

## IV Medenî Usul Hukuku

### ALMAN TEMYİZ MAHKEMESİ KARARI

(BGH, Urt. V. 5. November 1970 - VII ZR 31/69 - OLG Hamburg, LG Hamburg) Yayınlandığı yer; Zeitschrift für Zivilprozess, Band, 84, Heft 3 (Yıl 1971), s. 336-339)

Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAG

**ÖZET :** Bir tahkim sözleşmesinde, taraflardan birince tayin edilmiş olan hâkemin, eğer diğer taraf tesbit edilmiş olan süre içinde hakemini tayin etmesi hususundaki davete icabet etmezse, seçilen hakemin tek başına ihtilâfı halledip karar verebileceği kararlaştırılmış ise, sözleşmedeki bu kayıt hakem mahkemeleri için dahi geçerli olan tarafsız kazaî faaliyette bulunmaya ilişkin yasağı ihlâl eder ve bu nedenle de geçersizdir.

Simsar firma tarafından talep sahibi için imzalanmış olan "Tanker Voyage Charter Party" Nr. 18'de bir takım şartı ihtiva etmektedir. Buna göre, sözleşmenin her iki tarafı birer hakem seçeceklerdir. Eğer onlar anlaşamazlarsa (seçilen hakemler) bir üçüncü şahsı tayin edecekler ve artık bu kişinin vereceği karar kesin olacaktır. Bununla beraber, taraflardan biri kendi hakemini 21 gün içinde seçmek hususunda yapılan davete icabet etmezse, diğer tarafın seçmiş olduğu hakem, hukukî ihtilâfı her iki taraf için de bağlayıcı tesiri haiz olacak tarzda karara bağlayabilmek hususunda münhasır yetkili olacaktır.

Derdest muhakemede talep sahibi, hakem kararının tenfizi için gerekli kararın verilmesini istemektedir. Halbuki karşı taraf talebin reddi ile hakem kararının iptalini istemektedir. O, kendisi ile karşı taraf arasında kesin ve kaydı ihtirazsız bir mutabakat mevcut olmaması nedeni ile bir Navlun mukavelesinin mevcut olmadığı ve bunun sonucu olarak da bir hakem mahkemesi anlaşmasının da vücut bulmadığı düşüncesini ileri sürmektedir. Ayrıca bahiskonusu tahkim anlaşmasına göre, olay hakkındaki kararın, yalnızca bir tarafın tek yanlı olarak tayin edeceği bir hakem vasıtasıyla verilebilmesini kolaylaştırdığı için (tahkim şartı) herhalde kanuna da aykırı olacaktır.

Mahallî mahkeme veya istinaf mahkemesi hakem kararının tenfizine karar verdi. Talep sahibi, temyiz mahkemesine başvurarak bu kararın reddini istedi. Buna karşı, karşı taraf şimdiye kadarki isteklerini tekrarladı.

1 — İstinaf Mahkemesi "Tanker Voyage Charter party" de mevcut tahkim anlaşmasının varlığına karşı bu sözleşme, hakem kararının verilmesini münhasıran bir tarafın tayin edeceği hakeme bıraktığı halde herhangi bir şüphe duymadı.

2 — Temyizin dairesi bu izahlara katılmaya imkân göremedi.

a) Bir tahkim sözleşmesinde, bütün hakemleri bir tarafın seçmesi veya hakem mahkemesinin teşkili bakımından bir tarafa diğer taraftan daha büyük bir etkinin tanınması acaba mümkün müdür? Mümkünse bu hangi çevrede mümkündür, sorunu uygulama ve öğretide (doktrinde) ihtilâflıdır.

Düşüncelerden birine göre, taraflardan birine bütün hakemlerin tayini işi asla bırakılamaz. Hatta diğer taraf ona bir hakemi bizzat seçebilmesi hususunda tanınmış olan hakkını kullanmadığı takdirde, bunun hakemini de diğer tarafın seçebileceği hususu ifade edilmiş (tâli olarak belirtilmiş = subsidiär) olsa bile (KG. JW 1931, 77, 78; OLG Neustadt NJW 1955, 635, 636; Kornblum, Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, 1968, S. 204 f., 243, 256; Baumbach-Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit (2.) S. 150, 106, 108; Habscheid, NJW 1962, 5, 8 und KTS 1956, 154, 155 f.; 1959, 117; Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht (10) § 175 II 3; Heimann-Trosien in Ehrengabe für Bruno Heusinger 1968 S. 281 ff.; Stein-Jonas (19). Anm. I 3d § 1632 ZPO; Baumbach-Lauterbach (30) Anm. I B und Thomas-Putzo (4.) Anm. 3 je zu § 1028 (ZPO).

Başka bir düşünce ise sözleşme serbestisinden hareketle, bir tarafın diğer tarafın hakemini seçmemesi halinde onun hakemini de kendisinin seçebilmesine imkân veren tahkim anlaşmalarını muteber saymaktadır (RG. JW 1934, 362; DR 1942, 186; Meyer-Cording, Die Vereinsstrafe, 1957; 127; Nikisch, Zivilprozessrecht (2.) § 144 I 3 b (s. 598); Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts (9.) § 166 III 2 c; Rölle, MDR 1956, 261; Wiczorek, Anm. A I b 1 zu § 1028 (ZPO).

Buna mukabil Reichsgericht müteaddit defalar bir (özet olarak RGZ 137, 251, 255; ve Kornblum, s. 199, 200 ve dipnotu 11 vd. da zikredilen müellifler) kurala sahip oldu ki, buna göre, bir taraf daha başlangıçta bütün hakemleri seçmek hususunda yetkili kılınırsa, bu davranış kabule şayan olacaktır.

b) Buna karşılık Dairemiz önemli olan bu hukukî sorun hakkında şimdiye kadar bir düşünce açıklamadı. Dairemiz evvelce zikredilmiş (hiç olmazsa öğretilde) baskın görüşe katılmaktadır. Mevcut ihtilâftaki özellik de işin bu tarzda çözüme bağlamasında bir etki doğurmaz. Gerçekten de olayda, hakemini seçmiyen tarafın hakemini de seçmek hakkı diğer tarafa geçmiyor, bilâkis, evvelce seçilmiş olan hakemin artık yalnızca karar vermesi öngörülüyor. Hakem kararını vermek işinin, diğer tarafın hakemini seçmemesi olayına göre bir veya birden fazla hakem tarafından verilmesi gereği çözümde önemli bir fark doğurmaz. Her iki halde de esas olan hal, bütün hakemlerin taraflardan birince tayin edilmesi keyfiyettir (keza RG LZ 1919, 803, 804; Reichsgericht şüphesiz böyle bir düzenlemeye karşı dahi şüphe duymamıştır).

3) "Tanker Voyage Charter Party"de yer alan, taraflardan birinin seçtiği hakemin eğer diğer taraf üç hafta içinde hakemini tayin etmezse, münhasıran ve yalnızca karar verebileceğine ilişkin kayıt, hakem mahkemeleri için dahi cari bir yasak (emir) olan tarafsız yargılama faaliyetinde bulunma gereğine aykırı düşer ve bu yüzden BGB § 134'e göre bâtildir.

a) Dairemizin 19 Aralık 1968 tarihli kararında da (BGHZ. 51, 255, 258) ifade edildiği gibi, hakem mahkemesi de kazaî faaliyet ifa etmektedir. Onun için, onların da bağımsız ve tarafsız olmaları hususunda yeter garanti mevcut olmak gerekir. Bu bakımdan devlet mahkemelerinden ayrılmazlar. Bir mahkemenin tarafsızlığı yalnızca, mahkemeye dahil bulunan hâkimin bir iş hakkında peşin kanaat sahibi bulunması halinde değil; aynı zamanda mahkemenin tarafsız bir gözlemciye, bir tarafın diğer taraf karşısında zarara uğratılabilmesi ihtimalinin bulunduğu hususunda intiba uyandırması halinde de zedelenir.

b) Aynı esaslar hakem muhakemesi için de cari olmak gerekir. Burada bahis konusu sorunlar hatta şu bakımdan dahi özel bir aydınlıkta (açıklıkta) bulunuyor. Taraflar —devletin mahkemelerinden farklı olarak— bahiskonusu tahkim anlaşmasının muhtevasına göre, ihtilâf hakkında karar vermesi gereken mahkemeyi bizzat ihya etmeye mecbur oldukları nisbette bu suretle hakimlerinin kim olması gerektiğini tayin edebilirler.

Herhalde, tek yanlı hakem tayini ile, hakem ve onu tayin eden taraf arasında, teşkil edilen hakem mahkemesinin tarafsızlığından ciddî şekilde şüphe duyulabilecek bir kişisel ilişki kurulur. Ama bu zorunlu da değildir. Diğer tarafca veya üçüncü bir şahıs tarafından veya devletin mah-

kemesi tarafından tayin edilmiş bir hakem şeklinde uygun bir karşı ağırlık mevcut olursa, bu takdirde hakemin kendisini seçen taraf ile, bu tarafta doğrudan doğruya seçimine dayanan ilişki bir ölçüde artık husule gelemmez. Olsa olsa bu takdirde bütün hakem mahkemesi —ki artık bu andan itibaren önemli olan budur— için zorunlu olan tarafsızlığın eksikliği intibai doğabilir.

Buna mukabil, hakem mahkemesi münhasıran taraflardan birince tayin edilmiş bir veya birden fazla hakemlerden teşkil edilirse, tek yanlı hakem tayininden, faaliyet gösteren hakemin tarafsızlığı için çıkan tehlikeler artık bir düzeltme imkânı da eksik olacağı için aynen husule gelir.

c) Burada hukukî ihtilâfın peşinen yalnızca bir tarafın tayin edeceği hakemler tarafından karara bağlanacağına tahkim anlaşmasında derpiş edilmiş olması ile; diğer tarafın hakemini tayin etmemesi halinde karşı tarafın böyle bir seçim hakkının varlığı arasında herhangi bir fark yapılamaz. Tarafsız yargılama faaliyetinde bulunma gereğine her iki halde de aykırı düşülür.

4) Eğer bir taraf hakemlerin tayininde göstermesi gerekli işbirliğini ihlâl ederse, varılan çözümün hakem mahkemesinin yürürlüğünü sağlayabilmek için yegane çözüm olduğuna ilişkin istinaf mahkemesi düşüncesine de katılamaz. Böyle bir durumda hakem mahkemesini izlemek isteyen taraf, yetkili mahkeme vasıtasıyla (ZPO § 1029 f. 2) veya evvelce işaret edilmiş olan üçüncü şahıs vasıtasıyla hakemini seçmeyen taraf için bir hakem tayin ettirebilir ve bu suretle hakem mahkemesi peşinen taraf tutma lekesinden korunmuş olur. Bu suretle meydana gelecek olan önemsiz muhakeme sürüncemesine de katlanılmak gerekecektir. Örnek olarak belirtmek gerekirse, 21 Eylül 1961 tarihli uluslararası hakem yargısı hakkındaki Avrupa Anlaşmasında durum böyle olup; Artikel 4'de yalnız üçüncü kişi tarafından icra edilecek ek işlemler (telâfi işlemleri) öngörülmüştür (BGB 1964, II, 426). Ancak tarafların böyle bir durumu açıkça öngörülmüş değildir.

5) İstinaf mahkemesinin, taraf tutan hakemin nihayet ZPO § 1032 uyarınca red dahi edilebileceğine işaret eden düşüncesi doğru değildir.

Red hakkında, şahsında bulunan sebeplerden dolayı tarafgir görünen bir münferit hakem gözönünde tutulmuştur (BGHZ 51, 255, 261). Burada ise tarafsızlık şüphesi, tamamiyle genel olarak şuradan çıkar ki; yalnız bir tarafça seçilmiş olup da karar vermek için münhasıran yetkili olan bir hakemin muhtemel tarafgirliği için başka bir şahsî istinat noktası aramaya artık ihtiyaç yoktur.