

ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA

Beyza SAYGIN* 

Özet

Uluslararası ticari tahkim yargılamalarında geçici hukuki koruma önlemlerine sık sık ihtiyaç duyulmakta ve başvurulmaktadır. Özellikle günümüzde gelişen uluslararası ticaret ile birlikte uyuşmazlıkların etkin ve hızlı çözümünde dostane bir yol sunan ticari tahkim yargılamasında, tarafların yargılama süresince hak kaybına uğramaması ve bir yandan da ticari hayatın devamının gerekliliği bakımından, geçici hukuki koruma yollarına başvurulması önemli bir yer edinmiştir. Ancak; karar vermede yetkili kurumlar değişkeninde, farklı yargı sistemlerinde kararların icrası ve tenfizi hususunda birtakım sorunlar doğabilmektedir.

Bu çalışmada (i) uluslararası ticari tahkim yargılamalarında geçici hukuki koruma kavramı, türleri ve tarihsel süreçteki etkinliği; (ii) geçici hukuki koruma kararları verme yetkisine sahip olan organlar ve farklı hukuk/yetki sistemlerindeki anlayışlar ile ortaya çıkan sorunlar, (iii) tahkim sürecinde verilen geçici hukuki koruma kararlarının icra edilebilirlikleri ve tenfizi, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde Türk hukuku açısından ele alınacak ve bunlara ilişkin değerlendirmeler ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: uluslararası ticari tahkim, geçici hukuki koruma, koruyucu tedbirler, ihtiyati tedbir, delil tespiti, yetki anlayışları, icra edilebilirlik, tenfiz.

INTERIM MEASURES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Abstract

In international commercial arbitration, interim measures are often needed and they're used in practice. With the development of international trade; especially in the arbitration proceedings, which are the necessity of the continuation of commercial life to provide a friendly way for effective and rapid settlement of disputes, the use of interim measures is important to ensure that the parties do not lose their rights during the proceedings. On the other hand, some problems may arise regarding the enforcement and execution of awards in different judicial systems in the variable of institutions with award-giving authority and bodies where awards are given.

In this study; (i) the concept of interim measures in terms of international commercial arbitration, its types and its effectiveness in the historical process; (ii) the issues that arise with the bodies, and powers in different legal / jurisdictions, and (iii) the enforcement of interim measure awards in the arbitration process, with regard to Turkish law, will be examined and evaluated.

Keywords: international commercial arbitration, provisional measures of protection, interim injunction, interim measures, protective measures, conservatory measures, jurisdiction, enforceability.

GİRİŞ

Tahkim, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların, devletin yargı yetkisi bünyesinde değil; hukuken izin verilen hususların çözülmesi kaydıyla hakem denilen kişiler aracılığıyla çözüme kavuşturulması için tarafların anlaşmasıdır. Tahkim, devlet

* Öğrenci- Avukat, Bursa Uludağ Üniversitesi Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, avbeyzasaygin@gmail.com

yargılamasına alternatif bir çözüm yolu olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu iki usul birbirlerine rakip olarak görülmemelidir. Tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları devletin yargı yetkisine “alternatif” değildir; buradaki alternatif kelimesi mahkeme yolu ve diğer uyuşmazlık çözüm yolları arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır. Zaten aksi düşünce Anayasa'nın 9. maddesine aykırılık oluşturur. Bunların içinde tahkimin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından en büyük farkı ise, tarafların kendi iradeleriyle yetkili kıldıkları hakem/hakemlerin verdiği kararların (devlet yargısında hakimin verdiği kararlar gibi) taraflar açısından doğrudan bağlayıcı olmasıdır. Öyle ki klasik arabuluculukta arabulucu, taraflar için uygun bir müzakere ortamı sunar, tarafların anlaşmaya varmak istedikleri hususların sağlıklı şekilde değerlendirmesini sağlar ve nihayetinde bağlayıcılık kazandırılan sulh anlaşması (arabuluculuk anlaşma tutanağı), tarafların kendi iradeleriyle anlaşmaya vardıkları hususların bir araya getirilmesi neticesinde ortaya koyulmuş olur.

Uyuşmazlık tarafları, devlet yargısına başvurdukları takdirde usule ve esasa ilişkin mevzuatta yer alan tüm kurallara riayet etmiş durumdadırlar. Örneğin mahkemenin dilini, hâkimi (tabii hâkim ilkesi gereği), usule ve esasa uygulanacak hukuku, yargılama süresini, yargılama yerini (ulusal yetki kuralları) vb. kuralları değiştiremezler. Ancak tahkim; taraflara, tahkim anlaşmasına dayalı geniş bir irade serbestisi içinde, gizlilik esaslı bir yargılama sunar. Bu sebepler, özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklar bakımından tahkimi daha avantajlı kılmaktadır.

Tahkimde yargılamanın her aşamasında, esasa ve usule ilişkin verilecek her karar için de taraflarca hakeme verilmiş doğal bir yetkinin varlığı kabul edilir. Bunun getirisi olarak uygulamada çoğunlukla; devlet yargılamasının, tahkim yargılaması ve kararı sürecine dahil olmasına gerek duyulmadığı görülmektedir. Ancak yine de bazı hallerde tahkimin belli aşamalarında mahkemelerin yardım ve desteğine ihtiyaç duyulabilmektedir; hatta bazen bu destek o kadar mühimdir ki tahkim yargılamasının devam etmesi için muhakkak gereklidir. Tahkim kararlarının icrası ve tenfizi için ve de bazı hukuk sistemlerinde geçici hukuki koruma tedbiri kararları alınması bakımından, devlet mahkemelerinin desteği şarttır.

Hukuk sisteminde maddi hukuk, bireylere haklar tanıy ve bu hakların ihlali halinde yine devletin hukuk sisteminin bir parçası olan yargılama hukuku yoluyla haklar ihkak edilir. Yargılama hukukunda devlet, yargılama sırasında ve sonunda hakların korunmasında gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Geçici hukuki koruma tedbirleri; yargılama sürecinin sağlıklı

bir biçimde ortaya koyulmasının, yargılama süresince hak kaybına uğranılmasının önüne geçilmesinin ve maddi gerçeğe ulaşmanın güvencesidir. Bu güvencenin sağlayıcısı, anayasal temelli talep hakkından bahisle (*adaleti temin hakkı*), ulusal hukuk sistemlerinde devlettir.

Taraflar aralarında bir tahkim anlaşması imzalamışlarsa artık uyuşmazlıklarını bu şekilde çözmekle yükümlüdürler. Devlet yargısında olduğu gibi tahkimde de nihai karara ulaşılması bir süreç arz etmektedir. Yine devlet yargılamasıyla benzer şekilde, tahkimde bir yargılama prosedürünün içerisine giren taraflar için, geçici hukuki koruma kurumunun gündeme gelebilmesi kaçınılmazdır. Tahkim yargılamasında da taraflar, yargılama süresince adaletin teminine ihtiyaç duyacaklardır. Ancak tahkim açısından bu teminatı sağlayıcı kurum, farklı hukuk sistemlerine göre farklılık arz etmektedir. Bazı hukuk sistemlerince kabul görülen şekilde taraflar, geçici hukuki koruma kararları için ulusal mahkemelere başvurabilmektedirler. Bunun dışında bazı hukuk sistemleri ise yukarıda bahsedilen güvenceyi sağlamak amacıyla, tarafların iradelerini ortaya koyarak kararlaştırdıkları hakem/hakemlere (ad hoc veya kurumsal) yetki tanımıştır. Yetki konusuyla ilgili daha detaylı açıklamaya ilerde yer verilecektir.

Geçici hukuki koruma önlemlerine yargılama devam ederken ihtiyaç duyulmasına ek olarak, uyuşmazlığın çıkmasından sonra ve dava açılmadan önce, şartları olduğu takdirde başvurulması da mümkündür. Devlet yargılamasında mahkemenin talebi kabul etmesinin üzerine tarafın, belli bir sürede esasa ilişkin davayı(tahkim davası) açması gerektiği öngörülmüştür. Tarafların tahkim öncesi geçici hukuki koruma önlemlerini mahkemelerden talep etmesi, tahkim iradesinin ortadan kalktığı anlamına gelmeyecektir. Kurumsal tahkimde ise bu usulün başka bir görünümü acil durum hakemliği (örneğin; ICC Tahkim Kuralları m.29 & EK-V) adı altında ivedi geçici hukuki koruma önlemleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Konuyla ilgili bilgilere ilerleyen sayfalarda yer verilecektir.

Uluslararası ticari tahkim bakımından geçici hukuki koruma tedbirlerine gerek duyulmasının yanı sıra bu konuda bazı sorunlar da gündeme gelmektedir. Bahsedildiği gibi yetki konusunda yeknesaklığın bulunmaması dışında kararların hangi türde verileceği, verilen kararların ulusal hukuk düzenlerince tanınması ve tarafların bunlara uymaması halinde zorla icrası konusunda birtakım sorunlar ve tartışmalar mevcuttur. Bu konu özellikle UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkime Dair Model Kanun, BM Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair New York Konvansiyonu ve Türk Hukuku mevzuatınca ele alınacaktır.

Çalışmada son olarak yabancı geçici hukuki koruma kararların Türk Hukuku mevzuatınca tenfizi konusuna değinilecektir.

1. ULUSLARARASI TİCARİ TAHKİMDE GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRİ KAVRAMI

Hukuk düzeni maddi hukuk vasıtasıyla bireylere haklar tanımış, bir taraftan da hakların ihlali halinde bireyin kendi eliyle hakkını elde etmesini (ihkak-ı hak) yasaklayarak hakların korunması için gerekli tedbirleri almak konusunda devleti görevlendirmiş ve bunu da yargılama hukuku yoluyla gerçekleştirmiştir (Özekes, 1999: 33). Kural olarak kişiler arasında meydana gelen uyuşmazlıklar mahkemeler aracılığı ile çözüme bağlanır ancak; maddi hukukta tanınan irade serbestisi prensibinin usul hukukunda uygulanmasının sonucu olarak, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar yapacakları anlaşma ile bu uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisini devletin mahkemesinden alarak özel kişilere devredebilirler (Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, 2016: 15). Devlet mahkemelerinde olduğu gibi tahkim yargılamalarında da yargılamaların usulüne uygun yürütülmesini sağlamak, hüküm verilmesine kadar yargılama öncesinde veya sırasında ortaya çıkabilecek tehlikeler nedeniyle tarafların haklarının giderilemez veya ciddi şekilde zarar görmesini önlemek ya da ileride nihai kararın uygulanmasının sağlanabilmesi için geçici hukuki koruma önlemlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Tahkimde tarafların iradesi ön planda olmakla birlikte, taraflar geçici hukuki koruma önlemlerinin, yetkisini kabul ettikleri hakem/hakemlerce ve/veya mahkemelerce alınmasını talep edebilirler. Tarafların, yargılama süresince hak kaybına uğramamaya yönelik önlemlerin alınması konusunda devlet yargılamasının verdiği hukuki güveni, tahkim yargılamasında da bulmak istemeleri en doğal ve makul haklarıdır. Diğer taraftan bu durum; hukukun genel ilkeleri ışığında hakkın korunması, zararın önlenmesi, zararın giderim gerektirdiği ilkesi ve adil yargılanma sürecinin bir gereği olarak da görülebilir.

Ticari hayatta tahkim yoluna başvurulmasının sebepleri arasında gizlilik esasına dayanması, daha dostane bir çözüm yolu olmasının yanında tahkim yolunun, ticari ilişkilerin devamı için hızlı bir süreç olmasının etkisi de oldukça büyüktür. Her ne kadar zaman, tüm alternatif uyuşmazlık yolları için avantajlı bir unsur olarak karşımıza çıkıyor olsa da tahkimin kendine has özelliği (özellikle tarafların ve hakemlerin/hakem kurulunun farklı ülkelerde bulunması, uyuşmazlığın birden fazla hukuk sistemini ilgilendirebilen teknik ve karmaşık

yapıya sahip olması, talep miktarının yüksek olması vs.) yargılamanın uzamasına sebebiyet verebilmektedir. Örneğin, bu süreç Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce, ICC*) Tahkiminde 1-2 seneyi bulabilmektedir. Hal böyle olunca mevcut bir uyuşmazlık sebebiyle tahkime başvuru iradesinin ortaya koyulduğu andan, kararın verildiği ana kadar geçen zaman zarfında taraflar bir takım ciddi zararlar meydana gelmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalabilmektedirler. Buna ek olarak taraflardan birinin kötü niyetli davranışlarıyla süreci uzatma düşüncesi, farklı ülkeden tarafların karşı karşıya geldiği davalarda delillere ulaşımın daha kolay engellenebilir oluşu da bu ihtimali fazlasıyla arttırmaktadır.

Konuya özellikle uluslararası ticaret penceresinden bakıldığında; yargılama öncesinde/süresince uğranması muhtemel maddi zararların, yargılamaya esas miktarı geçebileceği dahi görülebilmektedir. Doğrudan meydana gelen maddi zararların yanı sıra, tarafların ticari hayatlarının sekteye uğraması, kaçırılan fırsatlar ve uluslararası piyasada olumsuz izlenime sahip olunabilmesi gibi etkenler ilerde doğabilecek maddi zararların dolaylı sebepleri olarak sayılabilir.

Açıklanan tüm bu nedenlerle tahkim yargılamasında geçici hukuki koruma tedbirlerinin açıkça bir ihtiyaç olduğu anlaşılmaktadır. Hatta bazı hallerde geçici hukuki koruma olmadan elde edilecek nihai sonuç taraf için bir anlam ifade etmeyebilecektir.

Türk hukukunda “geçici hukuki koruma önlemleri” kavramı, üst bir başlık olarak yer almaktadır. Bu önlemler; Anayasa Hukukunda doktrinle var olan *yürürlüğün durdurulması*, idari yargıda *yürütmenin durdurulması*, medeni yargıda *delil tespiti*, *ihtiyati tedbir*, İcra İflas Hukukunda *ihtiyati haciz*, ceza yargılamasında *arama*, *tutuklama*, *el koyma* olarak karşımıza çıkmaktadır. Kurumsal tahkimde ise geçici hukuki koruma tedbirleri, içerik ve uygulama açısından bahsedilen kavramlarla aynı özelliklere sahip olmasına ve aynı amaca hizmet etmesine rağmen farklı tahkim kurumlarınca farklı isimler altında düzenlenmiştir. Örneğin bunlar için; Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kurallarında “*koruyucu ve geçici önlemler*” (*conservatory and interim measures*), Zürih Ticaret Odası Uluslararası Tahkim Kuralları’nda ve Quebec Ticari Tahkim Kurallarında “*geçici ve koruyucu önlemler*” (*interim and conservatory measures*), Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Kuralları ve Uluslararası Ticari Tahkime Dair Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Tahkim Kurallarında “*koruyucu geçici önlemler*” (*interim measures of protection*), CIArb Tahkim Kurallarında “*acil çare ve geçici tedbirler*” (*emergency relief and*

interim measures), Amerikan Tahkim Derneği'nin(AAA) Ticari Tahkim Kurallarında “geçici çareler” (*interim relief*) ve İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kurallarında “geçici koruma önlemleri” terimi kullanılmıştır. Görüldüğü üzere; çeşitli hukuk sistemlerinde ve uluslararası nitelikteki hukuki metinlerde geçici hukuki koruma tedbirleri kavramına ilişkin olarak terminolojide birlik sağlanamamıştır (Taşpolat Tuğsavul, 2014: 2063).

Kurumsal tahkim kurallarında geçici hukuki koruma tedbirleri için uluslararası genel geçer bir şekil/usul şartı veya belli durumlarda belli önlemlerin alınması gibi kesin kurallar öngörülmemiştir. Hakem, olayın niteliğine ve talep edilen geçici tedbir şartlarının ağırlığına göre verilmesi gereken önlemi kendisi takdir edecektir. Geçici hukuki koruma tedbirleri bakımından tahkim hukukunda sıkı bir şekil şartı da öngörülmemiştir. Gerekçeli ve yazılı olmasına dair genel bir kural bulunmamasına rağmen, uygulamada genelde bu şekilde verilmektedir. Hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma tedbirleri, farklı anlayışlara göre hakem kararı (*award*) veya ara karar (*order*) şeklinde verilebilir. Bilindiği üzere hakem kararlarının uygulanabilmesi için ulusal mahkemelerce tenfizi gerekmektedir. Bunların dışında yukarıda değinildiği gibi yargılama başlamadan önce veya sırasında geçici hukuki koruma tedbiri talebiyle ulusal mahkemelerin yardımına başvurulabilmesi de mümkündür.

Tedbir talebiyle tahkim kurumlarına başvurulması halinde esasa uygulanacak hukuk (*lex causae*), tahkim prosedürüne uygulanacak hukuk (*lex arbitri*) ve yargılamaya uygulanacak hukuk birbirinden farklı olabilmektedir. Tahkime uygulanacak hukuk taraflarca seçilmediği takdirde tahkimin gerçekleştiği yerin hukuku (*lex loci arbitri*) geçerli olmaktadır. Tahkimde taraflar tahkim usulüne uygulanacak kuralları kendileri belirleyebilmekte ve bu bağlamda taraflar *lex arbitri*'nin emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla belirli bir milli hukuk sistemine ait mevzuatın veya milletlerarası kurumsal tahkim kurallarının uygulanacağını kararlaştırabilmektedir (Akıncı, 2020: 166). Tahkim yargılamasına uygulanacak kurallar bakımından taraflar, bir seçim yapmamışlar ise *bahsedildiği gibi* hakem kurulu usule uygulanacak kuralları belirleyecektir (Yeşilirmak, 2018: 96).

Tahkim yargılamalarında geçici tedbire karar verilmesi için kural olarak: (i) Karşı tarafa veya tahkim yargılamasına ciddi veya telafisi imkansız olan zarar tehdidi, (ii) tedbirin verilmemesi durumunda talepte bulunan tarafın önemli ölçüde zarara uğrama ihtimalinin bulunması, (iii) tedbire karar verilmesi için aciliyetin bulunması, (iv) ilk görünüşte (*prima facie*) tedbir talebinde bulunanın haklılığının ispatı şartlarının gerçekleşmesi gerekir (Pekcantez,

Özekes ve Akkan, 2017: 2716). Bununla birlikte, tedbir kararının karşı tarafta yaratacağı olumsuz etki ile tedbir kararından sağlanan menfaat arasındaki denge gözetilmelidir (Erten, 2018: 3; Yeşilirmak, 2018: 182).

2. TAHKİM YARGILAMASINDA GEÇİCİ HUKUKİ KORUMANIN TARİHSEL SÜRECİ

Tahkim anlaşmasının ulusal hukukta geçerliliği olmadığı dönem sonrasında tahkim anlaşmasına geçerlilik ve icra edilebilirlik imkanının tanındığı ve tahkimin hukuki bir zemine oturduğu günlere gelinmiştir. Ancak geçici hukuki koruma tedbirleri bakımından uzunca bir süre bunların sadece mahkemelerce verilebileceği, hakeme bu konuda yetki tanınmadığı bir sistem geçerliydi. Uluslararası ticaretin gelişiminin büyük ölçüde katkı sağlamasıyla, günümüzde bu sistem yumuşamış ve artık son aşamada hakem/hakem heyetince verilen geçici hukuki koruma önlemlerinin tenfizini ve icrasını mümkün kılan düzenlemelere geçilmiştir.

Çok taraflı uluslararası hukuk metinlerinde konuya dair ilk düzenleme, günümüzde uygulamadan kalkmış bulunan, 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkim konusunda Avrupa (Cenevre) Sözleşmesinde yer almıştır. Sonrasında, yukarıda bahsedilen aşamaların kaydedilmesinin sonucu olarak, devletlerin taraf olduğu farklı uluslararası sözleşmelerde konunun yer almaya başladığı görülmektedir. Ancak Türkiye'nin de taraf olduğu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair New York Konvansiyonunda tahkimde geçici hukuki koruma önlemlerine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Yine ülkemizin taraf olduğu Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) Sözleşmesinde ise konuya farklı bir hüküm getirilmiş (m.47) ve hakem kurulunun, geçici hukuki koruma tedbirlerini taraflardan birinin talebi olmaksızın tavsiye karar (*recommend*) olarak verebileceği ön görülmüştür (Erten, 2018: 26).

Bilindiği üzere taraflar, ihtiyari tahkim kapsamında aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için kurumsal (daimî) tahkim yoluna veya ad-hoc (geçici) tahkime başvurabilirler (Collier, Lowe, 2000: 45-185; Erdoğan, 2004: 136-165; Nomer, Ekşi ve Öztekin Gelgel, 2016: 107-119). Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun hazırladığı, ad hoc tahkimi düzenlemeyi ve bu konuda yeknesaklığı sağlamak için bir model oluşturmayı amaçlayan

UNCITRAL Tahkim Kuralları(2016), geçici hukuki korumayla ilgili olarak bir hükme (*m. 26*) sahiptir. Kurallar her ne kadar ad hoc tahkimi düzenlese de ulusal niteliği haiz olmadığından ve esnek bir yapıya sahip olmasından dolayı pek çok kurumsal tahkim merkezlerince de kabul edilmiştir (Erten, 2018: 242 vd.).

Günümüzde milletlerarası nitelikli bir sözleşme yapmış olan taraflarca genellikle kurumsal tahkimin tercih edildiği görülmektedir (Nomer, 2009: 195; Nomer, Ekşi and Öztekin Gelgel, 2016: 3; Nomer, 2017: 534-535). İşte bu durumda geçici hukuki koruma bakımından tahkim merkezlerinin kuralları gündeme gelecektir. On dokuzuncu yüzyıl ortalarında, genel olarak, geçici hukuki koruma tedbirleri konusuna değinilmemiştir (Erten, 2018: 26). Misal olarak; ICC Tahkim Kurallarının 1923, 1931, 1939, 1975 ve şu an yürürlükte bulunan 1998 yılı versiyonlarında hakem kurullarına geçici hukuki koruma yetkisi tanındığı halde 1927 ve 1955 yılı versiyonlarında bunu yer almadığını görmekteyiz. Yine benzer şekilde Amerikan Tahkim Kurumunun (AAA) kabul ettiği ilk tahkim kurallarında konuya yer verilmemiş, daha sonra 1944 yılında kabul edilen metinde geçici hukuki koruma tedbirlerine ancak gerekli görülürse karar verileceği düzenlenmiştir.

Uluslararası ticaretin gelişmesiyle uluslararası ticari uyuşmazlıklar için tahkimin, pek çok açıdan avantajlı bir çözüm yolu olduğu görüşü evrenselleşmektedir. Bu paralelde uluslararası ticari sözleşmelerde tahkim şartının yaygınlaşmasıyla beraber tahkim dünyasında, kurumsal tahkim merkezleri daha çok talep görmeye başlamıştır. Her tahkim merkezinin kendi yargılama sürecine has kuralları mevcuttur. Önceki bölümlerde yer verilen şekilde, dünyada rağbet gören kurumsal tahkim merkezleri, kendi kurallarında farklı isimler altında geçici hukuki korumaya dair hükümlere yer vermiştir.

Türkiye hem Asya hem Avrupa ülkelerine en yakın ülke olması sebebiyle coğrafi konumu, doğu ve batı kültürlerinin harmanlandığı kültürel konumu ve sahip olduğu uzlaşılı geleneğiyle birlikte modern hukuk sistemi ile ulusal anlamda ve dünyada, uluslararası bir tahkim merkezi haline gelebilecek kapasiteye sahiptir. 2015 yılına kadar Türkiye’de kurumsal tahkime yönelik birtakım adımlar atılmışsa da tahkim dünyasında kabul gören şekilde bağımsız bir merkez yer almamaktaydı. Yine de bazı kurumlar bünyesinde kurumsal tahkim yargılaması yapabilecek birimler mevcuttu. Kurum bünyesinde olsalar da bu birimlerin de yargılamaya yönelik kendilerine ait kuralları bulunmaktadır. Örneğin; Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Tahkim Merkezi, Ankara, İstanbul ve İzmir Ticaret Odalarının tahkim merkezi kurallarında

geçici hukuki koruma konusunda hükümlerin yer aldığını görmekteyiz. Sayılan tahkim merkezleri ve kuralları, hala varlığını sürdürmekle beraber; 2015 yılında 6570 sayılı Kanunla kurulmuş ve dünyada kabul gören anlamda kurumsal tahkim merkezi niteliğinde Türkiye’de tek kurum olan İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC)’nin tahkim kurallarında da geçici hukuki koruma ile ilgili hükümlerin mevcut olduğu görülmektedir. Söz konusu hükümler incelendiğinde UNCITRAL Tahkim Kurallarının esas alındığı ve her birinde geçici hukuki korumaya dair paralel düzenlemelerin (hem hakem heyetine hem mahkemeye yetki tanıyan) bulunduğu söylenebilir. Yine benzer düzenlemelere İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (ITOTAM) bünyesindeki kurallarda da yer verilmiştir.

Türk yasal mevzuatında 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Usulü Kanununda ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda tahkimde geçici hukuki korumaya ilişkin açık bir hükme yer verilmemişti. HMUK yürürlükte olduğu dönemde milletlerarası tahkim ve ilgili hususlar, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi mahkemelerin takdirine bırakılmıştı. Buradan yola çıkarak, geçici hukuki koruma tedbirlerine gerek duyulduğunda bunların ancak mahkemelerce hükmedilebilecek bir husus olduğu anlayışı kabul edilmişti. Nihayet milletlerarası tahkimi düzenlemek için çıkarılan Milletlerarası Tahkim Kanunu, konuya açık düzenleme getiren ilk kanuni düzenlemedir. Buna paralel olarak, daha sonrasında yürürlükte giren mevcut 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda da konuyla ilgili düzenlemelerin (HMK m. 414) yer aldığını görmekteyiz.

3. TAHKİM YARGILAMASINDA GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRİ TÜRLERİ

Tahkimde hakemlerce verilebilecek geçici hukuki koruma türleri, uluslararası alanda genel kabul gören isimler altında toplanmamış, belirli şekilde kategorize edilmemiştir. Ancak değişik bakış açılarından (*amaçlarına göre*) yapılmış sınıflandırmalar mevcuttur. Bu sınıflandırmalarda hakem kurulunun yetkisine mümkün olabildiğince genişlik tanındığı görülmektedir. Bu bağlamda, yapılan sınıflandırmaların usul hukukuna dair sınırlayıcı bir bakış getirmediğini söyleyebiliriz.

UNCITRAL Model Kanunun 1985 değişikliği çalışmaları sırasında Sekteryarın, 2000 yılında sunduğu raporda (UN Doc A/CN.9/WG.II/WP.108) geçici hukuki koruma önlemlerinin

amaçlarına yönelik olarak bir sınıflandırmaya gidildiği görülmüştür. Verilen örneklerin sınırlayıcı/daraltıcı olmadığı belirtilen raporda yer alan gruplandırmaya baktığımızda üç grubun olduğunu görmekteyiz:

- *Tahkim işlemlerinin yürütülmesini kolaylaştırmaya yönelik önlemler*
- *Kayıp veya hasarı önlemek için alınacak önlemler ve uyuşmazlık çözülene kadar belirli bir durumu korumaya yönelik önlemler*
- *Verilecek nihai hakem kararlarının icrasını kolaylaştırmak amacıyla verilen kararlar*

Benzer şekilde 1990 yılında çıkarılan ICC Tahkim Öncesi Hakem Usulü Kurallarının ikinci maddesinde hakemlerin verebileceği kararlar dört kategoriye ayrılmıştı. Acil durum hakemliğine ilk örnek olarak sayılabilecek bu kurallar için, hükümde bahsedilen “*hakemlerce verebilecek kararlar*” tanımını geçici hukuki koruma niteliğinde olacağından, geçici hukuki koruma tedbirleri nezdinde bir sınıflandırmaya gidildiğini çıkarabiliriz. Ancak burada da sınıflandırmanın sınırlayıcı şekilde yapılmadığı ifade edilmiştir.

Açıklandığı gibi geçici hukuki koruma tedbirleri bakımından genel kabul gören belli tip tedbirlerin bulunmaması sebebiyle, öncelikle tarafların geçici yasal koruma önlemlerinden hangisinin alınabileceği konusunda anlaşması önem arz etmektedir. Hakem kurulu bunun yanında tahkim usulüne uygulanacak hukuku, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ile tenfiz ülkesinin hukukunu göz önünde bulundurarak tarafların menfaatine ve hakkaniyete uygun hangi tür tedbire hükmedeceğini kendisi belirleyecektir. Uygulamada sıklıkla başvuru olan geçici hukuki koruma tedbirlerine göz atarsak, bunlar (Erten, 2018: 43-49; Özsunay, 2003: 268):

a. Delillerin Toplanması, Tespiti ve Korunması: Tarafların ellerinde bulunan belgeleri sunması, taraflardan birinin hakimiyetindeki şeyler için keşif/bilirkişi incelemesine hükmedilmesi, delillerin/bilgilerin ifşa edilmemesine yönelik kararlar gibi yargılama boyunca delillerin gerektiği gibi ortaya konmasını sağlayan ve zarar görmesini engelleyen birtakım tedbirler¹

¹ Ek olarak; hakem kurulu, tanık dinlenmesine de karar verebilir ancak kurulun yetkisi tahkim anlaşmasıyla sınırlı olduğundan tanığı ifade vermeye zorlayamayacaktır. Bu konuda mahkemelerin yardımına başvurulabilir.(Bkz. UNCITRAL Model Kanun m. 27, MTK m.12)

b. Mevcut Durumun Korunması ve Sözleşmenin Uyarlanması: Özellikle süreli sözleşmelerde taraflardan birinin edimini ifadan kaçınması durumunda büyük zararlar doğabilir. (örn.; inşaat sözleşmelerinde inşaatın durması) Bu durumda taraflar, mevcut sözleşmenin koşullarının yargılama süresince farklı şekilde düzenlenmesini talep edebilirler.

c. Uyuşmazlık Konusunun ve Malvarlığı Değerlerinin Korunması: Malvarlığı değerleri üzerindeki tasarrufun veya para transferinin engellenmesi, bozulabilir malların satılması/depolanması, sanat eserlerinin muhafaza altına alınması gibi sözleşmeye konu edimlere yönelik kararlar²

d. Yargılamanın İdaresine İlişkin Kararlar: Davaların birleştirilmesi, davada ileri sürülen belgelerin incelenmesi için bağımsız uzmanlar atanması gibi esasen delillerin toplanması/koruması/tespiti başlığının dışında kalan yargılamanın idaresine yönelik tedbirler

e. Paralel Davalar: Davalı tarafın, tahkim yargılaması devam ederken aynı uyuşmazlık için aynı hasma karşı ulusal mahkemede dava açması veya tahkimde ikinci bir tahkim süreci başlatması sonucu, sonraki kurum kendini yetkili görüp hüküm verebilir. Devamında doğabilecek olumsuz sonuçların bertaraf edilmesi için hakem kurulunun, ikinci davanın kaldırılması/durdurulması (*anti suit injunction, anti suit order*) yönünde bir karar verip veremeyeceği hakkında, tahkime ilişkin düzenlemelerde açık bir hüküm yer almamaktadır. Bu durum bir sorun arz etmesine karşılık; uygulamada, hakem kurulunun açılan ikinci davanın durdurulmasına veya kaldırılmasına yönelik karar verebilmesinin mümkün olabileceği görüşü kabul görmektedir.³

f. Yargılama Masrafları İçin Teminat İstenmesi: Tartışmalı olsa da ortak hukukta taraflardan birinin (genellikle davalının), yargılama masraflarının nihai hakem kararıyla karşılanamayacağını düşünerek karşı tarafın teminat göstermesini talep edebileceği kabul edilmiştir (Erten, 2018:49).

4. ACİL HAKEM YARGILAMASI

² Doktrinde, paranın 3. kişide bulunması durumunda ya mahkemelerin yardımına başvurulması gerektiği ya da hakemlerin sadece taraflara yönelik bahsedilen miktara denk gelececek bir tedbire hükmedebileceği; para dışındaki edimler için ise icra hukuku çerçevesinde mahkemeden talep edilebileceği görüşü mevcuttur.

³ Hakemin vereceği karar mahkemeyi bağlayıcı olmayacak, tahkim anlaşmasını ihlal eden taraflara yönelik olacaktır (Born, 2009: 2009).

Geçici hukuki koruma tedbiri verme yetkisine sahip olan hakem kurulu, oluşmasından sonraki talepleri kabul edecektir. Ancak; devlet yargısında olduğu gibi, uyuşmazlığın ortaya çıkmasıyla yargılamanın başlaması arasındaki süreç içinde tedbire ihtiyaç duyulabilir. Acil durum hakemi; aciliyet arz eden, telafisi mümkün olmayan zararlar doğabilecek durumlarda, acil durum hakemliğine dair taraflarca anlaşılmaya varılmış bir engel yoksa, uyuşmazlığı çözecek olan hakem göreve başlamadan önce tarafların talebiyle ölçülü olmak koşuluyla geçici hukuki koruma niteliğinde bir karar verebilir.

Tahkim yargılamasında bilindiği üzere hakemler taraflarca seçilecektir. Ad hoc veya kurumsal tahkimde bu süreç; tarafların hakem seçilecek kişiler üzerinde iradelerinin uyuşması, yetkiye dair itirazların değerlendirilmesi, *conflict* oluşturan durumların mevcut olabilmesi sebebiyle prosedürün yeniden başlatılması gibi birtakım sebeplerle uzayabilmektedir. Bu durumda tarafların, o an ihtiyaç duyulan tedbiri talep etmek için hakem kurulunun oluşmasını beklemelerini kabul etmek tahkimin niteliğine uygun, adil ve yerinde olmayacaktır. Bunun yerine devlet yargısında, daimî hâkimlerden daha hızlı bir şekilde karar alarak bunun icrası yoluna gitmek çoğu kez daha avantajlı olabilmektedir (Fry, 2013: 180). Ne var ki sırf bu sebeple tarafları devlet yargısına başvurmaya zorlamak tahkim iradeleriyle bağdaşmayacaktır (Yeşilirmak, 2015:114).

Öyleyse tahkimde geçici hukuki önlemler konusunun zayıf noktalarından biri hakem heyeti oluşmasından önce geçici hukuki koruma önlemlerine ihtiyaç duyulmasıdır. Bu sorunun çözümüne yönelik hem ad hoc hem de kurumsal tahkimlerde birtakım kurallar getirilmiştir. Örneğin; ad hoc tahkimde taraflar, uyuşmazlık doğmadan önce yapılan tahkim anlaşmasıyla birlikte, anlaşmanın hükümde kalacağı süre boyunca görevde olacak bir hakem belirleyebilirler. Ancak bu hem masraflı olması hem de hakemin anlaşma boyunca görevde olmasından dolayı geçici hukuki koruma ihtiyacı doğmasına yönelik bir durumun ortaya çıkma ihtimalinin az olması sebebiyle mantıklı bir çözüm olmayacaktır (Erten, 2018:99; Yeşilirmak, 2015:117).

Bugünkü acil durum hakemliğine benzeyen ilk kurum ICC tarafından oluşturulmuştur. Tahkim öncesi hakemliği adı verilen bu kurum, Fransız Hukukundaki “*référé*” usulünden etkilenilerek 1990 yılında çıkarılan “*Pre-Arbitral Referee Rules*” ismindeki kurallarla düzenlendi (Yeşilirmak, 2018:120; Fry, 2013:181). Bu kurallar asıl tahkim kurallarından bağımsız olarak düzenlendiği için çok fazla tercih edilmemiş olsa da diğer tahkim merkezleri için bu yapı bir temel oluşturmuştur.

Çoğu kurumsal tahkim merkezinde konuya çözüm getiren acil hakem yargılaması (*emergency arbitrator proceedings, emergency relief rules*) prosedürüne dair düzenlemeler mevcuttur. Başta ICC olmak (ICC Tahkim Kuralları m. 39) üzere, İsviçre Odaları Tahkim Kurumu (SCAI), Hong Kong ve Meksika'daki tahkim merkezleri, Singapur ve Stokholm tahkim merkezleri (HAI, SCC), Hollanda Tahkim Merkezi (NAI), Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA), Amerikan Tahkim Derneği (AAA), Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO), Uluslararası Anlaşmazlık Çözüm Merkezi (ICDR) tahkim kurumlarının konu ile ilgili kurallar düzenlediğini görmekteyiz. Türkiye'de ise 2016 yılında İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) kurallarında acil durum hakemliğine ilişkin bir düzenlemeye yer verildi. Bunun sonrasında İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi (İTOTAM) tahkim kurallarına (Ek III), TOBB Tahkim Kuralları (EK IV) ve diğer tahkim kurumlarına dair kurallara acil durum hakemliğine ilişkin kurallar eklenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus tarafların, o merkezin tahkim kuralları üzerinde anlaşmaya varmış olmalarının acil durum hakemi kurallarını da kabul edip etmeyeceği ile ilgilidir. ICC Tahkimine göre tarafların ICC Tahkim Kurallarını benimsemesi ivedi geçici hukuki koruma kurallarını (hakem öncesi kuralları) kapsamadığı, bunların taraflarca ayrıca kabul edilmesi gerektiğidir (Örneğin bkz. ICC Tahkim Öncesi Kuralları m. 3(1)). Buna karşılık ISTAC'ta Acil Durum Hakemi Kurallarının uygulanması için tarafların, tahkim anlaşmalarında ISTAC Acil Durum Hakemi Kurallarının uygulanmayacağını ayrıca düzenlememiş olmaları yeterlidir⁴. Benzer şekilde İTOTAM'da ise 14.04.2016'den sonraki tarihli tahkim anlaşmaları için tarafların İTOTAM Tahkimi kurallarını seçmiş olması aksi kararlaştırılmadıkça Acil Durum Hakemi kurallarını da kapsamaktadır.

Kurumsal tahkim merkezlerince getirilen düzenlemeler sayesinde acil durum hakemliğinde yukarıda bahsedilen sorunlara çözüm getirildiği söylenebilir. Merkezlerin sekreteryaları sayesinde kısa sürede atanan hakemler, yine kısa sürede tahkimin sahip olduğu diğer avantajları (gizlilik, uzmanlık vs.) da barındıran geçici hukuki koruma kararı vermektedirler.

Birçok tahkim kurumu kurallarında acil durum hakeminin vereceği kararın geçici nitelikte olduğu ve uyuşmazlığın esasına bakacak hakem kurulunun verilen bu kararla bağlı olmadığı belirtilmiştir. Davanın esasına bakacak hakem kurulu, bu kararda değişiklik

⁴ İstanbul Tahkim Merkezi Acil Hakem Kuralları m. 1 “Bu Ek'teki Kurallar, tarafların Acil Durum Hakemi Kuralları'nın uygulanmaması hakkında yazılı olarak anlaşmış oldukları haller dışında, (...) uygulanır.”

yapabilecekleri gibi bu kararları kaldırabilirler (Fry, 2013:184). Örneğin ICC Tahkim Kuralları madde 29/3'te bu durum ifade edilmektedir. Bu hükme göre hakem kurulu, acil durum hakemi tarafından verilen kararları değiştirebilir, sona erdirebilir-iptal edebilir.

Acil durum hakeminin önüne gelen talebi hangi yönleriyle inceleyeceği, ne tür kararlar verebileceği konusu geçici hukuki koruma tedbirleri için yapılan açıklamalar ile paralellik göstermektedir. Belirtildiği gibi acil durum hakemi kararları bir nevi geçici hukuki koruma kararlarıdır. Acil durum hakeminin sözleşmesel ya da yargısal yetkiyi haiz olup olmadığı tartışma konusudur. Ulusal hukuk mevzuatlarının çoğunda acil durum hakemine dair bir düzenleme yer almaması sebebiyle, niteliği hakkında pek çok görüş mevcuttur. Ancak genel kabul edilen görüş hakem statüsünde olduğudur. Ya da en azından verdiği kararların hakem kararlarıyla eşdeğer olması kabul edilmelidir. Bu sebeple özellikle kararın türü, icra ve tenfiz ile ilgili ilerleyen bölümlerde bahsedilecek konular acil hakem yargılaması hakkında da geçerli olacaktır.

5. HAKEMLERİN GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TEDBİRİ VERME YETKİSİ

Hakem/ hakem heyetinin geçici hukuki koruma önlemleri kararı verme yetkisi konusunda asıl önem arz eden nokta, hakemlerin yetki alanının kapsamıdır. Bu kapsam yargı yetkisi ile ilgilidir ve tarafların iradesine, tahkim kurallarına ve ilgili ulusal hukuka göre değerlendirilir.

Daha önce bahsedildiği üzere, uzunca bir süre bu konuda hakemlere yetki tanınmamıştı. Geçici hukuki koruma kararına ihtiyaç duyulduğunda bunun mahkemelerce yerine getirilmesi gerektiği kabul görmekteydi.⁵ Ancak artık gelişen uluslararası ticaret ile birlikte hakemlerin geçici hukuki koruma tedbiri verme yetkisinin önemli bir ihtiyaç haline geldiği görülmüştür. Hatta bu bağlamda, tartışma konusu artık hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetme yetkilerinin bulunup bulunmadığı değil; bu yetkinin hangi kapsam ve nitelikte olduğu noktasında yoğunlaşmaktadır (Yeşilova, 2008: 647).

Hakemlere tanınan yetkinin hukuki dayanağı ulusal hukuklar, uluslararası sözleşmeler ve tahkim anlaşması olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bunlardan bağımsız olarak; hakem kurullarının (taraf iradeleriyle oluşturulmuş olsalar dahi) bir yargılama mercii olmaları sebebiyle, geçici hukuki koruma tedbirini de kapsayan, tabii yargı yetkilerinin (*inherent power*)

⁵ Buna neden olarak: "Imperium" kavramı karşımıza çıkmaktadır (Balkar, 2017:260- 290).

kendiliğinden mevcut olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır. Ayrıca nihai kararın verilmesi için taraflarca hakeme verilen yetkinin, her seferinde açıkça ortaya koyulmasına gerek olmaksızın (*implied power*) yargılamanın devamı ve sonuçlandırılması için gerekli tüm kararları kapsadığı da düşünülmektedir (Yeşilirmak, 2015: 56-57).

Tahkim yargılamasının temelini tahkim anlaşması oluşturur. Bu sebeple hakemlere verilen yetki bakımından taraf iradeleri önem arz etmektedir. Örneğin hakem kurullarına yetki tanımayan bir hukuk sistemi *lex arbitri* olarak uygulanıyorsa burada taraf iradelerine göre bir yola başvurulacaktır.

Kurumsal tahkim açısından konuya bakıldığında ise tahkim kurumlarının neredeyse tamamının hakem kurullarına yetki tanıdığı görülmektedir. Örneğin; ICC (Milletlerarası Ticaret Odası) Tahkim Kuralları m. 23, Amerikan Tahkim Derneği Uluslararası Tahkim Kuralları m.21, Alman Tahkim Enstitüsü Tahkim Kuralları Paragraf 20, Hollanda Tahkim Enstitüsü Tahkim Kuralları m. 37-38, Belçika Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Kuralları m. 17, ICSID Tahkim Kuralları kural 39 (Özsunay, 2003:269-270)...

1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu, hakemlere tanınan yetki konusunda, ilk kez devlet mahkemelerinin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmesi bakımından fiili tekeline kaldırılmış, böylece sadece mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verebileceği veya karar vermeye yetkili olduğu yönündeki dogma değiştirilmiştir (Tuğsavul, 2014:20). 2016 yılında yapılan değişiklikle beraber Model Kanunda ve Tahkim Kurallarında hakem kurulu ve mahkemenin birlikte/yarışan yetkili olduğu yaklaşımın (*free choice model*) benimsendiği görülmektedir. Bu sistemde hakem kurulunun yetkisini tamamen kaldıran veya münhasıran belirleyen bir hüküm bulunmamakta, bunun yanında mahkemelerin yardımına başvurulmasının tahkim iradesini ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir. Taraflar duruma göre mahkemeden ya da hakem kurulundan geçici hukuki koruma talep edebilecektir. Genel olarak, bazı ulusal mevzuatlarda yer almasa dahi geçici hukuki korumaya hükmedebilme şartları UNCITRAL Model Kanun m.17/A ile düzenleme altına alınmış bulunduğundan, ulusal düzenlemelerin çoğunda, bahsedilen serbest seçim modeli sisteminin benimsendiği söylenebilir. Bu ülkelerin başlıca örneklerini Almanya ve İsviçre olarak verebiliriz (Segesser, Kurth, 2004: 84).

Tahkim yargılamasında geçici hukuki önleme kararı verme yetkisini yalnızca hakem kuruluna tanıyan yaklaşıma tek örnek ICSID Sözleşmesidir (m. 26, m. 47, m. 39). Mahkemelere

yetki tanınmamasının sebebi olarak, ICSID tahkim kurallarıyla oluşmuş bir tahkim yargılamasının taraflarından birinin devlet olması ve bu da tahkimde tarafların eşitliğine aykırı olabileceğinden hareketle anlaşılabilir.

Yetki bakımından bir diğer yaklaşım ise belirli şartlar çerçevesinde geçici hukuki koruma kararı verme yetkisinin belli durumlarda hakem kurullarına, belli durumlarda ise mahkemelere tanınmasıdır. Bu sistemde mahkemenin yetkisi ikinci sıradadır. (*court subsidiarity model*) Bunun en tipik örneği İngiliz Hukukudur. İngiliz Tahkim Kanununda hakem kurulunun verebileceği geçici hukuki koruma kararları (aksine anlaşma yapılabileceği saklı tutularak) tek tek gösterilmiştir(m. 38,39). Mahkemenin yardımına ilişkin düzenleme ise farklı bir maddede hüküm altına alınmıştır. Hükümde, mahkemeye ancak; bahsedilen maddede yer almayan yani hakem kurulunun yetkisinin olmadığı veya etkili karar alamayacağı durumlar mevcutsa başvurulabileceği düzenlenmiştir (Erten, 2018:59-62).

5.1.Başvuru Usulü, Şartları ve Şekli

Açıklamalarımızda hakem kurulunun geçici hukuki koruma tedbiri konusundaki yetkisini ve hukuki dayanaklarını incelemiş olduk. Şimdi geçici hukuki korumaya başvuru ve talebin hakemlerce nasıl değerlendirileceği konusuna genel hatlarıyla yer vereceğiz.

Bilindiği üzere geçici hukuki koruma kararı verilebilmesi için mutlaka taraflardan birinin talebi gerekmektedir.⁶ Hakem re'sen bir tedbire hükmedemeyecektir. Zira aksi durum, tahkimin niteliğine ters düşecek şekilde eşitlik ilkesinin ihlali sonucunu doğurur.

Esasen tahkim düzenlemelerinde, başvuru şartlarıyla alakalı ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda tarafların anlaşmasına ve lex arbitriye bakılacaktır. Ancak çoğunlukla taraflar geçici hukuki korumaya başvurma şartlarını tahkim anlaşmasıyla belirlemiş olmamaktadırlar. Bu durumda uygulamada, hakem kurulunun gerekli (*necessary*) ve uygun gördüğü (*appropriate*) geçici hukuki koruma talebinin kabul edilebileceği belirtilerek, yetkinin çerçevesi geniş tutulmuştur (Pekcanitez, 2003:129; Erten, 2018:62).

Hakem kurulları yetkilerini kullanırken, lex arbitri ile hukuki bir zemin oluşturacak ve talepleri belli standartlar açısından değerlendirdikten sonra kabulüne takdir edecektir. Bu standartlar doktrinde çoğunlukla kabul edilen ve çoğu tahkim düzenlemelerinde mevcut olan;

⁶ Talep, uygulamada genelde yazılı olarak yapılmaktadır. Diğer şartlar için örnek olarak bkz. ICSID Tahkim Kuralları m. 39.

aciliyet, telafisi imkânsız veya ağır ya da fiili zararın doğacak olması, zararı önleyecek başka çarenin olmaması, ölçülülük gibi ilke ve hususlardır (UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.119 pgrf. 43). Bunlarla beraber duruma göre teminat şartı da aranabilecektir. Ayrıca kural olarak, adil yargılanma ilkesi gereğince, karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmesi (*inter partes*) önemli bir koşuldur.

Yetki itirazının önüne geçilmesini sağlamak amacıyla; geçici hukuki koruma taleplerinin değerlendirilmesine geçilmeden önce hakem kurulları, öncelikle kendi yetkileri hususunda bir inceleme yapmalıdır. Ancak; yetki incelemesinden sonra geçici hukuki koruma hakkında karar verilmesi, geçen zaman nedeniyle hukuki faydanın azalmasına/kalkmasına sebebiyet verebilir. Üstelik yetki itirazı yargılama süresini uzatmak amacıyla kötüniyetle yapılmış da olabilir. İşte bu durumlarda hakem kurulunun, yetki incelemesinde *ilk görünüşe göre* kendisini yetkili görmesi geçici hukuki koruma kararı verebilmek için kâfi sayılmaktadır (Yeşilirmak, 2015: 175-176).

Hakem kurulunun dikkate alması gereken bir diğer husus, esasen ulusal hukuk sistemlerinde de geçici hukuki koruma tedbirinin kendine özgü bir şartı olarak çoğunlukla karşımıza çıkan, haklılığın yaklaşık ispatıdır. Buna göre tedbir talep eden tarafın nihai sonuca yönelik haklı olduğu kanaatinin hakem kurulunda oluşması gerekmektedir. Ancak burada yapılacak değerlendirmede amacın aşılmasına dikkat edilmesi gerekir. Uyuşmazlığı esastan çözebilecek veya nihai kararın verilmesinin anlamını ortadan kaldıracak nitelikte geçici hukuki koruma kararı verilmemelidir.

Geçici hukuki koruma kararı ancak telafisi imkânsız veya ciddi bir zararın doğacak olması koşullarından birinin gerçekleşmiş olması şartıyla verilebilir. Tahmin edileceği gibi mevcut bir zarar için geçici hukuki koruma kararı verilemeyecektir. Ancak doğmuş olan zarar devam etmekteyse tedbir kararı verilmesi mümkündür. Bahsedilen zararın geçici hukuki koruma gerektiren nitelikte olup olmadığı hakem tarafından belirlenecektir. Eğer zarar, talep edilen hukuki korumadan daha azıyla giderilebiliyorsa; hakem, tarafların hukuki menfaatlerini gözeterek ve geçici hukuki korumanın amacıyla örtüşür nitelikte olacak şekilde istenilenden daha azına hükmedebilecektir.

Bahsedildiği gibi eğer talep edilenden başka bir yolla aynı sonuç sağlanabiliyorsa geçici hukuki koruma kararı verilmeyecektir. Buradaki durum tahkim yargılamasında geçici hukuki koruma tedbirlerine başvurudaki en önemli husus olan aciliyet şartıdır. Şayet tarafın nihai karar

verilinceye kadar beklemesi durumunda hukuki veya fiili bir kaybı olmayacaksa aciliyet şartı sağlanmamış demektir. Aslında bakıldığında geçici hukuki korumaya başvurudaki tüm koşulların temelinde süre-zarar ilişkisinden doğan bir aciliyet şartının varlığını görmekteyiz.

Son olarak geçici hukuki koruma tedbiri kararının verilebilmesinin bir diğer koşulu olarak ölçülülük ilkesinden bahsedebilir. Hukuka dair diğer tüm mefhumlarda olduğu gibi burada da verilen karar ile beklenen asgari menfaat arasında mutlaka bir ölçü gözetilmelidir.

Geçici hukuki koruma kararı verilebilmesinin tüm şartlarının gerçekleştiğine kanaat getiren ve talebi kabul eden hakem kurulunun, bu kararı hangi türde verebileceği konusunda düzenlemelerde çoğunlukla açık bir hüküm bulunmaması birtakım tartışmalara sebebiyet vermektedir. Genellikle kararlar; hakem kararı (*award*), ara karar (*order*) veya belirli direktiflere uyulması konusunda tavsiye/davet şeklinde olabilir (Erten, 2018:73).

Tedbirin hakem kararı veya ara karar olarak verilmesinin sonuçları birbirinden farklı olacaktır. Bu sebeple karardan beklenen menfaate göre bu iki şekilden birinin tercih edilmesi gerekir. Tercihinde etkili olan bazı hususları ele aldığımızda, ilk olarak hakem kurulunun geçici hukuki korumayı ara karar olarak vermesiyle zaman bakımından avantaj sağlayacağını söyleyebiliriz. Çünkü ara kararın şekil ve usul şartları hakem kararına göre daha azdır. (Örneğin ICC Tahkiminde hakem kararları Tahkim divanının onayına sunulurken, ara kararlar için böyle bir durum söz konusu değildir.) Ancak tedbirin, ara karar olarak verilmesinin dezavantajı ise icra/tenfiz hususunda karşımıza çıkacaktır. Hakem kararı olarak verilen tedbir kararlarının tenfizi/icrası ihtimali, ara kararlara göre daha yüksektir (Born, 2009: 2014). Örneğin; New York Sözleşmesi kapsamında ara kararların, tenfizi/icrası kabil hakem kararları olmadığı görüşünü savunan bazı mahkeme kararları ve tahkim düzenlemeleri mevcuttur. Diğer bir fark, ara kararlar üzerinde hakem kurulunun hakimiyeti tam olmasına karşılık; hakem kararlarında karar verildikten sonra hakem kurulunun hakimiyet alanından çıkmasıdır. Ara kararlar bakımından gerekli olan değişiklik karara yansıtılabilir hatta karar geri alınabilir; ancak hakem kararı hakemlerce verildikten sonra değiştirilemez ve geri alınamaz.

Tüm bu durumlar göz önünde bulundurularak hangi şeklin tercih edileceği konusunda önce taraf iradelerine üstünlük tanınacak, bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa hakem kurulu beklenen menfaatin en kolay nasıl sağlanacağına ilişkin tespiti yapıp karar verecektir. Hakem kurulu ek olarak karşı tarafın icradan kaçınabileceği ihtimaliyle *lex arbitri* ve *lex fori*yi de dikkate almalıdır.

5.2.Türk Hukukunda Durum

Türk hukukunda geçici hukuki korumaya dair düzenlemelerin MTK ve HMK’da düzenlendiği görülmektedir. İki kanunda da ilgili maddeler incelendiğinde devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesinin en aza indirgenmek istendiği görülmektedir (Akıncı, 2020:131; Pekcanitez, 2003: 67).

MTK m.6/II “*Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verebilir...*” şeklindedir. Yine MTK m.3, “*Milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler sadece bu Kanun’un hükümlerine göre müdahalede bulunabilirler*” olarak düzenlenmiştir. Benzer şekilde HMK m. 414/1 “*Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Yine HMK’da 411. madde, “*Tahkim yargılamasına mahkemelerin yardımı, bu Kısımda açıkça izin verilmiş olan hallerde mümkündür*” demektedir.

Öyleyse tüm bu yasal düzenlemelere bakıldığında, Türk hukukunda (iç ve milletlerarası tahkimde) geçici hukuki koruma kararı verilmesi yetkisine dair, yukarıda bahsedilen serbest seçim modelinin (paralel yetki) benimsendiği söylenebilir. Bunu destekleyecek şekilde MTK m. 6/I düzenlemesine göre; “*Taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez*” denilmektedir.

Verilebilecek tedbir kararının türü konusunda ulusal mevzuata bakıldığında, HMK için bunlar “*ihtiyati tedbir ve delil tespiti*” başlığı altında düzenlenmişken; MTK’da “*ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz*” başlığında düzenlenmiştir. Ancak adlandırılmaların bu şekilde olması yabancılik unsuru içeren tahkim yargılamalarında hakemlerin delil tespiti kararı veremeyeceği anlamına gelmez. Düzenlemelerde, geçici hukuki koruma gibi genel bir üst başlık bulunmadığından, geçici tedbir kapsamında sayılabılacak tüm tedbirlerin hakemlerce verilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir. Ancak ihtiyati haciz açısından başka görüşler

olmasına karşılık kabul gören görüş, bunun İİK hükümlerince mahkemeler tarafından verilmesinin amaca en uygun şekilde yerine getirilmesini sağlayacaktır.⁷

MTK bakımından hakemlere tanınan yetkinin, 6. maddenin devamında şu şekilde sınırlandırıldığı görülmektedir: “*Hakem veya hakem kurulu, 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 veremez.*” Hakemin bu kararı ne türde vereceği ve kararın tanınması/ icrasına yönelik açıklamalar ilerleyen sayfalarda yer alacaktır.

6. MAHKEMELERİN GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA KARARI VERMESİ ve TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Günümüz modern tahkiminde ulusal mahkemeler çoğunlukla, gereken koşullarda hakem kuruluna yardım ve destek tanınması yönünde yetkilidir. Hakem kuruluna yetki vermeyip geçici hukuki koruma kararı verilmesini münhasıran devlet mahkemelerine tanıyan düzenlemeler ise çok azdır. İtalya, Arjantin, Yunanistan bunlara örnek olarak verilebilir (Balkar, 2017:126; Yeşilova, 2008: 648; Özsunay, 2003: 286). Ulusal düzenlemelerin dışında Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu Tahkim Kurallarında (CIETAC) da hakem kurulunun bu konuda yetkisi bulunmadığı açıkça belirtilmiştir. MTK yürürlüğe girene kadar Türk hukukunda da hakem kurullarının geçici hukuki koruma kararı verme yetkilerinin olmadığı kabul edilmişti. Aynı şekilde 2017’den önce İTO Tahkim Yönetmeliği ve yine değiştirilmesinden evvel TOBB Tahkim şartnamesinde de hakem kuruluna yetki tanınmadığı görülmektedir (Erten, 2018:56-57).

Geçici hukuki koruma tedbiri verilmesi konusunda mahkemelerin yetkisinin hukuki dayanağı milli hukuk mevzuatları, uluslararası sözleşmeler veya tahkim anlaşmaları olabilir. Tarafların, önceden aralarında yaptıkları sözleşmeyle tahkim yargılaması sırasında mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbiri konusundaki yetkisini bertaraf edip edemeyeceklerine dair farklı görüşler mevcuttur. Mahkemelere başvuru talebinin vazgeçilemez nitelikte olduğu ve bunun, devletin egemenlik yetkisi ve tarafların hak arama hürriyetinin kısıtlanması anlamı doğuracağından anlaşmanın geçersiz olduğu görüşü veya karşıt olarak,

⁷ “cebrî icra hukuku kapsamına giren konuların devletin egemenlik haklarının bir sonucu ve bu itibarla kamu düzeninden olmaları nedeniyle” (Şanlı, 2014: 458; Kalpsüz, 2010: 47).

taraf iradelerine üstünlük tanıyan, nasıl davanın esası hakkında mahkemenin yetkisi kaldırılıyorsa bu konuda da yapılan anlaşmanın geçerli olacağını kabul eden görüşler vardır (Pekcanitez, 2003: 142). Her ne kadar tahkim yargılamasında taraf iradelerinin ön planda olması ve hakem kuruluna tanınan yetkiye öncelik tanınması gerekli olsa da devlet mahkemelerinin yetkisinin tamamen kaldırılmasına yönelik düzenlemelerin hak kaybına sebebiyet verebilmesi ve tarafların hak arama özgürlüğüne müdahalesi ihtimali doğurabileceğinden geçerli olmayacağı görüşü kabul edilebilir. Ancak eklemek gerekir ki hakem kurulu tek başına beklenen ihtiyacı karşılamaya yetiyorsa bu yöndeki anlaşmalara geçerlilik tanınması gereklidir.

Mahkemelerin ve hakem kurulunun birlikte yetkili olduğu sistemlerde her iki makamın verdiği karar da geçerlidir. Şayet iki karar çelişkili olursa bu durumda nasıl bir yol izleneceği konusu bir sorun oluşturmaktadır. Ulusal hukuk düzenlerinde de konuya dair yeknesak bir çözüm olmaması sebebiyle böyle bir durumda tarafların farklı gerekçelerle kararlardan birine uymayı seçebileceği kabul edilmiştir. Tahkim hukukunda, mahkemeler ve hakemlerin ihtilafli kararlar çıkarmamaya dikkat ettikleri ifade edilmektedir (Erten, 2009:554). Ayrıca bu bağlamda, hakem kurulu oluşmasından önce mahkemelerce verilen geçici hukuki koruma kararları sonradan hakem kurulunca kaldırılamayacaktır (Pekcanitez, 2003: 140).

Uluslararası sözleşmelerde, mahkemeye verilen yetki hakkında yer alan düzenlemelere bakıldığında, daha önce bahsedildiği gibi özellikle New York Sözleşmesinde geçici hukuki korumaya dair bir hükmün yer almaması, bu durumun farklı türde yorumlanmasına sebebiyet vermiştir. Örneğin ABD’de bazı mahkemeler bu bağlamda mahkemelerin geçici hukuki koruma kararı veremeyeceği sonucunu çıkarmıştır. Ancak bu, birçok ABD’li ve diğer hukukçular tarafından eleştirilmiş ve aksi yönde kararlar verilmiştir (Erten, 2018:85). Farklı bir bakış açısı olarak, New York Sözleşmesinde madde 2/3 “*Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder*” olarak düzenlenmiştir.⁸ Buradan da hükmün, mahkemenin müdahalesini tahkim anlaşmasının geçerliliğine bağladığı anlamı çıkarılabilir.

⁸ Türkiye Barolar Birliği, “New York Sözleşmesi”, <http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.02.2021).

Esasen New York Sözleşmesinden önce uygulanan 1961 tarihli (Avrupa) Cenevre Sözleşmesi, mahkemelerden talep edilen geçici hukuki koruma tedbirinin tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyeceğini hükme bağlamıştı. Sonraki düzenlemelerde (hatta açıkça yer almasa bile) bu hüküm, uygulama açısından esin kaynağı olmaya devam etmiştir.

ICSID Sözleşmesinde ise daha önce belirtildiği gibi mahkemelere geçici hukuki koruma tedbiri yetkisi tanınmamıştır ancak bunun istisnası tarafların anlaşmasıdır (ICSID Sözleşmesi m. 47, ICSID Tahkim Kuralları m. 39/6).

Tahkimin alternatif çözüm yolu olarak adlandırılmasının sebebi; tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemeleri yerine, yapmış oldukları anlaşma ile mahkemeleri bertaraf ederek hakem kurulunu seçmeleridir. Buna karşın; tahkim yargılamasının sağlıklı bir şekilde devam edebilmesi ve tahkimin usul açısından ortaya çıkan zayıflıklarının giderilebilmesi için bazen mahkemelerin yardım ve desteğine gereksinim duyulmaktadır. Hakem kurulunun yetkisinin olmaması, hakem kurulunun henüz oluşmaması, üçüncü kişilere yönelik geçici hukuki koruma kararı verilmesi gibi durumlar tarafların ulusal mahkemelerden geçici hukuki önlem talep etmesine ilişkin bazı haklı yararları olarak sayılabilir. Bunun dışında bazı ulusal hukuk düzenlerinde hakem heyetinin verdiği geçici hukuki koruma kararının icrası mümkün olmayabilir. Bu durumda mahkemelerin hakem kararlarının tanınması ve icrasına yönelik kararlar alması gerekmektedir.

Mahkemelerin tahkim yargılamasında geçici hukuki koruma kararı vermesinin olumsuz yönleri de vardır. Bunlar; hukuk düzenleri arasında yeknesaklığın bulunmaması sebebiyle ortaya çıkan sorunlar, hakem kurulu oluşmadan önce mahkemelere başvurulması halinde mahkemenin bunu tahkim iradesinden vazgeçme olarak kabul edip esasa girmesi, gizlilik ihlali gibi tahkim anlayışına aykırı durumlar ortaya çıkabilmesi, zaman kaybı ve ek masraflar oluşması vs. olarak sayılabilir. Mahkemeye başvurmanın bir başka dezavantajı da bilimsel ve teknik uzmanlık gerektiren uyuşmazlıklar olduğunda görülmektedir. Uzmanlığa ilişkin bir hususta hâkimin yeterli bilgisi olmayabilir. Bu da yanlış değerlendirmeler sonucunda yanlış bir geçici hukuki koruma kararı verilmesine neden olabilir (Santocroce, 2015: 284).

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümü için Türk hukukunun tanımış olduğu hakkı kullanarak yabancı bir tahkim mahkemesinin yetkisini kabul eden tarafları Türk mahkemelerince verilebilecek ihtiyati tedbir korumasından mahrum bırakmak, hukuken kabul edilebilir bir durum değildir (Şanlı, Esen, and Ataman Figanmeşe,

2014:464). Türk hukukunda, daha önce bahsedildiği gibi, mahkemeler geçici hukuki koruma kararı konusunda hakem kuruluna yardım ve destek sağlayacak şekilde yetkilendirilmiştir.

HMK m. 411, “*Tahkim yargılamasına mahkemelerin yardımı, bu Kısımda açıkça izin verilmiş olan hallerde mümkündür*” şeklindedir. HMK’nın 414. maddesinin 3. fıkrasında “*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 hâller mevcut değil ise mahkemeye başvuru, sadece hakem veya hakem kurulundan alınacak izne veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine dayanılarak yapılır.*” denilmektedir. Buradan anlaşıldığı gibi iç tahkimde mahkemelerin yetkisi ancak; hakem, hakem heyeti veya ön hakem heyetinin, belirtilen sebeplerle gereken kararı veremeyecek olması veya bu olsa bile hakem kurulunun izni ya da tarafların bu konuda bir anlaşmasının da olmaması koşuluyla doğacaktır⁹.

Aynı maddenin son iki fıkrasında yine tahkim yargılamasına ilk derecede önem verildiği ve öncelik tanındığı görülmektedir¹⁰. Buna göre; mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararının, hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilebileceği veya ortadan kaldırılabileceği, tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin talebi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararının, aksine karar verilmedikçe, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hâle gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi hâlinde kendiliğinden ortadan kalkacağı düzenlenmiştir.

HMK’nın son fıkrasında yer alan, mahkemelerce verilmiş geçici hukuki koruma kararlarının hakemlerce kaldırılabilmesi tartışmalara sebebiyet vermiştir (Pekcanitez- Atalay and Özkes, 2017: 1083; Pekcanitez , 2003: 75). Bu hükmün mahkemelere olan güveni sarsacağı ve taraf iradesine bu derece üstünlük sağlamanın doğru olmadığı, kaldı ki; verilen hakem kararının kaldırılmasının diğer tarafın iradesine uygun düşmeyebileceği veya başka bir görüşe göre yetkide paralellik (AY m.38/son) ilkesiyle çelişeceği gerekçeleri ile eleştirmiştir. Bir diğer görüş ise; hakemlerin bu konudaki yetkisinin mahkemenin verdiği kararı denetleme ve kaldırma yetkisi olarak anlaşılması gerektiği, bu yetkinin sadece koşullarda bir değişiklik

⁹ Delil tespiti ise HMK m.432’de düzenlenmiştir.

¹⁰ HMK m. 414 “... (4) *Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin talebi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararı, aksine karar verilmedikçe, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hâle gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi hâlinde kendiliğinden ortadan kalkar. (5) Mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararı, hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir.*”

olması durumunda ve durumun ispat edilmesi şartına bağlı olarak bu kararının kaldırılması ya da daha etkin geçici hukuki koruma sağlanabilmesi bakımından önceden mahkeme tarafından verilmiş olan tedbir kararının kısmen veya tamamen değiştirilebilmesine ilişkin olduğu yönündedir.

Daha önce, uluslararası tahkime ilişkin yargılamalarda geçici hukuki koruma tedbiri verme yetkisi bakımından *free choice* modelinin benimsendiği anlatılmıştı. Bu bağlamda yabancılik unsuru taşıyan tahkimi düzenleyen Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 6/I düzenlemesi de “ *taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez*” şeklindedir.¹¹

Ayrıca belirtmek gerekir ki MTK, yabancılik unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. (MTK md.1/II) Fakat aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, Kanunun 5. ve geçici hukuki koruma tedbirlerini düzenleyen 6. maddesindeki hükümlerin, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durumda Türkiye’de veya yabancı bir ülkede olup olmadığına bakılmaksızın tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin tahkim yargılamasından önce veya sırasında mahkemeden geçici hukuki koruma talep etmesi ve mahkemenin bu talep doğrultusunda karar vermesi yine tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyecektir (Şanlı, 2013:193; Şanlı, Esen, and Ataman Figanmeşe, 2014: 454).

Doktrinde, MTK m.6’daki düzenlemenin ihtiyati tedbirin tahkim yargılamasının dışında kalan bir husus olduğu ve taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinin varlığının Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir kararı istenmesine ve mahkeme tarafından da böyle bir karar verilmesine engel teşkil etmediği belirtilmektedir. Dolayısıyla, tahkim yargılamasından önce Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir kararı alınması gerektiğinde, sanki taraflar arasında bir tahkim anlaşması yokmuşçasına hareket edilerek, HMK m.390 kapsamında yetkili bir Türk mahkemesinin bulunup bulunmadığına bakılması ve yetkili bir Türk mahkemesi var ise, o mahkemenin ihtiyati tedbir kararı verebilmesi gerektiği ileri sürülmektedir (Şanlı, Esen, and Ataman Figanmeşe, 2014: 466). Ancak uygulamada mahkemelerin, HMK m.390 hükmünü

¹¹ UNCITRAL Model Kanun’da bu şekilde bir düzenleme yoktur. Buna karşılık 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları’nda (m. 26/III) bu yönde bir düzenleme mevcuttur (Kalpsüz, 2010: 44-45).

yukarıda ifade edilen şekilde yorumlamadığını, mahkemenin yetkisi kapsamına girmediğinden bahisle talebi reddettiğini görmekteyiz (Arslan, 2016: 717). Ancak böyle bir yorum tarzı yerine, MTK m.3'te belirtilen yetkili mahkemelere başvurularak ihtiyati tedbir kararı alınabilir.

MTK 6. maddenin devamında; taraflardan biri, hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararını yerine getirmezse; karşı tarafın, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebileceği ve yetkili mahkemenin gerekirse başka bir mahkemeyi istinabe edebileceği hüküm altına alınmıştır.

HMK'daki düzenlemeyle benzer şekilde MTK m. 6'nın son fıkrası "*Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin istemi üzerine mahkemece verilen ihtiyatî tedbir ya da ihtiyatî haciz kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkar.*" şeklindedir.

Konuyla ilgili önemli olan hususlardan biri, tahkim anlaşmasına rağmen taraflardan birinin geçici hukuki koruma önlemi talebi için devlet yargısına başvurması durumunda diğer tarafın tahkim itirazını ileri sürüp süremeyeceğidir. Bilindiği gibi tahkim itirazı bir ilk itirazdır ve esasa ilişkin yargılamanın başında en geç cevap dilekçesiyle ileri sürülür (HMK m. 117). Yasal düzenlemelerde de belirtildiği üzere geçici hukuki koruma tedbiri talebiyle mahkemelere başvurulması, tahkim anlaşmasına aykırılık oluşturmaz. Bu durumda tahkim iradesi devam etmektedir. Öyleyse hâkim, esasa girip karşı tarafın ileri sürdüğü tahkim itirazını dikkate alamaz.

Hukukumuzda, verilen geçici hukuki koruma tedbirleri sonrasında kararın devamlılığının ve sonuca ulaşılmasının sağlaması için belli prosedürlerin izlenmesi gerekmektedir. Buna göre iç tahkim açısından, HMK m. 393/I gereği ihtiyatî tedbir kararının verildiği tarihten itibaren bir hafta içerisinde uygulanması talep edilmeli ve bu talep HMK m. 390 uyarınca uyuşmazlığın esası bakımından görevli ve yetkili mahkemeye yapılmalıdır. Bu yetki kuralının taraflar arasındaki mevcut tahkim anlaşması dikkate alınmadığı takdirde kanunen yetkili olacak Türk mahkemesinin yetkili olacağı şeklinde yorumlanmasının uygun olacağı doktrinde ifade edilmiştir.

Benzer şekilde MTK'daki düzenlemeye göre, tahkim yargılamasından önce Türk mahkemelerinden geçici hukuki koruma talep edilmişse yine öncelikle tedbir kararının verildiği

tarihten itibaren bir hafta içinde kararın uygulanması talep edilmeli ve bu tedbir kararının uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren de otuz gün içerisinde tahkim davası açılmalıdır (MTK m. 10/A-II). Davanın ne zaman açılmış sayılacağına ilişkin düzenleme ise m. 10/A düzenlemesinde yer almaktadır: “*taflar aksini kararlaştırmadıkça tahkim davası, hakemlerin seçimi için Asliye Hukuk Mahkemesine veya tarafların anlaşmasına göre hakem seçecek olan kişi, kurum veya kuruluşa başvurulduğu ve eğer anlaşmaya göre hakemleri seçimi iki tarafa ait ise, davacının hakemini seçip kendi hakemini seçmesini diğer tarafa bildirdiği; anlaşmada hakem veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise uyumsuzluğun tahkim yoluyla çözülmesi talebinin karşı tarafça alındığı tarihte açılmış sayılır.*” Verilen ihtiyati tedbir kararının devamlılığının sağlanması için ise tedbir talep edenin dava açtığına ilişkin evrakı yine kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde kararı uygulayan memura ibraz ederek dosyaya koydurmalı ve karşılığında bir belge almalıdır (HMK m. 397/I).

7. HAKEMLERCE VERİLEN GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA KARARLARININ İCRASI (TÜRKİYE ÖRNEĞİNDE)

Hakemlerce verilen geçici hukuki koruma kararının icrasına yönelik bir işlemin gerekli olup olmadığı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Aleyhe olan görüşe göre tahkim iradesine sahip olan taraflar, geçici hukuki koruma kararının gereğini belli sebeplerle zaten yerine getiriyor olmalıdırlar (UN Doc. A/CN.9/460). Şayet icra edilebilir bir geçici hukuki koruma kararına ihtiyaç duyuluyor ise, birçok ulusal hukuk düzeninin yetki tanıdığı şekilde, en başından mahkemelerin yardımına başvurulabilecektir (UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP 108 prgf. 76), denilmektedir.

Doktrindeki çoğunluk görüşü hakemlerce verilen geçici hukuki koruma kararlarının icrasının gerekliliğini savunmaktadırlar. Gerçekten de icra imkanının olmaması tarafların tahkime başvurusu konusunda iradelerinde bir tereddüt oluşmasına yol açabilir. Taraflar, haklarının korunacağı konusunda güvenin sağlanmadığı bir yargılamanın içerisinde olmak istemeyebileceklerdir. İcra imkanının olmaması halinde, verilen geçici hukuki koruma kararından beklenen menfaat gerçekleşmeyebilir. Bu durumda hakemlerce verilmiş olan yetki kör bir silah olarak kalacaktır (Pekcanıtez, 2003: 134). Gereken geçici hukuki koruma kararı verilmiş olmasına rağmen, tarafın muhtemel zararının engellenmesine yönelik fiili bir işlem

yapılmasını (zorla icra) sağlayan bir sistemin olmaması; tarafa, davayı kazanmış olsa dahi yargılama sürecinde kaybettikleri göz önünde bulundurulduğunda, hukuki bir tatmin sağlamayabilecektir.

Geçici hukuki koruma kararının icrasının gerekli olmadığına gerekçe olarak öne sürülen riskler, kararı veren makamla ilgili değildir. Yani bunlar devlet yargısında verilen geçici hukuki koruma kararları için de söz konusu olabilir (Erten, 2018: 180-181).

Farklı bir bakış açısı olarak, geçici hukuki koruma kararlarının icrasına yönelik bir sistemin mevcut olması tek başına bile tarafları karara uymaya yönlendirebilir. Çünkü bu durumda karara uymama düşüncesinde olan taraf ancak kabul edilebilir bir itiraza sahipse bundan kaçınabilecektir.

Hakemlerce verilen geçici hukuki koruma kararlarının icrasının gerekli olduğunun kabul edilmesinin ardından bu icranın nasıl sağlanacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu konuda farklı yaklaşımlar mevcuttur. Bunlar; hakem kuruluna icra yetkisi tanınması, hakem heyeti tarafından verilen geçici hukuki koruma kararlarının mahkemelerce icra (*exauctor modeli ve court assistance model*) edilmesidir (Carlevaris, 2007: 512-515). Veya karma/birlikte olan yaklaşımlardır. Ulusal hukuk düzenlerinde bu yaklaşımları temel alan farklı uygulamalar mevcuttur.

Türk hukukunda, hakem heyeti tarafından verilen geçici hukuki koruma kararlarının mahkemelerce icra edilmesini temel alan yaklaşımlardan biri olan yardım modeli(*court assistance*) benimsenmiştir. MTK 6. maddenin 3. fıkrası “*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 isteyebilir. Yetkili mahkeme gerekirse başka bir mahkemeyi istinabe edebilir.*” şeklindedir. Buradaki “yardım”dan kasıt, mahkemenin icra konusunda sağlayacağı yardımdır. Mahkemenin yardımına, taraflardan birinin kararı yerine getirmemesi koşuluyla başvurusu gerektiği düzenlenmiş ancak görüldüğü üzere talebin nasıl değerlendirileceği hakkında bir ölçüt getirilmemiştir. Bu durumda uygulamada kabul edilen, mahkemenin yapacağı değerlendirmeyi ilk görünüşüne göre yapması, esasa girmekten uzak durmasıdır.

Bu kapsamda incelenecek koşullardan biri, tedbir türünün Türk hukuk mevzuatına yabancı olup olmadığıdır. Çünkü mahkeme, kendi usul hukukunda tanınan tedbirlerin kararının

icrası konusunda yardımcı olabilir. Ancak aksi durumda talebin direkt reddi yoluna gidilmemelidir. Öncelikle, MTK'da açık hüküm bulunmamasına rağmen yardım modelini benimseyen diğer hukuk düzenlerinde olduğu gibi, kararın Türk hukukunda bilinen bir geçici hukuki koruma önlemine dönüştürülerek icrasının sağlanması yerinde olacaktır (Pekcanitez, 2003: 35).

Talebi değerlendirmeye yetkili mahkeme hakkında yine 6. maddede bir hüküm yer almamaktadır ancak, bu durumda başvurulacak olan 3. madde *“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.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Konuya iç tahkim açısından bakıldığında MTK ile bazı farklılıkların mevcut olduğu görülmektedir. HMK m. 414/2 *“Mahkeme hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının, geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verir.”* şeklindedir. Görüldüğü gibi diğer kanundan farklı olarak, tarafların talebinin olması koşulu ve tahkim sözleşmesinin geçerliliği koşulu açıkça düzenlenmiştir. Elbette hükümde yer almamış olsa da buradaki mahkeme incelemesi de *tahkimin niteliği gereği* ilk görünüşle sınırlı olmalıdır. Bu şartların mevcut olmasıyla mahkemenin icra edilebilirlik kararı verebilmesine ek olarak, iç tahkim açısından mutlaka talep edilen geçici hukuki koruma kararının Türk usul hukukunda düzenlenmiş olması şartı da aranmalıdır.

8. YABANCI GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA KARARLARININ TENFİZİ (TÜRK HUKUKU MEVZUATINCA)

Bir devletin egemenlik unsurlarından biri yargılama yetkisidir. Her devlet kendi mevzuatı uyarınca yargılama yapar. Devletlerin kendi sınırları içinde kendi mevzuatlarına dayanarak vermiş olduğu kararlar birden çok devlette uygulama alanına sahip olabilir. Yabancı bir devlet mahkemesi kararının tanınması, ona ülke yargısında etki tanınması anlamına gelir (Nomer, 2009: 504). Bu durum Türk hukukunda, Milletlerarası Özel Hukuk Usulü Kanunu m.50’de *“Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet*

kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.” denilmekle ve 58. maddede “Yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığıının mahkemece tespitine bağlıdır.” şeklinde düzenlenerek aynen kabul edilmiştir. Bu durumda, bir Türk mahkemesinin yabancı mahkemelerden alınan mahkeme kararlarına dayanarak Türk hukukunda nihai karar niteliğinde bir karar verebilmesi için o kararı tanınması-tenfiz etmesi gerekir.

Geçici hukuki koruma kararları beklenen menfaatin sağlanması bakımından tahkim yeri ülkesinden farklı bir ülkede uygulanmak durumunda olabilir. Örneğin, malvarlığı değerlerine karşı bir tedbir veya karşı tarafın ikametgâh ya da işyerinin bulunduğu yerde uygulanması gereken bir tedbir verilmiş olabilir. Bu durumda hakem veya mahkemelerce verilmiş olan geçici hukuki koruma tedbiri kararının farklı bir ülkede tenfizi yoluna gidilmesi gerekir.

Hakem kurulları tarafından verilen geçici hukuki koruma tedbiri kararlarının tenfizi hususunda birtakım sorunlar gündeme gelmektedir. Bunun ana sebeplerinden biri, ulusal hukuk düzenlerinde bu kararların tenfizine ilişkin bir düzenlemenin olup olmaması hususunda karşımıza çıkar. Bununla beraber uluslararası sözleşmelerde de konunun düzenlenmesi hususunda bazı önemli detaylar mevcuttur. Başka bir husus da verilen geçici hukuki koruma tedbiri kararının türüne göre tenfiz hususunda farklılıkların var olmasıdır. Tüm bunlara rağmen doktrinde ve uluslararası tahkim çevrelerinde genel olarak kabul edilen görüş, verilen geçici hukuki koruma kararlarının tahkim ülkesi dışındaki bir ülkede tenfizinin mümkün olması gerektiğidir (Erten, 2018: 214). Tahmin edileceği gibi bu imkânın tanınması uluslararası ticari tahkimin gelişmesine önemli katkı sağlar.

Konuyla ilgili UNCITRAL Model Kanununda da hükümler mevcuttur (UNCITRAL Model Law Section 4. Recognition and enforcement of interim measures Article 17 H. Recognition and enforcement & Article 17 I. Grounds for refusing recognition or enforcement). Kararların tanınması ve tenfiziyle alakalı yukarıda bahsedilen modellerin avantaj ve dezavantajları ele alınarak farklı bir taslak oluşturulmuştur. Sonuç olarak hakem kurulu tarafından verilen kararların bağlayıcı olduğu ve yerine getirilmemesi halinde icrasının mümkün olduğu kabul edilmiştir. İlgili maddelerde; mahkemelerin hükümde sayılan nedenlerle bağlı olarak takdir yetkisi, geçici tedbir kararının şekli, talep, tahkim yerinin önemli olmaması, bildirim yükümlülüğü, teminat ve ret nedenleriyle alakalı düzenlemeler mevcuttur.

Yabancı geçici hukuki koruma kararlarının tenfizi konusunda ulusal hukuk düzenleri çoğunlukla sessiz kalmıştır. Konuya Türkiye özelinde bakıldığında; her ne kadar ilgili açık bir hüküm bulunmasa da MTK'nın 1. maddesine göre Kanunun uygulanmasının şartlarından birinin tarafların anlaşmasının olduğu düzenlenmiştir. Devamında 6. maddedeki düzenleme incelendiğinde, önceki açıklamalarımızda bahsedildiği gibi, tahkim yerinin Türkiye dışında olduğu hallerde de mahkemelerin yetkili olacağı kabul edilmiştir. Buradan çıkarılacak sonuç, dolaylı olarak MTK'nın geçici hukuki koruma kararları bakımından yabancı veya iç tahkim arasında bir ayırım yapılmadığıdır.

Türk hukuku bakımından hakem kararlarının tenfizinde ikili bir ayırım yaparak konuya bakılmalıdır. Şayet konu New York Sözleşmesinde düzenlenmemişse 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un(MÖHUK) m. 60-63 hükümleri uygulanacaktır. MÖHUK m. 60/1 “*Kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir.*” şeklindedir. Bu durumda kararın kesinleşmiş, icra kabiliyetini haciz veya bağlayıcı olması gerekmektedir. Öyleyse öncelikle bunun tespitinin yapılması amacıyla, daha önce de bahsedildiği gibi, kararın hakem kararı (*arbitral award*) veya emir(*order*) olarak verilmesinin sonuçlarına ilişkin bir değerlendirmede bulunulmalıdır (Kapancı, 2011: 536).

Ülkemizin de taraf olduğu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi, yabancı hakem kararlarının tenfizi konusunda yeknesaklığın sağlanmasında önemli bir sütundur. Ancak sözleşmede geçici hukuki koruma kararlarına ilişkin bir düzenlemenin yer almaması önemli bir sorun oluşturmaktadır. Bu eksiklik ve belirsizliği tamamlamaya yönelik olarak genel kabul gören görüş, New York Sözleşmesinin tarafı olan bir devletin sözleşme kapsamında olduğundan bahisle hakemlerce verilmiş olan geçici hukuki koruma tedbirlerinin tenfizine ilişkin bir yükümlülüğün bulunmadığıdır (Erten, 2018: 222). Bu durumda yapılacak şey ancak konuyla ilgili sağlıklı bir değerlendirme yapıp (kararın niteliği, nihai olup olmadığı, kararın şekli, kamu düzenine aykırılık) geçici hukuki koruma kararının niteliğine ilişkin tespitini doğru bir şekilde ortaya koyulmasından ibaret olacaktır.

Mevcut soruna karşı bir çözüm; (her ne kadar zaman ve maddi masrafa yol açabilirse de) şayet verilmiş olan geçici hukuki koruma kararının tenfizi bir şekilde mümkün olmuyorsa, bu durumda talep sahibinin, söz konusu ülke mahkemesinden hakemlerce verilen geçici hukuki

koruma kararının esas alınması istemiyle (mahkemenin talebi kabul zorunluluğu bulunmayacaksa da) yeniden bir tedbir kararı verilmesini talep edebilmesi gösterilebilir.

SONUÇ

Tahkim, kendine özgü özellikleri sayesinde uluslararası ticari hayatta uyuşmazlık çözümünde davalasılmaktan daha fazla tercih edilmektedir. Tahkime rağbet her geçen gün, uluslararası ticari hayatın yaygınlaşmasına paralel olarak, tahkim yargılaması ve ilgili hususların ulusal hukuk düzenlerinde daha fazla yer edinmesi ve tahkim merkezlerinin sayısı ile beraber artmaktadır. Ancak tahkimin çok sayıda avantajının yanında dezavantaj sayılabilecek durumlar da ortaya çıkabilmektedir. Bu dezavantajlar, tahkimin uygulanmasının artmasıyla birlikte daha fazla görünür hale gelmiştir. Genel olarak tahkime dair sorunların çoğu; tahkim yargılamasına dair bazı unsurları ve sonuçları, devletlerin egemenlik yetkisine müdahale olarak gören anlayışın bir getirisi olarak; devlet yargısıyla tahkim yargısına ait sùjelerin adeta yarıştırmak zorunda bırakılmasından ileri gelmektedir. Halbuki tahkim, diğerk alternatif çözüm yollarından farklı olarak kararlarının bağlayıcı olması gibi farklı özelliklere sahip olsa da bu yetkisi devletlerin egemenlik yetkisi ile ilişkili değildir. Yani burada olması gereken, ulusal mahkemelere veya hakem kurullarına bir konuya dair üstünlük tanınması değil; hakemlerce verilen kararların devletlerin yargılama yetkisi temelinde genel kabul görmesi gerektiğidir. Ancak bu iş birliği içerisinde iki ayrı yargılama merciinin adaleti gerçekleştirme gayesi mümkün kılınabilir. Bu sorunlar geçici hukuki koruma hususunda da karşımıza çıkmaktadır.

Uluslararası ticari tahkim yargılamasında nihai karara ulaşmak kadar önem arz eden bir diğerk husus geçici hukuki korumadır. Bazen uyuşmazlığın oluştuğı andan davanın açılmasına bazen de dava süresince doğabilecek tehlikeler sebebiyle tarafların haklarının geri dönülemez veya ciddi bir şekilde zarar görmesinin engellenmesi veya verilecek nihai kararın uygulanmasının sağlanabilmesi için geçici hukuki koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Hatta bazı hallerde geçici hukuki koruma olmadan elde edilecek nihai sonuç taraf için bir anlam ifade etmeyebilecektir. Tarafların, yargılama süresince hak kaybına uğramamaya yönelik önlemlerin alınması konusunda devlet yargılamasının verdiği hukuki güveni, tahkim yargılamasında da bulmak istemeleri en doğal ve makul haklarıdır. Bu kurumun var olması tahkimin çok sayıdaki avantajını bir kat daha artırdığı söylenebilir.

Uluslararası tahkim yargılamasında geçici hukuki koruma tedbiri konusunda ulusal veya uluslararası düzenlemelerde ortak bir terminoloji, kural, hüküm veya sonuç bulunmamaktadır. Bu da farklı hukuk düzenlerinde farklı uygulamaların oluşmasını doğurmaktadır. Burada sorun oluşturan asıl mesele farklı uygulamaların meydana gelmesi değil, -ki tahkim niteliği gereği taraf iradelerine dayandığından ve gizlilik esası barındırdığından aynı nitelikteki davalara aynı sonucun uygulanması gibi bir gereklilik beklenmeyecektir- mahkeme veya hakem kuruluna tanınan yetki hususudur. Bazı düzenlerde sadece mahkemeye ya da sadece hakem kuruluna, bazılarında ise her ikisine birden geçici hukuki koruma tedbiri verme yetkisi(mahkeme yardımcı veya ikincil nitelikte) tanınmıştır. Bunun dışında bazı ulusal hukuk alanlarında sadece mahkemelerin verebileceği nitelikte spesifik geçici hukuki koruma tedbirleri öngörülmüştür. Bazen de tahkimin niteliği gereği bazı geçici hukuki koruma tedbirlerini mahkemelerden talep etme zorunluluğu doğar. Hal böyle olunca esasen mahkeme dışında alternatif bir çözüm yolu seçen taraflar, kendilerini yine mahkeme koridorlarında bulacaktır. Bunun, tarafların sahip olduğu tahkim iradesiyle uyuşmadığı barizdir. Dahası hakemlerce verilen geçici hukuki koruma tedbirinin hangi türde verileceği konusunda karşımıza çıkar. Ara karar veya hakem kararı olarak verilen kararların sonuçları birbirinden farklı olacaktır. Bunun sebebi NY Konvansiyonu gibi uluslararası sözleşmelerde tek başına geçici hukuki koruma tedbiri kararlarının niteliği ve tenfizine dair hüküm bulunmamasıdır. Bu konuda yapılması gerekli bir düzenleme uluslararası alanda yeknesaklık sağlayacak, ulusal mahkemelerin birtakım keyfi uygulamalarının önüne geçebilecektir.

Türk hukukunda MTK ve HMK'da tahkime dair düzenlemeler mevcuttur. İlgili maddelerde geçen, geçici hukuki koruma yetkisi verme hususunda mahkemenin yardımı ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değilse de bu yardımın icra konusunda olduğu kabul edilmelidir. Kendisinden yardım talep edilen mahkeme, hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma kararının esasını incelememeli, sadece geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunup bulunmadığı, hakemlerin usulüne uygun atanıp atanmadığı, kararın içeriğinin cebri icraya elverişli olup olmadığı ve kamu düzenine uygun olup olmadığı hususları bakımından sınırlı olarak usuli bir inceleme yapmalıdır. Burada özellikle kamu düzeni şartına dikkat çekmek gerekmektedir. Mahkemenin kamu düzeni ihlali olup olmadığı hakkında vereceği bir kararda diğer hususlara nazaran daha soyut denilebilecek bir incelemeyle takdiri söz konusudur. Bu durumda mahkemeler hakem kararlarının kabul edilmemesine meyilli keyfi bir incelemeden

kaçınılmalıdır. Bu şekilde tahkim dünyasında Türkiye'ye dair olumsuz izler silinecek, Türkiye'nin tahkim dostu bir ülke olarak bilinmesinin önu açılacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Z. (1997). Hakemlerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Verme Yetkisi. *Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 209-223.
- Akıncı, Z. (2016). *Milletlerarası Tahkim*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Balkar-Bozkurt, S. (2017). "Milletlerarası Tahkime Konu Uyuşmazlıklarda Hakemlerin Geçici Koruma Tedbirlerine Hükmedebilme Yetkisi ve Imperium Kavramı". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017/2, 259-293.
- Born, G. B. (2009). *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. Netherlands: Kluwer Law International.
- Carlevaris, A. (2007). "The Recognition and Enforcement of Interim Measures Ordered by International Arbitrators". *Yearbook of Private International Law*, 503-539.
- Collier, J., Lowe V. (2000). *The Settlement of Disputes in International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Erdoğan, F. (2004) *Uluslararası Hukuk ve Tahkim*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Erten, R. (2009) "İngiliz Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 58, 539-577.
- Erten, R. (2010) *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Fry, Jason. (2013). "The Emergency Arbitrator- Flawed Fashion or Sensible Solution?". *Dispute Resolution International*, 7/2, 67-87.
- Kalpsüz, T. (2010). *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kapancı, K. B. (2011). "Tahkimde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Meseleler". *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Ata Sakmar'a Armağan*, 521-540.
- Nomer, E. (2009). *Milletlerarası Usul Hukuku*. İstanbul: Beta Basım.

- Nomer, E., Ekşi N., Öztekin-Gelgel G. (2016). *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, İstanbul : Beta Yayıncılık.
- Nomer, E. (2017). *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Özekes, M. (1999). *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*. Ankara: Seçkin.
- Özsunay, E. (2003). “Kurumsal Tahkim Sistemlerinde ve Bazı Ulusal Hukukların Uluslararası Tahkimle İlgili Düzenlemelerinde Geçici ve Koruyucu Önlemler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 265-290.
- Pekcanitez, H. (2003). “Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri”. *Milletlerarası Tahkim Semineri*, Ankara: ICC Türkiye Milli Komitesi.
- Pekcanitez H., Özekes M., Atalay O., Akkan M. (2017). *Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Santocroce, F. G. (2015). “The Emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision?”. *Arbitration International*, 31/2, 283-312.
- Segesser, G., Kurth C. (2004). “*Interim Measures*” *International Arbitration in Switzerland*, Hague: Kluwer Law International.
- Şanlı, C. (2013). *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. İstanbul: Beta.
- Şanlı, C., Esen E., Ataman Figanmeşe İ., (2014). *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta.
- Taşpolat Tuğsavul, M. (2014). “4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin ve Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan*, Özel Sayı, 2063-2113.
- Yeşilirmak, A. (2015). *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International.
- Yeşilirmak, A. (2018). *ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık.
- Yeşilova, B. (2008). *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi*, İzmir: Güncel.

İnternet Kaynakları

- Amerikan Tahkim Kurumu Tahkim Kuralları, <https://www.adr.org/Rules> (Erişim Tarihi: 26.06.2021).
- Birleşmiş Milletler Dokümanları, <https://www.un.org/en/sections/general/documents/index.html>, (Erişim Tarihi: 02.07.2021).
- ICC Tahkim Kuralları, “2021 Arbitration Rules”, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>, (Erişim Tarihi: 20.03.2021).
- ICC Tahkim Öncesi Kurallar, “Pre-Arbitral Referee rules”, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/pre-arbitral-referee/rules/>, (Erişim Tarihi: 25.04.2021).
- New York Sözleşmesi, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html; <http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 12.04.2021).
- UNCITRAL “Tahkim Kuralları”, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.05.2021).
- UNCITRAL Model Kanunu, https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf (Erişim Tarihi: 27.03.2021).