

YENİ ALMAN TAHKİM KANUNU

Dr. Iur. Gino LÖRCHER*

Çev. Arş. Gör. İbrahim ÖZBAY** / Arş. Gör. Zekeriyya ARI***

I- TARİHİ GELİŞİM

Tahkimi düzenleyen Alman Kanunu, 1 Ocak 1998’de yürürlüğe girerek, bütünüyle yeni bir biçim almıştır. Yeni Kanun, 30 Aralık 1997’de yayımlanmıştır¹. Kanun, Alman Medeni Usûl Kanunu (ZPO)’nun 10. Kitabının eski düzenlemesinin yerini almıştır. 10. Kitap ise, ZPO §1025 ile §1066 maddeleri arasındaki hükümlerden oluşmaktadır.

On yıldan fazla süren tartışmalardan sonra², yeni Kanun ile, UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)³ Model Kanunu, Alman sistemine geçmiştir. Gerçekten Alman kanun koyucusu, çok açık şekilde Model Kanun’u takip etmiştir. UNCITRAL çatısı altındaki Birleşmiş Milletlere üye devletlerin delegeleri tarafından, dünya çapında kullanılması için hazırlanan bu Model Kanunun benimsenmesi, 1986 yılında BM Genel Kurulu tarafından

* Dr. Iur. FCI Arb., Avukat, Cologne, Almanya (Bu makalenin İngilizce metni, “The New German Arbitration Act” başlığı ile, adı geçen yazar tarafından, Journal of International Arbitration - Volume 15, No. 2, June 1998 – dergisinde yayımlanmıştır. Çevirenin Notu (ÇN)).

** Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Medeni Usûl ve İcra- İflas Hukuku Bilim Dalı

*** Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ticaret Hukuku Bilim Dalı

1 Resmi Gazete (Bundesgesetzblatt) 1997 I p. 3224; Kanun 22 Aralık 1997 tarihlidir.

2 G. Lörcher, Schiedsgerichtsbarkeit: Übernahme des UNCITRAL – Modelgesetzes?, Zeitschrift für Rechtspolitik 1987, s. 230 vd.

3 UNCITRAL kelimesi, “Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu” nun kısaltılmış şeklini ifade eder (ÇN.).

tavsiye edilmiştir⁴. Model Kanun, o zamandan beri bir çok ülkenin milli kanunlarına, çok sık olarak, çok küçük değişikliklerle girmiştir⁵.

Bu durum, UNCITRAL Model Kanunu'nun, uluslararası tahkim hukuku standartlarını belirgin şekilde yansıttığını göstermektedir.

Model Kanun ile yeni Alman Tahkim Kanunu arasındaki en belirgin fark, Almanya'daki yeni Kanunun uluslararası tahkim uyumsuzlukları ve ticari uyumsuzluklarla sınırlanmamış olması gerçeğinde yatmaktadır. Bu, daha önceden olduğu gibi, bu tür sınırlamaları kabul etmeyen Alman Tahkim Hukukundaki gelenekle de uyum içindedir. Alman çözümü, daha önceki uygulamanın da gösterdiği gibi, sınırlandırma ve ayırma ilişkin bir çok karmaşık sorunun önüne geçmiştir. Alman Hukukunun yerli ve yabancı hakem kararları arasındaki farkı dikkate almak zorunda olduğu konu, hakem kararlarının icrası (tenfizi) aşamasında karşımıza çıkar. Bu konuya daha sonra değinilecektir.

Belirtilmelidir ki, bir taraftan eski Alman Kanununa, diğer taraftan Model Kanununa esas teşkil eden temel kavramlar arasında pek farklılık yoktur. Daha doğru bir ifadeyle, sadece ayrıntılarda farklılıklar vardır. Hepsinden önemlisi, UNCITRAL Model Kanunu, daha fazla ayrıntılı ve açıktır. Ayrıca, UNCITRAL Model Kanunu, eski Alman Kanunu hükümlerinde bulunmayan, tahkim yargılamasının hızlı yürütülmesi ve sona ermesine imkan tanıyan pek çok da kural içermektedir.

Uluslararası toplumun genellikle aşına olduğu Model Kanun'dan olabildiğince az ayrılan yeni Kanun, diğer önemli avantajları yanında, şeffaflığı da sağlamaktadır. Şimdiye kadar böyle bir şeffaflık mevcut olmamıştır. Tarih itibarıyla 1877 yılına kadar giden Kanun metnindeki temel unsurlar ve içtihat hukuku (case law), uluslararası standartlardaki gelişmeleri çok iyi yansıtmamasına rağmen, bu içtihat hukuku yabancılarca hemen hemen hiç anlaşılammakta idi. İla ve bir engel ise, Alman dilinin pek çok yabancı için neredeyse anlaşılmaz bir dil olduğu gerçeğidir.

Yabancı taraflar için Alman tahkim kurallarının kolay anlaşılabilir ve inceliklerine vakıf olunabilir olması, kanun koyucunun açık amaçlarından biridir. Amaç; Almanya'nın yabancılarca tahkim yeri olarak tercih edilmesini sağlamak ya da Alman tahkim hukukunun kabul edilmesine ilişkin engelleri ortadan kal-

⁴ BM Genel Kurulu Kararı, A/ RES/ 40/ 72, Şubat 1986.

⁵ UNCITRAL Hukuk Bürosu Sorumlusu J. Sekolec, Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin Ebnat-Kappel seminerinde (ASA/CI Arb/UNCITRAL) Ocak 1998'de sunduğu tebliğinde aşağıdaki listeyi vermiştir: Avustralya, Bahreyn, Bermuda, Bulgaristan, Kanada, Kıbrıs, Mısır, Almanya, Guatemala, Hong Kong Özel Yönetim Bölgesi, Macaristan, Hindistan, Kenya, Malta, Meksika, Yeni Zelenda, Nijerya, Peru, Rusya Federasyonu, İskoçya, Singapur, Sri Lanka, Tunus, Ukrayna, Zimbabve ve Amerika Birleşik Devletlerinin Üye Eyaletleri; Kaliforniya, Connecticut, Oregon ve Teksas.

dırmaktır. Kanun koyucu burada açık olarak, daha çok, uluslararası ticaretin özel gereklerini düşünmüştür⁶.

II- TAHKİMİN ÖNEMİ

Uluslararası ilişkilerdeki uyuşmazlıkları çözecek olan tahkimin belli başlı avantajları vardır. Bunları kısaca özetlemek gerekir.

Devlet mahkemeleri ile karşılaştırıldığında tahkimin yararları çok ve çeşitlidir. Hız ve nispeten düşük maliyet, bu anlamda belirtilebilir. Bu etkenler, uyuşmazlıktan uyuşmazlığa değişiklik gösterir ve bu konuda tarafların beklentileri daima gerçekleşmez. Benzer şekilde, yargılamanın sadece bir durumla (belli bir uyuşmazlıkla) sınırlanmış olması, bazılarınca bir avantaj olarak görülür; ancak bu görüş genellikle paylaşılmamaktadır (Örneğin, kaybeden taraflar, her zaman bu prensipten memnun kalmazlar).

Diğer taraftan, pek çok etken, tahkim lehine (tahkimden yana) olacaktır. Ve bunlar, uluslararası ilişkiler bakımından özel bir öneme sahiptir. Bu konuyla ilgili özel ilkeler; taraf hakimiyeti (party autonomy) ilkesi, bireysel uyuşmazlıkların gerekleriyle ilgili usule uyum sağlayabilme (the adaptability of procedure to the requirements of the individual case), gizlilik (confidentiality) ve tarafların sadece hukuken (in law) değil gerçekte de (in fact) (fiilen) eşit olması ilkeleridir. Bu son nokta (eşitlik) açısından vurgulamak gerekir ki, bir devlet mahkemesinde, uluslararası uyuşmazlıkla ilgili olarak tarafların eşitliği sadece teoride kalır. Zira bir devlet mahkemesi, usul kurallarını uygulamak zorundadır ve sadece kendi yargılama dilini veya yabancı tarafın dilini kabul edebilir. Bu durum aslında, mahkemece uygulanan en adil yargılamanın dengede tutulamaması gibi ciddi mahzurları beraberinde getirmektedir.

Bunlar, Alman Kanununun, tıpkı UNCITRAL Model Kanunu gibi çözümlenmek zorunda olduğu ve çözümlendiği noktalardır. Önemli diğer hususlar, yargılama boyunca gecikme ve engellemelere meydan vermemek; son olarak ise yerli ve yabancı hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırmaktır. 1958 tarihli New York Sözleşmesi çerçevesinde, 110'dan fazla devlette, hakem kararlarının uygulanabildiğini de vurgulamak gerekir⁷. Bu durum, tahkimin, devlet mahkemelerindeki yargılamayı ortadan kaldıran önemli diğer bir avantajıdır.

⁶ Kanuna İlişkin Resmi Şerh (Official Commentary accompanying the Bill), Alman Federal Meclisi (Deutscher Bundestag), Basım (Drucksache) 13/5274, s.22.

⁷ Haziran 1997 itibariyle bu devletlerin listesi için bkz. G. Lörcher/ H. Lörcher, *Das Schiedsverfahren- national/ international- nach neuem Recht*, (1st Edn., Jehle Rehm, Munich) 1998, s. 143- 146

III- YETKİYE İLİŞKİN SORUNLAR

Kanun, devlet mahkemelerinin yetkisinin katı sınırları nedeniyle, münhasıran hakem yargılamasına ilişkin olarak, tarafların tahkim üzerinde anlaşmaya varmaları halinde, yukarıda belirtilen avantajlardan yoksun bırakılamayacaklarını temin etmektedir. Gerçekten, ZPO (Alman Medeni Usûl Kanunu)'nun 10. Kitabının açık hükümlerinden birine göre; devlet mahkemeleri ancak kanunun belirtmiş olduğu durumlarda, tahkim uyuşmazlığında müdahale edebilir (ZPO § 1026).

Üstelik devlet mahkemesi, davalının, uyuşmazlığın esasına ilişkin duruşmanın başlamasından önce itirazda bulunması şartıyla, tahkim anlaşmasının konusunun kabul edilemezliğinden dolayı, iddiayı reddedecektir. Bu, mahkemenin, tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz ve uygulanamaz olduğuna karar vermesi halinde uygulanmaz⁸.

Kanun, hakem mahkemesin, bir uyuşmazlıkta kendi yetkisinin bulunup bulunmadığına karar verme yetkisini kabul etmektedir. Aynı zamanda Kanun, “ayrılabilirlik ilkesini” (the principle of severability) de öngörmektedir. Bu ilkenin anlamı; tahkim şartının, sözleşmeye ilişkin diğer kayıtlardan bağımsız bir anlaşma olarak düşünülmesidir⁹.

Taraflardan birinin, devlet mahkemeleri ile hakem mahkemesinin yetkisi arasında bir seçim yapma hakkına sahip olduğu tek alan, geçici koruma önlemleri (ihtiyati tedbirler) dir¹⁰.

IV- MEVCUT KANUNA GETİRİLEN BAZI ÖNEMLİ DEĞİŞİKLİKLER

1. Şekil Zorunluluğu

Bir tahkim anlaşması yapıldığında uyulması gereken şekle gelince; eski kanun, tacirler (ticari faaliyetlerle devamlı uğraşan kişiler) ile diğerleri arasında bir ayırım yapmıştır. Tahkim anlaşması her iki taraf için ticari bir iş ise ve her iki taraf her zamanki şekilde ticari işleri yapıyorlarsa, o zaman özel bir şekle uymak zorunda değillerdir; kendi aralarındaki sözlü anlaşma geçerli olacaktır. Diğer kişilerin katılımıyla yapılan tahkim anlaşmaları ise, aksine yazılı olmak ve tahkim

⁸ ZPO § 1032; ZPO § 1025-1066 maddeleri arasındaki hükümler, eski hüküm özel olarak zikredilmedikçe, yeni Kanundaki hükümlere atıf yapmaktadır.

⁹ ZPO § 1040/1

¹⁰ ZPO § 1041; bkz. *Official Commentary, Deutscher Bundestag, Drugsache 13/ 5274*, s. 45. (ZPO §1041/1'e göre “Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hakem mahkemesi taraflardan birinin talebi üzerine, uyuşmazlık konusu ile ilgili gerekli gördüğü geçici koruma önlemlerini almaya karar verebilir...” ÇN.)

yargılaması dışındaki konular, ayrı bir belgede düzenlenmek zorundadır¹¹. Bu ayırım artık söz konusu değildir.

Kanun, tahkim anlaşmasının yazılı olarak veya anlaşmanın bir kaydını içeren teleks, telgraf gibi diğer iletişim araçlarında yer alması gerektiğini düzenlemektedir. Tüketicinin katıldığı anlaşmalar için gereken şartlar daha katıdır¹². Kanundaki şekil şartlarının UNCITRAL Model Kanun'a göre daha karmaşık olduğunu ve Kanun gereğince tahkim anlaşmasını kaleme alan birisinin Kanunu, yakından incelemesini gerektirdiğini belirtmek gerekir. Bununla beraber, taraflardan biri, hakem mahkemesinin yetkisizliğine ilişkin bir itiraz ileri sürmeksizin, davanın esasına ilişkin oturuma katılırsa, şekildeki eksiklik giderilmiş sayılır¹³.

2. Objektif Tahkime Elverişlilik (*Objektive Arbitrability*)

Yeni Kanun objektif tahkime elverişliliği, örneğin, tahkime götürülebilen uyuşmazlık konularının kapsamını, genişletmiştir.

Geçmişte kriter, Kanunda düzenlenen konulara ilişkin olarak, taraflara uyuşmazlığı sulh ile sona erdirme yetkisinin verilip verilmediği idi¹⁴. Yeni Kanunda *ekonomik menfaat* içeren uyuşmazlıkların tahkime konu olabileceği belirtilmiştir. Böylece Kanun, 1 Ocak 1989'da yürürlüğe giren İsviçre'nin Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Kanunu'nun 177. maddesinin ilk paragrafında yer alan kriteri benimsemiş olmaktadır. Bununla birlikte, ekonomik menfaat ile ilgili olmayan uyuşmazlıklar da, kanunun taraflara uyuşmazlık konusu üzerinde sulh yapma yetkisi vermesi şartıyla, tahkim anlaşmalarına konu olabilir.

Tahkime elverişliliğin bu kapsamı, şirketler veya ticaret hukuku ile ilgili bir takım önemli uyuşmazlıkları da içine alacaktır. Bu bağlamda, kanun koyucu tarafından kabul edilen tez çok önemlidir: Kural olarak tahkim, devlet mahkemelerinin yetkiye sahip olması şartıyla, taraflara eşit garanti sağlayan bir hukuki usul (araç) olarak düşünülecektir¹⁵.

¹¹ ZPO § 1027, eski hüküm.

¹² ZPO § 1031. (Gerçekten, ZPO § 1031/ 4'e göre "Tüketicinin taraf olduğu tahkim anlaşmaları, taraflarca bizzat imza edilmiş olduğu bir belgeyi içermelidir. ..." ÇN.).

¹³ ZPO § 1031/ 6. (Söz konusu hükme göre "Hakem yargılamasında şekildeki eksiklik, davanın esasına ilişkin müzakereye katılarak giderilebilir" ÇN.).

¹⁴ ZPO § 1025/ 1, eski hüküm. (Bir başka deyişle, eski düzenleme açısından, tarafların üzerinde serbestçe sulh edebilecekleri konularda tahkime gitmek mümkündü. Hukukumuz açısından bu durumu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 518. maddesinde de görmek mümkündür. Zira söz konusu hükme göre "Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez" ÇN.).

¹⁵ Official Commentary, Deutscher Bundestag, Drucksache 13/ 5274, s.34.

3-Geçici Koruma Önlemleri (*İhtiyati Tedbirler*)

Taraflarca kararlaştırılan hakem mahkemesinin yetkisi, bir başka açıdan da genişletilmiştir: Nasıl ki devlet mahkemesi geçici ya da koruyucu önlemler konusunda karar verebiliyorsa, hakem mahkemesi de, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bu yetkiye sahiptir.

Hakem mahkemesi ayrıca tarafları teminat yatırma yükümlüğüne zorlayabilir. Taraflardan biri muvafakat etmezse, diğer taraf, önlemin icra edilebilir olduğunun açıklanması (beyanı) için devlet mahkemesine başvurabilir. Bu durumda devlet mahkemesi, davada bütün şartları göz önünde tutarak karar vermek zorundadır. Geçici veya koruyucu tedbir isteyen taraf, yine de, haksız çıkması halinde zararlardan sorumlu olabileceğini unutmamalıdır¹⁶.

4. Hakemlerin Sayısı

Önceki kanunun ilginç bir özelliği, hakem mahkemesinin, her biri iki tarafça atanan iki kişiden oluşmasıydı¹⁷.

Bunun iki sakıncası vardı. Birinci olarak, böyle bir durumda, hakem mahkemesinde, uyuşmazlığı çözme konusunda anlaşmaya varmak genellikle zordu. İkinci olarak, hakemlerce anlaşmaya varılamazsa ve taraflar bu uyuşmazlık için özel hükümler koymamışlarsa, tahkim anlaşması geçerliliğini yitirecektir¹⁸. Bu durum, şu anda ZPO 1034 ile giderilmiştir. Nitekim bu hükme göre, taraflarca yapılan bir anlaşmanın yokluğu halinde, hakemlerin sayısı üçtür. Yine aynı hükme göre, tahkim anlaşması, bir tarafa diğer tarafın elverişsiz durumda bulunduğu hakem mahkemesinin oluşumuyla ilgili olarak üstün haklar veriyorsa¹⁹, hakemi değiştirme imkanı verilmiştir²⁰.

¹⁶ ZPO § 1041.

¹⁷ ZPO § 1028, eski hüküm.

¹⁸ ZPO § 1033/2, eski hüküm.

¹⁹ Yani, diğer tarafın haklarını ihlal edecek bir üstünlük veriyorsa (ÇN.)

²⁰ ZPO § 1034'ün yeni düzenlemesi şöyledir: (1) Taraflar hakemlerin sayısını belirlemekte serbesttir. Belirleme yapılmadığı takdirde hakem sayısı üçtür. (2) Tahkim anlaşması, bir tarafa, diğer tarafın elverişsiz bir durumda bulunduğu (diğer tarafın haklarını ihlal edecek) hakem mahkemesinin oluşumuyla ilgili olarak üstünlük veriyorsa, bu taraf (...) farklı hakem/ hakemlerin atanması için mahkemeye başvurabilir. Bu talep, söz konusu tarafın, hakem mahkemesinin oluşumunu öğrenmesinden itibaren en geç iki hafta içinde yapılmalıdır. § 1032/3 hükmü burada kıyasen uygulanır" (ÇN.).

5. Hakem Kararının Tevdi Edilmesi

Yabancılar için genellikle beklenmedik olan, Alman Hukukunun bir diğer kuralı, hakem kararının uygulanmasının bir ön şartı olarak, hakem kararının bir Alman mahkemesine tevdi edilmesi zorunluluğu idi²¹. Geçmişte bu, karışıklıklara ve en azından gecikmeleri neden oluyordu.

Kanun böyle bir zorunluluğu ortadan kaldırmıştır.

V. YENİ KANUNUN GENEL ÖZELLİKLERİ

1. Taraf Hakimiyeti (*Party Autonomy*)

Taraf hakimiyeti ilkesi, kanun çerçevesinde geniş bir uygulama alanı bulur. Burada, önceki hukuki durum ile karşılaştırıldığında, yeni kanunda bir farklılık olmadığı görülmektedir.

Taraflar arasında tahkime ilişkin bir anlaşma olması halinde, tahkim usulünün münhasırlığı ile hakem kararının kesin hüküm olarak kabul edilmesinin birlikte düşünülmesi, elbette kanun koyucunun taraf hakimiyeti ilkesine ilişkin en önemli ifadesidir. Bununla birlikte, bu prensip, genellikle “taraflar aksini kararlaştırmadıkça” şeklindeki ayrıntılı bir çok hükümde ortaya çıkmaktadır. Tarafların, diledikleri şekilde anlaşmaları için Kanunda emredici hükümlere çok az yer verilmiştir.

Kanunun tarafından iki değişmez kural konulmaktadır: Taraflara eşit işlemde bulunma ve her bir tarafa usulüne uygun olarak hukuki dinlenilme hakkı verilmesi zorunluluğu²². Diğer emredici kural da şudur: Taraflar, tahkim yeri Almanya ise, başka bir devletin usul kuralının uygulanmasını kararlaştıramazlar²³.

Diğer taraftan, taraflar, örneğin, anlaşmaya hüküm koyarak veya Alman Tahkim Kanunu; DIS (Alman Tahkim Kurumu), UNCITRAL Tahkim Kuralları, ICC Tahkim Kuralları veya Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi Kuralları gibi mevcut tahkim kurallarına atıf yapmak suretiyle, birlikte, uygulanacak usul kurallarını belirlemede serbesttirler²⁴.

²¹ ZPO § 1039/ 3, eski hüküm.

²² ZPO § 1042/ 1.

²³ ZPO § 1025/ 1.

²⁴ ZPO § 1042/ 3.

Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler²⁵. Aynı durum, yargılamanın dili veya dilleri²⁶; tahkim yeri²⁷ ve hakemlerin atanmasına ilişkin kurallar²⁸ için de geçerlidir.

2- Hakem Mahkemesinin Yetkileri

Kanun'un düzenlemediği ve tarafların ayrıntıları belirlemediği durumlarda, boşluk, hakem mahkemesinin usul kurallarını bizzat belirleme yetkisi ile doldurulur. Buna karşılık, taraflar ZPO'nun 10. Kitabındaki emredici hükümlerle bağlı oldukları halde, yeni kanun çerçevesinde hakem mahkemesi ancak 10. Kitabın hiç düzenlemediği durumlarda serbestiye sahiptir²⁹. Buna uygun olarak, hakem mahkemesince uyulacak kuralların hiyerarşisi şu şekilde belirtilebilir: İlk olarak kanunun emredici hükümleri, ikinci olarak tarafların anlaşması, üçüncü olarak ise tarafların değiştirdikleri hükümlerdir. Ancak uyulacak bu kuralların olmaması halinde, hakem mahkemesinin bizzat özgürlüğünden söz edilir³⁰.

Bu, örneğin, hakem mahkemesinin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku özgürce belirleyemeyeceği anlamına gelir. Eğer taraflar uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamışlarsa, o zaman hakem mahkemesi, yargılama konusu ile en yakın irtibat içinde olan Devletin hukukunu uygulamalıdır³¹.

İlave etmek gerekir ki bu kurallar hiyerarşisinin uygulamadaki etkisi sınırlıdır. Çünkü Kanunun çoğu hükümleri, hakem mahkemesine, açıkça takdir yetkisi vermektedir³².

Bu bağlamda; kararların daima hakem mahkemesince, daha doğru ifadeyle tüm üyelerin oy çoğunluğu ile alındığını vurgulamak gerekir³³. Ancak bir durumda, hakem mahkemesinin başkanından söz edilebilir ve ona özel yetki verilebilir: Başkan, sadece tarafların veya diğer üyelerin (hakem mahkemesinin) başkana böyle yapması konusunda yetki vermeleri halinde, başkan usul hukukuna ilişkin bireysel hususlarla (individual questions of procedure) ilgili olarak tek başına karar verebilir³⁴. Bu, normal olarak hakem mahkemesinin bütün üye-

25 ZPO § 1051/1.

26 ZPO § 1045/1.

27 ZPO § 1043/1.

28 ZPO § 1035/1.

29 ZPO § 1042/4.

30 Deutscher Bundestag, Drucksache. 13/ 5274, s. 46, 47.

31 ZPO § 1051/2.

32 Bkz. § 1043/2, § 1045/1, §1047/1.

33 ZPO § 1052/1.

34 ZPO § 1052/3.

lerinin eşit haklara sahip oldukları anlamına gelmektedir. Öyle olsa bile, hakem mahkemesindeki denge ve taraflarla ilgili eşitlik açısından, başkanın kural olarak – sadece fiilen değil aynı zamanda hukuken de- hakem mahkemesinin sözcüsü rolüne sahip olduğu sonucuna varmak gerekir³⁵. Daha ileri gidilerek, başkanın fonksiyonlarının, tahkimin dış yönetimine ilişkin hususlara kadar genişletileceği belirtilmişse de³⁶, biz böyle bir sonucun kanunundan çıkarılabileceğini düşünmemekteyiz.

3-Yargılamanın Etkin Yönetimi

Kanun, yargılamanın hızlı olmasına ve yönetiminin kolaylaştırılmasına yönelik bir çok hüküm ihtiva etmektedir.

Kanunun amaçlarından biri, taraflara ya da taraflarca alınmış bir kuralın olmaması halinde taraflara atfedilebilir engellerin ve gecikmelerin sonuçlarını ortadan kaldırmaktır. Kanun, örneğin, atamanının gerçekleşmemesi halinde bir hakemin atanması mekanizmasını içerir³⁷. Kanun, ayrıca hakemlerin reddedilmeleri ya da hakemin başka nedenlerle artık görevini yerine getiremez olması halinde hükümleri de içermektedir³⁸.

Yargılamadaki usulsüzlüklere gecikmeksizin itiraz edilmelidir; aksi takdirde, uyumsuzluğun ilgili tarafı itiraz etme hakkını kaybeder³⁹. Taraflardan birinin davayı mazeretsiz olarak sürüncemede bırakmaya yönelik davranışı ile karşı karşıya kalındığında, hakem mahkemesi, yargılamaya devam edebilir⁴⁰. Bir hakem oylamaya katılmayı reddederse, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, diğer hakemler, oylamaya katılmayan hakem olmaksızın karar verebilirler⁴¹.

4- Diğer Hükümler

Kanuna dahil edilen ve aşağıdaki hususları ilgilendiren diğer hükümler şunlardır:

- Hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili şüpheler doğuracak bütün durumları açıklama yükümlülüğü, ZPO §1036'da düzenlenmiştir.

³⁵ G. Lörcher, *Zur Stellung des Vorsitzenden im Schiedsgericht*, DIS- Materialien I (1997), s. 35 vd.

³⁶ Official Commentary, Deutscher Bundestag, Drucksache 13/5274, s. 54.

³⁷ ZPO § 1035.

³⁸ ZPO § 1037-1039.

³⁹ Örnek olarak bkz. ZPO § 1027.

⁴⁰ ZPO § 1048.

⁴¹ ZPO § 1052/2.

- Hakem mahkemesince atanan bilirkişiyle ilgili ayrıntılı hükümler ZPO § 1049'da düzenlenmiştir.
- Kanun, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, hakem mahkemesine dava giderleri ve bu giderlerin taraflara yükletilmesine ilişkin karar verme konusunda açık bir yükümlülük yüklemektedir (§1057).

Rekabet Sınırlamalarına İlişkin Kanunda, taraflardan birine, devlet mahkemeleri ve hakem mahkemeleri arasında seçim yapma konusunda seçim hakkını vermeye bağlı olan sınırlayıcı anlaşmalardaki tahkim şartının geçerli olduğuna ilişkin bir hüküm kaldırılmıştır⁴².

VI- HAKEM KARARLARININ İPTALİ

Hakem kararı verildikten sonra, kararın yerli veya yabancı hakem kararı olup olmadığına bağlı olarak, bu iki karar arasındaki farklılık, hakem kararının icrası aşamasında ortaya çıkar.

Hakem kararlarının iptali nedenleri çok sınırlandırılmıştır. Hakem kararını ortadan kaldırmak için tek bir usuli imkan vardır. O da “iptal başvurusu” (Aufhebungsantrag)dur⁴³. Kanun, hukuk mahkemelerinde başka bir başvuru (*appeal*) şekline izin vermemektedir. Bu suretle Kanun, devlet mahkemelerinin müdahale yetkilerini sınırlamış olmaktadır.

Bu iptal nedenleri; tahkime elverişsizlik, iddia ve savunma haklarının (due process) ihlal edilmesi, kamu düzenine aykırılık ve hakem mahkemesinin başvuru kapsamını aşan konularda karar vermesi veya hakem kararının hakemlerinin atanmasına ilişkin kuralları ya da uyulması gereken usulü ihlal etmesidir.

Yeni olan husus, iptal talebinin, kanun tarafından öngörülen belli bir sürede devlet mahkemelerine sunulması gerektiğidir. Normal olarak, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, iptal başvurusunda bulunan tarafın, hakem kararını aldığı tarihten itibaren 3 ay içinde iptal talebinde bulunmalıdır.

Hakem kararı, kesin hüküm (*res iudicata*) kuvvetine sahiptir⁴⁴. Bu hüküm, tahkimin, devlet mahkemelerine alternatif bir yargılama usulü olarak büyük önemini ifade eder.

⁴² GWB. Art. 91. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Alman Rekabet Kanunu) m. 91.

⁴³ ZPO § 1059.

⁴⁴ ZPO § 1055. Gerçekten, ZPO § 1055'e göre “Hakem kararı, mahkemenin kesin ve bağlayıcı kararı gibi taraflar üzerinde aynı etkiye sahiptir”. (ÇN.)

VII- HAKEM KARARLARININ TENFİZİ

Hakem kararlarının tenfizi, hem yerli hem de yabancı hakem kararları bakımından devlet mahkemelerinin ve yargı kurumlarının müdahalesini gerektirir.

Bu hakem kararları arasında yatan farklılık, yabancı hakem kararlarının Alman mahkemelerince iptal edilemeyeceği gerçeğidir. Buna karşılık, hem yerli hem de yabancı hakem kararları tenfiz edilebilme (icra edilebilirlik) kuralını (*enforceability; Vollstreckbarerklärung*) gerektirir⁴⁵.

Yerli hakem kararları bakımından, §1059/2'de belirtilen hakem kararının iptali nedenlerinden birisinin varlığı halinde, bu şekildeki bir icra edilebilirlik beyanı, reddedilecektir. Buna karşılık, eğer süre, başvuruda bulunmaksızın geçmişse; icra edilebilirlik beyanı talebi artık reddedilemez⁴⁶.

Yabancı hakem kararlarına gelince; kanun, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne atıf yapmaktadır. Almanya'da bir kararın tenfizini isteyen yabancı bir taraf için bu, Almanya'da uygulanabilecek kuralların şeffaflığına doğru önemli bir adımdır.

VIII- GEÇİŞ (İNTİKAL) HÜKÜMLERİ

En önemli geçiş hükümleri⁴⁷ aşağıdaki gibidir:

- Yeni Kanunun yürürlüğünden önce yapılan tahkim anlaşmalarının geçerliliğine, eski kanun hükümlerine göre karar verilecektir.
- Eski Kanun, tarafların aksini kararlaştırmamaları şartıyla, 1 Ocak 1998'de sona eren yargılamalara da uygulanacaktır.
- 1 Ocak 1998 tarihi itibarıyla derdest olan Devlet mahkemelerindeki yargılama, eski kanuna tabi olarak kalır.

IX- DEĞERLENDİRME

Yeni Alman Tahkim Kanunu, ZPO'nun yürürlüğe girmesinden bu yana, uzun yıllardan bu yana gelişen Alman içtihat hukukunda, devletin uyum sağladığı uluslararası standartları yansıtır. Yerli ve uluslararası tahkim arasındaki sınırlandırmanın zor sorunlarından kaçınan Kanun, taraf hakimiyeti ilkesine büyük önem vermektedir. Aynı zamanda Kanun, hakem mahkemesine yargılamanın etkin yürütülmesi ve hızlılığın gerekliliğine ilişkin yetkiler de vermektedir.

⁴⁵ ZPO § 1060/ 1 ve 1061/ 2.

⁴⁶ ZPO § 1060/ 2.

⁴⁷ Bkz. Kanunun 4. Bölümü.

Kanun, aynı zamanda, gerek Almanya'da gerek yurtdışındaki hakem kararlarının tenfizini de kolaylaştıracaktır.

Yabancı kullanıcı için, Kanun, UNCITRAL Model Kanununu takip eden ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili olarak 1958 tarihli New York Sözleşmesine atıf yapmakla, ikili bir avantaja da sahip bulunmaktadır. Bu, Alman olmayan bir taraf veya danışman için, Alman kurallarının büyük bir şeffaflığı anlamına gelmektedir.

Sonuç olarak, bütün bu anlatılanların hepsi, bizi hem Almanya'da hem de yurtdışında, yeni kuralların çok makul olduğu sonucuna götürecektir.