

İNGİLİZ TAHKİM HUKUKUNDA GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA ÖNLEMLERİ*

Provisional Measures of Protection under English Arbitration Law

Yrd. Doç. Dr. Rifat ERTEN**

GİRİŞ, I. GENEL OLARAK İNGİLİZ TAHKİM HUKUKU, II. EAA'DAN ÖNCEKİ DÖNEM, A. Hakem Kurulunun Yetkisi, B. Mahkemelerin Yetkisi, III. EAA DÖNEMİ, A. Genel Olarak, B. Hakem Kurulunun Yetkileri, 1. Hakem Kurulunun Geçici Hukukî Koruma Kararı Verme Yetkisi, a) Genel Yetkiler, b) Geçici Hakem Kararları, 2. Hakem Kurulunun Kararın İcrası Konusundaki Yetkileri, C. Mahkemelerin Yetkisi, 1. Mahkemelerin Geçici Hukukî Koruma Kararı Verme Yetkisi, 2. Geçici Hukukî Koruma Kararlarının Zorla İcrası, 3. Tahkim Yerinin İngiltere Dışında Olması Halinde Mahkemelerin Yardımı, **SONUÇ**

* Bu çalışma TÜBİTAK tarafından verilen doktora sonrası araştırma bursu ile gittiğim University of Houston Law Center'da yapılan araştırmalar sonucunda hazırlanmıştır.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ÖZET

Hukuk düzenleri, tahkimde geçici hukukî koruma önlemleri hususunda değişik yaklaşımlar benimsemişlerdir. Bunlardan ikisi önem taşımaktadır. 1985 UNCITRAL Model Kanununun kabul ettiği serbest seçim modelinde, geçici hukukî koruma mahkemeden veya hakem kurulundan istenebilir. Serbest seçim modelinin karşısında, İngiliz hukukunda kabul edilen “*court subsidiarity model*” yer almaktadır. Bu modelde, geçici hukukî korumanın mahkemelerden talep edilebilmesi için belli bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Son modelde, mahkemeler geçici hukukî koruma önlem kararlarının gerek verilmesinde ve gerek bu kararların icrasında son yetkili mercii kabul edilmektedir. Çalışmada, İngiliz Tahkim Kanunu 1996’ya göre, geçici hukukî koruma önlemleri konusunda yetkili makamlar, söz konusu makamların yetkisinin şartları, hakem kurulu tarafından verilen kararların icrası ve tahkim yerinin İngiltere dışında olduğu halde tahkime İngiliz mahkemelerinin yardımı konuları açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Tahkim, geçici hukukî koruma önlemleri, geçici önlemler, İngiliz Tahkim Kanunu 1996

ABSTRACT

In various legal systems, different approaches exist regarding provisional measures of protection in arbitration. In this regard, two approaches deserve special attention. While in the “free choice model” that is provided under the UNCITRAL Model Law of 1985, provisional measures of protection may be requested from the courts or from arbitral tribunals, while in the “court subsidiarity model,” which is provided under English law, some conditions have to be met in order to request provisional measures of protection from the courts. In the latter model, the courts are deemed as final resorts, not only in deciding on the provisional measures of protection but also for the enforcement of such decisions. In this regard, this article aims to explain some issues of the English Arbitration Act of 1996, such as the competent authorities for the provisional measures of protection, the conditions of their competence,

enforcement of arbitral provisional measures of protection as well as the support of English courts in arbitral proceedings, where the seat of arbitration is outside England.

Keywords: Arbitration, interim measures of protection, provisional measures, English Arbitration Act 1996

GİRİŞ

1996 yılında kabul edilen ve halen yürürlükte olan İngiliz Tahkim Kanunu (*English Arbitration Act 1996*, [EAA])¹, geçici hukukî koruma önlemleri² konusunda, birçok devletin kabul ettiğinden farklı, özgün bir sistem benimsemiştir. Çalışmamızda, esas itibarıyla, EAA'nın geçici hukukî koruma tedbirleri konusundaki hükümleri değerlendirilecektir. Ancak, ilgili hükümlere dair açıklamalardan önce, İngiliz tahkim hukuku ve EAA hakkında genel bilgiler verilecek daha sonra, EAA'dan evvel konuya ilişkin yaklaşımlara değinilecektir.

Tahkim dilinin İngilizce olarak belirlendiği ve özellikle taraflardan birini *Anglo-Saxon* hukuku dâhilindeki bir ülkenin tacirlerinin oluşturduğu tahkim anlaşmalarında sıklıkla, tahkim yeri olarak Londra, yargılamaya uygulanacak hukuk olarak da İngiliz hukukunun tercih edildiği görülmektedir. Dolayısıyla çalışmanın, böyle bir tahkim kaydı

¹ EAA'nın metni için bkz. <http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1996/ukpga_19960023_en_1>, (15.08.2009); İngiliz tahkim hukuku ve EAA hakkında genel bilgiler için bkz. **YEŞİN, Erdoğan:** “İngiliz Hukukunda Milletlerarası Tahkim”, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar: 11 Nisan 1997), Ankara: BTHAE 1997, s. 107-121.

² Geçici hukukî koruma, doktrinde “*uyuşmazlığın kesin hükümle sonuçlanmasına kadar geçen süre içinde doğabilecek tehlikelerden, kötü niyetli davranışlardan davacıyı, davalıyı ve dava konusunu korumak amacıyla mahkemelerce ya da hukukumazda yeni olarak, hakem veya hakemlerce karar verilen hukukî koruma*” olarak tanımlanmaktadır. Tanım ve geçici hukukî koruma hakkında bilgi için bkz. **PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet:** Medeni Usûl Hukuku, B. 6, Ankara: Yetkin 2007, s. 663 vd.; **ÖZEKES, Muhammet:** İcra İflas Hukukunda İhtiyatî Haciz, Ankara: Seçkin 1999, s. 29 vd.; **YILMAZ, Ejder:** Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara: Yetkin 2001, s. 32 vd.; **PEKCANİTEZ, Hakan:** “*Milletlerarası Tahkimde Geçici Koruma Önlemleri*”, Milletlerarası Tahkim Semineri (10 Mart 2003), Ankara: ICC Türkiye Millî Komitesi 2003, s. 115; **HADİMOĞLU, Nimet Ö.:** Brüksel (I) Tüzüğü Işığında AB Hukukunda Geçici ve Koruyucu Tedbir Kararları, Ankara: Yetkin 2009, s. 2 vd.

üzerinde anlaşmaya varacak Türk şirketleri açısından faydalı olacağını ifade etmek gerekir. Bunun yanında, tahkim yeri olarak İngiltere seçilmese bile tahkim yargılaması sırasında İngiliz mahkemelerinin yardımına ihtiyaç duyulması durumunda ne gibi sonuçlarla karşılaşacağını öngörülebilmesi bakımından da çalışma konusu önem taşımaktadır.

EAA uyarınca, hakem kurullarınca verilen geçici hukukî koruma kararlarının başka bir ülkede tenfizi meselesine, konu tenfiz talebinde bulunulan ülkenin hukukuyla ilgili olduğu için çalışmamızda değinilmeyecektir³.

I. GENEL OLARAK İNGİLİZ TAHKİM HUKUKU

İngiltere'nin tahkim hukukuna ilişkin tarihi çok eskilere, Ortaçağ yıllarına kadar gitmektedir⁴. Daha 1600'lü yıllarda tahkim hakkında verilmiş mahkeme kararları, ihdas edilmiş kanunî düzenlemeler bulunmaktadır⁵. İngiltere, bugün, gerek *ad hoc* ve gerekse kurumsal tahkim alanında dünyanın dikkati çeken ülkelerinden biridir⁶. Örneğin, Londra Uluslararası Tahkim Divanı (*London Court of International*

³ Burada şu kadarını ifade etmekte fayda bulunmaktadır. İstisnalar bulunmakla birlikte, geçici hukukî koruma kararlarının başka bir ülkede tenfizi genelde kabul edilmemektedir. Bununla birlikte, geçici hakem kararı (*interim award*) şeklinde verilen geçici hukukî koruma kararlarının, New York Sözleşmesi çerçevesinde tenfizinin mümkün olabileceği yönünde tartışmalar da bulunmaktadır (**WERBICKI, Raymond J.**: “*Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction?*”, *Dispute Resolution Journal*, Nov. 2002-Jan. 2003, Vol. 57, s. 66). Ancak bu kararların tenfizinin de mümkün olması gerektiği doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir. Bu yöndeki görüşler doğrultusunda, UNCITRAL Model Kanununda, 2006 yılında yapılan değişikliklerde yabancı geçici hukukî koruma kararlarının tenfizine imkân veren hükümlerin kabul edildiğini ifade etmek gerekir. Değişiklikleri içeren metin için bkz. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>, (15.08.2009)].

⁴ **EI-AHDAB, Abdul Hamid**: *Arbitration with the Arab Countries*, Deventer: Kluwer 1990, s. 133; **YEŞİN**, s. 107.

⁵ Bkz. **EI-AHDAB**, s. 133; **YEŞİN**, s. 107.

⁶ 1997 yılında yapılan bir araştırmaya göre, İngiltere’de sadece deniz ticaretine ilişkin olarak yılda 1500 ile 2000 arasında tahkim davasının başladığı ve 450 hakem kararı verildiği belirtilmektedir (**FRASER, David**: “*Arbitration of International Commercial Disputes under English Law*”, *American Review of International Arbitration*, 1997, Vol. 8, s. 2). Bunlara, sigorta ve mal ticaretine ilişkin dava sayılarını da eklediğimiz zaman yıllık ortalama daha da yükselmektedir.

Arbitration, LCIA), iş yoğunluğu fazla olan tahkim merkezleri arasında yer almaktadır⁷.

EAA kabul edilene kadar, İngiltere’de tahkimi üç kanunî metnin – 1950, 1975 ve 1979 yıllarında kabul edilen tahkim kanunları– yanında, içtihat hukuku (*case law*) düzenliyordu⁸. Bu durum uzman olmayanlar ve özellikle yabancılar için zorluklar ortaya çıkarıyordu. Ayrıca, kaynakların fazlalığı uluslararası tahkim alanında gerekli olan şeffaflığı ve öngörülebilirliği de engelliyordu. Düzenlemelerin çokluğu ve dağılıklığı yanında, mevcut hükümler içinde modern tahkim anlayışına uygun olmayanlarının olduğu da belirtiliyordu⁹. EAA, tüm bu olumsuzlukları gidermek amacıyla hazırlanmıştır. Bunların yanında, EAA’nın hazırlanmasında İngiltere’nin tahkim merkezi olarak cazibesini artırmak da önemli bir nedendir¹⁰.

Birleşmiş Milletler, 1985 yılında, UNCITRAL¹¹ tarafından hazırlanan Uluslararası Ticarî Tahkime Dair Model Kanunu¹² [Model Kanun] onaylamış ve devletlere tavsiye olarak sunmuştur. Model Kanun, adı üzerinde uluslararası ticarî tahkimi düzenlemek amacını taşımaktadır ve mahallî (=yerel, yerli, iç, ulusal) tahkim, Model Kanunun kapsamı dışındadır.

Model Kanun, bugün, ülkemizin de içinde bulunduğu, birçok ülke tarafından iktibas edilmiş bulunmaktadır¹³. EAA’nın kabulünden önce, tahkim mevzuatı konusunda olumsuzluklar taşıyan İngiltere’de de Model

⁷ **SCHAEFER, Jan K.:** “*New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared*”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 2.2, 1998, <<http://www.ejcl.org/22/abs22-2.html>>, (15.08.2009), s. 10.

⁸ **FRASER**, s. 3; “*Case law*” ifadesi, dilimize, “örnekler/olaylar hukuku” olarak da tercüme edilmiştir. Bkz. **BİLGE, N.:** *Hukuk Başlangıcı-Hukukun Temel İlkeleri*, B. 6, Ankara: Turhan 1987, s. 84.

⁹ Bkz. **MERKIN, Robert:** *Arbitration Act 1996: An Annotated Guide*, London/New York/Hong Kong: LLP 1996, s. 1-2.

¹⁰ **FRASER**, s. 3.

¹¹ *United Nations Commission on International Trade Law*.

¹² *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. Model Kanunun İngilizce metni için bkz. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf>, (15.08.2009).

¹³ Model Kanunu iktibas etmiş ülkeler için bkz. <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html>, (15.08.2009).

Kanunun iktibas edilmesi düşünülmüştür. Bu nedenle, Model Kanunun iktibas konularında tavsiyelerde bulunması için, meşhur tahkim hukukçusu Lord MUSTILL'in başkanlığını yaptığı Tahkim Hukuku Danışma Komitesine [Komite] görev verilmiştir¹⁴. Komite, 1989 yılında hazırladığı raporunda, belirtilen bazı nedenlerle Model Kanunun iktibas edilmesine karşı çıkmış; bunun yerine, mevcut yasal düzenlemeler ve içtihat hukukundan yararlanılarak, mevcut olumsuzlukları bertaraf eden yeni bir kanunun hazırlanmasını tavsiye etmiştir¹⁵. Ancak, Komite, Model Kanunu bütün olarak reddetmemiş, aksine yeni düzenlemenin mümkün olduğu kadar Model Kanunun yapısını ve kullandığı dili yansıtmaya gerektiğini, buna karşılık bütünüyle iktibasın zararlı olacağını ifade etmiştir¹⁶. Böylece, hazırlanacak yeni kanunun, Model Kanuna yakın çevreler tarafından da kabul edilebilmesi sağlanabilecektir¹⁷. Toptan iktibasa karşı çıkılmasının nedenlerinden bazılarını şu şekilde belirtebiliriz: İlk olarak, uluslararası ticarî tahkimi düzenlemek amacıyla çıkarılan Model Kanunun kabul edilmesi, İngiliz hukukunda iç tahkim ve uluslararası tahkim için iki ayrı rejimin benimsenmesi anlamına gelecektir. Model Kanun, İngiliz hukukunda istikrar kazanmış prensiplerden farklı hükümler içermektedir; iktibas halinde, yeni ilke ve usulün uygulayıcılar tarafından benimsenmesine kadar geçecek sürede, İngiltere'nin tahkim pazarındaki yeri tehlikeye düşecektir. Model Kanun, tahkim hukuku oluşturmak veya geliştirmek isteyen hukuk sistemleri için hazırlanmıştır; oysa İngiltere, olgunlaşmış ve test edilmiş bir sisteme zaten sahiptir¹⁸. Son olarak, İngiliz hukukunun kabul ettiği tahkim usulüne ilişkin bazı özelliklerin daha faydalı olduğu ifade edilmiştir¹⁹.

Komitenin söz konusu raporu 1989 yılına ait olmakla birlikte, ilk taslak kanun metni, 1994 yılında yayımlanmıştır. Ancak, 1995 yılında, bu sefer Lord SAVILLE'nin başında olduğu Komite, ilk metnin yerine ikinci bir taslak metin hazırlamıştır. İkinci metinde de, Model Kanunun bütün

¹⁴ *Departmental Advisory Committee on Arbitration Law*.

¹⁵ **MERKIN**, s. 2.

¹⁶ **MERKIN**, s. 2.

¹⁷ **SCHAEFER**, s. 10.

¹⁸ **MERKIN**, s. 2.

¹⁹ **FRASER**, s. 2-3; Model Kanuna kıyasla daha avantajlı olduğu kabul edilen bu özellikler için bkz. **MERKIN**, s. 2-3.

olarak iktibası reddedilmiş olmakla birlikte, taslak Model Kanuna daha yakın bir şekilde hazırlanmıştır. Metinde, daha sonra çeşitli aşamalarda bazı değişiklikler yapılmıştır²⁰. EAA, 1975 ve 1979 tarihli kanunları tümüyle ve 1950 tarihli Kanunun ise ilk kısmını yürürlükten kaldırmıştır²¹. Komitenin, hazırladığı metinle ilgili raporu da, İngiliz tahkim hukuku açısından önem taşımakta olup; aşağıda, yeri geldikçe, rapordan söz edilecektir²².

EAA, 17 Haziran 1996 tarihinde kabul edilmiş ve EAA'nın, birkaç istisna dışında (iç tahkime ilişkin m. 85-86), tahkim anlaşmasının veya tahkim kaydının yer aldığı esas sözleşmenin tarihi ne olursa olsun, 31 Ocak 1997 tarihinde veya daha sonra başlayan tüm tahkim usullerine uygulanacağı hükme bağlanmıştır (EAA m. 84). Dolayısıyla, bu tarihten önce başlamış tahkim yargılamalarına, eski kanunî düzenlemeler uygulanmak durumundadır²³.

EAA dört kısımdan ve dört ekten meydana gelmektedir. Birinci kısım (m. 1-84), milletlerarası ticarî tahkime uygulanacak hükümleri içermektedir. "Tahkime ilişkin diğer hükümler" başlığını taşıyan ikinci kısımda (m. 85-98), farklı konu başlıkları içinde, iç tahkime ilişkin hükümlerle, tüketici tahkim anlaşmalarına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Üçüncü kısımda (m. 99-104), yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu bağlamda, 1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Hakkındaki Cenevre

²⁰ Süreç hakkında bkz. **MERKIN**, s. 4 vd.

²¹ Tahkim Kanunu 1950'nin ikinci kısmı, Cenevre Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin rejimi düzenlemektedir. New York Sözleşmesine taraf olmayıp, Cenevre Sözleşmesine taraf ülkelerin varlığı nedeniyle, ikinci kısım yürürlükten kaldırılmamıştır (**HUNTER, Martin/LANDAU, Toby**: The English Arbitration Act 1996: Text and Notes, The Hague: Kluwer Law International 1998, s. 76, dpn. 134; **FRASER**, s. 4; ayrıca bkz. EAA m. 99).

²² Rapor metni için bkz. **MERKIN**, s. 163-210. Söz konusu rapor, İngiliz hukukunda, kısaca "*DAC Report 1996*" olarak adlandırılmaktadır. "1996" ifadesi, önceki metne ilişkin rapordan ayırt etmek için kullanılmaktadır. Çalışmamızda, ikinci raporu esas aldığımızdan sadece "*DAC Report*" kısaltması kullanılacaktır.

²³ **FRASER**, s. 5; EAA, Model Kanuna yaklaştırılmış olsa da bazı önemli farklılıklara da sahiptir. Belli başlı farklılıklar için bkz. **MERKIN**, s. 7; **YEŞİN**, s. 108. Bu bağlamda, geçici hukukî koruma önlemlerine ilişkin EAA'da benimsenen yaklaşımın da, Model Kanunun hükümlerinden farklı olduğunu ifade etmek gerekir.

Sözleşmesi²⁴ ve 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi²⁵ [New York Sözleşmesi] kapsamındaki yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konuları burada düzenlenmiştir. Nihayet dördüncü kısımda (m. 105-110), genel hükümler yer almaktadır.

Çalışma konusu kapsamında uluslar arası tahkim açısından önem arz eden EAA'nın belli başlı hükümlerini şu şekilde somutlaştırabiliriz:

İlk maddede, birinci kısımda yer alan hükümlerin dayanağını teşkil eden ve bu hükümlerin yorumunda kullanılacak olan ilkeler²⁶ ortaya konmuştur: (a) Tahkimin amacı, ihtilâfların, tarafsız hakem kurulu tarafından, gereksiz gecikme ve masraf olmaksızın âdil bir şekilde çözüme kavuşmasını temin etmektir. (b) Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın nasıl çözüme kavuşturulacağı konusunda anlaşmakta özgürdürler; ancak, bu özgürlüğü kamu yararını sağlayan koruyucu hükümler sınırlamaktadır. (c) Birinci kısım hükümlerinin uygulandığı meselelerde mahkeme, bu kısımda belirtilen hususlar dışında bir müdahalede bulunamaz²⁷.

EAA m. 2(1)'e göre, birinci kısım hükümleri, tahkim yerinin İngiltere ve Galler veya Kuzey İrlanda olduğu durumlarda uygulanacaktır²⁸. Yine 2. maddeye göre tahkim yerinin İngiltere dışında olması durumunda da EAA'nın bazı hükümleri uygulama alanı bulur. Bunlar, tahkim itirazı (m. 9-11) ve kararların icrasına (m. 66) ilişkin maddelerle, tanıklara ilişkin 43 ve mahkemelerin tahkim yargılamasına destek olmalarını düzenleyen 44. madde hükümleridir. Madde 43 ve 44'e aşağıda daha detaylı değinilecektir; ancak bu maddelerle ilgili olarak

²⁴ Bkz. yuk. dpn. 21.

²⁵ Türkiye'nin tarafı olduğu New York Sözleşmesinin İngilizce metni için bkz. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf>, (15.08.2009); Türkçe metni için bkz. RG. 25.09.1991, S. 21002. Cenevre Sözleşmesi, New York Sözleşmesine taraf olan devletler açısından yürürlükten kalkmıştır. Bkz. New York Sözleşmesi m. VII(2). EAA'nın hazırlandığı dönemde, New York Sözleşmesine taraf olmayan devletlerin bulunması nedeniyle, Cenevre Sözleşmesine ilişkin hükümler korunmuştur.

²⁶ YEŞİN, s. 108.

²⁷ Bu ilke, Model Kanun m. 5'de de hükme bağlanmış bulunmaktadır (HUNTER/LANDAU, s. 10, dpn. 4).

²⁸ Bundan sonra sadece İngiltere olarak anılacaktır.

mahkemeye takdir yetkisi verildiğini de ifade etmek gerekir (EAA m. 2(3), son prgf.).

Madde 3’de, birinci kısımda kullanılan “tahkim yeri” (*the seat of the arbitration*) ifadesinin, hukukî anlamda tahkim yerine işaret ettiği belirtildikten sonra, nasıl tespit edileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre tahkim yeri, tahkim anlaşmasının taraflarınca veya tarafların bu konuda yetki vermesi şartıyla herhangi bir tahkim kurumu, başka bir kurum ya da kişi tarafından ya da yine taraflarca yetki verilmesi kaydıyla hakem kurulunca belirlenen yerdir. Bunlardan hiçbirisi yoksa bu takdirde başta tahkim anlaşması olmak üzere, ilgili tüm durumlar dikkate alınarak tahkim yeri tespit edilir. Son halde, tahkim yerini tespit edecek makam, yetkili mahkemeler olup; mahkemenin İngiliz mahkemesi olması zorunluluğu bulunmamaktadır²⁹.

EAA, taraflara çok geniş irade serbestisi tanımaktadır. Ancak EAA’nın hükümleri emredici (*mandatory rules*) ve emredici olmayan hükümler (*non-mandatory rules*) şeklinde ikiye ayrılmış bulunmaktadır (EAA m. 4). EAA’nın birinci kısmındaki hangi hükümlerinin emredici nitelikte olduğu, EAA’nın 1 numaralı ekinde tek tek belirtilmiştir. Taraflar, emredici nitelikteki bu hükümlerin aksine anlaşma yapamazlar; yapsalar dahi, emredici hükümler geçerliliğini sürdürür (EAA m. 4(1)). Emredici hükümler, tahkim yerinin İngiltere olduğu hallerde, usule İngiliz hukukunun uygulanmadığı durumlarda dahi uygulanırlar³⁰.

Ekte belirtilen hükümlerin dışındakiler, emredici nitelikte değildir, bu nedenle taraflar aksine anlaşma yapabilirler; ancak bunlar, anlaşma olmaması halinde uygulanırlar (EAA m. 4/2). Emredici olmayan hükümler, genelde, “taraflar aksine anlaşmamışlarsa” ifadesini içerirler³¹. Taraflar, kurumsal tahkim kurumlardan birinin kuralları veya bu yönde başka kurallar üzerinde anlaşılırsa, uygulanması öngörülen kuralların hükümleri, EAA’nın emredici olmayan hükümlerinin yerine geçer (EAA

²⁹ HUNTER/LANDAU, s. 12, dpn. 11.

³⁰ FRASER, s. 6; MERKIN, s. 19.

³¹ FRASER, s. 6. EAA’nın az da olsa bazı hükümlerinin uygulanabilmesi için tarafların açıkça bu yönde anlaşmış olmaları gerekmektedir. Örneğin geçici çarelere ilişkin m. 39 (HUNTER/LANDAU, s. 12, dpn. 12).

m. 4(3)). Ancak, üzerinde anlaşma sağlanan kuralların sessiz kaldığı hususlarda, yine EAA'nın emredici olmayan hükümleri uygulanacaktır³².

II. EAA'DAN ÖNCEKİ DÖNEM

Tahkim yargılamasında talep edilecek geçici hukukî koruma önlemleri konusunu, hakem kurulu ve mahkemeler açısından incelemek gerekmektedir. Ancak bundan önce, İngiliz tahkim hukukunun 1996 yılından önceki yapısına tekrar değinmek faydalı olacaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, EAA'dan önce, İngiliz tahkim hukukunun kaynaklarını, esas itibarıyla, içtihat hukuku ve üç kanunî düzenleme oluşturmuştur. Kanunî düzenlemelerden ilki olan Tahkim Kanunu 1950 (*Arbitration Act 1950*), hakemler, tahkim yargılaması, hakem kararı ve hakem kararının icrası gibi temel konuları düzenlemiştir. İkinci düzenleme olan Tahkim Kanunu 1975 (*Arbitration Act 1975*)³³, New York Sözleşmesine taraf olunmasından sonra ihdas edilmiştir. Nihayet son düzenleme, Tahkim Kanunu 1979 (*Arbitration Act 1979*) ise mahkemelerin hakem kararlarını hukukî nedenlerle denetlemelerine ilişkin hükümler getirmiştir.

A. Hakem Kurulunun Yetkisi

Bu düzenlemelerde, hakem kurulunun geçici hukukî koruma önlemleri konusundaki yetkisine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır³⁴. Buna karşılık Tahkim Kanunu 1950 m. 12(6)'da, mahkemenin kendisine verilen yetkiyi, hakem kurulunun yetkisine halel getirmeden kullanacağı ifade edilmektedir³⁵. Mahkemelere verilen yetkinin, hakem kurulunun uyuşmazlık konusunu koruma hususunda sahip olduğu veya tahkim anlaşmasında verilen özel yetkinin yerine geçmeyeceği belirtilmektedir³⁶.

³² HUNTER/LANDAU, s. 12, dph. 13.

³³ Bkz. <<http://www.law.berkeley.edu/faculty/ddcaron/Documents/RPID%20Documents/rp04046.html>>, (15.08.2009); bilgi için bkz. LEW, Julian D.M.: "English Arbitration Act 1975", International and Comparative Law Quarterly, 1975, Vol. 24, s. 870-878.

³⁴ COLLINS, Lawrence: "Provisional and Protective Measures in International Litigation", Recueil Des Cours, 1992 (234), III, s. 70.

³⁵ COLLINS, s. 70.

³⁶ HUNTER, J. Martin H.: "Judicial Assistance for the Arbitrator", Contemporary Problems in International Arbitration (ed. Julian D. M. LEW), London: Martinus

Kısaca ifade etmek gerekirse, hakem kurulunun geçici hukukî koruma kararı verme yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir³⁷. Ancak bu yetki sınırsız değildir. Bazı konularda hakem kurulunun yetkisi bulunmamaktadır; dolayısıyla, böyle bir durumda mahkemeye başvurulması gerekmektedir. Örneğin, üçüncü kişilerin elinde bulunan malvarlığına yönelik kararlar için, mahkemeye başvurulmalıdır³⁸. Bunun yanında, bazı geçici hukukî koruma kararları (*Mareva* ve *Anton Piller*) da hakem kurulu tarafından verilememektedir³⁹. Yine hakem kurulunun oluşmasından önceki dönemde ihtiyaç duyulan geçici hukukî koruma kararları için mahkemeye başvurmadan başka bir çare bulunmamaktadır.

B. Mahkemelerin Yetkisi

Mahkemelerin, tahkim yargılamasına yardım ve destek amacıyla müdahale edebilecekleri kabul edilir. Hatta bazı durumlarda mahkemelerin müdahalesi, tahkim yargılamasının sağlıklı bir şekilde ilerleyebilmesi için bir zorunluluk olarak karşımıza çıkar⁴⁰. Bu bağlamda, geçici hukukî koruma önlemleri konusunda da mahkemelere birtakım yetkiler verilmiştir⁴¹.

Tahkim Kanunu 1950 m. 4(1)'de, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması olması halinde mahkemenin yargılamayı durdurabileceği, buna karşılık m. 12(6)'da ise, sanki tahkim anlaşması yokmuş gibi⁴² bazı kararları verme konusunda yetkili olduğu hükme bağlanmaktadır. Mahkemenin hangi kararları verebileceği de hükümde sıralanmıştır⁴³.

Nijhoff 1987, s. 199-200, 202; COLLINS, s. 70; ayrıca bkz. Tahkim Kanunu 1950 m. 12(1).

³⁷ EI-AHDAB, s. 145.

³⁸ EI-AHDAB, s. 145.

³⁹ Bu dönemde, hakem kurulunun giderler için teminat kararı verebilmesi için, tahkim anlaşmasında açık veya zımnî olarak kendisine yetki verilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir (bkz. HUNTER, s. 201).

⁴⁰ Bkz. HUNTER, s. 195 vd.

⁴¹ SHENTON, D.W.: “Attachments and other Interim Court Remedies in Support of Arbitration-The English Courts”, International Business Lawyer, 1989, Vol. 12, s. 101.

⁴² BROWER, Charles N./TUPMAN, W. Michael: “Court-Ordered Provisional Measures under the New York Convention”, American Journal of International Law, 1986, Vol. 80, Issue 1, s. 35.

⁴³ Bunlara örnek olarak giderler için teminat (Tahkim Kanunu 1950 m. 12(6)(a)), uyuşmazlık konusu için teminat (Tahkim Kanunu 1950 m. 12(6)(f)), uyuşmazlık

Madde 12(6), İngiliz hukukunda mahkemeler ile tahkim yargılaması arasındaki yakın ve birbirini tamamlayıcı ilişkiyi ortaya koymaktadır⁴⁴. Kısacası, mahkemeler, tahkim yargılamasına destek olma konusunda kanunla yetkili kılınmışlardır. Hükme bakıldığında mahkemelerin bu konudaki yetkisinin sınırının oldukça geniş tutulduğu söylenebilir⁴⁵.

Bu aşamada İngiltere'nin New York Sözleşmesine taraf olmasından sonraki gelişmelere de değinmek faydalı olacaktır. Zira New York Sözleşmesi, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi yanında, tahkim anlaşması ve itirazı gibi esasa ilişkin hususlarda da düzenlemeler içermektedir. Özellikle tahkim itirazına ilişkin hükmün İngiliz hukukunda ne şekilde anlaşıldığı önem taşımaktadır.

İngiltere açısından New York Sözleşmesi 23.12.1975 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁶. Tahkim Kanunu 1975, esas itibarıyla bu Sözleşmenin yürürlük kanunudur. Kanunun ilk maddesi, New York Sözleşmesi m. II(3)'e paralel bir şekilde, geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanılarak yapılan tahkim itirazı neticesinde, mahkemelerin yargılamayı durdurmaları gereğini hükme bağlamaktadır. Acaba bu hüküm, mahkemelerin geçici hukukî himaye kararı verme yetkilerini kaldırır mı⁴⁷?

New York Sözleşmesinin yürürlüğe girmesinden sonra da İngiliz mahkemeleri, Tahkim Kanunu 1975 m. 1(1)⁴⁸ uyarınca yargılamayı durdururken, hakem kararı öncesinde kendilerinden talep edilen geçici hukukî koruma talepleri konusunda, Tahkim Kanunu 1950 m. 12(6)

konusunun korunmasına ilişkin tedbir kararları (Tahkim Kanunu 1950 m. 12(6)(h)) belirtilebilir.

⁴⁴ **BROWER/TUPMAN**, s. 36.

⁴⁵ Mahkemelerin yetkileri konusunda bkz. **SHENTON**, s. 101-106.

⁴⁶ **BROWER/TUPMAN**, s. 35.

⁴⁷ Soruya verilecek cevap, konumuz açısından önemlidir. Zira ABD hukukunda, New York Sözleşmesine taraf olunmasından sonra, farklı yorumlar ortaya çıkmış; bazı mahkemeler geçici hukukî koruma taleplerini değerlendirmekten kaçınmışlardır. Bu konuda bkz. **ERTEN, Rifat**: “*ABD Tahkim Hukukunda Mahkemelerin Tahkim Yargılamasına Yardımları: Hakem Kararı Öncesi Geçici Hukukî Koruma Önlemlerine İlişkin Yaklaşımlar*”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara: Yetkin 2009, s. 255-291.

⁴⁸ Bkz. New York Sözleşmesi m. II(3).

uyarınca karar vermeye devam etmişlerdir⁴⁹. *Rena K.* kararı⁵⁰, konuya ilişkin ilk ve emsal kararlardan biridir. Dava konusu uyuşmazlık, tahkim kaydı içeren bir charter sözleşmesinden doğmuştur. Yük sahibi, yükünün sözleşmeye aykırı şekilde taşınması nedeniyle zarar gördüğü iddiasıyla mahkemeye başvurarak geminin alıkonulmasını (*action in rem*) ve alacağının teminini (*action in personam*) talep etmiştir. Davalı, gemi hakkında tedbir kararı verilmesi talebine itiraz etmiş ve tahkim itirazında bulunarak yargılamanın durdurulmasını istemiştir.

Hâkim BRANDON, geminin alıkonulmasına ilişkin talebi reddetmiştir⁵¹; ancak, alacak davası kapsamında, talep edilen *Mareva* kararını⁵² vermiştir. Açık bir hüküm olmamakla birlikte, mahkeme bu

⁴⁹ **BROWER/TUPMAN**, s. 36; **COLLINS**, s. 88.

⁵⁰ *Rena K.*, [1978] 1 Lloyd's L. R., s. 545.

⁵¹ Gemi üzerinde tedbir konulmasına ilişkin talebin reddi nedenleri için bkz. **BROWER/TUPMAN**, s. 36; *Rena K.* [1978] 1 Lloyd's L. R., s. 556.

⁵² *Mareva* kararı, davalının mal varlığı üzerindeki tasarruf haklarını kural olarak nihaî karar verilene kadar kaldırır (**WANG, William**: “*International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief*”, Brooklyn Journal of International Law, 2002–2003, Vol. 28, s. 1088, dpn. 214). Borçlu, karar kapsamındaki mal varlığını üçüncü kişilere devredemez veya yurt dışına transfer edemez (“*freezing injunction*”, Oxford Dictionary of Law, B. 5, Oxford/New York: Oxford 2002, s. 213). Bu kararla birlikte, sıklıkla, davalının mal varlığına ilişkin bilgi ve belgeleri açıklamasına da karar verilmektedir (**WANG**, s. 1088, dpn. 214). *Mareva* kararı, sadece taraf üzerinde değil, üçüncü kişiler üzerinde de etkisini doğurur. Örneğin bankaların, tedbir kararının gereğine uygun davranmaları gerekir. Karar, genelde, karşı tarafa bir bildirimde bulunmadan ve savunması alınmadan, *ex parte* verilir (**REDFERN, D. Alan**: “*Arbitration and the Courts: Interim Measures of Protection - Is the Tide about to Turn*”, Texas International Law Journal, 1995, Vol. 30, No. 1, s. 86). *Mareva* kararı, ilk defa İngiltere’de 1975 yılında görülen iki davada [bkz. *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis*, [1975] 1 W.L.R. 1093 (C.A.) ve *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's Rep. 509 (C.A.)] verilmiştir (**REDFERN**, s. 77, dpn. 35; **ZICHERMAN, David L.**: “*Use of Pre-Judgment Attachments and Temporary Injunctions in International Commercial Arbitration Proceedings: A Comparative Analysis of the British and American Approaches*”, University of Pittsburgh Law Review, 1989, Vol. 50, Issue 2, s. 669 ve dpn. 18). Daha sonra, İngiltere dışındaki bazı hukuk sistemlerinde de bu karar kabul edilmiştir. Bu ülkelerden bazıları Avustralya, Kanada, Malezya, Galler, Hong Kong, İrlanda, İsrail, Singapur ve Yeni Zelanda’dır (**REDFERN**, s. 22, dpn. 35; **ZICHERMAN**, s. 676-677). İngiliz hukukunda daha sonra yasal dayanağa da kavuşan *Mareva* kararı, 1999 yılından itibaren “*freezing injunction*” (dondurucu/donduran karar) olarak da adlandırılmaktadır (“*freezing injunction*”, Oxford Dictionary of Law, s. 213). *Mareva* kararı, hukukumuzdaki ihtiyatî hacze benzemekle birlikte, bazı önemli farklılıklar da

yetkisini Tahkim Kanunu 1950 m. 12(6) hükmüne dayandırmıştır. Diğer yandan mahkeme, uyuşmazlığın esasıyla ilgili olarak tahkim itirazını kabul ederek Tahkim Kanunu 1975 uyarınca yargılamanın durdurulmasına hükmetmiştir⁵³. Bu sonucun, Tahkim Kanunu 1975'e'e (dolayısıyla New York Sözleşmesinin m. II(3) hükmüne) uygun olduğu ifade edilmiştir⁵⁴. Nitekim davalı taraf da, pozitif hükümler çerçevesinde mahkemenin böyle bir yetkisinin olmadığı yönünde itirazda bulunmamıştır⁵⁵.

İngiliz mahkemelerinin, konuya ilişkin yaklaşımları, giderler için teminat talepleri hakkında vermiş olduğu kararlarda daha iyi ortaya konulabilir⁵⁶. İngiliz hukukunda 1994 yılına kadar yargılama giderleri için teminata karar verme yetkisinin genel olarak mahkemelere ait olduğu; ancak, tarafların aksine anlaşma yapabilecekleri, yani, hakem kuruluna bu konuda yetki verebilecekleri içtihatlarla kabul edilmiştir⁵⁷. Kısaca ifade etmek gerekirse, taraflar aksine anlaşmamışlarsa, yargılama giderleri için teminat kararları sadece mahkemeler tarafından verilebilecektir. Bu husus, *Mavani*⁵⁸ ve *Bank Mellat v. Helliniki Techniki S.A.* kararlarında açık olarak ortaya konmuştur⁵⁹.

Mavani kararında, tarafların açık olarak yetkilendirmemeleri halinde hakem kurulunun böyle bir yetkisinin bulunmadığı; yetkinin Tahkim Kanunu 1950 m. 12(6) uyarınca mahkemelere ait olduğu belirtilmiştir. Mahkeme, dolaylı şekilde, yetkili olabilmesi için hakem kuruluna kanunî ya da akdî olarak bu yetkinin verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu kararın gerekçelerini savunmak üzere doktrinde, hakem

taşımaktadır. Farklılıklar ve karar hakkında genel bilgi için bkz. **ÖZEKES**, s. 92-94; **HADİMOĞLU**, s. 49, dpn. 187.

⁵³ **ADHIPATHI, Sandeep**: International Commercial Arbitration: Past, Present and Future, LLM Theses: University of Georgia School of Law 2003, s. 17.

⁵⁴ **ADHIPATHI**, s. 18.

⁵⁵ **BROWER/TUPMAN**, s. 36; *Rena K.* kararından altı yıl sonra verilen *Tuyuti* kararı da, aynı yöndedir (bkz. *The Tuyuti*, [1984] 2 Lloyd's L. R., 56).

⁵⁶ **ADHIPATHI**, s. 17.

⁵⁷ **ADHIPATHI**, s. 17; **RUBINS, Noah**: "In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration", American Review of International Arbitration, 2000, Vol. 11, s. 323.

⁵⁸ *Mavani* [1973] 1 W.L.R. 468.

⁵⁹ *Bank Mellat v. Helliniki Techniki S.A.* [1984] Q.B. 291.

kurullarının sorumluluğunun uyuşmazlığın esası hakkında karar vermek olduğu ifade edilmiştir⁶⁰.

Bank Mellat v. Helliniki Techniki S.A. kararında da *Mavani*'deki yaklaşım benimsenmekle birlikte, mahkemelerin yetkisine ilişkin bazı ölçütler ortaya konmuştur. Olayda, İran Bankası *Mellat*, İngiliz Yüksek Mahkemesine başvurmuş ve Londra'da ICC Tahkim Kurallarına göre cereyan eden tahkim yargılamasında davacı Yunan şirketinin yargılama giderleri için teminat göstermesini istemiştir. Mahkeme, prensip olarak, yargılama giderleri için teminat kararının mahkemeler tarafından verilmesi gerektiğini ifade etmiştir; ancak mevcut olayın uluslararası ticarî tahkime ilişkin olması itibarıyla, iki aşamalı bir değerlendirmede bulunmuştur⁶¹. İlk önce, tahkim yargılaması ile İngiltere arasında, Londra'nın tahkim yeri olması dışında da "özel bağlar" (*specific connections*) tespit edilmelidir⁶². İkinci aşamada ise, teminatın gerekli olup olmadığına bakılmalıdır. Tarafların uyuşmazlıkla ilgili üzerinde anlaştıkları ICC Tahkim Kuralları, tarafların tahkim giderlerini karşılayan bir teminatı depo etmelerini hükme bağlamaktadır. Dolayısıyla, talebin kabul edilmesi demek, karşı tarafın iki defa teminat göstermesi anlamına da gelmektedir⁶³. Mahkeme, sonuç olarak, tespit ettiği bu ölçütler bağlamında, talebi reddetmiştir.

En son, *Ken-Ren* olayında, Lordlar Kamarasının bir adım daha ileri gittiğini görüyoruz⁶⁴. Taraflar, hisseleri kamuya ait olan Kenya şirketi ile Belçika ve Avusturya tâbiyetini taşıyan şirketlerdir. Devlet şirketinin karşı taraf şirketlerle *joint venture* anlaşmaları bulunmaktadır. Uygulanacak hukuk olarak, Belçika şirketiyle olan anlaşmaya Belçika, Avusturya şirketiyle olana ise Avusturya hukukunun uygulanması kararlaştırılmıştır. Her iki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların ICC Tahkim Kurallarına göre karara bağlanacağı kararlaştırılmış ve tahkim

⁶⁰ FITZPATRICK, Peter: "Security for Costs under the Arbitration Act 1996", International Arbitration Law Review, 1998, s. 139 (RUBINS, s. 324'den naklen).

⁶¹ ADHIPATHI, s. 17-18; RUBINS, s. 324.

⁶² RUBINS, s. 324.

⁶³ BROWER/TUPMAN, s. 37, dpn. 95.

⁶⁴ Coppée-Lavalin S.A./N.V. v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers ve Voest-Alpine Aktiengesellschaft v. Ken-Ren Chemicals and Fertilizers, [1994] 2 Lloyd's Rep. 109; ayrıca bkz. REDFERN, s. 83, dpn. 60.

yeri Londra olarak belirlenmiştir. Lordlar Kamarası, mahkemenin ICC Tahkim Kurallarına göre cereyan eden tahkimde de yabancı taraf aleyhine yargılama giderleri için teminat kararı verebileceğini ifade etmiştir. *Ken-Ren* kararı Londra'nın tahkim yeri olarak tercih edilmesini olumsuz etkileyeceği endişesiyle sert bir şekilde eleştirilmiştir⁶⁵.

Manş Denizindeki meşhur tünel inşaatına ilişkin uyuşmazlıkla (*the Channel Tunnel Case*) ilgili, İngiliz mahkemelerince verilmiş olan kararlar da konumuz açısından önemlidir. Söz konusu kararlarda da, tahkim yargılamasında mahkemelerin geçici hukukî koruma kararı verip veremeyecekleri hususu, mevcut hukukî düzenlemeler kapsamında ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

Manş Tünelinin yapımına ilişkin sözleşmenin tarafları *Eurotunnel* ve *Trans-Manche Link* (TML)'dir. *Eurotunnel*, hem iş sahibi, hem de inşaatın bitmesinden sonra tünelin işletmecisidir. Beş İngiliz ve beş Fransız şirketinin oluşturduğu bir ortak girişim grubu olan TML'nin ise, terminallerin yapılması, tünelin kazılması, teçhiz edilmesi ve demiryolu araçlarının sağlanması yükümlülüğü bulunmaktadır. Sözleşme üç tünelin yapımını içermektedir; bunlardan ikisi altı metre çapında tren yolu ve diğeri daha küçük çaptaki servis tünelidir⁶⁶. Söz konusu tünellerin uzunluğu yaklaşık 50 kilometredir ve İngiltere (*Folkestone*) ile Fransa'da (*Calais*) yeni inşa edilecek iki terminali deniz altından birbirine bağlayacaktır⁶⁷. Esas sözleşmede, uyuşmazlık çıkması durumunda, uyuşmazlığın bir uzmanlar paneline götürüleceği, panelin doksan gün içinde karar vermek zorunda olduğu; panelin kararını kabul etmeyen

⁶⁵ **RUBINS**, s. 325; *Ken-Ren* kararları ve eleştiriler, EAA hazırlanırken de dikkate alınmıştır. Aşağıda görüleceği üzere, EAA'nın 38. maddesi, teminat isteyebilme yetkisini hakem kurullarına vermiştir; tarafların bu yönde anlaşmış olmaları aranmamaktadır (**RUBINS**, s. 325). Diğer taraftan *Ken-Ren* kararları, ICC Tahkim Kurallarının geçici hukukî koruma önlemlere ilişkin bugünkü hükümlerinin oluşmasında da etkili olmuştur (**VERBIST, Herman/IMHOOS, Christophe**: "*The New 1998 ICC Arbitration Rules*", <<http://www.imhoos-law.ch/doc/ICC>NewRules.pdf>>, (20.04.2009), s. 16; aynı makale için bkz. *International Business Law Journal*, 1997, No. 8, 989-1022). Zira söz konusu kararların verildiği dönemde, ICC Tahkim Kurallarında hakem kurullarının tedbir kararlarına ilişkin yetkisi açık bir şekilde kaleme alınmamıştır.

⁶⁶ **REDFERN**, s. 84.

⁶⁷ **REDFERN**, s. 84, dpn. 68.

tarafın, ICC Tahkim Kuralları uyarınca tahkime başvurabileceği ve tahkim yerinin Brüksel olacağı hükme bağlanmıştır⁶⁸.

Sözleşmeyle ilgili ilk ciddi uyuşmazlık, yapılan tünelin soğutma sistemlerine ilişkin ödemeler konusunda çıkmıştır. Soğutma sistemlerinin yapımı, TML'nin ilk belirlenen yükümlülüklerinin bir parçası değildir; bu edim sonradan getirilmiştir⁶⁹. *Eurotunnel*, soğutma sistemlerine ilişkin çalışmaları da içeren aylık ödemeleri yapmaya devam etmiştir; ancak TML, soğutma sistemleri için ödenen kalemin yetersiz olduğunu ve 1991 Eylül ayının sonu itibarıyla, bu kaleme ilişkin 17 milyon Sterlin tutarında açık bulunduğunu iddia etmiştir⁷⁰. İddialarına yanıt alamayan TML, 03.10.1991 tarihinde *Eurotunnel*'e gönderdiği yazıda, taleplerinin tamamen karşılanmaması halinde sisteme ilişkin çalışmalarını durduracağı ve bunun da projenin tamamlanmasına ilişkin çok ciddi sonuçlar doğuracağı ihtarında bulunmuştur⁷¹.

Eurotunnel, yazıyı alması üzerine, TML'nin çalışmayı durdurmasını önleyen bir geçici hukukî koruma kararı almak için İngiliz ilk derece mahkemesine başvurmuştur. TML, savunmasında, Tahkim Kanunu 1975'in 1. maddesine dayanarak, mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahale ederek söz konusu kararı veremeyeceklerini, bu yüzden de talebin reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. TML ayrıca, sözleşmede öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemini de başlatmış ve uzmanlar panelinden lehine karar almıştır⁷².

İlk derece mahkemesinin yanında Temyiz Mahkemesi (*the Court of Appeal*)⁷³ ile Lordlar Kamarası (*the House of Lords*) da⁷⁴ temyiz mercii sıfatıyla davaya dâhil olarak karar vermişlerdir. Söz konusu üç

⁶⁸ **REYMOND, Claude:** “*The Channel Tunnel Case and the Law of International Arbitration*”, *Law Quarterly Review*, 1993, Vol. 109, s. 337; **REDFERN**, s. 84; **ADHIPATHI**, s. 18.

⁶⁹ **REDFERN**, s. 84.

⁷⁰ **REDFERN**, s. 84.

⁷¹ **REDFERN**, s. 84.

⁷² **REYMOND**, s. 338.

⁷³ *The Channel Tunnel Group Ltd. and France Manche S.A. v Balfour Beatty Construction Ltd. and Others*, [1992] 2 Lloyd's Rep. 7 (Court of Appeal).

⁷⁴ *The Channel Tunnel Group Ltd. and France Manche S.A. v Balfour Beatty Construction Ltd. and Others*, [1993] AC 334 (House of Lords).

mahkemenin kararları birbirinden farklılıklar taşımaktadır⁷⁵. İlk derece mahkemesi, tahkim itirazı talebini reddederek, eğer TML çalışmayı durduracağını tebliğ etmişse, tedbir kararı verebileceğini ifade etmiş⁷⁶; ancak, TML'nin çalışmayı durdurmayacağını taahhüt etmiş olması nedeniyle talebi reddetmiştir⁷⁷. Temyiz Mahkemesi, taraflar uyuşmazlık çözüm yöntemi kaydında, İngiltere dışında tahkime yer verdikleri için, mahkemelerin bu konuda yetkisinin olmadığı sonucuna varmıştır⁷⁸. Mahkemeye göre, Tahkim Kanunu 1950 m. 12(6)'da mahkemelere verilen yetki, yabancı tahkimde uygulanamaz. Yani Tahkim Kanunu 1950, tahkim yerinin İngiltere'de olduğu hallerde uygulama alanı bulacaktır⁷⁹.

Lordlar Kamarası da, Temyiz Mahkemesiyle aynı sonuca varmıştır. Zira yabancı tahkim söz konusudur; mahkemenin yetkisinin olduğuna ilişkin emsal kararlar, Londra'nın tahkim yeri olarak tercih edildiği davalarla ilgilidir. İngiliz mahkemelerinin genel olarak konuya ilişkin yetkilerinin bulunmasına rağmen, mevcut uyuşmazlıkta bu yetkinin kullanılmasının uygun olmayacağı sonucuna varılmıştır⁸⁰. Lordlar Kamarası, kararına gerekçe olarak, söz konusu olayda böyle bir karar verilmesinin, inşaat sözleşmesinin yürürlüğü ilkesine ve uluslararası tahkimin ruhuna aykırılık teşkil edeceğini de ifade etmiştir⁸¹.

Temyiz Mahkemesi ve Lordlar Kamarası, kararlarında, Brüksel mahkemelerinin, Brüksel'in tahkim yeri olarak belirlenmiş olması nedeniyle geçici hukukî koruma kararları için uygun (tabii) mahkeme olacağını belirtmişlerdir. Doktrinde bu gerekçe eleştirilmiştir. Zira taraflar Belçika tâbiyetinde değildir; uyuşmazlık konusu iş, Fransa ve İngiltere'de yapılmaktadır; son olarak, uyuşmazlığın tahkim yargılamasından evvel uzmanlar kurulu önüne getirilmesi gerekmektedir. Önemli olan, mahkemenin kendi hukukuna göre, taraflar üzerinde böyle

⁷⁵ WERBICKI, s. 68.

⁷⁶ WERBICKI, s. 68.

⁷⁷ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro: "The Channel Tunnel and the Tronc Commun Doctrine", Journal of International Arbitration, 1993, Vol. 10, No. 3, s. 59.

⁷⁸ WERBICKI, s. 68; RUBINO-SAMMARTANO, s. 59.

⁷⁹ COLLINS, s. 90.

⁸⁰ REYMOND, s. 338; REDFERN, s. 85; WERBICKI, s. 68; ADHIPATHI, s. 18.

⁸¹ WERBICKI, s. 68.

bir karar vermeye yetkili olup olmadığıdır. Yetkisi olduğuna ve şartların oluştuğuna kanaat getiren mahkemenin, tahkim yerinin neresi olduğuna bakmaksızın, talep edilen kararı vermesi gerekir⁸². Kaldı ki, İngiltere, uyuşmazlığın kendi tâbiyetindeki şirketlere ilişkin olması ve işin bir kısmının İngiltere’de gerçekleşmesi dolayısıyla söz konusu talebi değerlendirme konusunda en uygun yer olarak gözükmektedir⁸³.

Buna karşılık, temyiz kararları iki açıdan savunulabilir. Olayda, ilk derece mahkemesine başvurulduğunda henüz hakem kurulu oluşmamıştır; bu nedenle, ilk derece mahkemesinin kendini yetkili görmesi doğrudur⁸⁴. Oysa, dava Lordlar Kamarasına geldiğinde, taleple ilgili uygun kararı verebilecek ehliyeteye sahip hakem kurulu oluşmuş bulunmaktadır. İkinci olarak, istenen kararın içeriği ile uyuşmazlığın esas konusu aynıdır: sözleşme tarafının çalışmayı durdurmasını engellemek⁸⁵.

III. EAA DÖNEMİ⁸⁶

A. Genel Olarak

EAA, geçici hukukî koruma önlemleri konusunda, daha ayrıntılı ve görülen sorunları mümkün olduğu kadar ortadan kaldıracak şekilde hazırlanmıştır. Konuya girmeden evvel, genel olarak şunlar söylenebilir; İngiliz hukukunda, tahkim yargılamasında geçici hukukî koruma önlemleri konusundaki yetki, öncelikle hakem kuruluna verilmiştir⁸⁷. Mahkemelerin, konuya ilişkin yetkisi sınırlı ve ancak hakem kurulunun bu konuda yetkisinin bulunmaması veya kararın alınması gereken anda buna muktedir olmaması halinde söz konusu olabilmektedir⁸⁸. Yani, İngiliz hukukunda mahkemeler, bahsi geçen kararlar konusunda son başvuru mercii olarak belirlenmiştir. Bu nedenle, aşağıda, önce hakem kurulunun, daha sonra da mahkemelerin konuya ilişkin yetkileri belirtilecektir.

⁸² REDFERN, s. 85, dpn. 76.

⁸³ STEINBRÜCK, Ben: “*German and English Court Orders in Support of Foreign Arbitrations*”, *European Business Organization Law Review*, 2005, Vol. 6, s. 324.

⁸⁴ REYMOND, s. 341.

⁸⁵ REYMOND, s. 341.

⁸⁶ Aksi belirtilmedikçe, bundan sonra metinde verilen madde numaraları EAA’ya aittir.

⁸⁷ SCHAEFER, s. 11; WANG, s. 1086.

⁸⁸ WANG, s. 1086.

Bu başlık altında değinilecek diğere önemli bir konu ise, hakem kurulları tarafından verilen geçici hukukî koruma kararlarının ülke içinde zorla icrasının nasıl sağlanacağı, EAA'da icraya ilişkin nasıl bir sistemin benimsenmiş olduğudur.

B. Hakem Kurulunun Yetkileri

İngiliz tahkim hukukunda, geçici hukukî koruma kararlarına ilişkin olarak hakem kurullarına geniş yetkiler verilmiştir. Bu yetkinin en önemli sınırını tarafların anlaşması teşkil eder. Yani taraflar, hakem kurulunun geçici hukukî koruma kararı verme konusundaki yetkisini, aralarında anlaşarak sınırlayabilirler. Buna karşılık, bazı kararlar hususunda hakem kurulunun yetkili olabilmesi için, tarafların bu yönde açıkça yetki vermiş olması gerekmektedir.

1. Hakem Kurulunun Geçici Hukukî Koruma Kararı Verme Yetkisi

a) Genel Yetkiler

EAA'nın "*Hakem Kurulunca Kullanılabilecek Genel Yetkiler*" başlıklı 38. maddesinin ilk hükmüne göre, taraflar, yargılamayla ilgili veya yargılamanın amaçları uyarınca, hakem kurulunca kullanılabilecek yetkiler konusunda anlaşabilirler (m. 38(1)). Akabinde, aksine anlaşma olmaması halinde hakem kurulunun kullanabileceği yetkiler belirtilmiştir (m. 38(2)). Madde 38'de, hakem kurulunun genel yetkileri belirtilmiş olmakla birlikte, bunların aslında geçici hukukî koruma önlemlerine ilişkin olduğunu söyleyebiliriz. Bu maddenin diğere bir özelliği de, 1985 tarihli Model Kanunun 17. maddesinden farklı olarak, hakem kurulunun yetkilerinin tek tek belirtilmiş olmasıdır. Oysa, Model Kanunun 17. maddesinde, genel ifadeler kullanılmış ve hakem kurulunun uyuşmazlık konusuyla ilgili geçici hukukî koruma kararlarını alabileceği hükme bağlanmıştır⁸⁹.

Madde 38'in üçüncü fıkrasına göre, hakem kurulu, davacının tahkim giderlerini karşılayan bir teminat göstermesini isteyebilir. Aynı fıkrada, bu yetkinin kullanılmayacağı haller de sayılmıştır. Bunlar, (1) davacının

⁸⁹ DEWAN, Nakul: "*Interim Measures in Arbitration - A Comparative Analysis of Indian and English Arbitration Acts*", International Business Law Journal, 2003, No. 6, s. 678.

normalde Birleşik Krallık dışında oturan bir gerçek kişi olması; (2) davacının Birleşik Krallık dışındaki bir ülkenin hukukuna göre şirketleşmiş yahut kurulmuş ya da merkezî idaresi veya kontrolü yine Birleşik Krallık dışında olan bir şirket ya da kuruluş olmasıdır (bkz. m. 38(3), (a) ve (b)).

EAA bu düzenlemesiyle, teminat konusundaki tartışmalara son vermiş ve yetkinin açıkça hakem kurulunda olduğunu hükme bağlamıştır⁹⁰. Tahkim yargılamasında mahkeme, ancak kendisine bir başvuru yapıldığında, bu başvurunun giderleriyle ilgili teminat isteyebilir⁹¹. Hükümde, bilinçli olarak “davacı” ifadesine yer verilmiş olup; yargılama giderleri için teminat davacıdan istenebilir; davalıdan böyle bir teminat istenemez. Ancak, eğer davalı karşı dava açmışsa, bu takdirde hakem kurulu karşı davacının da teminat göstermesine karar verebilir. Bu yorum, EAA’nın “davacı”yı tanımlayan 82. maddesine de uygundur⁹².

Madde 38’in dördüncü fıkrasında, uyuşmazlık konusu veya taraflardan birinin mülkiyetinde ya da zilyesinde olan eşya ile ilgili hakem kurulunun alabileceği kararlar, geniş bir şekilde belirtilmiştir. Eşyanın resminin çekilmesi, örnekler alınması, uzmanlar tarafından incelenmesi, keşif yapılması, korunması bunlardan bazılarıdır.

Madde 38’in, sonuncu (6.) fıkrasında, hakem kuruluna, yargılamanın amaçlarını sağlamak için, taraflardan birinin kontrolünde veya elinde olan delillerin korunmasına yönelik karar verme yetkisi tanınmıştır. Bu yetki, hakem kuruluna EAA’yla verilen yeni yetkilerden biridir; zira, EAA’dan önce, Tahkim Kanunu 1950 m. 12(6) uyarınca delillere ilişkin söz konusu kararları alma yetkisi mahkemelere verilmişti⁹³. Aşağıda görüleceği üzere, mahkemeler, bu yetkileri ancak belli şartların gerçekleşmesi halinde kullanabilirler.

⁹⁰ DAC Report, parag. 190.

⁹¹ HUNTER/LANDAU, s. 34, dñn. 59; MERKIN, s. 63.

⁹² MERKIN, s. 64.

⁹³ MERKIN, s. 64; FRASER, s. 13.

b) Geçici Hakem Kararları

EAA'nın "Geçici hakem kararı verme yetkisi" başlıklı 39. maddesi, daha farklı bir durumu düzenlemiştir. Madde 38, yargılama giderleri için teminat yatırılması ve delillerin muhafazasına yönelik hükümler içermektedir ve tarafların aksine anlaşmaları olmadığı sürece hakem kurulunun, hükümde düzenlenen konularda genel olarak yetkili olduğu sonucuna varılmaktadır. Madde 39'da sayılan yetkilerin hakem kurulu tarafından kullanılabilmesi için ise, tarafların bu yönde anlaşma yapmış olmaları gerekmektedir.

Maddenin başlığının, hakem kararı (*award*) ifadesini taşıyor olmasına rağmen, metninde "ara karar" (*order*) ifadesi kullanıldığından, "geçici ara kararlar" şeklinde anlaşılmasının uygun olacağı belirtilmiştir⁹⁴.

Madde 39'un, 48. maddeyle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir⁹⁵. Madde 48'de, nitelik olarak hakem kararı şeklinde verilebilecek koruyucu kararlara yer verilmiştir⁹⁶.

Madde 39, dört fıkradan oluşmaktadır. İlk fıkra hükmüne göre taraflar, hakem kurulunun, nihai hakem kararında vermeye yetkili olduğu kararı, geçici nitelikte verebilmesi hususunda anlaşabilirler. Daha açık ifadeyle, 48. madde uyarınca hakem kararıyla verilecek hüküm, 39. madde uyarınca, geçici ara karar şeklinde verilebilir⁹⁷. Ancak, bunun için tarafların bu yönde anlaşmaları gerekir. Taraflar, bu yetkiyi hakemlere

⁹⁴ SCHAEFER, s. 15; buna karşılık, madde 39 kapsamındaki geçici kararların, ara karar (*order*) veya hakem kararı (*award*) şeklinde verilebileceği, ancak iki karar arasında icra edilmeleri usulü açısından farklılık olduğu belirtilmiştir (HUNTER/LANDAU, s. 35, dñn. 60). Bu konuya aşağıda değinilecektir.

⁹⁵ SCHAEFER, s. 15; WANG, s. 1086.

⁹⁶ Madde 48, diğer emredici olmayan kurullarla aynı şekilde başlamaktadır. İlk fıkraya göre taraflar, hakem kurulunun yetkisi konusunda anlaşabilirler. Taraflar aksine anlaşma yapmamışlarsa, 48. maddenin üç ilâ beşinci fıkra hükümlerinde belirtilen yetkileri kullanabilirler. Madde 48 uyarınca taraflar, hakem kuruluna mahkemelerin sahip olduğu yetkiden daha fazlasını da verebilirler. Verilecek kararın icra edilebilir olup olmaması başka bir meseledir. EAA'ya göre, taraflar yabancı bir hukukun uygulanması konusunda anlaşabilirler. Bu takdirde hakem kurulu, üzerinde anlaşma sağlanan hukukun verdiği yetkileri kullanabilir (HUNTER/LANDAU, s. 44, dñn. 81).

⁹⁷ SCHAEFER, s. 15; WANG, s. 1086.

verip vermeme konusunda özgürdürler. Hakem kurulunun, geçici ara karar verme yetkisi, İngiliz hukuku açısından bir yeniliktir⁹⁸.

Madde 39'da, hakem kurulunun yetkisi dâhilindeki geçici ara kararlara iki örnek verilmiştir (m. 39(2)). Buna göre hakem kurulu, (1) taraflar arasında belli bir para ödemesi yapılması veya malvarlığının temlikli yahut (2) tahkim giderleri hesabına geçici ödeme yapılması konusunda ara karar verebilir. Hakem kurulu, uyuşmazlığın esasına veya giderlere ilişkin olarak vereceği nihaî kararda, bu gibi geçici ara kararlara da yer vermek durumundadır (m. 39(3)). Hüküm, bu kararların geçici niteliğini tekrar ortaya koyduğu gibi, tarafların gereğinden fazla ödeme yapmalarını da engelleme amacını taşımaktadır.

Madde 39'un son ve dördüncü fıkrasında, tarafların, bu yönde anlaşmalarını halinde hakem kurulunun yetkili olmayacağı ifade edilmiştir (m. 39(4))⁹⁹. Dolayısıyla, birinci ve dördüncü fıkra hükümlerini birlikte değerlendirmek gerekmektedir.

Hakem kurulunun 39. maddede belirtilen yetkileri kullanabileceklerine ilişkin anlaşmanın şekli konusu da önemlidir. Taraflar, aralarında bu yönde açıkça bir anlaşmaya varabilirler. Ancak, uygulamada genellikle taraflar, kurumsal tahkim merkezlerinden birinin kurallarının uygulanması yönünde anlaşmaktadırlar. Geçici hukukî koruma önlemleri konusunda, örneğin ICC Tahkim Kurallarının m. 23(1) hükmü, hakem kurulunun uygun gördüğü geçici veya koruyucu kararları verebileceğini ifade etmektedir. Benzer düzenleme, Amerikan Tahkim Kurumunun (AAA) Tahkim Kurallarında da yer almaktadır¹⁰⁰. EAA, tarafların belli kurallara yönelik bu şekilde anlaşmalarını geçerli saymaktadır. Şu halde, örneğin ICC veya AAA Tahkim Kuralları üzerinde anlaşılması halinde, kural olarak taraflar bu kuralların, hakemlere geçici hukukî koruma kararı verme yetkisi veren hükümleri üzerinde de anlaşmış olmaktadır. Yani, böyle bir durumda, 39.

⁹⁸ SCHAEFER, s. 15.

⁹⁹ EAA m. 39(4)/II'de, bu durumun, hakemlerin 47. madde uyarınca sahip oldukları, değişik konularda karar verme yetkisini etkilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Madde 47, hakem kurulunun kısmî hakem kararı (*partial award*) verme yetkisini düzenlemektedir.

¹⁰⁰ AAA Tahkim Kurallarının 21. maddesinde, hakem kurulunun "gerekli gördüğü" geçici önlem kararlarını alabileceği ifade edilmiştir.

maddenin birinci ve dördüncü fıkralarında aranan, tarafların bu yönde anlaşmış olması şartının gerçekleşmiş olduğu, hakem kurulunun 39. madde kapsamındaki yetkileri de kullanabileceği belirtilmektedir¹⁰¹.

Aslında taslak metinde, 39. madde, hakem kurulunun, aksine anlaşma yapılmaması halinde, sayılan yetkilere sahip olacağı şeklinde düzenlenmiştir¹⁰². Ancak, kanunlaşan taslak metni hazırlayan Komite, metni aksi yönde değiştirmiştir. Bunun en önemli nedeni, *ex parte* nitelikte, yani karşı tarafa tebliğde bulunulmadan ve karşı tarafın savunması alınmadan *Mareva* veya *Anton Piller* kararı¹⁰³ alma yetkisinin hakem kuruluna verilmek istenmemesidir. Aslında m. 39(1) ile m. 48(2) ve (5)(a) hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu kararların hakem kurulu tarafından verilemeyeceğini söyleyebilmek güçtür¹⁰⁴. Madde 48(2)'de, aksine anlaşma yapılmaması halinde, hakem kurulunun maddede sayılan yetkilere sahip olacağı; 5(a)'da ise, bir tarafın bir şeyi yapması veya yapmaktan sakınması yönünde karar alınabileceği ifade edilmiştir. Yine beşinci fıkrada, hakem kurulunun, belirtilen hususlarda mahkemelerle aynı yetkilere sahip olduğu belirtilmiştir. Verilen hükümlerin lafzına bakıldığında, hakem kurulunun *ex parte* nitelikte *Mareva* ve *Anton Piller* kararlarını verebileceği sonucuna varılabilmektedir. Ancak, Komitenin Raporuna bakıldığında, ilk taslak metinde bahsi geçen veya benzeri kararların, hakem kurulu tarafından

¹⁰¹ FRASER, s. 13.

¹⁰² DAC Report, parag. 200.

¹⁰³ *Anton Piller* kararı ("*search order*") olarak da anılmaktadır), mahkemeler tarafından delilleri korumak amacıyla verilir (WANG, s. 1088, dpn. 215). İlk olarak fikri ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin davalarda gelişen bu kararın amacı, karşı tarafın, yargılamanın sağlıklı bir şekilde devam etmesi için hâkimiyet alanında olan materyalleri ortadan kaldırmasının, değiştirmesinin önüne geçmektir. Karar verildiği takdirde, talepte bulunan taraf veya temsilcisi, karşı tarafın hâkimiyet alanında araştırma yapmak ve yok edilme tehlikesi bulunan gerekli belge ve materyalleri koruma altına almak hakkını elde eder (WANG, s. 1088, dpn. 215; HADİMOĞLU, s. 42, dpn. 144). Karar, yargılama süresince ve yargılamaya yardımcı olmak amacıyla alınır. İlk olarak, yine bir İngiliz mahkemesi tarafından [bkz. *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd.*, [1976], 1 Ch. 55 (Eng. C.A.)] verilen bu karar, daha sonra 1999 yılında yasal dayanağa da kavuşmuştur ("*search order*", Oxford Dictionary of Law, B. 5, Oxford/New York: Oxford 2002, s. 447-448). Bu karar da, uygulamada sıklıkla, *ex parte* verilmektedir. Karar hakkında genel bilgi için bkz. HADİMOĞLU, s. 42, dpn. 144.

¹⁰⁴ SCHAEFER, s. 15.

verilebilecek şekilde hükme bağlandığı, oysa bu kararlar konusunda mahkemelerin yetkili kılınmasının daha doğru olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁵. Doktrinde de, bu görüş kabul edilmiş bulunmaktadır¹⁰⁶. Dolayısıyla söz konusu kararları, taraflar aksi yönde anlaşma yapmış olsalar dahi, ancak mahkemeler verebilir.

2. Hakem Kurulunun Kararın İcrası Konusundaki Yetkileri

Tahkim yargılamasında, çoğunlukla tarafların hakem kurulu tarafından verilen kararların gereğini gönüllü olarak yerine getirdikleri görülmektedir. Buna rağmen, bazı davalarda türlü gerekçelerle, aleyhine karar verilen tarafın, kararın gereğini yerine getirmekten kaçındığı da olmaktadır. Özellikle geçici hukukî koruma kararlarının gereğinin yerine getirilmemesi halinde, yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılması ve verilecek nihaî kararın gereğinin yerine getirilmesi ihtimali azalmaktadır. Kısacası, tarafların haklarının korunabilmesi açısından, verilen kararların zorla icrasını sağlayan bir mekanizmanın kabul edilmesi kaçınılmazdır. EAA'da da, hakem kurulları tarafından verilen kararların gönüllü olarak icrasını sağlamaya yönelik hükümler getirilmiştir. Görüleceği üzere, getirilen sistem, İngiliz hukukuna özgü özellikler taşımaktadır.

EAA'da, verilen kararın niteliğine uygun olarak farklı icra usulleri öngörülmüştür. Ancak, İngiliz tahkim hukukunda, mahkemelere başvurunun son çare olarak düşünüldüğünü ve bu yönde hükümler sevk edildiğini yeniden belirtmek gerekir. Bu bağlamda aşağıda, hakem kurulunun, vermiş olduğu geçici hukukî koruma kararlarının gereğinin yerine getirilmesi hususunda sahip olduğu yetkilere değinilecektir¹⁰⁷.

EAA m. 40'ın ilk fıkrasında, tarafların tahkim yargılamasının usulüne uygun ve süratli bir şekilde gerçekleşmesi için gerekli olan her şeyi yapacakları ifade edilmiştir. Yapılması gerekenlerin ne olduğu ikinci fıkrada belirtilmiştir. Hakem kurulu tarafından verilen ara karar ve direktiflerin gereğini gecikmeksizin yerine getirmek de, bu yükümlülükler arasında sayılmıştır (m. 40(2)(a)). "*Tarafların genel*

¹⁰⁵ DAC Report, parag. 200, 201.

¹⁰⁶ SCHAEFER, s. 13, 15; FRASER, s. 14; WERBICKI, s. 69; WANG, s. 1088.

¹⁰⁷ Mahkemelerin yetkisi konusunda bkz. aşağı. C, 2.

yükümlülükleri” başlığını taşıyan söz konusu 40. madde, emredici hükümler arasındadır (bkz. EAA, Ek 1).

41. maddede, hakem kurulunun, tarafların bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde ne gibi yetkilerinin olduğu hükme bağlanmıştır. Ancak, taraflar, hakem kurulunun sahip olacağı yetkiler konusunda anlaşma yapabilirler (m. 41(1)). Taraflar aksi yönde anlaşmamışlarsa, 41. maddenin üçüncü ve devam eden fıkra hükümleri uygulanacaktır (m. 41(2)). Bunlardan beş, altı ve yedinci fıkra hükümleri konumuzla ilgilidir.

Beşinci fıkraya göre, hakem kurulu verdiği ara karar veya direktife, geçerli bir nedeni olmaksızın uymayan taraf hakkında, yine aynı konuda, belli bir sürede gereği yerine getirilmek üzere kesin (kati) ara karar (*peremptory order*) verebilir. Kesin ara kararın, uyulmayan ilk ara kararla aynı içerikte olması gerekmektedir¹⁰⁸. Ayrıca, yeni kararda, gereğinin yerine getirilmesi için hakem kurulunun uygun bir süre öngörmesi de önemlidir. Zira aşağıda görüleceği üzere, kesin ara kararın zorla icrasını sağlamak için mahkemelere, ancak bu sürenin geçmesinden sonra başvurulabilecektir¹⁰⁹.

Tarafın kesin ara karara uymaması hali de ikiye ayrılarak hükme bağlanmıştır. Eğer, kesin ara karar, masraflar için teminat yatırılmasına ilişkin ise, hakem kurulu, kararına uymayan tarafın talebinin reddi yönünde bir hakem kararı verebilir (m. 41(6)). Yok eğer kesin karar, masraflar için teminat yatırılması dışında bir konuya ilişkin ise, hakem kuruluna m. 41(7)’de kullanabileceği bazı yetkiler verilmiştir¹¹⁰. Ancak, yedinci fıkrada hakem kuruluna verilen yetkiler, mahkemelerin kesin ara kararın icrası konusundaki yetkisini etkilemez (m. 41(7)). Burada belirtilmesi gereken husus, hakem kurulunun, altı ve yedinci fıkrada sayılan yetkileri, ancak kesin ara karar verdikten ve süresi içerisinde

¹⁰⁸ HUNTER/LANDAU, s. 37, dpn. 64.

¹⁰⁹ HUNTER/LANDAU, s. 37, dpn. 64.

¹¹⁰ Bunlara örnek olarak, tarafın kesin ara kararın konusu olan iddia ve materyallere dayanma hakkının olmaması, hakem kararının materyaller uygun bir şekilde kendisine sağlanmış gibi hakem kararını tesis edebilmesi sayılabilir.

gereğinin yerine getirilmediğinin anlaşılmasından sonra kullanabilecek olmasıdır¹¹¹.

C. Mahkemelerin Yetkisi

EAA'da mahkemelerin tahkim yargılamasındaki konum ve fonksiyonlarına ilişkin genel ilke 1. maddenin (c) bendinde ortaya konmuştur. Model Kanunda da benzer şekilde yer alan bu ilkeye göre, mahkemeler tahkim yargılamasına prensip olarak müdahalede bulunamazlar; ancak, EAA'nın birinci kısım hükümlerinde mahkemelere yetki verilmiş olan haller istisnadır. Bu ilke çerçevesinde EAA'nın birinci kısım hükümlerine bakıldığında, mahkemelerin, geçici hukukî koruma kararları konusunda bazı yetkilerinin olduğu görülmektedir.

Aşağıda, sırasıyla, mahkemelerin, geçici hukukî koruma kararı verme yetkisi, hakem kurulu tarafından verilen geçici hukukî koruma kararlarının icrası konusundaki yardımları ve yabancı tahkim yargılamasına yardımları konularına değinilecektir.

1. Mahkemelerin Geçici Hukukî Koruma Kararı Verme Yetkisi

İngiliz hukukunda mahkemeler, tahkim yargılamasında olduğu gibi, geçici hukukî koruma önlemleri konusunda da, ancak EAA'da belirlenmiş olan şartların gerçekleşmesi durumunda yetki sahibidirler. EAA m. 44, mahkemelerin hangi hallerde tahkim yargılamasına müdahale edebileceğini düzenlemektedir. Aslında maddenin başlığında da, mahkemelere verilen müdahale yetkisinin amacı ortaya konmuştur: tahkim yargılamasına destek olmak.

Madde 44'de, mahkemelere geçici koruma önlemleri için başvurulmasının tahkim iradesinden vazgeçme anlamına gelmeyeceği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, bir bütün olarak değerlendirdiğimizde, madde hükmünün, geçici koruma için mahkemeye başvurunun tahkim iradesini sakatladığı şeklinde bir yoruma imkân vermediği görülmektedir¹¹².

¹¹¹ HUNTER/LANDAU, s. 37, dph. 65.

¹¹² SCHEAFER, s. 11-12.

Birinci fıkraya göre, mahkemeler, ikinci fıkrada belirtilen önlem kararlarını verme konusunda, devlet yargısında sahip oldukları aynı yetkilere sahiptirler. Hüküm emredici olmadığından, taraflar aksi yönde anlaşabilirler. Bu bağlamda, taraflar, mahkemelerin bazı önlem kararları için yetkili olacağına karar verebilecekleri gibi, bazıları konusunda yetkili olmayacağını da kararlaştırabilirler. İkinci fıkrada, mahkemelere hangi konularda yetkiler verildiği sıralanmıştır. Bunlar arasında delillerin korunması, delil tespiti, uyuşmazlık konusu malın satışı, kayyım atanması, ihtiyati tedbir kararı verilmesi gibi koruyucu önlemler sayılabilir. Ancak, bu yetkilerin kullanılabilmesi için beşinci fıkrada sayılan belli bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre, mahkeme ancak, hakem kurulunun –veya tarafların bu konuda yetkilendirdikleri kişi yahut kuruluşun– yetkisinin olmadığı ya da etkili bir şekilde karar alamayacakları durumlarda yetkili olabilir¹¹³. EAA m. 44(5), İngiliz hukukunun geçici hukukî koruma önlemleri konusunda benimsediği sistemin en önemli ve kritik hükümlerinden biridir¹¹⁴. Hükme göre, değişik bir şekilde ifade etmek gerekirse, mahkemeler, ancak hakem kurulunun yetkili olmaması yahut yetkili olsalar bile etkili bir şekilde karar veremeyecek durumda olmaları halinde geçici hukukî koruma taleplerini değerlendirme yetkisine sahiptirler.

SHAEFER'in “etkililik testi” (*effectiveness test*) olarak adlandırdığı¹¹⁵ bu şartın gerçekleşmesi özellikle 38. maddede belirtilen konularda önem kazanmaktadır. Çünkü, 38. maddede sayılan hususlarda hakem kurulu kanunen yetkili kılınmıştır. Dolayısıyla, hakem kurulunun yetkisi zaten yoksa böyle bir teste de gerek yoktur. Yukarıda belirtildiği üzere, madde 38'de hakem kurulunun belli konularda yetkili olduğu, ancak tarafların bunun aksine anlaşma yapabilecekleri hüküm altına

¹¹³ FRASER, s. 14; MERKIN, s. 71.

¹¹⁴ SCHAEFER, s. 12; WANG, s. 1087.

¹¹⁵ SCHAEFER, s. 11, 12; Madde 44(5)'le ilgili şöyle bir sorun da bulunmaktadır: Etkililik testinin kıstasları neler olacaktır? Hakem kurulu tarafından verilen geçici hukukî koruma kararının zorla icrasının mümkün olmaması, “etkililik testi” bağlamında hakem kurulu tarafından etkili karar alınmıyor şeklinde değerlendirilebilir mi? Soruya evet denirse, o zaman İngiliz hukukunda benimsenen sistem, serbest seçim modeline dönüşmektedir (SCHAEFER, s. 14). Dolayısıyla mahkemenin farklı kıstaslara göre hareket etmesi gerekmektedir. Örneğin henüz hakem kurulunun oluşmamış olması, görevi sona eren hakemin yerine henüz yenisinin atanmamış olması gibi.

alınmıştır. Şu durumda, madde 38’de sayılmasına rağmen, tarafların, hakem kurulunun yetkili olmayacağını kararlaştırmaları halinde, kararlaştırılan konularda mahkemelerin yetkisi olacaktır. Taraf, hızlı ve derhal icra edilebilir olduğu için mahkemeye başvurmayı tercih edebilir; ancak saiki ne olursa olsun, tarafın, mahkemeyi, yetkili olduğuna, bu bağlamda, madde 44(5) uyarınca, hakem kurulunun, talep edilen geçici hukukî koruma önlemi konusunda yetkisinin bulunmadığı veya yetkili olsa bile zamanında etkili karar veremeyecek olduğu hususlarında ikna etmesi gerekmektedir¹¹⁶. Bu yapılamadığı takdirde, m. 44(5) uyarınca, mahkemelerin yetkisi doğmayacaktır¹¹⁷.

Taraflar, tahkim anlaşmasında, kurumsal tahkim merkezlerinden birinin tahkim kurallarının veya *ad hoc* tahkim kurallarının uygulanması yönünde anlaşabilirler. Tahkim kurallarının çoğunluğu, tarafların aksine anlaşması yoksa geçici hukukî koruma önlemleri konusunda hakem kurullarını yetkili kılmaktadır¹¹⁸. EAA çerçevesinde konuyu değerlendirmek gerekirse, tarafların geçici hukukî koruma önlemleri konusunda hakem kuruluna yetki veren tahkim kuralları üzerinde anlaşmaları ve hakem kurulunun bu yetkisini sınırlandırmaması durumunda da, mahkemeye başvurulması halinde, m. 44(5)’de aranan şartların gerçekleşmesi gerekmektedir¹¹⁹.

Bu kuralın istisnasını, İngiliz hukukuna göre, ancak mahkemeler tarafından *ex parte* verilen *Mareva* ve *Anton Piller* kararları oluşturmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, EAA metnini hazırlayanların raporlarında ve doktrinde söz konusu kararlar konusunda hakem kurulunun, taraflar bu yönde anlaşma yapsalar dahi yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir.

Madde 44’ün üçüncü ve dördüncü fıkralarında, mahkemenin bir ve ikinci fıkra hükümlerine göre yetkisi bulunmak şartıyla, talep edilen

¹¹⁶ **THOMAS, David B.:** “*Interim Relief Pursuant to Institutional Rules under the English Arbitration Act 1996*”, *Arbitration International*, 1997, Vol. 13, No. 4, s. 408; **WANG**, s. 1087.

¹¹⁷ **THOMAS**, s. 408.

¹¹⁸ Örneğin bkz. ICC Tahkim Kuralları m. 23(1); 1976 UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 26(1).

¹¹⁹ **FRASER**, s. 13-14.

geçici hukukî koruma kararının acil olup olmadığına göre takip edilmesi gereken usul farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Üçüncü fıkraya göre, aciliyet söz konusu ise taraf, hakem kurulunun iznini almadan veya taraflar arasında bu yönde bir anlaşma olup olmadığına bakılmaksızın mahkemeye başvurabilir; mahkeme de, delillerin veya malvarlığının korunması için gerekli olduğunu düşünüyorsa, talep edilen ara kararı verebilir. Üçüncü fıkra, uygulamada çoğunlukla *ex parte* nitelikte görülen *Mareva* ve *Anton Piller* kararlarını da içermektedir¹²⁰.

Aciliyetin söz konusu olmadığı durumlarda ise, belli bazı usulî şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Böyle bir durumda, (1) diğer taraf(lar)a ve hakem kuruluna bildirimde bulunulması ve (2) hakem kurulunun izninin alınması veya diğer tarafla –veya taraflarla– bu konuda yazılı anlaşmalarının olması gerekir. İki fıkranın birlikte değerlendirilmesinden, aciliyet gerektirmeyen hallerde *ex parte* nitelikte karar verilemeyeceği sonucu da çıkmaktadır¹²¹. Görüldüğü üzere, mahkemeler mümkün olduğu kadar tahkim yargılaması dışında bırakılmakta, ancak zorunlu hallerde buna imkân verilmektedir.

Madde 44, altıncı fıkra, İngiliz tahkim hukukunda benimsenen yeni ve farklı bir hükümdür. Buna göre, mahkeme, 44. madde kapsamında vermiş olduğu geçici hukukî korumanın, hakem kurulu veya yetkili başka bir kurumun vereceği kararlarla kısmen veya tamamen yürürlükten kaldırılabilmesine karar verebilir. Yani, mahkeme vermiş olduğu kararın değiştirilmesi veya iptal edilmesi konusunda hakem kuruluna yetki verebilir. Hakem kurulu da, verilen bu yetki bağlamında kararın değiştirilmesi veya yürürlükte kalması yönünde karar alabilir. Altıncı fıkranın, beşinci fıkra ile uyumlu bir hüküm olduğu görülmektedir. Zira yukarıda belirtildiği üzere, hakem kurulunun etkili bir şekilde karar veremeyecek durumda olması halinde, mahkeme geçici hukukî koruma kararı verebilmektedir. Bu da, genelde, hakem kurulunun oluşmadığı, yani hakem kurulunun tüm üyelerinin atanmadığı bir dönemde söz konusu olabilir¹²². Uyuşmazlığın esasını karara bağlayacak olan hakem kurulu, oluşmasından sonra artık geçici hukukî koruma kararı konusunda

¹²⁰ HUNTER/LANDAU, s. 40, dpn. 73; MERKIN, s. 72.

¹²¹ SCHAEFER, s. 14.

¹²² MERKIN, s. 72.

da yetkili kılınmaktadır. Hüküm sayesinde, mahkeme kararının, hakem kurulu tarafından değerlendirme konusu yapıp-yapılamayacağı tartışmalarına da son verilmiştir.

Son fıkrada ise, mahkeme tarafından verilen kararın denetimi meselesi düzenlenmiştir. Buna göre, 44. madde kapsamında, geçici koruma talebi hakkında verilen kararın (ret veya kabul), temyizden incelenmesi için kararı veren mahkemenin izni gerekmektedir.

2. Geçici Hukukî Koruma Kararlarının Zorla İcrası

Uygulamada çoğunlukla tarafların, çeşitli nedenlerle hakem kurulu tarafından verilen kararlara, bu arada geçici hukukî koruma kararlarına gönüllü olarak riayet ettiği görülmektedir. Ancak, yine de, bazen aksine durumlarla karşılaşmaktadır. Bu nedenle, tahkimi kabul eden hukuk düzenleri, verilen kararların zorla icrasına yönelik usuller kabul etmektedirler. Örneğin, Türk hukukunda, verilen tedbir kararının veya ihtiyatî haciz kararının gereğinin yerine getirilmemesi halinde, yetkili mahkemenin yardımının istenebileceği hükme bağlanmıştır¹²³.

İngiliz hukukunda da, söz konusu kararların icrası için son başvurulacak yer mahkemeler olmakla birlikte, mahkemeye başvuru için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. EAA'da, geçici hukukî koruma önlemlerinin, hakem kararı (*award*) veya ara karar (*order*) olarak isimlendirilmesi, bu kararların icrası konusunda bazı yorum farklılıklarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır¹²⁴. EAA'ya göre, söz konusu kararların icrası hususunda m. 41 ve 42'nin veya m. 66'nın uygulanması gerektiği yönünde yorumlar yapılabilir¹²⁵. Madde 66, hakem kurulu tarafından verilen hakem kararlarının icrası meselesini düzenlemektedir. Doktrinde, hakem kurulu tarafından verilen ara kararların m. 66 uyarınca bir hakem kararı gibi icrasının sağlanmasının mümkün olabileceği¹²⁶, ancak bunun da şüpheli olduğu¹²⁷; bu nedenle,

¹²³ Bkz. 21.06.2001 tarih ve 4646 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (RG. 05.07.2001, S. 24453), m. 6/III; bilgi için bkz. PEKCANITEZ, s. 135 vd.

¹²⁴ ADHIPATHI, s. 33.

¹²⁵ THOMAS, s. 407; ADHIPATHI, s. 33.

¹²⁶ THOMAS, s. 407.

¹²⁷ THOMAS, s. 407; ADHIPATHI, s. 34.

42. maddenin uygulanması gerektiği belirtilmektedir¹²⁸. SCHAEFER, 42. maddenin daha özel bir düzenleme olması nedeniyle, öncelikle uygulanması gerektiğini söylemektedir¹²⁹. KOJOVIĆ ise, 39. maddede ara karar (*order*), 66. maddenin ise hakem kararı (*award*) ifadesini kullanması karşısında, 39. madde kapsamındaki ara kararlar için 66. madde hükmünden yararlanılamayacağını ifade etmekte; vardığı bu sonuca 42. maddenin varlığının da destek olduğunu savunmaktadır¹³⁰.

Madde 42, “*Hakem kurulunca verilen kesin ara kararlarının icrası*” başlığını taşımaktadır. İlk fıkrada, başlıkla paralel bir şekilde, mahkemenin, taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa, hakem kurulu tarafından verilmiş olan kesin ara karara uyulması gereğini içeren karar verebileceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, 42. madde uyarınca, ancak hakem kurulu tarafından verilmiş kesin ara kararların icrasına hükmedilebilmektedir¹³¹.

İkinci fıkrada, mahkemeye kim tarafından ve ne şekilde başvurulabileceği hususu düzenlenmiştir. Buna göre, hakem kurulu veya hakem kurulunun izni üzerine taraflardan biri bu yola başvurabilir. Her durumda diğer taraf veya varsa taraflara bildirimde bulunulması gerekmektedir. Ayrıca tarafların, mahkemelerin 42. madde uyarınca yetkili olacağını önceden kararlaştırmış olmaları da mümkündür (m. 42(2), c). Bu takdirde hakem kurulunun izninin alınmasına gerek kalmadan, taraf, kesin ara karar hakkında başvuru yapabilir. Dolayısıyla tahkim anlaşması yapılırken, tarafların bu durumu da göz önünde bulundurmaları gerekir¹³².

Madde 42'nin üç ve dördüncü fıkrası, İngiliz hukukunun konuya ilişkin benimsediği sistemi yansıtan diğer hükümleri içermektedir. Üçüncü fıkraya göre, mahkeme, başvuru sahibinin, hakem kararına uyulmaması nedeniyle tahkim usulü içinde yer alan tüm yolları tükettiği

¹²⁸ Bununla birlikte iki hükmün alternatif olarak uygulanabileceği de belirtilmektedir. Bkz. WANG, s. 1086-1087.

¹²⁹ SCHEAFER, s. 16.

¹³⁰ KOJOVIĆ, Tijana: “*Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief, How Final is Provisional?*”, Journal of International Arbitration, 2001, Vol. 18, Issue 5, s. 517.

¹³¹ MERKIN, s. 68.

¹³² SCHEAFER, s. 16.

hususunda tatmin olmadan herhangi bir karar veremeyecektir. Başka bir ifadeyle, mahkemenin, icra kararını vermeden evvel, söz konusu kararın icrası için tahkim usulündeki tüm yolların denendiğine ve başka bir yol kalmadığına emin olması gerekmektedir¹³³. Yukarıda da belirtildiği üzere, m. 41'de hakem kuruluna, tarafları vermiş olduğu ara karara uymak konusunda zorlamak için birtakım yetkiler verilmiştir. Mahkemenin, bu yolların tamamının tüketildiği konusunda tatmin edilmesi gerekmektedir. Ancak, hakem kuruluna m. 41(7) uyarınca verilen yetkiler, fıkranın açık hükmü gereği, 42. maddede öngörülen yola başvurulmasını engellemez.

Madde 44'ün dördüncü fıkrasında ise, zamanla ilgili şart getirilmiştir. Buna göre, mahkeme, hakem kurulu tarafından verilen ara kararın gereğinin, ara kararda belirtilen sürede veya böyle bir süre öngörülmemişse makûl bir süre içinde yerine getirilmediği konusunda tatmin olmadıkça herhangi bir karar veremez.

Nihayet, 44. maddenin son fıkrasında ise, madde kapsamında verilen kararlar hakkında ancak, kararı veren mahkemenin izniyle temyiz incelemesi yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

Madde 42, hakem kurullarınca verilen ara kararların icrasını sağlayacak olmasına rağmen, 66. maddeye göre daha etkisiz bir sistem oluşturduğu belirtilerek eleştirilmektedir¹³⁴. İleri sürülen eksik yönleri şu şekilde ifade edebiliriz: İlk olarak, 42. maddeye göre mahkemeler sadece kesin ara kararların icrasını sağlayabilirler. Hakem kurulunun kesin ara karar verebilmesi için ise, vermiş olduğu ilk ara karara, geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması gerekmektedir. Dolayısıyla mahkemenin icrası talebiyle önüne gelecek kararın gereği, iki aşamada da yerine getirilmemiş olmalıdır. Mahkeme, talep üzerine, yukarıda da belirtildiği üzere, mevcut yolların tüketildiğini gördükten sonra karar verebilir. İkinci olarak, lehine geçici hukukî koruma kararını alan taraf, icra için mahkemeye ancak bu konuda, yani mahkemelerin yetkili olacağı hususunda karşı tarafla anlaşmışsa başvurabilecektir. Eğer böyle bir

¹³³ WANG, s. 1087; THOMAS, s. 407.

¹³⁴ KOJOVIĆ, s. 518. Öte yandan, madde 66'nın uygulanmasının sonuç olarak icrayı sağlayabileceği, ancak süreci uzatabileceği de ifade edilmektedir (THOMAS, s. 407).

anlaşma yoksa, mahkemeye başvuru ya hakem kurulu ya da hakem kurulunun izni ile ilgili tarafça yapılacaktır. Son olarak ise, 66. maddeden belki de en önemli fark, 42. maddenin, İngiltere dışında verilen ara kararlar için uygulanamamasıdır¹³⁵.

Her şeye rağmen 42. madde, İngiliz hukukunun, mahkemelerin tahkim yargılamasına aşırı müdahaleci tavrından radikal bir biçimde vazgeçtiğini ve tamamen farklı bir sistemi benimsediğini göstermesi açısından önem taşımaktadır. Bu yönüyle düşünüldüğünde de, 41 ve 42. maddenin, hakem kurullarına, kararlarının icrasını sağlama konusunda önemli yetkiler verdiği söylenebilir¹³⁶.

3. Tahkim Yerinin İngiltere Dışında Olması Halinde Mahkemelerin Yardımı

EAA, tahkim yerinin İngiltere dışında bir yer olması halinde de mahkemelerin tahkim usulüne yardımcı olmasını sağlayan hükümler içermektedir. EAA m. 2(3)'e göre, tanıklara ilişkin 43. madde ile tahkim yargılamasına yardım hususunda mahkemelerin yetkisini düzenleyen 44. maddede, mahkemelere verilmiş yetkilerin, tahkim yerinin İngiltere dışında tespit edildiği veya tahkim yerinin henüz tespit edilmediği durumlarda da kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, fıkranın sonunda, tahkim yerinin İngiltere dışında olması veya İngiltere dışında bir yerin belirleneceğinin tespit edilmesi halinde mahkemenin, öyle davranmasının uygun olmayacağı kanaatine varırsa talebi reddedebileceği ifade edilmiştir.

Söz konusu hükmü, m. 44'le birlikte düşündüğümüzde, mahkemelerin, tahkim yeri İngiltere dışında olan tahkim yargılamalarına destek amacıyla geçici hukukî koruma kararı verme yetkisine sahip oldukları görülmektedir¹³⁷. Bunun sınırını, mahkemenin yetkisini kullanmasının uygun olmayacağına kanaat getirmesi veya tarafların anlaşması teşkil etmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, m. 44 emredici nitelikte olmayan hükümlerdendir. Dolayısıyla taraflar, açıkça veya uygulanmasını kararlaştırdıkları tahkim kuralları vasıtasıyla dolaylı

¹³⁵ SCHEAFER, s. 17.

¹³⁶ KOJOVIĆ, s. 520.

¹³⁷ HUNTER/LANDAU, s. 11, dpn. 8.

olarak, m. 44'ü bertaraf edebilirler. Taraflar mahkemenin konuya ilişkin herhangi bir yetkisinin olmaması konusunda anlaşabilirler (zira m. 44 açıkça buna imkân tanımaktadır); ancak, m. 44'de mahkemelere verilmiş olan yetkiyi genişletemezler¹³⁸. Başka bir ifadeyle, tarafların seçtikleri hukuk, mahkemelerin tahkim yargılamasına destek olmasını yasaklıyorsa, bu halde 44. maddenin bertaraf edildiği sonucuna ulaşılır. Buna karşılık, seçilen kurallar, mahkemelerin sınırsız bir şekilde tahkim yargılamasına yardımcı olmasına olanak sağlasa bile, İngiliz mahkemeleri m. 44'de belirtilen şartlar çerçevesinde talebi değerlendirmelidir. Dolayısıyla tarafların tahkim anlaşmasını yaparken bu hususları göz önünde bulundurmalarında fayda bulunmaktadır¹³⁹.

EAA m. 2(3)(b) ve 43. maddenin birlikte değerlendirilmesinden, tahkim yerinin İngiltere dışında olduğu bir tahkim yargılamasında, tanığın ifade vermesini veya elindeki delilleri sunmasını sağlamak amacıyla İngiliz mahkemelerine başvurulabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak, bunun için, konunun tahkim yargılamasına ilişkin olmasının yanında tanığın İngiltere'de olması ve söz konusu delilin sunulmasına ilişkin duruşmanın İngiltere'de yapılması gerekmektedir¹⁴⁰; ayrıca, taraf, mahkemeye ancak hakem kurulunun iznini almak veya diğer taraf(lar)la anlaşma yapmış olmak kaydıyla başvurabilir (EAA m. 43(2)). Bu hükmün, İngiliz mahkemelerinin yabancı mahkemelerde yürütülen yargılamalara yardım amacıyla, yargı yetkisi içindeki kişilerin, sözlü beyanlarını ve ellerindeki belgeleri sunması konusunda karar verebilme yetkisiyle paralel olduğu ifade edilmektedir¹⁴¹.

SONUÇ

Tahkim yargılamasında geçici hukukî koruma kararının, hakem kurulu ve/veya mahkemelerden hangisi tarafından verilebileceği hususunda birbirinden farklı iki sistem benimsenmiştir. Bunlardan biri, bizim hukuk sistemimiz tarafından da kabul edilen 1985 tarihli Model Kanunun kabul ettiği serbest-seçim modelidir (*free choice model*). Genelde, Model Kanunu iktibas eden devletlerin uluslararası tahkim

¹³⁸ SCHAEFER, s. 17.

¹³⁹ SCHAEFER, s. 18.

¹⁴⁰ FRASER, s. 5.

¹⁴¹ FRASER, s. 5.

mevzuatı, konuyu, bu model çerçevesinde düzenlemektedir¹⁴². Bu modelde, geçici hukukî koruma talebi, başvuru sahibinin tercihine göre, hakem kuruluna veya mahkemelere yapılabilir. Mahkemelerin, yetkisi sınırlandırılmamıştır; ayrıca taraf, mahkemeye başvurmak için hakem kurulundan izin almak zorunda da değildir.

Serbest seçim modelinin karşısında ise, geçici hukukî koruma önlemleri konusunda kural olarak hakem kuruluna yetki veren model (*court subsidiarity model*) gelmektedir. Bu yaklaşımın en belirgin özelliği, mahkemelerin, geçici hukukî koruma kararlarının gerek verilmesinde ve gerekse icrası konusunda en son başvurulacak makam olmasıdır. Ancak belli bazı şartların gerçekleşmesi halinde ve son başvuru makamı olarak mahkemelere başvurulmasına müsaade edilmektedir. Bu modeli kabul eden en tipik örnek ise İngiliz hukukudur. EAA'nın kabulüyle birlikte, İngiliz hukukunda, mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesi konusundaki yaklaşımda radikal bir değişiklik ortaya çıkmıştır. EAA, geçici hukukî koruma önlemleri konusunda uygulamada ortaya çıkan sorunları da mümkün olduğu kadar ortadan kaldırmayı amaçlamış ve bunda da başarılı olmuştur. Fakat EAA'nın ilgili hükümlerinin bazı noktalardan olumsuz eleştiriler aldığını da belirtmek gerekir. Ancak, yine de İngiliz hukukunun, konuya ilişkin olarak tipik bir örnek olduğunu görmekteyiz.

Son olarak, iki modelin tamamen birbirinden farklı olmadığını da belirtmek gerekir. Bazı konularda, değerlendirme aşamasında olmasa dahi, sonuç aşamasında iki modelin örtüştüğü yönler bulunmaktadır. Örneğin üçüncü kişilere yönelik kararlar iki modelde de, ancak mahkemeler tarafından verilebilir. Yine, hakem kurulu tarafından verilen kararın zorla icrası için de mahkemelerden yardım almak zorunluluğu her iki modelde de kabul edilmektedir.

¹⁴² Bunlara Alman ve Türk hukukunu örnek olarak verebiliriz.

KAYNAKÇA

- ADHIPATHI, Sandeep:** International Commercial Arbitration: Past, Present and Future, LLM Theses: University of Georgia School of Law 2003.
- BİLGE, N.:** Hukuk Başlangıcı-Hukukun Temel İlkeleri, B. 6, Ankara: Turhan 1987.
- BROWER, Charles N./TUPMAN, W. Michael:** “*Court-Ordered Provisional Measures under the New York Convention*”, American Journal of International Law, 1986, Vol. 80, Issue 1, s. 24-42.
- COLLINS, Lawrence:** “*Provisional and Protective Measures in International Litigation*”, Recueil Des Cours, 1992 (234), III, s. 9-238.
- DEWAN, Nakul:** “*Interim Measures in Arbitration - A Comparative Analysis of Indian and English Arbitration Acts*”, International Business Law Journal, 2003, No. 6, s. 667-695.
- EL-AHDAB, Abdul Hamid:** Arbitration with the Arab Countries, Deventer: Kluwer 1990.
- ERTEN, Rifat:** “*ABD Tahkim Hukukunda Mahkemelerin Tahkim Yargılamasına Yardımları: Hakem Kararı Öncesi Geçici Hukukî Koruma Önlemlerine İlişkin Yaklaşımlar*”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara: Yetkin 2009, s. 255-291.
- FRASER, David:** “*Arbitration of International Commercial Disputes under English Law*”, American Review of International Arbitration, 1997, Vol. 8, s. 1-19.
- HADİMOĞLU, Nimet Ö.:** Brüksel (I) Tüzüğü Işığında AB Hukukunda Geçici ve Koruyucu Tedbir Kararları, Ankara: Yetkin 2009.
- HUNTER, Martin/LANDAU, Toby:** The English Arbitration Act 1996: Text and Notes, The Hague: Kluwer Law International 1998.
- HUNTER, J. Martin H.:** “*Judicial Assistance for the Arbitrator*”, Contemporary Problems in International Arbitration (ed. Julian D. M. LEW), London: Martinus Nijhoff Pub. 1987, s. 195-206.

- KOJOVIĆ, Tijana:** “*Court Enforcement of Arbitral Decisions on Provisional Relief, How Final is Provisional?*”, *Journal of International Arbitration*, 2001, Vol. 18, Issue 5, s. 511-532.
- LEW, Julian D.M.:** “*English Arbitration Act 1975*”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1975, Vol. 24, s. 870-878.
- MERKIN, Robert:** *Arbitration Act 1996: An Annotated Guide*, London/New York/Hong Kong: LLP 1996.
- Oxford Dictionary of Law, B. 5, Oxford/New York: Oxford 2002.
- ÖZEKES, Muhammet:** *İcra İflas Hukukunda İhtiyatî Haciz*, Ankara: Seçkin 1999.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet:** *Medeni Usûl Hukuku*, B. 6, Ankara: Yetkin 2001.
- PEKCANITEZ, Hakan:** “*Milletlerarası Tahkimde Geçici Koruma Önlemleri*”, *Milletlerarası Tahkim Semineri* (10 Mart 2003), Ankara: ICC Türkiye Milli Komitesi 2003, s. 115-152.
- REDFERN, D. Alan:** “*Arbitration and the Courts: Interim Measures of Protection - Is the Tide about to Turn*”, *Texas International Law Journal*, 1995, Vol. 30, No. 1, s. 71-88.
- REYMOND, Claude:** “*The Channel Tunnel Case and the Law of International Arbitration*”, *Law Quarterly Review*, 1993, Vol. 109, s. 337-342.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro:** “*The Channel Tunnel and the Tronc Commun Doctrine*”, *Journal of International Arbitration*, 1993, Vol. 10, No. 3, s. 59-66.
- RUBINS, Noah:** “*In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration*”, *American Review of International Arbitration*, 2000, Vol. 11, s. 307-378.
- SCHAEFER, Jan K.:** “*New Solutions for Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: English, German and Hong Kong Law Compared*”, *Electronic Journal of*

Comparative Law, Vol. 2.2, 1998, <<http://www.ejcl.org/22/abs22-2.html>>, (20.04.2009).

SHENTON, D.W.: “*Attachments and other Interim Court Remedies in Support of Arbitration-The English Courts*”, International Business Lawyer, 1989, Vol. 12, s. 101.

STEINBRÜCK, Ben: “*German and English Court Orders in Support of Foreign Arbitrations*”, European Business Organization Law Review, 2005, Vol. 6, s. 313-328.

THOMAS, David B.: “*Interim Relief Pursuant to Institutional Rules under the English Arbitration Act 1996*”, Arbitration International, 1997, Vol. 13, No. 4, s. 405-409.

VERBIST, Herman/IMHOOS, Christophe: “*The New 1998 ICC Arbitration Rules*”, <<http://www.imhoos-law.ch/doc/ICCNewRules.pdf>>, (20.04.2009); aynı makale için bkz. International Business Law Journal, 1997, No. 8, 989-1022.

WANG, William: “*International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief*”, Brooklyn Journal of International Law, 2002–2003, Vol. 28, s. 1059–1099.

WERBICKI, Raymond J.: “*Arbitral Interim Measures: Fact or Fiction?*”, Dispute Resolution Journal, Nov. 2002-Jan. 2003, Vol. 57, s. 62-69.

YEŞİN, Erdoğan: “*İngiliz Hukukunda Milletlerarası Tahkim*”, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? (Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997), Ankara: BTHAE 1997, s. 107-121.

YILMAZ, Ejder: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara: Yetkin 2001.

ZICHERMAN, David L.: “*Use of Pre-Judgment Attachments and Temporary Injunctions in International Commercial Arbitration Proceedings: A Comparative Analysis of the British and American Approaches*”, University of Pittsburgh Law Review, 1989, Vol. 50, Issue 2, s. 667–700.

