu kararların tanınması yeterli iken, özel hukuka ait bir taleple ilgili verilecek edimin ifasına dair eda hükmü içeren bir yabancı mahkeme kararının ülkemizde hüküm ifade edebilmesi ancak tenfizi ile mümkündür. Aynı şekilde bir yabancı mahkeme kararı hem inşai nitelikte hem de eda hükmü içermekte ise bu halde kararın Türk Mahkemeleri’nde hüküm ifade edebilmesi ancak o kararın hem tanıma hem de tenfize konu edilmesi ve bu konuda bir karar verilmiş olmasına bağlıdır. Hukukumuzda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi 5718 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 59-64 maddeleri arasında düzenlenmiş olup, bu hükümlere göre değerlendirme yapılması zorunluluğu bulunmaktadır...”

Ayrıca bkz. T.C. YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ E. 2014/4434 K. 2014/4886 T. 21.3.2014:

“...Tanıma; "Bir mahkeme kararının kesin hüküm kuvvetinin yabancı ülkede kabulü"; tenfiz ise; "Bir mahkeme kararının, sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinin sonucu olarak, maddi icra muamelelerini gerekli kılan kamu gücünü harekete geçiren vasfı"dır...”

⁶⁸⁷ Ekşi, **Lex Mercatoria**, s. 153. Yazara göre; dava açma yasakları “dava açılmaması” veyahut “davaya devam edilmemesi” emirlerini içerdiklerinden dolayı, bunların tenfizi değil “tanınması” istenmelidir.

⁶⁸⁸ Kuru, **a.g.e.**, s. 203; Erişir, **a.g.e.**, s. 376 vd.; Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, **a.g.e.**, s. 252-253; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 682, Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 232; Nomer, **Devletler Hususi**, s. 508; Şanlı/Esen/Ataman-Figaneş, **a.g.e.**, s. 506-508.

yapmamasına” yönelik verilen karar; icraya yönelik soru işaretleri uyandırır da, bu karar bir eda hükmü içermektedir⁶⁸⁹. Bu açıdan meseleye bakıldığında; eda hükümleri, sadece “davalıya 10 bin USD tutarının ödenmesine” gibi ibareler içermemektedir. Nitekim İngiliz mahkemeleri başta olmak üzere; bir devlet mahkemesi tarafından verilen bu tür eda hükmüne uyulmaması halinde, *contempt*, para cezası gibi çeşitli yaptırımların öngörüldüğüne yukarıda Birinci Bölüm’de değinmiş bulunuyoruz. Dolayısıyla dava açma yasaklarının kapsamı ve milletlerarası tahkim uygulaması nazara alındığında; dava açma yasağı tedbirlerinin özü itibarıyla “eda hükmü” içerdikleri ve hem tanımaya hem de tenfize konu olabilecekleri ileri sürülebilir. Kanımızca asıl tartışma; dava açma yasaklarının olası bir tanıma-tenfiz davasında, “kesinleşme” veyahut “bağlayıcılık” şartlarını nasıl sağlayacağı noktasındadır.

Yukarıda vurgulandığı üzere; NYS (1958) hükümleri çerçevesinde hakem tedbir kararlarının veya emirlerinin tanınıp tenfiz edilebilirliğine ilişkin tartışmayı yaparken, bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiş olan madde V/f.1(e) hükmü üzerinde özellikle durmak gerekir. Bu maddeye göre “hakem kararının taraflar için henüz bağlayıcı (*binding*) olmadığı veya tahkim yeri ülkesi veyahut tabi olduğu kanun ülkesinin yetkili bir makamı tarafından iptal edildiğinin veya icrasının askıya alındığının” tespiti halinde mahkeme; takdir yetkisini kullanarak, bağlayıcı olmayan bu kararın tanınması ve tenfizi talebini reddedebilecektir. Bu maddede yer alan veya ibaresinden bu ayrı hususların her birinin tek başına tanıma tenfiz engeli teşkil edeceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla dava açma yasakları dâhil hakem tedbirlerinin tanınması ve tenfizi meselesini ele alırken; özellikle bağlayıcı (*binding*) kavramının, Türk hukukunda nasıl yorumlandığına bakmamız gerekir. Bir diğer önemli engel ise yukarıda “kamu düzeni” kısmında da tartıştığımız üzere, madde V/f.2(b)’de yer alan “kararın tenfiz devletin kamu düzenine aykırı olması” hususudur. Bu şartı ise yukarıda ele almış bulunuyoruz. Hakem tedbir kararlarının veya emirlerinin tanınıp tenfiz edilebilirliğine dair bu kısıtlamaların; Türk hukukunda nasıl yorumlandığını inceledikten sonra, dava açma yasakları dâhil hakem tedbir kararlarına dair sorunlar daha da belirgin hale gelecektir.

⁶⁸⁹ Kuru, *a.g.e.*, s. 203.

“Bağlayıcılık” kavramı; taraf ülke mahkemelerinde, NYS (1958) en çok tartışılan ve farklı yorumlanan ibarelerdendir⁶⁹⁰. NYS (1958) madde V/f.1(e) hükmünde; kararın kesin (*final*) olması değil, taraflar için bağlayıcı (*binding on the parties*) olması şartı aranmıştır. Buradaki “bağlayıcılık” ifadesinin doğru anlaşılması için; NYS (1958)’in yerini aldığı 1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Hakkında Sözleşme⁶⁹¹ (“Cenevre Sözleşmesi (1927)”) ile karşılaştırılması doğru olacaktır. Gerçekten de Cenevre Sözleşmesi (1927) madde 1/f.2(d) uyarınca; hakem kararının tanınip tenfiz edilmesi için, kararın verildiği ülke hukukuna göre usulünce kesinleşmiş (*final*) olması aranmaktaydı⁶⁹². Kararın yabancı ülkede tanınması ve tenfizi için öncelikle verildiği ülkedeki kararın beklenerek; sonrasında ikinci bir kararla tenfiz edilmesi uygulamada çift tenfiz kararına (*double exequatur*) sebebiyet verdiğinden, bu sözleşmenin yerini alan NYS (1958)’de bu ibareye “bilinçli” olarak yer verilmemiştir⁶⁹³. Ancak bu yeni düzenleme tahkim lehine daha yumuşak bir ifade olmasına rağmen, ilgili NYS (1958) maddesinde “taraflar için bağlayıcı” olma hususunun nasıl tayin edileceği meselesi eksik bırakılmıştır⁶⁹⁴.

Öğretide bizim de katıldığımız görüş uyarınca; “taraflar için bağlayıcı olma” şartı, *lex arbitri* ya da kararın verildiği yerin usul hukukundan “bağımsız bir

⁶⁹⁰ “Bağlayıcılık” kavramının, 1927 tarihli Cenevre Sözleşmesi’ndeki “kesinleşme” koşulu yerine kullanılan bir kavram olduğu konusunda bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s. 138-140; “bağlayıcılık” koşulunun getirilmesiyle, NYS (1958)’in hakem kararlarının tenfizinde de uygulanmasının sağlanmasının hedeflendiği konusunda bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 116-117; hakem kararının bağlayıcı olmasının, mahkemeye “kesinleşmiş” kararın sunulmasını gerektirmeyeceği konusunda bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 394-396; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 456.

⁶⁹¹ *Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards*. 1927 yılında Cenevre’de yapılan tenfize dair bu sözleşme, NYS (1958) yürürlüğe girinceye dek, 25 Temmuz 1929 tarihinden beri yürürlükte kalmıştır. Bkz. <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/11/11-05/foreign-arbitral-awards.xml> (Erişim, 20.02.2018).

⁶⁹² <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/11/11-05/foreign-arbitral-awards.xml> (Erişim, 17.02.2018).

“That the award has become final in the country in which it has been made, in the sense that it will not be considered as such if it is *open to opposition, appel or pourvoi en cassation* (in the countries where such forms of procedure exist) or if it is proved that any proceedings for the purpose of contesting the validity of the award are pending.”

⁶⁹³ Akıncı, **Tenfiz**, s. 139-140; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 243-245; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 457.

⁶⁹⁴ Bağlayıcılığın “bizzat taraf iradeleriyle belirleneceği” ve hakem kararının, hakemlerce verildiği anda “bağlayıcı” kabul edileceği hakkında bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 117; taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinde veya tahkim usulünün tabi olduğu kurallarda; hakemlerce verilecek kararın “taraflar için bağlayıcı”, “nihai”, “kesin”, “temyiz yolundan feragat edildiği”, “verilecek hakem kararının derhal uygulanacağı” gibi hususların yer almasının, verilecek kararın bağlayıcı (*binding*) olduğu anlamına geleceği hakkında bkz. Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 244-245; bu eksikliğin bilinçli ve yerinde olduğu hakkında bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 463; kararın, “hangi andan itibaren” bağlayıcı sayılacağı konusunun da tartışmalı olduğu konusunda bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s. 140.

biçimde” ele alınmalıdır⁶⁹⁵. Bu tür bir yorum kanımızca da yerindedir zira mahkemeye alternatif ve bağımsız bir yargılama imkânı sunan tahkimde sonuçlanan bir kararın kesinleşmesi için; tahkimden ayrı olarak karar ülkesinde hakem kararının kesinleşmesini bekleyip, sonrasında tanıma-tenfiz için yabancı ülkeye gitmek tahkimin serilik gerektiren mantığıyla bağdaşmayacaktır. Benzer şekilde *lex arbitri*nin buna karar vermesi uygun değildir zira tahkime hâkim olan taraf serbestisi ve esneklik gereği; tarafların, tamamen yabancı bir ülkenin hukukunu tahkime uygulanacak hukuk olarak seçmiş olması da mümkündür. Dolayısıyla bir İngiliz şirket ve bir Alman şirket aralarındaki tüm uyuşmazlıklar için Paris’te ICC tahkimi öngörmüş ve fakat *lex arbitri* olarak Türk hukukunu belirlemişlerse; Almanya’daki bir tanıma-tenfiz davası için, Türk usul hukukuna evleviyetle başvurarak temyizın sonuçlanmasını beklemek gibi bir “bağlayıcılık” şartının öngörülmesi doğru olmayacaktır. Benzer şekilde örneğin tahkim yeri Fransa’nın emredici usul kurallarına hakemler uymakla yükümlü olmasına rağmen; ICC hakem heyeti tarafından bu ülkede verilen bir hakem kararının Almanya’da tenfizi öncesinde, kesinliğini teyit etmek amacıyla Fransız mahkemelerine başvurulmasını veyahut Fransız mahkemelerinden sorulmasını beklemek de mantıklı değildir.

Bu tür uygulamaların ise; NYS (1958)’i hazırlayanların kaldırmak istediği sorunu gidermeyeceği, tam tersine *double exequatur* sorununun devamına yol açacağı açıktır⁶⁹⁶. Yukarıda ele aldığımız birçok yabancı kararda da vurgulandığı üzere mahkemelerin bu bağımsız yorum anlayışına uygun olarak; kararın verildiği tahkim kurumu veya bağlı olduğu tahkim kuralları uyarınca taraflar için bağlayıcı olmasını, NYS (1958) madde V/f.1(e) için yeterli görmesi önemli bir gelişmedir. Bu yaklaşım yerindedir zira öğretilde haklı şekilde vurgulandığı üzere tahkim sözleşmesiyle taraflar aslında; bağımsız hakem veya hakemlerce davanın esası hakkında verilecek kararı, “nihai ve bağlayıcı” olduğunu “peşinen” kendi hür

⁶⁹⁵ Tahkim yargılamasının en önemli özelliklerinden birinin de kararın “taraflar üzerinde bağlayıcı ve nitelikte” etki doğurması olduğu, ancak hakem kararının “bağlayıcılığı” ile “kesinleşmesinin” aynı şey olmadığı hakkında bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 394-395; taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinde veyahut tahkim usulünün tabi olduğu kurallarda; hakemlerce verilecek kararın “taraflar için bağlayıcı”, “nihai”, “kesin”, “temyiz yolundan feragat edildiği”, “verilecek hakem kararının derhal uygulanacağı” gibi hususların yer almasının, verilecek kararın bağlayıcı (*binding*) olduğu anlamına geleceği hakkında bkz. Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 244-245; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 458-459; tahkim usulüne uygulanacak hukuk gereğince, kararın bağlayıcılığı için gerekli şartlar yerine getirilmişse artık bu kararın bağlayıcı kabul edileceği konusunda bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s. 141; hakem kararının, taraflar için bağlayıcı hale gelmişse tenfiz edilebileceği hakkında bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 117.

⁶⁹⁶ Akıncı, **Tenfiz**, s. 140; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 243-245; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 459.

iradeleriyle kabul etmektedirler⁶⁹⁷. NYS (1958)'in amacına daha uygun olan bu yorum, modern tahkim düzenlemelerinde de teyit edilmiştir. Örneğin ISTAC Tahkim Kuralları madde 36/f.4 gereği; usulünce hakemlerce imzalanan ve Sekretarya'ya tevdi edilen kararlar, “ taraflar için bağlayıcıdır”. Dolayısıyla ISTAC Tahkim Kuralları uygulanarak verilen bir hakem kararının; NYS (1958) madde V/f.1(e) anlamında “bağlayıcılığı” yabancı bir tenfiz ülkesi mahkemesi önünde tartışılırken, hakemlerin yargılamayı sona erdirip erdirmedikleri veyahut kararı imzalayıp imzalamadıkları gibi tahkimin kendi iç mekanizmasındaki kurallara bakılacaktır. Benzer şekilde ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 35/f.6'da da benzer bir düzenlemeye yer verilmiş ve “her tür hakem kararının, taraflar için bağlayıcı” olacağı vurgulanmıştır. Bu tür kesin düzenlemeler; tahkime dönük tarafların ortak iradelerinden kaynaklamakta olup, mantıkidirler.

Türk hukukunda Yargıtay; ilk kararlarında bu ağırlıklı görüşle bağdaşmayacak şekilde “sekretarya veya hakemler” yerine “mahkeme şerhi” aramış⁶⁹⁸ ise de, sonraki kararlarında bu yanlış düzelterek “bağlayıcılık” hususunu tarafların iradesi ile tahkim kurallarına göre tayin etme yoluna gitmiştir⁶⁹⁹. Hakem tedbir kararlarına ilişkin eleştirilerin başında gelen; hakem kararlarının kural olarak üçüncü kişileri zorlamaksızın salt tahkim sözleşmesinin taraflarını bağladığı gerçeği, tarafların seçtikleri tahkim kurallarına uygun şekilde verilen kararın kendileri için bağlayıcı hale geleceği hususunu da teyit etmektedir. Başka bir deyişle; hakem kararının, taraflar için bağlayıcı olması hususu ile tüm kişilere karşı bağlayıcı ve icrai etkiyi haiz olması aynı şekilde değerlendirilmemelidir. Öğretide vurgulandığı üzere; “verildiği andan itibaren, hakem kararını taraflar için bağlayıcı saymak” en doğru yorum tarzı olacaktır⁷⁰⁰. Yargıtay bir kararında; “hakem kararının nihai ve bağlayıcı olacağına” dair sözleşme hükmü ile tahkim kurallarındaki “kararın, taraflarca

⁶⁹⁷ Jay E. Grenig, “After the Arbitration Award: Not Always Final and Binding”, **Marquette Sports Law Review** [Vol. 25: 1 2014], p.66-99, s. 68. Türk hukukunda bir davada tarafların; kendi hür iradeleriyle seçtikleri tahkim kurumunun yönetmelik kurallarına göre veyahut atıfta bulundukları kurallara göre “bağlayıcılık” esasının tespit edileceği mütalaa edilmiştir. Diğer ifade ile “tahkim içi temyiz veya itiraz yollarının tüketilmiş olması” yeterlidir. Bkz. Şanlı, **Mütalaalar**, s. 693-701; bağlayıcılık konusunda taraf iradelerinin belirleyici olacağı konusunda bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 117.

⁶⁹⁸ NYS (1958) madde IV'te de tenfiz dilekçesine eklenecek belgeler arasında “kesinleşme” ve “bağlayıcılığa” ilişkin belgenin istenmemesi de yerinde olup, NYS (1958) madde V/f.1(e) ile de uyumludur. Ayrıca bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 463-464. Krş. MÖHUK madde 61; Yargıtay uygulamaları yerinde olarak, bu yöndedir. Bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 394-395.

⁶⁹⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 394-396; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 460-462; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 244.

⁷⁰⁰ Grenig, **a.g.e.**, s. 68; Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 117; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 244; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 462; Şanlı, **Mütalaalar**, s. 693-701.

süresinde veya derhal uygulanacağına” dair düzenlemeyi dikkate alarak, NYS (1958) madde V/f.1(e) kapsamında kararın “bağlayıcı” olduğunu kabul etmiş ve “kesinleşmiş hakem kararının ibrazını” isteyen mahkeme kararını bozmuştur⁷⁰¹. Hakem kararının verildiği anda taraflar için bağlayıcı olacağı hususu; Yargıtay kararlarında da vurgulanmakta ve NYS (1958) madde V/f.1(e) kapsamında “kararın bağlayıcı olmadığını”, davalının ispatlamakla yükümlü olduğu haklı olarak vurgulanmaktadır⁷⁰².

Bu konudaki asıl tereddüt; UNCITRAL Tahkim Kuralları dahi uygulanmaksızın yürütülen *ad hoc* tahkimlerde, kesinliğin nasıl tayin edileceği hususundadır. Bu durumda da öncelikle “tarafların ihdas ettikleri tahkim mekanizması” ve varsa sözleşme çerçevesinde kararın bağlayıcılığı araştırılmalıdır⁷⁰³. Taraflar; kararın kendilerini hangi andan itibaren bağlayacağını, açıkça düzenlemiş olabilirler. Böyle bir düzenlemenin olmaması durumunda öğretide bir görüşe göre; hakemlerin karar verip davadan el çektikleri anda, taraflar için kararın bağlayıcı olacağı konusunda taraflar arasında “zımni” bir anlaşma mevcuttur⁷⁰⁴. Diğer bir ifade ile tarafların seçtikleri tahkimin *ad hoc* olması ve tarafların “bağlayıcılık” hususunda bir düzenleme yapmamış olmaları durumunda da; hakemlerin kararı vermesiyle kararın taraflar için bağlayıcı hale geleceğini kabul

⁷⁰¹ T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 1999/19-467 K. 1999/489 T. 9.6.1999:

“Davacı şirketin mukim bulunduğu Rusya ile Türkiye'nin de imzaladığı 1958 tarihli New York Sözleşmesinin V/e maddesinde yabancı hakem kararının tenfizi için vacibürriaye (bağlayıcı) olması gerektiği belirtilmiştir. Taraflar arasındaki 8.2.1992 tarihli sözleşmesinin 9. maddesinde *tahkim kurulunun verdiği kararın nihai olduğu, her iki tarafı da bağladığı* hükme bağlanmıştır. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Ticari Uyuşmazlıklar Mahkemesi ile ilgili düzenlemenin 44. maddesinde hakem heyeti kararlarının tahkim kararında *belirtilen süre içinde gönüllü olarak uygulanacağı, eğer hükümde hiçbir süre öngörülmemişse bu kararın derhal uygulanacağı belirtilmiştir*. Görüldüğü gibi Ticari Uyuşmazlık Mahkemesince verilen karar bağlayıcıdır. New York Sözleşmesinin V/e maddesinde *hakem kararının bağlayıcı olması* yeterli görüldüğünden mahkemenin kesinleşmiş hakem kararı ibraz edilmediği gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmesi de isabetsizdir.”

⁷⁰² T.C. YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ E. 2002/9861 K. 2002/8221 T. 26.12.2002 (Karşı Oy):

“Taraflar arasındaki sözleşmenin tahkim şartı ile ilgili maddesinde “Arbitraj Mahkemesinin kararının taraflar için kesin ve mecburi olacağı” hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi tenfizi istenen karar verildiği anda taraflar açısından bağlayıcıdır. Ayrıca kararın taraflar açısından bağlayıcı olmadığını ispat yükü davalı taraftadır (MÖHUK. Md. 45 /son; New-York Sözleşmesi Md. V/I-e). Mahkemece ispat yükünün davalıda olduğundan bahisle tenfiz isteminin bu nedenle reddi isabetsiz olduğundan, sayın çoğunluğun bu şartın gerçekleşmediğine ilişkin görüşüne katılmıyorum.”

⁷⁰³ Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 244; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 394-396; benzer yönde bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 117; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 464.

⁷⁰⁴ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 464. Tahkimin tabi olduğu kurallarda da, kararın hangi andan itibaren bağlayıcı olacağı açıkça düzenlenebilir. Örneğin ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 35/f.6, verilecek “tüm kararların” tarafları bağlayacağını, açıkça düzenlemiştir:

“*Every award shall be binding on the parties*. By submitting the dispute to arbitration under the Rules, the parties undertake to carry out any award *without delay and shall be deemed to have waived their right to any form of recourse* insofar as such waiver can validly be made.”.

etmek, gerek tahkim gerek NYS (1958) madde V/f.1(e) bakımından daha yerinde bir yorum olacaktır. Yukarıda Birinci Bölüm’de de ele alındığı üzere; Avrupa Cenevre Sözleşmesi (1961), bu konuda da yardımcı olabilecek bir düzenlemedir. Madde IV/f.1(b)-iii’ye göre taraflar; *ad hoc* tahkiminde hakemlerin takip edeceği usulü serbestçe kararlaştırabilirler ancak tahkim usulü taraflarca kararlaştırılmamışsa, madde IV/f.3 uyarınca, tahkim usulüne dair gerekli adımlar hâlihazırda belirlenmiş olan hakemlerce atılacaktır. Hakem seçimindeki eksikliğin ise madde IV/f.2 kapsamında giderileceğini vurgulayalım. Dolayısıyla taraflarca kararlaştırılmış bir usul yoksa bu madde kapsamında; hakemlerin, “kararın ne zaman bağlayıcı hale geleceğini” de kararlaştırabilecekleri dikkate alınmalıdır.

Türk hukuku açısından buraya kadar tartıştığımız kısımda; genel olarak hakem “kararının” (*award*) tanınması-tenfizine engel olan “taraflar için bağlayıcılık” meselesini ele aldık. Gerek Türk doktrininde gerek mahkeme kararlarında, dava açma yasakları dâhil hakem tedbir kararları veya hakem emirlerinin tanınıp tenfiz edilmesi hususu yeterince tartışılmadığı ileri sürülebilir. Dolayısıyla yukarıda yapılan analizler çerçevesinde; örneğin Londra’daki hakem heyeti tarafından verilen bir dava açma yasağının veyahut başkaca bir geçici hukuki koruma talebinin, Türkiye’de NYS (1958) kapsamında tanınması ile tenfizinin mümkün olup olmadığı hususu önem kazanmaktadır. Kanımızca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da vurgulandığı üzere; “tahkim kurulunun verdiği kararın nihai olduğu ve her iki tarafı da bağladığı” yönündeki kararı oldukça önemlidir. Bir hakem kararının bağlayıcılığı; doğrudan taraflar söz konusu olduğunda, daha az tartışma yaratmalıdır. Diğer bir ifade ile dava açma yasakları, kural olarak taraflardan birini (yabancı forumda dava açan veyahut açacak olan davacı tarafı) konu edindiğinden; geçerli bir tahkim sözleşmesine dayanılarak verilen bir dava açma yasağı tedbirinin; taraflar için bağlayıcı (*binding on parties*) olduğu hususu, kanımızca tartışmadan uzaktır. Bu noktada önemle belirtelim ki tahkim lehine oldukça önemli ve radikal adımlar atan Singapur’da; sadece geçici nitelikteki dava açma yasaklarına değil, Singapur merkezli tahkimlerde aynı zamanda kesinlik belirten süresiz dava açma yasakları da verilebilmektedir⁷⁰⁵. Dolayısıyla Türk hukuku uyarınca “geçici bir tedbir” niteliği

⁷⁰⁵ *BC Andaman Co Ltd and others v. Xie Ning Yun and another*, [2017] SGHC 64, Supreme Court of Singapore, High Court, Originating Summons No 884 of 2016, 04 April 2017. Bu davada Tayland mahkemelerindeki davalardan davalının men edilmesine yönelik, süresiz dava açma yasağı talebi kabul edilmiştir.

2014 tarihli başka bir davada ise Singapur Temyiz Mahkemesi; İsviçre’de kurulu şirket aleyhine, bu ülkede dava açmaması yönünde süresiz dava açma yasağı tedbiri uygulamış ve Singapur’da

haiz olsa bile, verildiği merci itibariyle taraflar üzerinde “bağlayıcı” olduğu tartışmasız olan bir tedbirin tanınması ile tenfizi mümkün olabilmelidir.

Aşağıda inceleneceği üzere; MÖHUK kapsamına “kesin olmayan” hakem tedbir ve emirleri sokulmamakta ve bu tür tedbirler bir yana, genel olarak geçici hukuki korumaları ele alan MTK madde 6/f.3’ün muğlâk ve eksik düzenlemesi de Türk hukuku uygulamasında ciddi problemlere sebebiyet vermektedir⁷⁰⁶. Kanımızca milletlerarası tahkimde sıklıkla uygulanmakta olan dava açma yasakları dâhil hakem tedbirleri ile bunların tanınması ve tenfizi problemlerine karşı, kayıtsız kalınması doğru değildir. Aşağıda çalışmamızı sonlandırırken, bu eksikliği gidermeye yönelik çeşitli önerilerimizi de sunacağız. Ancak bu kısımda tartıştığımız üzere; Türk hukukunda da “mahkeme şerhi” yerine, “bağlayıcılık” hususunun tarafların iradesi ile tahkim kurallarına göre tayin edilmeye çalışılması hakem tedbir ve emirleri için de olumlu bir gelişmedir. Zira hakem tedbirlerine olumlu ve yapıcı yaklaşılması ancak tahkimin; mahkemeden bağımsız bir yargılama faaliyeti olduğu ile kendi içinde özel yönleri bulunan ve mahkemelere alternatif bir yargılama türü olduğunun kabul edilmesi ile mümkündür. Ayrıca mahkemelerin tahkime müdahalesinin mümkün olduğunca en aza indirilmesi, uluslararası tahkimin başarıya ulaşması için oldukça önemli bir şarttır⁷⁰⁷. İster nihai hakem kararı olsun ister hakem tedbir kararı olsun; kanımızca tüm bu kararlar NYS (1958) madde V/f.1(e) uyarınca, tahkimi ortak ve hür iradeleriyle seçmiş olan taraflar için “bağlayıcı” sıfatı haiz olacaktır. Her iki taraf için de bağlayıcı olan bir hakem kararını; Türk hukuku uyarınca yeniden

tahkimi öngören sözleşmeye uymasını istemiştir. Bkz. *R1 International Pte Ltd v Lonstroff AG*, [2014] SGCA 56.

⁷⁰⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 135-136; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 45 vd.; Balkar, **a.g.e.**, s. 241-243.

⁷⁰⁷ Yukarıda da incelenen *McDonalds India Private Limited (“MIPL”) vs. Vikram Bakshi and Ors.* davasında, bu gerçek ile ihtiyaca vurgu yapılmış ve mahkeme müdahalesinin en aza indirilmesi gerektiği vurgulanmıştır:

“*Arbitration is dependent on the underlying support of the courts*, which alone have the power to rescue the system when one party seeks to sabotage it. ... Courts need to remind themselves that the trend is to minimize interference with arbitration process as that is the forum of choice. That is also the policy discernible from the 1996 Act. Courts must be extremely circumspect and, indeed, reluctant to thwart arbitration proceedings. Thus, while courts in India may have the power to injunct arbitration proceedings, they must exercise that power rarely and only on principles analogous to those found in sections 8 and 45, as the case may be, of the 1996 Act. We have already indicated that the circumstances of invalidity of the arbitration agreement or it being inoperative or incapable of being performed do not exist in this case.” Karar için bkz. FAO(OS), 9/2015, CM No. 326/2015. <https://indiankanoon.org/doc/182683681/> (Erişim, 11.09.2017).

MTK madde 3’te mahkemelerin sadece bu Kanun hükümlerine göre müdahale edebileceği hükmünün temelinde de müdahaleyi en aza indirme amacının olduğu hakkına bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 135; ayrıca bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 319. Kanımızca bu iyi niyetli yaklaşımlara rağmen, Türk hukukunda MTK madde 6 ile diğer hükümler nedeniyle tahkime müdahalenin yine de yoğun olduğu söylenebilir.

“bağlayıcılığını” tartışmaksızın, tahkim yargısının kendi mekanizması içinde değerlendirerek tanıyıp tenfiz etmek daha doğru olacaktır. Bu nedenle yukarıda vurguladığımız ve birçok mahkeme kararında da desteklendiği üzere; bazı mahkemelerin⁷⁰⁸, NYS (1958) kapsamında taraflar için bağlayıcı olan tedbirleri de tanıyıp - tenfiz etmelerinde şaşılacak bir durum yoktur.

cc) 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na Göre Hakem Tedbir Kararlarının İcrası

Türk hukukunda milletlerarası tahkim alanında; geçici hukuki koruma önlemlerinin nasıl isteneceği ve hakem heyetinden alınan bir tedbirin Türkiye’de nasıl icra edileceği meselesinde, dikkate alınması gereken diğer bir önemli düzenleme de MTK’dır. Yukarıda kısmen de olsa, MTK hükümlerine değinmiş bulunuyoruz. Ancak bu kısımda, şu sorulara cevap aranacaktır: Dava açma yasağı tedbirine uymayan davalı tarafa karşı davacı; MTK madde 6/f.3 uyarınca Türk mahkemesinden yardım istediğinde, mahkeme nasıl davranmalıdır? Dava açma yasakları da MTK madde 6/f.3 kapsamında değerlendirilebilecek midir?

MTK madde 6/f.2; hakemlerin geçici hukuki korumalara karar verebileceğini, “tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verebilir” şeklinde düzenlemektedir. Aynı fıkra da yer alan “aksi kararlaştırılmadıkça” ifadesi; milletlerarası tahkimin en belirgin özelliklerinden olan taraf serbestisine vurgu yapmakta ve hakemlerin tedbir kararı verme yetkisi olmakla beraber, bu yetkinin taraflarca kaldırılabilceğini belirtmektedir. Ayrıca MTK madde 6/f.2 uyarınca hakemler; cebrî icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı da veremezler. Hakemlerce verilen tedbir kararları ancak tarafları bağlar, diğer bir ifadeyle *in personam* etki doğurur.

⁷⁰⁸ Bu kısımda detaylıca ele alınmamakla beraber; yabancı *mahkeme* kararlarının tanınması ve tenfizi kapsamında da, dava açma yasaklarının tanıma ve tenfize konu edildikleri görülmektedir. Örneğin Fransa’daki *In Zone Brands* davasında; Fransız Temyiz Mahkemesi, Amerikan mahkeme kararıyla beraber tanıma-tenfize konu olan dava açma yasağı tedbirinin milletlerarası kamu düzenine aykırı olmadığını vurgulayarak Amerikan mahkeme kararını onaylamıştır. Civ. 1ère, 14 October 2009, pourvoi n° 08-16.369, *In Zone Brands*. (Kluwer Arbitration, 2018). Bkz. Yukarıda “Mahkemeler Tarafından Verilen Dava Açma Yasakları”.

HMK ve MTK uyarınca yapılan tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararları ister nihai ister ara karar şeklinde olsunlar, milli hakem kararındırlar⁷⁰⁹. Dolayısıyla bu tür hakem kararları; Türkiye açısından yabancı kabul edilmeyeceğinden, bu kararların tanınması-tenfizi de söz konusu olmayacaktır. MTK madde 6/f.1 gereği doğrudan bir Türk mahkemesinden alınabilen geçici hukuki koruma tedbirinin de; yabancı olmayacağı ve tanıma-tenfize konu edilmeksizin diğer mahkeme tedbirleri gibi icra edilebileceği açıktır. Asıl problem; bir tahkim yargılamasında hakemlerce verilen geçici hukuki korumaya davalının uymaması halinde, bu tedbirin Türk mahkemesi önüne MTK madde 6/f.3 uyarınca gelmesi durumudur. Zira MTK madde 6/f.3; bir tarafın hakem tedbir kararına uymadığı durumlarda karşı tarafın, “ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını” isteyebileceğini düzenlemektedir. Bu madde geçici korumaların tanıma-tenfizi ile ilgili olmadığı gibi; sanki hakem tarafından verilen tedbir yerine, mahkemenin yeniden tamamen farklı bir tedbir verebileceği şeklinde yorumlanabileceğinden kanımızca sorunludur. Kaldı ki hakemler tarafından verilen ihtiyati haciz tedbirlerinde; mahkeme müdahalesi kaçınılmazdır, zira bu tedbirler nitelikleri itibariyle taraflarca icrası mümkün olmayan tedbirlerdir⁷¹⁰. Ancak tarafların uyabilecekleri delil temini, dava açma yasağı ve ihtiyati tedbir gibi geçici hukuki koruma önlemlerine uymama halinde mahkeme müdahalesini kaçınılmaz kılmak ve hatta mahkemeye hakem tedbir kararını yok sayma imkânı vermek oldukça sorunludur.

⁷⁰⁹ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 562-565; Özel, **a.g.e.**, s. 24-25; yabancı hakem kararının, “başka bir devletin usul hukukuna tabi olarak verilen” kararlar olduğu hakkında bkz. Çelikel/Erde, **a.g.e.**, s. 779; Özel, **a.g.e.**, s. 24-26; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 679; hakem kararının, milli veyahut yabancı sayılmasının tabi olunacak hukuki rejim bakımından önemli olduğu konusunda bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 3-9; yabancı hakem kararının belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılan mekan kriteri ile usule uygulanan hukuk kriterlerinin analizi için bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s. 9-11; taraf veya hakemlerin vatandaşlığının, milliyeti belirleme konusunda etkisinin olmadığı konusunda bkz. Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 174-177; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 394; bir hakem kararının, yabancı hakem kararı olup olmadığının Türk hakim tarafından Türk hukukuna göre belirleneceği ve yabancı mahkemelerce hakem kararının milliyeti konusunda yapılan tespitle Türk mahkemelerinin bağlı olmayacağı konusunda bkz. Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 182-183. Bir hakem kararı; “yabancı bir hakem otoritesi altında verilmiş ise, o kararın yabancı hakem kararı sayılabileceği” hakkında bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 7.11.1951 tarihli ve 126/109 sayılı kararı. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Kalpsüz, *Hakem Kararları*, s. 603-610; karar metni için ve hakem kararlarının milliyetinin “verildiği yerle” sınırlandırılmayacağı görüşü için bkz. Koral, **a.g.e.**, s. 156 vd.; ayrıca bkz. **Milletlerarası Tahkimde Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Sempozyum Bildiriler – Tartışmalar 11 Nisan 1997, 43. Yıl, (1954-1997)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1997, s. 164 vd.

⁷¹⁰ Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 182-183; hakemlerin, ihtiyati hacze karar vererek davalının malına el koyamayacağı hakkında bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 137; detaylı bilgi için bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 225 vd.; Balkar, **a.g.e.**, s. 169 vd.; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 27.

MTK madde 1/f.3 gereği; muğlâk ve sorunlu olan MTK madde 6/f.3 hükmü, tahkim yeri yurtdışında olan hakem kararlarına da uygulanacaktır. Zira madde 1/f.3'e göre; MTK'nın 5'inci ve 6'ncı maddeleri, "tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da" uygulanacaktır. Dolayısıyla "yabancı" hakem tedbir kararlarının; davalı tarafın uymasını sağlamak üzere, Türk mahkemesi önüne MTK madde 6/f.3 uyarınca gelmesi pekâlâ mümkündür. Kural olarak MTK kapsamına girmeyen bir tahkim yargılamasında; örneğin Londra'da gerçekleşmekte olan ve MTK'nın uygulanacağına da kararlaştırılmadığı bir tahkim yargılamasında hakemlerce verilen ihtiyati tedbire davalı taraf uymadığı takdirde, diğer taraf tedbire uyulmasını ve tedbirin Türkiye'de uygulanmasını sağlamak üzere, Türk mahkemesinden yardım talep edebilecektir. Dikkat edilirse bu tahkim yargılaması; MTK kapsamında olmamakla beraber, Türk mahkemelerinden geçici hukuki koruma MTK madde 1/f.3 açık düzenlemesi gereği talep edilebilmektedir. Dolayısıyla Londra'daki hakem heyetince verilen ve davalının Türkiye'de dava açmasını yasaklayan dava açma yasağına davalı taraf uymadığında davacı taraf; Türkiye'de bu tedbir kararının yerine getirilmesini sağlamak amacıyla tanıma-tenfiz rejimi yerine, MTK madde 6/f.3 uyarınca doğrudan Türk mahkemelerinden yardım isteyebilecektir. Bu açıdan mesele ele alındığında; yurtdışındaki tahkim yargılamasından elde edilen geçici hukuki koruma önlemi, dava açma yasağı veya *mareva* tedbiri gibi Türk mahkemelerine yabancı bir tedbir de olabilecektir. Bu tür taleplerde, Türk mahkemeleri nasıl davranmalıdır?

Bu tür bir yabancı hakem tedbirine; davalı tarafın uyulmasını sağlamak için talepte bulunulduğunda Türk mahkemeleri; bu alışılmadık hakem tedbirini yok sayarak, maalesef tamamen yeni bir tedbire de hükmedebileceklerdir. MTK madde 6'nın muğlâk ve eksik metninden kaynaklı sorunlar oldukça fazla olduğundan; tüm detayları burada ele almak, çalışmamızın kapsamını oldukça aşacaktır⁷¹¹. Ancak sonuç itibariyle nerede verilmiş olursa olsun; bir yabancı hakem tedbirinin Türkiye'de etki doğurabilmesi için, MTK madde 6'daki sorunlu ve muğlâk usulden geçmesi şarttır. Dolayısıyla mevcut MTK sisteminde Londra merkezli bir ICC tahkiminde hakem heyetince davalı Türk taraf aleyhine verilecek delil tespiti, dava

⁷¹¹ Detaylı bilgi için bkz. Erişir, **a.g.e.**, s. 225 vd.; Balkar, **a.g.e.**, s. 243-252; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 27, s. 137-141; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 210-221; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 182-183.

açma yasağı, hesabın bloke edilmesi gibi çeşitli tedbirler; davalı bunlara uymadığı zaman, MTK madde 6/f.3'e göre Türk mahkemelerinin yoğun müdahalesine maruz kalacaktır. Bu tür bir tedbir kararının; doğrudan tanıma-tenfize konu edilmesi ayrı bir usul olduğundan, yukarıda değerlendirmiş bulunuyoruz. Dolayısıyla tahkim yeri Türkiye dışında olan tahkim yargılamalarında; özellikle Türk tarafı ilgilendiren davalarda, yabancı hakem tedbirlerinin Türkiye'de icrası noktasında görevli ve yetkili⁷¹² Türk mahkemesinin müdahalesinin neredeyse şart olduğu söylenebilir.

Londra merkezli bir ICC tahkiminde; hakem heyeti tarafından verilmiş bloke hesap oluşturma, malın devrinin yasaklanması, dava açmanın yasaklanması gibi çeşitli ara kararlar (*interim awards*) veya salt emirlerin (*orders*) Türkiye'de icrası MTK madde 6/f.3 engeline takılacaktır. Benzer şekilde örneğin tahkim yeri Köln olan bir tahkim yargılamasında; davalı bir Türk şirket aleyhine verilen bir hakem tedbirinin Türkiye'de icrası da, muhatap taraf uymadığı zaman MTK madde 6/f.3 uyarınca gerçekleştirilecektir. Bu noktada MTK madde 1/f.2'deki uygulama şartlarında yer alan “ve” ibaresi düşünülerek acaba tahkim yeri Türkiye dışında olmakla beraber MTK hükümlerinin kararlaştırıldığı yargılamaların mı kastedildiği düşünülebilir. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre uygulanma şartları MTK madde 1/f.3 ve MTK madde 6/f.3 ile beraber değerlendirildiğinde; MTK hükümleri kararlaştırılmamış olsa bile, Türkiye dışındaki tüm yabancı hakem geçici hukuki koruma tedbirlerinin MTK madde 6/f.3 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır⁷¹³. Diğer bir ifade ile “tüm yabancı hakem geçici hukuki koruma tedbirlerinin” Türkiye'de icrasında da; “herhangi bir tenfiz rejimine de başvurmaya gerek olmaksızın”⁷¹⁴, MTK madde 6/f.3 gereği doğrudan yetkili bir Türk mahkemesinden yararlanmak mümkündür.

MTK madde 6/f.3 düzenlemesi; yabancı hakem tedbir kararlarını dolayısıyla dava açma yasaklarını da ilgilendirdiği için, bu maddenin Türk hukuku uygulamasında yarattığı sorunlara kayıtsız kalmamız doğru olmayacaktır. MTK madde 6/f.3 kural olarak; cebri özelliği bulunmayan hakem kararının taraflarca gönüllü olarak yerine getirilmemesi halinde, ne yapılması gerektiğini düzenlemektedir. MTK madde 6/f.3'teki; “karşı taraf, *ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî*

⁷¹² Hakem tedbir kararlarında; Türk hukukunda görevli ve yetkili mahkemenin hangisi olacağı hususu, aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

⁷¹³ Şanlı, **Mütalaalar**, s. 726-727; Balkar, **a.g.e.**, s. 242; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 138 vd.; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 223; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 182 vd.;

⁷¹⁴ Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 66-67; Balkar, **a.g.e.**, s. 242; Şanlı, **Mütalaalar**, s. 726 vd.

haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir” ifadesi, muğlâk ve eksiktir. Mahkeme yardımının tam anlamıyla kapsamının nasıl olacağı, hakem tedbir kararının onaylanmasının mı yoksa mahkemece yeni bir tedbir kararının mı verileceği, bunun usulünün ne olacağı, tedbir kararı sadece onaylanacaksa bile bu incelemenin sınırlarının nasıl belirleneceği gibi birçok önemli mesele cevapsız bırakılmıştır⁷¹⁵. Her ne kadar doktrinde Pekcanitez; “bu tür hususların kanunda yer almasının gereksiz olacağı” gerekçesiyle mevcut düzenlemeyi savunmuşsa⁷¹⁶ da kanımızca söz konusu düzenleme bilinçli bir eksik düzenlemenin ötesinde, uygulamada birçok sıkıntıya sebebiyet verebilecek muğlâk bir düzenlemedir. Zira dikkat edilirse hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen NYS (1958) ile aşağıda incelenecek olan MÖHUK madde 60 vd. hükümlerinin aksine; MTK madde 6/f.3’teki düzenleme, hakem tedbir kararının tanınması-tenfizine ilişkin değildir. İlk bakışta bunun zaten mantıklı olmayacağı zira MTK kapsamındaki “milli” hakem kararlarının tanınması-tenfizinin değil, ancak iptalinin mümkün olduğu vurgulanabilir. Ancak yukarıda vurguladığımız üzere MTK madde 1/f.3 gereği “mahkeme yardımını” öngören düzenleme, “tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da” uygulanacaktır. Kural olarak MTK kapsamına girmeyen yabancı bir bağlayıcı hakem kararının (*arbitral award*) Türkiye’de etki doğurması için; NYS (1958) veya MÖHUK hükümleri çerçevesinde, ayrı bir tenfiz davası açmak şarttır. Oysaki MTK kapsamına girmeyen yabancı hakem tedbir kararlarının veya emirlerinin icrası için MTK madde 6/f.3 uyarınca yetkili Türk mahkemesinde tenfiz davası açılmayacak sadece yardım talep edilecektir. Hatta bu muğlâk düzenleme nedeniyle Türk mahkemesi; verilmiş hakem kararını göz ardı ederek, yardım adı altında yeni bir tedbire de hükmedebilmektedir.

Kanımızca yabancı hakemler MTK kapsamına girmeyen bir davada Türk şirket aleyhine bir tedbire hükmetmişlerse ve davalı taraf bu tedbire uymamışsa; bu yabancı tedbirin yerine başka bir tedbire hükmedilmeksizin, hakem tedbir kararının icrasının onaylanması şeklinde MTK madde 6/f.3’ün uygulanması gerekir. Bu yorum tarzı, kanımızca iki ayrı yargılama yapılmaması prensibi ve milletlerarası tahkimin gerekliliklerine daha uygun olacaktır. MTK madde 6/f.3 sadece karşı tarafa mahkemeye başvuru hakkı tanımışken, MTK madde 6/f.4 her iki tarafa da dava

⁷¹⁵ MTK kapsamında geçici hukuki korumaları ele alan geniş bir analiz için bkz. Balkar, **a.g.e.**, s. 242; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 27, s. 137-141; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 210-221; Özel, **a.g.e.**, s. 109 vd.; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 45 vd.; Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 60-61.

⁷¹⁶ Pekcanitez, *Geçici Koruma*, s. 137.

yoluyla yeni bir istemde bulunma hakkı vererek sorunu daha karmaşık hale getirmektedir. MTK madde 6/f.3'teki “*ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle*” ibaresi de; sanki hakem tedbir kararının onaylanması veya uygulanması değil, yeniden Türk mahkemesince tedbir kararı verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmaya da müsaittir⁷¹⁷.

Konumuz olan dava açma yasakları için önemli olan asıl mesele ise; hakemlerin, Türk hukukunda bilinmeyen veyahut uygulanmayan tedbir kararları vermesi ve bu kararının Türkiye’de icrasının gerekmesi halidir. Diğer bir ifade ile yabancı hakemler; Türkiye’de icra edilmek üzere ve fakat Türk hukukuna tamamen yabancı bir tedbire hükmetmişlerse, ne olacaktır? MTK madde 6/f.3’ün muğlâk ve eksik düzenlemesinde; bu soruya yanıt vermeye çalışacağız zira mevzuat uyarınca yabancı hakem tedbir kararları da hangi türde olursa olsunlar tanıma-tenfiz rejimine tabi tutulmadıkları sürece, Türkiye’de icra edilmek istediklerinde bu hükme takılacaklardır.

MTK madde 6/f.3 hükmünde “*ihtiyatî haciz*” geçmesine rağmen; çoğu zaman doğal olarak cebri icra yoluyla mala el konulmasını gerektiren ihtiyatî hacze MTK madde 6/f.2 gereği hakemlerce karar verilemeyecek olması, hakemlerin tedbir kararı verme yetkisini önemli ölçüde sınırlamaktadır⁷¹⁸. Örneğin Londra merkezli bir ICC tahkim davasında davalının Türkiye’deki bir bankada bulunan parasının tahkim davası süresince bloke edilmesine tedbiren karar verilmesi; bankaya karşı doğrudan bir anlam ifade etmeyecek ve banka bu işlemi gerçekleştirmeye, hakemlerce zorlanamayacaktır. Bu şekilde örnekleri çoğaltmak mümkündür. Örneğin hakemler; mahkeme kanalı ile bilgi temininde oldukça sık kullanılmakta olan, resmi veya özel kurumlara müzekkere yazarak da bilgi temin edemezler. MTK madde 6/f.2’deki muğlâk düzenlemede taraflardan birinin istemi üzerine hakemlerce ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verebileceği düzenlenmiş ise de; hakem tedbir kararlarındaki cebri etki yoksunluğu yani başta belirttiğimiz üzere *imperium* eksikliği, tedbir yetkisini büyük ölçüde anlamsız bir hale getirmektedir. Bir yanda

⁷¹⁷ Öğretide maddenin açık lafzını dikkate alan Akıncı; ilgili tarafın, tedbiri gönüllü olarak yerine getirilmediğini göstererek, mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararını istemesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Taraf dilerse; doğrudan mahkemeye başvurup, tahkimden bağımsız yeni bir tedbir kararı da alabilecektir. Bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 138-139.

⁷¹⁸ Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 45-47; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 137-138; Melis Taşpolat Tuğsavul, “4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin ve Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2063-2113 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, s. 2063-2113, s. 2080 vd.

milletlerarası tahkimin gelişmesi için mahkeme müdahalesini en aza indirme temennisi ve çabası varken; diğer yandan hakem tedbir kararlarına icrai etki tanımama yoluyla mahkemelere muhtaç hale bırakmak, kanımızca gerçek bir çelişki olarak karşılanmalıdır. Buna ek olarak hakem heyetince bir tedbir kararı verilse bile; maddenin açık lafzı gereği bir de mahkemelere ayrı bir dava ile tedbir kararını isteme yolunu açmak, tahkimi bağımsızlaştırma ve etkinleştirme amaçlarıyla bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla milletlerarası tahkimin artan ihtiyaçlarına ve bilhassa hakem tedbir kararlarında beliren problemlere; MTK'nın bu dar, çelişkili ve muğlâk ifadelerinde çözüm aramak oldukça zordur.

Türk hukukunda bilinmeyen veya uygulanmayan tedbir kararları ile karşılaşılması halinde; Türk mahkemesinin MTK madde 6/f.3'teki düzenleme uyarınca nasıl “yardımcı” olacağı hususu, çalışmamız için oldukça önemlidir. İngiliz hukukunda geliştirilen ve “tarafın yabancı ülkede dava açmamasına dönük” verilen tedbir kararları⁷¹⁹ diğer bir ifadeyle dava açma yasakları; bu sorun kapsamında hassasiyetle değerlendirilmelidir. Yukarıda tartıştığımız üzere dava açma yasağı *Common Law* sisteminde geliştirilen ve Türkiye dâhil Kıta Avrupa hukuk sistemine yabancı bir geçici hukuki koruma türü ise de; milletlerarası tahkimin sınır tanımayan küresel etkisinden ötürü bu tür tedbirler, artık Kıta Avrupası hukukunda da tartışılmakta ve mahkemelerin olumlu yaklaşımları söz konusu olmaktadır.

Dolayısıyla bir devletin salt kendi hukukuna yabancı diye, milletlerarası tahkimde sıklıkla kullanılmakta olan geçici hukuki koruma türlerine karşı çıkması doğru olmayacaktır. Örneğin Londra merkezli bir ICC tahkim davasında; Türk şirket aleyhine *mareva* tedbiri uygulanabileceği gibi, tahkim forumu dışında Türkiye gibi yabancı ülkelerde dava açılmaması için dava açma yasağı tedbiri de verilebilecektir. Bu tür durumlar kaçınılmazdır zira bir hakem heyetinin; muhtemel tenfiz ülkeleri tespit ederek, bu ülkelerde kabul edilebilecek tedbir türlerine karar vermesini beklemek doğru olmayacağı gibi mantıklı da değildir. Londra merkezli bir ICC tahkim örneğimizde; hakemler önlerindeki davada milletlerarası tahkimin gerekliliklerine uygun şekilde, ICC Tahkim Kuralları (2017) madde 28/1 gereği “uygun gördükleri her tür tedbir kararını” (*any interim or conservatory measure it deems appropriate*) alabileceklerdir. Başka bir deyişle Türk hukukunda öngörülme

⁷¹⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 140; taraflara yönelik verilen bu tedbirlerin, milletlerarası derdestlik konusuna da ilişkin oldukları konusunda bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 437.

de; hakemler, dava açma yasağı veya *mareva* tedbiri gibi farklı tedbirler öngörebileceklerdir. Bu durum olağandır zira daha evvel belirttiğimiz üzere; milletlerarası tahkimde hakemlerce verilebilecek geçici hukuki koruma türleri, mahkemelerin verebileceği tedbirlere nazaran daha geniş ve çeşitlidir. “Uygun görülen her tür tedbir” gibi ibareler de, bu hususu teyit etmektedir. Türk hukukuna yabancı bir tedbirin ortaya çıktığı hallerde, MTK madde 6/f.3 bağlamında mahkeme yardımının nasıl olacağı hususu tartışmalıdır.

Öğretide Pekcanıtez; Türk hukukunda öngörülmemiş farklı tedbirlerin icrasının sağlanması hususunda MTK madde 6/f.3 uyarınca yardım bile istenemeyeceği zira mahkemenin, usule hâkim olan *lex fori* prensibi çerçevesinde kendi hukukunda yer almayan bir tedbiri de onaylamayacağı görüşündedir⁷²⁰. Öğretide ileri sürülen ve bizim de katıldığımız başka bir görüş ise; Türk hukukuna yabancı bir geçici koruma tedbirinin Türkiye’de icrasına müsaade edilmemesinin, milletlerarası tahkim gerçeği ile örtüşmeyeceğini ve mümkünse “yabancı tedbirin usulünce yeniden biçimlendirilerek icrasının sağlanması” yönündedir⁷²¹. Bu ikinci görüşe itibar etmek, milletlerarası tahkimin gerekliliklerine daha uygun düşecektir. Zira yeryüzünde mevcut hukuk sistemi sayısı kadar milletlerarası özel hukuk sistemi⁷²², dolayısıyla farklı usul kuralları içeren *lex fori* vardır. Tahkim; mahkemeye alternatif bağımsız bir özel yargılama yöntemi olmasına rağmen, mahkemenin aksine yetkisini taraf iradelerinden alan hakemlerin usul ve tedbirler konusunda daha geniş bir takdir yetkisi ve serbestiye sahip olmaları normaldir. Bu serbestinin doğal sonucu olarak da, *lex fori*ye yabancı bir tedbirle Türkiye’de mahkemelerin karşılaşması doğal ve olağandır. Böyle bir durumda MTK madde 6/f.3’teki eksikliklere rağmen; doğru olan bu tedbiri düşmanca reddetmek değil, bu tedbirin acil bir durumdan kaynaklandığı ve bir hakkın korunmasına hizmet ettiği bilinciyle yapıcı şekilde hareket etmektir. Nitekim İsviçre’de tamamen yabancı tedbirle karşılaşan mahkemenin; tedbiri topyekûn reddetmek yerine, en yakın görülen başka bir tedbirle de olsa ihtiyaca cevap vermeye çalıştığını yukarıda Birinci Bölüm’de ele almıştık. Bu tür olumlu yaklaşımlar, milletlerarası tahkimin gelişmesi ve etkinliğinin artması için önemlidir.

⁷²⁰ Pekcanıtez, *Geçici Koruma*, s. 122.

⁷²¹ Bilgehan Yeşilova, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008. s. 711.

⁷²² Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 14.

dd) 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a Göre Tanıma - Tenfiz

NYS (1958)’e taraf olmayan bir ülkede verilmiş ve Türk usul kurallarına göre verilmemiş yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile sınırlı olarak, MÖHUK madde 60 vd. hükümleri uygulanmaktadır⁷²³. NYS (1958) madde VII gereği; tahkim lehine daha uygun şartları getirmiş olması kaydıyla da, MÖHUK madde 60 vd. uygulanabilecektir. Ancak Türk hukukunda MÖHUK hükümlerinin uygulanması aslında birinci hal ile sınırlıdır zira NYS (1958) madde VII gereği bağlamında, MÖHUK madde 60 vd hükümlerinin daha elverişli olduğu söylenemez⁷²⁴. Madde 63’te yer alan atıf nedeniyle bu hükümler; yabancı hakem kararının sadece tenfizine değil, tanınması taleplerine de uygulanacaktır. Dolayısıyla Türk hukuku açısından konumuza dair cevaplanması gereken soru şudur: Bir dava açma yasağı tedbiri ya da herhangi bir yabancı hakem tedbir kararı, MÖHUK madde 60 vd. hükümlerine göre tanınıp tenfiz edilebilir mi?

MÖHUK’un “yabancı hakem kararlarının tenfizi” başlıklı 60. maddesinde; sadece “kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı” hakem kararlarının tanınip-tenfiz edileceği kararlaştırılmıştır. MÖHUK, NYS (1958)’den farklı olarak “yabancı hakem kararının tarifini” vermekten tamamen kaçınmıştır⁷²⁵. Her ne kadar NYS (1958) madde V/f.1(e)’de “kararın henüz taraflar için bağlayıcı olmaması” bir tenfiz red sebebi olarak düzenlenmiş ise de; MÖHUK madde 60’taki gibi “kesinleşmiş olma” şartı olmadığından⁷²⁶, sadece bu bakımdan bile MÖHUK hükümlerinin daha katı olduğu ileri sürülebilir. Yabancı hakem kararının “kesinleşmiş” olması gibi katı bir şartın NYS (1958)’e açıkça konulmamış olması, eksiklikten ziyade esneklik sağlamaktadır zira bazı ülkeler; nitelikleri gereği henüz kesinleşmemiş olmakla beraber, taraflar için bağlayıcı olan hakem tedbir kararlarını da NYS (1958) kapsamında tanıyıp tenfiz edebilmektedirler. Yukarıda ele alındığı üzere, Yargıtay kararlarında da benzer eğilim görülmektedir. Oysaki MÖHUK madde 60/f.1’de açıkça; “kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararlarının” tenfiz edilebileceği düzenlenmiştir. Aslında bu düzenlemede “veya taraflar için bağlayıcı olan” ibaresi ile

⁷²³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 418-430; Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 183 vd.; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 483.

⁷²⁴ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 351; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 766.

⁷²⁵ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 580; “yabancı” karar niteliğinin tespiti için başvuru esasları için bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 79-87.

⁷²⁶ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 581-582; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 426-428.

“ taraflar için bağlayıcı olma”; tek başına dava açma yasakları ile diğer hakem tedbirlerinin tanınması ile tenfizi için yeterli görülebilir. Ancak aşağıda öneriler kısmında detaylıca inceleneceği üzere; MÖHUK madde 60/f.1-h gereği, “kesinleşmemiş olma” başlı başına bir tenfiz red sebebi olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar MÖHUK madde 60 vd hükümlerinin uygulanma alanı oldukça sınırlı olsa da, bu önemli kısıtlama konumuz için de önem arz etmektedir. MTK ve MÖHUK’taki bu tür düzenlemeler; hem geçici nitelikteki hakem kararlarının tanınip tenfizine engel olmakta, hem de barındırdıkları muğlâklıktan dolayı Türkiye’nin tahkim merkezi olma hedefine ulaşmasını zorlaştırmaktadır.

Nitekim güncel Yargıtay kararlarında da; MÖHUK madde 60 gereği davacının “kesinleşmiş yabancı hakem kararlarını sunmaması”, tenfiz talebinin reddi için yeterli görülebilmektedir.⁷²⁷ Yabancı nihai hakem kararları için bile tanıma-tenfiz bu kadar katı şartlara tabi tutulmuşken; kanımızca NYS (1958)’in aksine MÖHUK hükümlerine göre, hakemlerce verilen dava açma yasağı dâhil geçici hukuki koruma önlemlerinin kabulü imkânsızdır. Türk hukukundaki bu katı ve milletlerarası tahkimin güncel ihtiyaçlarına cevap vermekten uzak düzenlemelerinde; bir değişikliğe gidilmesinin şart olduğu görüşünde olduğumuzdan aşağıda çalışmamızı sonlandırırken MÖHUK’taki bu düzenlemeleri de detaylıca ele alarak alternatif düzenlemeler önereceğiz.

5. Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Taleplerinde Görevli ve Yetkili Mahkeme Meselesi

Yukarıda çeşitli yerlerde vurgulandığı üzere; dava açma yasakları, Türk hukuku bakımından eda amaçlı geçici hukuki korumaların bir türü olarak tarafımızca kabul edilmektedir. Dolayısıyla ister bir mahkeme tarafından, ister bir hakem veya hakem heyeti tarafından verilmiş olsunlar; dava açma yasağı kararları, nitelikleri itibariyle bir geçici hukuki koruma türüdürler. Türk hukukunda dava açma yasaklarının hangi görevli ve yetkili mahkemeden istenebileceğine yönelik farazi

⁷²⁷ T.C. YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ E. 2015/14682 K. 2016/10981 T. 20.6.2016:

“Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre 5718 sayılı MÖHUK’un yabancı hakem kararlarının tenfizi başlıklı 60. maddesine göre *kesinleşmiş ve icra kabiliyetini kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararlarının tenfizinin istenebileceği davacının kesinleşmiş yabancı hakem kararlarını sunmadığı*, kararında kesinleşmeden infaz kabiliyetinin olmadığı kanaatine varılarak dava şartı yokluğu sebebiyle açılan davanın reddine karar vermek gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA...”

soru; aslında milletlerarası tahkim hukukunda, geçici hukuki koruma önlemlerinde hangi Türk mahkemesinin görevli ve yetkili olacağı sorusu ile aynıdır. Gerçekten de dava açma yasaklarının Türkiye’de kabul edildiği varsayımında; henüz tahkimde dava açılmadan tedbir talebinde bulunulması ya da alınan yabancı hakem tedbirinin Türkiye’de icrası için doğrudan MTK madde 6/f.3 gereği yardım talebinde bulunulması hallerinde, görevli ve yetkili mahkemenin tespiti önem kazanmaktadır. Aşağıdaki değerlendirmelerimizde; bir an için dava açma yasağının kendine has özellikli yapısını bir kenara bırakarak, Türk hukukunda ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konularından hareketle görevli ve yetkili mahkemeye dair karmaşık hukuki rejimi ele almaya çalışacağız. Yalnız; 2014 yılında yürürlüğe giren 6545 sayılı kanun⁷²⁸ ve 28 Şubat 2018’de kabul edilen 7101 numaralı kanun⁷²⁹ ile yapılan önemli değişiklikleri aşağıda ele almadan önce; bu değişikliğe rağmen hala kullanılmakta olan bir geçici hukuki koruma türü olan ihtiyati tedbirler başta olmak üzere çeşitli tedbirleri ilgilendiren hukuki rejime kısaca göz atmakta yarar görüyoruz.

Türk tahkim hukukunda geçici hukuki koruma önlemlerinde görevli mahkeme; MTK⁷³⁰ kapsamında “asliye hukuk mahkemesi”, HMK’nın⁷³¹ bazı düzenlemelerinde

⁷²⁸ 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 28.06.2014 – 29004).

⁷²⁹ Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, kanun metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k7101.html>, ayrıca gerekçeler için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0913.pdf> (Erişim, 01.03.2018).

⁷³⁰ **MTK madde 3:**

“Bu Kanunda *mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde*, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir.

Milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanunun hükümlerine göre müdahalede bulunabilirler.”

MTK madde 15/A:

“Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası yetkili asliye hukuk mahkemesinde açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür.”

MTK madde 6/f.4:

“Tarafların, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile İcra ve İflas Kanununa göre istemde bulunma hakları saklıdır.”

⁷³¹ **HMK madde 390/f.1:**

“İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir.”

HMK madde 410/f.1:

“Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli ve yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri bölge adliye mahkemesidir.”

HMK madde 401/f.1:

“Henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden istenir.”

ise “bölge adliye mahkemesi” ile “sulh hukuk mahkemesi” olarak yer almıştır. Anılan hükümlerde; ayrıca “tahkim yeri”, davalının işyeri”, “kişinin oturduğu yer” gibi ibarelerle yetkiye ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. MÖHUK madde 60/f.2 uyarınca ise; yabancı hakem kararlarının tenfizinde görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesi olarak kabul edilmektedir⁷³². MÖHUK madde 63 yollamasıyla; hakem kararlarının tanınması davalarında da, asliye hukuk mahkemesi görevli kabul edilebilir. Yargıtay ayrıca; deniz hukukuna ilişkin hakem kararlarının tanınması ile tenfizinde, deniz ihtisas mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmektedir⁷³³. Türk hukukundaki tüm bu dağılık görev ve yetki kurallarının, büyük bir karmaşa yarattığı

HMK madde 439/f.1:

“Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yerindeki mahkemede açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür.”

⁷³² Bu hükmün kıyasen NYS (1958) kapsamında verilen hakem kararının Türkiye’de tanınması-tenfizinde de uygulanacağı konusunda bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 125; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 352; benzer yönde bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 395; MÖHUK madde 60/f.2 uyarınca da asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu konusunda bkz. Adnan Deynekli, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması Ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 105-122 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, s. 110; “görev ilişkisi” olarak düzenlenmeden önce, bu maddeyi “asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi” olarak vurgulayan görüş için bkz. Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 187. Ancak 6335 sayılı ve 20.06. 2012 tarihli Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (R.G. 30.06.2012-28339) madde 2 ile TTK madd 5/f.3; “asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır” şeklinde yeniden düzenlendiğinden, görevli mahkeme yoruma gerek kalmaksızın doğrudan mahkemece re’sen tespit edilecektir. Bu değişikliğin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizinde görevli mahkeme bakımından analizi için bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 693-694; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 592-595; yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde, hala bu ikili ayrımı dikkat çeken görüş için bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 513. Aşağıda detaylıca inceleneceği üzere; yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tanınip-tenfiz edilmesinde asliye ticaret mahkemeleri 6545 sayılı kanunla görevli kılındığından ve asliye hukuk-asliye ticaret mahkemeleri ilişkisi re’sen gözetilmesi gereken “görev ilişkisi” olduğundan, MÖHUK madde 60 vd. ile NYS (1958) uygulamaları bakımından en azından “görevli mahkeme” konusunda kanımızca problem büyük ölçüde giderilmiştir. Ancak günümüzde, Yargıtay’ın hala çelişkili kararlarına rastlanabilmektedir. Aşağıda bu kararlara da yer verilecek ve 28 Şubat 2018’de kabul edilen 7101 numaralı kanunun etkisi de incelenecektir.

⁷³³ T.C. YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ E. 2015/11707 K. 2015/10672 T. 19.10.2015: “Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, hakem kararının konusunu oluşturan ihtilafın taraflar arasındaki römorkaj ve palamar hizmetleri sözleşmesinden ve ayrıca römörkor olarak kullanılan gemilerin satışına ilişkin ek sözleşmeden kaynaklandığı, gerek römorkaj ve palamar hizmetlerinin, gerekse gemi satışına ilişkin hususların 6102 sayılı TTK’nun Deniz Ticareti Başlıklı 5. kitabında düzenlendiği, 5. kitapta yer alan düzenlemelerden kaynaklanan davalarda Deniz İhtisas Mahkemesi olan İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik nedeniyle dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine, talep halinde dosyanın Deniz Ticarete ilişkin davalara bakmakla görevli İstanbul 17. Asliye Ticaret Mahkemesi (Denizcilik İhtisas Mahkemesi)’ne gönderilmesine karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere gerektirici sebeplere ve 6102 sayılı TTK’nın 5. ve 935. maddeleri uyarınca görev hususunun mahkemece re’sen değerlendirilecek olmasına göre, davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.”

ortadadır. Bu nedenle Türk hukukunda; bazı çalışmalarda bulunulmuş, 2014 ve 2018 yıllarında iki önemli düzenleme yapılmıştır.

2014 yılında yürürlüğe giren 6545 sayılı kanunun⁷³⁴ 45. maddesiyle; 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanun⁷³⁵, un bazı maddeleri değiştirilmiştir. Yeniden düzenlenen mülga madde 5/f.3-b.4'e göre asliye ticaret mahkemesi; “dava değerine bakılmaksızın, *MTK ve HMK uyarınca yapılan tahkim yargılamalarında tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizi davalarına*” bakmakla “görevli” kılınmıştır⁷³⁶. Bahsedilen bu yargılamalara ilişkin “tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe” yürütülüp sonuçlandırılacaktır⁷³⁷. Yeniden düzenlenen madde 5/f.3-b.4 ayrıca; “asliye ticaret

⁷³⁴ 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 28.06.2014 – 29004).

⁷³⁵ 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (RG. 07.10.2004 – 25606).

⁷³⁶ Değiştirilen madde 5/f.4'ün; görevli mahkemeyi düzenlemediği, “hangi davaların heyet halinde bakılacağını düzenlediği” konusunda bkz. /Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 126; benzer yönde bkz. T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2017/1980 K. 2017/3883 T. 9.11.2017 (Karşı Oy): “...5235 Sayılı Kanun 5. maddesinde *yapılan değişiklik ile HMK hükümlerinin zımni olarak değiştirildiği ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin görevli olmaktan çıktığı ve asliye ticaret mahkemesinin tümüyle görevli hale geldiği görüşü mevcut ve öğretide de bu savunulmakta ise de bu değişiklik görev kuralı değişikliği değildir. Çünkü bu madde ticaret mahkemesinin görevlerini belirleyen bir madde olmayıp o tarihte ticaret mahkemesinin bakmakla görevli olduğu davalardan hangilerinin heyet halinde görüleceğini düzenleyen bir maddedir.* Değişiklik gerekçesinde de bu husus açıklanmış ve bununla maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve asliye ticaret mahkemelerinin tek hakimli olduğunu düzenleyen hükmün değiştirilmekte olduğu ve buna göre asliye ticaret mahkemelerinin bazı davalar bakımından heyet mahkemeleri haline getirilmekte olduğu belirtilmiştir...”

⁷³⁷ Değiştirilen madde 5'in son hali, şu şekildedir:

“Hukuk mahkemelerinin kuruluşu

Madde 5-

Hukuk mahkemeleri, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur.

(Değişik ikinci fıkra: 18.6.2014–6545/45 md.) Sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri tek hâkimlidir.

(Mülga fıkra: 9/2/2011-6110/13 md.; Yeniden düzenleme: 18/6/2014–6545/45 md.) **Asliye ticaret mahkemesi** kurulan yerlerde bu mahkemelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ile dava değerine bakılmaksızın;

1. İflas, iflasın ertelenmesi, iflasın kaldırılması, iflasın kapatılması, konkordato ve yeniden yapılandırma kaynaklanan davalara,

2. 13.1.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda hâkimin kesin olarak karara bağlayacağı işler ile davalara,

3. Şirketler ve kooperatifler hukukundan kaynaklanan genel kurul kararlarının iptali ve butlanına ilişkin davalara, yönetim organları ve denetim organları aleyhine açılacak sorumluluk davalarına, organların azline ve geçici organ atanmasına ilişkin davalara, fesih, infisah ve tasfiyeye yönelik davalara,

mahkemesinde *heyet hâlinde* bakılacak davalarla ilgili olmak üzere”, dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra talep edilen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirlerin de heyet⁷³⁸ tarafından incelenip karara bağlanacağını düzenlemiştir. Asliye ticaret mahkemesi tarafından; “heyet halinde” ve dava değerine bakılmaksızın görülecek davalar ise, MTK ve HMK kapsamındaki “*tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar*” ile tüm yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davaları” olarak açıkça sınırlandırılmıştır⁷³⁹. Demek ki bu sayılan hallerin kapsamına giren davalarda; dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra ihtiyati haciz ya da ihtiyati tedbir talep edildiğinde de, yine asliye ticaret mahkemeleri “heyet” olarak görev yapacaktır. Örneğin bir yabancı hakem kararının tanınması-tenfizi davasında ihtiyati tedbir talep edilecekse; görevli mahkeme, madde 5/f.3-b.4 gereği asliye ticaret mahkemesi olacaktır. Böylece konunun başında bahsettiğimiz MÖHUK madde 60/f.2 veya madde 63 gibi düzenlemeler, büyük ölçüde anlamını yitirmektedir. Göreve ilişkin bu değişikliğin; madde 60/f.2’deki “yetki” düzenlemelerini de, kaldırıp kaldırmayacağı aşağıda ise ayrıca değerlendirilecektir.

Asıl tartışma; hakem tedbir kararının tanıma-tenfiz öncesinde Türkiye’de geçici hukuki koruma istenmesinde veya MTK ile HMK uyarınca görülmesine rağmen madde 5/f.3-b.4’te sayılan hallere girmeyen bir uyuşmazlıkta, görevli ve yetkili mahkemenin nasıl tespit edileceği noktasındadır. Örneğin madde 5/f.3-b.4’te;

4. 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21.6.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; *tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar* ile *yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalarla, ilişkin tüm yargılama safhaları*, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır. **Heyet hâlinde bakılacak davalarla ilgili olmak üzere, dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra talep edilen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirler de heyet tarafından incelenir ve karara bağlanır.** Bu fıkra da belirtilen dava ve işler dışında kalan uyuşmazlıklar mahkeme hâkimlerinden biri tarafından görülür ve karara bağlanır. Başkan ve üye hâkimler arasında dağılıma ilişkin esaslar, işlerde denge sağlanacak biçimde mahkeme başkanı tarafından önceden tespit edilir.”

⁷³⁸ Heyet tarafından verilmesi gerekirken, tek hâkim tarafından kararın verilmesi halinde bir yaptırımın öngörülmediği konusunda bkz. Sema Taşpınar Ayvaz, “Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 469-482 (Basım Yılı: 2015) **Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan**, s. 477.

⁷³⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 752 dn. 404, Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 65, 125; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 322; “asliye mahkemesi” kavramından asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemelerinin anlaşılması gerektiğine dair Yargıtay kararı için bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 565 dn. 351; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 565 dn. 351; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 654 dn. 578; MTK’nın hazırlanmasına ilişkin Abant-Ankara toplantılarında da ortaya çıkan her üç Taslak metinde de kanımızca da isabetli şekilde “tahkim yeri asliye ticaret mahkemesi” görevli ve yetkili kılınmış ancak MTK madde 3 günümüzdeki tartışmalı haliyle yasallaşmıştır. Tartışmalar ve taslak metinler için bkz. **Milletlerarası Tahkimde Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? II, Taslaklar – Tartışmalar – Öneriler**, Abant (25-28 Eylül 1997) – Ankara (6 Haziran 1998), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999, s. 99 vd., s. 325 vd.;

“MTK ve HMK uyarınca yapılan tahkim yargılamalarında *iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar*” denildiği için, bu hallere girmeyen hususlarda heyet halinde asliye ticaret mahkemelerinin görevli olamayacağı lâfzî olarak yorumlanabilir⁷⁴⁰. Bu düzenlemenin; madde 5/f.3-b.4 kapsamına girmeyen hallerde ve özellikle de tahkim davası henüz açılmamışken, hangi mahkemeden tedbir talep edileceği hususunu düzenlemediği açıktır. Bu yüzden; olayın özelliklerine ve bağlı olduğu hukuki rejime göre, aşama aşama nasıl ilerlenmesi gerektiğini ele almak kanımızca daha doğru olacaktır.

HMK madde 439/f.1 ve 410/f.1 beraber ele alındığında; iptal davasında görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesi değil, madde 5/f.3-b.4 gereği asliye ticaret mahkemesi olacaktır⁷⁴¹. Benzer şekilde HMK kapsamındaki “tahkim şartına ilişkin itirazlara, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar” da; madde 5/f.3-b.4 gereği, asliye ticaret mahkemesinin görevi kapsamında olacaktır. Bu kategorilere girmeyen uyuşmazlıklar için; hükmün lafzını dolanarak, asliye ticaret mahkemelerini görevli kılmak doğru olmayacaktır. Bu tür kapsam dışı hususlar, tabi oldukları hükümlere göre çözümlenmelidir. Örneğin HMK madde 401/f.1 gereği; “henüz dava açılmamış olan hâllerde delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak

⁷⁴⁰ Örneğin MTK madde 12/B uyarınca “delillerin toplanmasında” yardım istenecek mahkeme; asliye ticaret değil, asliye hukuk mahkemesi olacaktır. Bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 321.

⁷⁴¹ Aşağıda ele alınacak 28.02.2018 tarihli ve 7101 sayılı kanun; söz konusu mahkemeyi, yeniden bölge adliye mahkemesi olarak düzenlemiştir. Ancak güncel tarihli Yargıtay kararlarında da bu husus, 6545 sayılı kanun nazara alınarak tartışılmaktadır. T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2017/1980 K. 2017/3883 T. 9.11.2017:

“Dava, hakem heyeti kararının iptali istemiyle açılmış olup, Ankara 3. Asliye Ticaret mahkemesinin açılan davada Bölge Adliye Mahkemesi'nin görevli olduğuna dair verdiği karar temyiz edilmeden kesinleşmiş ve dosyanın gönderildiği mahkemece verilen görevsizlik kararı süresinde taraflarca temyiz edilmiştir.

Mahkemece, hakem kararın iptâli talebiyle açılan davada asliye ticaret mahkemesinin değil Bölge Adliye (istinaf) Mahkemesi'nin görevli olduğundan bahisle dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiştir. Uyuşmazlık hakem kararının iptâli talebiyle açılan davada asliye ticaret mahkemesinin mi? Bölge Adliye (istinaf) Mahkemesi'nin mi? görevli olduğu noktasında toplanmaktadır.

...

Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrası yeniden düzenlenmiş ve asliye ticaret mahkemeleri tahkim ile ilgili konularda görevli mahkeme olarak belirlenmiştir. *HMK'nın 410. maddesinin lafzı ile bağlı kalıp buna göre yorum yapılarak sonraki değişikliği yok saymak suretiyle hakem kararlarının iptâli davalarında görevli mahkemenin Bölge Adliye Mahkemeleri olduğu sonucuna ulaşmak hukuken mümkün değildir.* Zira hakem kararının iptâli davası, 410 maddenin lafzında belirtildiği üzere hakem yargılaması sırasında mahkemenin görevli olduğu bir iş değildir. *Hakem kararının iptâli davası, tahkim sonucunda verilen kararın iptâli istemine ilişkindir. Kaldı ki, hakem kararlarına karşı ancak iptal davası açılabilirliğinin kabul edildiği 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439. maddesinin gerekçe kısmında “...Hakem kararına dair olarak yetkili ilk derece mahkemesi de bir iptal sebebi görmemiş ise artık temyiz aşamasında karar icra edilmelidir.” ifadesine yer verildiğinden görevli mahkemenin ilk derece mahkemesi olduğu, Bölge Adliye Mahkemesi olmadığının kanun koyucu tarafından da kabul edildiği sonucuna ulaşılmalıdır...*”

olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer *sulh mahkemesinden*” istenecektir. Zira delil tespiti de tahkim yargılaması ile alakalı olmasına rağmen; madde 5/f.3-b.4 kapsamına alınmamış ve asliye ticaret mahkemelerinin görevi dışında tutulmuştur.

Benzer şekilde MTK madde 15/A ele alındığında; iptal davasında görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi değil, madde 5/f.3-b.4 açık hükmü gereği asliye ticaret mahkemesi olacaktır⁷⁴². Sadece iptal davaları değil; MTK kapsamındaki “tahkim şartına ilişkin itirazlara, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar” da; madde 5/f.3-b.4 gereği, asliye ticaret mahkemesinin görevi kapsamında olacaktır. Bu sayılı hallere girmeyen talepler için ise; hükmün açık lafzını dolanarak, asliye ticaret mahkemesini görevli kılmak doğru olmayacaktır. Bu tür kapsam dışı hususlar, belirtildiği üzere tabi oldukları kendi hukuki rejimlerine göre çözümlenmelidir. Örneğin MTK madde 12/B uyarınca “delillerin toplanması”, madde 5/f.3-b.4’te sayılan hallere girmediğinden dolayı yardım istenecek mahkeme; asliye ticaret mahkemesi değil, MTK madde 3 gereği asliye hukuk mahkemesi olacaktır⁷⁴³. MÖHUK madde 60 vd. ile NYS (1958), zaten “yabancı hakem kararlarının sadece tanınması ve tenfizine dair” olduklarından ötürü; bu iki düzenleme kapsamındaki tahkime dair uyuşmazlıklara ilişkin tüm aşamalar, madde 5/f.3-b.4 açık hükmü gereği asliye ticaret mahkemesinin görev alanına girecektir⁷⁴⁴. Peki; henüz bir tahkim davası açılmamışken tedbir alınacaksa veyahut tahkim davasında verilen tedbire davalı uymadığından Türk mahkemesinden tedbirin icrası için yardım istenecekse, hangi mahkemeye başvuru yapılmalıdır? Bu hususu HMK ve MTK açısından ayrı ayrı değerlendirmek, meseleyi daha anlaşılır kılacaktır.

⁷⁴² Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 258; Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 65; iptal davalarında, bölge adliye mahkemelerinin belirlenmesinin en baştan itibaren doğru olmadığı hususunda bkz. Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s. 474 vd.; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 321-322.

⁷⁴³ Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 321.

⁷⁴⁴ Asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu ve aşağıda ele alacağımız “yetki” konusunda ise MÖHUK madde 60/f.2’nin özel düzenleme olduğundan hareketle başka yetki kurallarına bakmaya gerek olmadığına ilişkin bkz. Deynekli, **a.g.e.**, s. 111-112; yapılacak sözleşmenin, “tenfiz” konusunda olduğu hususunun açıkça belirtilmesi gerektiği konusunda bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 354; öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre; bu yetki hükmü aksi kararlaştırılabilecek bir hüküm olduğunda ihtiyari bir yetki kuralıdır ve yetki itirazı yapılmadığı sürece, başka mahkemeler de yetkili olabilecektir. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 126-127; eski MÖHUK madde 35’teki tanıma-tenfiz konusunda geçen “mahkemeler” ibaresini, “...asliye ticaret mahkemelerinden biri” olarak yorumlayan ve milletlerarası hakem kararlarının tanınması ile tenfizine bu mahkemelerin bakabileceğine dair analiz için bkz. **Milletlerarası Tahkimde Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Sempozyum Bildiriler – Tartışmalar 11 Nisan 1997, 43. Yıl, (1954-1997)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1997, s. 208-210.

HMK madde 390/f.1 gereği ihtiyati tedbir; “dava açılmadan önce, *esas hakkında görevli ve yetkili olan* mahkemeden” istenecektir. Bu hüküm MÖHUK madde 40 açık yollaması gereği; yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda da, Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir konusundaki yetkisini belirlemektedir. Her ne kadar madde hükmünde “mahkeme” denmişse de; henüz tahkim yargılaması başlamadığından “tahkim sanki yokmuşçasına” hangi mahkeme görevli ve yetkili olacak idiyse o mahkemeden tedbir istenebileceğinin kabulü, milletlerarası tahkim hukukuna daha uygun olacaktır⁷⁴⁵. Örneğin bir ticari iş kapsamında ortaya çıkan ve kural olarak tahkime tabi olacağı kararlaştırılan bir ticari uyuşmazlıkta; tedbir kararının tahkim öncesinde Türkiye’de alınması gerekiyorsa, bu halde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁷⁴⁶ (“TTK”) madde 5/f.1 gereği asliye ticaret mahkemesinde tedbir talep edilebilecektir. Zira yabancılık unsuru yoksa doğrudan HMK madde 390/f.1 gereği, eğer yabancılık unsuru varsa bu durumda da MÖHUK madde 50 yollamasıyla yine HMK madde 390/f.1 uyarınca; *esas hakkında görevli ve yetkili olan* mahkeme, HMK madde 6/f.1 kapsamında “tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri” sıfatıyla asliye ticaret mahkemesi pekala olabilecektir. Tekrar belirtelim ki; bu farazi örneğimiz, madde 5/f.3-b.4’ün açık hükmü kapsamına girmemektedir.

MTK uyarınca mesele ele alındığında da, benzer problemler ile daha büyük karmaşanın devam ettiği görülmektedir. Yukarıda ele alındığı üzere bir tahkim yargılamasında; hakemlerce verilen geçici hukuki korumaya davalının uymaması halinde, bu tedbirin Türk mahkemesi önüne MTK madde 6/f.3 uyarınca gelmesi mümkündür. Zira MTK madde 6/f.3; bir tarafın hakem tedbir kararına uymadığı durumlarda karşı tarafın, “ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını” isteyebileceğini düzenlemektedir. Sorunlara yukarıda detaylıca yer verdiğimizden; burada sadece, görevli ve yetkili yardımcı mahkemenin hangisi olacağını ele alacağız. MTK madde 1/f.3’e göre; kanunun “5 ve 6’ncı madde

⁷⁴⁵ Maddenin; yetki sözleşmesiyle münhasıran bir yabancı mahkeme yetkilendirildiğinde ya da tahkim sözleşmesi yapıldığında, Türk mahkemesinden tedbir alınmayacağı şeklinde yanlış anlaşılma müsait olduğu haklı şekilde vurgulanmaktadır. Zira “esas hakkında yetkili olan” bir Türk mahkemesi olmayacağından, tedbir talebi kabul göremeyebilecektir. MTK madde 6 uyarınca; Türk mahkemelerinin, tahkim yeri Türkiye dışında olan tahkim davalarında bile tedbir kararı verme yetkisi açıkça kabul edilmişken, bu düzenlemeyle Türk mahkemesinin tedbir yetkisinin sınırlandırılmasının doğru olmayacağı haklı şekilde vurgulanmıştır. Bu nedenle; “tahkim şartı olmasa idi” hangi mahkeme yetkili ve görevli olacak idiyse, tedbir o mahkemeden istenebilecektir. Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 568-569; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 494-501; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 215-220.

⁷⁴⁶ R.G. 14.02.2011, S. 27846.

hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da” uygulanacaktır. Yabancı ülkedeki tahkim yargılaması; MTK kapsamına girmese bile, Türk mahkemelerinden geçici hukuki koruma MTK madde 1/f.3 açık düzenlemesi gereği talep edilebilmektedir. Dolayısıyla; bu yardımcı mahkemenin tespiti, oldukça önem taşımaktadır.

MTK madde 3’e göre; “kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde”, “asliye hukuk mahkemesi” görevli kılınmıştır. Bu noktada; Türkiye’de bir mahkemeden tedbir talep edilmesinin, “mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işler” kapsamına girip girmeyeceğinde tereddüt edilebilir. Ancak MTK madde 6/f.1 uyarınca mahkemeden tedbir talep edilebilmesi, madde 12/B uyarınca “delillerin toplanmasının” istenebilmesi gibi hükümler; tedbir taleplerinin de “mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerden” olduğunu açıkça göstermektedir⁷⁴⁷. MTK madde 1/f.2 uyarınca kanunun uygulama kapsamına giren ancak “tahkim şartına ilişkin itirazlara, hakem kararının iptali, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar” olarak *kanunen sınırlanan ve yukarıda incelediğimiz hallerin kapsamına girmeyen* konularda ise; “asliye hukuk mahkemesi”, madde 3 hükmüne göre görevli olacaktır. Yukarıda vurguladığımız üzere; artık asliye hukuk ve asliye ticaret ilişkisi de “görev ilişkisi” olarak açıkça düzenlendiğinden, bu mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olacağına tereddüt gösterilmemelidir. Ancak *MTK kapsamına girmeyen yabancı unsurlu tahkimlerde* görevli ve yetkili mahkeme belirlenirken, gözden kaçırılmaması gereken husus şudur: MTK madde 1/f.3 açık düzenlemesi gereği; *sadece* geçici korumalara ilişkin *madde 5 ve 6 hükümleri*, “tahkim yeri Türkiye dışında olan yargılamalarda da” uygulanmaktadır. Bunun karşıt anlamı ise şudur: MTK madde 3; MTK’ya tabi olmayan yabancı unsurlu tahkimlerde, MTK madde 6/f.1 veyahut MTK madde 6/f.3 kapsamında, tedbir talep edildiğinde kanunun lafzı gereği uygulanabilecek bir hüküm değildir. Peki; bu halde tedbir, hangi görevli mahkemeden talep edilecektir? Örneğin; Londra’da ICC tahkiminde verilen bir tedbire karşı taraf uymadığında MTK madde 6/f.3 gereği ya da davalının malları

⁷⁴⁷ Mahkemece yapılabilecek müdahaleler, kanunda sayılanlarla sınırlıdır. Mahkeme yardımının yapılabileceği konular için bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 65-66; Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 90-91; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 320-321; “tahkim yerinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin” tahkimin denetlenmesi konusunda çeşitli yetkilere sahip olması, MTK hazırlık tartışmalarında da vurgulanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Milletlerarası Tahkimde Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Sempozyum Bildiriler – Tartışmalar 11 Nisan 1997, 43. Yıl, (1954-1997)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1997, s. 209-210.

Türkiye’de olduğundan ötürü doğrudan MTK madde 6/f.1 gereği Türkiye’de tedbir talep edildiğinde, hangi mahkeme görevli olacaktır?

Yukarıda da vurgulandığı üzere; usul, *lex fori*ye tabidir ve talepte bulunulan mahkeme görevli olup olmadığını re’sen nazara alacaktır. Söz konusu tedbir talebi; belirttiğimiz gerekçelerle MTK madde 3 ile 5235 sayılı kanun madde 5/f.3-b.4’ün kapsamına girmeyeceğinden, HMK hükümleri *lex forin*in bir parçası olarak uygulanma alanı bulacaktır. Bu tür durumlarda, yabancılık unsuru da olduğundan görevli ve yetkili mahkeme; MÖHUK madde 40 yollamasıyla, yine HMK madde 390/f.1 yardımıyla tespit edilecektir. Diğer bir ifadeyle; yukarıda verdiğimiz Londra’da ICC tahkimi örneğinde tedbirin, doğrudan MTK madde 3 gereği asliye hukuk mahkemesinden talep edilemeyeceği anlaşılmaktadır. MTK madde 3’te en kötü ihtimalde hazır halde bulundurulmuş İstanbul asliye hukuk mahkemesinin varlığı; bu sonucu, özellikle de “yetkili mahkeme” açısından daha önemli kılmaktadır. Zira HMK madde 390/f.1 uygulandığında; çok farklı bir mahkeme yetkili olabileceği gibi, tahkim şartına bağlı olarak yetkili mahkemenin olmayacağı da tartışılabilecektir.

MTK kapsamındaki muğlâklık ve karmaşıklık, burada da bitmemektedir. MTK madde 6/f.4 uyarınca; “ tarafların, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile İcra ve İflas Kanununa göre istemde bulunma hakları saklıdır.” Şu husus da nazara alındığında, düzenlemelerin problemli yapısı daha net anlaşılacaktır: MTK madde 3’ün aksine, MTK madde 6/f.4; MTK madde 1/f.3 açık düzenlemesi gereği tahkim yeri yurtdışında olan, diğer bir ifadeyle kural olarak MTK kapsamına girmeyen tahkim yargılamalarına da uygulanmaktadır. Bu çelişkili düzenleme nedeniyle, yukarıda analiz edilen hükümler de büyük ölçüde anlamını yitirebilmektedir. Zira her ne kadar MTK madde 3 gereği; MTK kapsamına giren fakat madde 5/f.3-b.4’ün kapsamında olmayan tahkim yargılamalarında tedbir talebinin asliye hukuk mahkemesi tarafından verileceğini belirttiyssek de, MTK madde 6/f.4 açık düzenlemesi nedeniyle taraf doğrudan HMK veya İİK hükümleri uyarınca da tedbir talep edebilecektir. Bu durumda yine benzer şekilde, “tahkim yokmuşçasına” ilerlendiğinde; asliye hukuk mahkemesi yerine, asliye ticaret mahkemesi veya sulh hukuk gibi farklı görevli mahkemelere de ulaşılabilir.

28.02.2018 tarihli ve 7101 numaralı kanunla getirilen değişiklikleri incelemeden önce; göreve ilişkin 5/f.3-b.4’ün yanısıra, kısmen tartıştığımız yetkili mahkeme problemine de bu kısımda değinmekte yarar görüyoruz. Belirtildiği üzere

kanun koyucu MTK kapsamında; milletlerarası tahkimde “davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyerinin olamayabileceğini” de dikkate alarak, en kötü ihtimalle *İstanbul* asliye hukuk mahkemesini görevli ve yetkili kılmıştır⁷⁴⁸. Yukarıda incelenen madde 5/f.3-b.4 nedeniyle; örneğin hakem kararının iptalinde asliye ticaret mahkemesi görevli kılındığından MTK madde 3 hükmü, *İstanbul* asliye ticaret mahkemesi olarak mı anlaşılacaktır? Yoksa MTK madde 3, yetki kısımları dahil tamamen bertaraf edilerek; hangi asliye ticaret mahkemesinin “yetkili” olacağı meselesi, HMK madde 6 veya 390/f.1 gibi genel düzenlemelerle mi çözülecektir? Önemle belirtelim ki kanunun lafzı kanımızca daha çok ikinci çözümü gerektirirken, gerek doktrinde gerek mahkeme kararlarında; yetki hususunun görevden ayrı değerlendirilerek, bu özel kanunlardaki yetki hükümlerinin uygulandığı da görülmektedir⁷⁴⁹. Diğer yandan benzer soru; gerek HMK madde 439/f.1 kapsamındaki iptal davası gerek MÖHUK madde 60/f.2 kapsamındaki tanıma-tenfiz davasında yetkili mahkeme için de sorulabilecektir. Ancak vurguladığımız üzere; MTK madde 1/f.3 açık düzenlemesi nedeniyle MTK madde 3; tahkim yeri yurtdışında olan ve MTK’ya tabi olmayan tahkim yargılamalarına zaten uygulanamayacağından, kanımızca *İstanbul asliye hukuk mahkemesi* ya da *İstanbul asliye ticaret mahkemesi* tartışmasının, en azından bu tür tahkim yargılamaları için önemi kalmamaktadır. Zira bu durumda görevli ve yetkili mahkeme, MÖHUK madde 50 yollamasıyla diğer usul kurallarına göre tespit edilecektir.

Görüldüğü üzere; Türk hukukunda dava açma yasağı kabul edilse bile⁷⁵⁰; hangi mahkemenin görevli ve yetkili olacağı konusunda net bir şey söylemek, mevcut karmaşık düzenlemeler ışığında ve çelişkili güncel Yargıtay kararları⁷⁵¹ nedeniyle

⁷⁴⁸ İstanbul mahkemelerinin; “en tecrübeli mahkemeler” olduklarından hareketle, kanun koyucunun bu düzenlemeyi yaptığı vurgulanmaktadır. Yine de bu hüküm; “aşırı yetki” olarak da kabul edilmekte ve kanımızca da haklı şekilde, “tahkim yeri” kavramını dikkate almadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 92.

⁷⁴⁹ MTK madde 3 kapsamında, taraflara yetkili mahkemeyi seçme konusunda taraf serbestisinin tanınmadığı ancak buna rağmen bir Yargıtay kararında Ankara asliye hukuk mahkemesinin seçilmesinin “uygun” bulunduğu ilişkin bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 91-92; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 653-654; MÖHUK madde 60/f.2 uyarınca görevli mahkemeyi “asliye ticaret” kabul etmekle birlikte, madde 60/f.2’deki yetki kurallarını uygulayan görüş için bkz. /Ekşi/Öztekin-Gelgel, **a.g.e.**, s. 126; MÖHUK’un 60. maddesinde “yetkili mahkeme yönünden özel düzenleme yapıldığından, diğer yetki kurallarına gidilemeyeceği” düşüncesi için bkz. Deynekli, **a.g.e.**, s. 112.

⁷⁵⁰ Dava açma yasaklarının; HMK madde 389 uyarınca, “konu itibarıyla” Türk mahkemeler tarafından verilebilecek tedbirler olmadığı konusunda bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 588.

⁷⁵¹ Yargıtay; bazı güncel kararlarında, asliye ticaret mahkemesinin iptal davalarında 5235 sayılı kanundaki değişikliklerle görevli kılındığını görmezden gelerek, tarafların “tacir” sıfatından hareketle asliye hukuk-asliye ticaret “işbölümü” zamanındaki eski çözüm yöntemine başvurmaktadır. Bkz. T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2017/1980 K. 2017/3883 T. 9.11.2017:

oldukça zordur. Görevli ve yetkili mahkeme konusunda; çelişkili birçok düzenlemenin aynı anda yürürlükte olmasının, karmaşa yarattığı da bir gerçektir. Kanun koyucunun niyetini okuyarak; tüm tahkim işlerinin ticari dava sayılmak istendiği sonucuna ulaşmak⁷⁵² da, kanımızca zor ve kanunun amacına uymayan geniş bir yorum olacaktır. Gerek doktrin gerek mahkeme uygulamalarındaki bu tartışmaları gören kanun koyucu; 28.02.2018 tarihli ve 7101 numaralı kanunla, yukarıda vurguladığımız çelişkileri büyük ölçüde gideren düzenlemeler yapmıştır. İlgili hükümleri tüm detaylarıyla burada incelemek; çalışmamızın kapsamını aşabileceğinden, önemli gördüğümüz bazı temel değişiklikleri özellikle burada kısaca ele alacağız.

Kanun koyucu, görev ilişkisini de nazara alarak 7101 numaralı kanun madde 54 ile MTK'ya “*uyuşmazlığın konusuna göre görevli mahkeme*” başlıklı bir *EK MADDE* getirmek suretiyle; asliye hukuk mahkemesinin yapacağı belirtilen işlerin “*uyuşmazlığın konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi tarafından*” yapılacağını düzenleyerek, “asliye hukuk” ibaresinden kaynaklı tartışmaları sonlandırmıştır. MTK madde 15/A'daki iptal davası ise; özellikle nazara alınarak, 5235 sayılı kanun madde 5/f.3-b.4'teki “iptal davalarına” ibaresi kaldırılmıştır. Diğer yandan madde 53 ile; MTK madde 15/A'daki iptal davasına özgü olarak maddedeki “mahkeme” ibareleri, “bölge adliye mahkemesi” şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Hangi yerdeki bölge adliye mahkemesinin iptal davasında yetkili olacağı hususu ise; “iptal davası madde 3 uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır” denilmek suretiyle, açıklığa kavuşturulmuştur. Sonuç olarak, MTK madde 15/A kapsamında iptal davalarında artık; *yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesi* görevli ve yetkili olacaktır. MTK kapsamındaki diğer husularda ise;

“...Dava, hakem heyeti kararının iptâli istemiyle açılmıştır. Somut *uyuşmazlıkta davacı LÖSEV olup tacir değildir. Her ki taraf tacir olmadığından dava ticari bir dava değildir. Taraflardan birinin tacir olması davayı ticari dava haline getirmez. Somut yasal düzenlemelerde ticari dava olsun olmasın hakem heyeti kararının iptâli davalarında münhasıran asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğuna dair düzenleme bulunmadığından davaya bakmaya ticaret mahkemesi görevli olmayıp asliye hukuk mahkemesi görevli olduğundan* ticaret mahkemesinin görevli olduğu kabul edilerek karar verilmesi doğru olmayıp bozma nedenidir...”

Aksi yönde başka bir karar için bkz. T.C. YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ E. 2017/1040 K. 2017/1433 T. 11.5.2017:

“...6545 Sayılı kanunla 5235 Sayılı kanuna eklenen hüküm incelendiğinde bazı *tereddütler uyandırmakla birlikte bu kanun hükmünün istinaf mahkemelerinin faaliyette olmadığı dönemde uygulanacağına dair geçici bir hüküm bulunmadığı göz önüne alındığında tahkim yargılamasında görevli mahkemenin heyetli asliye ticaret mahkemeleri olduğu açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Bu sebeple hakem kararlarının iptali davalarında asliye ticaret mahkemeleri görevlidir...*”

⁷⁵² Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s. 479-480.

madde 3'teki yer esasına ve *uyuşmazlığın konusuna göre* asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi görevli ve yetkili olacaktır.

Yeknesaklık amacı doğrultusunda önemli bir adım daha atılarak; HMK'daki yardımcı mahkeme ile iptal davalarındaki görevli ve yetkili mahkeme de, yukarıdakine benzer şekilde düzenlenmiştir. Madde 57 ile değiştirilen yeni HMK madde 410/f.1'e göre; "tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, *konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi*" olacaktır. Tahkim yerinin belirlenmemiş olması ihtimalini de dikkate alan kanun koyucu; tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkemenin, "*konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi*, yetkili mahkemenin ise *davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesi* olacağını düzenlemek suretiyle özellikle de *ad hoc* tahkim için önemli bir düzenleme getirmiştir. Değişik madde 15/A ile de uyumlu şekilde; HMK kapsamındaki hakem kararlarının iptalini düzenleyen HMK madde 439/f.1, madde 60 ile değiştirilmiş ve iptal davasına özgü olarak "mahkeme" ibareleri "bölge adliye mahkemesi" olarak yeniden düzenlenmiştir. Böylece HMK madde 439/f.1 kapsamında iptal davalarında artık; "tahkim yeri bölge adliye mahkemesi", görevli ve yetkili olacaktır. HMK kapsamındaki diğer husularda ise; *uyuşmazlığın konusuna göre tahkim yeri* (yoksa *yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesi*) *asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi*, görevli ve yetkili olacaktır.

Önemle belirtelim ki 7101 numaralı kanunla yapılan düzenlemeler; asliye ticaret ile asliye hukuk arasındaki görev ilişkisini nazara alma ve de iptal davalarını yeknesak düzenleme noktasında takdire şayan olmakla beraber kanımızca kısmen eksiktirler. 7101 sayılı kanun; 5235 sayılı kanun madde 5/f.3-b.4'te sadece "iptal davalarına" ibaresini çıkarıp, hakem reddi ile tahkim itirazına dokunmamıştır. Buna gerek de duyulmamış olabilir zira örneğin MTK madde 7/D-b.3 kapsamında *hakemlerin reddi* talebi de; esasında asliye hukuk mahkemesinin yapacağı belirtilen işlerdendir ve "*uyuşmazlığın konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi tarafından*" karara bağlanacaktır. Asıl eksiklik ise; yukarıda ele aldığımız MTK madde 3'ün, tahkim yeri yurtdışında olan yargılamalar için ne anlam ifade ettiğidir. Kanımızca 7101 numaralı kanun; hem bu konuda hem de yabancı hakem kararlarının tanınması-tenfizine dair bir yenilik getirmemektedir. Dolayısıyla yabancı unsurlu olup da MTK kapsamına girmeyen tahkim yargılamalarında; ihtiyati tedbir taleplerinde görevli ve yetkili mahkeme, MÖHUK madde 50 yollamasıyla, HMK

madde 390/f.1 gereği tespit edilecektir. Bu da “*esas hakkında görevli ve yetkili mahkeme*” olacağından; 2018 değişiklikleriyle, büyük ölçüde yeknesaklığın yakalanacağı yine de öngörülebilir. Yabancı hakem kararlarının tanınması-tenfizi konularında ise; davaya ilişkin ihtiyati tedbirlerin verilmesi dahil, asliye ticaret mahkemesinin görevli olmaya devam edeceği anlaşılmaktadır. Bundan dolayıdır ki yukarıda yaptığımız tartışmalara atıfta bulunarak; bu kısmı burada noktalamak, tekrarlara girmemek adına yerinde olacaktır.

Tüm olumlu gelişmelere rağmen; tahkimde görevli ve yetkili mahkemelere dair çelişkili düzenlemelerin yeniden değerlendirilerek, bazı konuların net ve sade bir dille düzenlenmiş olması oldukça önemlidir. Kanımızca iptal davalarında, HMK-MTK arasında bir uyum hazır sağlanmışken; tanıma-tenfiz ile diğer tartıştığımız hususlara da ilişkin yeknesak düzenlemelerin getirilmesi, belirsizlikleri büyük ölçüde giderecek ve Türk tahkim hukuku konusunda yeknesak uygulamaların önünü açacaktır. Temyiz aşamasında ise; Yargıtay’ın farklı daireleri arasındaki farklı yaklaşımları da dikkate alarak tahkim konusunda uzmanlaşmak üzere, “tek bir dairenin tayin edilmesi” kanımızca da yeknesaklık ve uzmanlık bakımından uygun olacaktır⁷⁵³.

C. Dava Açma Yasağı Uygulamaları

1. Genel Olarak

Her geçen gün devlet mahkemelerinin baskısı ile müdahalesinden daha da bağımsızlaşan milletlerarası tahkim; devlet yargısının aksine sadece bir ülkeyi ilgilendirmemekte, doğası itibarıyla birçok ülkeyi aynı anda etkileyebilmektedir. Dolayısıyla tek bir tahkim davasında; *lex forisi* olmayan⁷⁵⁴ hakem heyeti, doğrudan veya dolaylı olarak çeşitli ülkelerin *lex forilerini* ilgilendiren kararlar verebilmektedir. Oysaki yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıkların Türk devlet

⁷⁵³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 251-252. Yazar haklı olarak; bu tür bir düzenlemenin aynı zamanda İstanbul’u tahkim merkezi yapma hedefinde yardımcı olacağını a vurgulamaktadır. Ancak kanımızca temyiz aşamasında tahkim konusunda yeknesak bir uygulamanın oluşması bakımından bu husus önemli olmakla beraber; burada ele aldığımız Türk hukukundaki ilk derece mahkemelerinin görev ve yetkisine dair karmaşık ve çelişkili hukuki rejim, bu hedefin gerçekleştirilmesine büyük ölçüde zarar vermektedir.

⁷⁵⁴ Hakemlerin *lex forisinin* olmamasının pratik sonuçları arasında hakemlerin; tahkim yeri kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak zorunda olmamaları ile hakemlerin bulundukları yere (*venue*) mahkemelere kıyasla çok daha az bağlı olmaları sayılmaktadır. Bunun ise olağan olduğu; zira hakemlerin yetkisinin dayanağının ulusal mevzuat değil, taraflar arasındaki sözleşme olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fric, **a.g.e.**, s. 50 – 52; ayrıca bkz. Bogdan, **a.g.e.**, s. 103-107; benzer yönde bkz. Özel, **a.g.e.**, s. 58; Bogdan, **a.g.e.**, s. 103-107; Poudret/ Besson, **a.g.e.**, s. 534 vd.

mahkemelerinde görülmesi; çoğu zaman sadece Türk usul hukukunu etkilemekte, yabancı ülkeleri ilgilendirmemektedir.

Dava açma yasaklarının Türk hukukunu ilgilendirmesi, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Başka bir ülkede yürütülen tahkim davasının; davacı veyahut davalı tarafının Türk vatandaşı bir kişi olması hali, birinci ihtimal olarak değerlendirilebilir. Elbette bu kişi gerçek kişi Türk vatandaşı olabileceği gibi, tüzel kişi Türk vatandaşı da olabilir⁷⁵⁵. Örneğin İngiliz hukukuna tabi Zürih merkezli (*seat arbitration*) ve ICC Tahkim Kuralları'nın uygulanacağı kararlaştırılmış bir deniz taşıma sözleşmesinden kaynaklanan tahkime konu uyuşmazlığın; davacısı İngiliz, davalı ise bir Türk vatandaşı olabilir. Bu yargılamada; hakemlerin Türkiye'de malları bulunan Türk vatandaşı davalıya karşı öngöreceklere tedbirin anlam ifade etmesi için, Türkiye'de icra edilebilir hale gelmesi gerekecektir. Bu örneğimizde hakemler; dava açma yasağı, bloke hesap oluşturma, *mareva* tedbiri, bir malın üçüncü kişilere devrinin yasaklanması gibi çeşitli tedbirlere Türk vatandaşı aleyhine hükmedebilirler. Benzer şekilde hakemlerden bu tür tedbirleri İngiliz taraf aleyhine elde eden Türk taraf da; bu tedbirlerin İngiltere'de veyahut malvarlığının bulunduğu başka ülkelerde icra edilebilir hale gelmesini isteyecektir ki, lehine aldığı tedbirin bir anlamı olsun. Yoksa özü itibarıyla acil ihtiyaçları gidererek, yargılamadan beklenen menfaati korumaya alması beklenen ve geçici mahiyette olan bir tedbirin hiçbir anlamı olmayacaktır.

Milletlerarası tahkimin bu küresel ve birçok ülkeyi aynı anda ilgilendiren kapsamlı yapısından çıkan bu tedbir örnekleri; ülkelerin, kendi *lex fori*lerine yabancı hakem tedbir kararları ile emirlerine kayıtsız kalmamaları gerektiği görüşümüzü desteklemektedir. Gerçekten de Türk vatandaşları tarafından da sıklıkla kullanılan bir uyuşmazlık yöntemi olan tahkimde; Türkiye'de etki doğurması beklenen karar ile emirlere, çeşitli görünümelerde rastlamaktayız. Türkiye'nin; kendi vatandaşlarını etkileyen veya Türkiye'de icra edilmeyi bekleyen hakem tedbir ile emirlerine karşı,

⁷⁵⁵ Belirtelim ki vatandaşlığın nasıl tespit edileceği hususu, çalışma konumuzun kapsamı dışındadır. Kısaca belirtmek gerekirse; 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu madde 3/f.1-ç, Anayasa ile de uyumlu şekilde "Türk Vatandaşı" kavramını "Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişi" olarak tanımlamakta ve madde 5 ile devamında, söz konusu vatandaşlığın nasıl kazanılacağını düzenlemektedir. Tüzel kişilerin Türk vatandaşlığının nasıl tespit edileceği, açıkça düzenlenmemiş olup doktrinde tartışmalıdır. Tüzel kişilerin tabiiyetinin belirlenmesine ilişkin kuruluş yeri, merkez yeri, kontrol yeri gibi çeşitli sistemler ileri sürülmüştür. Bu çalışmamız kapsamında aksi belirtilmediği sürece "Türk davacı veya davalı" kavramını, Türk vatandaşı olan gerçek veya tüzel kişiler için kullanıp, vatandaşlık hukuku tartışmasına girmemeye özen göstereceğiz. Detaylı bilgi için bkz. Pelin Güngör, **Tabiiyet Hukuku**, Yetkin, 2015, s. 205-226; ICSID madde 25/f.1 kapsamında "vatandaşlığın" tespitine dair açıklamalar için bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 714-716; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 533-540.

ne kadar “bilinmedik, uygulanmayan, kendisine yabancı” olurlarsa olsunlar kayıtsız kalması doğru olmayacaktır. Nitekim aşağıda önerilerimiz kısmında detaylandıracağımız üzere; bazı ülkeler bu görüşümüzü destekler mahiyette kendi *lex forisi*yle olan farklılıkları normal karşılayıp ve bu farklılıkların tahkimin doğasından geldiği gerçeğini de kabul ederek; UNCITRAL Model Kanunu (2006) ile uyumlu şekilde tahkimi geliştirici modern düzenlemeler yapmışlar ve tahkim için cazibe merkezi olma yoluna girmişlerdir.

Dava açma yasaklarının Türk hukukunu ilgilendirebileceği bir diğer ihtimal ise, yabancı hakem tedbirinin icra edilmek üzere veyahut yeni bir tedbir talebi şeklinde Türk mahkemelerine önüne gelmesi durumudur. Yargıtay ve ilk derece mahkemeleri önünde; Türkiye’de davanın yürütülmemesi gerektiği zira bir derdest tahkim davasına bağlı olarak, davacının aleyhine dava açma yasağı tedbirinin olduğu iddiası gündeme gelebilir. Dolayısıyla Türkiye’de etki doğurması istenen dava açma yasakları dâhil hakem tedbir kararı ve emirlerinin, Türk mahkemelerinde nasıl değerlendirildiğine de bakmamız gerekir. Yukarıda belirttiğimiz üzere; “tedbirlerin tanınması tenfizinin mümkün olmayacağı” katı yaklaşımından dolayı; Yargıtay aşamasında sorunun tartışılması imkânının pek olmadığını, dolayısıyla az sayıda karara ulaşabileceğimizi de şimdiden vurgulamak gerekir.

Türk mahkemelerine intikal eden ikinci ihtimal dâhilindeki davaların aksine, Türk vatandaşlarını ilgilendiren birinci kategorideki davalar oldukça zengindir. Dolayısıyla uygulamadan başlıca güncel tahkim davalarını ve tahkime dair devlet mahkemesi kararlarını aşağıda irdelleyeceğiz. Sonrasında ise ulaşılabilen ve az da olsa sorunu ele alan Yargıtay kararlarına da değinerek, çözüm önerilerimizi sunacağız. Bu karar incelemeleri; Türkiye’de icra edilmeyi bekleyen hakem tedbir ile emirlerine karşı ne kadar “bilinmedik, uygulanmayan, kendisine yabancı” olurlarsa olsun, Türk kanun koyucunun neden uzun süre kayıtsız kalınmayacağını gösterme noktasında kanımızca çok önemli olacaktır. Zira kendi vatandaşlarını oldukça ilgilendiren ve tahkimin en çok tartışılan güncel ihtiyaçlarından olan hakem tedbir ile emirlerinin tanınması ile tenfizini kolaylaştırıcı modern bir düzenleme yapması; Türkiye’yi, tahkime arkadaş (*arbitration friendly*) bir ülke yapacak ve tahkim için bir cazibe merkezi haline getirecektir. Aşağıda görüleceği üzere; dava açma yasaklarına dair birçok öncü davada Türk taraflar aleyhine dava açma yasağı tedbiri verilmesine rağmen, Türk hukukunda bu tür tedbirlere kayıtsız kalınması kanımızca yerinde bir tutum olmayacaktır.

2. Türk Tarafların Konu Edildiği Yabancı Kararlar

a) *Shipowners Mutual Protection and Indemnity Association (Luxembourg) v Containerships Denizcilik Nakliyat ve Ticaret A.S. (“YUSUF CEPNIOGLU”)*⁷⁵⁶

Dava açma yasağını konu edinen 2016 tarihli bu güncel dava; Türk hukukuna yabancı bir tedbir olan dava açma yasaklarının, Türk vatandaşlarına karşı da verilmesi ve vatandaşlarımızın bu tedbiri nasıl uyguladıkları konusunda yol gösterici önemli bir davadır. Bu dava ile ilgili görüşlerimizi belirtmeden evvel; uyuşmazlık konusu, tahkim ile dava süreci hakkında bilgi vermek daha doğru olacaktır.

Davalı *Containerships Denizcilik Nakliyat ve Ticaret Anonim Şirketi*’ne ait *YUSUF CEPNIOGLU* adlı okyanus gemisinin; 2014 yılında Yunanistan’ın *Mykonos* bölgesinde çakılması sonucu, çeşitli ihtilaflar meydana gelmiştir. Gemi kurtarma çalışmaları sonuç vermemiş ve 74 konşimentoya bağlı olarak taşınmakta olan 207 konteyner kargo, zarar görmüş ve gemi tam hasara (*total loss*) uğramıştır. Geminin malikleri (*owner*) ile söz konusu gemiyi kiralayanlar (*charterers*) Türk vatandaşlarıdır. Geminin malikleri ile kiralayanlar arasındaki Gemi Kiralama Sözleşmesi (*Charter Agreement*) bulunmakta ve bu sözleşmede, Londra merkezli tahkim şartı bulunmaktadır. Diğer yandan geminin malikleri söz konusu taşımacılık kapsamındaki kargoyu sigorta ettirmiş ve davacı *Shipowners Mutual Protection and Indemnity Association* (kısaca “*P&I Club*”) ile sigorta sözleşmesi yapmıştır. Bu sigorta sözleşmesinden kaynaklanabilecek tüm uyuşmazlıklar için de, Londra merkezli tahkim şartı kararlaştırılmıştır. Dolayısıyla birçok benzer durumda olduğu gibi; söz konusu davada da, aslında tarafları farklı iki ayrı sözleşme (gemi kiralama sözleşmesi ve sigorta sözleşmesi) bulunmaktadır.

Somut uyuşmazlığın da esasını teşkil eden temel husus ise sigorta sözleşmesinde yer alan, “önce öde sonra ödeme al” (*paid to be paid*) şartıdır. Söz konusu şart, İngiliz Hukuk’unda sıklıkla kullanılmaktadır ve uyuşmazlık konusu sigorta poliçesinde de yer almaktadır. Aslında artık bu kurala yer vermeyen *Third Parties (Rights against Insurers) Act 2010* açıkça, deniz taşımacılığı sigortalarını kapsam dışında bırakmıştır⁷⁵⁷. 2017 tarihli güncel *P&I Club* Sigorta Poliçesi

⁷⁵⁶ [2016] EWCA Civ 386.

⁷⁵⁷ Bu yeni kanunla, *pay to be paid* kuralı terk edilmişse de “deniz taşımacılık sigortaları” kapsam dışında bırakılıp *The UK Marine Insurance Act 1906*’ya tabi tutulmaya devam etmektedir. Bu Kanun’un diğer sigorta türlerinde ilkin ödeme yapma kuralını kaldıran düzenlemesi şöyledir:

hükümlerinde de aynı şarta yer verilmekte ve *Rule 5/A* ile aksine sözleşme olmadığı sürece; üçüncü kişilerin uğradığı zararların tazmini için evvela sigortalının ödeme yapması gerektiği belirtilerek, doğrudan sigorta şirketine üçüncü kişilerce başvurulması engellenmiştir⁷⁵⁸. Sigorta poliçesinde yer alan bu şart, yasal dayanağını deniz sigortalarını düzenleyen *The UK Marine Insurance Act 1906* madde 74 vd. hükümlerden⁷⁵⁹ almaktadır.

YUSUF CEPNIOGLU adlı okyanus gemisinin 2014 yılında Yunanistan'ın *Mykonos* bölgesinde çakılmasıyla, kargo için gemi kiralama sözleşmesi yapmış olan taraflar, büyük zarar görmüştür. Kiracı taraflar (*Charterers*); gemi maliki ile olan gemi kiralama sözleşmesine ve bu sözleşmede yer alan Londra'da tahkim şartına dayanarak evvela İngiltere'de gemi maliki olan *Containerships Denizcilik Nakliyat ve Ticaret Anonim Şirketi*'ne karşı dava açmışlarsa da, gemi malikinden istedikleri ödemeyi bir türlü alamamışlardır. Bunun üzerine Türkiye'den kargolarını yollamış olan kiracı taraflar; doğrudan sigortacı olan *P&I Club* şirketine karşı, Türk mahkemesinde dava açmışlardır. Aslında ilk bakışta; gemi kiralama sözleşmesine taraf olan Türk vatandaşlarının doğrudan sigortacıya başvurmada, şaşılacak bir durum yoktur. Zira dava açıldığında yürürlükte olan TTK madde 1478'e göre zarar gören; "uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla doğrudan" sigortacıdan isteyebilmektedir. Nitekim Türk mahkemesinde *P&I Club* şirketine karşı açılan bu davada da taraflar; TTK'nın bu hükmüne dayanarak, yabancı sigortacıya karşı doğrudan dava hakkını kullanmışlardır.

P&I Club şirketi ise; davacı kiracılar ile aralarında bir sözleşme olmadığını ve geminin maliki ile yaptıkları sigorta sözleşmesi uyarınca, üçüncü kişiler için *pay to*

Article 9(5):

"The transferred rights are not subject to a condition requiring the prior discharge by the insured of the insured's liability to the third party."

⁷⁵⁸ Rule 5/A: Payment first by the Owner

"Unless the Directors in their discretion otherwise decide, it is a condition precedent of an Owner's right to recover from the funds of the Association in respect of any liabilities, costs or expenses that he shall first have discharged or paid the same out of funds belonging to him unconditionally and not by way of loan or otherwise."

https://www.ukpandi.com/fileadmin/uploads/uk-pi/Documents/2017/Brochures/Rules/Rules_full_version_2.pdf (Erişim, 18.10.2017).

⁷⁵⁹ Marine Insurance Act 1906, 1906 CHAPTER 41 6 Edw 7.

Rule 74: Liabilities to third parties.

"Where the assured has effected an insurance in express terms against any liability to a third party, the measure of indemnity, subject to any express provision in the policy, is the amount paid or payable by him to such third party in respect of such liability."

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw7/6/41/data.pdf> (Erişim, 18.10.2017).

be paid kuralının geçerli olduğunu ve ayrıca sigorta sözleşmesinden kaynaklı tüm uyuşmazlıkların da poliçeye uygun şekilde ancak Londra merkezli tahkim yoluyla çözülebileceğini ileri sürmüştür. *P&I Club* şirketi bu gerekçelerle; *Containerships Denizcilik Nakliyat ve Ticaret Anonim Şirketi*'ne karşı, tahkime gidilmesi için öncelikle ilk derece mahkemesi sıfatıyla İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi'nde dava açmıştır⁷⁶⁰. Belirtilen gerekçelerle ilk derece mahkemesinden; Türkiye'deki devam etmekte olan ve tahkim şartını ihlal eden davaların durdurulması yönünde, dava açma yasağı (*anti-suit injunction*) talep edilmiştir.

İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi yetkili ilk derece mahkemesi sıfatıyla yaptığı yargılamada, temel bir soru üzerinde durmuştur. İngiltere dışında devam eden bir yargılamada; sigorta sözleşmesine taraf olmayan Türk taraf aleyhine, dava açma yasağı tedbirine hükmedilebilir mi sorusuna mahkeme cevap aramıştır. Diğer bir ifade ile dava açma yasağı tedbirinin, üçüncü kişilere etkisi araştırılmıştır. İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi; Türkiye'de dava açmış olan kiracı taraf İngiltere'deki davaya katılmadan (*ex parte*) verdiği önemli kararında; sigortacı *P&I Club* şirketinin tedbir talebini yerinde bularak, üçüncü kişi konumundaki Türk vatandaşlarının tahkim yoluna gitmelerine ve Türkiye'deki davadan vazgeçmelerine karar vermiştir.

İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi; sigorta sözleşmesine taraf olmayan kişilere dönük dava açma yasağı kararı verirken ve onların da aslında gemi malikiyle yapılan tahkim sözleşmesiyle bağlı oldukları yönündeki kararını verirken, İngiltere dışındaki yargılamalara dönük usulü düzenleyen Uygulama Emirleri'nden (*Practice Directions*) yararlanmışır. *P&I Club* şirketinin de dava açma yasağı talep ederken dayandığı Uygulama Emirleri madde 3. 1/(6)(c) uyarınca; Türkiye'deki uyuşmazlığın "sigorta sözleşmesiyle ilgili olup olmadığı" hususu, İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi'nin dava açma yasağı tedbiri verip vermeyeceğini belirleyecektir. Bir talebin; sözleşme kapsamında (*in respect of a contract*) ileri sürülüp sürülmediğine dair bazı prensipler, Uygulama Emirleri'nde bulunmaktadır. Bu husus önemlidir zira eğer Türkiye'de doğrudan sigorta şirketine karşı açılan dava; tarafı olunmamakla beraber sigorta sözleşmesiyle ilgili ise, bu durumda üçüncü kişiye karşı *ex parte* tedbir kararına hükmetmenin yanlış tarafı da olmayacak demektir. Uygulama Emirleri madde 3. 1/(6)(c) bu konuda yol gösterirken; davacı ile dava edilmek

⁷⁶⁰ *Shipowners' Mutual Protection and Indemnity Association (Luxembourg) v Containerships Denizcilik Nakliyat Ve Ticaret AS*, [2015] EWHC 258 (Comm).

istenen taraf arasında doğrudan bir sözleşme değil, “İngiliz hukukuna tabi bir sözleşmeyle bağlantı” (*a connection to a contract governed by English law*) aranmaktadır⁷⁶¹. Türk kiracı taraflar her ne kadar sigorta sözleşmesine taraf değillerse de; sigortacıya karşı doğrudan dava açmaları, kendisini tahkim şartıyla bu tür davalara karşı korumaya alan sigortacının haklarını zedelemekte ve böylece sigorta sözleşmesi ile ilgili hale gelmektedir. İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi böylece talebi yerinde görerek; *P&I Club* şirketinin dava açma yasağı talebini sigorta sözleşmesiyle bağlantılı kabul ederek, tedbir talebini onaylamıştır.

Diğer yandan *P&I Club* şirketi alternatif olarak, Usul Kuralları’nda tahkimi düzenleyen Bölüm 62’ye de dayanmıştır. Tahkim yargılamalarında yetki dışında bulunan hususlara ilişkin hizmetleri düzenleyen bu bölümde madde 62. 5/f.1(c)(i-ii) uyarınca eğer; tahkim yeri yetki alanındaysa ve talep tahkimi etkileyecek bir hususa ilişkinse, bu durumda da İngiliz mahkemelerinden tedbir talep edilebilmektedir⁷⁶². Somut uyuşmazlıkta tahkim yeri Londra olduğu için İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi’nin yetki alanına girmekte ve Türkiye’deki davalara dönük istenen tedbir talebi de, sigorta poliçesinde yer alan tahkim sözleşmesini pekâlâ etkilemektedir. Dolayısıyla her iki gerekçe açısından da mahkeme, *P&I Club* şirketini haklı bulmuş ve dava açma yasağı tedbirini Türk taraflar aleyhine uygulamıştır. Davalı taraf ise; Türkiye’deki yargılamaların, “zarar verici ve yıkıcı” (*vexatious and oppressive*) olmadığını ve bu hakkın kendilerine TTK uyarınca verildiğine dayanmıştır. Davalı Türk taraf; ayrıca AB üyesi ülkelerin sigorta uyuşmazlıklarında mağdur lehine (*victim protection*) kararlar verdiklerinin gözetilmesini de belirtmişse de, sonuç değişmemiş ve dava *P&I Club* şirketi lehine sonuçlanmıştır.

Davalı mağdurlar ise; İngiliz Yüksek Ticaret Mahkemesi’nce kendi aleyhine *ex parte* olarak verilen bu tedbir kararını, İngiltere’de temyiz etmiştir⁷⁶³. Sigorta

⁷⁶¹ https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part06/pd_part06b (Erişim, 18.10.2017).

Uygulama Emirleri madde 3.1/(6)

(6) A claim is made in respect of a contract where the contract –

(a) was made within the jurisdiction;

(b) was made by or through an agent trading or residing within the jurisdiction;

(c) is governed by English law; or

...

⁷⁶² <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part62#62.5> (Erişim, 18.10.2017).

⁷⁶³ [2016] EWCA Civ 386. Alt mahkeme tarafından verilen dava açma yasağı tedbir kararı; temyiz mahkemesince onaylanarak, davalıların Türkiye’deki davaya devam etmemeleri karara bağlanmıştır. Kısa bir değerlendirme için bkz. Ishfaq Ahmed, “Direct Actions Against Insurers by Third Parties: the contract takes priority”, <https://www.st-philipstone.com/eshots/stone-documents/yusuf-cepnioglu---ishfaq-ahmed-apr-2016.pdf> (Erişim, 19.02.2018).

sözleşmesine taraf olmayan ve Türkiye’de doğrudan dava hakkını kullandığını ileri süren kiracıların bu hakkı TTK madde 1478’e dayandığından; İngiliz Temyiz Mahkemesi öncelikle, bu hükmün bağımsız bir dava hakkı mı yoksa sigortalının yerine geçme hakkı mı verdiğini incelemiştir. Mahkemeye göre; TTK madde 1478’deki zarar görenin, “uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla doğrudan sigortacıdan isteyebilmesi” hakkı ikinci gruba girmekte, yani bağımsız bir hak vermemektedir. Bu husus önemlidir zira eğer sigortacıya karşı doğrudan dava açma hakkı (*direct action*) sigorta sözleşmesinden bağımsız bir hak olarak düzenlemişse; davalı Türk taraf, hiçbir kısıtlamaya bağlı olmaksızın Türkiye’de bu yasal hakkını kullanabilecek ve tarafı olmadığı bir sigorta sözleşmesinde yer alan Londra merkezli tahkim şartını da ihlal etmemiş olacaktır. Eğer TTK madde 1478’deki düzenleme; bağımsız hak yerine mağdur üçüncü kişiye tarafı olmadığı sigorta sözleşmesinde ödeme yaptığı sigortalının yerine geçme hakkı verdiği kabul edilirse, bu durumda sigortalı nasıl ki sigorta sözleşmesi hükümleri ile bağlı idiyse *charterer* gibi üçüncü şahıslar da bağlı olacaktır.

İngiliz Temyiz Mahkemesi yaptığı değerlendirmede; TTK madde 1478’deki sigortacıya karşı doğrudan dava hakkı veren düzenlemenin, sigorta sözleşmesi çerçevesinde asıl sigortalı malikin yerine geçme hakkı (*to stand in the shoes of the owners*) verdiği sonucuna ulaşmıştır. Kanımızca da bu değerlendirme yerindedir zira TTK madde 1478’in lafzı da bu yorumu desteklemektedir. Maddede yer alan “sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla” ifadesi bile; hakkın, sigorta sözleşmesi kapsamında kullanılacağını öngörmektedir. Dolayısıyla İngiliz Temyiz Mahkemesi’nin bu yerinde değerlendirmesine göre; Türkiye’deki davanın temel dayanağı olan sigortacı *P&I Club* şirketine karşı doğrudan dava açma hakkı veren TTK madde 1478 bağımsız bir hak vermemekte, sadece sigortalının yerine geçerek *P&I Club* şirketinden alacağını isteme yetkisi vermektedir.

Bu ilk değerlendirmeye göre, *P&I Club* şirketine karşı doğrudan dava açma hakkını kullanan taraf, sigorta sözleşmesinde yer alan hak ve yükümlülöklere riayet etmek zorundadır. Zira ödeme talep edilen sigortalı malik de, sigorta sözleşmesinde

Bir diğer analiz için bkz. David Lewis and Oliver Caplin, “Derived rights and anti-suit injunctions: has the curtain come down on comity?”

<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=96732da8-29ee-430a-ab8b-eb1c68dbccd5>

(Erişim, 19.02.2018).

Karar için http://www.quadrantchambers.com/images/uploads/documents/judgment_20.04.16.pdf (Erişim, 19.02.2018).

yer alan hak ve yükümlülüklerle bağlı tutulmaktadır. Dolayısıyla bu gerçeğe rağmen; Türkiye’de dava açan kişiler, tarafı olmadıkları bir sigorta sözleşmesinde yer alan Londra merkezli tahkim şartını da ihlal etmişlerdir. Zira İngiliz Temyiz Mahkemesi’ne göre TTK madde 1478 mağdur üçüncü kişilere bağımsız bir hak değil, sigorta sözleşmesini tenfiz etme hakkı (*right to enforce the contract of insurance*) vermektedir. Ancak Türk taraf; sigorta sözleşmesini uygulayarak *P&I Club* şirketine karşı tahkim davası açmak yerine, sanki bağımsız bir hakkı varmışçasına Türkiye’de dava açarak sigorta sözleşmesindeki tahkim lehine yapılan yetki şartını ihlal etmiştir.

İngiliz Temyiz Mahkemesi bu değerlendirmeden sonra, yukarıda bahsettiğimiz dava açma yasağı şartlarının oluşup oluşmadığını incelemeye başlamıştır. Mahkemeye göre *Hari Bhum* davasının⁷⁶⁴ aksine; somut uyuşmazlıkta Türkiye’de dava açan taraf, sigorta sözleşmesine dayanan bir hakkı kullanmakta olduğundan tahkim şartını ihlal etmiştir. Böylece tıpkı eski tarihli *Jay Bola* davasında⁷⁶⁵ olduğu gibi İngiliz Temyiz Mahkemesi; tarafı olmadığı bir sigorta sözleşmesinde yer alan tahkim şartı çerçevesinde sigortacıya başvurmeyen Türk tarafın, tahkim şartını ihlal ettiğine kanaat getirmiştir. Dolayısıyla artık yabancı forumdaki yani Türkiye’deki davanın; zarar verici ve yıpratıcı (*vexatious and oppressive*) olduğunu ispatlamayı da aramaksızın, “dava açma yasağını red için uygun sebebin varlığını” arayan *Angelic Grace* esaslarını uygulamıştır⁷⁶⁶. Böylece İngiliz Temyiz Mahkemesi; Türkiye’de dava açıp tahkim şartını ihlal eden kişilere karşı açma yasağı talebinde bulunan *P&I*

⁷⁶⁴ *Through Transport Mutual Insurance Association (Eurasia) Ltd v New India Assurance Co Ltd (The Hari Bhum) (No.1)*, [2005] 1 All ER (Comm) 715, (Westlaw, 2017).

Bu karara göre; mağdur da her ne kadar sigorta sözleşmesinde yer alan tahkim şartıyla bağlı ise de, gerçekte sigorta sözleşmesine bağlı olmadığından dolayı başka bir yerde dava açtığına tahkim şartını ihlal edilmiş sayılmayacaktır. Dolayısıyla, davacı sigortacının dava açma yasağı talebi yukarıda tartıştığımız şartlar arasında yer alan ve daha basit şekilde tedbir almayı sağlayan “tahkim şartı ihlalinde, red için uygun sebep yoksa” dava açma yasağı vermeyi öngören *Angelic Grace* davasına göre değerlendirilmeyecektir. Bunun yerine davacı sigortacı için daha zor olan, yabancı forumdaki davanın zarar verici ve yıpratıcı (*vexatious and oppressive*) olduğunu ispatlamak gerekecektir.

⁷⁶⁵ [1997] 2 Lloyd’s Rep 279, Court of Appeal.

Genellikle *Hari Bhum* davası ile beraber sıklıkla atıf alan bu karara göre, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan hakları kullanan kimse üçüncü kişi ve sözleşmeye yabancı biri olsa bile sigorta sözleşmesinde yer alan tahkim şartı ile bağlı tutulacaktır. *Hari Bhum* davasının aksine *Jay Bola*, sigortacının sigorta sözleşmesinde yer alan tahkim şartına dayanarak kendisine karşı açılan tüm davaların tahkim yoluyla olmasını sözleşmeden kaynaklanan bir hak olarak isteyebileceğini öngörmektedir. Hakkaniyet (*equity*) de bunu gerektirmektedir zira başka ülkelerin kanununda yer alan doğrudan dava hakkı uyarınca sigortacının sayısız dava ile öngörmediği forumlarda karşılaşması kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenle *Jay Bola* davası uyarınca, *Angelic Grace* esasları gereği ihlal bulunan tarafın aleyhine, *aksine iyi bir sebep yoksa* dava açma yasağı tedbiri kararı verilecektir.

⁷⁶⁶ Bkz. Yukarıda “Şartlar”.

Club şirketinin bu talebini reddetmek için, iyi sebep olup olmadığını (*whether there are good reasons why an injunction should not be granted*) araştırmayı yeterli görmüştür.

İngiliz Temyiz Mahkemesi yaptığı son değerlendirmede ise daha önceki *Jay Bola* kararının gerekçesine de atıfta bulunarak; Türkiye’deki uyuşmazlık konusunun sigorta sözleşmesinden kaynaklandığını ve böylece *P&I Club* şirketinin, bu davanın tahkimde çözümlenmesini istemekte haklı olduğunu kabul etmiştir. Türk tarafın; *Angelic Grace* basit ölçütünü aşarak dava açma yasağının reddi için öne sürdüğü, milletlerarası nezaket (*principle of comity*) ve kamu düzeni (*public order*) prensiplerinin ihlal edileceği savunmaları kabul edilmemiştir. Mahkemeye göre bu iki temel prensibin ihlal edilmesi söz konusu değildir zira taraflar tahkim sözleşmesini kararlaştırdıklarında bu sözleşme, başka yerde dava açma hakkından vazgeçmeyi de gerekli kılmaktadır. TTK madde 1478; Türk tarafa bağımsız bir hak vermemekte, yerine geçtiği asıl sigortalının bağlı olduğu sigorta sözleşmesinden kaynaklı hak ve yükümlülükleri devralma hakkı vermektedir. Böylece *P&I Club* şirketinin tedbir talebini reddetmek için iyi sebep olmadığına kanaat getiren ve sigortacının hakkının dava açma yasağı ile korunabileceğine kanaat getiren İngiliz Temyiz Mahkemesi; temyiz talebini reddederek, dava açma yasağı tedbirini veren alt derece mahkemesi kararını farklı gerekçelerle de olsa *P&I Club* lehine onaylamıştır.

Bu karar kanımızca milletlerarası tahkimde dava açma yasakları ve özellikle Türk hukukunu da ilgilendiren uygulamalar açısından oldukça önemlidir. Öncelikle milletlerarası tahkimde bir Türk taraf aleyhine; Türkiye’de derdest olan bir dava hakkında dava açma yasağı kararı verilmesi, Türk hukukuna “yabancı” diyebileceğimiz bu tür tedbir kararlarına karşı uzun süre kayıtsız kalamayacağımızı göstermektedir. Oldukça yakın tarihli bu dava, milletlerarası tahkimde ve dava açma yasakları özelinde birçok tartışmalı hususa da açıklık getirmektedir. Öncelikle bu dava göstermektedir ki; TTK madde 1478 gibi hükümlerden yararlanarak sigortacıya karşı dava açmak isteyen kişilere, normalde taraf olmadıkları bir sigorta sözleşmesinde yer alan tahkim şartının teşmili pekâlâ mümkündür⁷⁶⁷. Dolayısıyla

⁷⁶⁷ Sigortalı ile zarar veren arasında bir tahkim sözleşmesi veya şartı varsa; sigortalıya ödeme yapan sigortacının, bu tahkim şartını kullanarak zarar vereni tahkim yargılamasına götürüp götürmeyeceği veyahut sigortacının, tahkim şartı ile bağlı tutulup tutulmayacağı hususu tartışmalıdır. Türk hukukundaki yargı kararlarından da yola çıkılarak; sigortacının da, sigortalının tabi olduğu tahkim şartı ile bağlı tutulacağı zira Türk hukukunda tahkim şartının bu hakların bir “fer”’isi niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Ancak sigortalıya ödeme yapmış olsa bile; sigortacının

çarter sözleşmelerindeki kiracıların veyahut sigorta şirketine bir şekilde rücu edebilecek diğer kişilerin, sigorta poliçesi ile konşimentoda yer alan tahkim şartlarını mutlaka dikkate almaları gerekmektedir. Ne de olsa sigorta sözleşmesinin kendisine yabancı bir sözleşme olduğunu ve kendisinin taraf olmadığı yönündeki beklenti ve kanı, yanıltıcı olabilecektir.

Özellikle de deniz taşımacılığı yapan Türk firmalarının; Londra merkezli İngiliz hukukuna tabi tahkim şartının, *P&I Club* gibi sigortacıların sözleşmelerinde genellikle yer aldığını öngörmelerinde kanımızca yarar vardır. Yoksa *YUSUF CEPNIOGLU* davasında olduğu gibi; TTK madde 1478 kapsamında yasal hakkını sorunsuzca kullanmayı hayal eden Türk taraf, öngörmediği tahkim itirazı ve dava açma yasağı tedbirleriyle pekâlâ karşılaşabilir. Bu dava, Türkiye’de derdest olan bir uyumsuzlukta da dava açma yasağı tedbirinin pekâlâ verilebileceğine dair güzel bir örnektir. Kaldı ki Türk tarafın bu tedbirin ciddiliğini kabul ederek; İngiltere’de temyiz aşamasının sonuna dek gitmesi de, uygulamada dava açma yasağının “tenfizi mümkün olmayan salt bir tedbir kararından çok daha fazlası olduğu” yönündeki görüşümüzü de desteklemektedir. Dava açma yasağının doğrudan dava açan Türk taraf aleyhine verilmesi ve Türk mahkemesine dönük bir hamlede de bulunulmaması; dava açma yasağı tedbirinin mahkemeye müdahale amaçlı değil, “tarafa dönük” bir tedbir olduğu tezimizi de kuvvetlendirmektedir.

Yine de burada şu soru akla gelebilir: Türk taraf; Türkiye’deki davasına dava açma yasağına rağmen, neden devam ederek İngiltere’deki davayı görmezden gelmemiştir? Milletlerarası ticari tahkime hâkim olan gizlilik (*confidentiality*) prensibi nedeniyle; *YUSUF CEPNIOGLU* davasının özellikle de hakem önündeki kısmındaki tüm ayrıntılara ulaşmamakla beraber, bazı mantıki çıkarımlar yapmamız mümkündür. Yukarıda dava açma yasağına uyma gerekçelerinde açıkladığımız gibi, burada da benzer amaçlarla Türk tarafın hareket etmiş olması olasıdır. *Containerships Denizcilik Nakliyat ve Ticaret Anonim Şirketi* ile kiracıların Türkiye’de açacağı bir davanın sigorta sözleşmesinde yer alan tahkim şartına aykırı olması, merkezi yurtdışında olan sigortacıya karşı lehe alınan bir mahkeme kararının tenfizini muhtemelen engelleyecektir. Zira Türkiye’de mahkemeden aldığı kesin kararlar sigortacıya karşı harekete geçen taraf; tıpkı bu davada olduğu gibi, dava sonrası tenfiz aşamasında da *P&I Club* şirketinin haklı savunmalarıyla karşılamak ve

tahkime yönelik iradesinin varlığı tartışılmadığı için, Türk hukukunda tahkim sözleşmesinin sigortacıya teşmili eleştirilmektedir. Bkz. Esen, **Tahkim Anlaşmasının Teşmili**, s. 195-202.

zararını sigortacıdan alamayacaktır. Oysaki sigorta sözleşmesindeki tahkim şartına bağlı olarak İngiliz hukukuna tabi şekilde sigortacıya dava açan Türk taraf; bir ihtimal, tahkim davasını kazandıktan sonra en azından tenfiz aşamasında İngiliz tarafın tahkime ilişkin savunmalarıyla karşılaşmadan kararı tenfiz edebilecektir. Dolayısıyla Türk tarafın; *P&I Club* şirketinin itirazlarını ciddiye alarak, dava açma yasağı kararını temyize kadar götürmesi mantıklıdır. Ayrıca *P&I Club* sigorta şirketinin de dava açma yasağı tedbiri alması; ileride muhtemel “Türkiye’deki davaya katıldığı ve rıza verdiği” yönündeki iddiaları, en başından ortadan kaldırmak için uygun bir hamle olarak değerlendirilebilir.

Elbette Türk tarafın aksine; sigortacı *P&I Club* şirketi, Türkiye’deki davaya devam edebilir veyahut bu davayı görmezden gelebilirdi. Ancak yukarıda “dava açma yasağı şartları” kısmında belirttiğimiz üzere; bu tür davranışlar aşırı gecikmeye ve fiilen Türkiye’deki davaya katıldığı şeklinde yorumlanabileceği için, gecikmeksizin dava açma yasağı talebinde bulunarak başka bir forumdaki davaya engel olmaya çalışılması daha doğru bir hamle olmuştur. Sonuç olarak 2016 tarihli *YUSUF CEPNIOGLU* davası, milletlerarası tahkimde dava açma yasakları ile Türk hukukunu da yakından ilgilendiren uygulamalar açısından önemli bir karar olup, dava açma yasağına dair birçok hususa cevap vermemizi ve uygulamayı kavramamızı sağlamaktadır.

b) *Ever Judger Holding Company Ltd v Kroman Celik Sanayi Anonim Sirketi*⁷⁶⁸

Dava açma yasağı konusunda yol gösterici ve Türk hukukunu yakından ilgilendiren bir diğer dava ise 2015 tarihli ve yine bir Türk şirketinin davalı taraf olarak yer aldığı *Ever Judger Holding Company Ltd v Kroman Celik Sanayi Anonim Sirketi* davasıdır. Bu dava ile ilgili görüşlerimizi belirtmeden evvel; uyuşmazlık, tahkim ve dava süreci hakkında bilgi vermek daha doğru olacaktır.

Ever Judger Holding Company Ltd v Kroman Celik Sanayi Anonim Sirketi davasının (kısaca “*Ever Judger*”) konusu Çin’den alınan çelik tel ve çubukların Türkiye’ye taşınması oluşturmaktadır. Davalı *Kroman Celik Sanayi Anonim Sirketi* Çin’den çelik tel çubuklarını (*steel wire rods*) satın almış ve Türkiye’ye nakliyatın yapılması amacıyla davacı *Ever Judger Holding Company Ltd* şirketi ile taşıma sözleşmesi yapmıştır. Somut uyuşmazlığa adını veren *Ever Judger* gemisinin maliki

⁷⁶⁸ [2015] 2 HKLRD 866. (Kluwer Arbitration, 2017).

olan *Ever Judger Holding Company Ltd* ile davalı Türk şirket arasında Sefer Çarteri Sözleşmesi (*Voyage Charterparty*) yapılmış ve ayrıca kıymetli evrak statüsü haiz bir konşimento (*negotiable bill of lading*) da düzenlenmiştir. Konşimentoda, Sefer Çarteri Sözleşmesi hükümlerine referansta bulunularak sözleşme hükümlerine yer verilmiştir (*incorporation*). Konşimentoda doğrudan yer almamakla beraber, konşimento içeriğine böylece dâhil edilen Sefer Çarter Sözleşmesi'nde "tüm uyuşmazlıkların Hong Kong tahkimiyle çözüleceğini" öngören bir hüküm de yer almıştır⁷⁶⁹.

Çin'den çelik tel çubukları alan *Ever Judger* gemisi, kararlaştırıldığı üzere zamanında kargoyu davalı Türk şirketine teslim etmiştir. Ancak çelik tel çubuklarının paslanmış olduğunu (*rust damage*) ileri süren *Kroman Celik Sanayi Anonim Sirketi*, Türkiye'ye gelmiş olan *Ever Judger* gemisinin ihtiyati haczi ve seferden meni (*arrest of vessel*) tedbir kararını almıştır. İlgili tüm savunma ve detaylara ulaşamamakla beraber, Türk tarafın uyuşmazlık tarihinde yürürlükte olan TTK madde 1352 uyarınca yabancı bayraklı bir gemiyi deniz alacağı dolayısıyla ihtiyaden haczettirdiğini tahmin etmek yanlış olamayacaktır. Zira TTK madde 1352/f.1-f,g,h bentleri uyarınca somut olaydaki iddia edilen alacak bir deniz alacağı olup, bu alacağın teminatı için geminin ihtiyati haczine karar verilebilir. Bilindiği üzere TTK madde 1366/f.1 gereğince "ihtiyati haczine karar verilen bütün gemiler, bayrağı ve hangi sicile kayıtlı oldukları dikkate alınmaksızın, icra müdürü tarafından seferden menedilerek muhafaza altına" alınmaktadır. Hatta TTK madde 1367/f.1-b bendi uyarınca "yabancı bayraklı gemilerde ihtiyati haciz kararı, sahil güvenlik komutanlığının yardımı alınarak, gemi Türk karasularını terkedinceye kadar" uygulanabilmektedir. Nitekim somut olayda da öyle olmuş ve yabancı bayraklı *Ever Judger* gemisi Türk karasularını terk etmeden ihtiyati hacze konu edilmiş ve gemi Türkiye'de tutulmuştur.

Türk taraf ihtiyati haciz kararını aldıktan sonra, TTK madde 1376 yollaması nedeniyle İİK madde 264 uyarınca 1 ay içerisinde ihtiyati haczi tamamlayan işlemlerden olan esas hakkında dava açarak kargonun paslı gelmesi nedeniyle uğradığı zararı tazmin etmeye çalışmıştır. Kargodan kaynaklı ve malik *Ever Judger Holding Company Ltd* şirketine karşı açılan davanın (*cargo proceedings*) yanı sıra

⁷⁶⁹ Clause 18 of the Charterparty:

"This contract shall be governed by English law and constructed [sic] in accordance with English law and any dispute arising out of or in connection with this contract shall be referred to arbitration in Hong Kong in accordance with Hong Kong Arbitration Ordinance."

Türk şirketi ayrıca, malları sigortalattığı sigorta şirketine karşı yine Türkiye’de başka bir dava (*insurance proceedings*) daha açmıştır. Diğer bir ifade ile Türk şirketi, Çarter Sözleşmesi kapsamında kargo zararları ile Sigorta Sözleşmesi kapsamında kargo zararları olmak üzere iki ayrı dava açmıştır. Ortak konusu çelik tel çubukları olan iki ayrı sözleşme ve iki ayrı dava somut olayda mevcuttur.

Konumuz için de önemli bir husus da şudur ki TTK uyarınca deniz ticaretini ilgilendiren uyuşmazlıklarda denizcilik mahkemesi (bu sıfatla asliye ticaret mahkemesi) görevli iken⁷⁷⁰, sigorta sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlıklarda TTK madde 4/f.1-a ve madde 5/f.1 gereği asliye ticaret mahkemesi görevlidir. Yine TTK madde 5/f.3 gereği söz konusu iki mahkeme arasında görev ilişkisi olup, bu husus HMK madde 114/f.1-c gereği hâkimin res’en dikkate alacağı bir husus olup, HMK madde 1 gereği de kamu düzenindendir. Bu nedenle davalı Türk şirketinin deniz hukukuna dair açtığı dava (*cargo proceedings*) ile sigorta şirketine açtığı dava (*insurance proceedings*) Türkiye’de farklı mahkemelerin görev alanına giren iki ayrı dava olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye’de aleyhine açılan kargo zararlarına ilişkin davanın TTK madde 1366/f.1 ve ilgili diğer mevzuat⁷⁷¹ uyarınca tebliğ edilmesi sonucu davacı malik *Ever Judger Holding Company Ltd*, Hong Kong Yüksek Mahkemesi’nde dava açmış ve Türk taraf aleyhine dava açma yasağı talebinde bulunmuştur. Davacı malik dava dilekçesinde özetle, davalı Türk şirketinin konşimentoya dâhil edilen tahkim şartıyla bağlı olduğunu ve Türkiye’de dava açmak suretiyle bu Hong Kong tahkimi şartını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Hong Kong Yüksek Mahkemesi talebi değerlendirirken, birçok önemli hususu da açıklığa kavuşturmuştur.

Hong Kong Yüksek Mahkemesi’ne göre, bir tahkim sözleşmesinin ihlalinin söz konusu olması yani yabancı forumdaki davanın tahkim sözleşmesini ihlal etmesi halinde dava açma yasağı tedbiri verilmelidir. Yeter ki dava açma yasağı talebi,

⁷⁷⁰ T.C.YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ E. 2015/16730 K. 2016/5218 T. 9.5.2016:

“Somut olayda, mercii tayinine konu uyuşmazlık, geminin sigortacısı olan şirket tarafından davalının üreticisi olduğu boyanın hatalı olması sebebiyle geminin tanklarına zarar vermesi sonucu sigortalıya ödenen hasar bedelinin davalıdan tazmini istemine dair olup, deniz ticaretine ve deniz sigortasına ilgilendiren uyuşmazlığın... Asliye Ticaret Mahkemesinde (Denizcilik Mahkemesi sıfatıyla) görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 Sayılı HMK’nın 21 ve 22. Maddeleri gereğince... Asliye Ticaret Mahkemesi’nin (Denizcilik Mahkemesi sıfatıyla) YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE 09.05.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

⁷⁷¹ Yabancı ülke vatandaşı kişilere yapılan tebligatla ilgili usul ve esaslar için bkz. Nomer, **Devletler Hususi**, s. 595 vd.; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 524-540; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 476 vd.; Erdem, **Tebliğat**, s. 51 vd.

yabancı forumdaki dava oldukça ilerlemeden (*the foreign proceedings are not too far advanced*) ve gecikmeksizin (*without delay*) ileri sürülmüş olsun. Hong Kong Yüksek Mahkemesi; tüm bu şartlar varken bile, bir olumsuz şartın yokluğunu da aramaktadır. Tüm bu şartlar oluşmasına rağmen eğer davalı taraf, dava açma yasağının yine de verilmemesi yönünde güçlü nedenleri ispatlayarak mahkemeyi ikna ederse dava açma yasağı talebi reddedilecektir. Kararda yer alan “davalı aksine güçlü sebepleri göstermedikçe” ibaresi (*unless the defendant can establish strong reasons to the contrary*) bu olumsuz şartı belirtmektedir. Mahkeme burada “ispat yükü” kısmında tartıştığımız üzere doğru bir şekilde ispat yükünü davacıdan alarak davalıya vermektedir. Dolayısıyla davalı, “neden dava açma yasağı verilmemeli” sorusunu cevaplayarak mahkemeyi ikna etmelidir. Bu da dava açma yasağı konusunda talepte bulunan davacı ve dolayısıyla da tahkim lehine kolaylaştırıcı bir usulün öngörüldüğünü göstermektedir.

Hong Kong Yüksek Mahkemesi; dava açma yasağına ilişkin yetkisinin dayanağını araştırırken, tahkim lehine daha geniş yetki sunan Yüksek Mahkeme Yönetmeliği 4. Kısım 21L Bölümü’ne dayandırmıştır⁷⁷². Belirtilen 21L/f.1 hükmüne göre Yüksek Mahkeme kesin veya geçici nitelikteki bir tedbire her tür davada hükmedebilecektir yeter ki mahkemeye göre bu tür bir tedbir adil veya uygun (*to be just or convenient to do so*) olarak kabul edilsin. Anılan bölüme yetkinin dayandırılması kanımızca önemlidir zira bu tür bir düzenlemenin Yüksek Mahkeme’ye; sadece Hong Kong içinde değil, dışında kararlaştırılan tahkim yargılamaları lehine de her türlü tedbire hükmedebilme yetkisi verdiği açıktır. Mahkemenin bu tür bir tedbirin adil veya uygun olacağına kanaat getirmesi yeterli olup, birçok şart barındıran Hong Kong Tahkim Yönetmeliği Madde 45/f.2 hükmünden⁷⁷³ daha esnek ve tahkim lehine daha elverişli bu hükme dayanması yeterli görülmüştür. Yüksek Mahkeme bu önemli maddeye yetksini dayandırarak tahkim lehine eğilim göstermiş ve tahkimin başlamış olması gibi sınırlandırıcı ek şartlar aramaya gerek görmemiştir.

⁷⁷² Section 21L(1) of the High Court Ordinance (Cap 4) (HCO).

http://www.blis.gov.hk/blis_ind.nsf/AllVerAllEngDoc/92F5C836CE538BBE482580DB0024A25A?OpenDocument (Erişim, 19.10.2017)

21L(1):

“The Court of First Instance may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the Court of First Instance to be just or convenient to do so.”

⁷⁷³ Section 45(2) of the Arbitration Ordinance (Cap 609)

(AO).<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609> (Erişim, 20.10.2017).

Mahkemenin bu esnek değerlendirmesi aslında *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC v AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP* davasına (kısaca “*Hydroper Plant*”) ⁷⁷⁴ benzemektedir ⁷⁷⁵. Bu davada İngiliz Yüksek Mahkemesi henüz tahkim süreci başlatılmamışken bile tahkim lehine tedbirler alabilmenin temel mantığını açıklamıştır. *Hydroper Plant* davasında mahkeme, bir tahkim sözleşmesinde olumlu ve olumsuz iki yön olduğunu vurgulamıştır. Bir mahkemenin dava açma yasağı kararı verebilmesi esasında bu olumsuz etkinin bir gereği ve de sonucudur. Zira İngiliz Yüksek Mahkemesi’ne göre tahkim sözleşmesi yapan taraflar aslında bir olumsuz bir şartı da yani yabancı forumda dava açmamayı da (*not to bring foreign proceedings*) kabul ve taahhüt etmektedirler. Dolayısıyla tahkim yargılaması ister başlamış olsun ister olmasın, her bir tarafın bu olumsuz sonucun kalkmasını yani ihlal eden tarafın tahkim şartına uymasını isteme hakkı vardır. *Hydroper Plant* davasında olduğu gibi, Hong Kong Yüksek Mahkemesi de *Ever Judger* davasında bu olumsuz etkiyi tanıyarak tahkim sözleşmesine riayet edilmesini sağlamanın dava açma yasağının dayanağı olduğuna karar vermiştir. Çalışmamızda daha evvel belirttiğimiz gibi kanımızca dava açma yasağının oldukça gelişmiş olan tahkimi “koruyucu” ciddi bir yönü yoktur. Bir dava açma yasağının temel mantığında, tahkim şartı veya sözleşmesini ihlal eden tarafa dönük bir tedbirle onu kararlaştırılan tahkim forumuna yani sözleşmedeki foruma çekme amacı yatmaktadır.

Hong Kong Yüksek Mahkemesi de bu görüşümüzü desteklemektedir zira mahkemeye göre dava açma yasağının amacı; tahkimi zarar görmekten korumak değil, yabancı forumdaki yargılamalarla ihlal edilmekte olan tahkim sözleşmesinin uygulanmasını sağlamaktır ⁷⁷⁶. Tahkim lehine bu tür esnek yaklaşımın “acaba Hong Kong tahkim mahkemesi, yabancı devlet mahkemesinden üstün mü tutuluyor” şeklinde bir soruna yola açabileceğini öngören Hong Kong Yüksek Mahkemesi, açıkça böyle bir sonucun çıkarılamayacağını belirtmiş ve asıl amacın tahkim sözleşmesine etki tanımak olduğunu vurgulamıştır ⁷⁷⁷. Bu gerekçelerle Hong Kong Yüksek Mahkemesi; bir tahkim şartının var olduğunu, Türk tarafın Türkiye’de dava açmak suretiyle bu şartı ihlal ettiğini ve davacı malikin de zamanında başvuru yaparak adil ve uygun olan dava açma yasağı talebinde bulunduğunu tespit etmiştir.

⁷⁷⁴ [2013] UKSC 35. (Westlaw, 2017).

⁷⁷⁵ Nick Luxton, “Anti-Suit Injunctions in Hong Kong: Recent Developments”, **Asian Dispute Review**, (© Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC); 2016, Volume 2016 Issue 2) pp. 100 – 104, s. 102.

⁷⁷⁶ Paragraf 33. Kararın tam metni için bkz. <https://www.hongkongcaselaw.com/ever-judger-holding-co-ltd-v-kroman-celik-sanayii-anonim-sirketi/> (erişim, 2.9.2017).

⁷⁷⁷ Luxton, **a.g.e.**, s. 101.

Davayı analiz ederken en başta söylediğimiz gibi eğer tüm bu şartlara rağmen Türk taraf yine de ispat yükümlülüğünü yerine getirerek dava açma yasağının verilmemesi yönünde güçlü sebepler (*strong reasons*) gösterebilirse talep reddedilecektir. Bu nedenle mahkeme davalı Türk tarafa dönmüş ve gerekçelerini sunmasını istemiştir.

Önemle belirtelim ki Türk taraf, kargo taşımacılığı kapsamında bir tahkim şartının kararlaştırıldığını kabul etmiş ve bu yönde bir itirazda bulunmamıştır. Ancak davalı *Kroman Celik Sanayi Anonim Sirketi*, Türkiye’deki davasında haklı olduğunu ve dört ana gerekçeyle dava açma yasağının reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bağlayıcı tahkim sözleşmesine rağmen davalı Türk taraf öncelikle, davacı malikin hileli (*fraudulent*) davranış ve suistimalinden (*misconduct*) kaynaklandığını ileri sürmüştür. Bu nedenle hakkaniyete uygun tedbir (*equitable remedy*) olması gereken dava açma yasağının verilmemesi gerektiği savunulmuştur. Davalı Türk şirketi ayrıca, çelik ürünlerin paslı olduğunun önceden bilindiğini ve bu hususa rağmen hileli şekilde ürünlerde ayıp yokmuş gibi temiz konşimentoların (*clean bill of lading*) düzenlendiğini iddia etmiştir. Hong Kong Yüksek Mahkemesi; ispat edildiği takdirde, bu tür bir hileli davranışın dava açma yasağının reddini gerektirecek bir güçlü neden olacağını kabul etmiştir. Türk davalı taraf, çelik tel çubukların paslı şekilde kargolandığı yönündeki iddiasını ancak kaptan makbuzuna (*mate’s receipt*) ve bu makbuzda çelik ürünlerin yüzeyinde pasın tespit edildiği iddiasına dayandırmıştır. Geçici nitelikteki ve taraflar arasındaki sözleşmeden bağımsız olan bu belgenin güçlü neden olarak kabul edilmeyeceği ve yetersiz kanıt gerekçeleriyle bu ilk savunma Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmemiştir.

Davalı *Kroman Celik Sanayi Anonim Sirketi*, dava açma yasağının reddi için başka bir gerekçe olarak hasar gören kargo için hâlihazırda Türkiye’de sigorta şirketine karşı dava açtığını ve ilgili olduklarından ötürü kargo taşımasından kaynaklı zarar için malike karşı da Türkiye’de dava açılmasının yerinde olduğunu iddia etmiştir. Hong Kong Yüksek Mahkemesi ise, uyuşmazlık süreci kısmında irdelediğimiz gibi, kanımızca da doğru bir şekilde sigorta şirketine karşı açılan dava ile gemi malikine karşı açılan davayı her ikisi de Türkiye’de açılmış olmasına rağmen birbirinden ayırmıştır. Bu ayırım yerindedir zira yukarıda vurguladığımız üzere gerek görevli mahkeme gerek davalı taraf gerekse dayanan sözleşme açısından ortada birbirinden farklı iki ayrı dava söz konusudur. Her iki uyuşmazlığın da çelik tel çubuklardan kaynaklanması da bu konuda önem arz etmeyecektir. Dolayısıyla bu hususu tespit eden Hong Kong Yüksek Mahkemesi, sigorta şirketine

karşı da Türkiye’de dava açılmış olmasını dava açma yasağının reddi için yeterli bir sebep olarak görmemiştir. Mahkemeye göre davalı tarafın Türkiye’de sigorta şirketine karşı mücadele ederken aynı zamanda Hong Kong tahkiminde malike karşı savunma yapmasının güçlüğü de tek başına red için yeterli olmayacaktır. Bu tür bir farklılık, davaların farklı sözleşmelerden kaynaklanmasının doğal bir sonucudur. Bu gerekçelerle davalının bu ikinci sebebi de güçlü sebep (*strong reason*) kabul edilmeyerek reddedilmiştir⁷⁷⁸.

Davalı Türk şirket dava açma yasağının reddi için üçüncü gerekçe olarak ise, davacı malikin zaten kargo taşımasından kaynaklanan Türkiye’deki derdest davada Türk mahkemesinin yetkisine itiraz ettiğini ve böylece davaya dâhil olduğunu ileri sürmüştür. Yani aslında Türk şirket, yabancı malikin Türkiye’deki davada yetkiye itirazda bulunmasını sanki Türkiye’deki dava kabul edilmiş olarak değerlendirmiştir. En azından yetki itirazının sonuçlanmasının beklenmesi de davalı Türk şirketince ileri sürülmüştür⁷⁷⁹. Hong Kong Yüksek Mahkemesi ise bu gerekçeyi de yeterince güçlü ve yerinde bulmamıştır. Zira dava açma yasağı talebinde bulunan taraf geçerli bir tahkim sözleşmesine dayanmakta ve bu sözleşme ihlal edilerek yabancı forumda açılmış olan davada mahkemenin yetkisine itiraz etmektedir. Mahkeme yerinde bir değerlendirme yaparak bu itirazın doğal olduğunu, tahkim şartına dayanan tarafın yetki itirazının sonucunu beklemesinin gerekmediğini tam tersine yabancı foruma yapılan yetki itirazının sonucunun beklenmesinin dava açma yasağı talebini de riske atacağını belirtmiştir. Zira dava açma yasağının, “tahkim şartı veya sözleşmesinin ihlalinin öğrenildiği anda ve hızlıca yapılması” talebin kabulü için oldukça önemlidir⁷⁸⁰. Bu nedenle davacı malikin, Türk mahkemesinin yetkili olup olmadığına ilişkin değerlendirmesinin sonuçlanmasını beklemeksizin Hong Kong Yüksek Mahkemesi’nden dava açma yasağı talep etmesi kanımızca oldukça yerinde bir hamledir. Davacı eğer Türkiye’deki davanın sonuçlanmasını bekleyseydi, aşırı gecikmeden ötürü dava açma yasağı talep hakkını yitirebilecekti. Zira kurumsal tahkim kurallarının aksine, devlet mahkemesi yargılamasında yargılamaların sonuçlandırılması için kesin süreler yer almamaktadır. Türk şirketinin açtığı davada, cevap dilekçesinin belirli süre içerisinde verilmesi zorunluluğu⁷⁸¹ ile mahkemenin

⁷⁷⁸ “That is a consequence of the differences in the contracts that have been entered into”.

⁷⁷⁹ Paragraf 76, [2015] 2 HKLRD 866. (Westlaw, 2017).

⁷⁸⁰ [2015] 2 HKLRD 866. (Westlaw, 2017)

“The claimant must act promptly in applying for an anti-suit injunction once it is aware of a breach of the arbitration agreement.”

⁷⁸¹ Bkz. HMK madde 127 ve 136’da yer alan süreler.

dilekçedeki hususlar hakkında ne zaman karar vereceği birbirinden farklı iki meseledir. Gerçekten de Türkiye’deki adli tatil, hâkim değişikliği, dosya yoğunluğu, temyiz gibi hususlar belirli sürede hızlıca sonlandırılması beklenen tahkimin aksine mahkeme yargılamasını uzatabilmektedir. Kaldı ki yetki itirazı ne kadar kısa sürede sonlandırılacak olursa olsun⁷⁸², Hong Kong Yüksek Mahkemesi’ne göre dava açma yasağı talebinde bulunacak kişinin yapılmış yetki itirazı varsa bile bunun sonucunu beklemesine gerek yoktur. Türk mahkemesi; gemi maliki lehine yetkisizlik kararı verip, HMK madde 116/f.1-b gereği ilk itiraz olarak ileri sürülen tahkim itirazını kabul etse bile, HMK madde 20 gereği Türk taraf kanun yoluna başvurabilecektir. Dolayısıyla Türk taraf yargılamayı bu şekilde uzatabileceğinden, kanımızca da “en azından yetki itirazının sonucunun beklenmesi gerektiği” yönündeki iddia talebin reddi için yeterince güçlü bir sebep (*strong reason*) değildir.

Hong Kong Yüksek Mahkemesi önünde Türk taraf dava açma yasağının reddi için son sebep olarak da davacı malikin, dava açma yasağının temel şartı olan gecikmeden (*without delay*) başvuru şartını sağlamadığını ve talep için gecikildiğini savunmuştur. Hong Kong Yüksek Mahkemesi; dava açma yasağına dair oldukça önemli bir meseleyi daha, bu kararında açıklığa kavuşturmuştur: Gecikme (*delay*) hangi andan itibaren hesaplanacaktır? Bu soru oldukça önemlidir zira bu süre ne kadar geriden başlarsa, dava açma yasağı talebinin olumlu sonuçlanması da o kadar zorlaşacaktır. Problemi başka bir şekilde ifade edecek olursak; geminin ihtiyati haczi anından mı yoksa kargo zararları için denizcilik mahkemesinde dava açıldığı andan itibaren mi gecikme hesaplanmalıdır? Bu anlardan hangisi “tahkim şartı veya sözleşmesinin ihlal edildiği” an ise o andan itibaren gecikme kavramı devreye girecektir zira “tahkim şartı veya sözleşmesinin ihlalini öğrenir öğrenmez, hızlıca başvuru yapma” şartı bu çıkarımı gerektirmektedir. Davacı malik kanımızca da haklı bir şekilde geminin ihtiyaten haczi ile kargo hasarı için açılan davanın birbirinden ayrılması gerektiğini ileri sürmüştür.

Türk şirket 3 Aralık 2014 tarihinde geminin ihtiyati haczi için öncelikle Gebze 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’ne başvuru yapmış, red kararından sonra bu kez 9 Aralık 2014 tarihinde yenilenmiş başvuruyu bu kez Gebze 5. Asliye Hukuk

⁷⁸² HMK madde 116/f.1-a’daki ilk itiraz şeklindeki yetki itirazı yani HMK madde 19/f.2 gereği kesin olmayan yetki itirazları, cevap dilekçesinde ileri sürülmeli ve yetkili mahkeme de gösterilmelidir. Elbette bu düzenleme örneğin, yetkisizlik kararının 2 hafta içinde sonuçlandırılacağı anlamına gelmez. Zira HMK madde 20 gereği görevsizlik ve yetkisizlik kararlarına karşı; kanun yolunun açık tutulmuş olması, bu itirazların sonuçlanmasının bazen ayları bulmasına neden olmaktadır.

Mahkemesi'ne yapmış ve talep kabul edilmiştir⁷⁸³. Gemi 10 Aralık'ta haczedilerek bağlanmış ve 16 Aralık 2014 tarihinde Gebze İcra Mahkemesi TTK madde 1370/f.1 gereğince milyon dolarlar tutarında (toplamda 8,7 milyon TL) teminatın depo edilmesiyle geminin serbest bırakılacağına karar vermiş ve bu tutar geminin maliki tarafından gemisinin bir an önce serbest bırakılması amacıyla yatırılmıştır. Her ne kadar geminin haczine ve bağlanmasına geminin maliki önceden itiraz etmişse de, 5 Ocak 2015 tarihinde bu itiraz da reddedilmiştir. Davacı Türk şirket, teminatla gemi serbest bırakıldıktan sonra 8 Ocak 2015 tarihinde kargonun %50'den fazlasının paslı olduğunu ve bunun taşımadan kaynaklandığını ileri sürerek zararın tazmini için malike karşı dava açmıştır. Gemi maliki şirket ise tahkim şartına uygun olarak hakemini belirlemiş ve tahkimin başlatılacağına dair mektubu 30 Ocak 2015 tarihinde Türk tarafa yollamıştır. 5 Şubat 2015'te ise davacının Türkiye'deki davadan çekilerek kararlaştırılan tahkime uyması malik tarafından bildirilmiştir. Ancak Türk taraf bu çağrıya 26 Şubat 2015'te olumsuz yanıt verince davacı malik, 27 Şubat 2015 tarihinde dava açma yasağını talep eden bu davayı Hong Kong Yüksek Mahkemesi'nde açmıştır. Mahkeme “gecikme” iddiasını değerlendirirken, 9 Aralık tarihini değil zararın tazmini davasının açıldığı 8 Ocak 2015 tarihini esas almıştır. Dava dilekçesinin tebliği de dikkate alındığında, 1 aydan kısa sürede dava açma yasağı talebi için Hong Kong Yüksek Mahkemesi'ne başvuru yapıldığı anlaşılmaktadır. Zaten gemi malikinin cevap dilekçesini ancak 2 Mart 2015 tarihinde yollayarak, yetki itirazında bulunması da bu çıkarımımızı desteklemektedir. Mahkemeye göre geminin haczi işlemleri alıcının alacağını teminat altına almasına yarayan usuli işlemler olup, tahkim sözleşmesinin ihlali anlamını taşımamaktadır. Dolayısıyla Hong Kong Yüksek Mahkemesi hâkimi, önemli gecikmenin (*significant delay*) olmadığına ve Türk yargılamasının oldukça ilerlememiş (*not too far advanced*) olduğuna hükmetmiştir. Kanımızca da bu değerlendirme yerindedir zira geminin haczi ve diğer başlıca icra işlemleri *lex fori* olan Türk hukukuna tabi olduğundan, bu tür usuli işlemlerin doğrudan tahkim sözleşmesini ihlal ettiğini söylemek güçtür. Ancak taşıma sözleşmesinden kaynaklı zararlar için tahkim yolu öngörülmesine rağmen, Türk alıcının Türk mahkemesinde dava açması elbette tahkim şartına aykırılık teşkil edecektir. Sonuç olarak bu dört savunmayı da kabul etmeyen Hong Kong Yüksek Mahkemesi dava açma yasağı talebini gemi maliki lehine kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme ayrıca kararının nihai kısmında; tedbir

⁷⁸³ Dosya no: 2014/88.

talebinde bulunan davacı maliki, geçerli tahkim sözleşmesine rağmen 2 Mart 2015 tarihinde ek dava masrafları yapmak zorunda bırakan Türk şirketi aleyhine masrafların da ödenmesine (*order nisi*) karar vermiştir⁷⁸⁴.

Bu karar; hem genel olarak dava açma yasağı konusu hem de Türk hukuku bakımından oldukça önemli ve yol gösterici bir karardır. Bu karar Hong Kong’da dava açma yasağı hakkında verilen ilk karardır ve bu ilk karar da bir Türk şirket aleyhine verilmiştir. Bu karara göre olumsuz şart olan gecikme (*delay*), tahkim şartının ihlalinin başladığı an olarak kabul edilmiştir. Bu önemli bir değerlendirme olmakla beraber kanımızca eksiktir. Zira bu çalışmamızda vurguladığımız üzere, dava açma yasağı tedbiri almak için gerek tahkimin gerekse yabancı forumdaki davanın açılmış olması şart değildir. Muhtemel bir ihlalin bile dava açma yasağı ile erkenden önlenmeye çalışılması da mümkündür. Hatta uygulamada acil durum hakemleri (*emergency arbitrators*) tarafından bu tedbirlerin verilmekte olması da bu yaklaşımımızı desteklemektedir. Kaldı ki “muhtemel” zarar için tedbir alınabilmesi zaten bir tedbir türü olan dava açma yasağının doğasına da uygundur. Dolayısıyla sanki ihlal için davanın açılmış olması şartmış görünümü veren, “tahkim şartının ihlalinin başladığı an” ifadesi yerine “tahkim şartının ihlalinin başladığı ve başlatılacağı öğrenildiği” andan itibaren gecikmeyi hesaplamak kanımızca daha doğru olacaktır.

c) Diğer Başlıca Davalar

Dava açma yasakları hakkında gerek taraf gerek konu itibarıyla Türk hukukunu ilgilendiren davalar, bu iki temel dava ile sınırlı değildir. Bu konuda dikkat çeken bazı davalara göz atmamız yerinde olacaktır zira gerek milletlerarası tahkim gerekse dava açma yasaklarının uygulanması açısından bu davalar oldukça önemli ve yol gösterici olabilmektedirler. Yalnız yukarıdaki iki davanın aksine her bir davayı oldukça detaylı şekilde incelemek yerine, bu kısımda kararların dava açma yasaklarını ilgilendiren bazı temel noktalarını irdeleyerek analiz etmekle yetineceğiz.

Türk hukukunu doğrudan veya dolaylı şekilde ilgilendiren ve dava açma yasağı talebinin de konu edildiği meşhur dava örneklerinden biri de yazılı ve görsel birçok medyanın da uzun süre ilgisini çekmiş olan⁷⁸⁵ *Motorola Credit Corp v Uzan*

⁷⁸⁴ Son paragraf, [2015] 2 HKLRD 866. (Westlaw, 2017).

⁷⁸⁵ <http://www.nytimes.com/2003/08/01/business/motorola-wins-4-billion-in-dispute-over-loans-to-turkish-family.html?mcubz=3>, <http://www.hurriyet.com.tr/motorola-telsim-bizi-dolandirdi-5414> (Erişim, 3.9.2017).

davasıdır⁷⁸⁶. Uzan ailesine ait Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. (kısaca “*Telsim*”) ile Amerikan telekomünikasyon devi *Motorola Credit Corporation* (kısaca “*Motorola*”) arasındaki uyuşmazlıktan kaynaklı bu davada, davacı *Motorola* şirketi Uzanlar tarafından dolandırıldığını iddia ederek Amerikan mahkemesinde dava açmıştır. Telsim şirketinin %66 hissesini satın alan ve milyarlarca dolar kredi sağlayan *Motorola*, kendisinden habersiz hileli şekilde yapılan genel kurul toplantısıyla hissesinin %22’e düşürüldüğünü ve 2 milyar doların üstünde parasının ödenmediğini iddia etmiştir. Bir diğer telekomünikasyon şirketi olan *Nokia* da, Telsim şirketinden 780 milyon dolar alacağını olduğunu ileri sürmüştür. Bu nedenle İngiltere, Amerika, İsviçre gibi çeşitli ülkelerde Uzan ailesine karşı birçok dava açılmıştır⁷⁸⁷.

Konumuz açısından önemli olan husus ise Uzan ailesi aleyhine verilen malvarlığı dondurma tedbirleri (*freezing orders*) ile başlatılan birçok davaya karşın davalı Uzanlar’ın bu mahkemelere gerek şahsen gerek vekille katılmayacağını belirtmesidir. Bu kararı alan Uzan ailesi ilginç şekilde Türk hukukuna yabancı olduğunu kabul ettiğimiz bir tedbir türü olan dava açma yasağını doğrudan bir Türk mahkemesinden talep etmiştir. Davacı *Motorola* şirketinin Ocak 2002’de Amerika’da dolandırılma gerekçesiyle dava açması sonucu Uzan ailesi, davalara katılmamakta ısrar etmiş ve 27 Kasım 2002 tarihinde Türk mahkemesine başvuru yaparak Amerika ve İngiltere’deki tüm yargılamalardan çekilmesi yönünde *Motorola* şirketi aleyhine dava açma yasağı tedbiri almıştır. Bu karar birebir aynısı olmasa da İngiltere gibi ülkelerde verilen dava açma yasağının bir Türk mahkemesi tarafından da verilebildiğine ilişkin nadir bir uygulamadır. Yukarıda aleyhine çoğu zaman dava açma yasağı kararı verilen Türk tarafın aksine, burada davalı Türk tarafın doğrudan bir Türk mahkemesinden yabancı davalı aleyhine dava açma yasağı kararı alması söz konusudur ki kanımızca bu oldukça nadir ve özel bir uygulamadır.

Bu kez davalı yabancı kişi yani *Motorola*, Türk mahkemesinin kendi aleyhine Amerika başta olmak üzere açılan davalardan çekilmesini öngören dava açma yasağı tedbir kararını vermesi sonucu 6 Aralık 2002 tarihinde Türk hâkimin tarafı davrandığı gerekçesiyle reddi hâkim talebinde bulunmuştur. *Motorola* şirketi ayrıca 10 Aralık 2002 tarihinde, davalı Uzanlar’ın Türkiye’deki bu davayı sonlandırmaları

⁷⁸⁶ [2003] 2 C.L.C. 1026. (Westlaw, 2017).

⁷⁸⁷ *Motorola Credit Corporation v. Uzan*, US 2nd Circuit, October 22, 2004.

<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1301932.html>; *Motorola Credit Corp v Uzan*. 2002 WL 31961953. High Court of Justice Queen’s Bench Division Commercial Court. December 20, 2002.

için Amerikan mahkemesinden dava açma yasağı talep etmiştir. Yani bir bakıma Türkiye’de verilen dava açma yasağına karşı, Amerika’da karşı bir dava açma yasağı talebinde bulunulmuş ve hâkim *Rakoff* tarafından 6 Ocak 2003 tarihinde tedbir talebi kabul edilmiştir. Böylece Uzanlar’ın benzer davalardan uzak durması ve açılmış olan Türk davalarından çekilmeleri istenmiştir. 17 Ocak 2003 tarihinde ise reddi hâkim itirazı reddedilerek, talepte bulunan davalı *Motorola* aleyhine Türkiye’de para cezasına da hükmedilmiştir⁷⁸⁸. En nihayetinde Uzanlar aleyhine kesinleşen ve ciddi tazminat bedellerinin ödendiği bu karmaşık davaların tüm ayrıntılarına girmemekle beraber, dava açma yasaklarının Türk hukukunda tahkim sözleşmeleri ile beraber nasıl uygulandığına dair *Motorola* davası bize yol göstermektedir.

Konumuz açısından bir diğer önemli dava da *Cukurova Finance International Limited, Cukurova Holdings A.S. v. Alfa Telecom Turkey Limited* davasıdır⁷⁸⁹. Davaya konu uyuşmazlık özetle Eylül 2005 tarihinde davalı *Alfa Telecom Turkey Limited* tarafından *Cukurova Finance International Limited* (“CFI”) %8 LIBOR ile verilen krediden doğmuştur. Normalde *Cukurova Holdings A.S.* tarafından Turkcell Holding’in %52.91 hissesinin Stockholm merkezli *TeliaSonera* şirketine satımı sözleşmesi yapılmış ancak Rus şirket *Alfa Telecom* tarafından Çukurova Holding’e 1.35 milyar dolar kredinin verilmesi ve bu borcun Turkcell Holding’deki %13.76 hisse ile teminat altına alınmasıyla uyuşmazlık çıkmıştır. Çukurova Holding’in söz konusu krediyi ödeyememesi, uyuşmazlığı daha büyütmüş ve Uzan davasında olduğu gibi birçok farklı forumda farklı davalar açılmıştır. Bu davalarda Çukurova Holding aleyhine, uyuşmazlık konusu hisselerin transfer edilmemesi ve işlemlere konu edilmemesi yönünde sınırlayıcı tedbirler alınmıştır. Çukurova Holding ise 16 Mayıs 2013 tarihinde Britanya Virjin Adaları Temyiz Mahkemesi’nde söz konusu sınırlayıcı tedbirlere dair yargılamaların *TeliaSonera* şirketi ve *Alfa Telecom Turkey* tarafından sonlandırılması için dava açma yasağı talep etmiş ancak bu talep Temyiz Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ancak bir gün öncesinde, 15 Mayıs 2013 tarihinde Çukurova Holding aleyhine dava açma yasağı dâhil herhangi bir yargılama faaliyetine girmemesi yönünde New York mahkemesi tarafından dava açma yasağına karşı dava açma yasağı kararı (*anti-anti-suit injunction*) *TeliaSonera* şirketi lehine verilmiştir.

⁷⁸⁸ 1086 sayılı eski HUMK madde 36/f.4, karş. HMK madde 42/4.

⁷⁸⁹ [2013] UKPC 25, 2013 WL 3878749. Privy Council Appeal No 0023 of 2012 & No 0024 of 2012

Dava açma yasakları hususunda Türkiye'yi ilgilendiren bir diğer dava da *Med Marine v Conti Castillo* davasıdır⁷⁹⁰. 7 Ağustos 2012 tarihinde römorkör (*tugboat*) hizmeti sunan davacı Türk *Med Marine* şirketi ile *Conti Cartagena* adlı geminin maliki olan davalı *Conti Castillo* şirketi arasında geminin klavuzluk, römorkaj ve demirlenmesi için sözleşme yapılmıştır⁷⁹¹. Ancak bu hizmetin verilmesi esnasında Yalova açıklarında gemi hasar görmüş ve uyuşmazlık çıkmıştır. İki taraf arasında yapılan sözleşmede ise İngiliz mahkemeleri yetkilendirilmiş ve uyuşmazlığın İngiliz hukukuna tabi şekilde çözüleceği kararlaştırılmıştır. Zira taraflar aralarındaki geçici sözleşmede (*booking note*) İngiliz Römorkaj Şartları'na (*UK Towage Conditions*) atıfta bulunmuşlardır ve bu şartlar arasında bulunan madde 9(a) açıkça İngiliz mahkemelerini yetkili kılmaktadır⁷⁹². Yapılan sözleşmede ayrıca İstanbul mahkemelerinin ödemelerin yapılmamasından (*unpaid fees*) ve taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde yetkili olacağı kararlaştırılmıştır. İlk bakışta çelişkili görünen bu düzenlemeler mahkemeler önünde tartışılmıştır.

Römorkaj hizmetleri esnasında geminin Yalova limanında hasar görmesi nedeniyle yabancı şirket İstanbul mahkemelerinde dava açmıştır. Dava edilen Türk şirket ise yapılan anlaşmada İngiliz Römorkaj Şartları'na atıfta bulunulduğunu ve madde 9(a) gereği bu tür taleplerin İngiliz mahkemelerinin münhasır yetkisinde olduğunu ve yapılan bu yetki sözleşmesi nedeniyle başka forumda dava açılmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Türk şirketine göre İstanbul Mahkemeleri'nin yetkisi ancak ödenmemiş masraflar için öngörülmüş olup, münhasır yetki oluşturmamaktadır. Türkiye'de dava açan yabancı malik ise taraflar arasındaki "tüm uyuşmazlıklarda" İstanbul mahkemelerinin yetkilendirildiğini ve bu durumda İngiliz Römorkaj Şartları'ndaki madde 9(a)'nın sözleşmeye dâhil edilmediğini ileri sürmüştür. *Conti Castillo* şirketine göre, taraflar arasında paralel şekilde işlemesi

⁷⁹⁰ 2015 WL 9701504. (Westlaw, 2017)

⁷⁹¹ "We request pilotage, towage and mooring services for the vessel detailed above which is under our ownership/agency..."

"Pursuant to our request we undertake and agree to the application of the provisions of the service tariff applied by our company and all instructions and regulations issued by the port and docks, to the application of the United Kingdom Standard Towage Conditions (Revised 1986) to pay [relevant] companies such pilotage, towage and mooring fees as may accrue to them, and [we agree] that if the due and payable invoice debts with respect to the various services are not paid, our request for services shall be suspended and shall not be complied with, that after the invoice for the service referred to in this letter of request has been issued we may not change the said invoice address, and [we agree also] that the Courts and Enforcement offices of Istanbul shall be competent in the resolution of disputes between the parties."

⁷⁹² "The agreement between the Tug owner and the Hirer is and shall be governed by English law and the Tug owner and the Hirer hereby accept, subject to the proviso contained in sub-clause (b) hereof, the exclusive jurisdiction of the English Courts..."

gereken iki ayrı yetki şartı vardır. 1 Ağustos 2013'te Türkiye'de açılan davada Türk şirket yetki itirazında bulunurken, 13 Eylül 2013 tarihinde İngiliz mahkemesinde açılan davada bu kez *Conti Castillo* şirketi yetki itirazında bulunmuştur. İngiltere'de yapılan bu yetki itirazı reddedilmiş ve bu red kararı, İngiliz Temyiz Mahkemesi tarafından 6 Ocak 2015 tarihinde onaylanmıştır. Bu arada 8 Mayıs 2014 tarihinde Türk mahkemesi İngiliz mahkemeleri lehine yapılan yetki sözleşmesini geçerli kabul ederek, *Med Marine* şirketi tarafından yapılan yetki itirazını geçerli bulmuştur. Ancak Türk hukukunda yetkisizlik kararına karşı kanun yolu açık olduğundan, İstanbul mahkemesi kararı temyiz edilmiştir. 30 Haziran 2015 tarihinde ise *Med Marine* şirketi İngiliz mahkemesinden dava açma yasağı talebinde bulunarak, davalının Türkiye'deki davayı sonlandırmasını istemiştir.

İngiliz mahkeme doğal olarak öncelikle acil bir önlem olan dava açma yasağının talebinde neden bu kadar gecikildiği üzerinde durmuştur. Mahkemeye göre İstanbul'daki kararın temyiz duruşmasının tarihi 27 Ekim 2015 olduğundan, normalde İngiltere'de 30 Ekim 2015'de planlanan duruşma 20 Kasım 2015'e ertelenmiştir. Bu davada İstanbul mahkemesinin belirtilen yetkisinin sadece İngiliz mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamından ödenmeyen ücretlerden (*unpaid fees*) kaynaklı uyuşmazlıkları çıkardığı sonucuna ulaşılmıştır. Böylece İngiliz mahkemesinin münhasır yetkisini kabul eden mahkeme, gecikmeye ilişkin de tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme, Türk şirketinin dava açma yasağı talebinde bulunmak için temyiz duruşması tarihi ve sonrasını beklemesini "talihsiz" bir durum olarak değerlendirmiş ve "iyi bir açıklama" olmaksızın talebin reddedileceği belirtilmiştir⁷⁹³. Yine de mahkemeye göre gecikmenin mantıklı açıklaması vardır ve bu gecikme davacı Türk şirketinden değil, münhasır yetki şartına uymayarak İngiltere yerine Türkiye'de dava açan yabancı şirketten kaynaklanmaktadır. Böylece İngiliz mahkemesi kötü zamanlamaya rağmen, davacı Türk şirket lehine dava açma yasağı tedbiri kararını vermeyi uygun görmüştür.

Kanımızca İngiliz mahkemesinin değerlendirmesi yerindedir ancak karardaki bazı eksiklere de değinmekte yarar vardır. Öncelikle davacı Türk *Med Marine* şirketi

⁷⁹³ Paragraf 9:

It is unfortunate that, for reasons I have explained at some length, the application for an **anti-suit injunction** did not come before this court until a few days after the hearing of the appeal in **Turkey**. If there had not been a good explanation for this timing I do not think that this court would have entertained an application for an **anti-suit injunction** at all. However, unfortunate though it is, I am satisfied that the mis-timing of this hearing is not the claimant's fault. The problem has arisen because the defendants have continued to pursue proceedings in **Turkey** notwithstanding the exclusive jurisdiction clause in favour of the English Court.

ile davalı *Conti Castillo* şirketi arasında yapılan yetki sözleşmesi, MÖHUK madde 47 kapsamında geçerli bir yetki sözleşmesidir. Zira uyuşmazlıkta; yabancılık unsuru ve borç ilişkisi söz konusu iken Türk mahkemesinin münhasır yetkisine ve MÖHUK madde 44-45-46 kapsamına da girmeyen bir konuda yabancı bir devlet mahkemesinin münhasır yetkisi yazılı bir sözleşme ile geçerli şekilde belirlenmiştir. Buna rağmen İstanbul mahkemesinde dava açılması üzerine Türk *Med Marine* şirketi haklı olarak yetki itirazında bulunmuştur. Kanımızca özellikle, “tüm uyuşmalıklar için” İstanbul mahkemesinin ayrıca yetkilendirilmesi yetki sözleşmesinin geçerliliğini riske atmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, birden fazla yabancı devlet mahkemesi yetkilendirilebilir ancak uygulamada bu davada olduğu gibi; farklı forumlarda farklı itirazlarla karşılaşmamak için, daha açık ve kesin şekilde münhasır yetkinin tayin edilmesi daha yerinde olacaktır. Madde 9(a) tek başına değil, dava açma yasağının sözleşme hükmünde yer almasına güzel bir örnek teşkil eden 9(b)⁷⁹⁴ ile beraber değerlendirilince, kanımızca İngiliz mahkemelerinin münhasır yönünün daha da belirginleştiği görülecektir.

Gecikme konusunda mahkemenin gerekçesine katılmakla beraber gecikmenin salt karşı tarafın forum ihlaline dayandırılması kanımızca yeterli değildir. Eğer Türk şirket aynı zamanda münhasır yetkili forum olduğuna inandığı İngiliz mahkemesinde 13 Eylül 2013 tarihinde dava açmamış olsa idi, salt davalının ihlalinin mevcut olması kendisini kurtarmayacaktı. Zira 2 senelik gecikme neticesinde, Türkiye’de güya yanlış forumda yürütülen dava İngiliz mahkemesinin haberi bile olmaksızın oldukça ilerleyecekti ve muhtemelen dava açma yasağı talebi reddedilecekti. Kanımızca bu halde bile 13 Eylül 2013 tarihinde İngiliz mahkemesinde dava açan Türk şirket derhal (*promptly*) dava açma yasağını talep etmeliydi. Hâkimin esefle ve çekinerek verdiği izlenimi uyandıran bu karar kanımızca, aksi yönde çıkabilecek ilginç bir karar olmuştur.

Yukarıda da ele aldığımız üzere; hakemler tarafından verilen dava açma açma yasakları arasında da, Türk hukukunu ilgilendirenler olmuştur. Örneğin 8887 numaralı ICC tahkim davasında; Türk taraf, tahkim sözleşmesine uymaksızın uyuşmazlığı Türk mahkemesi önünde dava etmiştir. Türk taraf aleyhine, hakem

⁷⁹⁴ (b) No suit shall be brought in any jurisdiction other than that provided in sub-clause (a) hereof save that either the Tug owner or the Hirer shall have the option to bring proceedings in rem to obtain the arrest of or other similar remedy against any vessel or property owned by the other party hereto in any jurisdiction where such vessel or property may be found.”

tarafından Türkiye’de dava açma yasağı tedbiri (*arbitral anti-suit injunctions*) verilmiş olmasına rağmen; Türk taraf, Türkiye’de yargılamaya devam etmiştir. Bu önemli davada Türk taraf aleyhine; dava açma yasağına uyulmadığı için, nihai hakem kararında ek masrafların ödenmesine de karar verilmiştir⁷⁹⁵. Benzer şekilde aşağıda yukarıda ele aldığımız üzere; gerek başka mahkemeler gerek ICSID hakemleri tarafından⁷⁹⁶ Uzanlar aleyhine dava açma yasağı tedbirleri alınmıştır.

d) Değerlendirme

Gerek tarafları gerek konusu itibariyle Türk hukukunu ilgilendiren bu önemli davaları analiz ettikten sonra, bazı temel çıkarımları yapmak kanımızca mümkündür. Öncelikle dava açma yasağının tüm bu önemli ve güncel davalarda karşımıza çıkması; Türk hukukunda dava açma yasağına dair düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu ve Türk vatandaşlarının bilmedikleri bu tedbiri kullanırken veya bu tedbire muhatap olurken, çok daha dikkatli olmaları gerektiği yönündeki tezimizi desteklemektedir.

Türk tarafın çoğu zaman ne yapacağını bilemeden dava açma yasağına muhatap olması, uygulamada birçok problemi de beraberinde getirmektedir. Türkiye’de yapılan yargılamaların etkisiz kalması, tarafın aynı anda farklı forumlarda mücadele etmesi, yargılamanın uzaması gibi meseleler oldukça önemli sorunlardır. Kaldı ki Türk tarafa karşı Hong Kong, Amerika, İngiltere ve daha birçok ülkeden dava açma yasağı tedbiri rahatlıkla alınabiliyorken; Türk taraf lehine bile olsa Türk mahkemesinden dava açma yasağı tedbirinin, bazı çekincelerle verilememesi kanımızca bir eksiklik ve çelişkidir. Analiz ettiğimiz kararlarda da görüldüğü üzere Türk taraf; kararlaştırılan yabancı forumda dava açılmasını sağlamak için Türkiye’de değil, forum ülkesi veyahut başka ülkeden dava açma yasağı talep etmektedir. Hem Türk hukukuna yabancı addedilen bu tedbiri kabul etmekten imtina etmek, hem de vatandaşlarını bu tedbirler için yabancı ülkelere başvurmak zorunda bırakmak kanımızca bir çelişkidir. *Med Marine v Conti Castillo* davasında davacı Türk şirketinin, İngiltere’den dava açma yasağı talep etmesi bu duruma güzel bir örnektir. Hong Kong’un tarihinde ilk kez verdiği kabul edilen dava açma yasağı kararının da, bir Türk şirketine karşı verilmiş olduğunu hatırlamakta yarar vardır.

⁷⁹⁵ Levy, **a.g.e.**, s. 127.

⁷⁹⁶ *Motorola Credit Corporation v. Uzan*, US 2nd Circuit, October 22, 2004; Ekşi, **Lex Mercatoria**, s. 157.

Sonuç olarak dava açma yasağının bu kadar sıklıkla kullanılması, önemlerinin her geçen gün arttığı şeklinde yorumlanabilir. Oldukça karmaşık bir dava olan 2003 yılındaki *Uzanlar* davasında; Türk mahkemesinde kayda geçen ilk dava açma yasağının, bir nebze de olsa uygulanmış olması bu eksikliği gidermemektedir. Birçok hukuk sisteminde kabul edildiği gibi; Türk hukukunun da doğrudan veya dolaylı şekilde etkilendiği nazara alındığında, mevzuatta ve mahkeme uygulamalarında bu tedbirlere yer vermenin zamanının geldiğini ileri sürmek kanımızca mümkündür. Türk tarafların konu edildiği yabancı hakem kararlarına da çalışmamızda yer yer değinmiş bulunuyoruz. Tahkime hâkim olan gizlilik prensibi nedeniyle diğer davalar gibi Türk tarafların konu edildiği hakem kararlarının da içeriğine doğrudan ulaşmamakla beraber, gerek mahkeme önünde tartışıldığı kadarıyla gerek yayımlanmış olanlardan yola çıkarak değerlendirmiş bulunuyoruz. Yine de Türk hukukunda mahkemelerin, nasıl yaklaştıklarına dair sınırlı uygulamalara göz atmakta yarar görüyoruz.

3. Türk Mahkemelerinden Dava Açma Yasağı Talep Edilmesi

Yukarıda analiz ettiğimiz üzere; *Motorola* şirketinin dolandırılma (*fraud*) gerekçesiyle dava açması sonucu *Uzan* ailesi, 27 Kasım 2002 tarihinde Türk mahkemesine başvuru yaparak Amerika ve İngiltere'deki tüm yargılamalardan çekilmesi yönünde *Motorola* şirketi aleyhine dava açma yasağı tedbiri almıştı. Bu karar birebir aynı olmasa da İngiltere gibi ülkelerde verilen dava açma yasağının bir Türk Mahkemesi tarafından da verilebildiğine ilişkin güzel ve nadir bir karardır. Ancak bu dava dışında günümüze dek uzun süre geçmesine rağmen, dava açma yasağına dair ilk derece mahkemesi kararları ile karşılaşmamaktayız. *Uzanlar* aleyhine dava açma yasağı hakem heyetince verilmesine rağmen, *Uzanlar*'ın Türkiye'deki davalara devam ettikleri de belirtilmektedir⁷⁹⁷.

Türk Mahkemeleri'ndeki derdest davalarda; davacı aleyhine verilen yabancı dava açma yasaklarına ilişkin Türk mahkemelerinin tepkisine, az çok yukarıdaki analizlerimizde temas etmiş bulunuyoruz. Aslında Türk mahkemesinin tepkisini çekebilecek bir durum da yoktur zira çalışmamızda defaatle belirttiğimiz gibi dava açma yasakları yabancı mahkeme aleyhine verilmezler ve de yabancı mahkemeyi engelleme veyahut asıl forumun üstünlüğünü gösterme gibi amaçları da yoktur. Dava

⁷⁹⁷ Ekşi, *Lex Mercatoria*, s. 157; kararın tüm detaylarına ulaşamamakla beraber, Yargıtay'a gelen bir dosya kapsamında dava açma yasağı tedbirinin de tartışıldığı anlaşılmaktadır. Bkz. Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 140-141.

açma yasakları, tahkim şartını ihlal eden taraf ile mahkeme lehine yapılan münhasır yetki şartının ihlalden ötürü ihlalde bulunan taraf aleyhine verilmektedirler. Kaldı ki birçok dava açma yasağı tedbir taleplerinde kararı veren merci, bu hususa vurgu yaparak yabancı forumdaki davaya müdahale yapılma amacının kesinlikle güdülmediğini vurgulama ihtiyacı hissetmektedir. Örneğin yukarıda tartıştığımız *Med Marine v Conti Castillo* davasında kararın nihai bölümünde⁷⁹⁸ Mahkeme, bu tedbir kararı verirken hiçbir şekilde Türk mahkemesi yargılamasına müdahale amacının güdülmediğini ve amacın sadece özgürce kararlaştırılmış olan sözleşme şartlarına davalının uymasını sağlamak olduğunu vurgulamıştır.

Normalde sadece taraflar arasında (*in personam*) etki doğurması beklenen dava açma yasakları, dolaylı olarak mahkeme yargılamasını elbette etkilemektedir. Ancak tedbirin bu tarz bir sonucunun olması, onun yabancı forum aleyhine değil ihlalde bulunan tarafa yönelik bir yaptırım olduğu gerçeğini de kanımızca değiştirmemelidir. Dolayısıyla dava açma yasağı tedbiri alındığında bu talep doğrudan Türk mahkemesine gelmemekte, ihlalde bulunan karşı tarafa tebliğ edilmekte ve Türkiye’deki davadan çekilerek asıl sözleşmesel foruma dönmesi istenmektedir. Dolayısıyla taraf isterse bu tedbire uymadan Türkiye’deki davasına devam edebileceği gibi isterse tedbire uymak suretiyle Türkiye’deki davadan çekilebilir veya tamamen feragat edebilir. Her iki durumda da doğrudan Türk Mahkemeleri’ni doğrudan etkileyen bir müdahale söz konusu değildir. Zira Türk Mahkemesi bir kişinin özel hukuk davasında davadan neden vazgeçtiği veya feragat ettiği yönündeki subjektif niyetini araştırmaz. İster tedbir kararına gönüllü uyma şeklinde olsun ister başkaca sebeple davaya gerek duyulmaması şeklinde olsun, tarafın kontrolünde olan bir durum söz konusudur.

Durum bu olmakla beraber yabancı davalının yetki itirazı ile beraber veya sonrasında bir şekilde Türk Mahkemesi önünde dava açma yasağı tedbir kararını getirmesi de pekâlâ mümkündür. Mahkeme bu durumda kanımızca zamanında yapılmış yetki itirazı ile beraber, Türkçe’ye usulünce çevirisi yapılmış bu yabancı tedbir kararını bir ek delil olarak değerlendirebilir. Yukarıda ele aldığımız üzere Türkiye gibi Kıta Avrupa Hukuk Sistemi’ne dâhil bir ülke olan Fransa’da da bu

⁷⁹⁸ 2015 WL 9701504. (Westlaw, 2017)

Paragraf 11:

“I should make this plain: This court does not purport in any way to interfere with the process of the Turkish Courts. It acts solely *in personam* to enforce the terms of a contract which the defendants freely entered into. The effect of the **anti-suit injunction** is to require the defendants to observe the terms of that contract. That is the ruling of the court.”

tedbir doğrudan düzenlenmemiş olmasına rağmen Fransız Yüksek Mahkemesi önüne *In Zone Brands* davasıyla gelmiştir⁷⁹⁹. Fransız Yüksek Mahkemesi önüne bu talep; Amerika'nın Georgia Eyaleti Mahkemeleri tarafından verilen tazminat kararı ve bu kapsamda verilen dava açma yasağının tanınması-tenfizinin istemi ile temyiz yoluyla gelmiştir⁸⁰⁰. Acaba bu şekilde değerlendirilip de dosyaya girdiğinden dolayı, kanun yolu ile Yargıtay önüne gelen bir dava açma yasağı tedbiri Türk hukukunda mevcut mudur?

İngiltere, ABD, Hong Kong gibi yerlerin aksine dava açma yasağı için başvurulabilecek belirli bir merci Türk hukukunda henüz öngörülmediğinden doğal olarak Yargıtay veya başka bir mahkeme salt bu konu üzerinde değerlendirme yapmamıştır. Öğretide *Akıncı*, bu konuya dair bir Yargıtay kararının değerlendirmesini yapmıştır⁸⁰¹. İncelenen Yargıtay kararında; ana uyuşmazlığın içerisinde dava açma yasağının, Türkiye uygulamasına dair yol gösterebilecek bazı değerlendirmelere de yer verilmiştir. Bu Yargıtay kararında⁸⁰² dava açma yasağı talebi ile ilk derece mahkemesinin karşılaştığı anlaşılmaktadır. Ancak Yargıtay dava açma yasağını ele alan Fransız Yüksek Mahkemesi'nin aksine bu konuda yorum yapmamıştır. Yargıtay'a göre; davacıların ileri sürdükleri hususların, bu aşamada ileri sürülmesinin yararı olmayacağından tanıma-tenfiz beklenmeden açılan davada "hukuki yarar olmadığından" temyiz talebi reddedilmelidir. Belirtmek gerekir ki, her ne kadar Yargıtay tarafından gerek kamu hukuku gerek kanuni düzenlemelerden kaynaklı bazı dava açma yasakları verilmekte⁸⁰³ ise de; konumuz olan milletlerarası

⁷⁹⁹ Civ. 1ère, 14 October 2009, pourvoi n° 08-16.369, *In Zone Brands*. (Kluwer Arbitration, 2017).

⁸⁰⁰ "n'est pas contraire à l'ordre public international l'anti suit injunction" dont, hors champ d'application de conventions ou du droit communautaire, l'objet consiste seulement, comme en l'espèce, à sanctionner la violation d'une obligation contractuelle préexistante."

'An anti-suit injunction' is not contrary to international public policy (not within the scope of application of international conventions or European community law), whose purpose is only, as in the present case, to sanction the breach of a contractual commitment."

⁸⁰¹ Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s. 140.

⁸⁰² Yargıtay 11. HD. 1.11.2004 tarih ve E. 2004/1141 K. 2004/10544.

⁸⁰³ İç hukukta kamu hukukundan kaynaklı bazı dava yasakları vardır ancak bu husus milletlerarası tahkim hukukunda sıklıkla kullanılmakta olan dava açma yasakları konusunu ilgilendirmemektedir. Örneğin 4811 sayılı Vergi Barış Kanunu madde 14/f.3 hükmü şöyledir:

"İşlenen kaçakçılık suçlarından dolayı vergi ziyaına sebebiyet verildiği hallerde, (1) numaralı fıkra hükümlerinden yararlanılabilmesi için; salınan vergi ve kesilen cezalar ile gecikme faizi ve zamlarının, bu Kanunun yürürlüğünden önce ya da bu Kanun hükümlerinden yararlanılmak suretiyle öngörülen süre ve tutarda tamamen ödenmiş olması ve **bunlara karşı idari yargı yerlerinde dava açılmaması veya açılan davalardan vazgeçilmesi** şarttır."

Benzer yönde; Ceza Genel Kurulu 2005/11107 E., 2005/157 K.:

"...Ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin araştırılması ilkesine dayanmakta olup, varsayımlara dayalı olarak hüküm kurulamaz. 4811 sayılı Yasanın uygulanması koşullarından birisi olan idari yargıda dava bulunmaması koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği, dosya kapsamı ile açık bir şekilde anlaşılamamaktadır. Bu husus, idareden ve gerekirse idari yargı makamlarından

tahkim yani özel hukuk ile alakalı olmadıklarından ötürü, bu tür kararları burada incelemeye gerek görmüyoruz.

Sonuç olarak bir Türk mahkemesinden doğrudan dava açma yasağı talebinde bulunulmasına uygulamada pek rastlanılmamaktadır. Bu durum normaldir zira Türk hukukunda bu tür tedbir kararlarına dair yasal düzenleme ve oturmuş bir uygulama yoktur. Örneğin İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Japonya, Hong Kong gibi yerlerde dava açma yasağı talebini ileri sürmek isteyen tarafın başvuracağı merci gerek yasal düzenlemelerle gerek yeknesak uygulama ile sabit ve belirli hale gelmiştir. Oysaki Türk hukukunda sadece *Uzanlar* davasında karşılaştığımız doğrudan Türk mahkemesinden dava açma yasağı talep edilmesi pek olası değildir. Bunun yerine Türk hukukunda tahkim itirazı bir ilk itiraz olarak ileri sürülmekte ve kanun yolu açık olduğundan bu yetki itirazının sonuçlanması uzun zaman alabilmektedir. Ancak dava açma yasağının düzenlenmediği hukuk sistemlerinde de tartıştığımız Yargıtay kararında olduğu gibi ana talep olarak değil de uyuşmazlık konularından biri olarak dava açma yasağı yine de Fransa'da olduğu gibi Türk mahkemeleri önüne gelebilecektir. *Uzanlar* davasında Türk mahkemesinden İngiliz ve Amerikan Mahkemeleri aleyhine dava açma yasağı kararının nasıl alındığı çok net anlaşılamamakla beraber, kanımızca *Uzanlar* davası ilk derece mahkemelerimizin de yabancılık unsuru içeren davalarda doğrudan bu tür tedbir talepleriyle karşılaşabileceklerine dair güzel bir örnektir. Türkiye gibi Fransa'da da bu tedbirler doğrudan düzenlenmemiş olmasına rağmen Fransız Yüksek Mahkemesi önüne *In Zone Brands* davasıyla bu konu intikal etmiştir⁸⁰⁴. Yukarıda detaylıca tartıştığımız bu davada, dikkat edilirse doğrudan bir Fransız mahkemesinden dava açma yasağı talep edilmemekte Kıta Avrupası hukuk sisteminde sıklıkla rastladığımız şekilde başka ülkeden alınan dava açma yasağının ihlal eden forumda etki doğurması istenmektedir.

Türk mahkemesinden doğrudan dava açma yasağı talebinde bulunulmadan, daha sık karşılaşılan bir durum olarak yabancı mahkemeden veya hakemlerden alınan dava açma yasağı kararlarıyla tarafın Türk yargılamasından çektirilmesi karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz davaların çoğunda, karşımıza çıkan

sorularak, **dava bulunup bulunmadığı, varsa vazgeçilip vazgeçilmediği** araştırılarak, sonucuna göre sanıkların hukuki durumları tayin edilmelidir.

Bu itibarla Yerel Mahkemece noksan soruşturmaya dayalı olarak karar verilmesi yasaya aykırı olduğundan direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.”

⁸⁰⁴ Civ. 1ère, 14 October 2009, pourvoi n° 08-16.369, *In Zone Brands*. (Kluwer Arbitration, 2017).

tablo aslında budur. *Cukurova Holdings A.S. v. Alfa Telecom Turkey Limited*⁸⁰⁵; *Med Marine v Conti Castillo*⁸⁰⁶; *Ever Judger Holding Company Ltd v Kroman Celik Sanayi Anonim Sirketi*⁸⁰⁷ ve *Shipowners Mutual Protection and Indemnity Association (Luxembourg) v Containerships Denizcilik Nakliyat ve Ticaret A.S.*⁸⁰⁸ davaları bunlara örnektir. Gerekli düzenlemenin ve oturmuş bir uygulamanın dava açma yasağı konusunda henüz olmaması, konuya dair Türk mahkemelerinin yaklaşımının yeknesaklaşmasını da engellemektedir. Ancak kanımızca incelediğimiz kararlardan yola çıkarak, dava açma yasağının garip karşılanacak olsa bile Fransa’da olduğu gibi Türk mahkemeleri önünde de ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi daha ileri gidilerek *Uzanlar* davasında yapıldığı gibi doğrudan Türk mahkemesinden de tedbir talep edilebilmelidir. Kaldı ki yabancı mahkeme veya tahkim mahkemesinden alınan tedbire ihlalde bulunan taraf gönüllü olarak uymayı (*voluntary compliance*) seçmişse, zaten yasağın etki doğurması için mahkeme önüne getirilmesine de gerek kalmayacaktır.

IV. Yeknesaklık Amacı Doğrultusunda Görüş ve Önerilerimiz

A. Türk Hukukunda Dava Açma Yasağını Da Kapsayan Bir Düzenlemenin Yapılması İhtiyacı

Yukarıdaki değerlendirmelerimizden yola çıkarak; Türk hukukunda dava açma yasakları dâhil genel olarak hakem tedbir kararlarına dair, daha güncel ve milletlerarası tahkimin gerekliliklerine uygun yeni bir düzenleme ihtiyacının olduğunu rahatlıkla ileri sürebiliriz. Zira günümüzde milletlerarası tahkim oldukça gelişmiş olup, bu gelişme ile beraber ülkeler normalde kendi hukuk sistemlerinde hiç var olmayan tedbir ve taleplerle karşılaşabilmektedirler. Örneğin malvarlığını dondurma (*freezing orders*), *mareva* tedbiri ile dava açma yasakları; Kıta Avrupası hukuk sistemlerine yabancı olmakla beraber, milletlerarası tahkimde sıklıkla kullanılmakta olan tedir türlerine örnek olarak gösterilebilir.

Bu tür taleplerle karşılaşan Türk taraflar ile mahkemelerin salt “bu tür tedbirlerin Türk hukukunda yer almadığını” gerekçe göstererek bu tedbirlere karşı dışlayıcı bir tutum sergilemesi, ne milletlerarası özel hukukun temelini oluşturan hukuk sistemlerindeki farklılıkların doğal olduğu gerçeği ne de tahkimin

⁸⁰⁵ [2013] UKPC 25, 2013 WL 3878749. Privy Council Appeal No 0023 of 2012 & No 0024 of 2012

⁸⁰⁶ 2015 WL 9701504. (Westlaw, 2017)

⁸⁰⁷ [2015] 2 HKLRD 866. (Kluwer Arbitration, 2017)

⁸⁰⁸ [2016] EWCA Civ 386.

küreselleşmiş yönü ile uyumludur. Bir ülkenin tahkim için cazibe merkezi haline gelmesi bu farklılıkları dışlamasıyla değil, bu farklılıkların doğallığını kabul ederek daha güncel ve etkin çözümler üretmesiyle mümkündür. Zira tahkim yargılamasında tarafların; savunma imkânlarının en çok ve en etkili olduğu hukuk sistemlerini tahkim yeri olarak belirlemek her zaman daha mantıklıdır. Taraflar tahkim sözleşmesinden kaynaklanan hakları da dâhil, kendi haklarını çeşitli yöntemlerle etkili şekilde koruyacak yerleri tahkim yeri (*seat of arbitration*) olarak belirleyecektir ve belirlemelidir de. Örneğin Türk hukukunda hakemlerin birçok tedbire hükmedemediğini ve mahkeme müdahalesinin yoğun olduğunu, tahkimi veya hakem kararını beğenmeyen tarafın ülke mahkemesinde dava açarak tahkimi etkinsizleştirebileceğini bilen davacının; İstanbul'u tahkim merkezi olarak seçmesi, zor olduğu kadar mantıklı da değildir.

Tahkimdeki güncel sorunlar ile gelişmeleri yakından takip etmekte yarar vardır. Zira Türk hukukunda dava açma yasağı tedbirlerinin düzenlenmemiş olması, Türk hukukunun bu tür tedbirlerden etkilendiği gerçeğini değiştirmemektedir. Küreselleşen ticari ilişkilerde tarafların hukuk sistemleri birbirini etkileyebileceği gibi, taraflarca yapılan hukuk ile çözüm usulü seçimi de tarafları ve dolayısıyla da tarafların hukuk sistemlerini etkileyebilmektedir. Tartıştığımız *Cukurova Holdings A.S. v. Alfa Telecom Turkey Limited*⁸⁰⁹; *Med Marine v Conti Castillo*⁸¹⁰; *Ever Judger Holding Company Ltd v Kroman Celik Sanayi Anonim Sirketi*⁸¹¹ ve *Shipowners Mutual Protection and Indemnity Association (Luxembourg) v Containerships Denizcilik Nakliyat ve Ticaret A.S.*⁸¹² davalarında dava açma yasağı tedbir taleplerini inceledik. Bu kararlar ve diğer incelediğimiz kararlarlar açıkça göstermektedir ki Türk hukukunda dava açma yasakları düzenlenmemiş olmakla beraber bu tür tedbirler Türk tarafları ve Türk hukukunu etkileyecek şekilde sıklıkla kullanılmaktadır. Hatta dava açma yasağı tedbiri, hukukumuzda garip karşılanıyor olsa da daha ileri gidilerek istisnai de olsa *Uzanlar* davasında yapıldığı gibi doğrudan Türk mahkemesinden de dava açma yasağı talep edilebilmektedir. Üstelik bazı ICC tahkim davalarında olduğu gibi dava açma yasağına uymayan Türk tarafa karşı ek masraf ile zararların tazmini kararı da verilmektedir.

⁸⁰⁹ [2013] UKPC 25, 2013 WL 3878749. Privy Council Appeal No 0023 of 2012 & No 0024 of 2012

⁸¹⁰ 2015 WL 9701504. (Westlaw, 2017)

⁸¹¹ [2015] 2 HKLRD 866. (Kluwer Arbitration, 2017)

⁸¹² [2016] EWCA Civ 386.

Tüm bu analizlerimizden yola çıkarak; ister Türk tarafça ister Türk mahkemelerince dava açma yasaklarına karşı olan tutumun, problemleri çözmek yerine daha da sorunlu hale getirdiğini ileri sürmek mümkündür. Yukarıda tartıştığımız üzere HMK'ya nazaran tahkim lehine düzenlemeler içermemesi ve güncel sorunlara çözüm getirememesi nedeniyle, MTK kanımızca oldukça yetersiz kalmaktadır. MTK yeni UNCITRAL Model Kanunu (2006) yerine eski 1985 tarihli Model Kanunu hükümlerine göre hazırlandığından, hakem tedbir kararları ile diğer güncel tahkim konularında yetersiz kalmaktadır. Birçok ülke bu tür sorunları aşmak için; hakem tedbirlerinin tanınması ve tenfizi de dâhil olmak üzere, birçok güncel soruna çözümler getiren UNCITRAL Model Kanunu (2006)'yı örnek alarak milletlerarası tahkim kanunlarını güncelleştirmektedirler.

Türk hukukunda da kanımızca daha güncel ve tahkimde dava açma yasakları dâhil hakem tedbir kararlarının tanınması ve tenfizini de içeren bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Aşağıda buna dair çözüm önerilerimizi sunarken, başka ülkede yapılan düzenlemeleri de örnek olarak inceleyeceğiz. Türkiye dâhil 157 ülkenin taraf olduğu NYS (1958) başta olmak üzere, uluslararası tahkim düzenlemelerinden yola çıkarak Türk hukukundaki düzenleme ihtiyacına cevap vermeye çalışacağız. Sorunun Türk hukuku için de çözülmesini sağlayacak en etkili çözümler olarak NYS (1958)'in güncel ihtiyaçlar doğrultusunda tadili ve MTK'nın yeni UNCITRAL(2006) Model Kanunu uyarınca değiştirilmesi ile MÖHUK'un tadiline dair önerilerimizi aşağıda detaylıca inceleyip, çalışmamızı noktalayacağız.

B. 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfize İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Tadili İmkânı

NYS (1958) milletlerarası tahkimin en etkin ve yaygın düzenlemesi olup, günümüz itibariyle 157 ülke bu sözleşmeye taraftır⁸¹³. Bu önemli düzenleme 1958 tarihli olup; aradan geçen yaklaşık 60 seneye rağmen, metinde herhangi bir değişiklik yapılmamış ve orijinal metin aynen korunmuştur. Bu “eski” metne rağmen milletlerarası tahkimde sözleşmenin her geçen gün daha çok rağbet görmesi sözleşmenin başarısına dair önemli bir gösterge olmakla beraber; sözleşmenin bu eski metninde yukarıdaki tartışmalarımızda da vurguladığımız üzere, milletlerarası tahkimin bazı güncel sorunlarına açık çözüm bulmak oldukça zordur. Bunun yerine gerek tenfiz mahkemeleri gerek tahkim yeri mahkemeleri NYS (1958)'i uygularken,

⁸¹³ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (Erişim, 20.02.2018).

sözleşme kapsamında öngörülemeyen bazı meseleleri çözmek için “yorum” yöntemine başvurmaktadırlar. Sözleşmede açıkça bazı meseleler düzenlenmediği için uygulamada bu tür zorlayıcı yorumlar farklı sonuçlara yol açmakta ve en temel amacı milletlerarası tahkimde tanıma-tenfizde yeknesaklığı sağlamak olan NYS (1958)’in amacıyla da bağdaşmayan farklı uygulamaları ortaya çıkarmaktadır.

Bu sorunlu alanların başında NYS (1958) kapsamına girip girmediği tartışmalı olan hakem veya hakem heyetince verilen tedbir niteliğindeki emir ile kararlar yer almaktadır. NYS (1958) metninde sadece hakem kararı (*award*) ifadesi kullanılmakta ve tartışmalı olmakla beraber genel olarak hakem tedbir kararlarının sözleşme kapsamına alınmadığı anlaşılmaktadır. Hakem tedbir kararlarına dair ayrıntılı analizimizde yukarıda buna değinmiş bulunuyoruz. NYS (1958)’nin hazırlandığı dönemde hakemlerce verilen tedbir kararlarının tenfizi bir yana; tahkime dönük mahkemelerin mesafeli ve baskıcı yaklaşımları hayal edildiğinde, yeni gelişmekte olan tahkim alanında bu tür bir radikal düzenlemenin yapılması kanımızca da beklenemezdi. Ancak bu konuda düzenlemenin hala eksik olması ve milletlerarası tahkimde başkaca güncel sorunların ortaya çıkması neticesinde; bu eski metinde zorlama yorum yöntemleriyle çözüm aramak yerine, NYS (1958) metninin değiştirilerek yeni düzenlemelerin ilave edilmesi de doktrinde tartışılmaya başlanmıştır.

NYS (1958)’in değiştirilmesinin bir ihtiyaç olduğunu ileri sürenlerin başında yer alan *Albert Jan van den Berg*, sözleşmenin 50.yılı münasebetiyle bir taslak alternatif metin de hazırlamıştır. “Tahkim Sözleşmeleri ile Kararların Milletlerarası Tenfizine Dair Farazi Taslak Konvansiyon” (*Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards*) adıyla hazırlanan bu metin⁸¹⁴ (kısaca “Taslak Konvansiyon”) çeşitli konferanslarda ve doktrinde tartışılmıştır. Çalışmamızın konusu gereği tüm bu tartışmalara girmemiz ve Taslak Konvansiyon’un tüm hükümlerine değinmemiz mümkün olmamakla beraber, hakem tedbir kararlarının tanınması ve tenfizini de ilgilendirdiği ölçüde bu metni analiz edeceğiz.

Öğretide Taslak Konvansiyonu’nun öncelikle başlığı eleştirilmiş ve milletlerarası (*international*) olanın tenfiz değil kararın kendisi olduğundan hareketle

⁸¹⁴ Mevcut NYS (1958) ile Taslak Farazi Konvansiyon metinlerini karşılaştıran tablo için bkz. http://www.arbitration-icca.org/media/1/13318252772820/new_ny_conv.pdf (Erişim, 18.10.2017).

bu sıfatın sona alınması gerektiği(*international award*) belirtilmiştir⁸¹⁵. Taslak Konvansiyon'a karşı çıkan görüşe göre, bu yeni sözleşmeye gerek olmadığı gibi kabul edilebilirliğine dair umut yoktur ve mevcut NYS (1958)'in olduğu gibi uygulanmasında bir tehlike de söz konusu değildir⁸¹⁶. Bu görüşe göre mevcut sözleşmenin değiştirilmesine gerek yoktur zira milletlerarası tahkim hukukunun en temel sorunlarından olan kamu düzeni istisnasının özellikle devletler tarafından kötüye kullanılması ile devletlerin kaybettikleri davada hakem kararını tenfiz etmekten kaçınması problemi hep devam edecektir. Kaldı ki NYS (1958) madde VII gereği sözleşme minimum ölçütler getirdiğinden, bir ülkenin daha elverişli ölçütler kabul ederek hiç sözleşmeye atfa gerek kalmaksızın kendi milletlerarası tahkim kanunu uygulayabileceği de belirtilmektedir⁸¹⁷. Taslak Konvansiyon'a dair temel eleştiriler arasında yer alan diğer önemli savunma ise günümüz itibarıyla 157 ülkenin taraf olduğu sözleşmenin aksine gerek politik gerek hukuki sebeplerle yeni bir düzenlemede bu kadar çok devletin başarılı bir şekilde uzlaşmalarına ihtimal verilmemesidir⁸¹⁸.

Kanımızca bu eleştirilerde haklılık payı olmakla beraber, bu gerekçeler NYS (1958) metninin eski olduğu ve gelişen tahkimin ihtiyaçlarına cevap veremediği gerçeğini değiştirmemektedir. Öğretide Taslak Konvansiyon'u savunan görüşler, 1958'de hedeflenen amaçlardan yola çıkarak bu hedeflerin en öne çıkanlarından olan "yeknesak" uygulama ve "diğer ülkelerin nasıl davranacağını" öngörme hedeflerinden ne kadar uzak olduğumuzu güncel kararlar ışığında vurgulamaktadırlar⁸¹⁹. NYS (1958) madde VI/f.1(e)'de yer alan "hakem kararının verildiği yer" ile "hukukuna göre karar verilen yerin" birbirine alternatif şekilde düzenlenmesi (*in which, or under the law of which, that award was made*) ile madde girişinde yer "reddedebilir" (*may*) ibaresi uygulamada farklı kararlara sebep olmaktadır. Oysaki önerilen Taslak Konvansiyon'da madde 5'te ise öngörülen sebepler dışında başka bir sebeple tenfiz talebinin reddedilemeyeceği, bu sebeplerin varlığı halinde ise tenfiz talebinin reddedilmesi gerekeceği (*shall be refused*)

⁸¹⁵ Emmanuel Gaillard, "The Urgency of Not Revising the New York Convention", **The New York Convention at 50, ICCA Congress Series No. 14, Kluwer, 2009, p. 689-696**, s. 693. (*Revising the New York Convention*).

⁸¹⁶ **Ibid.**, s. 690-693.

⁸¹⁷ **Ibid.**, s. 193.

⁸¹⁸ Gaillard, *Revising the New York Convention*, s. 692.

⁸¹⁹ Cirolyn B. Lamm, "Comments on the Proposal to Amend the New York Convention", **50 Years of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 14, Kluwer, 2009, p. 697-707**, s. 698: " ... most important that each signatory State should know exactly what the other States were undertaking to do".

düzenlenmiştir. Ayrıca hakem kararının iptaline dair alternatif kuraldan, hukukuna göre karar verilen yer ibaresini kaldırmış ve bu yetkiyi sadece kararın verildiği yer mahkemesine (*in the country where the award was made*) vermek suretiyle tartışmalı bir hususu da ortadan kaldırmıştır.

Kanımızca bir milletlerarası özel hukuk sözleşmesinden beklenen esneklik değil, yeknesaklığı sağlaması yani NYS (1958)'i hazırlayanların da vurguladığı gibi ülkeler arasındaki farklı yaklaşımları mümkün olduğu kadar azaltmak veya tamamen kaldırmak olmalıdır. Bu noktada Taslak Konvansiyon önemlidir zira kararı veren hakem heyeti kararı sadece tahkim yeri mahkemesince ve sadece madde 5'te sınırlı şekilde sayılan sebeplerle iptal edilecek ve iptal edilmiş bu hakem kararının tenfizi talebi artık başka bir taraf devlet mahkemesince mutlaka reddedilecektir. Karşı görüşte, kamu düzeni istisnasının aynı kalacağından hareketle önerilen Taslak Konvansiyonu'nun problemleri çözemeyeceği ileri sürülmüşse⁸²⁰ de kanımızca bu doğru değildir zira Taslak yakından incelendiğinde “tenfiz ülkesinin kamu düzeni” ibaresi yerine madde 5/f.3(e)'de “milletlerarası kamu düzenine aykırılık” ölçütünün tenfiz red sebebi olarak önerildiği görülecektir. Önerilen ölçüt, tenfiz ülkesinin kamu düzenine nazaran daha dar olup kamu düzeni engelini çoğu zaman ülkesel düzeyde genişçe yorumlayarak tenfizi engellemeye çalışan devlet mahkemelerini büyük ölçüde kontrol edebilecektir. Dolayısıyla yapılan öneriler mevcut bazı sorunları çözmeye yönelik olup, NYS (1958) amaçları ile çelişmemekte ve yeknesaklığı sağlama amacına hizmet etmektedir⁸²¹. Taslak Konvansiyon ayrıca “tahkime elverişlilik” sebebini kaldırarak, madde 5/f.3(h) bendi kapsamına sokmuştur. Böylece tahkime elverişli olmayan örneğin Türkiye'deki taşınmazın devrinden kaynaklanan uyuşmazlıkta çıkan nihai hakem kararı tahkime elverişli olmadığından yola çıkılarak kamu düzenine dayanılarak tenfiz edilmeyecektir.

Taslak Konvansiyon ile mevcut NYS (1958) arasında yapılacak detaylı bir karşılaştırma konumuzun kapsamını aşacağından, genel değişikliklere değinmiş bulunuyoruz. Kanımızca NYS (1958)'in değiştirilmesine karşı ileri sürülebilecek en haklı gerekçe, devletlerin yeni metin üzerinde gerek politik sebepler gerek hukuk sistemlerindeki farklılıklar sebebiyle uzlaşmasının zorluğudur. Ancak bu gerekçe bile

⁸²⁰ V.V. Veeder, “Is There a Need to Revise the New York Convention?”, **The Review of International Arbitral Awards**, Emmanuel Gaillard (ed.), 2008, 183-194, s. 191; Gaillard, **Revising the New York Convention**, s. 690-691.

⁸²¹ Robert C. Bird, “Enforcement of Annulled Arbitration Awards: A Company Perspective and an Evaluation of a “New””, 37 N.C. J. Int'l L. & Com. Reg. 1013, **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, 2012, s. 1040.

açıkça yeni ihtiyaçlara cevap vermekte zorlandığı görülen bu milletlerarası sözleşmenin değiştirilmesi gerektiği gerçeğini reddetmekte yetersizdir. Bir milletlerarası sözleşmeyi usulünce iptal etmek (*denunciation*) mümkün olduğu gibi, sözleşmenin tadili veya yenilenmesi de mümkün ve doğaldır. Örneğin Bolivya, Ekvador ve Venezuela'nın ICSID Konvansiyonu'na taraf olmaktan çıkmaları⁸²², sözleşmenin önemini azaltmamıştır ve günümüz itibarıyla 153 ülke bu sözleşmeye taraftır. Kaldı ki “mevcut üyelerin yeniliğe yanaşmayabileceği” şeklindeki bir yaklaşım bizzat NYS (1958)'in ortaya çıkış süreci ile de çelişmektedir. Zira mevcut sözleşmenin temeli 1927 tarihli Cenevre Konvansiyonu'na⁸²³ dayanmakta ve bu konvansiyonun “modern ekonomik ihtiyaçlara cevap veremediği” gerekçe gösterilerek 1953'te başlatılan yenileme çalışmaları neticesinde NYS (1958)' ulaşılmıştır⁸²⁴. Eğer Cenevre Konvansiyonu'na taraf devletlerin, yeni metinde uzlaşamayabilecekleri endişesiyle yola çıkılıp, yorum yoluyla mevcut güncel sorunlara çözüm bulunmaya çalışılsaydı NYS (1958) gibi önemli bir düzenleme belki de bugün hiç var olmayacaktı. 30 yıllık süre sonunda 20.yy ortasında sözleşmenin yenilenmesi gerektiği vurgulanmış ve harekete geçilmişken, aradan geçen 60 seneye rağmen 21.yy'da oldukça gelişmiş olan tahkimin ihtiyaçlarına kayıtsız kalınmayarak sözleşmenin yenilenmesi kanımızca gereklidir. Bu gerekçelerimizle diyebiliriz ki Taslak Konvansiyon'da belirtildiği üzere, NYS (1958) açık bir “modernleştirilme” ihtiyacı içersindedir⁸²⁵.

Konumuzu ilgilendiren ve bu temel ihtiyaçlar arasında yer alan önemli eksiklik ise hakemlerce verilen tedbirlerin tanınması ile tenfizi sorunudur zira tartışmalar ile farklı mahkeme kararlarına rağmen en azından lâfzî olarak NYS (1958) kapsamına sadece kesin ve nihai hakem kararlarının alındığına yukarıda değinmiş bulunuyoruz. Kanımızca mevcut NYS (1958) ile Taslak Konvansiyon düzenlemelerinin her ikisinde de bu eksiklik ve problem pek dikkate alınmamıştır. Yine de Taslak Konvansiyon'da hakem kararı (*arbitral award*) kavramına dokunulmamışsa da, madde 1'de yapılan düzenleme ile NYS (1958) madde II/f.3'te belirtilen

⁸²² <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf> (Erişim, 20.10.2017).

⁸²³ Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards.

⁸²⁴ Tarihçe ve metinler için bkz.

<http://www.newyorkconvention.org/travaux+preparatoires/history+1923+-+1958> (Erişim, 20.10.2017).

⁸²⁵ Albert Jan van den Berg, “Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards, Explanatory Note”, **AJB/Rev06/29-May-2008**, s.1. (*Draft Convention*).

mahkemenin hangi tür tahkim sözleşmeleri için tarafları tahkime yönlendirme yükümlülüğü olduğu hususuna açıklık getirilmiştir. Madde 1'e göre tahkim sözleşmesi yapıldığı anda tarafların işyerleri veya yerleşim yerleri iki ayrı ülkede ise NYS (1958) hükümleri uygulanacak olup, bu tahkimden çıkan kararın tanınması-tenfizi de bu hükümlere tabi olacaktır. Böylece Taslak Konvansiyon'a göre Türk şirket ile Amerikan şirket arasındaki *prima facie* olarak geçerli tahkim sözleşmesine dayanarak, devlet mahkemeleri tarafları tahkime yönlendirmek zorunda kalacaklardır. Kanımızca bu tür bir düzenleme dava açma yasakları ile de kısmen uyumludur zira bu tür bir düzenleme dava açma yasağı tedbirlerine dayanak teşkil eden karşı tarafın tahkimden kaçma davranışını da nispeten önleyecektir. Sonuçta taraflarca madde 1'e giren bir tahkim sözleşmesi yapılmışsa, taraflar buna uymakla yükümlü tutulacaklardır ve mahkeme de sözleşmenin uygulanmasında rol alacaktır. Yine de madde II/f.3'teki tahkim sözleşmesinin (*an agreement within the meaning of this article*) muğlâklığını gideren Taslak Konvansiyonu'nun tahkim kararı (*arbitral award*) konusuna da kısa bir açıklık getirmesi yerinde olacaktır. Zira bu açıklık olmadan bazı taraf ülke mahkemeleri dava açma yasakları dâhil çeşitli hakem tedbir kararlarını tenfiz ederken, bazı ülkeler ise hakem kararı ibaresini çok dar yorumlayarak bu tedbirleri reddedecek ve böylece karmaşık bir uygulama yine de mevcudiyetini koruyacaktır.

Dolayısıyla ilk önerimiz, NYS (1958)'e dair bir güncel bir sözleşme tadilinin yapılarak UNCITRAL Model Kanun (2006)'da olduğu gibi ancak daha sade bir şekilde hakem tedbir kararlarının da tahkim kararı (*arbitral award*) kavramına dâhil edilmesi yönündedir. NYS (1958) madde I/f.2'nin Taslak Konvansiyonu'na alınmayarak tamamen silinmesine özellikle Komünist ülkelerde “sürekli hakem heyeti” (*permanent arbitral bodies*) tabirinin sorun yarattığı gerekçe gösterilmişse⁸²⁶ de kanımızca bu ibare tek silinerek tahkim kararına dair kısa bir tanım bırakılabilirdi. Meselenin çözümünü sağlayacak kısa bir hüküm; yapılacak NYS (1958)'in yeni düzenlemesinde şu şekilde kanımızca yer alabilir:

“Tahkim kararları” ibaresi sadece nihai hakem kararlarını değil, madde 1'de tanımlanan ve *prima facie* geçerli olduğu anlaşılan tahkim sözleşmelerine dayanılarak verilen tedbirleri de kapsayacaktır. Taraf devlet mahkemesi, bu tür hakem tedbirlerinin de tenfizine karar verebilir.

⁸²⁶ Bird, *a.g.e.*, s. 1040-1041.

The term “arbitral awards” shall include not only final awards made by arbitrators but also interim measures made by arbitrators according to *prima facie* valid arbitration agreements defined under Article 1. The court of a Contracting State may enforce such measures as well.

Bu tür bir düzenleme mahkemelerin tarafı tahkime yönlendirme yükümlülüğünün doğduğu hallerde bununla yetinmeyip, hakemlerce tahkimin etkinleştirilmesi amacıyla verilmiş dava açma yasağı gibi tedbirlerin de tenfiz edilmesine imkân tanımaktadır. Buraya takdir yetkisinin (*may*) konulması, devletlerin bu düzenlemeye karşı çıkmasını da kısmen de olsa kanımızca hafifletecektir. En azından bu tür bir düzenleme ile NYS (1958)’in kapsamına ne tür kararların gireceği hususu açıklığa kavuşacaktır.

C. 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılması

Yukarıda tartıştığımız ve NYS (1958) madde VII’de de vurgulandığı üzere; bu sözleşme sadece minimum ölçütler getirdiğinden, bir ülkenin daha elverişli ölçütler kabul ederek hiç sözleşmeye atfa gerek kalmaksızın kendi milletlerarası tahkim kanunu ya da tanıma-tenfiz rejimini uygulaması da mümkündür. Örneğin bir ülkenin tenfizin reddi için daha az sebep öngörerek; tahkim lehine daha iyi bir kanun kapsamında, yabancı hakem kararlarının tanınması ile tenfizini yürütmesi pekâlâ mümkündür. Yukarıda vurguladığımız üzere; madde VII’nin tahkim lehine getirdiği bu esneklik, bazen minimum ölçütleri belirlemiş olan NYS (1958)’in uygulanmasına gerek bırakmayabilmektedir. Öğretide örneğin Fransa’da tahkim lehine daha elverişli hükümlerin öngörülmüş olmasından ötürü; yabancı hakem kararlarının tanınması-tenfizi taleplerinin neredeyse NYS (1958) hükümlerine hiç atıf bile yapılmaksızın, karara bağlandıkları vurgulanmaktadır⁸²⁷. Örneğin yukarıda da tartıştığımız *In Zone Brands* davasında⁸²⁸ Fransız Yüksek Mahkemesi (*Cour de cassation*); 14 Ekim 2009

⁸²⁷ Gaillard, *Revising the New York Convention*, s. 693; UNCITRAL Model Kanunu’nu kabul etmemekle beraber, dünyada milletlerarası ticari tahkiminin Fransa ile beraber sadece birkaç ülkede yoğun şekilde cereyan ettiği ve Türkiye’nin ise bu hedefe uzak olup “tahkim cehennemi” şeklinde kötü bir ünvana sahip olduğu konusunda bkz. **Milletlerarası Tahkimde Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? II, Taslaklar – Tartışmalar – Öneriler, Abant (25-28 Eylül 1997) – Ankara (6 Haziran 1998)**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999, s. 30-31. Kanımızca Türk milletlerarası tahkim hukuku; büyük ölçüde gelişmiş olmasına rağmen; MÖHUK ve MTK başta olmak üzere, hala tutulmakta olan ve tahkimin geldiği nokta ile bağdaşmayan düzenlemeler nedeniyle, Türkiye’nin hala bir tahkim için cazibe merkezi olma hedefini tam anlamıyla gerçekleştiremediği söylenebilir.

⁸²⁸ Civ. 1ère, 14 October 2009, pourvoi n° 08-16.369. <https://www.legifrance.gouv.fr> (Erişim, 14.10.2017).

tarhinde bir Amerikan mahkemesince verilen dava açma yasağını kabul etmiş ve bu tür tedbiri içeren kararın tanınması ile tenfizinin, “milletlerarası kamu düzenine” aykırı olmadığı vurgulanmıştır. NYS (1958)’de yer alan tenfiz ülkesinin yani Fransa’nın kamu düzeni yerine; daha dar bir kavram olan milletlerarası kamu düzeninin (*international public policy*) tercih edilmesi, NYS (1958) madde VII anlamında tahkim lehine daha elverişli bir ölçüttür. Bu tür milletlerarası tahkim düzenlemelerinin bir ülkeyi tahkim için cazibe merkezi yapacağı açıktır ve nitekim Fransa’nın milletlerarası tahkimde oldukça tercih edilen bir konumda olması gerçeğı de bunu desteklemektedir.

Bir yabancı hakem kararının Türkiye’de tanınması ile tenfizi davasında; NYS (1958)’in uygulama şartları oluşmaması veya madde VII gereğı tahkim lehine daha uygun şartları getirmiş olması kaydıyla MÖHUK madde 60 vd. uygulanacaktır. Madde 63’te yer alan atıf nedeniyle bu hükümler yabancı hakem kararının sadece tenfizine değil, tanınması taleplerine de uygulanacaktır. MÖHUK hükümlerinin yeterliliğı ve uygunluğu için, NYS (1958) madde VII bakımından tanıma-tenfiz şartlarını kısaca karşılaştırmak yerinde olacaktır. Eğer Fransa’da olduğu gibi Türkiye’deki tanıma-tenfiz rejimi de NYS (1958)’e nazaran; milletlerarası tahkim lehine daha elverişli hükümler getiriyorsa, bu milletlerarası sözleşmeye atıf bile yapılmaksızın MÖHUK hükümleri uygulanabilecektir. Eğer daha katı kurallar MÖHUK maddelerinde öngörülmüş ve yabancı hakem kararlarının tanınması ile tenfizi oldukça zorlaştırılmış ise; bu durumda en azından NYS (1958), madde VII gereğı devre dışı bırakılamayacaktır. Tüm bu önemli çıkarımlarda bulunabilmek için, MÖHUK hükümlerine kısaca göz atmakta yarar olacaktır.

MÖHUK’un “yabancı hakem kararlarının tenfizi” başlıklı 60. maddesinde sadece “kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı” hakem kararlarının tanınip-tenfiz edileceğı kararlaştırılmıştır. NYS (1958) maddelerinde sadece tahkim kararları (*arbitral awards*) ibaresine yer verilmiş ve bu kararlarının nitelikleri ile alakalı detaylara⁸²⁹ yer verilmemiştir. NYS (1958) madde I/f.2’de ise, sürekli tahkim kurumlarınca verilen kararların da bu kapsama gireceğı ve hakem kararının “yabancılığı” konusunda düzenlemelere yer verilmiştir. Her ne kadar NYS (1958) madde V/f.1(e)’de “kararın henüz taraflar için bağlayıcı

⁸²⁹ Nomer, **Devletler Hususi**, s. 580; van den Berg, *New Horizons*, s. 317-318; tüm karar türleri ve detaylı analiz için bkz. Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s. 632-639, detaylı bilgi için bkz. yukarıda “1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Göre Tanıma-Tenfiz”.

olmaması” bir red sebebi olarak düzenlenmiş ise de; MÖHUK madde 60’taki gibi “kesinleşmiş” ibaresi olmadığından, kanımızca MÖHUK hükümlerinin daha katı olduğu ileri sürülebilir. Zira sadece yabancı hakem kararının “kesinleşmiş” olması gibi bir şartın NYS (1958)’e açıkça konulmamış olması; yukarıda ele alındığı üzere eksiklikten ziyade esneklik sağlamaktadır ki bazı ülkeler, nitelikleri gereği henüz kesinleşmemiş olmakla beraber taraflar için bağlayıcı olan hakem tedbir kararlarını da tanıyıp tenfiz edebilmektedirler. Oysaki MÖHUK’ta yer alan bu açık ibare; hem geçici nitelikteki hakem kararlarının tanınıp tenfizine engel olmakta, hem de getirdiği muğlâklıktan dolayı Türkiye’nin tahkim merkezi olma hedefine ulaşmasını zorlaştırmaktadır. Cenevre Sözleşmesi (1927)’den kalma bu problemli ibarenin MÖHUK’ta kabul edilmiş olması, kanımızca yerinde olmayan bir düzenleme olmuştur. Üstelik aşağıda inceleneceği üzere; MÖHUK madde 60/f.1 ile madde 62/f.1(h) arasında, birtakım çelişkiler de bulunmaktadır.

NYS (1958) madde VII’yi Türkiye açısından değerlendirirken dikkate alınması gereken asıl hükümler ise tanıma-tenfiz red sebeplerini düzenleyen maddeler olmalıdır. NYS (1958) madde V/f.1’de a,b,c,d, e ve V/f.2’de a,b bentleri olmak üzere toplamda yedi red sebebi sayılmış ve bu sebeplerden biri var olsa bile tenfiz ülkesi mahkemesinin yine de bu kararın tenfizine karar verebileceği (*may*) vurgulanmıştır. MÖHUK madde 62/f.1’de ise çoğu NYS (1958) madde V ile aynı olan red sebepleri a-h olarak dokuz⁸³⁰ bent halinde sıralanmıştır. Elbette NYS (1958)’deki bir bendin bölünerek MÖHUK maddesine alınabileceği de dikkate alındığında; salt rakamsal olarak daha çok red sebebinin öngörülmüş olması, başlı başına MÖHUK’un daha katı olduğu şeklinde yorumlanamaz. Ancak NYS (1958) madde V’teki takdir yetkisinin (*may*) aksine MÖHUK madde 62; bu dokuz şarttan herhangi birinin varlığının tespiti halinde Türk mahkemesi, “tanıma-tenfiz istemini reddeder” diyerek bu tahkim lehine esnekliği tamamen ortadan kaldırmıştır. Ayrıca madde 62/f.1(h); tahkim yeri tarafından iptal edilen (*annulled*) kararların hangi gerekçeyle iptal edilmiş olursa olsun Türkiye’de artık tanınıp tenfiz edilemeyeceğini düzenleyerek, bu tür kararları yine de tenfiz edebilen Fransa gibi ülkelerin aksine katı bir tutum sergilemiş ve mahkemelere takdir yetkisi de tanımamıştır. Sonuç olarak NYS (1958) madde VII anlamında MÖHUK; milletlerarası tahkim lehine daha elverişli hükümler getirmediğinden, NYS (1958) şartları oluştuğunda her daim uygulanacaktır.

⁸³⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 762.

Türk hukukunda MÖHUK madde 60 gereği sadece “kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı” hakem kararları tanınip-tenfiz edilebilecekken; madde 62/f.1(h)’de, kararın sadece “tâbi olduğu usule göre kesinleşmemiş” olması bile açıkça bir red sebebi olarak sayılmıştır. Yani madde 60’ta kapsam oldukça daraltılarak tanıma-tenfizin kabulü zorlaştırılmış, madde 62’de ise “kesinleşmemiş” olma red için yeterli görülerek tanıma-tenfizin reddi kolaylaştırılmıştır. Madde 60/f.1’deki “veya” ibaresi sonrası (“taraflar için bağlayıcı olan”) bağımsız değerlendirilse bile; maddenin başındaki “kesinleşmiş” ibaresi, bu yorumu da anlamsız kılmaktadır. Taraflar için bağlayıcı olan fakat kesinleşmemiş bir hakem tedbir kararı bakımından tenfiz talebi; “kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış” ibaresinden dolayı, anlamsız olacaktır zira bu iki şart birbirine alternatif değildir. Bu nedenle madde 60/f.1’deki “kesinleşme” şartını hem “icra kabiliyeti kazanmış” olma hem de” taraflar için bağlayıcı olma” şartları için ortak olarak düşünmek de mümkündür. Yani her halükarda bir yabancı hakem kararının Türkiye’de tanınip tenfiz edilebilmesi için “kesinleşmiş” olması şarttır. Benzer muğlâk bir düzenleme, MTK’da da yer almaktadır. MTK madde 1/f.2 gereği MTK “*yabancılik unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında*” uygulanacaktır. Dikkat edilirse, buradaki muğlâk cümle yapısı ile MÖHUK madde 60/f.1’deki cümle yapısı aynıdır. MTK’da muğlâklığa sebebiyet veren ve ile veya ibareleri de doktrinde tartışılmış ve bizim de katıldığımız ağırlıklı görüş uyarınca “yabancılik unsurunun” ortak şart olduğu kanısına varılmıştır⁸³¹.

Dolayısıyla MÖHUK madde 60/f.1 ile madde 62/f.1(h)’de yer alan “kesinleşme” şartının; en azından lâfzî olarak, dava açma yasakları dâhil hakem tedbir kararlarını açıkça dışladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bir an için MÖHUK madde 60/f.1 kapsamında “taraflar için bağlayıcı olan fakat kesinleşmemiş bir hakem kararı” için tenfiz talebinde bulunulabileceği kabul edilse bile; belirttiğimiz üzere madde 62/f.1(h)’de bu şartların her birinin “veya” bağlacıyla red sebebi olarak öngörülmüş olması, madde 60/f.1’i zaten anlamsız kılacaktır. Yukarıdaki önerimizde NYS (1958) tadilinin elzem ve mümkün olduğunu belirterek, taslak metin halinde hakem tedbir kararlarının tanınması ile tenfizini de içeren

⁸³¹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 55-56; Özel, **a.g.e.**, s. 24-25; MTK’nın yapımına ilişkin Bolu-Abant toplantısında uygulama alanın karmaşık şekilde, İsviçre hukukundan farklı şekilde düzenlendiği konusunda bkz. Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 16-17.

önerimizi de sunmuştuk. Ancak 157 ülkenin taraf olduğu NYS (1958)'in gerek hukuki gerek politik nedenlerle tadilinin zor olduğunu da vurgulamıştık. Bu bakımdan NYS (1958)'in tadilinin yakın gelecekte olmayacağını varsaydığımızda; ülkelerin kendi tanıma-tenfiz rejimlerini milletlerarası tahkimin gereklilikleri doğrultusunda yeniden düzenlemeleri, daha yerinde bir hamle olarak görülebilir. Zira 157 ülkenin yeni bir sözleşmeyi onaylaması yerine, bu ülkelerin çoğunun kendi hukuk sistemlerinde değişikliğe gitmesi ve böylece güncel sorunlara çözüm bulması daha kolaydır.

Tekrar belirtelim ki kanaatimizce bu tür ülkesel düzeydeki gelişmeler, NYS (1958)'in olduğu gibi kalması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Aksine; birçok ülkenin benzer değişiklikleri kendi hukuk sistemlerine işlemeleri, bir bakıma NYS (1958)'in tadili öncesi zımni onaylar gibi değerlendirilmelidir. Zira ülkesel düzeyde milletlerarası tahkimin ihtiyaçlarına cevap vermek üzere; özellikle de UNCITRAL Model Kanunu (2006) hükümlerinin dikkate alınarak değişiklikler yapılması ve bu değişikliklerin diğer ülkelerle benzerlik taşıması, NYS (1958)'in tadilini kolaylaştıracak ve tadil için zamanın geldiğini gösterecektir. Yoksa örneğin 70 ülkenin benzer şekilde milletlerarası tahkim düzenlemelerini güncelleştirmesi; NYS (1958)'in tadiline gerek olmadığı⁸³² şeklinde değil, tam tersine bu eğilimin bir milletlerarası özel hukuk sözleşmesi ile taçlandırılması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır.

Kanımızca Türkiye'nin milletlerarası tahkimde cazibe merkezi yapmak ve hakem tedbir kararlarının tanınması ile tenfizi dâhil birçok güncel soruna çözüm bulmak için 2007 tarihli MÖHUK hükümlerinde değişikliğe gidilmesi elzemdir. MTK'da yapılacak değişiklik de aşağıda görüleceği üzere önemli olmakla beraber, MTK kapsamına sadece milli hakem kararları girdiğinden ve bu tür kararlarının tanınması-tenfizi değil; sadece iptalleri mümkün olduğundan, milletlerarası tahkim alanında etkisi daha az olacaktır. Ancak NYS (1958)'e; Türkiye dâhil 157 ülkenin günümüz itibariyle taraf olduğu ve MÖHUK'un daha katı şartlar getirerek NYS (1958)'i devre dışı bırakmadığı nazara alındığında, MÖHUK madde 60 ve devamındaki hükümlerin uygulanması neredeyse hiç söz konusu bile olmayacaktır. Bu nedenle oldukça atıl, problemlili ve pasif statüdeki bu hükümlerin; NYS (1958) madde VII kapsamında Fransa'da olduğu gibi, NYS (1958)'e nazaran tahkim lehine daha elverişli hale getirilmesi yerinde olacaktır. Böylece MTK kapsamına girmeyen

⁸³² Gaillard, *Revising the New York Convention*, s. 693.

fakat NYS (1958) kapsamına giren veya MTK kapsamına girmeyen tüm yabancı hakem kararları “daha elverişli hükümler getiren” MÖHUK hükümlerine göre madde VII kuralı gereği tanınıp tenfiz edilebilecektir. Böylece örneğin bir İngiliz şirket, sadece hakem heyetinden alacağı değişik tedbirler için değil; nihai hakem kararının, Türkiye’de tanınması-tenfizinin katı bir yaklaşımla ele alınmadığını bilme rahatlığıyla da, Türk şirketleri ile işlemlerini yapabilecektir. Kanımızca MÖHUK düzenlemesinde bir değişikliğe gidilerek, pasif durumdaki bu katı düzenlemelerin tahkim lehine yumuşatılarak NYS (1958)’e nazaran daha elverişli bir rejime kavuşturulması gerekir. Çalışmamızın bu kısmında; MÖHUK’ta eksik gördüğümüz tüm hususlara değinmemekle beraber, geçici hukuki korumalar bakımından meseleyi ele aldık. Dolayısıyla; hakem tedbir kararlarını da içerecek şekilde, MÖHUK’un ilgili maddeleri şu şekilde yeniden düzenlenebilir:

Yabancı hakem kararlarının tenfizi

Madde 60/f.1:

***Prima facie* geçerli olduğu belirlenmiş bir tahkim şartı veya sözleşmesine dayanılarak verilen** ve taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararları ile geçici hukuki koruma önlemleri tenfiz edilebilir.

Madde 62/f.1(h):

...

Hakem kararı, **tâbi olduğu veya taraflarca tabi kılındığı tahkim usul kurallarına göre taraflar için bağlayıcılık kazanmamış** veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise,

Yabancı hakem kararının tenfizi istemi **reddedilebilir**.

Kanımızca bu tür bir değişiklik; Tür mahkemelerine esneklik tanıyacak ve NYS (1958) madde VII anlamında MÖHUK’u, daha elverişli hükümler getiren bir statüye kavuşturacaktır. Bu tür bir düzenlemede; “hakem tedbiri” ibaresine, açıkça yer vermeye gerek de olmayabilir. Zira kenar başlıkta ve madde içeriklerinde de yer alan “yabancı hakem kararı” ibaresi yeterli olabilecektir. Yine de netleştirmek için bu şekilde bir düzenleme daha açık olacaktır. En nihayetinde bir hakem tedbir talebi ile karşılaşan Türk mahkemeleri, bu önerilerimize göre öncelikle tahkim şartı ile sözleşmesinin *prima facie* geçerli olup olmadığını sınırlı şekilde inceleyecek, sonrasında ise bu kararın taraflar için bağlayıcı olup olmadığını değerlendirerek tanıma-tenfiz kararı verebileceklerdir. “Kesinleşme”nin aksine; “taraflar için

bağlayıcı olma” şartı çoğunlukla rahatlıkla tespit edilecek bir durum olacaktır zira geçerli tahkim sözleşmesiyle yetkilendirilen hakem veya hakem heyetinin kararları, aksi taraflarca öngörölmüş olmadıkça taraflar için doğal olarak bağlayıcı olacaktır. Hakem heyetinin tarafı cebren kararlarına uymasını veya üçüncü kişilerin bu kararlarına uymasını sağlayamaması da, kararın taraflar için bağlayıcı olduğu gerçeğini kanımızca değiştirmeyecektir. Bu önerilerimize benzer doğrultuda MÖHUK’ta değişikliğe gidilmesi; milletlerarası tahkim konusunda Türkiye’yi cazibe merkezi yapacak, madde 60 ve devamını pasif durumdan aktif statüye kavuşturacak ve birçok güncel soruna çözüm bulunmasına olanak sağlayacak şekilde Türk mahkemelerine esneklik sağlayacaktır.

D. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Yeniden Düzenlenmesi

1. Genel Olarak

2001 tarihli MTK, UNCITRAL Model Kanunu(1985) hükümleri dikkate alınarak hazırlanmıştır. MTK madde 1/f.2 gereği MTK *“yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında”* uygulanacaktır. Dolayısıyla örneğin; işyeri Köln’de olan bir taraf ile yapılan ve İstanbul’da ISTAC Tahkim Kurallarına göre yargılama yapılmasını öngören tahkim anlaşması, MTK kapsamına girecektir. Bu kapsamda verilen bir hakem kararı; tahkim yeri Türkiye olduğundan ve dolayısıyla da Türk usul hukukundaki emredici kurallar dikkate alınarak yargılama yapıldığından yabancı bir hakem kararı değil, yukarıda ele alındığı üzere milli hakem kararıdır ve sadece iptale konu olabilecektir. Bu nedenle yukarıda belirttiğimiz gibi MÖHUK düzenlemesi eğer tahkime daha elverişli şekilde düzenlenirse, MTK’nın değiştirilmesinden daha çok etki doğuracaktır zira MÖHUK doğrudan milletlerarası tahkim ve yabancı hakem kararları ile alakalıdır. Yine de yukarıda eksikliklerini ele aldığımız MTK’yı burada da kısaca ele alıp bazı önerilerimizi sunacağız.

MTK madde 6; hakemlerin tedbir kararı vermesi, tahkim-mahkeme ilişkisi konularında yol gösterici olduğu gibi, Türk hukukunda hakem tedbir kararlarının tanınıp tenfiz edilebilirliğine dair genel yaklaşım konusunda da yol göstericidir. MTK madde 6/f.2 gereği *“cebrî icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî hacze”* hakemler karar veremeyecektir. MTK madde 6/f.1’e göre ise taraflardan birinin

“tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz isteyebilmesi” imkânı, bu eksikliği kısmen de olsa gidermekte ve cebri etkisi olan bir tedbir kararına dolaylı da olsa mahkeme yoluyla ulaşılmasını sağlamaktadır. MTK madde 6/f.3 ise genel olarak *cebri* özelliği bulunmayan hakem kararının; taraflarca gönüllü olarak yerine getirilmemesi halinde, ne yapılabileceğini düzenlemektedir. MTK madde 6/f.3’e göre, “taraflardan biri hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararını yerine getirmezse; karşı taraf, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını” isteyebilecektir. Dolayısıyla Türk hukukunda MTK’ya göre verilmiş milli hakem kararlarında yer alan hakem tedbirlerinin icrası noktasında yetkili mahkeme yardımı bir şarttır denilebilir zira Türk hukukunda hakemlerin icra kabiliyeti haiz tedbirlere hükmetmesi açıkça yasaklanmıştır. MTK madde 1/f.3 gereği ise, “tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da” 6. madde uygulanacaktır. Diğer bir ifade ile kural olarak MTK kapsamına girmeyen ve tahkim yeri Türkiye dışında olan tahkim yargılamalarında elde edilen hakem tedbir kararlarının; Türkiye’de işleme konu olması da, MTK madde 6/f.3’e göre yapılacaktır. Örneğin tahkim yeri Köln olan ve ICC Tahkim Kuralları’na tabi bir yargılamada davalı Türk şirket aleyhine verilen hakem tedbirinin; Türkiye’de icrası da, MTK madde 6/f.3 muğlâk ve eksik rejimi çerçevesinde gerçekleştirilecektir.

MTK madde 6/f.3 düzenlemesi; kural olarak tüm yabancı hakem tedbir kararlarını ilgilendirdiği için, Türk hukuku uygulamasında yarattığı sorunlara kayıtsız kalmamız mümkün değildir. MTK madde 6/f.3 kural olarak cebri özelliği bulunmayan hakem kararının taraflarca gönüllü olarak yerine getirilmemesi halinde ne yapılması gerektiğini düzenlemektedir. Dikkat edilirse hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen NYS (1958) ile MÖHUK hükümlerinin aksine; MTK madde 6/f.3’teki düzenleme, hakem tedbir kararının tanınması-tenfizine ilişkin değildir. İlk bakışta bunun zaten mantıklı olmayacağı zira MTK kapsamındaki “yerli” hakem kararlarının tanınması-tenfizinin değil, ancak iptalinin mümkün olduğu vurgulanabilir. Ancak yukarıda da vurguladığımız üzere; MTK madde 1/f.3 gereği “mahkeme yardımını” öngören MTK madde 6 düzenlemesi, “tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da” uygulanacaktır. Dolayısıyla NYS (1958) kapsamına gireceği açık olan bir tahkim sözleşmesine dayalı yapılan tahkim yargılamasında hakem heyeti; davalı Türk şirketinin, bankadaki hesabının dava

sonuçlanana dek bloke edilmesini öngören bir tedbir kararı vermiş olabilir. Bu tedbirin Türkiye’de icrasının da; NYS (1958)’in Türkiye’deki katı uygulaması nedeniyle madde V gereği mümkün olmayacağı varsayıldığında, tarafın her tür yabancı hakem tedbirine uygulanan MTK madde 6/f.3 dışında başvurabileceği bir yol kalmayacaktır.

NYS (1958)’in hakem tedbir kararlarını da içerdiğini kabul eden hukuk sistemleri için böyle bir sorun yoktur zira yapılacak şey mahkeme yardımı almak yerine, yine NYS (1958) madde V kapsamında bu tedbirin tenfizine başvurmak olacaktır. Oysaki MTK kapsamına girmeyen yabancı hakem tedbir kararlarının veya emirlerinin (*arbitral interim injunction awards or arbitral orders*) icrası için MTK madde 6/f.3 uyarınca; görevli ve yetkili Türk mahkemesinde ayrı bir tenfiz davası açılmayacak, sadece “yardım” talep edilecektir. Hatta bu tür muğlâk düzenlemeler nedeniyle yukarıda tartıştığımız gibi Türk mahkeme; yapacağı yardımın sınırlarını yanlış belirleyerek icrası talep edilen hakem tedbiri yerine, bambaşka bir tedbire de hükmedebilmektedir. MTK madde 6/f.3’teki “*ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle*” ibaresi de sanki hakem tedbir kararının onaylanmasını değil, yeniden Türk mahkemesince tedbir kararı verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılmaya da müsaittir⁸³³.

Bir yanda milletlerarası tahkimin gelişmesi için mahkeme müdahalesini en aza indirme temenisi ve girişimi varken, diğer yandan hakem tedbir kararlarına icrai etki (*giving teeth to arbitration*) tanımama yoluyla mahkemelere muhtaç hale bırakmak gerçek bir çelişki olarak karşılanmalıdır. Buna ek olarak, hakem heyetince bir tedbir kararı verilse bile maddenin açık lafzı gereği bir de mahkemelere ayrı bir dava ile tedbir kararını isteme yolunu açmak, bu tahkimi bağımsızlaştırma amacı ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla milletlerarası tahkimin artan ihtiyaçlarına ve bilhassa hakem tedbir kararlarında beliren bu problemlere, MTK’nın bu çelişkili ve muğlâk ifadelerinde çözüm aramak oldukça zordur. Bu nedenle çalışmamızı sonlandırırken, bazı modern ve tahkim lehine düzenlemeleri örnek göstererek MTK’ya ilişkin alternatif çözümlerimizi de sunacağız. Kendi önerilerimize geçmeden evvel, UNCITRAL Model Kanunu (2006)’yı da nazara alarak milletlerarası tahkim

⁸³³ İlgili tarafın; verilmiş olan tedbirin, “davalı tarafından rızaen yerine getirilmediğini göstererek” mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararını istemesinin mümkün olduğu konusunda bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 138-139.

kanunlarını yenilemiş bazı ülkeleri kısaca örnek olarak ele almak yol gösterici olacaktır.

2. Bir Çözüm Önerisi Olarak *Singapur* ve *Hindistan* Örnekleri

Milletlerarası tahkim konusunda NYS (1958) ile milletlerarası tahkim kanunlarının yetersiz olduğunu öngören bazı ülkeler, bu eksiklikleri tamamlamak amacıyla kanunlarını güncelleme yoluna gitmiştir. MTK'nın aksine oldukça liberal ve tahkim lehine düzenlemeler içeren bu yeni kanunların yapımında; genellikle UNCITRAL Model Kanunu (2006) hükümlerinden etkilenilmiş, hatta bazı düzenlemelerde bu hükümlerin de ötesine geçilmiştir. Gerek UNCITRAL Model Kanunu (2006) gerek bu ülkelerin düzenlemeleri nazara alındığında, MTK'daki sorunlar ve yetersizlikler daha net görülecektir.

Hindistan da tıpkı Türkiye'nin yaptığı gibi; önceden UNCITRAL (1985) hükümlerini örnek alarak, 1996 tarihli Tahkim ve Arabuluculuk Kanunu'nu (*The Arbitration and Conciliation Act of 1996*) hazırlamıştır. Fakat bu kanunda; eski tarihli olmasına rağmen oldukça önemli bir düzenlemeye yer verilmiş ve MTK madde 6/f.3'ün aksine mahkemeye başvurulmaksızın, doğrudan hakem heyetince geçici hukuki korumalara hükmedilebileceği düzenlenerek mahkeme müdahalesi en aza indirilmeye çalışılmıştır. Buna rağmen bu önemli düzenlemenin uygulamada sorun yarattığı zira hakemler tarafından; serbestçe verilen tedbirlerin, tenfizine dair bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu vurgulanmıştır. Bu eksikliklere cevap vermek için kanunda öncelikle 2015 yılında değişiklik yapılarak; iç tahkim uyarınca verilen tedbir kararlarının, “mahkeme ilamı statüsü” kabul edilmiş ve böylece mahkemelerin müdahalesi tamamen kaldırılmıştır. Ancak daha önemli bir eksiklik olarak; Hindistan dışında verilen, yabancı hakem tedbir kararlarının tanınması ile tenfizi görülmüş ve bu soruna da çözümler aranmıştır.

Hindistan Hukuk Komisyonu bu problemin aşılması ve hakem heyeti tedbirlerine yaptırım özelliği kazandırılması için (*give teeth to the orders of an arbitral tribunal*) bu tedbirlerin de “mahkeme tedbirleri statüsüne kavuşturulması gerektiğini” belirterek çalışmalarını tamamlamıştır. 23 Ekim 2015 olarak yürürlük tarihi kararlaştırılan ve 1 Ocak 2016 tarihinde Hindistan Resmi Gazetesi'nde yayımlanan Tahkim ve Arabuluculuk Kanunu Değişikliği madde 17'yi yeniden düzenlemiştir. Değişik madde 17/f.1'e göre, “hakemlerin de önündeki davalar için tıpkı mahkemeler gibi tedbirlere hükmetme yetkisi” vardır. Ayrıca madde 17/f.2'ye

göre ise; “ *hakem heyetince verilen herhangi bir tedbir sanki mahkeme tarafından verilmiş gibi kabul edilerek*, 1908 tarihli Medeni Usul Kanunu kapsamında mahkeme ilamı gibi tenfiz edilebilir” kabul edilecektir⁸³⁴. Görüldüğü üzere 2016 tarihinde yayımlanan kanun değişikliği; UNCITRAL Model Kanunu (2006)’yı da kanımızca aşarak sadece hakem tedbir kararlarının tanınması tenfizi sorununu çözmekle yetinmemiş, ayrıca hakem heyetini yargılama gücü bakımından mahkemeler ile eşit statüye kavuşturmuştur. Madde 9’da yapılan değişiklikle ise; gerek tahkim öncesinde gerek hakem heyeti kurulduktan sonra, mahkemelerin müdahalesi oldukça sınırlandırılarak tahkim daha da bağımsızlaştırılmıştır.

Günümüzde en önemli tahkim merkezleri arasında yer alan Singapur da benzer düzenleme arayışına girmiştir. UNCITRAL Model Kanunu (1985) hükümlerini dikkate alarak 1994 yılında kendi tahkim kanununu hazırlayan Singapur’da bu kanun 2000’lerin başında çeşitli değişikliklere uğramıştır. 2002 yılındaki kanunda yer alan ve 2012 yılındaki değişiklikle de aynı şekilde korunan madde 12/f.6, oldukça önemlidir. Bu maddeye göre “hakem heyeti tarafından tahkim yargılamasında verilen tüm tedbirler ile emirler, Yüksek Mahkeme hariç, tıpkı mahkeme emirleri gibi tenfiz edilebilir” kabul edileceklerdir⁸³⁵. Hakem heyetini mahkeme gücü ile donatan ve bağımsız yargılama faaliyeti yürüten hakemleri bir bakıma mahkeme ile eşit statüye getiren, böylece tahkim lehine oldukça elverişli hükümler getirmiş olan bu ülkelerin düzenlemeleri kanımızca diğer ülkeler için yol gösterici olduğu kadar, bu yerlerin tahkim merkezi olmasında da ciddi rol oynamaktadır. Bu noktada önemle vurgulayalım ki her ne kadar dava açma yasaklarının “geçici” nitelikte olduğu genel kabul görmüş ise de; Singapur’un tahkim yeri olarak kararlaştırıldığı tahkim yargılamalarında (*Singapore-seated arbitration*), sadece geçici (*temporary*)

⁸³⁴ Kanun metni için bkz. <http://www.indiacode.nic.in/acts-in-pdf/2016/201603.pdf> (Erişim, 20.10.2017).

Arbitration and Conciliation (Amendment) Act, 2015.

Article 17(1):

“...

and the arbitral tribunal shall have the same power for making orders, as the court has for the purpose of, and in relation to, any proceedings before it.

(2) ...any order issued by the arbitral tribunal under this section shall be deemed to be an order of the Court for all purposes and shall be enforceable under the Code of Civil Procedure, 1908, in the same manner as if it were an order of the Court.”

⁸³⁵ <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IAA/IAA%20Aug2016.pdf> (Erişim, 20.02.2018).

Article 12/(6):

“All orders or directions made or given by an arbitral tribunal in the course of an arbitration shall, by leave of the High Court or a Judge thereof, be enforceable in the same manner as if they were orders made by a court and, where leave is so given, judgment may be entered in terms of the order or direction.”

niteliktekilere değil aynı zamanda süresiz dava açma yasaklarına (*permanent anti-suit injunction*) da hükmedilebilmektedir⁸³⁶.

3. Öneri

Yukarıda belirttiğimiz üzere Türkiye dâhil olmak üzere⁸³⁷ 75 ülkenin 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu’nu kendi iç hukukuna dâhil ettiği dikkate alındığında⁸³⁸, yeknesak prensiplerin milletlerarası tahkimde uygulanması amacıyla geliştirilen bu önemli hükümlere sadece bir “model” olarak bakmak ve bu kuralları küçümsemek yanlış olacaktır. Bu hükümlerin aynı veya benzer şekilde iç hukuklara dâhil edilmesiyle devletlerarasında zımni de olsa bir uyum oluşmakta ve bu da kanımızca muhtemel yeni bir milletlerarası sözleşmesi kurulması ile NYS (1958)’in tadilini kolaylaştıracaktır. Bu 75 ülkeden 28 tanesi; 1985 tarihli eski UNCITRAL Model Kanunu’nu değil, UNCITRAL Model Kanunu (2006)’yı kabul ederek milletlerarası tahkim kanunlarını milletlerarası ticari tahkimin gerekliliklerine daha uygun hale getirmişlerdir. Yukarıda ele aldığımız Singapur ile Hindistan örneklerinde olduğu gibi; bazı ülkeler ise açıkça model kanundan bahsetmemiş olsalar bile bu kanunun da ötesine geçerek, geçerli bir tahkim sözleşmesine dayalı verilen hakem emirlerini bile “mahkeme emri” gibi kabul ederek birçok tartışmalı hususa da böylece açıklık getirmişlerdir.

Kanımızca UNCITRAL Model Kanunu (2006)’yı kabul edecek ülkelerin sayısı gelecekte daha da artacaktır ve bu artış hakemlerce verilen geçici hukuki korumalar gibi birçok tartışmalı konunun yeknesaklaştırılmasına büyük ölçüde yardımcı olacaktır. NYS (1958)’in yakın gelecekte tadilinin mümkün olmadığını ve MÖHUK uyarınca yapılacak bir değişikliğin de kısa vadede olmadığını varsaydığımızda, geriye kalan MTK’nın madde 6’daki eksikliklerden ve muğlâklıktan arındırılarak yeniden düzenlenmesi çözüm önerisi önem kazanmaktadır.

⁸³⁶ *BC Andaman Co Ltd and others v. Xie Ning Yun and another*, [2017] SGHC 64, Supreme Court of Singapore, High Court, Originating Summons No 884 of 2016, 04 April 2017. Bu davada Tayland mahkemelerindeki davalardan davalının men edilmesine yönelik, süresiz dava açma yasağı talebi kabul edilmiştir.

2014 tarihli başka bir davada ise Singapur Temyiz Mahkemesi; İsviçre’de kurulu şirket aleyhine, bu ülkede dava açmaması yönünde süresiz dava açma yasağı tedbiri uygulamış ve Singapur’da tahkimi öngören sözleşmeye uymasını istemiştir. Bkz. *R1 International Pte Ltd v Lonstroff AG*, [2014] SGCA 56.

⁸³⁷ Türkiye 2001 yılında, 1985 tarihli eski UNCITRAL Model Kanunu’nu referans alarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nu yürürlüğe koymuştur.

⁸³⁸ Tüm üyeler için bkz.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (Erişim, 18.02.2018).

Bu noktada önemle belirtelim ki bu eksiklikler ile tahkim aleyhine katı yaklaşım Türk hukukunda mevcut iken; büyük özveriyle ve Türkiye'yi tahkim merkezi yapma amacıyla kurulan İstanbul Tahkim Merkezi'nin, milletlerarası tahkimde hedeflerini gerçekleştirmesi kanımızca zordur. Zira seçilen tahkim merkezi ile kuralları kadar; tahkim yerinin (*seat of arbitration*) kendi emredici kuralları da oldukça önemli olduğundan, iyi bir tahkim sözleşmesinde tahkim yeri özenle seçilmelidir⁸³⁹. Örneğin ICC Tahkim Kuralları'nı seçen taraflar; aynı zamanda Fransa'nın, NYS (1958)'deki asgari korumalara gerek bırakmayacak kadar liberal ve daha elverişli tahkim düzenlemesini de nazara alarak Paris'i seçebilmektedirler. ISTAC Tahkim Kuralları'nı seçecek tarafların İstanbul'u da tahkim merkezi olarak seçebilmesi için, hakem heyeti-Türk mahkemesi ilişkisinin iyice belirlenmesi ve tahkim lehine etkili düzenlemelere yer verilmesi esastır. MTK 6/f.3, MÖHUK madde 60 vd. ile NYS (1958)'in Türkiye uygulamasını az çok bilen veya öğrenen tarafların; Türkiye'de tahkim yeri kararlaştırmaktan imtina etmeleri, üzüntüyle belirtelim ki doğal ve olağan olacaktır. Bu tür düzenlemelerin varlığı; ISTAC ve İstanbul'u, ICC ile Paris'in aksine ya iç tahkimle sınırlandıracak ya da kapasite ile hedeflerine ulaşmasını büyük ölçüde engelleyecektir.

Bu gerekçelerle diyebiliriz ki; MTK'nın geçici hukuki korumalara dair hükümlerinde konumuz itibariyle bir değişikliğe gitmek esastır. Bu bağlamda yapılacak şey öncelikle, MTK madde 6/f.2'deki "cebrî icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî hacze hakemlerin karar veremeyeceği" şeklindeki düzenlemenin kaldırılmasıdır. Eğer tahkim; niteliği itibariyle zaten bu tür etkiyi haiz tedbirlere izin vermemekte ise de, bu maddeyi lâfzî olarak kanunda bulundurmanın pratik değeri de olmayacaktır. Zira modern tahkim düzenlemelerindeki eğilim; bağımsız yargılama yapan hakemleri sınırlandırmaya dönük değil, tahkim lehine hakem heyetini güçlendirerek tarafların tahkim sözleşmesinden bekledikleri menfaatin gerçekleşmesini sağlamaya yöneliktir. Nitekim 28 ülkenin UNCITRAL Model

⁸³⁹ Tahkim yerinin; tahkime hangi usulün uygulanacağını, hangi ülke mahkemesinin gözlemci ve yardımcı olma işlevi üstleneceği ile hakem kararının tabiiyetini belirleyeceği konusunda bkz. Lew/Mistelis/Kröll, **a.g.e.**, s. 172-173; Born, **Forum Selection Agreements**, Bölüm 3; bu yerin hakemlerin atanması, değiştirilmesi gibi kritik görevleri üstleneceği konusunda bkz. Akıncı, **Tenfiz**, s. 69-71; şahitlerin dinlenmesi, delillerin toplanması gibi amaçlarla tahkim yerinden ayrı yerde toplanmakla tahkim yerinin değişmiş sayılamayacağı hakkında bkz. Kalpsüz, **Milletlerarası Tahkim**, s. 40-41; taraflar, ad hoc tahkim iradesini açıklamış ancak tahkim yerini belirlememişlerse hakemlerin bu belirlemeyi yapabileceği konusunda bkz. Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 58-59.

Kanunu (2006) hükümlerini temel alması ile yukarıda verdiğimiz örnekler de bu eğilimi desteklemektedir. Kanımızca hakem heyeti de; icra edilebilir (*enforceable*) bir karar verebilmelidir, yeter ki tenfiz ülkesinde buna dair açık bir düzenleme öngörülmüş olsun.

Türk mahkemelerine başvurma imkânı getiren MTK madde 6/f.3 uyarınca; görevli ve yetkili Türk mahkemesinde tenfiz davası açılmayacak, sadece “yardım” talep edilecektir. Hatta MTK madde 6/f.3’teki “ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle” ibaresi de sanki hakem tedbir kararının onaylanmasını değil, yeniden Türk mahkemesince tedbir kararı verilmesi gerektiği şeklinde yanlış anlaşılmaya da müsaittir. Kanımızca bu tür muğlâk ve çelişkili ifadelerin tamamen kaldırılarak; Türk mahkemesinin müdahalesini en aza indiren ve Singapur gibi ülkelerde yapıldığı üzere, tahkim lehine daha elverişli düzenlemelere MTK’da ihtiyaç vardır. Taraf; yabancı ülkedeki hakem heyetinden lehine aldığı bir tedbir kararını, Türkiye’de tedbiri değiştirmek veya yeniden tedbir yargılaması yapmak zorunda kalmaksızın icra edebilebileceğini öngörebilmelidir. Örneğin, MTK madde 6’ya şöyle bir hüküm eklenerek madde yeniden düzenlenebilir:

“Hakem veya hakem heyetinin; *prima facie* geçerli olan tahkim sözleşmesi veya şartına bağlı yürüttükleri tahkim yargılamalarında, tıpkı Türk mahkemeleri gibi geçici hukuki korumalara hükmetme yetkisi vardır. Hakem veya hakem heyetince verilen bu tür tedbirler ile emirler; sanki Türk mahkemeleri, Yargıtay ve İBGK hariç, tarafından verilmiş gibi icraya konu olabileceklerdir.”

Kanımızca bu tür bir düzenleme dava açma yasakları dâhil hakem tedbir kararlarının icrası gibi milletlerarası tahkimin en güncel konularından birini çözmekle kalmayacak; aynı zamanda Türk hukukunda hakem kararları ile tedbirlerine caydırıcılık ve icrailik kazandıracağından dışarıdan bakıldığında, Türkiye’de tahkime olan güveni tazeleyecek ve İstanbul başta olmak üzere Türkiye’yi gelecekte önemli tahkim merkezlerinden biri haline getirecektir. Aksi halde; katı yaklaşımlarla ve “hakem tedbiri tenfiz edilemez” veyahut “dava açma yasakları Türk hukukuna yabancı olup kamu düzenine aykırıdır” gibi muhtemel kesin önyargılarla hareket edildiğinde, korkarız ki Türkiye’de milletlerarası tahkimin gelişmesi büyük ölçüde engellenecektir.

SONUÇ

Milletlerarası tahkimin en güncel sorunları arasında, hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma önlemlerinin kapsamı ile bu önlemlerin tanınması ve tenfizi hususları yer almaktadır. Kökleri *Common Law* sisteminde olan; gerek milletlerarası tahkim gerek milletlerarası özel hukuk alanında sıklıkla kullanılan ve tarafı, başka forumlarda dava açmaktan veya açılmış bir davaya devam etmekten men eden dava açma yasakları (*anti-suit injunctions*) da, bu geçici hukuki korumaların önemli bir türü olarak doktrin ve uygulamada hararetle tartışılmaktadır.

Birinci Bölüm’de dava açma yasağı tedbirlerinin kapsamı, tanımı, niteliği ile yorumlanması başta olmak üzere birçok yönü yukarıda ele alınmıştır. İkinci Bölüm’de ise; dava açma yasağı tedbirini, Türk hukuku bakımından çeşitli yönleriyle değerlendirmiş bulunuyoruz. Bu bölümlerdeki değerlendirmelerimizden yola çıkarak; gerek milletlerarası tahkimde gerek Türk hukukunda, dava açma yasakları dâhil genel olarak hakem tedbir kararlarına dair daha güncel ve milletlerarası tahkimin gerekliliklerine uygun yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu sonucuna ulaştık. Türkiye dâhil Kıta Avrupası hukuku devletlerinin; bazı hakem tedbir kararlarını, alışılmadık veya olağandışı bularak topyekûn reddetmesi doğru olmayacaktır. Zira günümüzde milletlerarası tahkim oldukça gelişmiş olup; bu gelişme ile beraber ülkeler, normalde kendi hukuk sistemlerinde hiç var olmayan tedbir ve taleplerle karşılaşabilmektedirler. Malvarlığını dondurma tedbirleri, cezai tazminatlar ile dava açma yasakları; Kıta Avrupası hukuk sistemlerine oldukça yabancı olmakla beraber, milletlerarası tahkimde karşılaşılmakta olan tedbir türlerine örnek olarak gösterilebilir. Bu nedenle; bu tür yabancı tedbirlere karşı, yapıcı ve temkinli yaklaşılmasında yarar olacağı bu çalışmada vurgulanmıştır.

Bir ülkenin tahkim için cazibe merkezi haline gelmesi bu farklılıkları dışlamasıyla değil, bu farklılıkların doğallığını kabul ederek daha güncel çözümler üretmesiyle mümkündür. Bir sözleşmede tahkimi kararlaştıracak olan taraflar, savunma imkânlarının en çok ve en etkili olduğu hukuk sistemlerini tahkim yeri olarak belirlemek isteyeceklerdir. Örneğin Türk hukukunda hakemlerin birçok tedbire hükmedemediğini ve mahkeme müdahalesinin yoğun olduğunu, tahkimi veya hakem kararını beğenmeyen tarafın ülke mahkemesinde dava açarak tahkimi etkisizleştirebileceğini bilen davacının; İstanbul’u tahkim yeri olarak seçmesi, zor olduğu kadar mantıklı da olmayabilecektir. Dolayısıyla Türk hukukundaki katı,

muğlâk ve eksik düzenlemelerin; tahkim lehine güncelleştirilmesi, kanımızca bir ihtiyaçtır.

Bu çalışmamızda incelediğimiz kararlarlar açıkça göstermektedir ki; Türk hukukunda dava açma yasakları düzenlenmemiş olmakla beraber, bu tür tedbirler Türk tarafları ve Türk hukukunu etkileyecek şekilde sıklıkla kullanılmaktadır. Hatta bazı tahkim davalarında; dava açma yasağına uymayan Türk tarafa karşı, ek masraf ile zararların tazmini kararı da verilmektedir. Tartıştığımız üzere MTK yeni UNCITRAL Model Kanunu (2006) yerine eski 1985 tarihli Model Kanunu hükümlerine göre hazırlandığından, hakem tedbir kararları ile diğer güncel tahkim konularında oldukça yetersiz kalmaktadır. Birçok ülke, bu tür sorunları aşmak için hakem tedbirlerinin tanınması ve tenfizi de dâhil olmak üzere çeşitli güncel soruna çözümler getiren UNCITRAL Model Kanunu (2006)'yı örnek alarak milletlerarası tahkim kanunlarını güncelleştirmişken; Türkiye'nin, bu katı kurallarda ve muğlâk düzenlemelerde ısrar etmesi kanımızca doğru değildir.

Türk hukukunda da kanımızca daha güncel ve tahkimde dava açma yasakları dâhil hakem tedbir kararlarının tanınması ve tenfizini de içeren bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Türk hukukundaki bu düzenleme ihtiyacının giderilmesini sağlayacak en etkili çözümler olarak; NYS (1958)'in güncel ihtiyaçlar doğrultusunda tadili, MTK'nın yeni UNCITRAL Model Kanunu (2006) uyarınca değiştirilmesi ile MÖHUK madde 60 vd. hükümlerinin değiştirilmesi öncelikle düşünülebilir. Kanımızca; küreselleşen ve ulusal farklılıkların en aza indirilmeye başlandığı günümüz milletlerarası tahkim hukukunda; dava açma yasakları dahil geçici hukuki koruma önlemleri ile Türk hukukunda hala muğlâk ve eksik bırakılan tahkime ilişkin güncel sorunlara, daha cüretkâr ve modern yaklaşılmada fayda olacaktır.

KAYNAKÇA

- ACAR Serdar** : “Son Gelişmeler Işığında Anti-Suit Injunction”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul 2007, s.1609-1655.**
- ADHIPATHI Sandeep** : “Interim Measures in International Commercial Arbitration: Past, Present and Future” (2003), LLM Thesis, Digital Commons @ Georgia Law.
- AKINCI Ziya** : “Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi”, **Marmara Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, 277-287. (Yatırımcılarımızın Korunması).**
- AKINCI Ziya** : “Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu”, **MHB, Yıl 22, S. 2 - 2002, s. 1-27. (Bağlantı Koşulu).**
- AKINCI Ziya** : **Milletlerarası Tahkim**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016. (*Milletlerarası Tahkim*).
- AKINCI Ziya** : **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfiz**, Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1994. (*Tenfiz*).
- AKINCI Ziya** : **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik**, Seçkin, Ankara, 2002. (*Yabancı Derdestlik*).
- ALI Arif / NESBITT Katherine / WESSEL Jane** : “Anti-suit Injunctions in International Arbitration in the United States and the United Kindom”, **Int’l Arb. L. Rev. (2008), p. 12-19.**
- ARSLAN İlyas** : “Milletlerarası Ticari Tahkimde Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi”, **TAAD, Yıl:7, Sayı:27, 691-727, Temmuz 2016.**
- ARZANDEH Ardavan** : "The origins of the Scottish forum non conveniens doctrine", **Journal of Private International Law, 13:1, 130-151.**
- ATAMAN-FİĞANMEŞE İnci** : “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **MHB, Cilt: 31, Sayı: 1-2011, 91-152. (Ticari Tahkim).**
- ATAMAN-FİĞANMEŞE İnci** : “Milletlerarası Ticarî Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri”, **MHB (2011), 35-81, s. 37-39 (Mükerrer Kontrol).**
- BALKAR Süheyla** : “Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri”, Şubat 2010, Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı yayımlanmamış doktora tezi (YÖK Ulusal Tez Merkezi, Erişim: 10.10.2017).
- BARCELÓ III John J** : “Anti-Foreign-Suit Injunctions to Enforce Arbitration Agreements”, Cornell Legal Studies Research Paper No. 07-024, 2007, s. 1-18.

- BAŞÖZEN Ahmet** : “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 653-694 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan.
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK Gülüm** : **Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar**, Yetkin, İstanbul, 2016.
- BÉDARD Julie** : “Anti-suit Injunctions in International Arbitration”, in **Laurence Shore, Tai-Heng Cheng, et al. (eds), International Arbitration in the United States**, Kluwer Law International 2017, pp. 289 – 316.
- BEDROSYAN Alexander Sevan** : “Adverse Inferences in International Arbitration: Toothless or Terrifying?”, **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Vol. 38, Iss. 1 [2016], Art. 5, 241-273.
- BELL Andrew S.** : **Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation**, Oxford University Press, 2003.
- BERMANN George A.** : “The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation”, **28 Colum. J. Transnat’l L.** 589-632 (1990).
- BIRD Robert C.** : “Enforcement of Annulled Arbitration Awards: A Company Perspective and an Evaluation of a “New”, **37 N.C. J. Int’l L. & Com. Reg.** 1013, **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, 2012.
- BLEIMAIER John Kuhn** : "The Doctrine of Comity in Private International Law," **Catholic Lawyer** 24, no. 4 (Autumn 1979): 327-332.
- BOGDAN Michael** : **Private International Law as Component of the Law of the Forum**, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- BOOG Christopher** : “Commentary on Chapter 12 PILS, Article 183 [Procedure: provisional and conservatory measures]”, Manuel Arroyo (ed.), **Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide**, Kluwer Law International 2013, pp. 118 – 126.
- BORN Gary B.** : **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing**, 5th edition, Kluwer Law International, 2016. (*Forum Selection Agreements*).
- BORN Gary B.** : **International Arbitration: Cases and Materials**, 2nd edition, Kluwer Law International 2015. (*Cases and Materials*).
- BORN Gary B.** : **International Arbitration: Law and Practice**, 2nd edition, Kluwer Law International 2015. (*Law and Practice*).
- BORN Gary B.** : **International Commercial Arbitration**, 2nd edition Kluwer Law International, 2014. (*Commercial Arbitration*).
- BOZKURT YÜKSEL Armağan Ebru** : “UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu’na Genel Bir Bakış”, **TAAD, Cilt:2, Yıl:2, Sayı:4 (20 Ocak 2011)**.

BÖCKSTIEGEL Karl-Heinz /

KRÖLL Stefan /

NACIMIENTO Patricia : “Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations - General Overview”, in **Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll, et al. (eds), Arbitration in Germany: The Model Law in Practice, 2nd edition, Kluwer Law International 2015, pp. 4-50.**

BRENGESJÖ Emil : “Lis Alibi Pendens in International Arbitration”, Stockholm University Faculty of Law, Thesis *accessible at diva-portal.org*, 2013.

BRUNNER Christoph : **Force Majeure and Hardship under General Contract Principles**, Wolters Kluwer Law & Business, 2008.

BUSCH Marc L. : "Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade", **International Organization 61, Fall 2007, pp. 735–61.**

CANNON Robert : “Laker Airways and the Courts: A New Method of Blocking the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws”, **Journal of Comparative Business and Capital Market Law 7 (1985) 63-87.**

CAVALCANTI ABBUD

André de A. /

KULESZA Gustavo Santos : “Interim Measures and Anti-Arbitration Injunctions in Brazil”, (Kluwer Arbitration Blog, erişim 12.09.2017).

CHAN Felix W. H : “Anti-suit Injunctions and the Doctrine of Comity”, **The Modern Law Review Limited. (2016) 79(2) MLR 341–363.**

CHAZOURNES

Laurence Boisson de : “Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals: The Threads of a Managerial Approach”, **28 Eur. J. Int'l L. 13.**

CHILDRESS III Donald Earl : “Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws”, **University of California, Davis [Vol. 44:011], 2010, p.11-79. (Comity).**

CHILDRESS III Donald Earl : “Forum Conveniens: The Search For A Convenient Forum In Transnational Cases”, **Virginia Journal of International Law, 53 Va. J. Int'l L. 157. (Forum Conveniens).**

CHIU Hse Yu : “Final, Interim, Interlocutory or Partial Award: Misnomers Apt to Mislead”, **Singapore Academy of Law Journal, Vol. 13, pp. 467-482, 13 SAcLJ 467 (2001).**

CHNG Wei Yao Kenny : “Breach of Agreement versus Vexatious, Oppressive and Unconscionable Conduct, Clarifying their Relationship in the Law of Anti-suit Injunctions”, **Singapore Academy of Law Journal, 27 SAcLJ (2015), p.340-368.**

- CLERMONT Kevin M./**
PALMER John R.B. : "Exorbitant Jurisdiction", **58 Me. L. Rev.** 474 (2006).
CONTRERAS Jorge L. /
EIXENBERGER Michael A. : "The Anti-Suit Injunction - A Transnational Remedy for Multi-Jurisdictional SEP Litigation", **Utah Law Digital Commons**, 5-2017, p.1-9.
- CRAIG W. Laurence /**
PARK William W. /
PAULSSON Jan : **International Chamber of Commerce Arbitration**, An Oceana TM Publication, 3rd ed., 2001.
- CREMADES Bernardo M. /**
MADALENA Ignacio : "Parallel Proceedings in International Arbitration", **Arbitration International**, Vol. 24, No. 4, LCIA, 2008, pp.507-540.
- CUNIBERTI Gilles** : "Does Astreinte Belong to Enforcement?" 2009, <http://conflictoflaws.net/2009/does-astreinte-belong-to-enforcement-i/> (Erişim, 22.09.2017).
- ÇAL Sedat** : "Uluslararası Yatırım Tahkimine Yönelik Kimi Eleştirilerin Değerlendirilmesi", **AÜHFD Yıl 2008 C.57 Sa.4 [135-190]**.
- ÇELİKEL Aysel /**
ERDEM B. Bahadır : **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta, 15. Bası, İstanbul, 2017.
- DAVIES Kate /**
KIRSEY Valeriya : "Anti-Suit Injunctions in Support of London Seated Arbitrations Post-Brexit: Are All Things New Just Well-Forgotten Past?", **Journal of International Arbitration**, Volume 33 Issue 7, 2016, pp. 501-520.
- DEYNEKLİ Adnan** : "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 105-122 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan.
- DODGE William S.** : "International Comity in American Law," **Columbia Law Review** 115, no. 8 (December 2015): 2071-2142.
- DOĞAN Vahit** : "Milletlerarası Özel Hukukta İspata Uygulanacak Hukukun Tespiti", **S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. S. ARSLAN Armağanı Konya 1998, s.787-819.
- DORWARD Daniel J.** : "The Forum Non Conveniens Doctrine and the Judicial Protection of Multinational Corporations from Forum Shopping Plaintiffs", **U. Pa. J. Int'l Econ. L.** [Vol 19:1 1998], 141-168.
- DOUGLAS Michael** : "Anti-Suit Injunctions in Australia", **41 Melb. U. L. Rev.** 66 (2017).
- DOWERS Neil A** : "The Anti-Suit Injunction and the EU: Legal Tradition and Europeanization in International Private Law", **Cambridge Journal of International and Comparative Law** (2) 4: 960–973, (2013).

DUTSON Stuart /

HOWARTH Mark

: “After West Tankers—Rise of the “Foreign Torpedo”?”, (2009) 75 *Arbitration* 334-348.

EKŞİ Nuray

: “Milletlerarası Tahkimde Güncel İki Soruna Lex Mercatoria’da Çözüm Arayışları: Hakemlerce Anti-Suit Injunction ve Punitive Damages Kararı Verilmesi”, **Uluslararası Ticari Tahkim ve Lex Mercatoria**, Ahmet Cemil Yıldırım & Serhat Eskiörük (Ed.), XII Levha, İstanbul 2014, s. 151-166. (*Lex Mercatoria*).

EKŞİ Nuray

: “Yabancı Mahkemenin “Aşırı” Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi (5718 Sayılı MÖHUK md. 54/b)”, (İKÜHFD), Y.9, C. IX, S. 2, 25-75. (*Aşırı Yetki*).

EKŞİ Nuray

: **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, Beta, İstanbul, 1996. (*Milletlerarası Yetki*).

EKŞİ Nuray

: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim (6100 sayılı HMK m. 407-444)**, Beta, İstanbul 2013. (*Tahkim*).

ERCAN Meltem

: “Medeni Usul Hukukunda Maddi Hukuka İlişkin Savunma Vasıtaları”, Selçuk Üniversitesi, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), 2011, <http://acikerisim.selcuk.edu.tr/>, (erişim 10.10. 2017).

ERDEM B. Bahadır

: “Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda Lex Mercatoria”, **Uluslararası Ticari Tahkim ve Lex Mercatoria** – Ed. Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiörük, XII Levha, İstanbul 2014, s. 125-150. (*Lex Mercatoria*).

ERDEM B. Bahadır

: **Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat**, Beta, İstanbul, 1992. (*Tebligat*).

ERDEM B. Bahadır

: "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Antlaşmasının Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, cilt.17-18, ss.183-216, 1997. (*Brüksel Antlaşması*).

ERDOĞAN Ersin

: **Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması**, Yetkin, Ankara, 2016.

ERDÖNMEZ Güray

: **Medeni Usul Hukukunda Belgeleri İbraz Mecburiyeti**, XII Levha, 2. Baskı, İstanbul, 2014.

ERİŞİR Evrim

: **Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri**, XII Levha, İstanbul, 2013.

ERK-KUBAT Nadjia

: “Jurisdictional Disputes in Parallel Proceedings: A Comparative European Perspective on Parallel Proceedings before National Courts and Arbitral Tribunals”, The University of St. Gallen, PhD Thesis, 2014.

ERTEN Rifat

: “İngiliz Tahkim Hukukunda Geçici Hukukî Koruma Önlemleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009, 539-577. (*İngiliz Tahkim Hukuku*).

ERTEN Rifat

: **Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri**, Ankara, Adalet, 2010. (*Geçici Hukuki Koruma*).

- ESEN Emre** : **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, Beta, İstanbul, 2008. (*Tahkim Anlaşmasının Teşmili*).
- ESEN Emre** : “Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Hâlinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz–Kompetenz Prensibi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011/1, **Ata Sakmar Armağanı**, 355-380. (*Kompetenz-Kompetenz*).
- FENTIMAN Richard** : “Anti-Suit Injunctions – Comity Redux?”, **The Cambridge Law Journal**, Case and Comment, p. 273-276, 2012.
- FINCH William Martin** : "Forum Conveniens and Forum Non Conveniens Judicial Discretion and the Appropriate Forum", [1990] **QUTLawJl** 5; (1990) 6 **Queensland University of Technology Law Journal** 67-95.
- FISHER Geoffrey** : “Anti-Suit Injunctions to Restrain Foreign Proceedings in Breach of an Arbitration Agreement”, **Bond Law Review Volume 22 | Issue 1**, 2010.
- FOUCHARD Philippe** : "Anti-Suit Injunctions in International Arbitration - What Remedies?", **Anti-suit Injunctions in International Arbitration** (Emmanuel Gaillard ed.(Juris Publishing, 2005).
- FRANC-MENGET Laurence** : “France: A New Haven for Anti-suit Injunctions?” <http://kluwerarbitrationblog.com/2010/05/17/france-a-new-haven-foranti-suit-injunctions/> (Erişim, 15.09.2017).
- FRIC Joachim** : **Arbitration in Complex International Contracts**, Kluwer Law International, 2001.
- FRY Taryn M.** : “Injunction Junction, What's Your Function - Resolving the Split over Antisuit Injunction Deference in Favor or International Comity”, 58 **Cath. U. L. Rev.** 1071 (2009).
- GAILLARD Emmanuel** : “The Urgency of Not Revising the New York Convention”, **The New York Convention at 50, ICCA Congress Series No. 14, Kluwer, 2009**, p. 689-696. (*Revising the New York Convention*).
- GAILLARD Emmanuel** : Abuse of Process in International Arbitration”, **ICSID Review**, (2017), pp. 1–21. (*Abuse of Process*).
- GAILLARD Emmanuel** : “Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators”, International Council for Commercial Arbitration International Arbitration 2006: Back to Basics?”, **Albert Jan Van Den Berg (Ed.) ICCA Congress Series No. 13, International Arbitration Congress 2006, Montreal, 2007, Kluwer Law International**, 235-266. (*Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*).
- GAILLARD Emmanuel** : “Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration”, **Pervasive Problems in International Arbitration**, Lew (ed.), pp. 203-215. (*Pervasive Problems*).

GAILLARD Emmanuel /

PINSOLLE Philippe

- : “The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences”, **Arbitration International**, Vol. 20, No. 1, LCIA, 2004, pp.13-37.

GAILLARD Emmanuel /

SAVAGE John (Ed.).

- : **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 1999.

GALKOWSKI Kubas Kos

- : “Court says no to anti-arbitration injunctions in Poland”, (Lexology, erişim, 12.09.2017).

GEISINGER Elliot /

LÉVY Laurent

- : "Lis Alibi Pendens in International Commercial Arbitration", **Complex Arbitrations. Perspectives on their Procedural Implications**, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003.

GHANI Moin

- : “Court Assistance, Interim Measures and Public Policy: India’s Perspective on International Commercial Arbitration”, **The Arbitration Brief 2**, no. 1 (2012): 16-29.

GİRAY Faruk Kerem

- : “Milletlerarası Tahkimde Gizlilik”, **Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, Yıl 2015 Cilt 4 Sayı 2, s. 65-121.

GORSKIE Jennifer L.

- : “US Courts and the Anti-Arbitration Injunction”, **Arbitration International**, Vol. 28, No. 2, LCIA, 2012, 295-324.

GÖKSU Mustafa

- : "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1253-1273 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan.

GÖLCÜKLÜ İlyas

- : **Montreal Sözleşmesi Uyarınca Taşıyıcının Uluslararası Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu**, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

GÖZLER Kemal

- : **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Bursa, Ekin, 2011, Cilt I, XXX+974.

GRANGER C.

- : “The Conflict of Laws and Forum Shopping: Some Recent Decisions on Jurisdiction and Free Enterprise in Litigation”, **Ottawa Law Review**, [Vol. 6:416 Summer 1974], 416-437.

GREENBERG Simon /

LAUTENSCHLAGER Felix

- : “Adverse Inferences in International Arbitral Practice”, **ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol 22/Number 2 – 2011**, 43-56.

GREENWOOD Christopher J.

- : “Anti-Suit Injunctions in International Arbitration: A Public International Lawyer’s Perspective”, **Anti-Suit Injunctions in International Arbitration (Emmanuel Gaillard ed. Juris Publishing 2005)**, 147-153.

- GREINIG Jay E.** : “After the Arbitration Award: Not Always Final and Binding”, **Marquette Sports Law Review** [Vol. 25: 1 2014], p. 66-99.
- GÜNGÖR Pelin** : **Tabiiyet Hukuku**, Yetkin, İstanbul, 2015.
- HARDER Sirko** : "Recent Judicial Aberrations in Australian Private International Law", **Australian International Law Journal** 18.1 (2011): 161-179.
- HARTLEY Trevor** : “Comity and the Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation”, **35 AM. J. COMP. L.** 487 (1987).
- HASCHER Dominique T.** : “European Convention on International Commercial Arbitration of 1961”, **Yearbook Comm. Arb’n XXXVI (2011)**, pp. 504-515.
- HEISER Walter W** : "Using Anti-Suit Injunctions to Prevent Interdictory Actions and to Enforce Choice of Court Agreements", **Utah Law Review** 2011. 3 (2011): 855-879.
- HERZFELD Perry** : “Forum non conveniens, anti-suit injunctions, and concurrent US and Australian copyright proceedings”, accessible at *Conflict of Laws.net*, 2009. (Erişim, 10.02.2018).
- HJALMARSSON Johanna** : “Don’t wait and see: Essar Shipping Ltd v Bank of China Ltd (The “Kishore”) [2015] EWHC 3266 (Comm)”, **Shipping & Trade Law**, 15, (10).
- HOBER Kaj I** : "Arbitration Involving States," **The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration** 139 (L. Newman and R. Hill eds., Juris Publishing, 2004).
- HUYSAL Burak** : “Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi”, **GÜHFD**, 2011/1, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, 467-502.
- KABOGLU İbrahim Özden** : **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, 2013.
- KALPSÜZ Turgut** : **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Yetkin, Ankara, 2010. (*Milletlerarası Tahkim*).
- KALPSÜZ Turgut** : “Hakem Kararlarının Milliyeti”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 9(3), 601-633. (*Hakem Kararları*).
- KAPLAN Yavuz** : “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfizin Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Cilt 21, Sayı 1-2 (2001)**, 43-73.
- KARACA H. Akif** : “Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller”, **MÜHF - HAD**, C.21, S.1, 205-236.
- KIDANE Won L.** : **The Culture of International Arbitration**, Oxford, 2017.
- KIM Grace Gunah** : "After the ECJ’s West Tankers: The Clash of Civilizations on the Issue of an Anti-Suit Injunction", **Cardozo J. of Conflict Resolution**, [Vol. 12:573 2011].

- KNIGHT C.J.S.** : “Anti-Suit Injunctions and Non-Exclusive Jurisdiction Clauses”, **The Cambridge Law Journal** 69.1, **Case and Comment**, p. 25-28, 2010.
- KOENINGER Samantha/**
BALES Richard : "When A U.S. Domestic Court Can Enjoin A Foreign Court Proceeding?", **Cardozo Journal of International & Comparative Law** 22.3 (2014): 473-495.
- KOJOVIC Tijana** : “Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief - How Final is Provisional?”, **Journal of International Arbitration Volume 18 Issue 5**, **Kluwer Law International** 2001, pp. 511 – 532.
- KONURALP Cengiz Serhat** : "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler", **İÜHFİM C. LXXI, S. 2**, s. 225-274, 2013.
- KORAL Rabi** : “Hakemlik Münasebetine İzafe Edilecek Yerlilik ve Yabancılık Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Genel Kurulunun “Otorite Kanunu Kriteri””, **İÜHFİM**, 42 (1-4), 155-199.
- KREINDLER Richard H. /**
SCHMIDT Johannes : “Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1033 – Arbitration Agreement and Interim Measures by Court”, **Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll, et al. (Eds.), “Arbitration in Germany: The Model Law in Practice”, 2nd edition, Kluwer Law International** 2015, pp. 133 – 145.
- KRÖLL Stefan Michael** : “Issues Specific to Arbitration in Europe, The European Convention on International Commercial Arbitration – The Tale of a Sleeping Beauty”, **Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2013**, pp. 1-22.
- KURU Baki** : **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, 1. Baskı, Legal Yayınevi, Ağustos 2016.
- LALIVE Pierre (rep.)** : "The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems", **51 British Yearbook of International Law** (1980).
- LAMM Clrolyn B.** : “Comments on the Proposal to Amend the New York Convention”, **The New York Convention at 50, ICCA Congress Series No. 14, Kluwer, 2009**, p. 697-707.
- LE BARS Benoit /**
SHIROOR Tejas : “Provisional Measures in Investment Arbitration: Wading through the Murky Waters of Enforcement”, **6 Indian J. Arb. L.** 24 (2017).
- LEE Michelle** : "Anti-Suit Injunctions in Aid of International Arbitrations, A Rethink for Singapore", (2015) **27 SAcLJ** p. 438-461.
- LÉVY Laurent** : “Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators”, **IAI International Arbitration Series No. 2: Anti-suit Injunctions in International Arbitration**, **Juris Publishing, 2005**, p. 115-129.

- LEW Julian D. M.** : "Does National Court Involvement Undermine the International Arbitration Process?", **American University International Law Review** 24, no. 3 (2009): 489-537. (*Court Involvement*).
- LEW Julian D. M.** : "ICSID Arbitration: Special Features and Recent Developments", **Norbert Horn and Stefan Michael Kroll (eds), Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects, Studies in Transnational Economic Law, Volume 19** (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2004) pp. 267 – 282. (*ICSID Arbitration*).
- LEW Julian D. M.** : **Contemporary Problems in International Arbitration**, Centre for Commercial Law Studies, the Eastern Press Ltd, 1986. (*Contemporary Problems*).
- LEW Julian D. M. /**
MISTELIS Loukas A. : **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003. (*Commercial Arbitration*).
- LEW Julian D. M. /**
MISTELIS Loukas A. : **Pervasive Problems in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 15, Kluwer Law International 2006. (*Pervasive Problems*).
- LIBOW Daryl A.** : "Laker Antitrust Litigation: The Jurisdictional Rule of Reason Applied to Transnational Injunctive Relief", **71 Cornell L. Rev.** 645 (1986).
- LOWENFELD Andreas F** : "Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations, and Related Tools of International Litigation", **The American Journal of International Law**, Vol. 91, No. 2 (Apr., 1997), pp. 314-324.
- LUXTON Nick** : "Anti-Suit Injunctions in Hong Kong: Recent Developments", **Asian Dispute Review, (Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC); 2016, Volume 2016 Issue 2)** pp. 100 – 104.
- MAGLIANA Melissa** : "Commentary on the Swiss Rules, Article 26 [Interim measures of protection]", **Manuel Arroyo (ed), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide**, Kluwer Law International 2013, pp. 519 – 530.
- MASTERS Sara /**
MCRAE Belinda : "What Does Brexit Mean for the Brussels Regime?", **Journal of International Arbitration, Kluwer Law International 2016, Volume 33 Issue 7**, pp. 483 – 500.
- MCEVOY J. P.** : "International Litigation: Canada, Forum Non Conveniens and the Anti-Suit Injunction", **17 Advoc. Q.** 1 (1995).
- MCGILL Ian** : "The Jurisdictional Basis for the Mareva Injunction", **University of New South Wales Law Journal**, Vol. 3, No. 3/4, Mar/Oct 1980: 434-443.
- MCILWRATH Michael /**
SAVAGE John : **International Arbitration and Mediation: A Practical Guide**, Kluwer Law International, 2010.

- MCINERNEY Colm P.** : “The Practice of United States Federal Courts Regarding Anti-Arbitration Injunctions”, **26-12 Mealey’s Int’l Arb. Rep. 14 (2011).**
- MOSIMANN Olivier Luc** : **Anti-suit Injunctions in International Commercial Arbitration**, Eleven International Publishing 2010, International Commerce and Arbitration (Book 5).
- MOSS Giuditta Cordero** : "Between Private and Public International Law: Exorbitant Jurisdiction as Illustrated by the Yukos Case", **Review of Central and East European Law 32, no. 1 (2007): 1-18.**
- MOURRE Alexis** : “Judicial Penalties and Specific Performance in International Arbitration”, in **F.J.M. (Filip) de Ly and Laurent Lévy (eds), Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 5 (© Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2008) pp. 52 – 78.**
- NDOLO David /**
LIU Margaret : “Does the will of the parties supersede the sovereignty of the state? Anti-suit injunctions in the UK post-Brexit”, **Arbitration 2017, 83(3), 2017 Sweet & Maxwell and its Contributors, 254-266.**
- NEWMAN Lawrence W. /**
BURROWS Michael : **The Practice of International Litigation**, 2nd Edition, Juris Publishing, 2003.
- NOMER Ergin /**
EKŞİ Nuray /
ÖZTEKİN-GELGEL Günseli : **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, Cilt 1, Beta, 2016.
- NOMER Ergin** : “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, **MHB 1984/1, 29-31. (Hakem Bağımsızlığı).**
- NOMER Ergin** : **Devletler Hususî Hukuku**, 22. Baskı, Beta, İstanbul, 2017. (*Devletler Hususi*).
- NOMER Ergin** : Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı, **İÜHFM 1-4/1969, 343-374. (Derdestlik).**
- NOMER Ergin/**
EKŞİ Nuray /
GELGEL Günseli : **Milletlerarası Tahkim**, Beta, 4. Bası, İstanbul, 2013.
- OJIEGBE Chukwudi Paschal** : "From West Tankers To Gazprom: Anti-Suit Injunctions, Arbitral Anti-Suit Orders and The Brussels I Recast", **Journal of Private International Law 11.2 (2015): 267-294.**
- ÖZEL Sibel** : **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, Legal, İstanbul, 2008.
- ÖZMUMCU Seda** : “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, **S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, 145-171.**
- ÖZTEKİN Günseli** : “İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, ss.37-46, 1989.**

- PARK William W.** : “Determining an Arbitrator’s Jurisdiction: Timing and Finality in American Law”, **Evada Law Journal**, [Vol. 8: 135 Fall 2007].
- PAUL Joel R.** : “The Transformation of International Comity”, **Law and Contemporary Problems** [Vol. 71:19 Summer 2008], pp.19-38.
- PAULSSON Marike R. P.** : **The 1958 New York Convention in Action**, Kluwer Law International, 2016.
- PEKCANITEZ Hakan /
ATALAY Oğuz /
ÖZEKES Muhammet** : **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin, Ankara, 4. Baskı, 2016.
- PEKCANITEZ Hakan** : “Milletlerarası Tahkim’de Geçici Hukuki Koruma Önlemleri”, **Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara 2003, s. 115-152.
- PETSCHER Markus A.** : “Punitive Damages in International Commercial Arbitration: Much Ado about Nothing?” **Arbitration International**, Volume 29 Issue 1, pp.89-104.
- PILKOV Konstantin** : “Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation”, **Arbitration Volume 80 No.2, Chartered Institute of Arbitrators 2014**, s. 147-156.
- PITKOWITZ Nikolaus** : “Issues Specific to Arbitration in Europe, Is There Still a Scope of Application of the European Convention on International Commercial Arbitration?”, **Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2013**, pp. 93 – 109.
- PLAMBECK Charles T.** : “Holding the Antitust Line: Laker Airways v. Sabena, Belgian World Airlines”, **10 N.C. J. Int’l L. & Com. Reg. 251 (1985)**.
- POON Nicholas** : “The Use and Abuse of Anti-Arbitration Injunctions - A Way Forward For Singapore”, **25 SAcLJ (2013)**, 244-295.
- POTTOW John A. E.** : "The Myth (and Realities) of Forum Shopping in Transnational Insolvency", **Brook. J. Int'l L. 32, no. 3 (2007):785-817**.
- POUDRET Jean –François /
BESSON Sebastien** : **Comparative Law of International Arbitration**, Sweet & Maxwell, 2nd Edition, 2007.
- PREUß Ulrich K.** : “Devletlerin Eşitliği ve Anayasal Bir Küresel Düzendeki Anlamı”, (Çev. Aydın Atılcan), **Hacettepe Hukuk Fak. Derg.** 1(1) 2011, 131–150.
- RAINER Daniel** : “The Impact of West Tankers on Parties’ Choice of a Seat of Arbitration”, **Cornell Law Review** [Vol. 95:431 2010].
- RAMSEY Michael D.** : "Escaping “International Comity”", **Iowa Law Review 83, no. 5 (August 1998): 893-952**.
- RAPHAEL Thomas** : **The Anti-Suit Injunction**, Oxford University Press, 2008.

REDFERN Alan /

HUNTER J. Martin /

PARTASIDES Constantine /

BLACKABY Nigel

- : **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 6th edition, Kluwer Law International; Oxford University Press 2015.

REILLY Louis

- : "Recent Developments in International Arbitration in Ireland and the United Kingdom", **Journal of International Arbitration Volume 33 Issue 5**, Kluwer Law International 2016, pp. 549 – 562.

ROOT Elihu

- : "The Relations between International Tribunals of Arbitration and the Jurisdiction of National Courts", **the American Journal of International Law Vol. 3, No. 3 (Jul., 1909)**, Cambridge University Press, pp. 529-536.

ROUGHTON Dominic

- : "Commencing Arbitration: Contemporary Paradoxes and Problems", Albert Jan van den Berg (ed), "International Arbitration: The Coming of a New Age?", **ICCA Congress Series, Volume 17**, Kluwer Law International, 2013, pp. 174 – 193.

ROZAS Fernández /

CARLOS José

- : "Anti-suit Injunctions Issued by National Courts Measures Addressed to the Parties or to the Arbitrators", **Anti- Suit Injunctions in International Arbitration (E. Gaillard, General Editor)**, Berna, Staempfli Verlag AG, 2005, ISBN 1-929446-60-8, pp.73-85.

RUBINS Noah

- : "Particularities when Dealing with State Entities", Günther J. Horvath and Stephan Wilske (eds), "Guerrilla Tactics in International Arbitration", **International Arbitration Law Library, Volume 28**, Kluwer Law International 2013, pp. 69 – 93.

RÜZGARESEN Cumhur

- : **Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi**, Yetkin, Ankara, 2013.

SANTENS Ank A. /

KUDRNA Jaroslav

- : "Anti-Suit Injunctions in Support of London Seated Arbitrations Post-Brexit: Are All Things New Just Well-Forgotten Past?", **Journal of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2016, Volume 33 Issue 7, pp. 501 – 520.

SARIÖZ BÜYÜKALP A. İpek

- : "Uluslararası Tahkimde "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz Veya İcrasının İmkânsız Olması" Kavramları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2015-2061 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan.

SCHAEFER Jan K.

- : "Court Assistance in Arbitration—Some Observations on the Critical Stand-by Function of the Courts", **Pepperdine Law Review [Vol. 43: 521, 2016]**, 521-537.

- SCHÄFER Jan** : “Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter IV: Jurisdiction of Arbitral Tribunal, § 1041 – Interim Measures of Protection”, **Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll, et al.(Eds.), Arbitration in Germany: The Model Law in Practice, 2nd edition, Kluwer Law International 2015, pp. 215 – 237. (Commentary).**
- SCHÄFER Jan** : “New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared”, **vol 2.2 Electronic Journal of Comparative Law, August 1998. (New Solutions).**
- SCHERER Matthias /**
- JAHNEL Werner** : "Anti-Suit and Anti-Arbitration Injunctions in International Arbitration: A Swiss Perspective", (2009) **Int. A.L.R. 66-73.**
- SILBERMAN J.** : “The Hague International Child Abduction Convention: A Progress Report”, **57 LAW & CONTEMP. PROBS. 209 (1994).**
- SIM Cameron** : “Choice of Law and Anti-Suit Injunctions: Relocating Comity.” **International & Comparative Law Quarterly 62.3 (2013), 703-726.**
- SPECKER Leontine G. P.** : “Remedying the Normative Impacts of Forum Shopping in International Human Rights Tribunals”, **The New Zealand Postgraduate Law E-Journal (NZPGLJ) - Issue 2 / 2005.**
- STACHER Marco** : “International Antisuit Injunctions: Enjoining Foreign Litigations and Arbitrations - Beholding the System from Outside”, **Cornell Law School LL. M. Papers Series, 2005, Paper 8 (supervised by Prof. John J. Barcelo).**
- STERNLIGHT Jean R** : “Forum Shopping for Arbitration Decisions: Federal Courts' Use of Antisuit Injunctions Against State Courts”, **University of Pennsylvania Law Review Vol. 147:91, 1998, p. 91-203.**
- SUN Chan Leng** : “Injunctions in Aid of Foreign Arbitration: The Singapore Experience”, **Asian International Arbitration Journal, Kluwer Law International 2007, Volume 3 Issue 2, pp. 142 – 162.**
- SUNDARAM Jae** : "Does The Judgment of The AAD in Gazprom Bring About Clarity on the Grant of Anti-Suit Injunctions under the Brussels I Regulation?", **Denning Law Journal 27, (2015): 303-322.**
- SÜRAL Ceyda** : “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, **TBB Dergisi 2012 (100), 167-216.**
- ŞANLI Cemal** : **Hukuki Mütalaalarım**, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2016. (*Mütalaalar*).
- ŞANLI Cemal** : **Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk**, Kazancı, İstanbul 1992. (*Uluslararası Sivil Havacılık*).

- ŞANLI Cemal** : **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Beta, 6. Bası, İstanbul, 2016. (*Ticari Akitler*).
- ŞANLI Cemal/**
ESEN Emre/
ATAMAN-FİĞANMEŞE İnci : **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- TANG Zheng Sophia** : “Conflicts of Jurisdiction and Party Autonomy in Europe”, **J.B.L. 2012, 7, 589-610**.
- TANRIVER Süha** : **Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**, Adalet, Ankara, 2007.
- TAŞPINAR AYVAZ Sema** : “Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 469-482 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan**.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis** : “4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin Ve Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi” , **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2063-2113 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan**.
- TEKİNALP Gülören /**
UYANIK Ayfer : **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, Vedat Kitapçılık, 12. Bası, 2016.
- TORAMAN Barış** : “Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1483-1523 (Basım Yılı: 2015) Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan**.
- VAGTS D. F.** : “Transnational arbitration”, **Dispute-resolution mechanisms in international business (Volume 203), Boston 1987**.
- Van den BERG Albert Jan** : “The New York Convention of 1958: An Overview, in Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitration Awards”, **The New York Convention Practice (Gaillard & Di Pietro eds., 2009). (The New York Convention Practice)**.
- Van den BERG Albert Jan (ed).** : **Yearbook Commercial Arbitration 2015**, Volume XL, Kluwer Law International, 2015. (*Yearbook*).
- Van den BERG Albert Jan** : “Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards, Explanatory Note”, **AJB/Rev06/29-May-2008. (Draft Convention)**.
- Van den BERG Albert Jan** : **New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond**, Kluwer Law International, 2005. (*New Horizons*).
- Van LYNDEN Carel Baron (Ed.)** : **Forum Shopping**, Informa Law from Routledge, 1998.

VARADY Tibor /

BARCELLO III John J. /

Von MEHREN Arthur T.

: **International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective**, Fourth Edition, West, 2009.

VEEDER V.V.

: "Is There a Need to Revise the New York Convention?", **The Review of International Arbitral Awards**, Emmanuel Gaillard (ed.), 2008, 183-194.

VERTIGAN Kathryn E.

: "Foreign Antisuit Injunctions: Taking a Lesson from the Act of State Doctrine", **76 Geo. Wash. L. Rev.** 155 (2007).

WAINCYMER Jeff.

: **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2012.

WERDNIK Rainer

: "The Award and the Courts, The Enforceability of Emergency Arbitrators' Decisions", **Christian Klausegger , Peter Klein , et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2014, pp. 249 – 283.**

WHYTOCK Christopher A.

: "The Evolving Forum Shopping System", **Cornell Law Review [Vol. 96:481 2011], 481- 534.**

WILSON Maura E.

: "Let Go of that Case - British Anti-Suit Injunctions against Brussels Convention Members", **Cornell International Law Journal Volume 36 Issue 1 spring 2003, p. 207-226.**

WOLFF Hans Julius

: **Roman Law, An Historical Introduction**, University of Oklahoma Press, 1951.

YAVAŞ Murat

: "Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 21, Sayı 2, 741-761.**

YEŞİLIRMAK Ali

: **Provisional Measures in International Commercial Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 12, Kluwer Law International, 2005.

YEŞİLOVA Bilgehan

: **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2008.

YILMAZ Ejder

: "Usul Ekonomisi", **AÜHFD Yıl 2008. (Usul Ekonomisi).**

YILMAZ Ejder

: **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Ankara, Yetkin, 2001. (*Hukuki Himaye*).

YILMAZ İlhan

: **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, Beta, 2004. (*Yatırım Uyuşmazlıkları*).

ZIEGEL Jacob S.

: "Some Aspects of the Law of Contempt of Court in Canada, England, and The United States", **McGill Law Journal [Vol. 6 No. 4], 229-266.**

Milletlerarası Tahkimde Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Sempozyum Bildiriler – Tartışmalar 11 Nisan 1997, 43. Yıl, (1954-1997), **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1997.**

Milletlerarası Tahkimde Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? II, Taslaklar – Tartışmalar – Öneriler, Abant (25-28 Eylül 1997) – Ankara (6 Haziran 1998), **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999.**

Diğer Kaynaklar:

“Do Not Delay! The Early Bird Catches the Anti-Suit Injunction”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2ef0623c-8c49-4cc1-9366-13f252ba9d98> (Erişim, 10.02.2018).

“Interim, Conservatory and Emergency Measures in ICC Arbitration”, **2011 Special Supplement, ICC International Court of Arbitration Bulletin (ICC, 2012), 13.**

“Laker Airways v. Sabena: Comity and Conflict”, **17 Law & Pol'y Int'l Bus. 157 (1985).**

Antisuit Injunctions and International Comity, **71 Va. L. Rev. 1039 (1985)**
Anti-suit Injunctions in Private International Law.

Belgium Civ Bruxelles, 18 December 1989, RW 1990-1991, **Anti-suit Injunctions in Private International Law**, Erişim için bkz.
https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/250993/342844/phd_unimi_R09746.pdf (Erişim, 10.01.2018).

Federico Lenci, “Provisional Measures in International Investment Arbitration”, PhD, Università degli Studi di Milano.

Fomento de Construcciones y Contratas S.A. v. Colón Container Terminal S.A., Swiss Federal Tribunal, 14 May 2001, ATF 127 III 279, **(2001) ASA Bulletin 544.**
<http://europainstitut.de/fileadmin/schriften/368.pdf> (Erişim, 10.01.2018).

<https://lra.le.ac.uk/bitstream/2381/32445/1/2015LEWISSDPhD.pdf> (Erişim, 12.02.2018).

Nicholas Fletcher, “Ecobank Transnational Incorporated v. Mr Thierry Tanoh [2015] EWCA Civ 1309, Court of Appeal of England and Wales, Civil Division, A3/2015/2400 & A3/2015/2400A, 17 December 2015”, **A contribution by the ITA Board of Reporters**, Kluwer Law International.

Stewart Dean Lewis, “Testing the Harmonisation and Uniformity of the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration, June 2015, University of Liecester PhD.

Kararlar: Lexpera, Kazancı, Westlaw, HeinOnline, Kluwer Arbitration, LexisNexis vd.

ÖZGEÇMİŞ

İlyas Gölcüklü, 1988 yılında Bingöl'ün Genç ilçesine bağlı Çanakçı Köyü'nün Soğanlı mezraasında dünyaya gelmiştir. İlköğrenimini Bingöl'de, lise eğitimini İstanbul'da tamamlamış; 2013 senesinde Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. Aynı sene avukatlık stajını yaparken, bir yandan da Koç Üniversitesi'nde Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans programına devam etmiştir. 2014 senesinde *Graduate Asisstantship* bursuyla kabul aldığı *University of Georgia*'da ikinci yüksek lisansını yaparken aynı fakültede *Contracts and Banking Law* alanında Prof. *Mehrsa Baradaran*'la beraber çalışmalarda bulunmuştur. 2015 yılında Amerika'da *University of Georgia*'da LLM derecesini tamamlayarak mezun olan İlyas Gölcüklü, 2015 yazında Türkiye'de “*Montreal Sözleşmesi Uyarınca Taşıyıcının Uluslararası Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu*” konulu yüksek lisans tezini jüri önünde savunmuş ve bu tez oybirliğiyle Koç Üniversitesi'nde kabul edilerek yayımlanmıştır.

Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora programına 2015 yazında kabul edilen İlyas Gölcüklü, aynı dönemde Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda Araştırma Görevlisi olarak çalışmaya başlamıştır. 2016 yılı başında Öğretim Görevlisi olarak atanan İlyas Gölcüklü, hala Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda çalışmalarını sürdürmektedir.

Başlıca Eserleri:

Montreal Sözleşmesi Uyarınca Taşıyıcının Uluslararası Yolcu Taşıma Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

Insurance Law in Turkey, International Encyclopaedia of Laws, Wolters Kluwer, March 2016, Co-author (9 Chapters).

“Umbrella Clauses in the ICSID Arbitration, **Public and Private International Law Bulletin, Volume: 37, Issue: 2, 352–375.**

“III – 61. 1 Numaralı SPK Tebliği Açısından Kira Sertifikaları (Sukuk)”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 32, Sayı: 4, Aralık 2016, Sayfa: 203-237.**

Tez Onay Sayfası

