

## HAKEMLERİN MESULİYETİ

Prof. Dr. Hikmet BELBEZ

Hemen bütün devletler şahıslara hususi bir ihtilâfın hallini, kaza yetkisini haiz mahkemeler yerine üçüncü şahıslara bırakmak hakkını tanımışlardır (1). Bu tahkim usulünün leh ve aleyhinde bir çok mütalâalar ileri sürülmüştür. Lehte söylenen hususları bu usulün çabuk, ucuz ve sade olması şeklinde hulâsa edebiliriz (2). Bu usulün aleyhinde olarak ortaya atılan en mühim nokta da, bunun sui istimallere çok müsait olduğudur (3).

Bu sui istimler iki bakımdan mevzuu bahis olmaktadır:

1 — Hakemler çok kere kendilerini, onları tayin etmiş olan tarafın avukatı farz etmekte ve o suretle hareket etmektedirler (4). Bunun neticesi olarak taraflardan birini tesahüp ve iltizam edici kararların verildiği maalesef vakidir.

2 — Tahkim usulünün sui istimaline ikinci misal de, hakemlerin üzerlerine almış oldukları vazifenin ifasında ihmal ve teseyyüp göstermeleri ve bu suretle kusurlarıyla tarafları mutazarrır edebilmeleridir.

Hakem kararlarının ancak mahdut ve muayyen sebeplerden dolayı temyizen nakz edilebilmeleri (5), binaenaleyh kararların Yargıtayca esastan tetkik imkânının ortadan kalkmış bulunması, bu çeşit suiistimleri kolaylaştırmaktadır (6).

(1) Rudolf Pohle, Schiedsvertrag, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil - und Handelsrecht, cilt 6, s. 159 vdd.

(2) S. Ş. Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, 1948, s. 311.

(3) Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 1949, s. 766.

(4) Leo Rosenberg, agy.

(5) HMUK. m. 533: "Hakemlerin kararı ancak aşağıdaki hallerde temyizen nakz olunur :

1. Tahkim müddetinin inkızasından sonra karar verilmiş olması,
  2. Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,
  3. Hakemlerin selâhiyetleri dahilinde olmıyan meseleye karar vermeleri,
  4. Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri.
- Keza bak: Temyiz Tic. Dairesi 14. 11. 1938 tarihli karar; İmran Öktem, Hukuk - Usulü - muhakemeleri Kanunu İçtihaflar, 1943, s. 420.

(6) Bu itibarla Adalet Bakanlığınca yeniden hazırlanmış olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu projesinde Yargıtayca daha geniş ölçüde tetkik ve nakız selâhiyetinin tanınmış olmasında isabet vardır.

Bu durum, haklı olarak; hakemler her türlü mesuliyetten ârimidirlere? sualini ortaya çıkarmaktadır. Bu suali cevaplandırabilmek için evveleminde hakemin hukukî durumunu, onun bu sıfatının mahiyetini tayin ve tesbit etmek lâzımdır.

Tahkim müessesesinde iki türlü münasebet mevzuu bahistir:

1 — **Taraflar arasındaki münasebet.** Taraflar arasındaki ihtilâfın bir hakeme bırakılması bir anlaşma ile olur (compromissum). Alman hukukunun aksine olarak (7) bu anlaşmanın bizde yazılı olması şarttır (8).

2 — **Hakemlerle taraflar arasındaki münasebet.** Hakem ile taraflar arasındaki münasebetin hukuki mahiyetini tahlil ederken hakemi hâkim olarak kabul edenler de varsa da (9), galip telakki bu münasebetin akdi bir münasebet olduğu merkezindedir (10).

Bu akdi münasebeti nevi şahsına münhasır bir akid olarak telâkki edenler vardır (11). Ancak ekseriyet bunu vekâlet ve hizmet akidlerinden mürekkep akdi bir münasebet olarak vasıflandırmaktadır (12).

Hakem ile taraflar arasındaki münasebetin bir vekâlet akdi olduğu telâkkisine karşı bazı mütalâalar ileri sürülebilir. Denebilir ki: Vekâlet akdinin tarifinden vekilin müekkili namına ve ondan aldığı salâhiyete müsteniden ve onun hesabına hizmet ifasını kabul ettiği anlaşılır. Halbuki hakemler müstakildir ve ancak kanun ve vicdanları dairesinde hüküm vermekle mükelleftirler; bir vekil ise müekkilinin talimat ve iradesiyle bağlıdır; vekâlet vazifesi icabı olarak müekkilinin menfaatlarını korumakla mükelleftirler. Sonra, vekilin tasarufları müekkili nam ve hesabına yapıldığına nazaran da hâkem ile onu intihap eden taraf arasındaki münasebetin vekâlet akdine kıyası kabil değildir; bilhassa iki tarafın tek hakem seçmeleri halinde bu hakemin her iki tarafın vekili addedilmesi ve her iki taraf nam ve hesabına hareket ettiğinin kabul

(7) Alman hukukunda bu anlaşma zimnen de olabilir. RGZ. (= Alman Devlet Mahkemesi Kararları Hukuk Kısmı) cilt 116, s. 89.

(8) HUMK. m. 517.

(9) J. Robert, Traite de l'arbitrage civil et commercial en droit interne, 19, ve orada gösterilen müellifler ve kararlar. Bak: Osman Berk, Devletler Hususi Hukuku, 1949, s. 420.

(10) Metin içinde s. 356 vd. deki literatüre bak.

(11) Meselâ J. Goldschmidt, Zivilprozessrecht, 1932, s. 270; Stein Jonas, Die Zivilprozessordnung, 1939, s. 1025 - 1026.

Her ikisi dahi, aynı yerlerde, bunun nevi şahsına münhasır olmakla beraber vekâlet veya hizmet akdine benzeyen bir hususi hukuk akdi olduğunu ifade etmektedirler. Keza: Alman Devlet Mahkemesi kararı, cilt 59, s. 248.

(12) Metin içinde s. 356 vd. deki literatüre bak.

olunması vekâlet hükümlerine aykırı düger. Kaldı ki hakemler de hâkimlerin reddi sebeplerine müsteniden reddolunabilirler; bu sebepler arasında hâkimin taraflardan birinin vekillğini yapmış olması hali de vardır; taraflardan birinin vekili olması takdirinde bu hal onun reddini müstelzim iken onunla taraflar arasındaki münasebetin vekâlet addedilmesine imkân olamaz.

Mesele üzerinde biraz durulursa bu iddiaların varid olmadığı görülür. Vekâlet akdinin tarifinden filhakika vekilin müekkili nam ve hesabına ve ondan aldığı salâhiyete müsteniden hizmet ifasını kabul ettiği anlaşılır. Hakemlerde de durum aynen böyledir. Hakem, hâkim değildir; o salâhiyetlerini hâkim gibi kanundan almaz, tahkim anlaşmasına dayanır ve o tarafların müşterek vekili sıfatiyle iş görür. hizmet ifa eder. Hakeme verilmiş talimat da vardır ki bu da tahkim anlaşmasıdır. Hakem, tatbik ve takip olunacak usul bakımından dahi taraflarca kendisine verilecek talimata uymak mecburiyetindedir. Hakem öyle bir vekildir ki, salâhiyetleri tahkim anlaşması ile muayyen ve mukayyettir.

Tarafların tek bir hakem intihap etmeleri halinde de bu hakemin her iki tarafında vekili addedilmesinde ve her iki taraf nam ve hesabına hareket etmesinde vekâlet hükümlerine hiç bir aykırılık yoktur (13). İki kişi muayyen bir işin ifası için bir vekil tayin etmişlerdir; hakem, her iki tarafın da vekilidir.

Bir vekil olan hakem de müekkillerinin menfaatlarını korumakla mükelleftir. Ancak müekkilin menfaatlarının himayesi demek, behemehal bir tarafı tercih, ona iltimas demek değildir. İcabeden tetkikat ve tahkikatta bulunarak ihtilaf mevzuunu anlamağa çalışmak, tarafların iddia ve müdafaaları üzerinde aynı itina ile durmak, hülâsa tekabbül olunan vazifeyi lâyiki veçhile ve dikkat ve ihtimamla ifa etmek de müekkillerin menfaatını korumak demektir.

Hâkimin de hâkim gibi red olunabilmesi, onun vekillik sıfatını kaldırmaz. Hakem, taraflardan biri veya bir üçüncü şahıs ve meselâ bir mahkeme tarafından tayin edilmiş olsa dahi, bu tayin taraflar adına yapılmakta olduğundan, yine her iki tarafın vekilidir ve taraflarla hakem arasında yine akdi bir münasebet doğar (14). Vekâlet, itimada müstenit bir muamele olması itibariyle, o hakemi doğrudan doğruya intihap etmemiş olan tarafa muayyen hallerde onu vekâletten uzaklaştırmak imkânının verilmesi kadar tabii bir şey olamaz.

Hakem ile taraflar arasındaki münasebetin akdi olduğu kanaatinin

(13) (14) S. Ş. Ansay, age., s. 318, Stein - Jonas, agy.,; Rosenberg, age. s. 780.

ittifaka yakın bir ekseriyetle hâkim olduğunu göstermek üzere aşağıdaki müellifleri ve içtihatları zikretmek istiyoruz :

Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri adlı eserinin 3 üncü tabının 318 inci sayfasında şunları yazmaktadır : "... Taraflar la hakem arasındaki münasebet tamamiyle bir hususi hukuk münasebeti sayılmaktadır.; akdin meydana gelmesi, rızadaki fesatlar vs. hususî hukuk kaidelerine göre hal edilir... Taraflarla hakem veya hakemler arasındaki münasebeti, bir vekâlet münasebeti olarak kabul etmek doğru olur. Hakem iki tarafça tayin edilmemiş olsa dahi onlara karşı bir vekil durumunu haizdir. Üçüncü şahıs veya yargıç tarafından hakemin tayini işi de, taraflar adına yapılmakta olduğundan, böyle bir tayin vekâlet münasebetinin inkârına sebep olamaz. Vekâlet münasebeti icabı olarak hakem hakemliği kabule mecbur değildir..."

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay da aynı fikirdedir (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2 inci tabı, cilt II, kısım III, sah. 474 vdd., keza: Devletler Hususi Hukukunda Adliye, 1938, sah. 242 vdd.). Profesör aynı yerlerde, hakem kararlarının hukukî mahiyetini tayin hususunda Fransa'da mahkeme içtihatlarında mevcut olan kararsızlığın nihayet Fransa'da Temyiz Mahkemesinin 9 Temmuz 1928 tarihli kararıyla ortadan kalktığını, Temyiz Mahkemesinin bu kararı ile hakem kararlarının mukavelevi mahiyetini açıkça kabul etmiş bulunduğunu tasrih ediyor.

Prof. Osman Berki, Devletler Hususî Hukuku, 1949, s. 421 de ihtiyari tahkimde mukavelevi mahiyet görüyor.

Fransız müelliflerinden aynı fikirde olanlar: A. Weiss, *Traité de droit international privé*, VI, s. 29; F. Surville et F. Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, 1910, s. 591; Lerebours - Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, 1946, s. 372; Vincent et Pénaud, *Dictionnaire de droit international privé*, s. 156; ve bilhassa E. Garçonnet et CH. Cézard - Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3 üncü tabı (1925), cilt VIII, s. 532, 604.

Aynı noktai nazarı kabul etmiş Fransız mahkeme içtihatları: Cour d'Ageu, 27 Août 1845 tarihli karar, Dalloz, *Recueil Périodique et Critique*, 1849, 2. Kasım, s. 199; Cour d'Appel Douai, 10 déc. 1901, Dalloz, *Recueil Périod. et Crit.*, 1903, s. 129; Cour de Cassation, Chambre de Requête, 8 déc. 1914, Dalloz, *Recueil Périod. et Crit.* 1916, s. 194 ve bilhassa Cour de Cassation, Chambre de Requête, 9 Julliet 1928.

İsviçreli Profesör Arthur Homberger de bu mevzu hakkındaki bir yazısında (*Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1932, s. 3 vd.) Fransadaki durumu aynı şekilde izah ve Almanya, Belçika ve Hollandada da akdi mahiyetin ittifakla kabul edilmiş olduğuna işaret ettikten sonra

hentüz federal bir usul hukukuna kavuşmamış olan İsviçre için de aynı neticeye varıyor. Keza İsviçrede usul hukuku için klâsik bir otorite sayılan Meili de taraflarla hakem arasındaki münasebetin (receptum!) akdi olduğunu tebarüz ettirmektedir. (Meili, Das Internationale Civilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, 1904).

Mukayeseli ansiklopedik bir eser olan Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil - und Handelsrecht de bütün dünya hukukunu mukayeseli olarak tetkik eden Rudolf Pohle (Schiedsvertrag) şu ifadeyi kullanıyor: "Hakemlik vazifesini kabul hususunda bir mecburiyet yoktur. Şukadarki bu vazifenin kabulü ile taraflarla hakem arasında hak ve vecibeler doğuran akdi bir münasebet teessüs eder" (s. 172).

Kezalik usul hukukunda her biri birer otorite olan şu müellifler de aynı telâkiyi müdafaa etmektedirler: James Goldschmidt, Zivilprozessrecht, 1932, s. 270; Adolf Schönke, Zivilprozessrecht, 5 inci tabı, 1948; ve bilhassa Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 4. tabı, 1949 ve bu sahada en büyük şerh olan Martin Jonas, Die Zivilprozessordnung, 11. tabı, 1939, cilt II, s. 1025 - 1026.

Son olarak Alman Devlet Mahkemesinin de akdi mahiyeti kabul eden bazı kararları :

RG. kararları, cilt 45, s. 251; cilt 59, s. 247; cilt 65, s. 175; cilt 74, s. 323; cilt 94, s. 210; cilt 101, s. 392.

Esasen kanun koyucusunun Tahkim babında sevk ettiği hükümlerden de aynı neticeyi çıkarmak mümkündür :

a) Kanun 516 ncı maddesinde tahkim yoluna müracaat edip etmemek hususunda tarafları tamamiyle serbest bırakmıştır. Yine aynı maddede tahkimin esasının taraflar arasındaki bir anlaşma olduğu, binnetice hakemin selâhiyetlerini taraflar arasındaki bir akitten aldığı ve böyle bir akde müsteniden hizmet ifa ettiği ifade edilmiştir.

b) 522 inci maddeye göre hakemler, bir trafılı olarak hakemi azl edemezler. Çünkü hakem her iki tarafın da vekilidir. Fakat ittifak ederlerse azil edebilirler. Hakem hâkim olsa idi, ittifakla dahi azli mevzuu bahis olamazdı.

c) Red sebepleri gerçe hâkimlerin aynidir. Fakat hâkimleri bir dâvaya bakmaktan meneden hükümler de vardır. Kanun, bunları hakemler hakkında tatbik ettirmemekle de hakem ve hâkim arasındaki farkı gözettğini belli etmiştir.

d) Hakem kararları ancak mahkemeye tevdi ve tescil edildikten, yani ona resmi bir mahiyet verildikten sonra temyiz olunabilir (Madde 532). Diğer taraftan bu kararların ancak pek mahdut dört noktadan nakz olunabilmeleri de, kanun vazının mahkemeler tarafından ve-

rilen hükümlerle hakem kararları arasında mahiyet farkı gözettiğini açıkça göstermiştir.

e) Hakem taraflara yemin ettiremez, şahitleri tahlif, imtina edenleri istima edemez (Madde 527). Çünkü hakim değildir!.

f) Hakemler ilk içtimalarından itibaren altı ay içinde karar vermeğe mecburdurlar. Aksi halde yapılan muameleler batıl olur ve münazaa selâhiyetli mahkeme tarafından hal edilir. Bu müddet tarafların muvafakatlariyle uzatılabilir (Madde 529).

Hakem ile taraflar arasındaki münasebet akdi olunca, hakemin bu akdin icaplarına aykırı hareket etmesi halinde mesul olacağı da tabiidir. (15). Binaenaleyh hâkimlerin mesuliyeti hakkındaki hükümlerin hakemler hakkında tatbiki de mevzuu bahis olamaz. Kanun vazı Mukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hangi maddelerini tahkim işlerinde de tatbik olunacağını arzu etmişse, bunları tahkim faslındaki babda tahdidi olarak tasrih etmiştir. Hakemleri de hâkimler gibi mesul tutmak isteseydi, bu husustaki baba da atıfda bulunurdu. Hâkimlerin mesuliyetini tanzim eden bu 10 uncu babda da bu hususta en ufak bir sarahat dahi yoktur. Bilâkis, Hâkimler aleyhine açılacak bu gibi dâvaların her bir hâkimin derecesine göre hangi mahkemede rüyet olunacağını tahdidi bir şekilde 575 inci maddede gösterilmiştir. Bu sarîh durum karşısında hâkimlerle hakemleri mesuliyet bakımından bir tutmağa imkân yoktur.

Hakemlerin mesuliyeti bahsinde nazarı itibara alınması lâzımgelen hükümler Borçlar Kanununun 390 inci maddesi delâletiyle 321, 98, 43 ve 44 üncü maddeleridir.

---

(15) Avusturya Usul Kanunu hakemlerin bu mesuliyetini açık olarak ifade ve tesbit etmiştir (Madde 584).