

MİLLETLERARASI TİCARÎ TAHKİMDE HAKEMLERİN SEÇİLMESİ VE SONUÇLARI

Arş.Gör.YAVUZ KAPLAN*

I. Genel olarak

Milletlerarası ticarî ilişkilerin günümüzde gittikçe artan bir ivmeyle yoğunlaşması, aynı zamanda bu ilişkilerden kaynaklanabilecek olan ticarî uyuşmazlıkların da, uyuşmazlığın taraflarınca daha ticarî sözleşmenin başından itibaren kabul görece ve onlara öngörülebilirlik sağlayan usul kurallarına göre çözüme kavuşturulması gereksinimini de gündeme getirmiştir¹.

İşte tahkim müessesesi, günümüzde bu gereksinimi en pratik şekilde karşılamaya uygun nitelikte görünmektedir. Taraflar yapacakları bir tahkim sözleşmesi ile veya aralarındaki asıl sözleşmeye koyabilecekleri bir kayıt ile, aralarında ileride doğabilecek olan bir hukukî uyuşmazlığı, kendi belirledikleri usul kuralları çerçevesinde ve yine kendi seçtikleri hakem mahkemesine götürme konusunda anlaşabileceklerdir².

Uyuşmazlığın tarafları bu konuda belirli bir tahkim kuruluşu bünyesinde mevcut kurallara göre bir hakem mahkemesi oluşturulmasını

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

¹ AKINCI, Z.; Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, s.11; SATMER, F.; Verweigerung der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche wegen Verfahrensmängeln, Zürich 1994, s.1 vd.; ŞANLI, C.; Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 1996, s.235.

² NOMER, E./ EKŞİ, N./ GELGEL, G.; Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2000, s.V; SATMER, s.1; ŞANLI, s.236.

ve bu kuruluş bünyesinde bulunan hakemler eliyle uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını tercih edebilecekleri gibi (kurumsal tahkim), herhangi bir millî usul düzenine tâbi olup, bu çerçevede oluşturulacak bir hakem mahkemesi veya tamamen kendi belirledikleri usul kuralları çerçevesinde, yine kendi serbest iradeleri ile seçtikleri hakemlerden oluşan bir hakem mahkemesi eliyle (ad hoc) uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını da tercih edebilirler³.

Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı giderecek böyle bir hakem mahkemesinin oluşturulmasına esas olacak usul kurallarını belirleme konusunda olduğu gibi, oluşturulacak hakem mahkemesinin hangi konularda ve hangi ölçüde yetkili kılınacağı konusunda da, geniş bir irade serbestisine sahiptirler⁴.

Ancak, yargılama usulü sürecindeki diğer aşamaların da hemen hemen tamamında olduğu gibi, hakem mahkemelerinin oluşturulması ve yetkilerinin belirlenmesi konusundaki bir anlaşmanın fonksiyonel olabilmesi ve tarafların arzularına göre sonuç verebilmesi için de, verilen hakem kararının sorunsuz olarak tanınma ve tenfiz edilebilme kabiliyetine sahip olması ve buna bağlı olarak, iptal kararı verilmesini ve tenfiz isteminin reddini gerektirecek sebeplerden arındırılmış nitelikte olması gerekir⁵.

Başka bir deyişle, ilgili usul kurallarına uygun olmaksızın veya yargılama sürecinde hakem mahkemesinin yetki sınırlarının dışına çıkan uygulamalarının bir sonucu olarak verilmiş bir hakem kararının, yukarıda belirtilen amaçlara uygun düşmeyeceği açıktır⁶.

Milletlerarası tahkimin en önemli özelliklerinden birisinin, taraflara, uygulanacak usul hukukunu ve uyuşmazlığın hangi hakem mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulacağını belirlemeleri konusunda serbesti tanıyarak, onları birbirinin hukuk kurallarına ve yabancısı oldukları bir mahkemenin hukukî inisiyatifine uyma zorunluluğundan ve daha önce sonucunu tam olarak kestiremedikleri bir usul prosedürüne tâbi olmak sıkıntısından kurtararak, bir öngörülebilirlik ve

³ ŞANLI, s.243

⁴ ŞANLI, s.244

⁵ AKINCI, s.116 vd.; SATMER, s.4-5.

⁶ AKINCI, s.126 vd.

böylece hukukî bir güven sağlama olduğu düşünülürse, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın, kendilerinin de katkıları ve arzuları doğrultusunda oluşturulmuş bir hakem mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulması yolundaki tercihleri, daha iyi anlaşılacaktır⁷. Zira, tahkim kurallarının temel getiriliş amacının, her bakımdan olduğu gibi, hakemlerin seçilmesi konusunda da, taraf iradelerine öncelik tanımak suretiyle, milletlerarası ticaretin güvenli ve rahat bir şekilde cereyanını sağlamak ve böylece, muhtemel uyuşmazlıkların en hızlı şekilde giderilmesi olduğunu söylemek mümkündür⁸.

Buna bağlı olarak, günümüzde, milletlerarası alanda genel kabul gören tahkim usulüne ilişkin ilkelerin genel olarak ortaya konulması ve bunun bir parçası olarak hakem mahkemelerinin kurulması ve yetkilendirilmesi konusunda, yine milletlerarası alanda da hedef olarak belirlenen bir yeknesaklaşmaya gidilmesi söz konusudur. Zira, ancak bu şekilde, bir ülkede verilen hakem kararının, diğer bir ülkede tanınması ve tenfizi isteminin, o ülkenin tahkim usulüne ilişkin düzenlemelerine ilişkin kurallar gereği reddedilmesinden kaynaklanabilecek olan sorunların bertaraf edilebilmesi mümkün olacaktır⁹.

Günümüzde, bunun bir yansıması olarak, gelişmiş bir çok ülkelerin, milletlerarası tahkimi, buna ilişkin milletlerarası sözleşme ve diğer hukuk müktesebatı ile paralel olarak, ayrı yasal düzenlemeler getirmek suretiyle iç hukuklarına yansıtıklarını görmek mümkündür. Nitekim, Türkiye açısından da, Adalet Bakanlığı tarafından yürütülen ve Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü önderliğinde son şekli verilmeye çalışılan ve UNCITRAL tahkim kuralları ile İsviçre Tahkim Yasasının bir sentezi olarak da nitelendirebileceğimiz, Türk Tahkim Kanunu Tasarısı (TTKT), böyle bir gerekliliğin ürünü-

⁷ ŞANLI, s.236 vd.

⁸ ALANGOYA, Y.; "UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında", Prof.Dr. İlhan E. POSTACIOĞLU'na Armağan, İstanbul 1990, s.2; BİRSEL, M.T./BUDAK, A.C.; "Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler- Türk Tahkim Hukuku ve Uncitral Kanun Örneği", Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1997, s.203; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.44.

⁹ ŞANLI, s.238-239.

dür¹⁰.

TTKT kanunlaşsa bile, HUMK'nda düzenlenmiş olan, iç tahkime ilişkin hükümlerin uygulanmasına devam edilip edilmeyeceği konusu oldukça tartışılmış ve sonuçta TTKT'nin milletlerarası alanda olduğu gibi, aynı zamanda, iç tahkim bakımından da esas alınması kararlaştırılmıştır¹¹. Bu amaçla, HUMK'un iç tahkimi düzenleyen hükümlerinin de iptal edilmesinin yerinde olacağı sonucuna ulaşılmıştır¹².

Türkiye ve Dünya'daki bütün bu gelişmeler, Gümrük Birliği ve Avrupa Birliği gibi birliktelik süreçlerinin, kısa vadede Avrupa'da ve uzun vadede bütün Dünya'da yeknesak bir tahkim anlayışının doğmasını kaçınılmaz kılmasının bir sonucudurlar. Zira tahkim, özellikle uyuşmazlıkların çözümlenmesinde sağladığı çabukluk nedeniyle, gün geçtikçe daha fazla tercih edilmektedir. Bu noktada, ilgili foksiyonu yerine getirecek hakem mahkemelerinin kurulmaları ve ne türlü yetkilerle donatılacakları büyük önem taşımaktadır¹³.

Bu konu, birçok Avrupa ülkesinde, tahkim usulüne ilişkin diğer konularla birlikte, milletlerarası hakemliğe ilişkin milletler üstü (supranasyonal) düzenlemelerin, iç hukuka da kanunlaştırma yoluyla aktarılması çalışmaları çerçevesinde ele alınmaktadır. Örneğin İsviçre'de, milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemeler, İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu'nun (IPRG) 12.babında, 176-199.m'ler arasında ayrı olarak düzenlenmiştir. Almanya'da ise, Alman Medenî Usul Kanunu (ZPO)'nun, tahkim yargılamasını düzenleyen onuncu kitabı, 22.12.1997 tarihli ve 1.1.1998 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Kanun ile tamamen değiştirilmiştir¹⁴. Bu gelişmeler, ekim 1991'den be-

¹⁰ Tasarı'nın üç farklı versiyonunun tam metinleri için bkz., Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II, Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara 1999/III, s.325-366. Ayrıca bkz., dn.85.

¹¹ Bkz., dn.83.

¹² Bkz., TTKT.43.m.

¹³ SATMER, s.5.

¹⁴ Tahkime ilişkin hükümler, değişiklikten önce, ZPO.§ 1025-1048.m'lerinde yer almakta iken, değişiklikten sonra, ZPO.§ 1025-1066.m'leri arasında yer almıştır. Onuncu kitabın önsözünde de yer aldığı gibi, yeni düzenleme, İsviçre düzenlemesinde de olduğu gibi, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Ko-

ri, Alman Adalet Bakanlığınca, UNCITRAL¹⁵ Tahkim Modeli'ne paralel olarak yürütülmüş olan ve 1994 yılından beri bir model yasa olarak üzerinde tartışılan çalışmaların doğal bir sonucudurlar¹⁶.

II. Hakemlerin seçilmesi

A. HAKEM SAYISI

Milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemeler, tarafları, kural olarak

misyonu'nun (UNCITRAL), 11.12.1985 tarihinde yaptığı toplantıda, üye devletlere tavsiye niteliğinde çıkardığı, UNCITRAL Model Yasası'ndan esinlenilerek hazırlanmıştır. Bu yeni düzenlemenin getirdiği en önemli iki özelliğin, sadece milletlerarası alanda değil, millî tahkim bakımından da esas alınacak biçimde düzenlenmiş olması ve uygulama alanının da, sadece ticarî uyuşmazlıklarla sınırlandırılmamış olmasıdır. Ayrıca, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda, NYS'nin ilgili maddeleri, ZPO.§ 1061'e, esas itibariyle aynen aktarılmıştır. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz., THOMAS, H./PUTZO, H.; ZPO, 22.A., München 1999, s.1539 vd.; MUSIELAK; Zivilprozessordnung, Kommentar, München 1999, s.2125 vd.; BAUMBACH/ LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN; Zivilprozeßordnung, 57.A., München 1999, s.2242 vd.; KREINDLER, R.H./ MAHLICH, T.C.; "Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht aus ausländischer Sicht", NJW 9, 1998, s.563 vd.; KAPPUS, A; "Schiedsverfahrens- Neuregelungsgesetz: Gesetzänderungen innerhalb und außerhalb der ZPO", NJW 9, 1998, s.582. Bu düzenlemeler, tahkime ilişkin milletlerarası düzenlemelerin iç hukuka aktarılması bakımından, son derece önemli örnekler olup, TTKT bakımından da ışık tutucu niteliktedirler.

Alman hukukunda 1997 değişikliği öncesindeki tahkime ilişkin düzenlemeler için bkz., YILMAZ, E.; "Alman Hukukunda Milletlerarası Tahkim", Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1997, s.131.

¹⁵ Birleşmiş Milletler, Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanarak, 15 Aralık 1976 tarih ve 31/98 sayılı Genel Kurul kararı ile kabul edilmiş olan; milletlerarası yeknesak bir ad hoc tahkim anlayışının gelişmesini amaçlayan tahkim modeli.

¹⁶ Bu konuda ayrıca, ZPO'nun tahkime ilişkin 10.kitabının, Alman Federal Hükümeti tarafından hazırlanan, 6.Eylül.2000 tarihinde, Bakanlar Kurulu tarafından da kabul edilen ve halen, son şeklinin verilmesi amacıyla, Alman Federal Meclisinde tartışmaları sürdürülen, Medenî Usul Kanunu Tasarısı

hakem sayısını tespit etme konusunda serbest bırakmıştır¹⁷. Ancak, bu düzenlemelere rağmen, genel olarak, herhangi bir zorunluluk olmamak kaydıyla, klasik üçlü hakem mahkemesi uygulamada genel kabul görmektedir¹⁸. İki hakemden oluşan hakem mahkemesini, Alman ve İsviçre uygulaması teorik olarak kabul etmektedir¹⁹. Hollanda hukuku ise, NZPO²⁰'da, klasik olarak buna karşıdır. Tarafların kurumsal bir tahkimi kararlaştırmış olmaları halinde, başvurdukları tahkim müessesesinin tüzüğünde yer alan hakem seçimine ilişkin usul kuralları da, taraflarca kabul edilmiş sayılır²¹.

(Zivilprozeßreformgesetz)'nda da aynen muhafaza edildiğini belirtmekte yarar vardır.

- 17 ZPO.1034/1; NZPO. 1026; IPRG.179/1; UNCITRAL Model Yasası 10/1.m. UNCITRAL Model Yasası'nın türkçe metni için bkz., Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1997, s.224-237. Ayrıca tarafların hakemleri ve hakem sayısını belirleme konusundaki serbestlikleri hakkında bkz., KALPSÜZ, T.; "İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim", Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara 1997, s.17 vd.; THOMAS/PUTZO, s.1556; BAUMBACH/LAUTERBACH/ ALBERS/HARTMANN; s.2259.
- 18 SCHLOSSER, P., Das Recht der Internationalen Privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2.A., Tübingen 1989, s.365. Örneğin, ZPO.1034/1.m'si, tarafların hakem sayısını belirleme konusunda serbest olduklarını belirttikten sonra, onların böyle bir irade beyanlarının ve sözleşmelerinin bulunmaması halinde, hakem mahkemesinin üç hakemden oluşacağını beyan etmektedir. Bkz., THOMAS/PUTZO, s.1556; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/ HARTMANN; s.2259. Benzer hüküm, mehaz UNCITRAL Model Yasası'nın 10/1-2.m'sinde de aynen yer almaktadır.
- 19 SCHLOSSER, s.365; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN; s.2259. İsviçre ve Alman Hukukunda, tarafların hakemlerin sayısını belirleme, azil etme ve değiştirme konusunda sahip oldukları serbesti için bkz., KALPSÜZ, s.17; BAUMBACH/LAUTERBACH/ ALBERS/HARTMANN, s.2259; THOMAS/PUTZO, s.1556-1557. Alman hukukunda daha önceki benzer düzenlemeler için bkz., YILMAZ, s.135,143.
- 20 Niederlandische Zivilprozessordnung
- 21 KALPSÜZ, s.17; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, s.2259; WEIGAND, F.B.; "Die neue ICC-Schiedsgerichtsordnung 1998", NJW 29, 1998, s.2081.

İki hakemden oluşan hakem mahkemelerinde, hakemlerin anlaşamaları halinde, bunlar tarafından belirlenecek üçüncü bir hakemin başkanlığında, hakem heyetinin sorunu çözümlenmesi öngörülmüştür²². Bu gibi aksamaların ortaya çıkabileceği düşüncesiyle, iki hakemden oluşan hakem mahkemeleri pratik olarak tavsiye edilmemektedir. Bu sakıncalar nedeniyle, iki hakemden oluşan hakem mahkemeleri, Belçika, İspanya, İtalya ve Fransa'da kabul edilmemektedir²³.

Üç kişiden fazla sayıda hakemden oluşan hakem mahkemeleri de, masraflar ve organizasyon sorunları nedeniyle tavsiye edilmemektedir. Bu nedenle, genel olarak daha fazla kabul gören görüş, hakem mahkemelerinin bir veya üç kişiden oluşması gerektiğini savunan görüştür²⁴. Hakemlerin sayısı ile ilgili milletlerarası sözleşmelerde yer alan düzenlemelere, ileride yeri geldikçe yer verilecektir.

B. HAKEMLERİN TARAFLARIN SERBEST İRADELERİ DOĞRULTUSUNDA SEÇİLMELERİ

Taraflar, hakemlerde bulunmasını arzu ettikleri özellikleri, hakem sözleşmesinin yapıldığı sırada belirlemekte serbesttirler. Tarafların hakemlerin özellikleri konusunda, daha tahkim sürecinin başlaması aşamasında anlaşmış olmaları, hakemin reddi veya karara itiraz edilmesi gibi durumlarla karşılaşılması olasılığını azaltması bakımından önemlidir. Nitekim, IPRG. 180.m'sinde, hakemlerin taraflarca kararlaştırılan vasıflara sahip olmaması, bir ret sebebi olarak düzenlen-

²² YILMAZ, s.135; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, s.2259-2260.

²³ BERGER,K.P.; Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit, s.139; SCHLOSSER, s.364. Türkiye'de ise, yeni hazırlanan TTKT.9/I.m'sinde, UNCITRAL Model Yasası'na paralel olarak, tarafların hakem sayısını belirleme konusunda serbest oldukları belirtildikten sonra, ancak, bu sayının tek olması gerektiğine ilişkin bir ihtirazî kayıt konulmuştur. Kanaatimizce, böyle bir sınırlandırma, pratik olması ve hakemlerin karara varması noktasında çoğunluğun daha kolay saptanması bakımından son derece uygundur. Böyle bir ihtirazî kayıt, taraf iradelerinin reel olarak sınırlandırıldığı anlamına da gelmez.

²⁴ BERGER, s.140; SCHLOSSER, s.365; TTKT.9/II.m'sinde de, UNCITRAL Model Yasası 10/2.m'sine paralel biçimde, hakemlerin sayısının taraflarca kararlaştırılmamış olması halinde, üç hakemin seçileceği belirtilmiştir.

miştir²⁵.

Tarafların, hakemlerin uyuşmazlığın çözümü için yeterli bilgi ve birikime sahip olup olmadıkları konusunda verecekleri yanlış kararlar, doğal olarak tahkim sürecinin uzamasına neden olacaktır. Bu nedenle iyi bir hakemin seçilmesinde, onun konuyla ilgili iyi bir uzmanlık bilgisine sahip olması ve özellikle tahkimden beklenen menfaatler doğrultusunda, hızla sonuca ulaşabilme kabiliyeti ve mesleki becerisi dikkate alınmalıdır²⁶.

Uygulamada hakem mahkemelerinin hukukçulardan oluşması tercih edilir. Bu şekilde duruşma seyrinin akıcı bir şekilde devamı sağlanır. Mesleki deneyim gerektiren teknik konularda ise, bilirkişi ve şahitlerin bilgisine başvurulur²⁷. Bu nedenle, tarafların kabul ettiği hakem heyetinin tamamının hukukçulardan oluşmaması yolunda görüşler beyan edilmiştir. Örneğin, İsviçre'de, uygulamada her beş kişiden sadece birisi hukukçudur²⁸.

Hollanda ve İsviçre'de, hakimler de hakem olarak görev alabilirler. Almanya'da ise, hakemlik yapabilmek için ek çalışma belgesine ihtiyaç vardır. Hakem adayı, her iki taraftan birisi veya bu ikisi tarafından üçüncü hakem olarak seçildiği takdirde hakemlik yapabilecektir²⁹.

Normal olarak hakem mahkemesinin oluşturulması, ya tarafların müşterek olarak tek bir hakem üzerinde mutabık olmaları veya taraflardan her birinin birer hakem seçmeleri ve bu iki hakemin birlikte, üçüncü bir hakemi başkan (Obmann) olarak seçmeleri yolu ile gerçekleştirilir. Başkan olacak üçüncü hakemin, bir hakem kuruluşu tarafından belirlenmesi de olağandır³⁰.

İsviçre uygulamasında, her iki taraf hakemlik sözleşmesini yaptıktan sonra, başkan olarak üçüncü bir hakem (Obmann) üzerinde anlaşır-

²⁵ KALPSÜZ, s.18.

²⁶ BERGER, s.142.

²⁷ YILMAZ, s.136; ayrıca bkz. ZPO.1049.m.

²⁸ BERGER, s.144.

²⁹ BERGER, s.144.

³⁰ SCHLOSSER, s.366-368. Nitekim, ZPO.1035/3; UNCITRAL Model Yasası 11/a,b.m'leri bu düzenlemeleri getirmişlerdir. Benzer düzenleme, TTKT.10/I.m'sine de aynen aktarılmıştır.

lar. Herhangi bir sorun çıkması halinde, taraflar arasında hakemlerin tayini, azli ve değiştirilmesi konusunda bir anlaşma varsa, buna uyulur; böyle bir anlaşmanın olmaması halinde, IPRG.179.m'si gereği, tahkim mahallinin bulunduğu yerdeki hakime başvurulacaktır³¹.

İsviçre'de hakemlik müessesesi büyük ölçüde hakimler tarafından yürütülmektedir. Böylece, örneğin, hakemlerin ticaret mahkemesi hakimlerinden seçilmiş olmaları halinde, hakemlik görevini yapan hakimler, mesleki bilgileri ile hukuk bilgilerini gerektiği şekilde birleştirerek, bir sentez halinde kullanabilme olanağına sahiptirler³².

Hakem olabilmek için belirli bir milliyete sahip olma şartı yoktur. Ancak taraflar böyle bir kaydı sözleşmeye koyabilirler. Taraflar genel olarak hakemlerin ve özellikle üçlü hakem mahkemesinin başkanının, taraflardan birinin milliyetini taşımasını istemezler³³. Bu nedenle uygulamada, çoğu milletlerarası tahkim kuruluşları, üçlü hakem mahkemesinin birer hakemini tarafların milliyetine sahip hakemlerden seçseler bile, başkan olan üçüncü hakemi, tarafsız bir üçüncü devletin milliyetine sahip hakemler arasından seçmeyi uygun görmüşlerdir³⁴.

Bu durum milletlerarası tahkim düzenlemelerine de yansımıştır. Global hukuk düzenleri ve özellikle Avrupa Birliği Hukuku bünyesinde, hakemin milliyetinin ne olacağı sorunu da giderek ortadan kalkmak-

³¹ KALPSÜZ, s.17; Alman hukukunda da, hakemlerin tayini konusunda, tahkim sözleşmesinde özel bir hüküm bulunmaması halinde, taraflardan her biri, bir hakem tayin edecektir. Taraflardan birinin, hakem tayini konusunda gecikmesi halinde, bu hakem, tahkime başvuran tarafın talebi üzerine, yetkili mahkemece tayin edilecektir (bkz., ZPO.1035/3.m.).

Bu iki hakemin anlaşmazlığa düşmeleri halinde, üçüncü bir hakemin ne şekilde seçileceğinin değişiklik öncesinde ZPO'da yer almamış olması ZPO'nun bir zaafı olarak değerlendirilmekteydi ve tarafların bu boşluğu, aralarında anlaşmak suretiyle doldurabilecekleri düşünülmekteydi; bkz. YILMAZ, s.135. Ancak, değişiklik sonrasında, ZPO.1035/3.m'si gereği, süresi içinde üçüncü hakemin belirlenmemiş olması halinde, taraflardan birinin hakeminin mahkemeye yapacağı başvuru ile, mahkeme tarafından üçüncü hakemin tayin edileceği düzenleme altına alınmıştır.

³² BERGER, s.144.

³³ BERGER, s.145.

³⁴ SCHLOSSER, s.361.

tadır. Bütün Avrupa ülkelerinin benimsemiş olduğu genel hukuk kuralları çerçevesinde, hakem mahkemesinin hangi milliyete mensup kişilerden oluştuğunun da bir önemi olmayacaktır. Ancak, henüz bu sürecin tamamlanmamış olması nedeniyle, seçilen hakem heyetinin ve özellikle başkanının hangi milliyete sahip olduğunun büyük önemi vardır. Zira, kötü hakem, kolay olması nedeniyle, kendi hukukunu uygulamayı daima öncelikle tercih edecektir³⁵.

C. HAKEMLERİN SEÇİLMESİ KONUSUNDA UYGULANAN FARKLI USULLER

Tahkime ilişkin düzenlemeler, genel olarak, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüme kavuşturulmasının istenilmesi halinde, taraflara serbest olarak hakemlerini belirleme hakkı tanımıştır. Hakemlerin belirlenmesinin üçüncü bir kişi veya kurum tarafından yapılması da tercih edilebilir³⁶. Atamaya yetkili üçüncü kişinin seçim yapma hakkı ya aslen veya taraflara yardımcı olma mahiyetinde olabilir. Böyle bir durum, özellikle, tarafların hakem seçimi konusunda anlaşma sağlayamadıkları hallerde ortaya çıkabilir. Üçüncü kişinin de hakemleri belirleme yükümlülüğünden kaçınması halinde, tahkim sözleşmesinin uygulanabilirliği ortadan kalkar³⁷.

1. Ad-Hoc Tahkim Usulü

Ad-hoc tahkim usulünde, her iki taraf tamamen kendi serbest iradeleriyle kendi hakemlerini tayin ederler. Bu tahkim türünün niteliğine uygun olarak, hakemlerin nasıl seçileceğini, tahkim yeri ve usulünü ve tahkimin esasına uygulanacak kuralları serbestçe belirleyebilirler. Örneğin, bu sistemi benimseyen İsviçre Hukukunda, tarafların kendi hakemlerini seçmelerinden sonra, başkan konumunda bulunacak bir

³⁵ BERGER, s.145; SCHLOSSER, s.361-362.

³⁶ Bu tür kurumsal tahkim biçimleri, tahkim enstitüleri veya ticaret odaları bünyesinde kendini göstermektedir. Ad hoc tahkim usulünde de, ticaret odasının başkanı, mahkeme başkanı veya diğer bir tarafsız üçüncü kişinin rolü dikkate alınmaya değerdir. BUCHER, A.; Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel/Frankfurt 1989, s.145; SCHLOSSER, s.368.

³⁷ BUCHER, s.151.

üçüncü hakemin tarafların anlaşması ile belirlenmesi söz konusu olur³⁸.

Buna karşılık, örneğin Hollanda hukuku geleneksel olarak tarafların üzerinde anlaştığı hakem mahkemelerini tercih eder. Bir tarafın tespit ettiği hakem, daha çok o tarafın avukatı gibi olacağından, başkan dahil bütün hakemlerin taraflarca müştereken seçilmesi daha uygun görülmüştür. NZPO'da, tarafların hakem olacak hakimleri belirlemeleri için verilen süre üç ay ve daha sonra bu heyetin başkanını seçmeleri için öngörülen süre ise, otuz gündür. Bu sürenin geçmesinden sonra, başkanın belirlenmemesi halinde taraflar mahkemeye hakem heyetinin oluşturulması ve başkanının belirlenmesi için başvurabilirler³⁹.

Alman hukukunda, halen uygulanmakta olan ZPO.1035/2.m'si gereği ise, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, diğer tarafın hakemini tayin ettiğini öğrenen taraf, hemen kendi hakemini tayin etmek yükümlülüğü altındadır. Yine 1035/3.m'si gereği, tarafların tek hakemli hakem mahkemesinin hakemini seçme konusunda herhangi bir anlaşmalarının ve bu konuda başka bir şekilde görüş birliğinin de olmaması halinde, bu tek hakem, taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkeme tarafından belirlenecektir⁴⁰. Tahkime başvuran tarafın kendi hakemini belirleyip karşı tarafa yazılı olarak bildirmesinden itibaren bir ay içerisinde, karşı taraf kendi hakemini belirlemezse veya belirlenen iki hakem yine bir ay içerisinde üçüncü hakemi belirleyemezlerse, bu hakem, taraflardan birinin hakeminin talebi üzerine, yetkili mahkemece tayin edilecektir⁴¹. Bu düzenleme, UNCITRAL Model Yasası'nın düzenlemesinden aynen iktibas edilmiştir⁴². İsviçre hukukunda ise, tarafların mahkemeye müracaatları bakımından herhangi bir süre açık olarak konulmamış; sadece, taraflar arasında bu konuda

38 BERGER, s.146; KALPSÜZ, s.17; SCHLOSSER, s.366.

39 BERGER, s.147.

40 BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, s.2260-2261; THOMAS/PUTZO, s.1558-1559.

41 BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, s.2260-2261; THOMAS/PUTZO, s.1558-1559. Alman hukukundaki değişiklik öncesi durum için bkz., YILMAZ, s.135.

42 Bkz., UNCITRAL Model Yasası 11.m. Benzer düzenleme, TTKT.10/I.m'sinde de, UNCITRAL Model Yasası'ndaki haliyle aynen yer almaktadır.

bir anlaşma bulunmaması halinde, tahkim yerinin bulunduğu mahaldeki hakime başvurulabileceğini ve bu hakim tarafından, tahkim yerinde geçerli olan konuya ilişkin hükümleri uygulayacakları düzenleme altına alınmıştır⁴³.

Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi⁴⁴'nin IV.m'sine göre, tahkim sözleşmesinin tarafları, aralarındaki uyuşmazlığın bir daimî tahkim kuruluşu tarafından ya da ad hoc tahkim usulüne göre çözüme kavuşturulmasını aralarında kararlaştırabilirler. Belirli bir tahkim kuruluşunun kararlaştırılması halinde, Sözleşme'nin IV/1a.m'si gereği, hakemlerin seçimi bu kurumun tüzük hükümlerine göre cereyan edecektir. Ad hoc tahkim usulünün kararlaştırılması halinde ise, Sözleşme'nin IV/1b.m'si gereği, taraflar, hakemlerin kimler olacağını ve gerektiğinde hangi usullere göre seçileceğini aralarında serbestçe kararlaştırabileceklerdir.

Sözleşme'nin IV/2.m'si gereği ise, ad hoc tahkimde hakemini seçmesi kendisine bildirilen taraf, otuz gün içinde seçimini yapmak zorundadır. Aksi halde, seçimini yapmayan tarafın mutlak meskeninin veya muamele merkezinin bulunduğu ülkedeki ticaret odası başkanına başvurularak hakemin atanması talebinde bulunulabilecektir⁴⁵.

2. MTO⁴⁶ Tahkim Usulü

MTO hakemleri çok farklı meslek gruplarına mensup olabilirler. Uygulamada hakemlerin çoğu, üniversite hocaları ve avukatlardır. Ancak, mühendisler, iş adamları ve bürokratlar gibi meslek grubu mensupları da, zaman zaman hakem olarak görev yapabilmektedirler⁴⁷.

MTO Tahkim Kuralları'na göre, hakemlerin seçilmesi bakımından, taraflara herhangi bir liste empoze edilmemektedir. Taraflar hakem veya hakemlerini seçme konusunda tam bir serbestiye sahiptirler. Hakemlerde yaptıkları görevin bir gereği olarak, tam bir bağımsızlığa sahiptirler. Bu konuda herhangi bir tereddütü olan taraf, hakem veya

⁴³ BUCHER, s.151; ayrıca bkz., IPRG.179/2.m.

⁴⁴ RG.23.9.1991-21000.

⁴⁵ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.26

⁴⁶ Milletlerarası Ticaret Odası (ICC).

⁴⁷ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.36.

hakemlerin reddi talebinde bulunabilir. Bu talep, Tahkim Divanı tarafından değerlendirilecektir. Divanın hakemlerin tayini ve reddedilmeleri hakkındaki kararları kesindir. Divan bu konuda herhangi bir gerekçe açıklamak zorunda da değildir⁴⁸.

Taraflar birden fazla hakem konusunda anlaşmış değillerse, Divan, uyuşmazlığın çözümü için, tek bir hakem tayin eder. Taraflar aralarında anlaşmak suretiyle, bu tek hakemi seçerek, Divan'a teklifte bulunabilirler. Davacının dava talebinin diğer tarafa ulaşmasından itibaren otuz gün içinde, tarafların tek hakem hakkında anlaşmaya varamamaları halinde, bu tek hakem, Divan tarafından belirlenir. Davacı veya davalı tarafların çokluğu nedeniyle, uyuşmazlığın üçlü hakem mahkemesi tarafından çözümlenmesi daha uygun görülmekeyse, tarafların başka türlü anlaşamamaları halinde, taraflarca seçilen iki hakemin yanına, Divan tarafından bir başkan tayin edilir⁴⁹.

Hakemlerin seçilmesi konusunda, MTO Tahkim Kurallarında 1998 yılında yapılan değişiklik sonucu getirilen en önemli yenilik ise, 10.m'dir. Bu düzenleme, taraflara eşit muamelede bulunulması ve savunma haklarına uyulmasına ilişkin mülahazalar nedeniyle yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, davalı tarafların birden fazla olması halinde, üçlü hakem mahkemesine hakem seçimi yapma noktasında, sadece bir hakem seçme hakkına sahip olmaları ve bu nedenle kendileri için bir tek hakem tayininde bulunma konusunda aralarında anlaşmak zorunda bırakılmaları onaylanamaz. Zira, böyle bir durumda, taraflar arasında farklı menfaat uyuşmazlıklarının çıkması nedeniyle, herkesin tek bir hakem üzerinde görüş birliğine varması son derece güçtür. İşte yeni 10.m. düzenlemesi ile, böyle bir durumda, bütün hakemlerin ve onun başkanının Tahkim Divanı tarafından belirleneceği hükmü getirilmiştir⁵⁰.

⁴⁸ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.36.

⁴⁹ Bu noktada, hakemlerin seçilmesi ve buna ilişkin süreler bakımından, MTO Tahkim Kuralları'nın, UNCITRAL Model Yasası'na oldukça benzer hükümler getirdiğini söylemek mümkündür. Bkz., MTO Tahkim Kuralları 8, 9.m. NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.37; SCHLOSSER, s.368. Ayrıca, MTO Tahkim Kurallarının konuya ilişkin 8 ve 9.m'lerinin, MTO Tahkim Kuralları'nda 1998 yılında yapılan ve 1988 düzenlemesinin yerine ikâme edilen değişiklikten etkilenmediklerini belirtmekte de yarar vardır. Bu konudaki gelişmeler için bkz., WEIGAND, s.2081-2082.

⁵⁰ WEIGAND, s.2082.

3. ICSID⁵¹ Tahkim Usulü

Sözleşme'nin 37-40.m'leri hakemlerin seçilmesi konusunu düzenlemektedir. Sözleşme'nin 37/2a.m'si gereği, hakem mahkemesi tek hakemden veya tarafların üzerinde anlaşacağı miktarda tek sayıda hakemden oluşacaktır. Tarafların bu konuda anlaşamamaları halinde ise, hakem mahkemesinin taraflarca seçilen birer hakem ile, yine taraflarca başkan olarak seçilen üçüncü bir hakemden oluşacağı, yani üçlü hakem mahkemesi Sözleşme'nin 37/2b.m'si gereği öngörülmüştür.

Hakem mahkemesinin başvuru talebinin genel sekreterlikçe kabulünü izleyen doksan gün içinde veya tarafların dana önce anlaştığı bir süre içinde oluşturulamaması halinde, Başkan'ın taraflardan görüş alarak atanamayan hakemlerin yerine hakem ataması yapması Sözleşme'nin 38.m'sinde düzenlenmiştir. Ancak, Başkan tarafından atanan hakemler, taraflardan birinin vatandaşı olamazlar.

Nihayet, Sözleşme'nin 40.m'sinde, hakemlerin hakemler listesinde bulunanlar dışında da, 38.m'ye göre Başkan tarafından atananlar istisna olmak üzere atanabilecekleri düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 40/2.m'sine göre ise, hakemler listesine atanacakların, Sözleşme'nin 14/1.m'sinde belirtilen koşulları taşımaları gerektiği ifade edilmiştir. Bu hükme göre, listede yer alacak hakemlerde gerek kişilik gerekse meslekî yeterlilik ve alanındaki uzmanlık bilgisi bakımından bir takım ayırt edici üstün nitelikler aranmaktadır. Böyle bir yaklaşım, kuşkusuz uyuşmazlığın taraflarını bilgisiz ve kişiliğinden şüphe edilebilecek kişilerin eline teslim etmemek bakımından son derece isabetlidir.

Bu açıdan ICSID Tahkim Kuralları'nın, taraf iradelerine öncelik tanıdığını ve böyle bir iradenin gerçekleşmemesi halinde, uyuşmazlığın alanında deneyim sahibi ve dürüstlüğüne güven duyulabilecek hakemler tarafından çözüme kavuşturulabilmesi için gerekli düzenlemeleri yaptığını söylemek mümkündür.

⁵¹ Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Konvansiyon 1966 yılında Washington'da imzalanmıştır. Bundan dolayı Washington Sözleşmesi olarak da anılmaktadır. Türkiye açısından ise bkz., RG.6.12.1988-20011.

4. Liste Usulü

Tahkim sistemleri, hakem mahkemelerinin liste usulüne göre oluşturulması konusunda, farklı düzenlemeler içermektedirler⁵². Ancak, bu değişik liste usullerinin tamamı, günümüzde genel kabul görmektedirler. Hakem listesinde bulunanların açıklanması, taraflara tanıtılması ve onların alanlarında uzmanlık bilgisine sahip güvenilir kişiler olduklarına ilişkin teminatların verilmesini, bunlar arasında bir sıralamanın yapılmasını ve hakem listesinin açıklanmasını, hakem enstitüsü üstlenir. Taraflar veya atamaya yetkili kılınan üçüncü şahıslar da, seçimlerini bu listeye göre yaparlar. Hakem kuruluşu ayrıca, listeye aldığı hakemlerin kişisel dürüstlüğü ile, mesleki bilgi ve beceriye sahip olduklarını da garanti eder. Yani, enstitünün belirlediği hakemlerin, yetersizlikleri nedeniyle taraflara verebilecekleri zararlardan da, ilgili hakemlik enstitüsü sorumludur⁵³. Bu sorumluluk, hakemlerin seçimi konusunda olduğu gibi, tahkim usulü ile ilgili diğer konulardaki haksız uygulamalar ve aksaklıklar için de söz konusudur. Örneğin, İspanya Hakemlik Kanunu'nun 16.m'sinde, hakem kuruluşunun sorumluluğu açıkça belirtilmiştir⁵⁴.

Tarafların usule uygun olmayan şekilde, listede isimleri bulunmayan hakemleri, müşterek olarak hakem tayin etmeleri durumunda, gerçi, hakem kuruluşlarının bu türlü oluşan hakem mahkemelerini iptal etme hakkı vardır. Ancak, böyle bir hakem mahkemesi teşkilinin, ilgili tahkim usulünün uygulanması bakımından herhangi bir sakıncası olmayacaksa ve tarafların buna ilişkin ortak arzuları söz konusu ise, tahkim prosedürünün bu şekilde cereyanına izin vermek gerekir⁵⁵.

Günümüzde değişik hakem kuruluşları, kendi tahkim usullerini daha cazip hale getirmek için, hakem tayinlerinde, listede belirtilen isimlerle bağlı kalınması koşulundan vazgeçme eğilimi içindedirler. Bu konudaki hakim görüş, hakem kuruluşu bünyesinde, tavsiye niteli-

⁵² Liste usulü ad hoc tahkim usulünde de kullanılabilirlik arz etmektedir. Ancak, tarafların arzu ettikleri kişilerin bu listelerde bulunmaları veya bulunmalar da uyuşmazlığa bakma şansları fazla olmadığı için, taraflarca tercih edilmez.

⁵³ SCHLOSSER, s.358, 382.

⁵⁴ BERGER, s.150.

⁵⁵ SCHLOSSER, s.359.

ğinde bir hakem listesinin bulunması ve fakat tarafların bu listedeki isimlerle bağlı olmak zorunda bırakılmamaları yolundadır⁵⁶.

a) NAI⁵⁷'in Katıksız Liste Usulü

Bu usul, sadece tarafların hakem sözleşmesi konusundaki herhangi bir anlaşmalarının olmadığı hallerde değil, yargılamanın başlamasından itibaren sekiz hafta geçmiş olmasına rağmen, hakem mahkemesinin tam olarak oluşturulamadığı veya yaptıkları oturumların hakemlerin tam olarak katılımı ile gerçekleştirilemediği hallerde de uygulanır⁵⁸.

Burada hakem mahkemesinin önceden yapılan sözleşmeden saptığı veya tarafların hakemlerinden birinin hakemliğe ehil olmadığı veya tarafsız olmadığı sonradan ortaya çıkarsa, hakemin reddi yoluna gidilir. Burada önemli olan nokta, tarafların talep etmemelerine rağmen, enstitünün ilgili durumu öğrenmesi halinde, kendiliğinden hakem veya hakemleri görevden alma yetkisine sahip olmasıdır. Eğer hakem heyetinin tamamının kötü niyetli oldukları anlaşılırsa, hakem heyeti tamamen reddedilerek, resmî devlet mahkemesinde yargılamanın yapılmasına devam edilir⁵⁹.

Katıksız liste usulüne göre, taraflara asgarî üç azami dokuz kişiden oluşan hakem listeleri gönderilir ve bunlar arasından üç kişilik hakem heyetin belirlemeleri için kendilerine dört hafta süre verilir. Bu süre içerisinde taraflar listelerini mahkemeye bildirirler. Yazılan isimlerin sayıca yetersiz olması halinde, diğer hakemler, taraflara sorulmaksızın idarece belirlenir⁶⁰.

Üçlü hakem mahkemesi olarak adlandırılan mahkemeler, aralarında başkanlığı kimin yapacağına kendileri karar verirler. Milletlerarası uygulamalara göre, taraflar başkanın seçiminde de etkili olurlar. Tarafların arzu etmesi halinde, başkanın üçüncü bir ülkeden getirilme-

⁵⁶ SCHLOSSER, s.359, 382.

⁵⁷ Hollanda Tahkim Enstitüsü, (Nederlands Arbitrage Instituut).

⁵⁸ BERGER, s.150.

⁵⁹ BERGER, s.151.

⁶⁰ BERGER, s.151.

si mecburidir. Bu durum tek hakemli hakem mahkemeleri için de geçerlidir. Hakem mahkemesinin talebi halinde, mahkeme, taraflara sormaksızın hakem mahkemesine sekreter olarak bir hukukçu verir ve davaya teknik yardımda bulunmasını sağlayabilir⁶¹.

b) UNCITRAL Tahkimdeki Karışık Liste Usulü

Bu konudaki düzenlemeleri, 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği ve 1985 tarihli UNCITRAL Model Yasası olarak iki farklı açıdan ele almak gerekir. İki düzenleme her ne kadar genel özellikleri itibariyle birbirine benzese dahi, bazı ayrıntılarda farklılıklar söz konusudur.

Örneğin, UNCITRAL Tahkim Yönetmeliğinde, tarafların hakemlerin seçimine ilişkin olarak herhangi bir anlaşma yapmış veya belirli bir tahkim düzenine atıfta bulunmuş olmamaları halinde ve davanın davalıya bildirilmesinden itibaren on beş gün içinde, tek bir hakem üzerinde mutabık kalmadıkça, üçlü hakem mahkemesi oluşturulması yoluna gidileceği ve buna göre, önce taraflardan her birinin, birer hakem seçecekleri ve seçilen bu iki hakemin de, daha sonra mahkeme başkanı olacak üçüncü hakemi belirleyecekleri hükmüne yer verilmiştir⁶². UNCITRAL Model Yasası'ndaki düzenleme de bunun bir benzeri olmasına karşılık, 11.m. gereği, buradaki süre otuz gün olarak ifade edilmiştir.

Bu sistemde de, liste işlemi hakemleri atayacak kuruluş tarafından yapılır. Listenin yapılması yukarıda belirttiğimiz NAI liste işlemi ile uyumludur. Yalnız, NAI'da olduğu gibi, hakem listesinin belirlenip geri gönderilmesi süresi dört hafta değil, Yönetmeliğe göre on beş gün, Model Yasası'na göre otuz gündür⁶³.

UNCITRAL'daki süre tarafların listeyi almaları ile başlar. Oysa NAI'da bu süre enstitünün gönderdiği tarih ile başlamaktadır. Hollanda modeli, enstitünün tarih kontrolü yapabilmesi nedeniyle pratik bakımdan daha avantajlıdır. Tarafların üçlü hakem mahkemesi konu-

⁶¹ BERGER, s.152.

⁶² NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.44; SCHLOSSER, s.358.

⁶³ BERGER, s.152; BİRSEL/BUDAK, s.228.

sunda anlaşmış olmaları halinde, taraflardan birinin kendi hakemini bildirmekte gecikmesi halinde, eksik hakem, hakemini tayin etmiş olan tarafın yapacağı başvuru ile, atamaya yetkili makam⁶⁴ tarafından belirlenecektir. Bu durum liste usulü ile bağlantılı değildir⁶⁵.

Tarafların hakemleri seçme konusunda anlaşamamaları halinde ise, atamaya yetkili makam, hakemleri belirleyecektir. Bu belirleme artık taraflar için bağlayıcı olacaktır. Tarafların hakem seçimi konusunda anlaşamamaları halinde, atamaya yetkili makamı belirleme hakları da vardır. Ancak, bunu yapmamaları halinde, bu makam, La Haye'deki daimî hakem mahkemesi genel sekreterliği tarafından belirlenecektir⁶⁶.

Yine her iki tarafın hakemleri başkanlarını seçemezlerse, taraflardan birinin talebi üzerine, atamaya yetkili makam, liste usulüne göre başkanı tayin eder⁶⁷. Yine, boşalan bir hakemin yerine, yeni bir hakemin atanması konusunda, tarafların otuz gün içerisinde anlaşmaya varamamaları halinde, atamaya yetkili makam, liste usulünün sonuca gidilmesi bakımından yeterli olmayacağı kanaatine varırsa, başka bir hakem seçme usulü konusunda karar verebilir. Bu durum, örneğin, tarafların hakemlerin belirlenmesi konusunda etkili olamayacaklarının ortaya çıkması halinde söz konusu olabilir⁶⁸. UNCITRAL Model Yasası'nın 15.m'sine göre, gerek ret nedeniyle, gerek hakemin görevini ihmali veya görevi icra etmesinin olanaksız hale gelmesi nedeniyle olsun, yeri boşalan hakemin yerine yeni hakem tayininin, o hakemin tayininde uygulanan kurallar gereği yapılması gerekecektir⁶⁹.

UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği gereği, atamaya yetkili makam, ayrıca daha önceden de, liste usulünün uygulanmamasına karar verebi-

⁶⁴ UNCITRAL Model Yasası'nın 11.m'sinin 6.m'ye yaptığı gönderme gereği, atamaya yetkili makam, bu Kanun'u kabul eden her Devlet tarafından bizzat belirlenecektir. Bu makam bir veya birden çok mahkeme olabileceği gibi, başka bir yetkili mercii dahi olabilecektir. Bkz., BİRSEL/BUDAK, s.228, 226.

⁶⁵ BERGER, s.153.

⁶⁶ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.45.

⁶⁷ BİRSEL/BUDAK, s.228.

⁶⁸ SCHLOSSER, s.358.

⁶⁹ BİRSEL/BUDAK, s.229.

lır. Onun bu konuda bir taktir hakkı vardır. Örneğin, taraflardan birinin, listede bulunan hakemlerle diğer taraf arasında, daha önceden mevcut sıkı ilişki ve bağlantıların olduğu konusunda ciddi endişeleri varsa, atamaya yetkili makam bu taktir hakkını kullanabilecektir. Ancak, atamaya yetkili makam, boşalan bir hakemin yerine yenisini tayin ederken, tarafların onda bulunmasını arzu ettikleri olumlu niteliklere ve her şeyden önce onun uzmanlık bilgileri ile güvenilirliğine dikkat etmek zorundadır⁷⁰.

c) Zürih Ticaret Odası Tahkim Düzeni⁷¹ 'nin Sınırlı Liste Usulü

Zürih Ticaret Odasında uygulanan bu usule göre, tek hakem veya hakem mahkemesinin başkanı, o çevrede seçilmiş daimî hakemler arasından, Oda Başkanı tarafından belirlenir. Hollanda düzenlemesinin aksine, burada tarafların liste işlemine katılımı söz konusu olmayıp; liste Oda Başkanı tarafından yapılır. Halin gerektirdiği özel durumlarda veya tarafların anlaşmaları halinde, Oda Başkanı tarafından, başka bir hakem mahkemesi başkanının veya tek kişilik hakem mahkemelerinde, başka bir hakemin atanması mümkündür⁷². Dava boyunca sekretere gereksinim duyulması halinde, genellikle bir hukukçu olan ve hakem mahkemesine teknik olarak yardımcı olan, böyle bir sekreterin hakem mahkemesi tarafından belirlenebilmesi için, NAI'deki düzenlemenin aksine olarak, tarafların daha önce bu konuda anlaşmış olmaları aranır⁷³.

Davalı tarafın kendi hakemini zamanında seçmemesi halinde, oda başkanı baş hakemin talebi üzerine, bir hakem tayin etmek zorundadır. Taraflar arasında bu konuda daha önceden yapılmış bir anlaşmanın bulunmaması halinde, Oda başkanının belirlediği asgarî dört kişi arasından, baş hakem birinin adını seçecektir⁷⁴.

d) Liste Usulünün Genel Değerlendirmesi

Bütün liste usullerinde, hakemin seçilmesi için belirli süreler öngörül-

⁷⁰ BERGER, s.153.

⁷¹ Internationale Schiedsgerichtsordnung der Zürcher Handelskammer.

⁷² Bkz., ZüSchO.11/III.m.

⁷³ Bkz., ZüSchO.15/I.m.

⁷⁴ Bkz., ZüSchO.12/II,III.m.

müştür. NAI tarafından öngörülen, usulî sürecin başlamasından itibaren dört haftalık süre veya UNCITRAL Model Yasası ile öngörülen otuz günlük süre pratik bakımdan uygundur ve bunu sürüncemede bırakmak isteyen tarafları kısıtlayıcı niteliktedir⁷⁵.

Tarafların yargılamada dengeli biçimde savunma haklarından yararlanabilmeleri için, onların fiilî olarak hakem seçimine katılmaları son derece önemli görülmüştür. Ayrıca, taraflar kendilerine yargılama sistemi tarafından verilen seçim yapmaya ilişkin mehili, aralarında anlaşmak suretiyle kısaltabilir ve tek kişilik hakem mahkemelerinde de, ortak bir hakem hakkında anlaşarak, yargılama sürecini hızlandırabilirler⁷⁶.

UNCITRAL tahkim düzenindeki atama biçimi, aslında atamaya yetkili makam tarafından yapıldığı için, daha da zor hale getirilmektedir. Gerçi, Den Haag'daki daimi hakem mahkemesi sekreterinin, fer'î yetkisi mevcuttur⁷⁷. Onun yetkisi atamayı yapmakla görevli olan makamı göstermektedir. Daha sonra, taraflara yetkili makam önünde anlaşmaları için çağrıda bulunur. Bu durum, daimî hakem kuruluşlarında ortadan kalkmıştır. Taraflar, ilgili makam önünde böyle bir anlaşma yapmayı ihmal ederlerse, yargılama sürecinde gecikme ortaya çıkar. Burada tarafların sorumluluk bilinciyle ve dikkatli olarak sözleşmeyi yapmaları, her zaman kendilerinden beklenemeyeceği için, en güvenilir olan, tecrübeli bir tahkim kuruluşunun, atamaya yetkili makam olarak hareket etmesidir⁷⁸.

Hakem mahkemesinin başkanının seçilmesine, ya taraflar bizzat veya tarafların seçtiği hakemler katılmalıdırlar. Bu gereklilik modern tahkim anlayışının temel ilkelerinden biridir⁷⁹.

Ad hoc tahkim usulünde, başkanın seçimi taraflarca açıkça oylanarak

⁷⁵ BERGER, s.155; BİRSEL/BUDAK, s.228.

⁷⁶ BERGER, s.155.

⁷⁷ Bkz., UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği 6/II.m.

⁷⁸ BERGER, s.155.

⁷⁹ GLOSSNER, O.; "Das Übereinkommen von New York über die Annerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958-ein Fazit", FS für Prof.Dr.Rolf Stödter zum 70.Geburtstag, Hamburg-Heidelberg 1979, s.49.

yapılır. Zürih Ticaret Odası tahkim düzenine göre ise, gerek tek kişilik hakem mahkemesinin hakemi, gerekse çok kişili hakem mahkemesinin başkanı, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece, Oda Başkanı tarafından yapılır. Bu bakımdan Zürih Ticaret Odası'nın düzenlemesi, NAI'den farklıdır. NAI'de başkan çifte seçimle belirlenir. Öncelikle taraflar, daha sonra ise, hakem mahkemesi yaptıkları tercihlerle başkanı belirlerler⁸⁰. Zürih Ticaret Odası tahkim kurallarına göre, tarafların arzularının dikkate alınması, sadece taraflar arasında bir dengenin sağlanması amacının gözetilmesi halinde söz konusu olacağından, istisnaî niteliktedir. Bu düzenlemeye göre, ilke olarak taraflardan bağımsız olarak mahkeme başkanının atanmasının bir sonucu, onun böylece yargılamaya daha erken katılabilesidir⁸¹.

5. Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu Tasarısında Öngörülen Usul

UNCITRAL'in 1985 yılında tahkime ilişkin olarak çıkarmış olduğu model hukuk kuralları, bir çok devletin kendi iç hukuklarında yapmış oldukları tahkim kanunlarına örnek teşkil etmiştir. Bazı devletler bu hükümleri tamamen kendi iç hukuklarına aktarıırken, diğer bazı devletler de en azından bu kurallardan yararlanmak yoluna gitmişlerdir⁸².

İşte bu gün, Türk Tahkim Kanunu Tasarısı (TTKT) da⁸³, böyle bir esinlenmenin sonucu olarak hazırlanmıştır. Ancak, daha sonra yapılan bazı küçük değişiklikleri de göz önüne aldığımızda, bu günkü met-

⁸⁰ Bkz. NAI.14/VI.m.

⁸¹ BERGER, s.156.

⁸² Örneğin, Almanya'da, 1997 Aralık ayında ZPO'nun tahkime ilişkin 10.bab hükümleri tamamen kaldırılmış ve 1.1.1998 tarihinden geçerli olmak üzere, UNCITRAL Model Yasası'ndan neredeyse tamamen iktibas edilmek suretiyle, tahkime ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiştir. Bkz., ZPO.1025-1066.m. İsviçre'deki Devletler Özel Hukuku Kanunu'nun 12.babı olarak, 1987 Aralık ayında getirilen düzenlemeler de, temel itibariyle yine UNCITRAL Model Yasası'na dayanmakta ve hatta bazı konularda, daha liberal hükümler getirdiği kabul edilmektedir.

⁸³ Bkz., TTKT.1.m. Nitekim, Tasarı'nın önceki metinlerinde, kanun başlığı olarak "Milletlerarası Tahkim..." ibaresine yer verilirken, son metinde bu ibare kaldırılarak, yerine, daha genel anlamda "Türk Tahkim Kanunu..." ibaresine yer verilmiştir.

nin UNCITRAL Model Kanunu ile İsviçre Devletler Özel Hukuku Hakkındaki Kanunun (IPRG) tahkime ilişkin hükümlerinin bir sentezi olduğunu söylemek mümkündür⁸⁴.

Bu genel açıklamalar çerçevesinde, TTKT'nin⁸⁵ hakemlerin belirlenmesi konusunda getirdiği düzenlemeleri kısaca şöylece özetleyebiliriz:

- Hakemlerin sayısı taraflarca serbestçe kararlaştırılabilecek; böyle bir kararlaştırma olmaması halinde, üç hakem seçilecektir (TTKT.9/I.m.). Tarafların seçtiği hakem sayısı tek olmalıdır (TTKT.9/II.m.).
- Tarafların aksini kararlaştırmamış olmaları halinde, ancak gerçek kişiler hakem olarak seçilebileceklerdir. Hakemlerin hangi esaslar çerçevesinde seçileceği de, taraflarca serbestçe kararlaştırılabilecektir. (TTKT.10/1.m.).

Tarafların aksini kararlaştırmış olmamaları halinde;

- Üç hakem seçilecek ise, taraflardan her biri bir hakem seçecek ve

⁸⁴ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.14.

⁸⁵ Tasarı'nın son haline getirilmesinden önceki, üzerinde bazı değişiklikler yapılarak hazırlanan üç farklı taslağının metinleri için bkz., Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara 1999, s.325 vd.

TTKT ile ulaşılmak istenilen, başlıca iki amacın olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, milletlerarası alanda, tahkim kuralları arasında yeknesaklığı ve uyumu sağlamak ve tahkime giden taraflara, bir öngörülebilirlik temin ederek, onların, kendilerinin yeterince bilemedikleri bir tahkim anlayışına terk edilme konusundaki endişelerini bertaraf etmektir. İkincisi ise, mahkemele- rin milletlerarası hakem kararları üzerindeki etkilerini azaltarak, taraf iradelerini ön plana çıkarmak ve böylece liberal bir tahkim anlayışının tesisini sağlamaktır. Bkz., NOMER/EKŞİ/GELGEL, s.15. Tasarı'nın son haline baktığında, bu konudaki üçüncü bir amacında, TTKT'nin milletlerarası hakem kararları yanında, millî hakem kararlarına da uygulanmasını sağlamak olduğu söylenebilecektir. Nitekim bu amaç, TTKT.1.m'sinde açıkça ifade edilmiştir.

Tarafların aralarında anlaşmak suretiyle, tamamen millî bir tahkimi, milletlerarası tahkim kanununun uygulama alanına sokmaları Tasarı'nın önceki haline göre de mümkün iken, son düzenleme ile, metne açıkça dahil edilmiştir.

bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirleyeceklerdir. Taraflardan birinin, diğer tarafın bu yoldaki talebini almasından sonraki otuz gün içinde, kendi hakemini belirlememesi veya seçilen iki hakemin, yine aynı süre içinde üçüncü hakemi seçememeleri halinde, hakem seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine, asliye ticaret mahkemesi tarafından yapılacaktır. Seçilen üçüncü hakem, hakem mahkemesinin başkanı olacaktır. (TTKT.10/3.m.).

- Tek hakem seçilecek olması durumunda, tarafların anlaşmamaları halinde, seçim, tarafların her birinin talebi üzerine, asliye ticaret mahkemesi tarafından yapılacaktır (TTKT.10/2.m.).
- Üçten fazla hakem seçilecek olması halinde de, yukarıda ilk şıkta belirtilen hüküm, kıyasen uygulanacaktır.

Tarafların hakemlerin seçilmesi usulü hakkında anlaşmış olmalarına rağmen;

- Aralarından biri bu anlaşmaya uymazsa,
- Kararlaştırılan usule göre, taraflar veya taraflarca seçilen iki hakemin, hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri öngörülmüş olmasına rağmen, taraflar veya hakemler bu konuda anlaşmazlarsa,
- Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi veya kurum, kendi usulleri çerçevesinde hakem seçmezse,

başka bir şekilde anlaşmanın mümkün olmaması halinde, taraflardan her biri, asliye ticaret mahkemesine başvurarak, gerekli kararın alınmasını talep edebileceklerdir (TTKT.10/II.m.).

Asliye ticaret mahkemesi gerekli görürse, tarafları dinledikten sonra bir karara varacaktır. Verilen bu karar kesindir. Asliye ticaret mahkemesi kararını verirken, hakem seçiminde tarafların anlaşmalarını, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmaları gerektiğini ve üçüncü hakemin, her iki tarafça rıza gösterilmedikçe, tarafların tâbiyetinden farklı bir tâbiyette bulunması gerektiğini göz önüne alacaktır (TTKT.10/III.m.).

D. HAKİM TARAFINDAN YAPILAN HAKEM ATAMALARI

1. Hakim Tarafından Hakemliğe Aslî Atama Yapılması

Birçok yasal düzenlemeye göre, bir hakim, yalnız tarafların uzlaşma çabalarının sonuçsuz kalması halinde talî olarak değil, direkt olarak da taraflarca, atamaya yetkili üçüncü kişi olarak seçilebilir⁸⁶. Bu durum ad hoc tahkim uygulamalarında da sıkça görülür. Hakim burada tarafların anlaşmaları ve diğer yasal düzenlemeler çerçevesinde, hakem mahkemesinin bağımsızlığı ilkesine dikkat etmek zorundadır. Hakim bu durumda, her atamaya yetkili üçüncü kişinin yapması gerektiği gibi, herhangi bir özel yasal gereksinim olmaksızın, başka bir atama yapmakla yükümlü değildir⁸⁷.

Bu durum, geçmişte, özellikle taraflardan birinin tahkim sözleşmesinin geçerliliğine itirazının bulunduğu hallerde, bazı sorunlara neden olmuştur. İsviçre uygulamasında böyle bir atama kabul edilmemeye başladı. Hollanda uygulamasında ise, bu sorun daha önce şikayet yolu ile çözüme kavuşturulmak zorundaydı. Hakim burada, öncelikle tahkim sözleşmesindeki hakemlerin tayinine ilişkin kayıtların doğru olduğuna kanaat getirmeliydi. Hakem mahkemesinin yetkisine ve böylece tahkim sözleşmesinin bağlayıcılığına, gerçi sonuç itibarıyla devlet mahkemesi karar vermekteydi; ancak, buna rağmen yargılamanın başlaması konusunda istenmeyen gecikmelerin ortaya çıkmasına engel olunamayabiliyordu⁸⁸.

Hollanda hukukundaki yeni eğilimler, atamaya yetkili üçüncü kişiyi ve bu konumda bulunması halinde devlet hakimini, hakem sözleşmesinin varlığına ilişkin herhangi bir tetkik yapmaksızın, hakem atamakla yükümlü kılmaktadır. İsviçre yasaları da aynı konuda yükümlülük koymaktadır. Hakim yalnız, ortada mevcut bir tahkim sözleşmesinin kesin olarak var olmadığını, basit yargılama usulü yolu ile yapacağı bir araştırma sonucunda açıkça öğrendiği hallerde, atamayı

⁸⁶ SCHLOSSER, s.368; ayrıca bkz. örneğin, IPRG.179/III, NZPO.1027/I.

⁸⁷ Teorik olarak, hakim tarafından ihtiyaten yedek hakem ataması yapılmasını gerekli bulan görüşler de mevcuttur. Bunun için bkz. RÜEDE, T./HADEN-FELDT, R.; Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2.A., Zürich 1993, s.109.

⁸⁸ BERGER, s.157.

reddetme konusunda yetkilidir⁸⁹. Bu değişiklikle, atamanın reddi konusunda, yalnız çok bariz ve şüpheyeye mahal olmayan kötüye kullanma hallerinde, tahkim sözleşmesinin varlığını iddia eden tarafın, bunu ispat etme yükümlülüğünün bulunduğu, hakim tarafından dikkate alınacaktır⁹⁰.

Bu tür seyrek olaylarda olsa da, bazı hallerde Hollanda hukukuna göre de, hakimin tarafları göz göre göre yanlış bir hukukî mecraya sürüklememesi için, ona bir ret hakkı tanımak zorunluluğu vardır. Hollanda yasalarının tahkime olumlu yaklaşan yapısı, bu göze batan istisnaî durumlara müdahale etmez. Bütün yasal düzenlemelere göre, hakimin hakem atama kararı iptal edilemez⁹¹.

2. Hakim Tarafından Hakemliğe Yedek Atama Yapılması

Taraflarca kararlaştırılan veya yasalarca öngörülen atama usullerinin uygulanması, hakemlerce veya taraflarca engellenirse, taraflardan birinin talebi üzerine, devlet hakiminin müdahalesi söz konusu olabilir⁹². Bu konudaki en somut örnek, taraflardan birinin hakemlerin belirlenmesine hiçbir katkısının olmaması veya taraflarca atanan hakemlerden birinin herhangi bir önemli nedenden dolayı hakemlikten çekilmek zorunda kalması halidir. Böyle bir durumda tahkim sözleşmesinin artık geçersiz hale geleceği veya geriye kalan tek hakemle yargılamaya devam edileceği yolundaki görüşler, artık geride kalmıştır⁹³. Zira, bu çözüm biçimlerinin hepsi, dengesizlik doğuracak sakıncalar içermektedir. Bu konuda ne atamaya yetkili makam bir müdahalede bulunmuş, ne de taraflar yeni bir hakem tayini konusunda görüş birliğine varamamışlarsa, taraflar hakemini kaybetmekten dolayı mağdur duruma düşme olasılığı bulunan tarafın korunması amacıyla, hakem mahkemesinin bulunduğu yerdeki hakime, başvuruda bulunabilirler. Hakemlerin tayini konusunda hakimin yaptığı bu müdahale, taraflarca devre dışı bırakılamaz. Hakim bu sırada, taraflar ara-

⁸⁹ KALPSÜZ, s.18; ayrıca bkz. IPRG.179/III.m.

⁹⁰ BERGER, s.157; KALPSÜZ, s.18.

⁹¹ BUCHER, s.150.

⁹² Bkz., IPRG.179/II; NZPO.1027/III.m.; ZPO.1035.m.; UNCITRAL Model Yasası 11.m.

⁹³ SCHLOSSER, s.369.

sında geçerli bir hakem sözleşmesinin mevcut olup olmadığını da kontrol etmez⁹⁴.

Hakim tarafından yedek hakem atanmasının etkisi, özellikle yargılamanın gecikmesi tehlikesinin bulunması halinde, uygun bir kanunî düzenleme ile mahkeme kararının bundan etkilenmemesi noktasında kendini gösterir⁹⁵.

Örneğin, Alman hukukunda ZPO.1038.m'sine göre, hakemlerden birinin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınması veya süresi içinde yerine getirmeyi ihmal etmesi halinde, onun görevinden alınabileceğini, taraflardan birinin buna karşı koyması halinde ise, taraflardan birinin yetkili mahkemeye bu konuda başvuruda bulunabileceğini düzenlemektedir. Gerek ZPO.1037.m'sinde yer alan ret sebeplerine dayalı olarak ve gerekse 1038.m'deki nedenlere dayalı olarak, hakemlerden birinin görevden uzaklaşması halinde, 1039.m'ye göre, taraflar yeni hakem atamasında bulunulmasını talep edebileceklerdir. Bu konuda taraf iradelerine öncelik tanınacak olmasına rağmen, genel kural olarak, görevden ayrılan hakemin atanması konusunda uygulanan kurallar tatbik edilecektir⁹⁶.

Yargılamanın başlaması aşamasında, hakem mahkemesinin oluşumu konusunda bir açıklığın bulunmasında, önemli menfaatler vardır. Taraf isteklerinin mahkemeler tarafından kapsamlı biçimde dikkate alınması, yedek hakem atamalarında da hukukî yanılığlara neden olacak bazı kriterlerin kullanılması tehlikesini de beraberinde getirir. İsviçre Federal Mahkemesi de, bu nedenle IPRG.179/II.m'sine göre, hakimin atama kararına karşı herhangi bir kanun yolunun kullanılmasını, uygun görmemektedir⁹⁷.

⁹⁴ BERGER, s.158; SCHLOSSER, s.369.

⁹⁵ BUCHER, s.152.

⁹⁶ BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, s.2266; THOMAS/PUTZO, s.1562-1563.

⁹⁷ Bu bağlamda bkz., BGE. 115 II 294.

E. HAKEM SÖZLEŞMESİNİN HAKEMLERİN SEÇİLMESİNDEKİ BELİRLEYİCİ ETKİSİ VE SONUÇLARI

1. Sözleşmenin Kurulması ve Kapsamı

Hakemlerin seçilmeleri için, kural olarak, hakem sözleşmesinin yazılı biçimde yapılması gereklidir. Ancak, tarafların kolaylıkla ilgili düzenlemeleri anlayabilecek durumda olmaları koşuluyla, kabule yetkili makam tarafından, sözlü olarak yapılması mümkün kabul edilmektedir⁹⁸. Bazı hukuk düzenlemeleri ise, yazılılık koşulunu vazgeçilemeyecek şekilde düzenlemişlerdir. Örneğin, Hollanda hukukunda hakem sözleşmesinin yazılı biçimde yapılması şarttır. Burada hakemliğe kabul edilme sırasında ilgili enstitü ile ve daha sonra hakem tayin edecek taraflarla hakemler arasında, yazılı bir hakem sözleşmesinin yapılmış olması koşulu aranır⁹⁹.

Hakemlerin, taraflarca belirlenen hakemlerden veya üçüncü kişinin belirlediği hakemler arasından seçilmesi gerekliyse (UNCITRAL Tahkimdeki atamaya yetkili makam tarafından yapılan hakem tayini gibi), taraflar arasında, müşterek olarak ve taraflara birer hakem düşecek şekilde uygulanacak bir hakem sözleşmesi ortaya çıkar. Bu durumda seçilen hakemler, tarafların temsilcisi olarak hareket ederler. Yani, taraflardan biri tarafından seçilen hakem, aynı zamanda diğer tarafın da temsilcisi olarak hareket etmektedir¹⁰⁰. Oysa, NAI'da Enstitü başkanı veya Zürih Ticaret Odası Tahkim düzeninde Oda Başkanı veya baş hakem tarafından tayin edilen hakemler, taraflar adına değil, bu hakem kuruluşlarının temsilcisi olarak hareket ederler¹⁰¹.

Hakem sözleşmeleri hizmet sözleşmesi karakterinde olup; hakemle-

⁹⁸ SCHLOSSER, s.378.

⁹⁹ BERGER, s.160.

¹⁰⁰ SCHLOSSER, s.491; SCHWAB, K.H./WALTER, G.; Schiedsgerichtsbarkeit, 5.A., München 1995, s.87 vd.

¹⁰¹ Bunun doğal bir sonucu olarak, NAI tahkim düzeninde (bkz.20/I.m.), hakemlerin her şeyden önce, taraflarla ilişki içerisinde bulunamayacağı ve Zürih Ticaret Odası Tahkim Kuralları (bkz.53/I.m.)'nin aksine, hakemlerin ücretlerinin hakem mahkemesi tarafından değil, Enstitü başkanı tarafından belirleneceği hükmü vardır (bkz.NAI.53/I.m.).

rin görev ve yetkileri, hakem sözleşmesinin yapıldığı ülke hukukunun sözleşmelerle ilgili olarak uygulamakta olduğu genel hükümlere ve özellikle tahkim tüzüğüne tâbi olur. Ayrıca taraflar da, tahkim sözleşmesinde kendilerince getirilen düzenlemeler vasıtasıyla, bir hakem sözleşmesinde, belirli bir tahkim düzeninin getirmiş olduğu kuralların dikkate alınmasında etkili olabilirler¹⁰².

2. Hakemlerin Sorumluluktan Muafiyetleri

Verilen yanlış kararlardan dolayı, ortaya çıkması muhtemel zararlar nedeniyle, hakem sözleşmesine zarar tazminatı koyma olanağından söz etmek mümkün değildir. Zira, hakemlerin bağımsız olarak ve böyle bir baskıdan uzak tutularak haklıyı bulabilmeleri için, sorumluluktan muaf olmaları gerekir. Bu nedenle, hakem sözleşmelerinin zımni olarak bu muafiyeti içlerinde barındırdıkları kabul edilir¹⁰³. Tahkim düzenlemeleri içinde, yalnızca NAI'da, açık bir şekilde, hakemlerin bu anlamda sorumsuzluğundan bahsedilmektedir. Bu kaydın lafzının aksine, hakemlerin karar verme yetenekleri bakımından, ağır ihmal, kasıt ve kötü niyetlerinin göz ardı edilemeyeceğini kabul etmek gerekir¹⁰⁴.

Hakemlerin sorumsuzluktan muafiyetlerinin sınırı olarak nitelendirilebilecek, ağır ihmal ve kasıt ile kötü niyetli olma halleri, İsviçre hukukunda da geçerli olmasına karşılık¹⁰⁵; Alman hukukunda, hakemlerin kötü niyetli olmaları nedeniyle cezaî sorumluluklarını gerekli kılacak sınır noktasına kadar, sorumluluktan muaf olacakları kabul edilmektedir. Nitekim, Alman Ceza Kanunu StGB.331.m'sine göre, kasten yapılan cezaî sorumluluk sınırına kadar, hakemlere oldukça geniş bir yargı muafiyeti getirilmiştir¹⁰⁶.

Hakem kararının devlet mahkemesi tarafından iptal edilmesi de, tek başına hakemlerin sorumlu tutulmaları için yeterli değildir. Ancak,

¹⁰² SCHWAB/WALTER, s.413; RÜEDE/HADENFELDT, s.148; SCHLOSSER, s.496.

¹⁰³ BERGER, s.162; RÜEDE/HADENFELDT, s.157 vd.

¹⁰⁴ BERGER, s.162.

¹⁰⁵ RÜEDE/HADENFELDT, s.157.

¹⁰⁶ SCHWAB/WALTER, s.94.

bir iptal davasının açılmış olması ve mahkemenin iptal kararını vermesi için, hakemin mahkeme tarafından hatalı hüküm vermesi dolayısıyla ifadesinin alınması gerekli olabilir. Hakemin gereksiz ve haksız olarak davayı uzatması veya hakem sözleşmesinin dışına çıkması hallerinde ise; hakemlik müessesesinin kötüye kullanıldığına anlaşılması üzerine¹⁰⁷, taraflar hakem kararını iptal ettirmek veya hakemi görevinden aldırarak üzere harekete geçerler. Bu durumda gerek hakemlerin değiştirilmesi ve gerekse hakem kararının düzeltilmesi amacıyla, millî tahkim hükümlerine başvurmak taraflar için daha çok tercihe şayandır¹⁰⁸.

3. Hakemlerin Ücret Talebi

Hakem sözleşmesi gereği, hakemin ücretinin ödenmesini isteme hakkı vardır. Hakemlik görevi icra edildikten sonra, hakemin bu meblağı talep etme hakkı doğar¹⁰⁹. Tahkim sözleşmesinde böyle bir ödeme kaydı olmasa bile, hakemlerden her biri, teamül olarak alışlagelmiş ve miktarı yaptıkları işe göre, kendileri tarafından belirlenmiş¹¹⁰ uygun bir ücretin ödenmesi talebinde bulunabilirler. Yapılan tahkim sözleşmelerinin bir gereği olarak, hakemlere ödenmesi gerekli bir bedel tahmininde bulunulmalıdır¹¹¹.

Ödenecek ücretin belirlenmesinde, uyuşmazlığa neden olan meblağın yüksekliği, olayın çözümündeki güçlük ve bu olay için hakemler tarafından verilen emek ve harcanan zaman da dikkate alınır. Uygulamada bu ödeme, avukatlık ücret tarifesine benzer bir hakem ücret tarifesinin belirlenmesi suretiyle yapılmaktadır. Ancak, mahkeme başkanını konumunda bulunan baş hakeme, idareci konumunda bulunmuş olması ve buna ilişkin ekstra hizmetleri dolayısıyla, ayrıca belirli bir ücret ödenir. Nitekim, hakem enstitüleri ve kuruluşları da, ya bu şekilde ücret tarifelerine göre, ya da saat ücretlerinin hesaplanması yo-

¹⁰⁷ BUCHER, s.156; RÜEDE/HADENFELDT, s.151.

¹⁰⁸ BERGER, s.163.

¹⁰⁹ Hakemlerin kendileri ile ilgili konularda karar verme yasağı olmasına rağmen, ücret talebinde bulunabilecekleri hakkında bkz., SCHWAB/WALTER, s.96 vd.

¹¹⁰ RÜEDE/HADENFELDT, s.160.

¹¹¹ SCHWAB/WALTER, s.95; SCHLOSSER, s.494.

luyla hakemlere ödemedede bulunurlar¹¹².

Hakem sözleşmesindeki kararlaştırmalardan bağımsız olarak, hakemlerin ücret talebi, haksız olan tarafların tamamına birden yöneltilir¹¹³. İsviçre ve Hollanda'da, hakem ücretleri gelir vergisinden muaftır. Almanya'da ise, hakem ücretlerinden de gelir vergisi kesilir¹¹⁴.

Tarafların başlangıçta hakemlerle belirli bir hakem ücretinin ödemesi konusunda anlaşmaları ve fakat yargılamanın başlamasından sonra, kararlaştırılan bu ücretin çok az olduğunun ortaya çıkması halinde, hakemlerin taraflardan yalnız biri ile bu konuyu yeniden ele alması uygun olmayacaktır. Zira, böyle bir durum hakemlerin tarafsızlığına gölge düşürecektir¹¹⁵. Bu durumda, yargılamanın başlamasından önce hakem ücretlerinin belirlenmesinin bazı problemlere yol açabileceğini söylemek mümkündür. Bundan dolayı, hakem ücretlerinin, NAI tahkim usulünde, başkan tarafından fiks olarak belirlenmesi¹¹⁶ ve Zürih Ticaret Odası tahkim usulünde, hakem mahkemesi tarafından belirlenen ücretlerin, hakem ücret tarifesi ile açıklanması; tarafların bu konuda aralarında tartışmaya yol açmaması ve onları yargılama sürecinde hakemlerle pazarlığa sevk etmemesi nedeniyle avantajlıdırlar¹¹⁷.

Hakemin hakemlik görevi ilgili hakem kuruluşu tarafından sona erdirilirse ve böylece hakem sözleşmesi hakemin kendi suçu olmaksızın sona ererse, ilgili hakem, o zamana kadar yapmış olduğu hizmetin karşılığı olan ücreti almaya hak kazanır¹¹⁸.

¹¹² BERGER, s.164; RÜEDE/HADENFELDT, s.161.

¹¹³ RÜEDE/HADENFELDT, s.160.

¹¹⁴ BERGER, s.165.

¹¹⁵ BERGER, s.165.

¹¹⁶ Bkz., NAI.58/I.m.

¹¹⁷ BERGER, s.165.

¹¹⁸ SCHLOSSER, s.494, dn.2; ayrıca, Alman hukukunda, BGB.628.m'si de, bu durumda uygulanabilir niteliktedir. NAI ve Zürih Ticaret Odasındaki uygulama için bkz. NAI.62 ve Zürih Ticaret Odası Tahkim Kuralları 2-3.m.

F. HAKEMLERİN SEÇİLMESİNDE TARAFLAR ARASINDAKİ MEVCUT DENGESİZLİK

Tahkim sözleşmesi yoluyla, hakemlerin seçilmesinde, taraflardan biri diğer tarafa oranla aşırı avantajlara sahip kılınırsa; örneğin, hakemlerin tamamını veya çoğunluğunu belirleme hakkına veya listede belirlenen hakemler dışında başka bir hakem seçme imtiyazına sahip olursa, böyle bir tahkim sözleşmesi kamu düzenine (ordre public) aykırılık teşkil eder¹¹⁹.

ZPO.1034/2.m'sine göre, tahkim sözleşmesinde, taraflardan birini diğeri lehine hakem mahkemesinde açıkça dezavantajlı konuma düşürecek ve diğer tarafın yargılamada üstün hale gelmesine neden olacak bazı düzenlemeler varsa, ilgili tarafa söz konusu düzenlemelere rağmen, mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştır¹²⁰.

Öte yandan, bu tür kayıtların çok seyrek olarak ortaya çıktığı milletlerarası usul hukukunda, bu durumda tahkim sözleşmesinin yok kabul edilmesinin, tahkim kaydının muhafaza edilmesi yolunda artan çabalara aykırı düşmekte olduğu görüşü de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, böyle bir butlan kararı, yalnızca hakemlerin seçilmesine ilişkin anlaşma hükümleri hakkında geçerli olmalı ve sadece hakemlerin seçilmesine ilişkin kurallara müdahale edilebilmeli ve bunun dışındaki tahkim kayıtları geçerliliklerini korumalıdır¹²¹. Bu durumda, mahkemece yeniden hakem ataması yapılması konusunda tarafların anlaşmaları, İsviçre hukukuna göre, en pratik yoldur¹²².

Hakem kararının verilmesinde, taraflardan birinin ezici bir etkisinin rol oynadığı ileri sürülürse, hakem mahkemesinin oluşturulmasına ilişkin hukukî düzenlemelerin ihlâl edildiği gerekçesiyle, hakem kararının iptali söz konusu olabilecektir. Taraflar bununla ilgili bütün kuralları, yargılamanın başından itibaren bilmeleri halinde, artık buna ilişkin itirazın yapılması ile, ilgili haktan yoksun kalırlar¹²³.

¹¹⁹ BERGER, s.166; ayrıca bkz. İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 107 Ia 158-160.

¹²⁰ BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, s.2259; THOMAS / PUTZO, s.1556.

¹²¹ SCHLOSSER, s.518; SCHWAB/WALTER, s.35.

¹²² RÜEDE/HADENFELDT, s.136.

¹²³ RÜEDE/HADENFELDT, s.137; ayrıca bkz. İsviçre Federal Mahkemesi, BGE.84 I 61.

III. Genel değerlendirme

Sevinerek belirtelim ki, milletlerarası tahkime ilişkin muhtelif düzenlemeleri birbirine yaklaştırma ve yeknesaklaştırma çabaları olumlu sonuçlar vermeye başlamıştır. Bu bağlamda, hakem mahkemesinin oluşturulması ve hakemlerin seçilmesine ilişkin genel şartlar bakımından da böyle bir yakınlaşmanın söz konusu olduğunu söylemek mümkündür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hakemlerin seçilmesi ve hakem mahkemesinin oluşturulması konusunda ele aldığımız bütün düzenlemeler, taraf iradelerine öncelik tanır niteliktedirler. Ancak, bu konuda bir boşluk veya uyuşmazlık olması halinde, tamamlayıcı hukuk kuralları getirilmiştir.

Örneğin, hakemlerin sayısı konusunda, UNCITRAL Model Yasası önceliği taraf iradelerine verdikten sonra, böyle bir belirleme olmaması halinde, hakem mahkemesinin üç hakemden oluşacağını düzenlemesine karşılık, ICSID Tahkim Kuralları buna ilave olarak, hakem sayısının tek olması gerektiğini belirtmiştir. Hatta Türkiye açısından yeni TTKT.9/1.m'sinin, bu anlamda ICSID düzenlemesinin aynısı olduğunu söylemek mümkündür.

Hakemlerin seçilmesi konusunda, taraflara eşit muamelede bulunulması ve taraflardan birini bu açıdan diğeri karşısında üstün ve avantajlı kılabilecek her türlü yaklaşımlardan kaçınılması yine hemen hemen bütün milletlerarası tahkim düzenlemelerinde kabul edilen genel ilkelerdir. Bu düzenlemeler genel olarak iddia ve savunmaya yönelik haklar kapsamında da (rechtliches Gehör) değerlendirilmekte ve bu konudaki usul aykırılıkları hakem kararının iptaline neden olabilmektedirler.

Milletlerarası tahkim düzenlemelerinde, hakemlerin seçimi konusunda, tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin anlaşmazlığa düşmeleri veya hakem seçimi konusunda yetkilendirilen kişi veya kuruluşun bu görevini yerine getirmemesi halinde, taraflardan birinin istemi üzerine, bu seçimin farklı düzenlemeler açısından ya yetkili mahkeme ya da bir daimî hakem kuruluşunda başkan tabir edilen kişiler tarafından yapılması hükmü yer almaktadır. Nihayet, her halde, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmaları gerektiği, hakemlerin çoğunluğunun taraflardan biri ile aynı tâbiyetten olmaması gerektiği gibi konulara da özel önem atfedilmektedir.