

ACİL DURUM HAKEMLİĞİ

N. Tuğçe BİLGETEKİN*

Öz

Tahkimde tarafların sahip olduğu en önemli avantajlardan biri hakemleri seçebilme özgürlüğüdür. Fakat bu durum hakem kurulunun oluşmasının belli bir zaman alması gibi bazı zorlukları da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle kişiler uzun bir dönem hakem kurulu oluşana kadar geçici hukuki koruma talepleri için sadece mahkemeye başvurma imkânına sahipti. Esas iradeleri tahkime gitmek yönünde olan tarafların daha başlangıçta mahkemeye başvurmasının ortak amaçlarına aykırı olacağını düşünen tahkim kurumları ise, bu soruna bir çözüm getirmek amacıyla acil durum hakemliğini içeren kurallar çıkarmaya başladılar. Bu kurallarda esasa ilişkin uyumsuzluğa bakacak hakem kurulunun oluşmasından önce genellikle tek bir acil durum hakemi tarafından geçici hukuki koruma tedbiri taleplerine bakılması öngörülmektedir. Yetkileri ise hakemlerin geçici hukuki koruma yetkisi konusunda sahip olduğu yetkilerle genellikle paralellik göstermektedir. Acil durum hakemlerine ilişkin en büyük tartışma ise verdikleri kararların icra edilebilir nitelikte olup olmadığıdır. Bu sorunun yanıtı özellikle acil durum hakemlerinin hakem sayılıp sayılmamasına göre değişecektir. Yanıtın olumlu olması halinde, verdikleri kararın niteliği veya ulusal hukuklardaki düzenlemelere göre verilen kararın tenfiz edilebilir nitelikte olup olmadığı sorusu yanıtlanabilir. Bununla birlikte uygulamada tarafların zaten sözleşmesel bağlayıcılığı olan bu kararlara genelde uydukları da bilinmektedir.

Anahtar kelimeler: *Acil durum, hakem, tenfiz, kurumsal tahkim, nihailik*

EMERGENCY ARBITRATOR

Abstract

One of the biggest advantages of arbitration is the freedom to choose the arbitrators. However, it also has several downsides such as the lengthy period of time required for the constitution of the arbitral tribunal. Before, parties could only seek interim measures from local courts until the constitution of the arbitral tribunal. Arbitral institutions opined that the option to apply to a court for interim measures at the commencement of arbitration would be contrary to the parties' common intention for arbitration. Therefore, they created new rules to address this issue, including emergency arbitrators. According to these rules,

* İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, İstanbul Barosu Avukatı, İstanbul, Türkiye, tugcebilgetekin@gmail.com

** Makale Gönderim Tarihi: 28.07.2016, Makale Kabul Tarihi: 03.11.2016

an emergency arbitrator has the competence to decide on interim measures prior to the constitution of the arbitral tribunal. Their powers are generally similar to the arbitrators' powers to grant interim measures. The main debate regarding emergency arbitrators is whether or not their decisions are enforceable. The answer to this question depends, especially, on another question: is it possible to conclude that emergency arbitrators are arbitrators? If the answer to that question is positive, then the question of enforceability can be answered according to the legal nature of the decisions of emergency arbitrators and the local regulations. After all, in practice, it is known that parties generally tend to comply with these decisions, which are contractually binding.

Keywords: *Emergency, arbitrator, institutional arbitration, enforcement, finality*

Giriş

Tahkim, devlet yargısına bir alternatif olarak özellikle milletlerarası uyuşmazlıklarda tercih edilen bir uyuşmazlık çözüm sistemidir. Uluslararası ticaretin hızına uyum sağlaması bu tercih sebeplerini yaratan durumlardan biridir. Zira devlet yargısında çok uzun yıllarda çözümlenebilecek bir olay, tahkimde yaklaşık bir veya iki sene içinde çözüme ulaşmaktadır.

Yine de tahkimin, devlet yargısına göre yavaş olduğu bir alan mevcuttur. Hakem kurulu taraflarca seçildiğinden bu durum uzun vadede sağladığı avantajlarla tahkim süresini kısaltacaksa da, kısa vadede devlet yargısından daha yavaş işlemesine sebebiyet verir. Bu durumun etkisinin görüleceği alanlardan biri de geçici hukuki koruma tedbirleri olacaktır.

Tahkim kurumları, tahkimin bu dezavantajını ortadan kaldırmak adına bir takım düzenlemeler getirmiştir. Şu an mevcut olan sistem ise genellikle acil durum hakemliğidir. Özellikle çok kısa sürelerde oluşup, karar vermesi bu sistemi çekici kılan özelliklerden biridir. Fakat yeni bir hukuki kurumun oluşturulması, çoğu kez onun hukuki niteliği açısından sorunlara yol açacaktır. Acil durum hakemliği açısından da bu sorunlar mevcuttur.

Bu çalışmada öncelikle acil durum hakemliğinin getirilme sebepleri, tarihçesi açıklanacak, ardından kısaca tahkim yargılamasıyla karşılaştırılacaktır. Bundan sonra acil durum hakeminin yapacağı incelemeler anlatılacak ve son olarak yukarıda bahsedilen hukuki nitelendirme sorunları ve özellikle bu kararların icra edilebilir nitelikte olup olmadığı incelenecektir.

I. Acil Durum Hakemliğinin Ortaya Çıkması

1. Acil Durum Hakemliğinin Ortaya Çıkmasının Sebepleri

Tahkimin, devlet yargısına göre sahip olduğu avantajlardan biri hız noktasındadır. Devlet yargısında çok uzun yıllarda çözülebilecek bir uyuşmazlık tahkimde çok daha hızlı bir şekilde çözüme ulaşmaktadır. Bu durum tarafların tahkimi seçmesindeki en önemli gerekçelerden biridir.

Bilindiği üzere tahkimde taraflara ciddi bir serbesti sağlanmıştır. Bu serbesti aynı zamanda tarafların yargılamayı yapacak hakemleri seçebilmelerini de içerir. Bu seçim esasen tahkimin hızını arttıran faktörlerden de biridir. Zira taraflar uyuşmazlığa, uyuşmazlık konusu hakkında uzman kişileri hakem olarak atama imkânına sahiptirler. Bu imkân sayesinde atanan hakemler uyuşmazlık konusu hakkında daha bilgili olduklarından, hâkimlere nazaran daha hızlı bir sürede karara varabilirler¹. Tüm bu durum toplam tahkim süresinin, devlet yargısına göre oldukça kısa sürmesine olanak sağlar.

Tarafların hakem seçiminde sahip oldukları bu serbesti, tüm tahkim süreci göz önüne alındığında hız açısından büyük bir avantaj olsa da, hakem kurulunun oluşması devlet yargısına göre çok daha yavaştır. Devlet yargısında tarafların hâkimleri seçme imkânı yoktur. Buna karşın tahkimde taraflar, devlet yargısının aksine belli bir süre hakem kurulunun oluşmasını beklerler. Bu durumun etkileri kendisini geçici hukuki koruma tedbirleri alanında da gösterecektir. Acil bir koruma elde etmek isteyen taraf, sözleşmesinde tahkim şartı olsa bile tahkime başvurup tahkim kurulunun oluşmasını ve konu ile ilgili karar almasını beklemeyi tercih etmeyecektir. Bunun yerine devlet yargısında, daimi hâkimlerden daha hızlı bir şekilde karar alarak bunun icrası yoluna gitmek çoğu kez daha avantajlı olacaktır². Fakat aslında yargılamayı devlet yargısı dışında yapmamayı tercih etmiş tarafları, sadece hız nedeniyle, geçici hukuki koruma tedbiri kararı almak için devlet yargısına gitmeye zorlamanın tarafların ortak iradeleriyle bağdaşmayacağı da açıktır³.

¹ Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. baskı, Beta Basım, İstanbul, 2016, s.292.

² Jason FRY, *The Emergency Arbitrator- Flawed Fashion or Sensible Solution?*, *Dispute Resolution International*, Volume 7, No2, Heinonline, 2013, s.180.

³ Ali YEŞİLIRMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, *International Arbitration Law Library*, Volume 12, Kluwer Law International, 2015, s.114.

Tarafları tahkime gitmeye iten sebepler aynı zamanda geçici hukuki koruma için de tahkime başvurularını gerektirebilir. Genellikle tahkime uluslararası uyuşmazlıklarda gidilmektedir. Bu hallerde taraflar farklı ülkelere mensup olabilmektedir. Tedbir isteyen kişi örneğin hakkında tedbir alınacak kişinin malvarlığına yönelik bir tedbir alacaksa bunun icrasını kolaylaştırmak adına bu talebini kişinin malvarlığının bulunduğu ülkenin mahkemesinde ileri sürecektir. Çoğunlukla bu mahkeme, hakkında tedbir alınacak kişinin vatandaşı olduğu mahkeme olacaktır. Bu hallerde tedbir almak isteyen kişi, mahkemenin tarafsızlığı konusunda şüpheye düşebilir. Esasen tahkimde tahkim yeri olarak tarafsız bir ülkenin çoğu kez tahkim yeri olarak seçilmesi, hakem seçimlerinde hakemlerin milliyetlerine dikkat edilmesi bu tarafsızlık vurgusunun bir yansımasıdır. Bu tarz çekinceleri olan tarafların geçici hukuki koruma gibi önemli ve ciddi sonuçlar doğurabilecek bir alanda tarafsızlık şüpheleriyle hareket etmesi, tahkim ile sağlanan avantajın daha tahkim başlamadan ellerinden alınmasına sebebiyet verebilir⁴.

Tedbir isteyen tarafın yaşayacağı ve hatta karşı tarafın da doğrudan etkileyeceği bir diğer husus ise gizliliklidir. Bilindiği üzere tahkimin gizli yapılması esastır. Bu durum özellikle ticari sırları ve fikri hakları korumaya yardımcı olur⁵. Taraflar mahkemeye gitmek yerine ihtiyati tedbiri de tahkimde alarak uyuşmazlık konusunu kamudan uzak tutabilir⁶. Hâlbuki tahkime gidilmeden tedbirin mahkemeden alınması, gizlilik avantajını daha başlangıçta ortadan kaldıracaktır.

Mahkemeye başvurmanın bir diğer sakıncası ise uzmanlaşma alanında görülmektedir. Uzmanlık gerektiren bir uyuşmazlık hakkında verilecek bir kararda, devlet yargısındaki hâkimin bilgisi sınırlı olabilir. Bu da yanlış değerlendirmeler sonucu verilecek bir geçici hukuki koruma kararına yol açabilir⁷.

Bazı hallerde ise alınmak istenen geçici hukuki koruma kararının ilgili devlet yargısında verilmemesi ihtimali bulunmaktadır⁸. Bu durumda tedbir

⁴ YEŞİLİRMAK, s.116.

⁵ YEŞİLİRMAK, s. 117.

⁶ Amir GHAFARI, Emmylou WALTERS, *The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?*, Arbitration International, Volume 30, Issue 1, LCIA, 2014, s.11; Fabio G. SANTOCROCE, “*The Emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision?*”, Arbitration International, Volume 31, Issue 2, LCIA, 2015, s.284.

⁷ SANTOCROCE, s. 284; FRY, s.180.

⁸ FRY, s.180.

talep eden taraf elde etmek istediği korumayı sağlamayacaktır. Örneğin, bazı Amerikan Mahkemeleri de tahkime yapılacak destek çok kısıtlı sađlanmaktadır⁹. Çoğu ülkenin tahkim kanunu da hakemlere, hâkimlere göre daha fazla çeşitte ihtiyati tedbir kararı verme izni sađlamaktadır¹⁰.

2. Acil Durum Hakemliği'nin Tarihsel Olarak Ortaya Çıkışı

Yukarıda bahsedilen gerekçeleri göz önüne alan tahkim kurumları, sorununa bir çözüm bulmak için çeşitli arayışlara girmişlerdir. Geçici hukuki koruma konusunda hem devlet yargısından doğabilecek sıkıntıları hem de tahkimde hakem kurulunun teşekkülünün yavaşlığını bertaraf edecek bir mekanizma oluşturmaya çalışmışlardır. Bu da bir hakemin henüz tahkim yargılaması başlamadan geçici hukuki koruma kararı verme hususunda yetkilendirilmesiyle gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.

Esasen tahkim yargılaması sırasında hakemler tarafından geçici hukuki koruma kararı verilmesi bile yeni sayılabilecek bir durumdur¹¹.Günümüzde UNCITRAL Model Kanunu'nu¹² benimseyen ülkelerde genellikle hakemlere bu konuda bir yetki sağlanmışır. İngiltere, Fransa, İsviçre gibi ülkeler bu yetkiyi açık bir kanun hükmü ile hakemlere tanımıştır. ABD'de ise açık bir kanun hükmü olmamasına karşın içtihatlar ile hakemlerin yetkisi kabul edilmiştir. Buna karşın bazı ülkelerde, ihtiyati tedbir sadece mahkemelerin kullanabileceği bir yetki olarak kabul edilmektedir. Örneğin İtalya, Tayland, Arjantin ve Çin'de hakemlerin ihtiyati tedbir verme yetkisi bulunmamaktadır¹³.

⁹ YEŞİLIRMAK, s. 115.

¹⁰ Edgardo MUÑOZ, *How Urgent Shall an Emergency Be The Standards Required to Grant Urgent Relief By Emergency Arbitrators*, Yearbook on International Arbitration, Volume IV, Edited by Marianne Roth, Micheal Geistlinger, Vienna, 2015, s.46.

¹¹ Gary BORN, *International Commercial Arbitration*, Second edition, Kluwer Law International, 2014, s.2432; Julian D. M. LEW, Loukas A. MISTELIS, et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003, s.588-589; Hakan PEKCANITEZ, *Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Yöntemleri*, Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003, Ankara, s.116.

¹² Hakemlere verilen bu yetki UNCITRAL Model Kanununa 2006 yılında girmiştir. 17.maddenin 1.fıkrasında hakemlerin, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, geçici koruma tedbirine karar verebileceklerini düzenlemiştir.

¹³ MUÑOZ, s.44; BORN, s.2439; Özen ATLIHAN, *The Main Principles Governing Interim Measures In The Pre-Arbitral Proceedings- Specifically, The ICC Emergency Arbitrator Rules (2012)*, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, XLIII, N.60, 2011, s.203-262, Çevrimiçi, s.209, dp.25.

Türk Hukuku'nda da UNCITRAL Model Kanunu'nun etkisiyle hazırlanan¹⁴ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda (MTK) hakemlerin ihtiyati tedbir veya ihtiyati hacze ilişkin yetkileri 6.maddede düzenlenmiştir. Buna göre aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, hakemler tahkim yargılaması sırasında, istem üzerine, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisine sahiptir¹⁵.

Tarihsel olarak bugünkü acil durum hakemliğine benzeyen ilk yapı ICC tarafından oluşturuldu. Tahkim öncesi hakemliği¹⁶ (*pre-arbitral réferee*) adı verilen bu kurum, Fransız Hukukundaki "*référé*" usulünden¹⁷ etkilenilerek 1990 yılında çıkarılan kurallarla düzenlendi¹⁸. Bunlar tahkim kurallarından ayrı olarak düzenlenmişti. Bu kurallar ancak tarafların açıkça kararlaştırmaları halinde uygulama alanı bulabilmekteydi. ICC kurallarının doğrudan içine eklenmemiş olması, bu usulün çok fazla tercih edilmemesine sebep oldu¹⁹. Yine de ICC bünyesindeki tahkim öncesi hakemliği diğer tahkim kurumlarının bu yapıyı geliştirmeleri açısından iyi bir örnek oluşturmuştur²⁰.

1998 yılında London Court of International Arbitration Rules (*LCIA Rules*) ile 9.maddede hızlandırılmış tahkim kurulu teşekkülü öngörüldü. Bugünkü anlamda acil durum hakemliğine yaklaşan ve acil durum hakemi (*emergency arbitrator*) ifadesini ilk defa kurallarında kullanan kurum ise International Center for Dispute Resolution (ICDR) oldu. ICDR Kuralları madde 37 fıkra 1'de düzenlenen acil durum hakemliği, diğer kurumsal tahkimlerin de benzer yaklaşımı benimsemesini sağladı. 2008 yılında Hong Kong ve Meksika'daki tahkim merkezleri, 2010 yılında Singapur ve Stokholm tahkim merkezleri (SCC) bu sistemi benimsedi. 2012 yılında ise İsviçre'deki Swiss Chambers' Arbitration Institute ile ICC de acil durum

<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iaufdi/article/view/1023016891> (04.06.2016).

¹⁴ Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s.51.

¹⁵ Belirtmek gerekir ki, bir hakemin ihtiyati tedbir kararı verebilme yetkisine sahip olması, bu kararı doğrudan icra edilebilir hale getirmemektedir. Hakemlerin verdikleri bu kararların icra edilebilirliği çalışmamızın IV. bölümünde incelenecektir.

¹⁶ Tahkim öncesi hakemliği ifadesinden ziyade tahkim öncesi uyuşmazlık çözücü gibi bir ifade esasen çeviri açısından daha uygun olabilir. Zira orijinal ifadede "arbitrator" yani hakem ifadesi kullanılmamıştır. Karışıklığa yol açmaması açısından çalışmamın ilerleyen bölümlerinde bu ifade orijinal şekli olan "référé" olarak kullanılacaktır.

¹⁷ Fransız Usul Kanunu madde 808 ila 811. maddeler arasında düzenlenmiştir.

¹⁸ YEŞİLIRMAK, s.120; FRY, s.181.

¹⁹ FRY, s.182, dp.9; GHAFARI, WALTERS, s.1555; Herman VERBIST, Erik SCHÄFER, et al., *ICC Arbitration in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015, s.162.

²⁰ FRY, s.182.

hakemliği ifadesine kurallarında açıkça yer verdiler. 2014 yılında LCIA kurallarında yapılan değişiklikle birlikte acil durum hakemliği kurallara dâhil oldu. 2016 yılında İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) kurallarında da acil durum hakemliğine ilişkin bir düzenlemeye yer verildi. Son olarak 14.04.2016 tarihinde İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi (İTOTAM) tahkim kurallarına Ek III ile acil durum hakemliğine ilişkin kurallar eklendi.

Getirilen kurallarda acil durum hakemleri için oldukça sıkı zaman aralıkları öngörölmüştür. Örneğin ICC kapsamında acil durum hakemi 2 gün içinde atanacak, 15 gün içinde de karar verecektir. LCIA kurallarına göre talebin alınmasından itibaren acil durum hakeminin 3 gün içinde atanması gerekmektedir. Ayrıca kararını mümkün olan en kısa sürede vermesi gerektiği belirtilmiştirse de zaman kullanımı konusunda acil durum hakeminin takdir yetkisi sınırlanmış ve en geç 14 gün içinde karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir²¹. SCC kuralları kapsamında acil durum hakemi ise talepten itibaren 24 saat içinde atanacaktır. SCC kuralları özellikle iş günü ifadesini, yaratabileceği sıkıntılar nedeniyle kullanmaktan kaçınmıştır²². Atanan hakem 5 gün içerisinde karar verecektir. Genellikle tüm tahkim kurumları tek acil hakemin olmasını öngörmüş ve bu hakemin atanmasını genellikle kendileri yapmışlardır. Zira tarafların tek hakem üzerine anlaşmazlığa düşmeleri, uyuşmazlığın incelenmesini geciktirebilecek bir faktördür²³.

Yapılan açıklamalardan acil durum hakemliğinin, sadece kurumsal tahkime özgü olduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Tahkimde olduğu gibi acil durum hakemliği de esasen taraf iradesine dayanır. Kurumsal tahkimde de zaten bu anlayışın etkisiyle taraflara acil durum hakemliğini kurallardan çıkararak (*opt-out*), kuralların uygulanmaması imkânı sağlanmışır. Bu nedenle taraflar kurumsal tahkimi tercih etmemiş olsalar dahi, sözleşmelerinde öngöreceklere kurullarla *ad hoc* acil durum hakemliğini düzenleyebilirler²⁴. Yine de bu olasılık, özellikle tarafların sözleşme görüşmelerinde hukuki yardım almamaları ihtimalinde, oldukça düşük olacaktır.

²¹ Maxi SCHERER, Lisa RICHMAN, et al., *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide*, Kluwer Law International, 2015, s.158.

²² Marianne ROTH, Claudia REITH, *Emergency Rules*, Yearbook on International Arbitration, Volume 2, 2012, s.69.

²³ Erin COLLINS, *Pre-Tribunal Emergency Relief in International Commercial Arbitration*, Loyola University Chicago International Law Review, Volume 10, Issue 1, 2012-2013, s.108.

²⁴ YEŞİLIRMAK, s. 115-116.

II. Acil Durum Hakemliğinin Tahkim Yargılaması İle Karşılaştırılması

1. Devlet Yargısının Dışlanması Bakımından İnceleme

Tahkim anlaşmasında tarafların tahkime gitme yönündeki iradelerinin açık olması, tahkim anlaşmasının geçerliliği açısından önemlidir. Bu irade mevcut olmadığı takdirde, örneğin taraflar bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için hem tahkime hem de devlet yargısına gidilebileceğini belirtmişlerse, ilgili tahkim şartının patolojik olduğu söylenecektir. Zira tarafların tahkime gitme iradeleri yeterince açık değildir. Bu hallerde tahkim anlaşması geçersiz kabul edilecektir²⁵.

Acil durum hakemliğinde ise bunun aksine bir uygulama mevcuttur. Tahkim kurumlarının kurallarında genellikle, tarafların sözleşmelerinde acil durum hakemliğini kararlaştırmış olmasına rağmen, geçici hukuki koruma için devlet yargısına da başvurabilecekleri öngörülmüştür²⁶. Bu durum acil durum hakemliğini içeren şartın patolojik sayılmaması sonucunu doğuracaktır. Zira acil durum hakeminin yetkisi münhasır değildir²⁷. Örneğin ICC Kuralları madde 29(7)'de açıkça, acil durum hakemine başvurunun öngörülmüş olmasının, mahkemeye yapılacak başvuruları engellemeyeceği ifade edilmiştir²⁸. ISTAC acil durum hakemleri kurallarının 1.maddesinin 3.fikrasında da tarafların mahkemelerden geçici hukuki koruma talep etme hakkını sürdürdükleri belirtilmiştir. Aynı yaklaşım tahkim sırasında hakemlerin vereceği geçici hukuki korumalar için de geçerlidir. Tahkim başladıktan sonra da tarafların devlet yargısına başvurmaları engellenmemiştir.

Artık geçerliliğini kaybeden eski bir yaklaşıma göre tahkim öncesinde devlet yargısına başvurmak, tarafların tahkimden feragat ettiği şeklinde değerlendiriliyordu²⁹. Bu sebeple tahkim öncesinde geçici koruma talebi

²⁵ BORN, s.770; Redfern ALAN, J. Martin HUNTER, Nigel BLACKABY, Constantine PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Sixth Edition, 2015, Oxford University Press, par.2.201.

²⁶ Bernd EHLE, *Emergency Arbitration In Practice*, New Developments in International Commercial Arbitration, Christophe Müller, Antonio Rigozzi (Eds), Schulthess, Geneva, 2013, s.99; Rifat ERTEN, *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.58.

²⁷ MUNOZ, s.48.

²⁸ GHAFARI, WALTERS, s.156.

²⁹ YEŞİLIRMAK, s. 115.

için devlet yargısına başvurmanın tahkime başvurmaktan feragat anlamına gelmediği de gerek tahkim kurumlarının kurallarında gerekse tahkim kanunlarında belirtilmiştir. Örneğin Türk Hukuku'nda MTK'nın 6.maddesinin birinci fıkrasında taraflardan birinin tahkim öncesinde veya tahkim sırasında mahkemeden ihtiyati tedbir veya haciz istemesinin tahkim anlaşmasına aykırılık oluşturmayacağı belirtilmiştir. Acil durum hakemliğinde de aynı yaklaşım benimsenmiştir. ICC kurallarında mahkemeye gitmenin feragat sayılmayacağı açıkça belirtilmiřtir³⁰.

2. Lex Arbitri ile Olan İlişkisi Bakımından Değerlendirme

Tahkim yeri, tahkim usulü açısından ciddi bir önem arz etmektedir³¹. Tahkim devlet yargılamasına göre taraf iradesine daha çok önem veren bir yargılama olarak, tarafların tahkim usulüne uygulanacak kuralları seçmesine dahi izin vermektedir. Fakat yapılacak bu seçim tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına uymak suretiyle geçerli olacaktır. Eğer böyle bir seçim yapılmamışsa tahkim yeri hukuku, tahkim usulüne uygulanacak hukuk olacaktır. Bunların dışında tahkim yeri kavramı yargılama sonucunda verilecek hakem kararına yönelik iptal davasının nerede açılacağını belirlemek noktasında önemli olacaktır³². *Lex arbitri*, bu önemine karşın yine de tahkimin *lex fori*'si olarak düşünülmemelidir. Hakem heyetinin *lex arbitri* ile bağı, hâkimin *lex fori* ile bağına göre oldukça zayıftır³³.

Tahkimde olduğu gibi acil durum hakemliğinde de tahkim yeri söz konusu olacaktır. Taraflar aksine anlaşma yapmadıkça, genellikle esasa ilişkin tahkim prosedürünün gerçekteleşeceği tahkim yeri ile aynı yer olacaktır³⁴.

³⁰ Madde 29(7): “Any application for such measures from a competent judicial authority shall not be deemed to be an infringement or a waiver of the Arbitration agreement”.

³¹ AKINCI, s.204.

³² Tahkim yerinin tahkime etkisi hakkında detaylı bilgi için bkz: Gary Born, *International Arbitration: Cases and Materials*, Second Edition Kluwer Law International, 2015 s.599-600; Redfern ALAN, J. Martin HUNTER, Nigel BLACKABY, Constantine PARTASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Sixth Edition, 2015, Oxford University Press chapter 3 par.3.46.

³³ Ziya AKINCI, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Ankara, 1994, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, s. 57.

³⁴ SANTACROCE, s.287; Örneğin ICC kurallarında bu husus açıkça belirtilmiştir: VERBIST, SCHAFFER, s.168.

Tahkimde olduğu gibi acil durum hakemliğinde de hakem, tahkim yeri hukukunun emredici hükümleriyle bağlıdır. Buna aykırı karar veremez³⁵. Bazı hallerde ülkelerin kanunlarında hakemlerin veremeyeceği geçici koruma tedbirleri açıkça ifade edilmiş olabilir. Örneğin Fransız Usul Kanunu'nda 1468.maddenin 1 fıkrasında³⁶, hakemlerin ihtiyati haciz kararı vermeye yetkili olmadıkları belirtilmiştir³⁷.

Bazen de böyle açık bir yetki kısıtlaması olmamasına karşın, hakemler ilgili ülkenin hukuk prensiplerini dikkate alarak karar verebilmektedir. Örneğin, Stockholm Ticaret Odası bünyesinde verilen bir acil durum hakemliği kararında, davacı ile davalı arasında kira sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Davacı ilgili malı 1 ay sonra üçüncü kişiye teslim etmesi gerektiğini ve o zamana kadar davalıdan malın iadesini sağlayamayacağını düşündüğünü belirterek acil durum hakemliğine başvurmuştur. Davacı ayrıca, malın iadesi ile birlikte davalının bu karara uymaması nedeniyle temerrüde düşmesi ihtimalinde gecikilen her gün için gecikme cezasına hükmedilmesini talep etmiştir. Acil durum hakemi, İsveç Tahkim Kanunu'nda ihtiyati kararlarla birlikte gecikme cezasına hükmedilebileceğine dair hakemlere bir yetki verilmediğini belirterek bu talebi kabul etmemiştir³⁸.

³⁵ Elliott GEISINGER, Nathalie VOSER, *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, (Second Edition), Kluwer Law International, 2013, s.108; Süheyla BALKAR, *Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Koruma Tedbirleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Çevrimiçi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (19.04.2016) s.120.

³⁶ Madde 1468 f.1: “*Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu’il détermine et au besoin à peine d’astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu’il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l’Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires.*”

³⁷ Türk Hukuku'nda MTK m.6'da ihtiyati haciz kararı verilebileceği ifade edilmişse de aynı maddedeki cebri icra organları tarafından veya diğer resmi organlar tarafından yerine getirilmesi veya 3.kişileri bağlayacak kararlar verilemeyeceği ifadesi nedeniyle MTK m.6 kapsamında pratikte ihtiyati haciz kararı verilemeyeceği yönünde bkz. AKINCI s. 27; PEKCANITEZ, s.124-125.

³⁸ Johan LUNDSTEDT, *SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions 1 January 2010-31 December 2013*, Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce, (çevrimiçi) s.22-24, http://www.sccinstitute.com/media/29995/scc-practice-2010-2013-emergency-arbitrator_final.pdf (20.04.2016); MUNOZ, s.52 dp.62.

3. Verilen Kararın Geiciliği Açısından Değerlendirme

Birçok tahkim kurumu kuralında acil durum hakeminin vereceği kararın geçici nitelikte olduğu ve uyuşmazlığın esasına bakacak hakem kurulunun verilen bu kararla bağlı olmadığı belirtilmiřtir³⁹. Davanın esasına bakacak hakem kurulu, bu kararda değişiklik yapabilecekleri gibi bu kararları kaldırabilirler⁴⁰.

ICC Kuralları madde 29(3)'te bu durumu ifade etmektedir. Bu hükme göre hakem kurulu, acil durum hakemi tarafından verilen kararı değiştirebilecek, sona erdirebilecek veya iptal edebilecektir. Bir görüşe göre hakem kurulunun bu derece ciddi yetkilere sahip olması, acil durum hakeminin hakem olmadığına kanıt oluşturabilir. Zira belli bir yanlışlığa dayanılmaksızın, hakem heyetine verilen karar üzerinde oldukça ciddi bir tasarruf imkânı sađlanmıřtır⁴¹. Kanaatimizce bu durum, acil durum hakeminin, hakem olmadığına ilişkin bir durum değildir. Hakem heyetinin hiyerarşik olarak daha yukarıda değerlendirilmiş olması, diğer tarafın hakem olmadığını göstermez. Getirilen bu düzenleme, acil durum hakeminin sınırlı sürede karar vermesi zorunluluğuyla birlikte değerlendirilmelidir.

ICDR Kuralları'nın 6.maddesinin 5.fikrasında ICC kuralıyla paralel bir düzenleme getirilmiş ve hakemlerin verilen acil durum hakemi kararıyla bağlı olmadıkları ifade edilmiştir. ISTAC Acil Durum Hakemi Kuralları'nın 7.maddesinin 7.fikrasında da kararın hakem heyeti açısından bağlayıcı olmadığı ifade edilmiş; hakemlerin tarafların talebi ile ya da resen acil durum hakeminin vereceği kuralları değiştirebileceği ya da kaldırabileceği belirtilmiştir. Görülebileceği üzere, tahkim kurumlarının kurallarında hakem kurulunun verilen kararlarla bağlı olmaması noktasında bir görüş birliği oluştuğu söylenebilir.

³⁹ REDFERN, HUNTER, par.4.21; SANTACROCE, s.289.

⁴⁰ FRY, s.184.

⁴¹ Baruch BAIGEL, *The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis*, Journal of International Arbitration, Volume 31, Issue 1, Kluwer Law International, 2014, s.11.

III. Acil Durum Hakeminin Somut Olaydaki Değerlendirmeleri

1. Acil durum hakemi tarafından yapılacak değerlendirme

Acil durum hakeminin değerlendirme kriterleri genellikle onun takdir yetkisinde kalmaktadır⁴². Fakat genellikle bu incelemeyi yaparken bazı kriterlerin bulunması gerekir. UNCITRAL Model Kanunu 17A maddesi ile bu kriterlerin neler olması gerektiğini belirtmiştir⁴³. Aşağıda bu kriterlerden de yola çıkılarak dikkate alınması gereken noktalar belirtilmeye çalışılacaktır.

1.1. Acil durum hakeminin yetkili olup olmadığını değerlendirmesi

Acil durum hakeminin detaylı bir değerlendirme yaparak yetkili olup olmadığına karar vermesi, sistemin acilliği ile çelişebilir. Bu noktada menfaatlerin denkleştirilmesi gerekmiştir. Hakem bir taraftan inceleme yaparak yetki itirazında bulunan tarafın menfaatini koruyacaktır; diğer taraftan da bu incelemeyi sadece *prima facie* seviyesinde tutarak geçici hukuki koruma talebinde bulunan tarafın gereksiz yetki itirazlarıyla sabote edilmesini önlemiş olacaktır⁴⁴.

Kurumsal tahkimde gerçekleşen acil durum hakemliklerinde, tahkim kurumları, acil durum hakemine dosyayı göndermeden önce hızlı bir yetki incelemesinde bulunmaktadır. Bu sayede acil durum hakemi zamandan tasarruf etmiş olacaktır⁴⁵. Özellikle üçüncü kişileri etkileyen konularda genellikle acil durum hakemlerinin yetkisi olmayacaktır. Zira hakemin yetkisi tarafların arasındaki sözleşmeden doğmaktadır⁴⁶.

⁴² REDFERN, HUNTER, par.5.31; YEŞİLIRMAK, s.137.

⁴³ REDFERN, HUNTER, par.5.32; Howard M. HOLTZMANN, Joseph E. NEUHAUS, et al., *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International 2015, s. 169; Jacob GRIERSON, Annet VAN HOOFT, *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*, Kluwer Law International, 2012, s.161.

⁴⁴ MUNOZ, s.57; ERTEN, s.64.

⁴⁵ MUNOZ, s.59.

⁴⁶ BORN, s.2445; Detaylı bilgi için bkz. Emre ESEN, *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, Beta Basım, İstanbul, 2008, s.10 vd.

1.2. Başvuru sahibinin ilk görünüşe göre haklı olup olmadığının incelenmesi

Acil durum hakemi, başvuruda bulunan kişinin esasa yönelik yapılacak yargılamada haklı çıkıp çıkmayacağını inceleyecektir. Haklılığın ilk görünüşte olması yani yaklaşık ispatla gösterilebilmesi yeterli olacaktır⁴⁷. Haklılık esasa uygulanacak hukuka göre tespit edilir. Bu nedenle uygulanacak hukukun kararlaştırılmadığı hallerde, acil durum hakeminin daha dikkatli davranması gerekecektir⁴⁸. Bu durumda acil durum hakeminin uygulanacak hukuku tespit etmemesi, sözleşmenin hükümleri ve genel hukuk prensiplerine göre değerlendirme yapması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁹. Kanaatimizce, bazı hallerde uygulanacak hukuk tespit etmeden sadece sözleşme hükümlerine bakmak haklılığın tespitinde yanıltıcı olabilir. Örneğin Türk Hukuku'nda yapılan sorumsuzluk anlaşmaları ağır kusur halinde emredici olarak geçersiz sayılmıştır. Acil durum hakeminin sadece sözleşme hükümlerine bakarak yapacağı değerlendirmede bu husus dikkate alınmazsa, esasa ilişkin değerlendirme çoğunlukla sözleşme yapılırken daha baskın olan taraf lehine sonuçlanabilir. Bu gibi hallerde, uygulanacak hukukun belirlenmesinde doktrindeki yeni eğilim *lex arbitri*'nin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamaksızın, uyuşmazlıkla en alakalı hukuku uygulamak olduğundan⁵⁰, acil durum hakemi de bu hukuku tespit edip haklılık değerlendirmesini buna göre yapmalıdır. Ayrıca verilen kararın, uyuşmazlığı esastan çözecek nitelikte olmamasına da dikkat edilmelidir⁵¹.

1.3. Başvuran açısından telafisi imkânsız veya ciddi zararın doğacak olup olmadığının incelenmesi

Acil durum hakemleri yalnızca devam eden veya doğacak zarara ilişkin inceleme yapabilirler. Doğmuş bir zarara yönelik geçici hukuki koruma kararı verilmesi mümkün değildir⁵². Başvuruda bulunan tarafın doğacak zararın telafisinin imkânsız veya çok ciddi olacağını göstermesi için bunun ileride tahkim heyetinin vereceği kararla tazmin edilemez nitelikte olacağını

⁴⁷ ERTEN, s.64.

⁴⁸ MUNOZ, s.58.

⁴⁹ MUNOZ, s.60.

⁵⁰ BORN, s.963.

⁵¹ ERTEN s.66; YEŞİLIRMAK, s.137 ; BORN, s.2476; ATLIHAN, s.241.

⁵² ERTEN, s.65.

da göstermesi gerekir⁵³. Sayılan nedenlerle taleplerin daha ziyade aynen ifanın önemli olacağı hallerde önem taşıyacağı kabul edilebilir. Bu nedenle para alacakları bakımından bu imkânın kullanılması ihtimali azdır⁵⁴. Fakat doktrinde bu kriter biraz yumuşatılarak telafisi imkansız bir zarar yerine, ileride başvurana ciddi zarar verecek bir durumun mevcudiyetinin yeterli olacağı, aksi halde ticari ilişkilerde geçici hukuki korumaya başvurunun çok zorlaşacağı da belirtilmiştir⁵⁵.

1.4. Geçici hukuki koruma ihtiyacının acil olup olmadığının tespiti

Geçici hukuki koruma kararı verilmeksizin ilgili korumanın sağlanması mümkünse, ihtiyacın acil olmadığından bahsedilecektir. Başvuran tarafın, beklemenin makul olmadığını ve kendisinden beklenemeyeceğini göstermesi gerekir⁵⁶. Yapılacak incelemenin somut olayın özellikleri ele alınarak yapılması ve sadece genel kriterlere göre hareket edilmemesi gerekir⁵⁷.

1.5. Ölçülülük

Acil durum hakeminin vereceği kararda ölçülü davranması gerekir. Karşı tarafın katlandığı külfetin, başvuruda bulunan tarafın elde edeceği menfaatle denge içinde olması, külfetin bu kişi için durumun gereğine göre aşırı olmaması gerekir⁵⁸. Teminat da genellikle geçici hukuki koruma verebilmek için şart tutulmaktadır. Bu sayede yanlış bir karar verilmiş olsa bile, bu durumun yaratacağı zarar, bu teminattan karşılanabilecektir⁵⁹.

2. Acil durum hakeminin verebileceği kararlar

Genellikle acil durum hakeminin verebileceği kararlar *numerus clausus* bir şekilde tahkim kanunlarında veya tahkim kurumlarının kurallarında sayılmamaktadır. Bu durum sadece acil durum hakemleri için değil aynı zamanda

⁵³ MUNOZ, s.58; BALKAR, s.31.

⁵⁴ ERTEN, s.65.

⁵⁵ BORN, s.2470.

⁵⁶ MUNOZ, s.59; BORN, s.2474.

⁵⁷ GEISINGER, VOSER s.109-110.

⁵⁸ MUNOZ, s.59.

⁵⁹ YEŞİLIRMAK, s.148.

hakemler için de geçerlidir. Örneğin UNCITRAL Model Kanunu madde 17’de tarafların aksine karar vermemesi halinde hakemlerin uygun gördüğü geçici hukuki koruma tedbiri kararına hükmedebilecekleri belirtilmiřtir⁶⁰. Bununla hakemlere daha geniş bir takdir yetkisi verilmek istenmektedir⁶¹.

1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu’nda ise bu anlayıştan sapılmıştır. Bu kanunun 38 ve 39.maddeleri uyarınca aksi kararlaştırılmadıka, hakemlerce sadece kanunda öngörölen tipte geçici önleme karar verileceği düzenlenmiřtir⁶². Bu durum ise doktrinde genellikle daha az tercih edilmesi gereken yöntem olarak deđerlendirilmiřtir⁶³. Zira bu şekilde hakemlerin takdir yetkisi kısıtlanmaktadır.

Önceden de belirtildiği gibi tahkim yeri hukukunun emredici kuralları genel olarak verilebilecek kararların sınırını çizmektedir. Genellikle delillerin toplanması, tespiti, uyumsuzluk konusunun, malvarlığının korunması, tahkim masrafları için teminat alınması gibi kararlar verilmektedir⁶⁴.

ICC Acil Durum Hakemliği kapsamında verilen ilk 10 karar incelendiğinde taleplerin dört ana başlık altında toplandığı söylenebilir. Bunlardan ilki tahkimde alınacak kararın tenfizini sağlamaya yöneliktir. Karşı tarafın malvarlığını dağıtarak malvarlığını boşaltması engellenmek istenmiştir. Diğer bir talep ise mevcut durumu koruma amacıyla talep edilmiştir. Örneğin, bir banka teminat mektubunun boşdurulmaması talep edilerek mevcut durumun korunması amaçlanmıştır. “*Anti-suit injunction*” olarak ifade edilen mahkemeye başvurmama emri de talep edilen korumalardan biridir. Son kategoride ise teminat amaçlı ödeme talepleri yer almaktadır⁶⁵.

ICDR Acil Durum Hakemliği kapsamında yapılan başvurularda ise talepler genellikle gizli bilgilerin açıklanmasının önlenmesi, davalının malvarlığını boşaltacak hareketlerini durdurması, başka mahkemelerde dava açılmasının önlenmesi ve iş sahasından bazı malzemelerin götürölmesinin önlenmesini amaçlamaktaydı⁶⁶.

⁶⁰ HOLTZMANN, NEUHAUS, et al., s.208.

⁶¹ MUNOZ, s.51.

⁶² LEW/MISTELIS, s.595; PEKCANITEZ, s.120.

⁶³ BORN, s.2438.

⁶⁴ REDFERN, HUNTER, par. 5.27; FRY, s.185; ERTEN, s.41.

⁶⁵ Andrea CARLEVARIS, José Ricardo FERIS, *Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases*, ICC Bulletin, Volume 25, Number 1, 2014, s.34.

⁶⁶ EHLE, s.102-103.

SCC Acil Durum Hakemliği kapsamında talep edilen korumalar da benzerlik göstermektedir. Örneğin, 064/2010 numaralı dosya kapsamında karşı tarafın şirketteki hisselerini ve belirtilen taşınmazların satmasının engellenmesi ile mevcut durumun korunmasını talep ettiği gibi belirtilen taşınmazların satımına yönelik işleme başvurulursa resmi memurların buna izin vermemeleri de talep edilmiştir. Acil durum hakemi, hisse ve taşınmazların satılmamasını kararlaştırmasına karşı, resmi memurlara yönelik talebi reddetmiştir. Reddetmesindeki gerekçe olarak da 3.kişilere yönelik karar verme yetkisinin bulunmamasını zira yetkisinin tarafların arasındaki sözleşmeden doğduğunu ifade etmiştir⁶⁷. SCC kapsamında verilen 144/2010 tarihli bir başka karar ise, talep olarak ciddi bir farklılık içermektedir. Burada hukuki koruma talebiyle başvuran taraf, acil durum hakeminden öncelikle tarafların arasındaki sözleşmenin sona erip ermediğini tespit etmesini, sona ermediğinin kabulü halinde ise karşı tarafın derhal sözleşme kapsamındaki malları teslimine karar verilmesini istemiştir. Ayrıca malların piyasa fiyatının tespit edilmesi, bu mümkün değilse de satıcının fiyatlarının tespitiyle bu fiyatın ödenmesine karar verilmesi istenmiştir. Acil durum hakemi ise her ne kadar SCC kurallarında hangi geçici hukuki koruma önlemlerinin alınabileceği açıkça belirtilmemişse de yetkinin sınırlandırılmasının İsveç Tahkim Kanunu bölüm 25 paragraf 4 uyarınca yapılacağını belirtmiş; bu hükümde de hakemlerin verecekleri tedbir kararlarının esasa yönelik verilecek kararın uygulanabilirliğinin korunmasını sağlamak amacıyla olacağı ifade edilmiştir. Her ne kadar hakemlerin verebilecekleri kararlarda geniş bir takdir yetkisi tanınmış olsa da, talep edilen hususlar uyuşmazlığın esasının çözümü anlamına geleceğinden talep reddedilmiştir⁶⁸.

Swiss Chambers' Arbitration Institution tarafından 2014 yılında verilen bir acil durum hakemliği kararında ise taraflardan biri yarışçı Diego van der Garde diğer taraf da İsviçre Formula 1 takımı Sauber Motorsport AG'dir. Diego van der Garde tarafından takımda 2015 sezonunda yeniden görev alabilmek adına başvuruda bulunulmuştur. Acil durum hakeminden Sauber'in, kendisini 2015 Formula yarışlarından uzaklaştırabilecek herhangi bir kararı almasının engellenmesini talep etmiştir. Yaklaşık 15 gün içinde karar veren acil durum hakemi, talebi kabul etmiştir. Daha sonra gerçekleşen tahkimde ise, hakem verilen kararı ara karar olarak kabul etmiştir⁶⁹.

⁶⁷ LUNDSTEDT, s.3-5.

⁶⁸ LUNDSTEDT, s.7-9.

⁶⁹ Chriptoph MÜLLER, Sabrina PEARSON, *Waving the Green Flag to Emergency Arbi-*

IV. Acil Durum Hakeminin Verdiği Kararların İcrası

1. Tarafın verilen karara uyması

Uyuşmazlığın tarafı, acil durum hakeminin kararına gönüllü olarak uyabilir. Esasen olması gereken durum da budur. Zira verilen karar taraflar için bağlayıcıdır. Bir kararın bağlayıcılığının sebebi sözleşmesel ve/veya yargısal olabilir. Kararın sözleşmesel olarak bağlayıcı olabilmesi, tarafların verilecek kararı uygulayacaklarını bir yükümlülük olarak sözleşmelerinde üstlenmelerini gerektirir⁷⁰. Tarafların bu anlaşması ile acil durum hakemi, taraflar adına hareket etme yetkisi kazanacaktır. Doktrinde bu husus, ilgili 3.kişinin tarafların ortak temsilcisi gibi düşünölebileceği şekilde ifade edilmiştir⁷¹. Bu sayede onları bağlayacak yeni bir sözleşmesel sorumluluk oluşturabilir.

Bir kararın bağlayıcılığın yargısal nitelikte olması ise bunun taraflar bakımından bağlayıcı olması kadar icra edilebilir olmasını da kapsar⁷². Bir kararın icra edilebilir olup olmadığı ise icra edilmek istenen ülkenin *lex fori*'sine göre belirlenecektir. Bağlayıcılığın sözleşmesel ve yargısal niteliği birbirinden tamamen bağımsız iki husus gibi değerlendirilmemelidir. Zira ilgili hukuk sisteminin bir uyuşmazlık çözümünü tahkim olarak değerlendirmesi ve buna bağlı olarak hakemin yargısal yetkisi olduğunu kabul edebilmesi, öncelikle tarafların sözleşmelerinde bunu amaçlamalarıyla mümkün olacaktır⁷³.

İleride anlatılacağı üzere acil durum hakemlerinin verdiği kararların yargısal nitelikte olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Bununla birlikte bu kararların sözleşmesel niteliği herkes tarafından kabul edilmektedir⁷⁴. Verilen karar, taraflar açısından sözleşmesel nitelikte bir sorumluluk yaratacaktır. Karara uyulmaması da sözleşmeye aykırılık gibi değerlendirilir.

tration under the Swiss Rules: the Sauber Saga, ASA Bulletin, Volume 33, Issue 4, Kluwer Law International, 2015, s.818-820.

⁷⁰ YEŞİLIRMAK, s.143.

⁷¹ Jean-Paul BERAUDO, *Recognition and Enforcement of Interim Measures of Protection Ordered by Arbitral Tribunals*, Journal of International Arbitration, Volume 22, Issue 3, Kluwer Law International, 2005, s.253.

⁷² BAIGEL, s.3.

⁷³ SANTACROCE, s.292.

⁷⁴ SANTOCROCE, s. 292.

Genellikle kişiler bu karara, yapılacak tahkim yargısındaki güvenilirliklerini azaltmamak için uymaktadır⁷⁵. Bazı hallerde ise acil durum hakemleri, kararın icrasını kolaylaştırmak amaçlı hükümlerine gecikme cezası ekleyebilmektedir. Fakat buna uygulanacak hukukta izin verilmiş olması gerekir⁷⁶. Örneğin Fransız Usul Kanunu'nda 1468.maddenin birinci fıkrasında⁷⁷ hakemlerin kararlarına gerektiği takdirde gecikme cezası ekleyebilecekleri belirtilmiştir⁷⁸. İsviçre Hukukunda ise doktrinde bu konuya ilişkin genel bir kabul bulunmamaktadır. Tarafların açıkça sözleşmelerinde bu hususu kabul etmemesi halinde hakemlerin yetkili olmadığını söyleyen görüşün yanında bu durumun hakemlerin genel yetkisi kapsamında kaldığını kabul edenler de bulunmaktadır⁷⁹.

Doktrinde bu sözleşmeye aykırılığın mahkemede sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre ileri sürülüp aynen ifanın talep edilebileceği ifade edilmişse⁸⁰ de bu görüş eleştirilmiştir⁸¹. Öncelikle uygulanacak hukuk *common law* sistemi kapsamındaki bir ülkenin hukuku ise aynen ifa talep etmek ancak çok sınırlı hallerde mümkün olacaktır. İkinci olarak, genellikle bu talepleri değerlendirme konusunda hakem kurulu yetkili olacaktır. Örneğin ICC Kuralları'nın 29 maddesinin 4.fıkrasında acil durum hakeminin kararına uyulmaması nedeniyle oluşan sözleşmeye aykırılık temelli zararların tazminine hakem kurulunun bakacağı belirtilmiştir⁸². Tahkim kurumlarının kurallarında çoğu kez hakem kuruluna bu yetki açıkça verilmiş olacağına da, *ad hoc* tahkimde taraflar hakem heyetinin bu yetkisini sözleşmelerinde açıkça kararlaştırmamış olabilirler. Yine de kanaatimizce, çoğu tahkim şartı "bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar" yerine "bu sözleşmeden doğan ve bu sözleşmeyle ilgili uyuşmazlıklar" ifadesini kullandığından hakem heyetleri bu talepleri de incelemeye yetkili olacaktır.

Sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan zararlar, esasa uygulanacak hukuka göre tazmin edilecektir. Acil durumun niteliği gereği, zamanında ifa edil-

⁷⁵ GRIERSON, VAN HOOFT, s.612; GEISINGER, VOSER, s.120; Atlıhan s.210.

⁷⁶ YEŞİLIRMAK, s.143 dp.160.

⁷⁷ Madde 1468: "*Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune.*"

⁷⁸ GHAFARI, WALTERS, s.165.

⁷⁹ GEISINGER, VOSER s.120-121.

⁸⁰ BERAUDO, s.253.

⁸¹ BAIGEL, s.5.

⁸² GHAFARI, WALTERS, s.164.

memesi nedeniyle, ilgili talepler çoğu zaman imkânsızlaşmış olacaktır. Bu hallerde ancak tazminat talep edilebilecek, artık aynen ifa istenemeyecektir. Fakat bu söz konusu değilse ve uygulanacak hukukta da imkân sağlanmışsa, aynen ifa talep edilebilir⁸³.

2. Acil durum hakemi tarafından verilen kararların icrası

Bir hakem kararı, aleyhine karar verilen tarafça rızaen yerine getirilmezse diğer taraf, kararın verildiği ülkede kanunların müsaade ettiği ölçüde cebri icra usulüne başvuracaktır. Karar verildiği ülkeden başka bir ülkede icra edilmek isteniyorsa, icra ettirmek istenen ülkede tenfiz usulüne başvurulacaktır. Bu sayede kararın cebri icra marifetiyle yerine getirilmesini sağlayabilir.

Kararın verildiği ülkede icra edilip edilemeyeceği o ülkedeki tahkim kanunları uyarınca belirlenecektir. Ülkelerin tahkim kanunlarında genellikle acil durum hakemlerinin verdiği kararların icra edilip edilemeyeceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Hakem kararlarının tenfizi ise çoğunlukla 1958 tarihli New York Konvansiyonu uyarınca yapılmaktadır. Konvansiyon'un tarihi de göz önüne alınırsa, nispeten yeni sayılabilecek acil durum hakemliğine ilişkin bir açıklık içermemesi normaldir. Bu nedenle bu kararların tenfizine ilişkin açıklamalar Konvansiyon'un temel prensipleri, doktrin ve yargı kararları gözetilerek yapılmalıdır.

Acil durum hakemlerinin verdiği kararların gerek verildiği ülkede icrası gerekse farklı bir ülkede tenfiz yoluyla icra edilmesine ilişkin yeterli açıklık bulunmamakla beraber hakemlerin verdiği geçici hukuki koruma kararlarının icrasına ilişkin birçok ülkede düzenleme bulunmaktadır. Bu çalışma ile bu kuralların hangi ölçüde acil durum hakemlerine uygulanabileceğinin tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Bunun için öncelikle acil durum hakeminin, hakem sayılıp sayılamayacağı incelenecektir. Ardından acil durum hakemleri tarafından verilen kararların hukuki niteliği ortaya konmaya çalışılacaktır.

⁸³ SANTACROCE, s.289.

2.1. Acil durum hakeminin hakem olarak nitelendirip nitelendirilemeyeceği meselesi

Karma teoriye (*hybrid theory*) göre bir hakemin hem sözleşmesel hem de yargısal yetkisinin bulunması gerekir⁸⁴. Yukarıda acil durum hakemlerinin sözleşmesel yetkisinden ve bu yetkinin sonuçlarından bahsedilmişti⁸⁵. Fakat bir hakem kararının tenfizi ve bu sayede cebri icra marifetiyle uygulanması, esasen yargısal yetkinin varlığını gerektirir. Bu nedenle acil durum hakeminin yargısal yetkiye de sahip olduğu gösterilebilirse, hakem niteliğine de sahip olduğu gösterilir. Bu sayede acil durum hakemlerine ilişkin açık bir düzenleme olmasa dahi verildiği ülkede hakemlerin verdiği geçici hukuki koruma kararlarının icrasına imkân sağlanmışsa, acil durum hakemleri de bu düzenlemeye tabi olabilecektir. Tenfizde ise New York Konvansiyonu sadece yabancı hakem kararlarının tenfizine imkân sağlamaktadır. Dolayısıyla, acil durum hakeminin yargısal yetkisiyle birlikte hakem niteliğinde olduğu kabul edilmediği sürece New York Konvansiyonu uyarınca onun tarafından verilen kararın tenfizi de sağlanamayacaktır.

2.1.1. İcra veya Tenfiz Talebinde Bulunulacak Ülkede Acil Durum Hakemine İlişkin Düzenleme Bulunması

Çoğu ülkenin kanunlarında acil durum hakeminin niteliğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bazı ülkelerde özellikle UNCITRAL Model Kanunu'nda 2006 da yapılan değişiklik ile hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verebilecekleri düzenlenmişse de acil durum hakemine ilişkin bir düzenleme kanunlarına girmemiştir.

Bu karışıklığı gideren bir ülkeye örnek olarak Singapur verilebilir. Zira Singapur, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yaptığı 1 Haziran 2012'de yürürlüğe giren değişiklik ile tanımlar bölümünde hakem heyetinin tanımı içine acil durum hakemini de eklemiştir⁸⁶. Bu sayede acil durum hakem-

⁸⁴ BORN, s. 216.

⁸⁵ Detaylı açıklama için bkz. Başlık IV 1. Tarafın Verilen Karara Uyması.

⁸⁶ Singapur Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 2.—(1) *In this Part, unless the context otherwise requires — “arbitral tribunal” means a sole arbitrator or a panel of arbitrators or a permanent arbitral institution, and includes an emergency arbitrator appointed pursuant to the rules of arbitration agreed to or adopted by the parties including the rules of arbitration of an institution or organisation;*”

leri tarafından verilen kararların icrasında acil durum hakeminin, hakem olmadığı kabul edildiğinde doğabilecek sorunlar, açık bir kanun hükmü ile kaldırılmıştır⁸⁷.

Kanaatimizce, özellikle içtihadattan ziyade kanuna bağlı hareket eden Kara Avrupası hukuk sisteminde, Singapur örneğinde olduğu gibi bir kanun değişikliği ile acil durum hakeminin açıkça hakem olarak kanunda nitelendirilmesi yerinde olacaktır. Bu sayede kararın salt hakem tarafından verilmediği düşünöldüğu için oluşacak icra veya tenfiz engelinin de önüne geçilmiş olur. Fakat bu durum gerçekleşene birçok ölkenin kanununda acil durum hakemliğine ilişkin bir açıklama yer almamaya devam edecektir. Bu halde yapılması gereken hakem kavramının yorum yoluyla acil durum hakemini de kapsayıp kapsamayacağını belirlemek olacaktır.

2.1.2. İcra veya Tenfiz Talep Edilecek Ölkede Acil Durum Hakemine İlişkin Bir Düzenleme Bulunmaması

Eğer ilgili hukuk sisteminde acil durum hakemlerinin hakem sayılıp sayılmadığına ilişkin bir açıklık mevcut değilse, hakemlerin genel nitelikleri de göz önüne alınarak bu niteliklerin acil durum hakemleri tarafından karşılanıp karşılanmadığına bakılarak bir karara varılmalıdır. Aşğıda genel olarak bu kriterler verilmeye çalışılacaktır.

2.1.2.1. Acil durum hakemi ifadesindeki hakem kelimesinin değerlendirilmesi

Bahsedildiği üzere acil durum hakemi ifadesi ilk kez 2006 LCDR kuralları ile gelmiştir. Bunun üzerine birçok kurumsal tahkim aynı ifadeye kurallarında yer vermeye başlamıştır. Fakat acil durum hakemi kalıbında, hakem ifadesinin geçmesi onun hakem olarak nitelendirilebilmesi için yeterli değildir. Ayrıca, hakem ifadesinin de sözleşmede yer almaması esasen bir değerlendirme kriteri olarak kullanılmamalıdır. Hâkim hukuku bildiğinden (*iura novit curia*) tarafların hukuki kurumlara verdiği isimlerle bağlı değerlidir. Taraflar sözleşmelerinde bunu hakem olarak isimlendirmiş olsalar dahi nitelik olarak hakem özelliklerini taşımiyorsa, acil durum hakemi hakem olarak değerlendirilemez. Aksine bir değerlendirme fazlasıyla şekilci kalabilir.

⁸⁷ GHAFARI, WALTERS, s.158.

Örneğin Paris İstinaf Mahkemesi 29 Nisan 2003 tarihli “*Société Nationale des Pétroles du Congo v. République du Congo*” kararında, ICC “*pre-arbitral referee*”nin niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapılmıştır. Mahkeme, ilgili kurallarda ve dolayısıyla sözleşmede, hakem ve tahkim ifadelerinin kullanılmasından özellikle kaçınıldığından bahsetmiş; bu nedenle “*referee*”nin hakem olarak nitelendirilemeyeceğini gerekçelerinden biri olarak ileri sürmüştür. Bu karar, kullanılan terimlerin tarafların arasındaki sözleşmenin içeriğini tam olarak göstermeyeceği ve böyle yapılan bir değerlendirmenin çok kısıtlı bir bakış açısı sunması nedeniyle eleştirilmiştir⁸⁸. Biz de bahsettiğimiz gerekçelerle bu eleştiriye katılmaktayız. Eğer bir kişinin hakem olarak sahip olması gereken özellikler mevcutsa, artık onun nitelendirilmesinde sahip olduğu ismin önem taşımaması gerekir. Zira hukuki nitelendirmeyi yapmak taraflardan ziyade hâkimin görevidir.

2.1.2.2. Tahkim Yeri Ülkesindeki veya Tenfiz Ülkesindeki Hakem Tanımı

Çoğu ülkede acil durum hakemi tanımı olmadığı gibi yeterli bir hakem veya hakem heyeti tanımı da bulunmamaktadır. Tanım genellikle doktrine bırakılmıştır. Genel olarak hakem tanımı şu şekilde verilebilir: Hakem, tarafların sözleşmeleriyle bir uyuşmazlığı çözmek üzere yetkilendirdiği, görevini yargısal bir biçimde yerine getiren ve verdiği karar devlet yargısında verilen kararlarla eşit tutulan, bağımsız ve tarafsız üçüncü kişidir.⁸⁹ Bu tanım hakemin yargısal niteliğini kapsadığı kadar sözleşmesel niteliğini de kapsar.

Bu tanımdaki unsurlara göre hakem olmanın şartlarından biri, bir uyuşmazlığın çözülmesidir. Doktrinde acil durum hakemlerinin gerçekte bir uyuşmazlık çözüp çözmedikleri tartışılmıştır. Bir görüşe göre hakem sadece esasa ilişkin bir uyuşmazlık çözerse yargısal bir yetkiye sahip olabilir⁹⁰. Diğer bir görüş ise bu ayrımı yapmaksızın geçici hukuki koruma söz konusu olsa dahi hakemin bir uyuşmazlık çözdüğünü kabul etmektedir⁹¹. Kanaatimizce de uyuşmazlık kavramı geniş yorumlanmalıdır. Acil durum hakemliğinde tarafların çatışan menfaatlerini üçüncü bir kişi, hukuki ilkeleri göz önüne

⁸⁸ BAIGEL, s.4; YEŞİLIRMAK, s.144.

⁸⁹ SANTACROCE, s.291.

⁹⁰ Charles JARROSSON, *Les frontières de l'arbitrage*, Revue de l'Arbitrage, Volume 2001, Issue 1, Kluwer Law International, 2001, s.25.

⁹¹ FRY, s. 189; SANTACROCE, s.293.

alarak gerekçeli bir şekilde değerlendirmekte, *prima facie* de olsa bir tarafın menfaatine üstünlük tanımaktadır. Bu halde geçici koruma önlemine karar veren hâkim ya da hakemden farklı bir şekilde davranmamaktadır⁹². Bu nedenle acil durum hakeminin bir uyuşmazlığı çözdüğü kabul edilmelidir.

Acil durum hakemlerinin yetkisi de hakem olup olmadıklarını gösterebilecek kriterlerden biridir. Yukarıda belirtilmiş “*Société Nationale des Pétroles du Congo v. République du Congo*” kararında mahkeme, “*référé*”nin yetkisinin taraflarından anlaştığını belirterek yargısal niteliğini reddetmiştir. Bir yetkinin tarafların anlaşmasından doğması ise onu tek başına yargısal nitelikten mahrum bırakmaz. Zira tahkimde de hakemler yetkilerini taraf anlaşmasından almasına rağmen, hakem kararları yargısal niteliği haizdir⁹³. Bunun dışında birçok kurumsal tahkim kuralında acil durum hakemlerine yetkili olup olmadıklarını inceleme imkânı sağlanmıştır. “*Kompetenz-kompetenz*” olarak anılan bu ilkeye göre taraflardan biri acil durum hakeminin ilgili uyuşmazlığı incelemekte yetkisiz olduğunu ileri sürerse bu iddiayı mutlaka mahkeme incelemek zorunda değildir. Acil durum hakemi kendi yetkisi hakkında kendisi karar verme hakkına sahip olacaktır⁹⁴. Tarafların anlaşması geçersiz olsa dahi bu geçersizlik acil durum hakeminin kendi yetkisini değerlendirmesine engel olmayacaktır. Bu halde acil durum hakeminin aslında sözleşmesel yetkisi bulunmamaktadır. Doktrinde acil durum hakeminin kendi yetkisine bakabilmesini sağlayan tek yetkinin yargısal yetkisi olacağı ve bu durumun acil durum hakeminin sözleşmesel yetki dışında yargısal yetkiye de sahip olduğunu gösteren bir kanıt olabileceği ifade edilmiştir.⁹⁵

2011 tarihli “*Barclays Bank v. Nylon Capital*” kararına konu olan olayda, tarafların sözleşmesinde uyuşmazlık çözümü için bir bilirkişi atanması ve bu kişinin hakem niteliğini haiz olmayacağı öngörülmüştür. Bununla birlikte, sözleşmede atanacak bilirkişiyeye kendi yetkisini belirleme hakkı tanınmıştır. İngiliz Mahkemesi olaya ilişkin yaptığı değerlendirmede, tarafların sözleşmelerinde bilirkişiyeye *kompetenz-kompetenz* yetkisi vermiş olsalar dahi bilirkişinin vereceği kararın bağlayıcılığının sadece sözleşmesel olduğunu, hakemlerin sahip olduğu *kompetenz-kompetenz* yetkisinin 1996 tarihli Tah-

⁹² SANTACROCE, s. 293.

⁹³ BAIGEL, s.4.

⁹⁴ YEŞİLIRMAK, s.136.

⁹⁵ SANTACROCE, s. 295.

kim Kanunu'ndan ve “*AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant*” içtihadından anlaşıldığını belirtmiştir. Bilirkişinin vereceği kararlara ise bu tahkim kanunun uygulanmayacağını, verilen karar nihai ve taraflar açısından bağlayıcı olsa dahi bilirkişinin yetkili olup olmayacağına mahkemenin karar vereceğini belirtmiştir⁹⁶. Biz de mahkemenin bu değerlendirmesine katılmaktayız. Kanaatimizce tahkim kurumlarının acil durum hakemliğine yönelik çıkardıkları kurallarda ve buna bağlı olarak tarafların sözleşmelerinde, acil durum hakemlerinin kendi yetkileri hakkında karar vermeye yetkili olduklarının belirtilmesi tek başına onların yargısal yetkiyi haiz olduğunu göstermeye yeterli değildir. Bu durum sözleşmesel yetki kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim “*Barclays Bank v. Nylon Capital*” kararında mahkeme *kompetenz-kompetenz* yetkisini tahkim kanununda verilen bir yetki olarak değerlendirmiştir. Acil durum hakemliği açısından, *lex arbitri*'de bu yetkiye dair herhangi bir kanun ya da *common law* ülkeleri açısından bir içtihat bulunmadığı takdirde sözleşmede yer alan bu yetkinin yargısal yetki verdiği söylenememelidir. Bizce, acil durum hakeminin *kompetenz-kompetenz* ilkesi dâhilinde yargısal bir yetkiye sahip olduğunun söylenebilmesi, sadece acil durum hakemlerinin, hakem sayıldıkları kabul edilirse, bu kabulün bir sonucu olarak söylenebilir. Aksine bir yorum, sonuç olması gereken bir hususun, kriter olarak alınması gibi makul olmayan bir değerlendirmeye yol açacaktır.

Doktrinde aynı uyuşmazlığa sonradan oluşacak tahkim heyetinin de bakabilmesi ve hatta kararı değiştirip, ortadan kaldıracaklarını acil durum hakeminin aslında hakem olmadığını gösteren bir kanıt olarak değerlendirmiştir⁹⁷. Kanaatimizce bu durumun nedeni acil durum hakeminin hakem olmamasıyla ilişkili değildir. Bu verilen kararın geçici nitelikte olup olmamasıyla alakalı bir durumdur. İleride anlatılacak olmakla birlikte, nihai olmayan kararların tenfiz edilemeyeceği kabul edilse dahi bu yine tenfize yönelik bir sorun olarak kalır. Kararı veren kişinin hakem sayılmaması nedeniyle tenfiz edilememesi, kararın nihai olmadığına tenfiz edileme-

⁹⁶ “*For reasons I explain at paragraphs 36-38 expert determination is a very different alternative form of dispute resolution to which neither the Arbitration Act 1996 nor any other statutory codes apply. It is clear, however, that in any case where a dispute arises as to the jurisdiction of an expert, a court is the final decision maker as to whether the expert has jurisdiction, even if a clause purports to confer that jurisdiction on the expert in a manner that is final and binding.*”

Kararın tamamı için bkz.: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2011/826.html>

⁹⁷ BAIGEL, s.8.

yeceğinin kabul edilmesi ayrı sorunlardır. Birbirleriyle bağlantılı olarak değerlendirilmemelidir.

Verilen hakem tanımından değerlendirme yapılırsa, acil durum hakemlerinin de tarafsız ve bağımsız olduğu görülecektir. Acil durum hakemlerine tanınan yetkiler, genellikle hakemlere tanınan geçici hukuki koruma verme yetkisiyle benzerlik gösterir. Bazı kurumsal tahkim kurallarında hakemler ile acil durum hakemlerinin geçici hukuki koruma yöntemlerinde aynı yetkiye sahip olduğu açıkça belirtilmiřtir⁹⁸. Genellikle de, acil durum hakemlerinin hakem olduğunu savunanlar⁹⁹, ikisinin arasındaki bu görev benzerliklerinin hakem niteliğini belirlemede yeterli olacağını ileri sürmüşlerdir. Bir görüş de taraf iradelerine bakılarak tarafların hakemlere böyle yargısal bir yetki vermeyi amaçlayıp amalamadıklarına bakmanın da etkili olabileceğini ifade etmiřtir¹⁰⁰.

Kanaatimizce, tarafların anlaşmalarında yargısal yetki verme iradeleri, acil durum hakeminin hakem olduğunu belirlemede “*sine qua non*” bir unsur olacaksa da tek başına yeterli değildir. Örneğin taraflar hiçbir hukuki değerlendirme yapmayan bir nc kişinin de yapacağı faaliyeti yargısal olarak nitelendirmiş olabilirler. Fakat bu faaliyetin salt taraf iradesine bağlı olarak yargısal olacağı söylenemez. İdeal hukuk bakımından olması gereken açık bir kanun hükmü ile acil durum hakemliğinin hakem tanımının içine dâhil edilmesidir. Yine de bu gerçekleşene dek, taraflar açısından doktrindeki tartışmalar nedeniyle bir belirsizlik ortamı söz konusu olacaktır. Acil durum hakemliği dışında bir başka nc kişinin uyuşmazlığı incelemesinde belki de hakem olup olmaması, kararı bağlayıcı olduğu sürece bir önem arz etmeyebilir. Zira sözleşmesel bağlayıcılık, sözleşmeye aykırılık hükümlerine gitmeye imkân tanır. Fakat acil durum hakemliğinde bahsedildiği gibi srenin hızlı olması en önemli hususlardan biridir. Sadece acil durum hakeminin, hakem olmaması nedeniyle verdiği kararın tenfizine imkân tanınmaması bu hız faktörünü olumsuz etkileyecektir. Özellikle aynen ifaya ilişkin bir kararın zamanında icra edilememesi bu hükmün icrasını imknsızlaştırabilir ve kişi sadece tazminat talebinde bulunabilir. Aynen ifanın bu derece önemli olduğu hallerde tazminat çoğu zaman zararın tam tazminini sağlayamayacaktır. Tarafların icra veya tenfiz sıkıntılılarıyla karşılaşacaklarını bilmeleri

⁹⁸ SANTACROCE, s.295-296.

⁹⁹ FRY, s.187; SANTOCROCE, s.295.

¹⁰⁰ Detaylı bilgi için bkz. FRY, s.187.

halinde acil durumlarda hakeme başvurmaları mantıklı değildir. Sayılan nedenlerle hukukun, fiiliyattaki gelişmelere göre geç ilerlemesinin yükünü taraflar çekmemelidir. Bu noktada yapılması gereken amaçsal yorum ile acil durum hakeminin hakem kavramına dâhil edilmesidir¹⁰¹.

Acil durum hakeminin sahip olduğu yetkilerin, hakemin geçici hukuki koruma tedbiri verdiği sıradaki yetkileriyle aynı olduğu ve faaliyetini de gerek tarafların savunma haklarına riayet edilmesinde gerek tarafsızlık ve bağımsızlık noktasında, hakemlerin sahip olduğu yargısal fonksiyondan hiçbir farklılık göstermemesi ve verdiği kararın bağlayıcılığı, bu amaçsal yorumu destekleyecek niteliktedir. Ayrıca bu yorum acil durumun gereklilikleri ve taraf iradeleriyle de desteklenebilir. Ancak acil durum hakeminin hakem olduğu kabul edildiği ihtimalde, verdiği kararın New York Konvansiyonu uyarınca tenfizine de imkân sağlanmış olacaktır¹⁰². Bunun dışında kararın verildiği ülkede icrası açısından da genellikle acil durum hakemine ilişkin bir düzenleme olmadığından, bunlar hakem sayıldığı takdirde hakemlerin verdiği geçici koruma tedbirlerinin icrasına ilişkin kurallar uygulama alanı bulabilecektir. Bu nedenle kararın verildiği ülkede hakemlerin verdiği geçici hukuki koruma kararlarının icrasına ilişkin bir hüküm varsa bu acil durum hakemlerine de uygulanacaktır. Fakat kararın verildiği ülke dışında başka bir ülkede tenfizi gerekiyorsa bu durumda incelemenin verilen kararın nihai olup olmadığı yönünden devam ettirilmesi gerekmektedir.

2.2. Acil durum hakemi tarafından verilen kararın niteliği

Acil durum hakeminin, hakem olduğu kabul edilebildiği takdirde verebileceği iki çeşit karar bulunmaktadır: nihai hakem kararı (*award*) ya da geçici/ara karar¹⁰³ (*order*). Birçok sistemde uyuşmazlığa bakan 3.kişinin, hakem kabul edilmediği takdirde nihai hakem kararına da karar veremeyeceği kabul edilmektedir¹⁰⁴. Bu durum ise bir tenfiz engeline yol açacaktır.

¹⁰¹ GHAFARI, WALTERS, s.159.

¹⁰² YEŞİLIRMAK, s.145.

¹⁰³ Türk Hukuku'nda karar çeşitleri nihai karar ve ara karar şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuşsa da, acil durum hakemlerinin fonksiyonu gereği bu çalışmada, "award" kavramı nihai karar ve "order" kavramı geçici karar şeklinde kullanılacaktır.

¹⁰⁴ YEŞİLIRMAK, s. 140; FRY, s.190.

Birçok ülkede hakem kararının tenfizine New York Konvansiyonu öncelikli olarak uygulanacaktır. Fakat Konvansiyon'da geçici kararların tenfiz edilebilirliğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır¹⁰⁵. Fakat doktrindeki genel kabul sadece nihai kararların tenfiz edilebileceğini kabul etmektedir¹⁰⁶. Konvansiyon'da ise nihai hakem kararı tanımı verilmemiştir. Bunun *lex fori*'ye göre belirlenebileceği ya da bağımsız bir değerlendirmeye konu olabileceği doktrinde ifade edilmektedir¹⁰⁷. Fakat genellikle nihai hakem kararının varlığının kabul edilebilmesi için kararın nihai ve bağlayıcı olması ve bir hakem tarafından verilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁸. Acil durum hakemlerinin verdiği kararların bağlayıcı olduğu konusunda bir şüphe yoktur. Hakem sayılıp sayılmadığına ilişkin açıklamalar ise bir önceki bölümde yapılmıştır. Doktrinde farklı görüşler olmasına karşın biz acil durum hakemlerin hakem olduğunu kabul ettiğimizden, geriye incelenmesi gereken tek husus olarak verilen kararın nihailiği kalmaktadır. Doktrinde çoğu kez bir kararın nihai olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken kararın davanın esası hakkında bir çözüm içeren karar olup olmadığı değerlendirilmektedir.¹⁰⁹ Hâlbuki bir karar sadece usule ilişkin bir değerlendirme içerse bile örneğin hakemler kendilerini yetkisiz bulup davadan ellerini çekmişlerse, yine nihai olacaktır.

¹⁰⁵ Tijana KOJOVIC, *Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief – How Final is Provisional?*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2001, Volume 18 Issue 5, s. 511 – 532, s.520.

¹⁰⁶ Albert Jan VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers, the Hague, 1994, s.47: Yazar burada New York Konvansiyonu madde 5(1)(e) kapsamında bağlayıcı bir karardan bahsedebilmek için mahkeme veya hakem kurulu tarafından esastan tekrar incelenmesi mümkün olmayan bir karardan bahsetmiştir. Bu nedenle geçici hukuki koruma kararlarını madde 5(1)(e) nedeniyle tenfiz edilemez kabul edeceği söylenebilir. Bununla birlikte doktrinde, yazarın kısmi kararların bir kısmının dahi kesinlik içermesi nedeniyle tenfiz edilebileceğini belirtmesinden ötürü de geçici hukuki koruma kararlarının tenfiz edilemeyeceğini düşündüğu savunulmuştur. Bu görüş için bkz. BALKAR, s.289; LEW/MISTELIS, s.699-670; ATLIHAN, s.248; Her ne kadar New York Konvansiyonu madde 5(1)(e) maddesinde kararın sadece bağlayıcı olması gerektiği belirtilmiş ve Konvansiyon taslağındaki nihailik kaldırılmışsa da, tenfiz için kararın nihai olması gerektiğinin Konvansiyon madde 1 kapsamından çıktığı yönünde bkz. PAULSSON, s.195 ve s.197-198; Doktrinde en az nihai olması gerektiğini kabul edenler kadar buna gerek olmadığını kabul edenlerin bulunduğuna ilişkin bkz. BALKAR s.291.

¹⁰⁷ BAIGEL, s.7.

¹⁰⁸ FRY, s.190; SANTACROCE, s.303.

¹⁰⁹ SANTACROCE, s.303.

Kurumsal tahkim kurallarına baktığımızda ise bazıları acil durum hakemlerinin sadece geçici karara hükmedebileceğini kabul ederken¹¹⁰ bazıları açıkça verilecek kararın nihai hakem kararı olduğunu belirtmiştir¹¹¹. Verilen kararın tenfizi açısından değerlendirme yapılacak olursa yine belirtmek isteriz ki kurumsal tahkimlerce ve dolayısıyla tarafların sözleşmede verdikleri ismin tek başına hukuki nitelendirmede bir önemi yoktur¹¹². Tenfiz mahkemesi önüne gelen olayda değerlendirme yaparken bir kararın nihai karar ya da geçici karar sayılıp sayılmadığına kendi *lex fori*'sindeki tanımlara göre karar verecektir¹¹³. Örneğin Paris İstinaf Mahkemesi 1999 yılında verdiği "*Braspetro Oil Services Company v. The Management and Implementation Authority of the Great Man- Made River Project*" kararında, hakem heyetinin verdiği kararı ara karar¹¹⁴ olarak isimlendirmiş olmasına rağmen, Mahkeme'nin bu isimlendirmeye bağlı olmadığını, kararın içeriğine bakarak karar vereceğini belirtmiştir. Somut olayda da hakem heyetinin nihai bir karar verdiği gerekçesiyle ara karar yerine nihai kararın varlığını kabul etmiştir¹¹⁵. Bir kararın nihai karar olarak kabul edilebilmesi sadece tenfiz edilebilmesini sağlamayacak, aynı zamanda verilen kararın iptal edilebilmesine de yol açabilecektir¹¹⁶. Acil durum hakeminin verdiği kararın daha sonra hakem heyeti tarafından değiştirilebilmesi, düzeltilebilmesi, esasen bu kararın nihai olmadığını göstermektedir. Doktrinde bu sıkıntıyı aşip kararın tenfizini sağlayabilmek adına nihailiğin tanımını genişleten bir görüş bulunmaktadır. Azınlık görüşüne göre, acil durum hakemi ilgilendiği hususlara yönelik verebileceği tüm kararı vermişse yani tarafın talebi geçici hukuki koruma olup acil durum hakemi bu korumayı sağlamışsa artık

¹¹⁰ FRY, s.192:Örneğin ICC kurallarında "*order*" denmesinin nedenlerinden biri tenfiz tartışmasından bağımsızdır. ICC kapsamında verilen "*award*" larda ICC Court tarafından tetkik yapılması gerektiğinden bunun süreci yavaşlatacağı düşünülmüş ve "*order*" olmasının acil duruma daha uygun olduğuna karar verilmiştir. Fakat acil durum hakemleri dışında, esasa ilişkin yargılamada hakemlerin vereceği geçici hukuki korumanın şekli konusunda hakemlere bir serbesti tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jacob GRIERSON, Annet VAN HOOFT, *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*, Kluwer Law International, 2012, s.162 ; VERBIST, SCHAFFER, s.170.

¹¹¹ FRY s. 189; Örneğin LCIA kurallarında acil durum hakemlerine verecekleri kararın niteliğini belirlemeleri için takdir yetkisi tanınmıştır. Detaylı bilgi için bkz. SCHERER, RICHMAN, et al., s.158-159.

¹¹² GEISINGER, VOSER s.119.

¹¹³ HOLTZMANN, NEUHAUS, et al., s.169; FRY s.190.

¹¹⁴ Hakem heyetinin verdiği bir karar olduğundan "*ara karar*" ifadesi tercih edilmiştir.

¹¹⁵ GHAFARI, WALTERS, s.163.

¹¹⁶ FRY, s.190.

yapabileceği başka bir şey kalmamıştır. Talep doğrultusunda verebileceği kararı verdiğinden artık onun görevi sonlanmıştır. Talebi karşılayan bu karar da nihai kabul edilmelidir¹¹⁷.

Amerikan Mahkemesi 2011 yılında verdiği “*Chinmax Medical Systems Inc v. Alere San Diego*” kararında, AAA kuralları madde 37 uyarınca verilmiş bir acil durum hakeminin kararının iptali talebini incelemiştir. Davacı kararın nihai olduğunu ve iptal edilmesi gerektiğini ifade etmiş; davalı ise kararın nihai olmadığını ve mevcut içtihatlar bakımından sadece olağanüstü bir durum olması halinde mahkemelerin nihai olmayan bir kararı inceleyebileceğini belirtmiştir. Mahkeme somut olayda, hakem heyetinin, acil durum hakeminin verdiği kararı inceleyip değiştirme imkânı olması nedeniyle nihai bir karardan ve olağanüstü bir durumdan bahsedilemeyeceğinden kararın iptal edilemeyeceğini belirtmiřtir¹¹⁸.

Amerikan Mahkemesi 2013 yılında verdiği “*Yahoo! Inc. v. Microsoft Corporation*” kararında ise farklı bir tutum sergilemiştir. Kararın iptali amacıyla açılan davada, acil durum hakeminin verdiği kararı, her ne kadar sonrasında hakem heyeti tarafından değerlendirilecek bir karar olsa da, mevcut haliyle *status quo* ’yu korumak amacıyla verilmiş bir nihai karar olarak nitelendirmiřtir¹¹⁹. Amerikan Mahkemeleri tenfize yönelik kararlarında, hakem heyetlerinin aldığı geçici hukuki koruma kararlarına yönelik de benzer bir yaklaşım göstermiştir. Örneğin, 2006 yılında verdiği “*Arrowhead Global Solutions v. Datapath Inc.*” kararında¹²⁰ Mahkeme, verilen bu

¹¹⁷ YEŐILIRMAK, s.145; SANTACROCE, s.304.

¹¹⁸ “*The Court concludes that the evidence does not present an “extreme” case permitting judicial review of a non-final order because the interim order is expressly subject to reconsideration, modification, or vacatur by the full tribunal. The Motion to Vacate Arbitration Award filed by Petitioner Chinmax (ECF No. 10) and the Petition seeking the same relief (ECF No. 1) are DENIED.*”

Kararın tamamı için bkz. :https://jenner.com/system/assets/assets/4287/original/Chinmax_v._Alere.pdf?1319838875.

¹¹⁹ “*Here, the record makes clear that the Emergency Arbitrator reached his decision out of effort to construe and apply the 2009 Agreement. Accordingly, the Arbitrator acted within his authority in granting an injunction as to the migration to Bing, even though the equitable relief that was granted is, in essence, final.*”

Kararın tamamı için bkz.:

<http://cases.justia.com/federal/districtcourts/newyork/nysdce/1:2013cv07237/418671/26/0.pdf?ts=1411562499>.

¹²⁰ “*In short, as the other circuits to have addressed this issue recognize, arbitration panels must have the power to issue temporary equitable relief in the nature of a preliminary*

kararların nihai sayılacağını ve tenfiz edilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹²¹. Mahkeme'nin bu yorumu, yukarıda belirttiğimiz nihailiğin geniş yorumlanmasını öngören doktrindeki görüş ile uyumludur.

Kanaatimizce, bu sorunun çözümü için nihailik kavramının genişletilmesine gerek yoktur. Zira aynı tenfiz engeli hakem heyetlerinin vereceği geçici koruma tedbirleri için de mevcuttur. Bu sorun salt acil durum hakemlerine özgü değildir. Bu noktada, ulusal hukukların hakemlerin verdiği geçici hukuki korumanın tenfizine yönelik aldıkları tutuma bakılarak karar verilmesi en doğru çözüm olacaktır. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi acil durum hakemlerinin amaçsal yorumla hakem olduklarını kabul etmiştik. Bu nedenle ulusal hukukta hakemlerin verdiği geçici hukuki koruma yönüne ilişkin bir tenfiz kolaylığı mevcutsa, bunun acil durum hakemine de uygulanması gerekir. Hakemlere böyle bir kolaylık sağlanmamışsa, sadece kararın nihailiğinin geniş değerlendirilerek, acil durum hakemlerine böyle bir imkânın tanınmaması gerektiğini düşünmekteyiz.

Bazen bu kolaylık sınırlı olarak sağlanmış olabilir. Örneğin İngiltere'de 1996 tarihli Tahkim Kanunu'nun 42.maddesi hakemlerin geçici koruma kararlarının mahkemeler tarafından icrası düzenlemektedir. Aynı kanunun 2.maddesinin 1. ve 4.fıkralarında ise 42.maddeye de uygulanabilecek genel bir kapsam maddesi düzenlenmiştir. Kural olarak 42.madde sadece İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda'da verilen kararlara uygulanacaktır. Fakat taraflarca bir tahkim yeri belirlenmemiş olup mahkeme tarafından İngiltere, Galler veya Kuzey İrlanda ile bağlantılı bulunduğu kabul edilecek olursa, ilgili ülkeler dışında verilen geçici hukuki koruma kararı da tenfiz edilebilecektir¹²². Bunun dışında 42. madde uyarınca kararın tenfiz edilebilmesi için de bazı şartların sağlanması gerekecektir. Tenfiz talebinde bulunan tarafın, tahkimde mevcut olan ve kararın icrasını sağlayabilecek diğer tüm imkânları tüketmiş olması gerekir. Ayrıca kararı yerine getirmeyen kişinin, verilen süre içinde

injunction, and district courts must have the power to confirm and enforce that equitable relief as "final" in order for the equitable relief to have teeth".

Kararın tamamı için bkz.:

<http://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca4/04-2000/042000.u-2011-03-14.pdf?ts=1410926169>.

¹²¹ GHAFARI, WALTERS, s.161.

¹²² Kieron O'CALLAGHAN, Jerome Finnis, *Chapter 20: Support and Supervision by the Courts, Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, Julian D.M. Lew, Harris Bor, et al (eds), Kluwer Law International, 2013, s.437 dp.117.

kararı yerine getirip getirmediği de kontrol edilecektir. Eğer böyle bir süre kararlaştırılmamışsa, ilgili kararın yerine getirilebilmesi için makul olan süre dikkate alınacaktır¹²³.

Bazen ise acil durum hakemlerinin hakem olduğunu göstermeye dahi gerek kalmaksızın kanundaki açık hüküm tenfize imkân sağlayabilir. Örneğin, Hong Kong Tahkim Kanunu'na 2013 yılında eklenen 22A bölümü ile öncelikle acil durum hakeminin tanımı verilmiştir. Fakat bu tanım Singapur örneğinde olduğu gibi acil durum hakemi, hakemdir gibi açık bir ifade içermemektedir¹²⁴. Bununla birlikte 22B bölümünün birinci fıkrasında acil durum hakemlerinin verdikleri kararların verildiği ülkeden bağımsız olarak tenfiz edilebileceği açıkça belirtildikten sonra ikinci fıkrada acil durum hakemi tarafından verilebilecek koruma önlemleri sayılmıştır. Bu açık düzenleme sayesinde artık acil durum hakemleri tarafından verilen kararın nihai olup olmadığı değerlendirilmesine gerek kalmaksızın kararın tenfizi sağlanacaktır¹²⁵.

¹²³ Article 42: Enforcement of peremptory orders of tribunal.

(1) *Unless otherwise agreed by the parties, the court may make an order requiring a party to comply with a peremptory order made by the tribunal.*

(2) *An application for an order under this section may be made—*

(a) *by the tribunal (upon notice to the parties),*

(b) *by a party to the arbitral proceedings with the permission of the tribunal (and upon notice to the other parties), or*

(c) *where the parties have agreed that the powers of the court under this section shall be available.*

(3) *The court shall not act unless it is satisfied that the applicant has exhausted any available arbitral process in respect of failure to comply with the tribunal's order.*

(4) *No order shall be made under this section unless the court is satisfied that the person to whom the tribunal's order was directed has failed to comply with it within the time prescribed in the order or, if no time was prescribed, within a reasonable time.*

(5) *The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section.*"

¹²⁴ Section 22A: "In this Part— emergency arbitrator means an emergency arbitrator appointed under the arbitration rules (including the arbitration rules of a permanent arbitral institution) agreed to or adopted by the parties to deal with the Cap 609 - Arbitration Ordinance 9 parties' applications for emergency relief before an arbitral tribunal is constituted.)"

¹²⁵ Section 22B: " (1) Any emergency relief granted, whether in or outside Hong Kong, by an emergency arbitrator under the relevant arbitration rules is enforceable in the same manner as an order or direction of the Court that has the same effect, but only with the leave of the Court.

(2) The Court may not grant leave to enforce any emergency relief granted outside Hong

Her zaman Hong Kong örneğinde olduğu gibi açık hükümlerle karşılaşamayacağımız için açık hüküm olmayan hallerde yorum yoluyla bir sonuca ulaşılması gerekecektir. Önceden de ifade ettiğimiz gibi UNCITRAL Model Kanunu'nda 2006 yılında yapılan değişiklik ile madde 17H(1) düzenlemesi¹²⁶ ile hakemlerin vereceği geçici hukuki korumaların verildiği ülkeden bağımsız olarak tenfiz edilebilmesine imkân sağlanmıştır¹²⁷. Kurallarda verilen kararın hukuki niteliğine ilişkin bir ayırım yapılmadan tenfiz edilmesi kabul edilmiştir¹²⁸. Bu sayede artık sadece nihai hakem kararları değil geçici kararlar da tenfiz edilebilir hale gelmiştir. Bu kuralları kendi iç hukuk sistemine adapte eden bir hukuk sisteminde, acil durum hakemlerinin de kararlarının tenfiz edilebilmesi için, hakem sayıldıkları ihtimalde, yasal bir dayanak bulunacaktır¹²⁹. Model Kanun'da 17I maddesiyle tenfiz talebinin reddedilebileceği haller de sayılmıştır. Bu madde ile de incelemenin belirtilen hususlarla sınırlı olacağı ve hâkimin verilen kararın esasını değerlendirmeden karar vereceği belirtilmiştir.

Bu duruma örnek olarak Belçika Hukuku gösterilebilir. Belçika Usul Kanunu'nda 1 Eylül 2013 ile yapılan değişiklik ile tahkime ilişkin kurallar

Kong unless the party seeking to enforce it can demonstrate that it consists only of one or more temporary measures (including an injunction) by which the emergency arbitrator orders a party to do one or more of the following—

(a) maintain or restore the status quo pending the determination of the dispute concerned;
(b) take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself;

(c) provide a means of preserving assets out of which a subsequent award made by an arbitral tribunal may be satisfied;

(d) preserve evidence that may be relevant and material to resolving the dispute;

(e) give security in connection with anything to be done under paragraph (a), (b), (c) or (d);

(f) give security for the costs of the arbitration.

(3) If leave is granted under subsection (1), the Court may enter judgment in terms of the emergency relief.

(4) A decision of the Court to grant or refuse to grant leave under subsection (1) is not subject to appeal.”

¹²⁶ “(1) An interim measure issued by an arbitral tribunal shall be recognized as binding and, unless otherwise provided by the arbitral tribunal, enforced upon application to the competent court, irrespective of the country in which it was issued, subject to the provisions of article 17 I.”

¹²⁷ BORN, s.2434; PEKCANITEZ, s.119; ATLIHAN, s.215.

¹²⁸ HOLTZMANN/NEUHAUS, et al., s.181.

¹²⁹ FRY, s.192; BAIGEL, s.5; SANTACROCE, s.306; ERTEN, s. 55.

UNCITRAL Model Kanun ile uyumlu hale getirilmiřtir¹³⁰. Belçika Usul Kanunu madde 1696 fıkra 1’de¹³¹, hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma kararın Belçika dışında verilmiş olması ihtimalinde dahi ilk derece mahkemesi tarafından tenfiz edileceği ifade edilmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunumuzun (MTK) 6.maddesinin ikinci fıkrasında da, tarafların aksine bir düzenlemeleri bulunmadıkça, hakemlerin ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verebilecekleri kabul edilmiştir. Bu kuralın uygulama alanı ise aynı kanunun 1.maddesinin 3.fıkrasında ifade edilmiştir. Madde uyarınca tahkim yeri Türkiye dışında olsa dahi madde 6 uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle tahkim yeri Türkiye olmasa dahi hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma kararlarının tenfizi New York Konvansiyonu veya MÖHUK hükümleri uyarınca değil MTK uyarınca yapılacaktır¹³². MTK madde 6’da ise bir sınırlama getirilmiştir. İkinci fıkrada hakem veya hakem kurulunun, 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 veremeyeceği belirtilmiştir. Bir sonraki fıkrada hakkında karar verilen taraf bu karara rızaen uymazsa, hakemlerin yetkili mahkemeden yardım isteyebileceği kararlaştırılmıştır. Mahkemeden yardım istenmesi İsviçre Kanunu’ndaki hükme benzemektedir. Yabancı doktrinde bu durum tenfiz edilebilme olarak nitelendirilmiştir. Fakat bizim kanunumuzda cebri icra organları tarafından icrası istenebilecek karar verilememektedir. İsviçre’deki metinde ise böyle bir açıklama bulunmamaktadır. Bu iki hüküm birlikte değerlendirilirse Türk mahkemelerinden alınacak yardımın, aslında yeniden bir ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı alınması şeklinde olacağı söylenebilir¹³³. Doktrinde bir başka görüş ise bu noktada mahkemenin yardımından bahsedildiği için tekrar tedbir veya haciz kararı alınmasına gerek olmadığını, mahkemenin hakemlerin

¹³⁰ Niuscha BASSIRI, *Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter IV: Article 1696*, Arbitration in Belgium, Niuscha Bassiri and Maarten Draye (eds), Kluwer Law International, 2016, s.241.

¹³¹ “Art. 1696: § 1er. Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme ayant force obligatoire et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est déclarée exécutoire par le tribunal de première instance, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions de l’article 1697.”

¹³² BALKAR, s.303.

¹³³ AKINCI, s.138; Detaylı açıklama ve madde ile ilgili tartışmalar için bkz.: BALKAR, s.247.

bu şekilde bir karar verip veremeyeceklerini inceledikten sonra karara icrai etki tanıyacaklarını belirtmiştir¹³⁴.

Bazı hallerde kanun hükmünde bir açıklık olmasa dahi doktrin ve yargı kararları ile ilgili kanunun tenfizde de uygulanabileceği kabul edilmektedir. Örneğin İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Hakkındaki Federal Kanun'un 183. maddesi ile hakem heyeti tarafından geçici hukuki koruma önlemi kararı verilebilir.¹³⁵ Bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce ise hakemlerin tedbir kararı veremeyeceği kabul ediliyordu¹³⁶. Maddenin ikinci fıkrasında ise hakkında karar verilen taraf, iradi bir şekilde karara uymazsa, hakem heyetinin yetkili mahkemeden ilgili kararın icrası için yardım istenebileceği belirtilmiştir. İsviçre kanununda MTK'da olduğu gibi bu hükmün tahkim yeri İsviçre dışında olan geçici hukuki koruma kararları açısından da uygulanabileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrindeki genel kabul ise bu hükmün tahkim yeri İsviçre olmasa dahi uygulama alanı bulacağı yönündedir¹³⁷.

2.3. New York Konvansiyonu Madde 7 Uyarınca Değerlendirme

Konvansiyon'un 7. maddesinin birinci fıkrasında tenfiz talebinde bulunacak kişilerin tenfiz devletinin mahalli mevzuatından faydalanabileceği öngörülmüştür¹³⁸. Bu ihtimalde eğer tenfiz devletinin kuralları, Konvansiyona nazaran tenfize daha elverişli ise bu kurallar uygulama alanı bulacaktır. Madde ile amaçlanan, mümkün olduğunca verilen kararların icra edilmesinin önünün açılmasıdır¹³⁹.

¹³⁴ PEKCANITEZ, s.137.

¹³⁵ GEISINGER VOSER, s.108; BORN, s.2435.

¹³⁶ PEKCANITEZ, s.119.

¹³⁷ Christopher BOOG, *Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 183[Procedure: provisional and conservatory measures]*, Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Manuel Arroyo, Kluwer Law International, 2013, s.125; GHAFARI, WALTERS, s.160.

¹³⁸ "İşbu sözleşme hükümleri, âkit devletler arasında akdedilmiş hakem kararlarının tanınması veya icrasına dair, iki yahut çok taraflı sözleşmelerin muteberliğine halel getirmeyen ve ilgili taraflardan hiçbirini, bir hakem kararından, bunun dermeyan edildiği memleketin kanun ve sözleşmeleri hükümleri dairesinde faydalanmak imkânından mahrum kılmaz."

¹³⁹ VAN DEN BERG, s.82; Paulsson, s.233; Dirk OTTO, *Article VII in Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, et al. (eds), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer Law International, 2010, s.452.

Yukarıda da belirtildiği üzere Konvansiyon geçici kararların tenfiz edilip edilemeyeceğine ilişkin bir açıklık içermemektedir. Fakat doktrinadaki genel kabul dikkate alınacak olursa sadece nihai hakem kararlarının tenfiz edilebileceği söylenecektir. Bu çalışmada acil durum hakemlerinin amaçsal yorumla hakem olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle nihailik açısından yapılan değerlendirmeler 7.maddenin uygulama alanına girilip girilmediği hususunda etkili olacaktır.

Doktrinde azınlık görüş olan ve bazı Amerikan Mahkemesi kararlarıyla da kabul edilmiş olan nihailik kavramının genişletilmesi görüşü kabul edilecek olursa¹⁴⁰ verilen acil durum hakemleri kararlarının Konvansiyon kapsamında tenfiz edilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu noktada artık madde 7 kapsamında olunmayacağı açıktır. Fakat bizim de kabul ettiğimiz görüş uyarınca verilen kararların tenfiz edilebilirliğini sağlamak için nihailiğin kapsamının genişletilmesine gerek yoktur. Eğer ulusal hukuklarda hakemlerin verdiği geçici hukuki koruma kararlarının tenfizine imkân sağlanmışsa, çalışma kapsamında acil durum hakemlerinin hakem olduğu kabul edildiğinden, acil durum hakemlerinin verdiği kararlar esasen ulusal hukuktaki düzenleme sayesinde tenfiz edilebilir hale gelmiş olacaktır. Bu noktada Konvansiyonun 7.maddesinin uygulama alanı bulunduğu söylenebilir¹⁴¹.

Yine de hatırlatmak gerekir ki, madde 7'nin uygulama alanı bulup bulmayacağının değerlendirilmesi tamamen doktrinadaki genel kabul olan geçici kararların tenfiz edilemeyeceği kabulüne dayanmaktadır. Bu kabulün değişmesi halinde böyle bir yorum yapılmasına ihtiyaç kalmayacağını düşünmekteyiz.

¹⁴⁰ Çalışma kapsamında “2.2 Acil Durum Hakemi Tarafından Verilen Kararların Niteliği” başlıklı bölümde incelenmiştir.

¹⁴¹ BALKAR, s.299.

Sonuç

Acil durum hakemliği, kurumsal tahkimlerin getirdiği düzenlemeler sayesinde teorik boyutta, tahkimin geçici hukuki korumalar alanında sahip olduğu tüm problemleri gidermiş gibi görünmektedir. Zira artık çok kısa sürede atanan hakemler, yine çok kısa sürede geçici hukuki koruma kararı vermekte ve bu kararı tahkimin sahip olduğu diğer avantajları da (örneğin uzmanlık, gizlilik gibi) içerecek şekilde vermektedir.

Karar taraflarca rızaen uygulandığında teorik boyuttaki kusursuzluk, pratikte de devam edecektir. Fakat hakkında karar verilen kişi bu karara uymadığında, kurumsal tahkimlerce getirilen sistemde bazı pürüzler ortaya çıkabilecek, bu durum acil durum hakemliğinden elde edilen tüm avantajların silinmesine yol açabilecektir. Örneğin bir taraf acil durum hakemliği kararının tenfiz edilebileceğine inanarak devlet yargısına başvurmadıysa ve elde ettiği kararın tenfizi sağlayamadıysa, talep ettiği koruma için tekrar devlet yargısına başvurması çoğu halde talep ettiği korumanın imkânsızlaşmasına yol açabilir. Bu tarz bir sorunla karşılaşmamak için getirilen yeni bir hukuki kurumun temellerinin mevcut hukuk düzeni ile desteklenmesi şarttır.

Bu noktada, kanaatimizce ulusal hukuk sistemlerinde açık bir kanun hükmüyle acil durum hakemlerinin kararlarının niteliklerine bakılmaksızın icra ve tenfiz edilebileceğinin kararlaştırılması yerinde olacaktır. Bu yapıya dek acil durum hakeminin, hakem olduğunun kabul edilmesi karşılaşılabilecek birçok sorunun önlenmesini sağlayacaktır. Fakat hakem olduğunun kabulü de tek başına verilen kararın tenfizi sağlamayacaktır. Bu halde yine tenfiz ülkesinde geçici nitelikteki kararların tenfizinin sağlanmış olması gerekir. Ancak tenfize ilişkin bu belirsizliğin ortadan kalkması halinde, acil durum hakemlerine olan ilgi çoğalacaktır. Aksi halde kişiler, risk almayıp mahkemelerden geçici hukuki koruma talep etmeye devam edecektir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Ankara 1994, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, s. 57.
- ATLIHAN, Özen; *The Main Principles Governing Interim Measures In The Pre-Arbitral Proceedings- Specifically, The Icc Emergency Arbitrator Rules (2012)*, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul XLIII, N.60, 2011, s.203-262, Çevrimiçi, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuafdi/article/view/1023016891> (04.06.2016).
- BAIGEL, Baruch; *The Emergency Arbitrator Procedure under the 2012 ICC Rules: A Juridical Analysis*, Journal of International Arbitration, Volume 31, Issue 1, Kluwer Law International, 2014, s.1-18.
- BALKAR, Süheyla; *Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Koruma Tedbirleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Çevrimiçi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (19.04.2016).
- BASSIRI, Niuscha; *Commentary on Part VI of the Belgian Judicial Code, Chapter IV: Article 1696*, Arbitration in Belgium, Niuscha Bassiri and Maarten Draye (eds), Kluwer Law International, 2016, s.239-246
- BERAUDO, Jean-Paul; *Recognition and Enforcement of Interim Measures of Protection Ordered by Arbitral Tribunals*, Journal of International Arbitration, Volume 22, Issue 3, Kluwer Law International, 2005, s.245-254.
- BOOG Christopher, *Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Article 183[Procedure: provisional and conservatory measures]*, Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Manuel Arroyo, Kluwer Law International, 2013, s.118-126.
- BORN, Gary B; *International Commercial Arbitration*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2014.
- CARLEVARIS, Andrea, José Ricardo FERIS; *Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Volume 25, Number 1, 2014, s.25-38.

- COLLINS, Erin; *Pre-Tribunal Emergency Relief in International Commercial Arbitration*, Loyola University Chicago International Law Review, Volume 10, Issue 1, 2012-2013, s.105-123.
- EHLE, Bernd; *Emergency Arbitration in Practice*, New Developments in International Commercial Arbitration, Christoph Müller/Antonio Rigozzi (Eds), Schulthess, Geneva, 2013, s.87-109.
- ERTEN, Rifat; *Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Koruma Önlemleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- ESEN, Emre; *Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, Beta Basım, İstanbul, 2008.
- FRY, Jason; *The Emergency Arbitrator- Flawed Fashion or Sensible Solution?*, Dispute Resolution International, Volume 7, No 2, 2013, s.179-197.
- GEISINGER, Elliott, Nathalie VOSER; *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners (Second Edition)*, Kluwer Law International, 2013.
- GHAFFARİ, Amir, Emmylou WALTERS; *The Emergency Arbitrator: The Dawn of a New Age?*, Arbitration International, Volume 30, Issue 1, LCIA, 2014, s.153-167.
- GRIERSON, Jacob, Annet VAN HOOFT; *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*, Kluwer Law International, 2012.
- HOLTZMANN, Howard M., Joseph E. NEUHAUS, Edda KRISTJÁNSDÓTTIR, Thomas W. WALSH; *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 2015.
- JARROSSON, Charles; *Les frontières de l'arbitrage*, Revue de l'Arbitrage, Volume 2001, Issue 1, Kluwer Law International, 2001, s.5-42.
- KOJOVIC, Tijana; *Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief – How Final is Provisional?*, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, 2001, Volume 18, Issue 5, s.511 – 532.

- LEW, Julian D. M., Loukas A. MISTELIS, et al.; *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- LUNDSTEDT, Johan; *SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions 1 January 2010- 31 December 2013*, Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce (Çevrimiçi). http://www.sccinstitute.com/media/29995/scc-practice-2010-2013-emergency-arbitrator_final.pdf (20.04.2016).
- MUÑOZ, Edgardo; *How urgent shall an emergency be. The standards required to grant urgent relief by emergency arbitrators*, Yearbook on International Arbitration, Volume IV, Edited by Marianne Roth, Michael Geistlinger, Vienna, 2015, s.43-67.
- MÜLLER, Christoph, Sabrina PEARSON; *Waving the Green Flag to Emergency Arbitration under the Swiss Rules: the Sauber Saga*, ASA Bulletin, Volume 33, Issue 4, Kluwer Law International, 2015, s.808-824.
- O'CALLAGHAN Kieron, Jerome FINNIS, *Chapter 20: Support and Supervision by the Courts*, Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland, Julian D.M. Lew, Harris Bor, et al (eds), Kluwer Law International, 2013, s.413-440.
- OTTO, Dirk; *Article VII in Herbert KRONKE, Patricia NACIMIENTO, et al. (eds)*, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Kluwer Law International, 2010, s.443-474.
- PAULSSON, Marike R. P. ; *The 1958 New York Convention in Action*, Kluwer Law International, 2016.
- PEKCANITEZ, Hakan; *Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri*, Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003, Ankara, 2003.
- REDFERN ALAN, J. Martin HUNTER, Nigel BLACKABY, Constantine PARTASIDES; *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Sixth Edition, 2015, Oxford University Press.
- ROTH, Marianne, Claudia REİTH; *Emergency Rules*, Yearbook on International Arbitration, Volume 2, 2012, s.65-74.

- SANTACROCE, Fabio G.; *The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision?*, Arbitration International, Volume 31, Issue 2, LCIA, 2015, s.283-312.
- SCHERER, Maxi, Lisa RICHMAN, Rémy GERBAY; *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide*, Kluwer Law International, 2015
- ŞANLI, Cemal; *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6.bası, Beta Basım, 2016, İstanbul.
- VAN DEN BERG, Albert Jan; *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law and Taxation Publishers, the Hague, 1994.
- VERBIST, Herman, Erik SCHÄFER, et al.; *ICC Arbitration in Practice*, 2nd edition, Kluwer Law International, 2015.
- YEŞİLIRMAK, Ali; *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2005.