



## Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pechstein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

### The Impartiality and Independency of the Court of Arbitration for Sport within the Framework of ECHR Pechstein Ruling

Hatice Özdemir Kocasakal<sup>1</sup>

#### Öz

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), uluslararası düzeyde bir sporcu olan Claudia Pechstein tarafından Spor Tahkim Mahkemesi (CAS) 'nin tarafsız ve bağımsız bir tahkim kurumu olmadığı, dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvuruyu oyçokluğu ile reddetmiştir. CAS'ın spor dünyasındaki yerini sağlamlaştırarak bu karar, birçok eleştiriyi de beraberinde getirmiştir. Karara muhalif kalan iki hâkim tarafından da dile getirilen bu eleştirilerin odak noktası, Mahkeme'nin bu kararı ile mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda geliştirmiş olduğu kendi içtihadından ayrılmış olmasıdır. Bu çalışmanın konusu, AİHM'in kendi içtihadı ile ortaya koymuş olduğu prensipler çerçevesinde Pechstein Davasında vermiş olduğu kararı eleştirel bir bakış açısıyla incelemek ve CAS'ın gerçekten tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olarak kabul edilebilmesi için yapılması gereken değişiklikler konusunda bazı önerilerde bulunmaktır.

AİHM'e yapılan başvurunun diğer gerekçesi, Pechstein hakkında yapılan yargılamada talepte bulunulmuş olmasına rağmen duruşmaların kamuya açık yapılmamış olmasıdır. AİHM, bu konuda başvuruyu oybirliği ile kabul etmiş ve CAS'ta duruşmaların gizli yapılmış olmasının adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğu sonucuna ulaşmıştır. Çalışmamızda bu konu ile ilgili kısa açıklamada bulunulacak ve CAS kurallarında bu doğrultuda yapılan değişiklikler hakkında bilgi verilecektir.

#### Anahtar Kelimeler

CAS, Pechstein, Adil yargılanma hakkı, Mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, Tahkim ve adil yargılanma hakkı

#### Abstract

European Court of Human Rights (ECtHR) rejected, by a majority vote, the application of Claudia Pechstein, an international athlete, who claimed that Court of Arbitration for Sport (CAS) is not an impartial and independent arbitration institution, thus CAS has violated her right to fair trial. Many criticism has been brought against this judgment of the ECtHR, which solidified CAS's role in the world of sport. The focal point of this criticism, which was also expressed by two ECtHR judges who wrote dissenting opinions, is the fact that ECtHR was estranged from its own case law with respect to courts' impartiality and independency. The subject matter of this article is the examination of the ECtHR's judgment in the Pechstein case with a critical view in light of principles laid down in the case law of the ECtHR and the proposition of potential revisions to be made by CAS in order to be accepted as an impartial and independent judicial mechanism.

Another ground for Pechstein's application to the ECtHR was that CAS hearings were held privately despite Pechstein's request for public hearings. ECtHR unanimously upheld this application and found the breach of right to fair trial. This article also analyses this issue and informs the audience on the amendments made in the CAS rules in this vein.

#### Keywords

CAS, Pechstein, Right to fair trial, Impartiality and independency of courts, Arbitration and due process

\* Sorumlu Yazar: Hatice Özdemir Kocasakal (Prof.), Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: hkocasakal@gmail.com ORCID: 0000-0001-5754-9406

Atf: Özdemir-Kocasakal H, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pechstein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı" (2020) 40(1) PPIL 79. <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.1.0031>



### **Extended Summary**

The reason for ECtHR's rejection of Pechstein's allegations that CAS is not an impartial and independent judicial institution and that there has been a violation of Article 6 of the ECHR is in complete contradiction to the Court's own case law on this subject matter. Indeed, the fact that the Council is a structure dominated by international federations and that this structure has powers- such as the determination of the list of arbitrators, the selection of heads of arbitration chambers and indirectly the chairman of the arbitral tribunal, the election of the general secretary- creates a situation in favour of international federations taking part in arbitration proceedings and an unfair situation against the athletes who will be on the other side of the proceedings. Such disproportionate powers granted to international federations indicate the need to acknowledge that CAS does not appear to be an impartial and independent judicial authority and that there are reasonable suspicions as to its impartiality. Despite this, the ECtHR's search for proof for the international federation (ISU)'s taking part in the drawing up of the arbitrator's list or for the removal of CAS arbitrators' impartiality in the *Pechstein* case means that the ECtHR decided contrary to its case law on the matter of impartiality.

In our opinion, the real rationale for this judgment of the ECtHR is to be found in the importance of CAS for the sports world and the interests of international federations in the continuation of this system and in ensuring that the rules set forth by the IOC and its international federations are consistently implemented without the intervention of state courts. Recognizing these features of the CAS should not eliminate the need to adopt measures ensuring a more impartial and independent appearance, especially in disciplinary disputes which athletes are party to.

Some suggestions may be made to address CAS's lack of impartial appearance in light of the dissenting opinion to the ECtHR judgement, and also in light of the Munich Court Appeal's judgment, as well as in views expressed in the literature: a- First of all, the structure of the Council should be changed and individuals and organizations other than international federations, such as athletes, clubs, coaches and trainers, who may be parties to sports disputes, should also take part in the selection of Council members. Considering that CAS has mandatory jurisdiction over disciplinary disputes and that athletes are usually a party to these disputes, it should be ensured that athletes are effective in directly electing Council members

During the course of this long-term plan on structural change, it could be possible to reduce the Council's influence over the drawing up of the arbitrators' list, or to adopt arrangements ensuring that athletes are directly influential in the formation of this list. The amendment of the Statute of CAS in 2019 is an inadequate step, as the Council controls the members of the newly constituted membership commission

which is now in charge of proposing arbitrators to the closed list, and it is still the Council who makes the final decision regarding the arbitrators' list.

Permitting the selection of off-list persons as arbitrators must be considered as an alternative solution. Closed list practice is supported by two reasons: The first reason is that sports disputes require expertise and that this requirement is complied with by selecting experts when creating the list. This reason is not convincing because parties can freely choose their arbitrators in other technical disputes. Besides, there is no doubt that parties that are in the position of selecting their own arbitrators will take due consideration in choosing an expert of the field. The second reason for the closed list practice is to ensure consistency in CAS's case law and therefore equality/justice among athletes. It is stated that the arbitrators on the list are regularly informed of the CAS case law. However, there is literature arguing that this method is not very effective, that all 300 arbitrators on the list do not have detailed information about CAS case law, and that it could also be possible to achieve the same objective by providing information about this case law to everyone interested in sports arbitration. Furthermore, this information may be made by the CAS secretariat after the selection of the arbitrator, not in advance, or at the scrutiny phase by the CAS general secretary. It is not impossible to agree with the view that the objective of ensuring consistency can also be achieved by establishing a list of persons who will serve as chairman or sole arbitrator and regularly informing them of the CAS's case law and allowing other arbitrators to be elected off the list.

It is also necessary to change the regulation that the arbitrator, who will serve as the chairman or sole arbitrator, will be appointed by the head of the chamber chosen by the Council. Such a change will ensure the impartial formation of the arbitral tribunal. Here, as in the method proposed as a solution to the closed list practice, a list of arbitrators that will serve as chairman or sole arbitrator can be created, and a method may be thought of, such as selecting arbitrators from this list in turn or by drawing.

The rule giving the impression that the CAS secretary general intervenes on the substance of the arbitrator's decision (in draft form) should be changed and it should be clearly set forth that the secretariat can only make revisions in terms of form and cannot propose any substantive change. It is particularly important to make such a change, given that the CAS's secretary general is appointed by the Council. In fact, the common reason for the closed list practice and the secretary general's scrutiny over the award is to ensure that the award is consistent with the CAS's case law. This can be achieved in different ways, by providing information to the arbitral tribunal, particularly after the formation of the arbitral tribunal, on the relevant CAS case law.

## Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pechstein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

### Giriş

Uluslararası Sürat Pateni Federasyonu (*ISU-International Skating Union*) tarafından hakkında verilen disiplin kararı aleyhine bir yandan Spor Tahkim Mahkemesi'ne (Court of Arbitration for Sport/ CAS) ve İsviçre Federal Mahkemesi'ne diğer yandan Alman mahkemelerine yaptığı başvurularla uzun süredir kendisinden bahsettiren *Claudia Pechstein*, nihayetinde 11 Kasım 2010 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne başvuru yapmıştır. AİHM, *Pechstein*'in başvurusunu Romen futbolcu Adrian Mutu tarafından 13 Temmuz 2010 yılında yapılan başvuru ile birlikte değerlendirek 2 Ekim 2018 tarihinde kararını vermiştir<sup>1</sup>.

*Pechstein*'in CAS kararından sonra gerek Alman mahkemelerine gerekse İsviçre Federal Mahkemesi'ne ve onun akabinde AİHM'e yaptığı başvuruların en önemli gerekçesi CAS'ın kurum olarak tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii niteliği taşınamaması, dolayısıyla bu anlamda *adil yargılanma hakkının* ihlal edilmiş olmasıdır. Bu nedenle çalışmamızda, AİHM tarafından verilen karar özellikle bu açıdan bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Konunun daha iyi ortaya konulabilmesi için *Pechstein* Davası'nın AİHM'e başvuru aşamasına kadar olan süreci hakkında bilgi verilmesi uygun olacaktır. Bu nedenle çalışmamızda önce bu süreçten kısaca bahsedilecek<sup>2</sup> daha sonra AİHM'e başvuru gerekçeleri ve AİHM' in bu gerekçelere ilişkin değerlendirmeleri ayrı ayrı ele alınacaktır.

Alman vatandaşı *Claudia Pechstein*, uluslararası federasyonun (ISU) üyesi olan Alman Sürat Pateni Federasyonu'na bağlı olarak sportif faaliyet gösteren bir sürat patencisidir. Olimpiyat oyunlarında beş kere madalya kazanmış olan *Pechstein*, "tüm zamanların en çok madalya almış kış sporcusu" unvanını elinde bulundurmaktadır<sup>3</sup>.

*Pechstein*, 2000-2009 yılları arasında ISU tarafından birçok doping testine tabi tutulmuş ve bu testler sonucunda, kanındaki bir maddenin (*reticulocytose*) seviyesinin

1 Cour Européenne des droits de l'homme, 3. Section, Affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse* (Requêtes nos 40575/10 et 67474/10), Arrêt, Strasbourg 2 Octobre 2018. Kararın metni için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int>.

Kararda CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olduğunu tespit eden çoğunluk kararına iki hâkim tarafından muhalefet şerhi yazılmıştır. Muhalefet şerhi de kararın devamında yayımlanmıştır. AİHM kararına karşı *Pechstein* tarafından yapılan başvuru Büyük Daire tarafından 05.02.2019 tarihinde reddedilmiş ve karar, AİHM m. 44/2,c uyarınca kesinleşmiştir.

2 *Pechstein* Davasının, AİHM'e başvuru sürecine kadar olan aşamalarının özeti için bkz. *Requête no: 67474/10, Claudia PECHSTEIN contre la Suisse, introduite le 11 novembre 2010, Exposé des faits et questions*, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-117166#{"itemid":\["001-117166"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-117166#{). Bu konuda yapılan açıklamalar, söz konusu metinden alınmıştır. Bu süreç hakkında ayrıca bkz. Mathias WITTINGHOFER and Sylvia SCHENK, *A Never Ending Story: Claudia Pechstein's Challenge to the CAS*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/06/14/a-never-ending-story-claudia-pechsteins-challenge-to-the-cas/> (01.06.2018).

3 *Pechstein*'in katıldığı olimpiyat oyunları, aldığı ödüller ve kırdığı rekorlar hakkında bkz. <https://www.olympic.org/claudia-pechstein>; <https://www.britannica.com/biography/Claudia-Pechstein> (10.04.2019).

normalin çok üstünde olduğu tespit edilmiştir. 2009 Dünya Şampiyonası öncesi yapılan testlerde de (6 Şubat ve 18 Şubat 2009) aynı sonucun çıkması üzerine ISU, *Pechstein* aleyhine disiplin komitesine başvurmuş; Komite, 1 Temmuz 2009 tarihinde sporcu hakkında, 9 Şubat 2009 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, iki yıl müsabakadan men kararı vermiştir.

*Pechstein* ve Alman Sürat Pateni Federasyonu, 21 Temmuz 2009 tarihinde karar aleyhine CAS' a temyiz başvurusunda bulunmuştur. CAS 25 Kasım 2009 tarihinde verdiği karar ile temyiz başvurusunu reddetmiş ve ISU'nun 2 yıl müsabakadan men kararını onamıştır.

*Pechstein*, 7 Aralık 2009 tarihinde CAS kararının iptali talebiyle İsviçre Federal Mahkemesi'ne başvurmuştur. Bu başvuruda, CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olmadığı;

Hakem heyeti başkanının daha önceki yargılamalarda dopinge karşı çok katı tutum sergilemesi dolayısıyla tarafsız olmadığı;

CAS genel sekreterinin hakem kararına sonradan müdahale ettiği ve açık duruşma yapılmadığı ileri sürülerek kararın iptali talep edilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi, 10.02.2010 tarihinde verdiği karar ile iptal başvurusunu reddetmiştir<sup>4</sup>. Bunun üzerine *Pechstein*, bir yandan AİHM'e başvurmuş; diğer yandan Münih Bölge Mahkemesinde, ISU ve ona bağlı Alman federasyonu aleyhine, CAS tarafından haksız olarak 2 yıl müsabakadan men edildiğini, bu süreç içinde müsabakalara katılmadığı için yaklaşık 4 milyon Avro zarara uğradığını iddia ederek tazminat davası açmıştır.

Münih Mahkemesi 26.2.2014 tarihli kararı ile davalılar tarafından (*Pechstein* ile Federasyon arasındaki tahkim anlaşmasına dayanarak) ileri sürülen tahkim itirazını kabul etmiş ve yetkisizlik kararı vermiştir<sup>5</sup>.

Münih Mahkemesinin yetkisizlik kararı aleyhine kendisine başvuru Münih İstinaf Mahkemesi (*Oberlandesgericht*) 15 Ocak 2015 tarihinde, *Pechstein*'ın yapmış olduğu tahkim anlaşmasının geçerli olmadığını; geçersiz bir tahkim anlaşması ile Alman mahkemelerinin yetkisinin kaldırılamayacağını; uyuşmazlığın esası hakkında karar

4 Mahkemenin başvuru red gerekçeleri aşağıda ilgili kısımlarda açıklanacaktır.

5 Karar hakkında bkz. Despina MAVROMATI, *The Legality of the Arbitration Agreement in favour of CAS under German Civil and Competition Law, The Pechstein Ruling of the German Federal Tribunal (BGH) of 7 June 2016*, 2016/1, Bulletin TAS/ CAS Bulletin, 28; WITTINGHOFER/SCHENK (n 2) 2; Christian KEIDEL, *A guide to the Higher Regional Court's decision in the Pechstein case*, [https://www.lawinsport.com/content/articles/item/a-guide-to-the-higher-regional-court-s-decision-in-the-pechstein-case,\(05.06.2018\)](https://www.lawinsport.com/content/articles/item/a-guide-to-the-higher-regional-court-s-decision-in-the-pechstein-case,(05.06.2018)) 1.

Karardaki tespitlere aşağıda ilgili bölümlerde yer verilecektir.

verme yetkisinin bulunduğunu tespit eden bir karar vermiştir<sup>6</sup>. Bu karar 7 Haziran 2016 tarihinde Alman Federal Mahkemesi tarafından bozulmuştur<sup>7</sup>.

*Pechstein*, CAS kararı aleyhine açmış olduğu iptal davası Federal Mahkeme tarafından reddedilince son hukuki çare olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne başvurmuştur. AİHM'e başvuru gerekçeleri, iptal davası açılırken ileri sürülen gerekçelerle örtüşmektedir. Gerçekten de, *Pechstein*, AİHM'e başvurusunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin adil yargılanma hakkı ile ilgili 6. maddesinin ihlâl edildiğini iddia etmiş ve bu iddiasını şu gerekçelere dayandırmıştır:

ISU disiplin komitesinin ve CAS'ın tarafsız ve bağımsız olmaması;

Hakem heyeti başkanının daha önceki yargılamalarda dopinge karşı çok katı tutum sergilemesi dolayısıyla tarafsız olmaması,

CAS genel sekreterinin hakem kararına sonradan müdahale etmiş olması,

Disiplin komitesinde, CAS' ta ve Federal Mahkeme'de açık duruşma yapılmamış olması,

CAS kararının yeniden gözden geçirilmesine imkân verecek bir hukuki yol olmaması ve Federal Mahkeme sadece çok sınırlı bir inceleme yapma yetkisini haiz olduğu için adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olması,

CAS'da izlenen prosedürün masumiyet karinesini ihlal etmesi.

Çalışmamızda özellikle CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir yargı kurumu olmamasının gerekçesi olarak *Pechstein* tarafından ileri sürülen iddialar, davalı İsviçre Hükümeti'nin bu iddialara karşı verdiği cevaplar ve AİHM'nin değerlendirmeleri, konuya ilişkin AİHM içtihadı ve doktriner görüşler çerçevesinde ayrıntılı olarak ele alınacak; diğer gerekçeler hakkında kısa açıklamalar yapılmakla yetinilecektir. Ancak öncelikle, AİHM'nin, bir tahkim kurumu olan CAS tarafından verilen kararın AİHS m.6'ya uygunluk açısından denetimini yapma yetkisinin olup olmadığı hakkında kısa bir değerlendirme yapılacaktır.

6 Kararın İngilizce tercümesi için bkz. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2561297](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561297) veya <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-pechstein-ruling-of-the-olg-munchen-a-rough-translation>.

Karar hakkında bkz. Peter BERT, *Sports Arbitration: Munich Court Finds Arbitration Clause Invalid in Pechstein Case*, <http://www.disputeresolutiongermany.com/2014/02/sports-arbitration-munich-court-finds-arbitration-clause-invalid-in-pechstein-case/> (05.07.2019); Peter BERT, *Sports Arbitration – Munich Court of Appeals Does Not Recognize CAS Arbitral Award in Pechstein Case*, <http://www.disputeresolutiongermany.com/2015/01/sports-arbitration-munich-court-of-appeals-does-not-recognize-cas-arbitral-award-in-pechstein-case/> (05.07.2019).

7 Federal Mahkeme kararının İngilizce tercümesi için bkz. *English translation of the judgement of the German Federal Court of Justice, of 7 June, 2016 – KZR 6/15, 2016/1*, Bulletin TAS/ CAS Bulletin, 43-60. Kararın özeti ve değerlendirilmesi için bkz. MAVROMATI (n 5) 29 vd.

## I. AİHS m. 6' nın tahkim yargılamaları açısından uygulanabilirliği

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), taraf devletlerin, bu Sözleşme ile öngörülen temel hak ve hürriyetleri ihlal eden davranışlarına karşı bireylere koruma sağlamak amacıyla hazırlanmıştır<sup>8</sup>. Dolayısıyla Sözleşme'nin asıl amacı, âkit devletler (onları temsil eden resmî kurumlar) tarafından gerçekleştirilecek hak ihlallerine karşı güvence oluşturmaktır.

Sözleşme'nin “Adil Yargılanma Hakkı” başlıklı 6.maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir:

*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatulabilir.*

Görüldüğü gibi madde, devlet mahkemelerinde yapılan yargılamalarda adil yargılanma hakkının güvence altına alınması için uyulması gereken ilkeleri belirlemektedir. Tahkim ise, yargılama yapma konusunda resmi bir sıfatı bulunmayan, -özel- kişiler (hakem) tarafından gerçekleştirilen bir yargılama yöntemidir. Diğer yandan tahkim, -kural olarak- tarafların irade serbestisi çerçevesinde işleyen bir yargılama yöntemidir; bir hukuki uyuşmazlığın, devlet mahkemeleri yerine tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için uyuşmazlığın taraflarının bu yönde iradelerinin bulunması (tahkim anlaşması) gerekir.

AİHS m.6'nın, devlet mahkemelerinde gerçekleştirilen yargılamalarda adil yargılanma hakkını güvence altına alması ve tahkim anlaşması ile tarafların devlet mahkemelerine başvurmama konusunda anlaşmış olmaları karşısında öncelikle şu soruya cevap aranması gerekmektedir: Acaba tahkim anlaşması yaparak devlet mahkemelerine başvurma hakkından vazgeçen taraflar, aynı şekilde AİHS m.6 ile sağlanan adil yargılanma hakkına ilişkin teminatlardan da vazgeçmiş sayılırlar mı?

Diğer yandan AİHS m.6'da, adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi için mahkemenin *kanunla kurulmuş olması* aranmaktadır. Bu maddenin tahkim yargılamaları için uygulanabilmesi için tahkim mahkemelerinin “kanunla kurulmuş” mahkeme niteliğini taşıyıp taşımadığının da belirlenmesi gerekmektedir.

8 Sözleşme'nin 1. maddesinde, âkit devletlere, kendi yetki alanında bulunan kişilere, Sözleşme'nin I. Bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğü getirilmektedir. Dolayısıyla Sözleşme ile tanımlanan hak ve özgürlükleri sağlama, âkit devletlerin yükümlülüğündedir. Sözleşmenin resmi Türkçe tercümesi için bkz. [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf).

Bu iki soruya cevap verilebilmesi çok ayrıntılı inceleme yapılmasını gerektirmektedir. Biz burada, makalenin sınırlarını aşmamak adına, sadece *Pechstein* Davasında AİHM kararı ve iki hâkim tarafından yazılan muhalefet şerhinde bu konu ile ilgili olarak üzerinde durulan hususlarla sınırlı olarak inceleme yapmayı uygun görüyoruz.

### A. “Kanunla Kurulmuş Mahkeme” Kavramına Tahkim Mahkemeleri (CAS) Dahil midir?

*Pechstein* Davasında AİHM, AİHS m.6/ f.1’ de öngörülen *mahkemeye erişim hakkının* sağlanmış olması için mutlaka klasik anlamda devletin yargı sistemine entegre olmuş bir *mahkeme* olmasına gerek olmadığını; özel kişiler arasındaki malvarlığına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için tahkim mahkemeleri oluşturulmasının bu hakkın ihlali anlamına gelmediğini belirtmiştir<sup>9</sup>.

Mahkemeye göre, m.6’ da yer alan “kanunla kurulmuş mahkeme” ifadesi, mahkemenin varlığının ve yetkisinin yasal temeli yanında somut olarak bir uyuşmazlık hakkında karar verecek “hakimlerin” de kanunla belirtilen sınırlamalara uygun olarak belirlenmesini ifade eder. Dolayısıyla sadece yargısal organların kuruluşu ve yetkisine ilişkin yasal hükümler değil aynı zamanda belirli bir yargılamayı yapan heyette yer alabilecek hakimleri belirleyen hükümler de bu maddede geçen “kanun” kapsamına girer<sup>10</sup>.

Mahkeme, maddede geçen “mahkeme” (*tribunal*) ifadesinin, yargılama yapma yetkisini haiz ve taraflara ve yürütme organına karşı bağımsız olma gibi gerekliliklere uyan tüm organları kapsadığını belirtmiş ve her ne kadar bir vakıf<sup>11</sup> tarafından kurulmuş olsa da, CAS’ın hukuk kuralları çerçevesinde ve kendisine sunulan tüm hukuki ve fiili unsurları dikkate alarak yargılama yaptığını ve uyuşmazlıkları çözdüğünü; kararlarının yargısal bir karar niteliği taşıdığını ve bu kararlar aleyhine belirli durumlarda Federal Mahkeme’ye müracaat edilebildiğini; Federal Mahkeme’nin de, CAS kararlarının bir devlet mahkemesi tarafından verilmiş kararlar gibi sonuç doğurduğunu kabul ettiğini belirtmiş ve CAS’ın, m. 6/f.1’ de yer alan “kanunla kurulmuş mahkeme” görünümünde olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>12</sup>.

İki hâkim tarafından yazılan muhalefet şerhinde ise, CAS’ın kanunla kurulmuş mahkeme niteliğinde olmadığı belirtilmiştir. Muhalefet şerhinde bunun gerekçesi olarak AİHM tarafından verilen *Suda c. République Tchèque* davasındaki<sup>13</sup> değerlendirmelere

9 Karar paragraf 94.

10 Karar paragraf 138.

11 CAS, 1994 yılından itibaren Uluslararası Spor Tahkim Konseyi (*International Council of Arbitration for Sport*) adında, İsviçre Hukukuna göre vakıf niteliğini haiz bir kuruma bağlı olarak faaliyet göstermektedir. Konsey hakkında bkz. aşağıda paragraf 64-68.

12 Karar paragraf 139.

13 Requête no 1643/06, Arrêt Strasbourg 28 octobre 2010.



dayanılmıştır. Bu davada, başvuran hakem mahkemesine başvurma iradesini *serbestçe* açıklamamıştı; Mahkeme de iki gerekçeye dayanarak hakem mahkemesinin *kanunla kurulmuş mahkeme* olmadığını kabul etmişti: hakemlerin bir şirket tarafından belirlenen listede yer alan kişiler olması ve mahkemenin yetkisinin bir tahkim şartına dayanması. Muhalefet şerhinde, CAS tahkiminde bu karardakine benzer bir durum olduğu; CAS'ın, İsviçre Hukukuna göre kurulmuş bir vakıf olan Konseye bağlı, tüzel kişiliği olmayan bir tahkim kurumu olduğu; CAS'ın gerek yargı organizasyonunun çerçevesinin gerekse konu ve yer bakımından yetkisinin kanun ile belirlenmesi gerektiği; tarafların iradesi olmadan, yargısal yetki kullanan özel hukuk kurumları açısından kanunla kurulmuş olma kriterinin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Doktrinde ise, AİHS m. 6'da yer alan “kanunla kurulmuş olma” kriterinin, devletler tarafından belirli uyuşmazlıkları çözmek üzere oluşturulmuş *istisnai (olağanüstü) mahkemeleri* dışlama amacı taşıdığı<sup>14</sup>; bu kriterin “tahkimi” de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Gerçekten de, her ne kadar tahkim yargılamasını gerçekleştirecek olan hakemler taraflarca seçilse dolayısıyla kanunla kurulmuş mahkeme olmasa da, tahkimin kurum olarak işleyişinin kanun ile düzenlendiği ve tahkim yargılamasının meşruiyetini, iç hukuklarda yer alan yasal düzenlemelerden aldığı; mahkemeyi karakterize eden şeyin yerine getirdiği yargılama fonksiyonu (hukuk kurallarına dayanarak ve belirli bir usul çerçevesinde kendi yetkisi kapsamındaki uyuşmazlıkları çözmek) olduğu ve tahkim mahkemelerinin de bu anlamda yargılama fonksiyonu yerine getirdiği; hakem kararına karşı kanun ile öngörülen bir başvuru mekanizması bulunduğu; tüm bu hususların hakem heyetinin geniş anlamda m.6 ile öngörülen kanun ile kurulan mahkeme kapsamına girdiğini gösterdiği<sup>15</sup>; bu nedenle şekli bir ayırım yaparak sadece devlet tarafından kurulan mahkemelerin m.6 kapsamına alınmasının ve tahkim mahkemelerinin kapsam dışı bırakılmasının yerinde olmadığı ifade edilmektedir<sup>16</sup>.

14 Aynı yönde, P. Lambert, « L'arbitrage et l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme », in *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 19, Cécile CHAINAIS, *Exigences du procès équitable et arbitrage : existence et essence du droit à un procès arbitral équitable*, in, *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Laure Milano (dir.), Nemesis/Anthemis, 2016,265-322, [https://www.researchgate.net/publication/320229736\\_Exigences\\_du\\_procès\\_équitable\\_et\\_arbitrage\\_existence\\_et\\_essence\\_du\\_droit\\_a\\_un\\_procès\\_arbitral\\_équitable\\_in\\_L\\_Milano\\_dir\\_Convention\\_européenne\\_des\\_droits\\_de\\_l'homme\\_et\\_droit\\_de\\_l'entreprise\\_NemesisAnth](https://www.researchgate.net/publication/320229736_Exigences_du_procès_équitable_et_arbitrage_existence_et_essence_du_droit_a_un_procès_arbitral_équitable_in_L_Milano_dir_Convention_européenne_des_droits_de_l'homme_et_droit_de_l'entreprise_NemesisAnth) (05.12.2018)281, dipnot 46'dan naklen; Sébastien BESSON, *Arbitration and Human Rights*, 2006, Volume 24, Issue 3, ASA Bulletin, 395, 401.

15 LAMBERT, CHAINAIS (n 14) 281'den naklen; BESSON (n 14) 402; Bilgehan YEŞİLOVA, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Yayınevi, İzmir 2008, 141-142. Bu görüş hakkında bkz. KAYALI (n 31) 29.

16 François KNOEPFLER, *Les Droits de L'Homme et L'Arbitrage*, Swisslex RSDIE 2007, 463, 467 ve atf yapılan yazarlar özellikle Pierre Lambert.

Ancak konuyu şekli açıdan değerlendiren bazı yazarlar, tahkimin devlet tarafından kabul edilmesinin, hatta kontrol edilmesinin ve hakemlerin yargısal fonksiyon yerine getirmesinin, hakemlerin yetkilerini taraf iradesinden aldığı gerçeğini değiştirmeyeceğini ileri sürmektedirler (Charles JAROSSON, *L'arbitrage et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*,1989/4, Revue de l'Arbitrage, 573, 579). Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin, hakem mahkemesi üyelerinin taraflarca seçilmesi nedeniyle “kanunla kurulmuş mahkeme” kapsamına girmeyeceği (ATF 112 Ia 166); anayasa ve uluslararası anlaşmalar gereği herkesin kanunla kurulmuş bir mahkemede dava açma hakkı bulunduğu ancak tahkim anlaşması yapmak suretiyle bu haktan feragat edilebileceği (ATF 128 III 50) dolayısıyla AİHS m. 6'nın tahkim mahkemeleri açısından uygulanmayacağı yönünde kararları bulunmaktadır (KNOEPFLER (n 16) 469'dan naklen).

Kanaatimizce tahkimin, devletlerin hukuk sistemlerinde buna imkân veren düzenlemeler ve bu düzenlemelerle çizilen sınırlar içinde gerçekleşen bir yargı mekanizması olması, “kanunla kurulan mahkeme” kriterine uygunluk açısından yeterli görülmelidir. Gerçekten de, hakemlerin mahkemeler gibi yargılama faaliyeti yerine getirmesine, hakem kararlarının kendi mahkemeleri tarafından denetlenmesine ve bu kararların mahkeme kararları gibi sonuç doğurmasına imkân veren, devletlerin hukuk sistemlerinde yer alan düzenlemelerdir. CAS da bu anlamda İsviçre Hukuku çerçevesinde kurulmuş ve faaliyet gösteren, kararlarına karşı İsviçre Federal Mahkemesi’ne başvuru imkânı tanınmış olan bir yargı merciidir. Dolayısıyla tahkimin iradi niteliğinden ve hakemlerin taraflarca seçilmesinden hareketle, tahkim kurumlarının AİHS m.6 anlamında kanunla kurulmuş mahkeme kriterine uymadığı sonucuna ulaşılmamalıdır.

## B. Tahkim Anlaşması ile AİHS m.6’nın Sağladığı Güvencelerden Vazgeçilmiş Olur mu?

AİHM içtihadında, bireylerin mahkemeye başvurma hakkından, dolayısıyla AİHS m.6 ile “mahkemelerde” yapılan yargılamalarda taraflara sağlanan adil yargılanma hakkından (bu hakkın bazı unsurlarından) feragat edilebileceği; ancak bunun için, feragatin herhangi bir yasal zorunluluk veya baskı olmaksızın yapılması gerektiği; aksi takdirde AİHS m.6’nın ihlal edilmiş olacağı kabul edilmektedir<sup>17</sup>. Benzer şekilde, tahkim anlaşması yapmak suretiyle mahkemeye başvurma hakkından feragat edildiğinin; dolayısıyla AİHS m. 6’nın ihlal edilmediğinin kabul edilebilmesi için tahkim anlaşmasının *serbest irade* ile yasal bir zorunluluk veya baskı olmadan yapılmış olması gerekir<sup>18</sup>. Dolayısıyla tarafların serbest iradesine dayanmayan, kanun gereği zorunlu kılınmış bir tahkim<sup>19</sup> söz konusu ise, AİHS m. 6 ile öngörülen teminatlarla bu tahkim yargılamasında da uyulması gerekir<sup>20</sup>.

AİHM içtihadı ile ortaya konulan bu prensipler, *Pechstein* Davasında da tekrarlanmış ve tahkimin kanun gereği zorunlu kılındığı, taraflara başka bir yargı yoluna başvurma olanağı tanınmadığı durumlarda tahkim yargılamasında m.6/f.1’deki teminatların

17 Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler* (4.Bası, Beta, İstanbul 2013), 154-155.

18 İNCEOĞLU (n 17) 154; Adam SAMUEL, *Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights*, (2004, Volume 21 Issue 5) Journal of International Arbitration, 413, 419.

AİHM tarafından *Deweer* davasında (*Deweer v. Belgium, Application no.6903/75, 27 February 1980*, paragraf 49) verilen kararda, mahkemeye başvurma hakkının mutlak olmadığı, bazı koşullarla bu haktan vazgeçilebileceği; tahkim anlaşması yapılmasının vazgeçme anlamına geldiği, bunun prensip olarak Sözleşme ile yasaklanmadığı, ancak vazgeçme iradesinin herhangi bir baskı olmaksızın (*absence of constraint*) ortaya konulması gerektiği ifade edilmiştir.

19 Tahkim, irade serbesti çerçevesinde oluşan ve işleyen bir uyumsuzluk çözüm yöntemi olduğu için, tarafların iradesi dışında başvuru yöntemleri “tahkim” olarak adlandırmak yerinde değildir. Bu tür mekanizmalar, belirli uyumsuzlukların çözümü için oluşturulmuş “özel yetkili mahkemeler” gibi değerlendirilmelidir. Ancak Türk Hukukunda olduğu gibi bazı ülke hukuk sistemlerinde de belirli açılardan tahkim yargılamasına özgü kuralların uygulanacağı “zorunlu tahkim” adı altında yargı mercii örneklerine rastlanmaktadır (Bu konuda bkz. Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, 4.Baskı, Vedat, İstanbul 2016, 6; Nuray EKŞİ, *Spor Tahkim Hukuku*, Beta İstanbul 2015,139-140; JAROSSON (n 16) 581-582).

20 Application No. 28101/95 *Nordström-Janzo and Nordström-Lehtine v. the Netherlands*, paragraf 32.

sağlanması gerektiği; ihtiyari tahkimde ise tarafların tahkim anlaşması yapmak suretiyle m.6 ile sağlanan usuli teminatlardan<sup>21</sup> vazgeçmiş sayılacakları, ancak bu vazgeçmenin geçerli olabilmesi için tahkim iradesinin serbestçe, meşru bir şekilde ve tereddütsüz ortaya konulması gerektiği vurgulanmıştır<sup>22</sup>.

Nitekim doktrinde de AİHS m.6'nın zorunlu yani *kanun ile empoze edilen tahkim* açısından doğrudan uygulanacağı<sup>23</sup> kabul edilmektedir. Gerçekten de kanunen belirli uyuşmazlıkların çözülmesi için oluşturulmuş ve tarafların söz konusu uyuşmazlığın çözümü için başvurmak zorunda oldukları *özel mahkeme*<sup>24</sup> niteliği taşıyan zorunlu tahkim kurumları, bir nevi mahkeme (devlet yargısı) işlevi gördüğünden<sup>25</sup>, AİHS m. 6'nın *zorunlu* tahkim kurumları açısından *doğrudan* uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

Diğer yandan, ihtiyari tahkim açısından AİHS m.6'nın ihlal edilmemiş sayılması için (tahkim iradesinin serbestçe ve tereddütsüz açıklanması gereği dışında) hakem kararının *mahkeme* tarafından denetiminin sağlanması<sup>26</sup> ve bu denetimin etkin bir şekilde yerine getirilmesi de gerekli görülmektedir<sup>27</sup>. Devlet mahkemeleri tarafından yapılan bu denetimde, hakemlerin AİHS m. 6 ile öngörülen teminatlara uygun hareket edip etmediklerinin incelenmesi ve tahkime ilişkin yasal düzenlemelerde bu denetimin yapılmasına olanak sağlayacak hükümlere yer verilmesi gerektiği<sup>28</sup>; bugün birçok ülke mevzuatında yer alan “kamu düzenine aykırılık” gerekçesinin bu anlamda kullanılabilmesi kabul edilmektedir<sup>29</sup>.

21 AİHM içtihadında, AİHS m. 6 ile teminat altına alınan hakların bazılarının (aleni duruşma yapılması gibi) tahkimin niteliği ile bağdaşmadığı; dolayısıyla tahkim anlaşması yapılması ile sadece bu tür haklardan feragat edilmiş olacağı kabul edilmektedir (Application No. 28101/95 *Nordström-Janzo and Nordström-Lehtine v. the Netherlands*; Application no. 31737/96 *SUOVANIEMI and others v. Finland*, 23 February 1999).

22 Karar paragraf 96-97 ve paragraf 103.

23 BESSON (n 14) 398; KNOEPFLER (n 16) 465; SAMUEL (n 18) 432.

24 KNOEPFLER (n 16) 465.

25 BESSON, (n 14) 398; Klara SVOBODOVA, *Application of the Article 6(1) of the ECHR in International Commercial Arbitration*, [https://dfkonline.sze.hu/images/egyedi/doktori/%C3%A111\\_%C3%A9s\\_jog\\_alap\\_%C3%A9rt%C3%A9kei\\_2010/2.%20k%C3%B6t%20k%C3%A1r.pdf\(01.06.2018\) 110](https://dfkonline.sze.hu/images/egyedi/doktori/%C3%A111_%C3%A9s_jog_alap_%C3%A9rt%C3%A9kei_2010/2.%20k%C3%B6t%20k%C3%A1r.pdf(01.06.2018) 110); SAMUEL (n 18) 41.

26 Hakem kararlarının mahkemeler tarafından denetimi iki şekilde olmaktadır: Tahkim yeri mahkemelerinin, hakem kararı aleyhine açılan iptal davası dolayısıyla yaptıkları denetim ve hakem kararının yabancı bir ülkede yerine getirilmesi amacıyla açılan tenfiz davalarında tenfiz hâkimi tarafından yapılan denetim.

27 Application No. 28101/95 *Nordström-Janzo and Nordström-Lehtine v. the Netherlands*.

28 KNOEPFLER (n 16) 469.

29 AİHM Komisyonu, 1995 yılında verdiği bir kararda, *hakem kararlarının hangi gerekçelerle iptal edileceğinin AİHS'e taraf devletlerin mevzuatında farklı şekillerde düzenlenebileceğini; âkit devletlerden AİHS m. 6 ile öngörülen teminatlara uyulmamasını bir iptal sebebi olarak öngörmesinin beklenemeyeceğini zira bu teminatlardan bazılarının (örneğin aleni duruşma) tahkimin niteliği ile bağdaşmadığını belirtmiş; somut davada Hollanda Hukukunda kamu düzenine aykırılığın bir iptal sebebi olarak düzenlendiğini; nitekim hakemlerden birinin tarafsız ve bağımsız olmasının bu gerekçe ile iptal başvurusu yapılmasına olanak sağladığını ve somut olayda da bu başvurunun yapıldığını; ancak hakemin gerçekten tarafsız ve bağımsız olmadığı ispat edilemediği için bu başvurunun reddedildiğini tespit ederek AİHS m. 6/1 açısından bir ihlal olmadığına karar vermiştir (Application No. 28101/95 *Nordström-Janzo and Nordström-Lehtine v. the Netherlands*). AİHM'in konuya ilişkin içtihadı hakkında bkz. CHAINAIS (n 14) 282-283. Türk Hukukunda da, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 5 anlamında “Türk kamu düzeni” kavramının “milletlerarası kamu düzenini” içerecek şekilde anlaşılması gerektiği ve bu bağlamda özellikle AİHS hükümlerine ve bu Sözleşme çerçevesinde geliştirilen AİHM içtihadına aykırı nitelik taşıyan yabancı hukuk hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmektedir (Cemal ŞANLI/ Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7.Bası, Beta, 2019, dipnot 137).*

Gerçekten de tahkim yargılamasında AİHS m.6'nın ihlal edilmiş olması doğrudan bir iptal sebebi oluşturmasa da, bu madde ile öngörülen adil yargılanma hakkına ilişkin ilkeler *kamu düzeninden* olduğu için bunlar ihlal edilerek verilen hakem kararı aleyhine kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle iptal davası açılabileceği kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

Sonuç olarak, tahkim yargılamasının yapıldığı yer mahkemelerinin (iptal davası dolayısıyla) ve hakem kararının tenfiz edileceği ülkenin mahkemelerinin (tenfiz davası dolayısıyla), bir hakem kararının kendi ülkelerinde icra edilebilirliği konusunda karar verirken, söz konusu hakem kararının verildiği tahkim yargılamasında AİHS m.6 ile öngörülen teminatlara uyulup uyulmadığını kontrol etmeleri ve herhangi bir ihlalin varlığı halinde kararın kendi ülkelerinde yerine getirilmesine engel olmaları gerekir. Aksi halde söz konusu mahkemelerin bağlı olduğu devletlerin AİHS çerçevesinde sorumluluğu söz konusu olur. Dolayısıyla her ne kadar AİHM, tahkim yargılamasında m.6'nın ihlali açısından *doğrudan* bir denetim yapmasa da tahkim yargılaması sonucunda verilen kararın icrası konusunda karar verecek olan devlet mahkemelerinin bu konudaki denetimi etkin bir şekilde yapıp yapmadıkları açısından bir inceleme yapabilmektedir<sup>31</sup>. Bu durum AİHS m.6'nın tahkim yargılamaları açısından *dolaylı olarak* uygulandığı şeklinde yorumlanmaktadır<sup>32</sup>.

Nitekim *Pechstein* Davasında, Davalı İsviçre Hükümeti, CAS'ın devletten bağımsız bir organizasyonu ve kuralları olduğunu, CAS'ın bir eksikliği dolayısıyla İsviçre Devletinin sorumluluğuna gidilemeyeceğini, dolayısıyla m.6'nın CAS'ta yapılan yargılamalar açısından uygulanmayacağını ileri sürmekle birlikte İsviçre mevzuatı uyarınca CAS kararları Federal Mahkeme tarafından kontrol edildiğinden, CAS'ın AİHS m.6'da yer alan usuli teminatlara uymak durumunda kaldığını; bu yüzden AİHS m.6'nın CAS'ta gerçekleşen yargılamalarda *dolaylı olarak* uygulanacağını; eğer Federal Mahkeme, kararı kontrol yetkisi çerçevesinde bu teminatlara uygunluk açısından gerekli denetimi yapmamış ve eksiklikleri gidermeyi unutmussa İsviçre Devletinin sorumlu olacağını belirtmiştir<sup>33</sup>.

AİHM ise bu konuda şöyle bir değerlendirme yapmıştır: CAS, bir devlet mahkemesi veya resmi kurum niteliğinde olmayıp özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş

30 Nathalie VOSER / Benjamin GOTTLIEB, *How the European Court for Human Rights Interferes in (Sports) Arbitration*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/19/how-the-european-court-for-human-rights-interferes-in-sports-arbitration/> (09.04.2019). Ancak doktrinde, *doğrudan* hakemlerin bu teminatlara uyma yükümlülüklerinin olduğunu kabul etmenin tutarlılık açısından zorunlu olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır (CHAINAIS (n 14) 282-283).

31 Nitekim AİHM Komisyonu, ihtiyari tahkimde AİHS'nin, sadece *tahkim yargılamasında müdahale eden mahkemeler* açısından uygulama alanı bulacağını kabul etmiştir (Application no: 10881/84, *R. c. Suisse*, 4.03.1987, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-79128%22%7D>). Ayrıca bkz. KNOEPFLER (n 16) 468; YEŞİLOVA (n 15) 158; Didem KAYALI, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Seçkin, Ankara 2015, 27.

32 KNOEPFLER (n 16) 468-469; CHAINAIS (n 14) 289; KAYALI (n 31) 27.

33 Karar paragraf 54. Doktrinde de İsviçre Federal Mahkemesi'nin AİHS hükümleri ihlal edilerek verilen CAS kararlarını iptal etmemesinin İsviçre devletinin sorumluluğuna yol açtığı kabul edilmektedir (EKŞİ (n 19) 672-673 ve dipnot 922-923'de referans yapılan LUKOMSKI).

Konsey<sup>34</sup>'e bağlı bir tahkim kurumudur. Ancak AİHM'e yapılan başvurunun gerekçesi olan, hakem heyetinin *tarafsız/bağımsız olmaması ve yargılamanın usule aykırılığı* iddiaları, İsviçre MÖHK m. 190 ve 191<sup>35</sup> uyarınca iptal davasında Federal Mahkeme tarafından denetlenmesi gereken hususlardır. Federal Mahkeme, bu gerekçelerle yapılan başvuruyu reddetmek suretiyle hakem kararına İsviçre Hukuku açısından kesin hüküm etkisi tanımıştır. Dolayısıyla Federal Mahkeme bu açılardan gerekli denetimi yapmadı ise İsviçre Devletinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Mahkeme bu gerekçelerle söz konusu davada *kişi bakımından (rationae personae)* yetkisinin bulunduğunu kabul etmiştir<sup>36</sup>.

Görüldüğü gibi AİHM, kararın bu kısmında, CAS'ın ihtiyari veya zorunlu tahkim mercii olup olmaması ile ilgili bir değerlendirme yapmadan tahkim yargılamalarında İsviçre Devletinin AİHS anlamında sorumlu olabileceğini tespit etmiştir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi, AİHM içtihadında ve doktrinde, AİHS m.6'nın zorunlu tahkim açısından *bütünüyle ve doğrudan* uygulanması gerektiği; ihtiyari tahkimde ise tahkim anlaşması ile bu maddenin öngördüğü bazı teminatlardan vazgeçilmiş sayılacağı ve diğer teminatlar açısından da *dolaylı* olarak uygulanacağı kabul edildiğinden CAS tahkiminin ihtiyari mi zorunlu mu olduğunun tespiti gerekmektedir.

### C. CAS Zorunlu Bir Tahkim Mercii Midir?

CAS'ın yetkisinin özellikle sporcular açısından ihtiyari (*voluntary/iradi*) veya zorunlu (*compulsory*) olup olmadığını değerlendirebilmek için bu yetkilendirmenin temelini oluşturan *tahkim şartının* sporcu açısından hangi koşullarda kabul edildiğini incelemek gerekir.

Her şeyden önce şu tespiti yapmak gerekir ki, sporcunun taraf olduğu sportif uyumsuzluklarda karşı taraf (uyumsuzluğun diğer tarafı) genellikle ulusal veya uluslararası federasyon, IOC, WADA<sup>37</sup> gibi bir sportif kuruluş olmaktadır. Dolayısıyla uyumsuzluğun tarafları, federatif veya olimpik yapı piramidinin (*IOC-uluslararası*

34 Konsey hakkında bkz. aşağıda paragraf 64-68.

35 İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK) m. 190 hakem kararının hangi gerekçelerle iptal edilebileceğini sınırlı olarak belirlemiştir. Buna göre, hakem kararı,

- a- Tek hakem usule aykırı olarak atandı veya hakem heyeti usule aykırı olarak oluşturuldu ise,
- b- Hakem heyetinin yetkisi konusundaki kararı hukuka aykırı ise,
- c- Hakem heyeti, talepten fazlasına karar verdi veya talep edilen hususlarda karar vermeyi unuttu ise,
- d- Tarafları eşitliği ilkesine veya onların hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmesi ise,
- e- Hakem kararı kamu düzenine aykırı ise, iptal edilebilir.

Kanun'un 191. maddesi ise, iptal davasının sadece Federal Mahkeme'de açılabilceğini ve iptal davasında uygulanacak usulün Federal Mahkeme Kanunu m. 77'ye tabi olacağını öngörmektedir.

36 Mahkeme, uyumsuzluğun konu bakımından (*ratione materiae*) AİHS m. 6/f.1 kapsamına girip girmediğini, bu maddede öngörülen "medeni (civil) hak ve yükümlülükler" kavramına uygun bir konu olup olmadığını da incelemiş ve hakem kararı ile profesyonel sporcunun iki yıl müsabakalardan men edilmiş olmasının, onun mesleğini icra etme hakkı ile bağlantılı olduğunu, bu nedenle "civil" hakların söz konusu olduğunda tereddüt olmaması gerektiğini belirtmiştir (karar paragraf 58).

37 *World Anti-Doping Agency* (Dünya Dopingle Mücadele Ajansı). WADA hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.wada-ama.org>.

*federasyon-ulusal federasyon-kulüp*) farklı seviyelerinde yer alan, aralarında alt-üst (bağlılık) ilişkisi bulunan dolayısıyla eşit konumda olmayan kişi ve kurumlardır<sup>38</sup>.

Bu eşitsizlik, tahkime başvurma iradesinin varlığı ve ifade edilmesi açısından da kendini göstermekte ve CAS tahkimi, bu yapıda daha üstte yer alan kuruluşlar (federasyon, IOC gibi) tarafından, kendilerinden daha altta yer alan kişilere (sporcu-kulüp) dayatılmaktadır. Gerçekten de sporcuların CAS tahkimini öngören tahkim şartını kabul etmeleri genellikle iki şekilde gerçekleşmektedir. İlk olasılık, sporcuya verilen lisanslarda veya sporcunun bir uluslararası müsabakaya katılmak için imzalamak zorunda olduğu müsabaka kayıt formlarında doğrudan CAS tahkiminin kabul edildiğine dair şartlara yer verilmesidir. İkinci olasılıkta ise, lisansla veya müsabaka kayıt formunda, sporcunun bağlı olduğu uluslararası federasyonun kurallarına uymayı taahhüt ettiğine dair ibarelere yer verilir ve CAS tahkimi, bu şekilde kendisine referans yapılan uluslararası federasyonun statüsünde öngörülür<sup>39</sup>.

Dolayısıyla bir federasyona bağlı olarak lisanslı oyuncu olabilmek veya federasyonun düzenlediği bir şampiyonaya veya uluslararası müsabakaya katılmak isteyen sporcu, federasyonun kendisine dayattığı koşulları ve bunlar arasında yer alan ve o şampiyona veya müsabaka esnasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar açısından CAS'a yetki veren tahkim şartını kabul etmek zorundadır; aksi takdirde, lisans alması veya müsabakaya katılması mümkün değildir<sup>40</sup>.

Nitekim *Pechstein* Davasında da, uluslararası federasyonun (ISU) statüsünde, disiplin komitesi kararlarına karşı CAS'a temyiz başvurusunda bulunulabileceği öngörülmüş (m. 25/f.1) ve federasyona bağlı tüm sporcuların, federasyon ile ilgili uyuşmazlıklarda nihai ve bağlayıcı karar verme yetkisinin CAS'a ait olduğunu kabul ettiklerine dair bir hükme ( m. 131) yer verilmişti. Diğer yandan sporcuya imzalatılan sporcu kabul formunda (*athletes' admission form*) da, federasyon ile ilgili tüm uyuşmazlıkların münhasıran ve nihai olarak CAS tarafından çözümleneceği öngörülmüştü<sup>41</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi, bir profesyonel tenisçi (*Canas*) ile ilgili olarak 2007 yılında vermiş olduğu bir kararında<sup>42</sup> bu konu ile ilgili olarak ilginç ve kanaatimizce yerinde tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme, rekabet sporunun, gerek ulusal gerekse uluslararası seviyede, çok hiyerarşik bir yapıya sahip olduğunu;

38 Federatif ve olimpiik yapıya dahil kişi ve kuruluşlar ve bunlar arasındaki ilişkilerin niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.7-22.

39 ÖZDEMİR KOCASAKAL (n 38) 150-151.

40 ÖZDEMİR KOCASAKAL (n 38) 150; Mertcan İPEK, *Pechstein v. International Skating Union – Court Of Arbitration For Sport At The Target*, C. 22, S.1, MÜHF-HAD, 511, 514.

41 Karar paragraf 50.

42 ATF 133 III 235, 22 Mars 2007, paragraf 4.3.2.2. [http://relevancy.bger.ch/php/cliir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show\\_document&highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F133-III-235%3Ade](http://relevancy.bger.ch/php/cliir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F133-III-235%3Ade).

yatay bir düzlemde kurulan sözleşmesel ilişkilerle, dikey bir düzlemde gerçekleşen sporcularla federasyonlar arasındaki ilişkilerin bu açıdan farklılık gösterdiğini; uluslararası ticarete ilişkin sözleşmelerde, taraflardan her birinin serbestçe iradesini ortaya koyduğunu ve diğer tarafa tabi olmadığını, oysa sporcuların federasyonların koydukları kurallara uymak durumunda olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, bir sporcunun, bağlı olduğu federasyon tarafından düzenlenen uluslararası bir müsabakaya katılmak istediğinde, o federasyonun statüsünde yer alan ve CAS tahkimini öngören şartı da kabul etmek dışında bir seçeneği olmadığını belirttiikten sonra, sporcunun böyle bir durumda kaldığı ikilemi güzel bir örnekle ortaya koymuştur: *Tahkime razı olmak veya sporu amatör olarak yapmak. Tahkim şartını kabul etmek veya sporu, kendi bahçesinde veya müsabakaları televizyondan izleyerek yapmak. Gerçek rakiplerle karşılaşmak isteyen veya tek gelir kaynağı (ödül, reklam gelirleri vs) sportif faaliyet olan profesyonel sporcular, istemeyerek de olsa tahkim şartını kabul etmek zorundadırlar*<sup>43</sup>.

Görüldüğü gibi, spor federasyonları, statülerine koydukları hükümlerle, o federasyonun düzenlediği müsabakalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla (CAS) çözümleneceğini öngörmekte; sporcu ise, müsabaka kayıt formunda federasyonun kurallarına uymayı taahhüt etmekte, böylece *gerçek* bir iradesi olmadığı halde, müsabakaya katılabilmek için CAS tahkim şartını kabul etmek zorunda kalmaktadır. CAS'ın bu şekilde *zorunlu* tahkim niteliği daha çok disiplin uyuşmazlıkları çerçevesinde karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmesel uyuşmazlıklarda taraflar (örneğin, kulüp-sporcu/teknik direktör) arasındaki sözleşme ile CAS'ın yetkisi kabul edildiği için zorunlu değil ihtiyari tahkim söz konusudur.

CAS tahkiminin sporcular açısından zorunlu olup olmadığı konusunda *Pechstein* ile İsviçre Hükümeti'nin iddia ve savunmaları şu şekilde idi:

İsviçre Hükümeti, AİHS m. 6/f.1 ile öngörülen hakların mutlak olmadığını, bu haklardan tahkim lehine vazgeçilebileceğini ancak bunun için tahkim konusundaki iradenin serbest ve net (*sans equivoque*) bir şekilde ortaya konulması, yani tahkimin *kanun ile zorunlu kılınmamış olması ve vazgeçmenin baskı altında olmaması* gerektiğini belirtmiş<sup>44</sup> ve *Pechstein*'in, disiplin komitesinin ve CAS'ın yetkisini

43 Doktrinde aynı yönde yapılan değerlendirmeler için bkz. KNOEPFLER (n 16) 465; Antonio RIGOZZI, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing&Lichtenhahn, Bâle 2005, 179, 250; Antonio RIGOZZI / Fabrice Robert TISSOT, *Consent'in Sports Arbitration: Its Multiple Aspects, Lessons from the Canas decision, in particular with regard to provisional measures*, <https://lk-k.com/wp-content/uploads/2015/10/RIGOZZI-ROBERT-TISSOT-in-ASA-Special-Series-41-Sports-Arb.-A-Coach-for-Other-Players-2015-Consent-in-Sports-Arb.-Its-Multiple-Aspects-pp.-59-94.pdf> (05.09.2019) 59 vd.; *The CAS List of Arbitrators: Lessons from the Pechstein case for Tokyo 2020*,

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/01/06/booked-sports-arbitration/>.

Ancak Federal Mahkeme, *Canas* Kararında (paragraf 4.3.2.2), sporcular ile uluslararası federasyonlar arasındaki bu eşitsizliği sporcunun CAS kararına karşı iptal davası açma hakkından feragat ettiğine dair beyanları geçersiz sayarak telafi etmiştir (RIGOZZI/ TISSOT (n 43) 62- 63; Mathieu MAISONNEUVE, *Note: Claudia Pechstein v. International Skating Union (ISU), Higher Regional Court of Munich, Az. U 1110/14 Kart, 15 January 2015*, 3-2015, *Revue de l'Arbitrage* (909-921), 911).

44 Karar paragraf 77.

kabul ettiğini gösteren bir beyanname imzaladığını, tahkim anlaşmasına kendi isteği ile katıldığını; eğer müsabakaya katılmak için tahkim şartını imzalamak *zorunda kaldığı* doğru ise bunu beyannameyi imzalarken veya bir mahkemeye başvurarak ileri sürebileceğini fakat bunları yapmadığını; tarafların eşit olmamasının (sportif müsabakaya katılan ve bu müsabakayı organize eden taraflar) kendiliğinden tahkim anlaşmasını geçersiz hale getirmediğini; sporcunun tahkim anlaşmasını baskı altında imzalamadığını; kaldı ki hakem kararı aleyhine başvuru imkanının da bulunduğu belirtilmiştir<sup>45</sup>.

*Pechstein* ise, AİHS m. 6 ile öngörülen usulî teminatlardan tahkim anlaşması yaparak feragat edilebilmesi için tahkime *serbest irade* ile rıza gösterilmesi gerektiğini; uluslararası federasyonların sahip oldukları tekeli, sporcuları tahkime zorlamak için kullandıklarını; aksi halde sporcuların uluslararası müsabakalara katılmalarının mümkün olmadığını; Hükümetin ileri sürdüğü gibi, tahkim şartını kabul etmeme ve mahkemelere başvurma olanağının bulunmadığını; mahkemeye başvurulsa ve mahkeme süresinde karar verse dahi bu kararın sadece kararın verildiği ülkede geçerli olacağını, oysa müsabakaların çok farklı ülkelerde gerçekleştiğini; Federal Mahkemenin de, sportif tahkimde sporcuların tahkim şartını kabul etmekten başka seçeneklerinin bulunmadığını kabul ettiğini; sonuç olarak *tahkim şartını baskı altında kabul ettiğini*, bu nedenle AİHS m.6/f.1’ de yer alan usulî teminatların kendisi hakkında yapılan CAS yargılaması açısından uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür.

AİHM ise, Hükümetin CAS’ın kuruluş amacı ve sağladığı fonksiyona ilişkin açıklamalarına katıldığını ve sportif uyuşmazlıkların devlet yargısı dışında çözümlenmesinin ve bu kararlara karşı sınırlı da olsa devlet yargısına başvurma olanağı tanınmasının bu konuda uygun bir çözüm şekli olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme, sporcunun ISU tarafından organize edilen müsabakalara katılabilmesi için tahkim şartını kabul etmek zorunda olduğunu, bunu İsviçre Hükümetinin ve Federal Mahkemenin de kabul ettiğini belirttikten sonra sporcuya, tahkim şartını kabul etmesi veya etmemesi halinde bir müsabaka yerine diğerine katılma seçeneğinin sunulmadığını; sunulan tek seçeneğin, *tahkim şartını kabul etmek ve böylece hayatını kazanacağı sportif faaliyetini uluslararası düzeyde icra etmek veya tahkim şartını kabul etmemek ve sportif faaliyeti bu düzeyde hayatını kazanacak şekilde icra etmekten vazgeçmek* olduğunu, dolayısıyla tahkim şartını kabul etmemesi halinde sporcunun meslek hayatına yönelik önemli bir kısıtlamaya maruz kalacağını; bu nedenle tahkim

---

45 Karar paragraf 86-87.



şartını serbestçe ve tereddütsüz kabul ettiğinin söylenemeyeceğini ifade etmiştir<sup>46</sup>.

Mahkeme, bu nedenlerle her ne kadar *kanunla değil de ISU düzenlemesi ile öngörülmesi olsa da*, CAS'a yetki veren tahkim şartının sporcu tarafından kabul edilmesinin, AİHM içtihadında kabul edilen *zorunlu tahkimin* özelliklerini taşıdığını; bu nedenle AİHS m.6/f.1' de yer alan usulî teminatlarla uyulması gerektiğini belirtmiştir<sup>47</sup>.

Mahkemenin bu değerlendirmesi doktrin tarafından da benimsenmekte, CAS tahkiminin *kanun ile empoze edilen tahkime benzediği*, bu nedenle AİHS m.6' daki teminatları taşıması gerektiği kabul edilmektedir<sup>48</sup>. Gerçekten de CAS'ın disiplin uyumsuzlukları açısından zorunlu tahkim mercii niteliği, İsviçre mevzuatından (veya başka bir ülkenin yasal düzenlemelerinden) değil uluslararası federasyonların veya IOC'nin ilgili düzenlemelerinden kaynaklanmaktadır<sup>49</sup>. Bu nedenle zorunlu tahkimde AİHM' nin denetim yetkisi ile ilgili yapılan tespitler CAS tahkimi için birebir uygulanamayacaktır. Şöyle ki, İsviçre Hukukunda yasal bir düzenleme ile CAS'ın zorunlu tahkim mercii olduğu kabul edilmiş olsa idi; CAS yargılamalarında AİHS m. 6'ya uygun hareket edilmemesinin İsviçre devletinin AİHS anlamında *doğrudan*

46 Karar paragraf 113-114.

*Pechstein*'in, ISU tarafından kendisine *dayatılan* tahkim şartını *gerçek* bir iradesi olmaksızın kabul etmesinin bu tahkim şartını geçersiz hale getirip getirmediği, *Pechstein* tarafından Almanya'da başlatılan yargı sürecinde ilk derece, istinaf ve temiz mahkemesinin üzerinde değerlendirme yaptığı bir konu olmuştur.

Münih Bölge Mahkemesi, tek el konumundaki uluslararası federasyonun, düzenlediği müsabakalara katılmak isteyen profesyonel sporcuları bu anlaşmayı imzalamak zorunda bıraktığı; dolayısıyla sporcuların serbest iradeleri ile kabul ettikleri bir tahkim anlaşması bulunmadığı gerekçesiyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ancak Mahkeme, *Pechstein*'in CAS yargılamasında tahkim anlaşmasının geçersizliği, dolayısıyla CAS'ın yetkisizliği konusunda bir itirazda bulunmamış olması (zaten CAS'a bizzat *Pechstein* başvurmuştu) gerekçesiyle CAS kararının *res judicata* olduğu sonucuna ulaşmıştır (WITTINGHOFFER/ SCHENK (n 2); MAISONNEUVE (n 43) 909-910).

Münih İstinaf Mahkemesi ise, tahkim şartının taraflardan birinin (ISU) iradesi doğrultusunda kabul edilmesinin, dolayısıyla sporcunun (*Pechstein*) gerçek bir iradesinin bulunmamasının *tek başına* tahkim şartının geçersizliğine yol açmayacağını belirtmiştir.

Alman Federal Mahkemesi, mahkeme yerine tahkime başurma konusunda tarafların anlaşabileceklerini; ancak bu konudaki iradenin serbestçe ortaya konulması gerektiğini belirtmiş ve sporcuların tahkim anlaşmasını *serbest iradeleri ile* yaptıklarını belirtmiştir (paragraf 52-53). Mahkemeye göre, serbest iradenin olmaması için fiziksel veya manevi (*mental*) şiddet altında yapılması veya hile olması gerekir. Somut olayda sporcu, dünya şampiyonasına katılabilmek için tahkim şartını kabul etmiştir. Sporcunun tehdit, hile, korku altında bu şartı kabul ettiği söylenemez (paragraf 54-55). Mahkeme, sporcunun uluslararası müsabakalara katılabilmek yani profesyonel sporcu olarak faaliyetlerine devam edebilmek için ISU'nun koyduğu şartları ve bu arada tahkim şartını kabul etmek zorunda olduğunu, kabul etmese idi müsabakalara katılmasına izin verilmeyeceğini, dolayısıyla mesleki faaliyetini yerine getirilmesi konusunda getirilmiş bir kısıtlama olduğunu (paragraf 56-58) vurgulamakla birlikte, uluslararası federasyonların otonom yapıları gereği kendi sporları ile ilgili kuralları koyma hakları olduğu ve bu bağlamda federasyonların kurallarının yeknesak bir şekilde uygulanmasını ve sporcuların eşitliğini sağlamaya yönelik düzenlemeler yapabilecekleri, özellikle doping alanında sporcular arasında eşitliğin sağlanması, yarışmaların adil bir şekilde yapılabilmesi ve dopingle mücadele kurallarının yeknesak şekilde uygulanabilmesi için uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözümlenmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir (paragraf 59). Mahkeme, sportif uyumsuzlukların tahkim yoluyla çözümlenmesinin hem sporcuların hem uluslararası federasyonların çıkarına olduğunu (paragraf 62) bu nedenle hâkim durumun kötüye kullanılmasından bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla aslında Federal Mahkeme, sporcunun tahkim şartını kabul etme konusunda gerçek iradesi olmadığını kabul etmesine rağmen, bu durumu CAS'ın yerine getirdiği önemli fonksiyonlarla (federasyonların kurallarının ve özellikle dopingle mücadeleyle ilişkin kuralların yeknesak bir şekilde uygulanması ve böylece sporcular arasında eşitliğin sağlanması) meşru hale getirerek tahkim anlaşmasının geçersiz olmadığını sonucuna ulaşmıştır.

47 Karar paragraf 115, paragraf 147.

48 KNOEPFLER (n 16) 466.

49 BESSON (n 14) 398. Bu nedenle yazar, CAS tahkiminin *compulsory* değil *forced arbitration* olduğunu belirtmektedir.

sorumluluğunu gerektireceği çok açıktı. Ancak CAS, spor federasyonlarının veya IOC'nin kuralları çerçevesinde zorunlu tahkim mercii olarak kabul edildiği için İsviçre Devletinin bu anlamda doğrudan sorumluluğuna gitme konusunda tereddüt duyulabilir. Öte yandan CAS'ın İsviçre'de bir tahkim kurumu olarak faaliyet göstermesine izin verilmesi ve CAS kararlarının Federal Mahkeme tarafından denetlenmesine imkân tanınması suretiyle, İsviçre Devletinin bu kurumun kendi hukuk sistemine entegre olmasına izin verdiği hususu da göz önünde bulundurulmalıdır. Sonuç olarak, İsviçre Devletinin kendi mevzuatı ile öngördüğü bir zorunlu tahkim mercii olmadığı için CAS yargılamalarında AİHS m. 6/f.1'in ihlal edilmesi halinde *doğrudan* sorumluluğuna gidilemese bile, en azından ihtiyari tahkimde olduğu gibi *dolaylı* sorumluluğunun söz konusu olacağı konusunda tereddüt duyulmamalıdır.

Sportif uyuşmazlıklar açısından CAS'ın *zorunlu tahkim mercii* olarak öngörülmesinin, sportif uyuşmazlıklara özgü iki gerekçesi bulunmaktadır: yeknesaklık ve eşitlik<sup>50</sup>. Gerçekten de uluslararası federasyonlar tarafından hazırlanan sportif kuralların yeknesak bir şekilde uygulanabilmesi ve aynı federasyona bağlı tüm sporcular açısından eşitliğin sağlanabilmesi için uyuşmazlıkların aynı mercii tarafından çözümlenmesi önemlidir. Uyuşmazlıkların farklı mercii tarafından çözümlenmesi, yeknesaklığı ve dolayısıyla sporcular açısından eşitliği bozabilecektir.

Nitekim *Pechstein* davasında İsviçre Hükümeti tarafından yapılan savunmada, CAS'ın sportif uyuşmazlıklar açısından taşıdığı önem ve zorunlu tahkim mercii olmasının gerekçeleri üzerinde durulmuştur. Savunmada özellikle uluslararası boyut taşıyan sportif uyuşmazlıkların İsviçre MÖHK m. 190/f.2'de yer alan usulî garantilere uygun bir şekilde, uzman bir yargı merciiinde, hızlı, ekonomik ve gerektiğinde gizli olarak çözümlenmesinin önemli olduğu; uluslararası müsabakalar açısından tahkim şartının müsabakaya katılan tüm sporcularla bireysel olarak müzakeresinin mümkün olmadığı, zira bu müsabakaların çok farklı ülkelerde, farklı ülkelerde merkezi olan kuruluşlar tarafından organize edildiği ve çok farklı ülkelere sporcuların katıldığı; bu müsabakalar çerçevesinde ortaya çıkacak uyuşmazlıkların yeknesak bir şekilde çözüme kavuşturulması mümkün olmazsa tüm aktörler için ciddi sorunların ortaya çıkacağı ve hukuk güvenliğinin ihlal edileceği belirtilmiştir<sup>51</sup>.

CAS'ın, uluslararası federasyonlar tarafından konulan kuralların yeknesak ve sporcular açısından eşitliği sağlayacak şekilde uygulanması gibi, spor hukuku açısından önemli görülen menfaatlere hizmet ettiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu durumun sporcuların aleyhine olmaması için, yapısal olarak CAS'ın federasyonların çıkarlarını korumaya hizmet etmemesi, sporcuların aleyhine bir oluşum

50 Münih İstinaf Mahkemesinin *Pechstein* Davası ile ilgili olarak verdiği kararda (paragraf 89) bu yönde tespitleri ile ilgili değerlendirme için bkz. MAISONNEUVE (n 43) 911; İPEK (n 40) 515.

51 Karar paragraf 78.

içinde olmaması gerektiği de açıktır<sup>52</sup>. Özellikle sportif uyuşmazlıkların sporcuların temel hakları ile ilgili olduğu dikkate alındığında, sporcuların kendi çıkarları yerine federasyonların çıkarlarını koruyan bir kurumun yetkisini kabul etmek suretiyle devlet mahkemelerine başvurmaktan vazgeçmeleri kabul edilemez<sup>53</sup>.

Aşağıda CAS'ın kurum olarak sporcuların aleyhine bir yapılanma içinde olup olmadığı, diğer bir ifadeyle tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii niteliği taşıyıp taşımadığı *Pechstein* tarafından bu konuda ileri sürülen iddialar çerçevesinde tespit edilmeye çalışılacaktır.

## II. CAS Tarafsız ve Bağımsız Bir Tahkim Mahkemesi Midir?

CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olup olmadığı konusunda bir değerlendirmede bulunabilmek için öncelikle bir yargı kurumunun tarafsız ve bağımsız olmasından kastedilenin ne olduğunu ortaya koymak gerekir. Yargılama yapan makamın tarafsız ve bağımsız olmaması, AİHS m.6/f.1 uyarınca adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmektedir. AİHM'e bu gerekçe ile çok sayıda başvuru yapılmış ve AİHM bu konuda bir içtihat oluşturmuştur. CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir tahkim mahkemesi olup olmadığını bu içtihat çerçevesinde ele almak uygun olacaktır.

### A. Bir Yargı Organının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

Bir yargı organının bağımsızlığı, onun herhangi bir kişi veya organdan emir-talimat almaması, uyuşmazlık hakkındaki kararını etkileyecek veya baskı altında hissetmesine yol açabilecek herhangi bir ilişkisinin bulunmaması; yargılama yapma ve karar verme görevini tamamen özgür iradesi ve vicdani kanaati doğrultusunda gerçekleştirebilecek durumda olmasıdır<sup>54</sup>.

Devlete ait üç temel yetkiden biri olan yargılama yapma yetkisini devlet adına kullanan “mahkemeler” açısından bağımsızlık, devlete ait diğer yetkileri kullanan kişi/kurumlara karşı bağımsızlığı ifade eder. Bu çerçevede, mahkemenin bağımsızlığı, herhangi bir kişi, kurum veya organdan ve *özellikle yürütme ve yasama organından* emir-talimat almaması, onların baskısı altında kalmaksızın karar vermesi olarak tanımlanmaktadır<sup>55</sup>.

Tahkim kurumu, devletlerin, kendilerine ait olan yargılama yetkisinin resmi bir sıfatı olmayan “özel” kişiler tarafından kullanılmasına imkân vermeleri suretiyle gelişmiştir.

52 MAISONNEUVE (n 43) 912.

53 MAISONNEUVE (n 43) 916.

54 Süheyla BALKAR BOZKURT, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, On iki Levha, İstanbul 2016, 97-98, 115-116.

55 İNCEOĞLU (n 17) 166; BALKAR BOZKURT (n 54) 117.

Her devlet, kendi tekelinde olan bu yargı yetkisini hangi uyuşmazlıklar için, hangi sınırlar içinde bu özel kişilere devredeceğini, bu kişiler tarafından verilen kararların kendi hukuk sistemi içinde nasıl etki doğuracağını kendisi belirler. Dolayısıyla tahkim, bizzat devletlerin kendi hukuk sistemlerinde yaptıkları düzenlemelerle sınırlarını çizdikleri bir kurumdur. Diğer yandan, bir hukuki uyuşmazlığın mahkemeler yerine tahkim yoluyla çözümlenmesi için tarafların bu yönde iradelerine ihtiyaç vardır. Her ne kadar resmi sıfatı olmayan kişiler tarafından ve tarafların bu yöndeki iradelerinin varlığı halinde yerine getirilen bir faaliyet olsa da, nihayetinde hakemler, mahkemeler gibi, bir yargılama faaliyeti icra etmekte ve verdikleri kararlar ile taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmektedirler. Bu nedenle, yargı kurumunun bağımsızlığını sadece devlet mahkemeleri ile sınırlı yorumlamamak; benzer bir işlev yerine getiren “tahkim” yargılamasını yapan kişiler (hakemler) açısından da olması gereken bir nitelik olarak değerlendirilmelidir<sup>56</sup>.

Mahkemeler açısından bağımsızlık, yasama ve özellikle de yürütme organının müdahalesine karşı geliştirilmiş bir kavram iken, hakemlerin bağımsızlığı, genellikle tarafsızlık ile birlikte değerlendirilmekte ve hakemlerin uyuşmazlığın taraflarına karşı “bağımsız” olması gerekliliğinden bahsedilmektedir<sup>57</sup>. Zira hakemlerin yargılama yetkisi, kaynağını taraf iradesinden almakta; hakemleri seçen ve onlara ücret ödeyen de yine taraflar olmaktadır<sup>58</sup>.

Tarafsızlık kavramı ise, yargılama işlevini yerine getiren kişinin yargılamanın her iki tarafına karşı eşit mesafede durmasını, taraf tutmamasını; davanın tarafları veya uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak, davanın sonucunu etkileyecek bir önyargısının veya menfaatinin bulunmamasını ifade eder<sup>59</sup>. Görüldüğü gibi, bağımsızlık taraflarla hakem arasındaki ilişkileri esas alan daha çok somut olgulara dayanan bir kavramken, hakemin bir davadaki zihinsel durumunu esas alan tarafsızlık daha sübjektif bir kavramdır; bu nedenle ispatı daha zordur<sup>60</sup>.

AİHM, tarafsızlığı *sübjektif ve objektif* tarafsızlık olarak iki farklı açıdan değerlendirmektedir. Sübjektif (öznel) tarafsızlık, yargılama yapan kişinin *birey olarak* mevcut davadaki tarafsızlığını; davanın taraflarına karşı önyargılı ve taraflı bir tutum içinde olmamasını ifade eder<sup>61</sup>. Objektif (nesnel) tarafsızlık ise, yargılama yapan makamın *kurum olarak* kişide bıraktığı izlenimi (tarafsız görünüm) esas alır ve

56 Tarafsızlık ve bağımsızlık, yargılama faaliyetine (*jurisdiction*) o kadar sıkı şekilde bağlıdır ki, tahkimin özel bir yargılama faaliyeti olması, bu niteliğin hakemler açısından da uygulanması gereğini ortadan kaldırmaz. Yargılama faaliyetini yerine getiren kişi ister resmi ister özel kişi olsun tarafsız ve bağımsız olmak zorundadır (CHAINAIS (n 14) 310). Hakemlerin bağımsızlık yükümlülüğünün dayanağı konusunda ileri sürülen görüşler ve bunların ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. BALKAR BOZKURT (n 54) 9-50; KAYALI (n 31) 26-52.

57 BALKAR BOZKURT (n 54) 95-97, 117; KAYALI (n 31) 20.

58 BALKAR BOZKURT (n 54) 97.

59 İNCEOĞLU (n 17) 166,188; BALKAR BOZKURT (n 54) 104; YEŞİLOVA (n 15) 177; KAYALI (n 31) 22.

60 BALKAR BOZKURT (n 54) 105, 116.

61 İNCEOĞLU (n 17) 188.

bu anlamda tarafsızlığın sağlanabilmesi için söz konusu makamın hak arayanlara güven veren, tarafsız bir *görünüme* sahip olması, tarafsızlığı sağlamak için alınan önlemlerin söz konusu makamın tarafsızlığı konusunda *her türlü kuşkuyu kaldıracak nitelikte* olması gerekli görülür<sup>62</sup>. Objektif tarafsızlıkta önemli olan, yargılama yapan kişinin tarafsızlığına ilişkin meşru kaygıları (endişeleri) giderecek güvencelerin sunulmuş olması; tarafların adil yargılanma yapılacağına dair beklentilerinin *dış görünüş* olarak karşılanmış olmasıdır<sup>63</sup>. Başvuranın mahkemenin bağımsız olmadığına dair kuşkularının *objektif olarak doğrulanması*, bu kuşkuların *makul olduğunu gösteren belirtilerin bulunması* halinde mahkemenin görünümü açısından bağımsız olmadığı kabul edilmektedir<sup>64</sup>.

Yargılama yapan kişinin, sübjektif olarak tarafsız olup olmadığı yani dava ile ilgili önyargılarının olup olmadığı veya taraf tutup tutmadığının somut olarak ispat edilmesi çok kolay olmadığından, somut olarak kanıtlanmadığı sürece *tarafsız* olduğu karine olarak kabul edilmekte<sup>65</sup>; sübjektif taraflılık yerine, objektif taraflılığın yani “*tarafsız olmadığı izlenimi*” nin ispatı yeterli görülmektedir<sup>66</sup>.

AİHM, hakimlerin bağımsız olup olmadığı ile ilgili değerlendirme yaparken, *mahkeme üyelerinin niteliği, atanma ve görevden alınma şekli, görev süresi, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın olup olmadığı, dışarıdan gelecek müdahalelere karşı sahip olduğu güvenceler, bağımsız bir görünüm verip vermediği* gibi kriterlerden yararlanmakta<sup>67</sup> ve hakimlerin gerçekten bağımsız olmalarının yeterli olmadığını, bu kriterler çerçevesinde bağımsız olduklarının herkes tarafından tartışmasız (şüphesiz, tereddütsüz) bir şekilde görülmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>68</sup>.

AİHM içtihadı ile ortaya konulan bu prensipler Mahkeme'nin *Pechstein* Davasına ilişkin olarak verdiği kararda da tekrarlanmıştır. Gerçekten de Mahkeme,

Bir mahkemenin AİHS m.6 anlamında “bağımsız” olabilmesi için üyelerinin atanma şekli ve görev süresinin, dışarıdan gelen baskılara karşı koruyucu hükümlerin varlığının ve bağımsız bir görünüm verip vermediğinin (*apparence d'indépendance*) dikkate alınması gerektiğini<sup>69</sup>;

62 İNCEOĞLU (n 17) 188.

63 İNCEOĞLU (n 17) 190.

64 İNCEOĞLU (n 17) 178.

65 İNCEOĞLU (n 17) 189; Application no: 8588/79, 8589/79, *Bramelid and Malmström & Sweden*, 12. 12.1983, paragraf 34.

66 BALKAR BOZKURT (n 54) 106; YEŞİLOVA (n 15) 178.

67 İNCEOĞLU (n 17) 168.

68 AİHM, *Bramelid and Malmström & Sweden* davasında hakemlerin gerçekten bağımsız olmalarının yeterli olmadığını; aynı zamanda bağımsız olduklarının herkes tarafından tereddütsüz görülmesi gerektiğini belirtmiş ve adaletin sadece gerçekleşmesinin yeterli olmadığını, aynı zamanda gerçekleştiğinin görülmesi gerektiğini ifade eden İngiliz Hukuk deyiminin (*justice must not only be done; it must also be seen to be done*) AİHS m.6'nın temelinde yatan düşüncüyü ifade ettiğini vurgulamıştır (paragraf 35). Karar hakkında bkz. SAMUEL (n 18) 420.

69 Karar paragraf 140.

“Tarafsızlığın” ise, önyargının ve taraf tutmanın olmaması anlamına geldiğini; yerleşik AİHM içtihadında tarafsızlığın subjektif ve objektif açıdan değerlendirildiğini; subjektif değerlendirmenin, bir hâkimin kişisel inancını ve davranışını, hâkimin kişisel olarak taraf tutup tutmadığını veya önyargılı olup olmadığını esas aldığı; objektif değerlendirmede ise *mahkemenin oluşumu* dikkate alındığında tarafsızlığına yönelik tüm şüphelerin bertaraf edilmesinin gerekli görüldüğünü<sup>70</sup>;

Tarafsızlığın bu iki farklı yönünün her zaman kolay ayırdedilemeyeceğini; hâkimin subjektif olarak tarafı olduğunu ispat edecek delil bulunamadığında, objektif tarafsızlık şartının ilave bir garanti sağladığını<sup>71</sup>;

Bir İngiliz atasözünün (*justice must not only be done, it must also be seen to be done*) de söylediği gibi bu konuda “görünüm” ün de önemli olduğunu<sup>72</sup>;

Tahkim alanında hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı kavramlarının esnek bir şekilde uygulanması gerektiğini; zira tahkim sisteminin temelini karar verecek kişilerin veya bir bölümünün bizzat taraflarca seçilmesine dayandığını<sup>73</sup> belirtmiştir.

Aşağıda, AİHM’ nin bizzat *Pechstein* Davasına ilişkin kararında da tekrarladığı bu prensipler çerçevesinde CAS’ın tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olup olmadığı değerlendirilecektir.

## B. CAS Açısından Durumun İncelenmesi

CAS’ın tarafsız ve bağımsız bir yargı kurumu olup olmadığı, *Pechstein* tarafından AİHM’e yapılan başvuruda bu konuda ileri sürülen gerekçeler çerçevesinde incelenecektir. Yukarıda da açıklandığı gibi, *Pechstein*, gerek İsviçre’de Federal Mahkeme’ye gerekse AİHM’e başvurusunda hem kurum olarak CAS’ın tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olmadığını hem de somut olarak yargılama yapan hakem heyetindeki heyet başkanının tarafsız olmadığını iddia etmişti. Aşağıda bu iddialar ayrı ayrı ele alınacaktır.

### 1. CAS’ın Oluşumu (Yapılanması) İtibariyle Sporcuların Aleyhine Bir Yargı Kurumu Olması

*Pechstein*, CAS’ın kurum olarak sporcuların aleyhine bir yapılanma içinde olduğu iddiasını farklı gerekçelere dayanarak ileri sürmüştür. Aşağıda bu gerekçeler ayrı başlıklar altında incelenecektir.

<sup>70</sup> Karar paragraf 141.

<sup>71</sup> Karar paragraf 142.

<sup>72</sup> Karar paragraf 143.

<sup>73</sup> Karar paragraf 146.

## a. Uluslararası Federasyonların Hakimiyeti Altında Bir Yargı Kurumu Olması

Uluslararası Olimpiyat Komitesi (*International Olympic Committee/IOC*) ve uluslararası federasyonların hakimiyeti, bir yandan CAS'ın kendisine bağlı olarak faaliyet gösterdiği Konsey'in oluşumunda diğer yandan CAS'ta görev yapan hakemlerin belirlenmesinde kendisini göstermektedir.

### aa. Konsey'in Uluslararası Federasyonların Hakimiyeti Altında Olması

CAS, 1984 yılında ilk faaliyete geçtiği şekliyle, IOC tarafından finanse edilen, üyelerinin önemli bir bölümü IOC tarafından seçilen, statüsü IOC tarafından hazırlanan (ve gerektiğinde değiştirilen), dolayısıyla gerek yönetimi gerekse finansmanı bakımından IOC'ye bağlı bir yargı kurumu olarak örgütlenmişti<sup>74</sup>. CAS'ın IOC ile olan bu bağları, onun özellikle IOC'nin taraf olduğu uyuşmazlıklarda tarafsız kalamayacağı yönünde iddialara yol açmış; hatta İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında bu iddialara hak vererek, CAS'ın IOC'nin taraf olduğu uyuşmazlıklar açısından tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olarak kabul edilebilmesi için IOC ile olan idari ve finansal bağların kaldırılması gerektiğini vurgulamıştır<sup>75</sup>.

Bu çerçevede, 1994 yılında, IOC ile CAS arasındaki yapısal ve finansal bağımlılığı ortadan kaldırmaya yönelik değişiklikler yapılmış ve o tarihe kadar IOC tarafından yerine getirilen idari ve mali yükümlülükleri üstlenmek üzere Spor Tahkim Konseyi (*International Council of Arbitration for Sport/ ICAS*) adı altında bir vakıf kurulmuştur<sup>76</sup>.

Yirmi üst düzey hukukçudan oluşan Konsey üyeleri şu şekilde belirlenmektedir<sup>77</sup>:

Dört üye, uluslararası federasyonlar tarafından (üç tanesi uluslararası yaz olimpiik oyunlar federasyonları-*ASOIF*); bir tanesi uluslararası kış olimpiik oyunlar federasyonları -*AIWF*- olmak üzere), kendi üyeleri arasından veya dışarıdan;

Dört üye, Milli Olimpiyat Komiteleri Birliği (ANOC) tarafından, kendi üyeleri arasından veya dışarıdan;

74 <https://www.tas-cas.org/fr/informations-generales/historique-du-tas.html>.

75 TF 4P.217/1992, 15 mars 1993, *Gundel c.FEI*, Kararın özeti için bkz. Recueil I, s. 545-559; <https://www.tas-cas.org/fr/informations-generales/historique-du-tas.html>. Karar hakkında ayrıca bkz. RIGOZZI (n 43) 273-276.

76 Konsey hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL (n 38) 160-162; <https://www.tas-cas.org/fr/informations-generales/historique-du-tas.html>.

77 CAS Statüsü m. S4, 2004 versiyonu. Konsey'in yapısına ilişkin bu maddede daha sonra herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Dolayısıyla halihazırda yürürlükte olan 2019 versiyonunda da Konsey üyelerinin seçimine ilişkin bu madde aynen yer almaktadır. CAS'ın Statüsü için bkz. <https://www.tas-cas.org/en/icas/code-statutes-of-icas-and-cas.html>.

CAS'ın internet sitesinde ve CAS ile ilgili eserlerde, CAS'ın ve Konsey'in statüsüne ilişkin hükümlerle (*Statutes of ICAS and CAS*), CAS'ta yapılan tahkim yargılamalarında uygulanacak usulî kuralların (*Procedural Rules*) tamamı için Kod (Code) kavramı kullanılmaktadır. Dolayısıyla Kod, iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde (m.S1-S28 arası) CAS'ın ve Konsey'in statüsüne ilişkin hükümler; ikinci bölümde ise (m. R29-R70 arası) tahkim yargılamasında uygulanacak usulî hükümler yer almaktadır.

Dört üye, Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC) tarafından, kendi üyeleri arasından veya dışarıdan;

Dört üye, yukarıda belirtilen usullerde seçilen on iki Konsey üyesi tarafından, gerekli görüşler alındıktan sonra, *sporcuların çıkarlarını korumak amacıyla*;

Dört üye, yukarıda belirtilen usullerde seçilen on altı Konsey üyesi tarafından, diğer Konsey üyelerini belirleyen *kuruluşlardan bağımsız kişiler arasından* seçilir.

Görüldüğü gibi Konsey üyelerinin ilk on ikisi tamamen IOC ve ona bağlı uluslararası federasyonlar tarafından seçilmekte; kalan sekiz üyeyi de bu kişiler seçmektedir. Maddede, Konsey'in dört üyesinin, *sporcuların çıkarlarını korumak amacıyla* seçileceğinin belirtilmesi oldukça eleştiriye açıktır. Bu ifade, bir yandan bir kişinin bu amaçla nasıl seçilebileceğine dair soru işaretlerine yol açmakta; diğer yandan diğer üyelerin sporcuların çıkarlarını korumak amacıyla hareket etmeyeceği çıkarımında bulunmaya sebep olmaktadır. Son dört üyenin, ilk on iki üyeyi seçen sportif kuruluşlardan bağımsız kişiler arasından seçileceğinin öngörülmesi de, bu seçimi yapacak olan kişilerin bizatihi uluslararası federatif yapıya hâkim kuruluşlar tarafından seçilmiş olması karşısında yeterince güvence sağlayamamaktadır.

Sonuç olarak Konsey, IOC ve ona bağlı uluslararası federasyonların hakimiyetinde bir yapılanma içindedir. Sporcuların ve diğer sportif kişi ve kuruluşların (antrenör, teknik direktör, menajer, kulüp vs) temsilcilerinin Konsey'de yer alması mevcut yapı içinde mümkün görünmemektedir.

### **bb. Hakem Listesinin Konsey Tarafından Oluşturulması**

CAS tahkim kurumunun en önemli özelliklerinden biri, tahkim yargılamasında görev alacak hakemlerin mevcut bir listeden<sup>78</sup> seçilmek zorunda olması; listede yer almayan bir kişinin hakem olarak görev yapamayacak olmasıdır<sup>79</sup>. Kapalı liste uygulaması olarak ifade edilen bu durum, CAS'ın kuruluşundan bu yana eleştirilmiş<sup>80</sup>, ancak bugüne kadar değiştirilmesi yönünde bir adım atılmamıştır.

Hakem listesi, Konsey tarafından belirlenmektedir<sup>81</sup>. Statüye göre, Konsey bu listede yer alacak kişileri, Statü ile öngörülen nitelikleri<sup>82</sup> taşıyan ve isimleri kendisine

78 CAS'ta görev yapan hakemlerin (386 kişi) güncel listesi için bkz. <https://www.tas-cas.org/en/arbitration/liste-des-arbitres-liste-generale.html>. Futbol ile ilgili uyumsuzluklarda görev yapacak hakemler için ayrı bir liste (102 kişi) bulunmaktadır. Bkz. <https://www.tas-cas.org/en/arbitration/list-of-arbitrators-football-list.html>.

79 CAS Tahkim Kuralları m. R33/f2.

80 Bu eleştiriler hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL (n 38) 249-250; RIGOZZI (n 43) 278, 293-296.

81 CAS Statü m. S6, m. S13.

82 Statü'nün 2004 yılında yürürlükte olan versiyonunda, hakemlerin haiz olması gereken nitelikler, *hukuk eğitimi almış, spor hukuku ve/veya uluslararası tahkim konusunda yetkinliği ile tanınmış, genel olarak spor hakkında bilgi sahibi ve CAS'ın çalışma dillerinden birine hâkim olmak* olarak belirtilmiştir (CAS Statüsü m. S14). Aynı nitelikler Statü'nün 2019 versiyonunda da yer almaktadır.



önerilen kişiler arasından seçer. Listede yer alacak kişileri Konsey'e önerme yetkisi olan kuruluşlar ve bu kuruluşların hangi oranda öneride bulunacakları şu şekilde belirlenmiştir<sup>83</sup>:

1/5'i, IOC tarafından kendi üyeleri arasından veya dışarıdan önerilen kişiler arasından;

1/5'i, uluslararası federasyonlar (IFs) tarafından (kendi üyeleri arasından veya dışarıdan) önerilen kişiler arasından;

1/5'i, ulusal olimpiyat komiteleri tarafından (kendi üyeleri arasından veya dışarıdan) önerilen kişiler arasından;

1/5'i, uygun görülen araştırmalar yapıldıktan sonra, *sporcuların çıkarlarını korumak amacıyla* belirlenen kişiler arasından,

1/5'i bu maddeye göre hakem önerme yetkisine sahip kuruluşlardan *bağımsız kişiler arasından* seçilir<sup>84</sup>.

İşte Pechstein tarafından AIHM'e yapılan başvuruda, CAS Statüsündeki bu kurallar eleştirilmiş ve *hakemlerin, Konsey tarafından oluşturulan bir listeden seçilmek zorunda olduğu; listede yer alan hakemlerin büyük bölümünün federasyonlar tarafından seçildiği; listenin oluşumunun, federasyonlar karşısında sporcuların çıkarlarının dengeli bir şekilde temsiline olanak tanımadığı* ifade edilmiş ve *hakemlerin bu listeden seçilecek olmasının CAS'ın gerçek bir tahkim mahkemesi olarak kabul edilmesine engel olduğu; zira klasik tahkim yargılamasında tarafların hakemlerini serbestçe seçecekleri* belirtilmiştir<sup>85</sup>.

Pechstein'in bu iddialarına İsviçre Hükümeti tarafından verilen cevapta, *hakem listesinin taraflar için zorunlu olduğu; listenin sürekli güncellendiği ve geliştirildiği, listenin Konsey tarafından belirlenmesinin, hakemlerin federasyonlar lehine karar vermelerini gerektirmeyeceği; zira Konsey'in dengeli bir şekilde oluşturulduğu* ileri sürülmüştür<sup>86</sup>.

83 CAS Statüsü'nün AIHM'e başvuru yapıldığı tarihte (2010) yürürlükte olan 2004 versiyonu m. S14.

84 Statü'nün bu hükmü, 2012 yılında değiştirilmiş ve maddede yer alan oranlar kaldırılarak şu şekilde düzenlenmiştir: "*Konsey, özellikle IOC, uluslararası federasyonlar ve milli olimpiyat komiteleri tarafından isimleri ve nitelikleri kendisine bildirilen kişiler arasından seçer.*" Görüldüğü gibi maddede öncekinden farklı olarak kuruluşların öneride bulunacakları oranlar belirtilmemiş ve Konsey'e listenin oluşumunda daha geniş bir yetki tanınmıştır. Pechstein kararına muhalif kalan hakimler, mevcut düzenlemeyi, *sporcuların 1/5 oranında dahi temsiline imkân veren bir hüküm bulunmadığı* gerekçesiyle eleştirmektedirler (Muhalefet Şerhi paragraf 10).

2016 yılında yapılan değişiklikte ise, öneride bulunacak kuruluşlara, *sporcu komisyonları* da eklenmiştir: *Konsey, özellikle IOC, uluslararası federasyonlar, milli olimpiyat komiteleri ve bu kuruluşların sporcu komisyonları tarafından isimleri ve nitelikleri kendisine bildirilen kişiler arasından seçer.* Bu şekilde sporcuların komisyonlar aracılığıyla da olsa öneride bulunmalarına imkân tanınması olumlu bir gelişme olarak görülmelidir.

85 Karar paragraf 125.

86 Karar paragraf 129.

AİHM, bu iddia ve karşı iddiaları değerlendirirken başvuru konusu CAS yargılamasının yapıldığı tarihteki kurallar çerçevesinde Konsey'in yapısını ve hakem listesinin oluşumu üzerindeki etkilerini dikkate almıştır. Mahkeme, bu kurallara göre, Konsey'in hakemlerin sadece 1/5' ini, sporcuların taraf olduğu uyuşmazlıklarda muhatap olarak yer alabilecek sportif kuruluşlardan *bağımsız* kişiler arasından atayacağını; listede yer alacak kişileri Konsey'in belirlediğini, bizatihi Konseyi oluşturan kişilerin de bu sportif kuruluşlardan gelen kişiler olmasının, Konsey ile sporcuların (özellikle disiplin uyuşmazlıklarında) muhatap olacak kuruluşlar arasında bağlantı olduğunu gösterdiğini tespit etmiştir<sup>87</sup>.

AİHM, yine CAS Statüsüne göre, hakemlerin 4 yıl için seçildiğini; tekrar seçilmelerinin mümkün olduğunu ve bu konuda bir süre sınırlaması olmadığını; Konsey'in, görevlerini yerine getirmeyi reddeden veya bu konuda bir engeli olan veya Kod hükümlerine aykırı hareket eden hakemleri, özet bir gerekçeli karar ile *görevden alma yetkisine* sahip olduğunu<sup>88</sup> tespit etmiş ve somut uyuşmazlıkta, yargılamayı yapan hakemlerin (hatta *Pechstein*'in seçtiği hakemin) de Konsey tarafından belirlenen listeden seçildiğini; zaten Kod hükümlerinin (ICC Tahkim Tüzüğü m. 12'nin aksine) *liste dışından bir kişinin hakem olarak seçilmesine imkan tanımadığını* belirtmiştir<sup>89</sup>.

Mahkeme, CAS kuralları çerçevesinde Konsey ile hakem listesinde yer alan hakemler arasındaki bağlantıyı bu şekilde ortaya koyduktan sonra, *Pechstein*'in, kendisinin taraf olduğu somut uyuşmazlıkta karar veren *hakemlerin tarafsızlığından ve bağımsızlığından şüphe etmeyi gerektiren fiili unsurları* ortaya koyamadığını; sporcuların taraf olduğu uyuşmazlıkların diğer tarafı olan *sporitif kuruluşların, hakem listesinin oluşumunda etkileri olduğu* kabul edilebilirse de sadece bu etkinin varlığının, *hakem listesinde yer alan hakemlerin (objektif ve subjektif olarak) bireysel olarak bu kuruluşlara karşı tarafsız ve bağımsız olmayan hakemlerden oluştuğunu* kabul etmek için yeterli olmadığını<sup>90</sup> belirterek tarafsızlık ve bağımsızlık ile ilgili iddiaları (iki hakimin muhalif kalması nedeniyle oy çokluğu ile) reddetmiştir.

### cc. AİHM Kararının Konu ile İlgili Kısımının Değerlendirilmesi

Kanaatimizce Mahkeme'nin bu kararı, "tarafsızlık/bağımsızlık" ile ilgili olarak kendi geliştirmiş olduğu içtihadındaki temel ilkelerle uyuşmamaktadır. Gerçekten de, yukarıda açıklandığı gibi, AİHM içtihadında, yargı makamlarının tarafsız ve bağımsız olduklarının kabul edilebilmesi için, yargılama yapacak kişilerin seçilmesi veya görevden alınmasında izlenen yöntem, dışarıdan gelecek müdahalelere karşı

87 Karar paragraf 154.

88 CAS Tahkim Kuralları m. R35, görevini yerine getirmeyi reddeden veya bu konuda bir engeli ortaya çıkan veya yükümlülüklerini Kod hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen hakemlerin Konsey tarafından görevden alınabileceğini öngörmektedir.

89 Karar paragraf 155-156.

90 Karar paragraf 157.

sahip olduğu güvenceler, bağımsız bir görünüm vermesi gibi kriterler çerçevesinde bir değerlendirme yapılmakta ve hakemlerin *bağımsız olduklarının hiç tereddütsüz görülmesi*; bireysel olarak bir hakimin tarafsız olduğunun ispatından da öte *tarafsız olduğu izlenimini vermesi gerektiği* kabul edilmektedir<sup>91</sup>.

CAS'ta hakemlerin seçimine ilişkin kurallar ile AİHM'in hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusundaki bu tespitleri bir arada değerlendirildiğinde, CAS'ın "tarafsız ve bağımsız" bir yargı mercii izlenimi vermediği sonucuna varılması gerekirdi. Zira,

CAS'ta görülen sporcuların taraf olduğu disiplin uyuşmazlıklarının diğer tarafı genellikle sporcu hakkında disiplin soruşturması yürüten ve karar veren uluslararası federasyon, ulusal olimpiyat komiteleri veya IOC, WADA gibi kuruluşlardır<sup>92</sup>.

CAS Statüsü çerçevesinde Konsey üyelerinin belirlenmesinde etkili olan yine aynı kuruluşlardır. Sporcuların Konsey üyelerinin belirlenmesinde herhangi bir rolü bulunmamaktadır<sup>93</sup>.

CAS hakem listesi doğrudan Konsey tarafından oluşturulmakta<sup>94</sup>; liste dışından bir kişinin hakem olarak görev yapmasına imkân tanınmamaktadır.

Konsey'in hakem listesinde yer alacak kişileri belirlemek dışında gerektiğinde bu kişileri listeden çıkarmak; ilk derece ve temyiz daire başkanlarını seçmek<sup>95</sup>; hakemlerin reddi ve görevden alınmaları konusunda karar vermek; CAS genel sekreterini seçmek ve görevine son vermek; Sekreteryanın faaliyetlerine nezaret etmek; CAS'ın finansmanını sağlamak gibi tahkim yargılaması üzerinde de etkili olabilecek oldukça önemli görev ve yetkileri bulunmaktadır<sup>96</sup>.

91 Bkz. yukarıda paragraf 57-60.

92 Hakemleri atayan sportif kuruluşların (uluslararası federasyonlar, IOC ve ulusal olimpiyat komiteleri) sporcuların taraf olduğu uyuşmazlıkların diğer tarafı olarak CAS yargılamasında yer alma olasılığı olan kuruluşlar olduğu; bu kuruluşların sporcuları değil, tahkim yargılamasında taraf olarak yer alan kuruluşları temsil ettiği yönündeki tespit için bkz. Muhalefet Şerhi paragraf 8.

93 Konsey'in ve CAS'ın üyelerinin çoğunluğunun sportif kuruluşların (uluslararası federasyonlar, IOC ve ulusal olimpiyat komiteleri gibi) temsilcileri olduğu; sportif kuruluşların Konsey'in oluşumu üzerinde ihmal edilmeyecek ölçüde etkili olduğu yönündeki tespit için bkz. Muhalefet Şerhi paragraf 9.

94 Muhalefet şerhinde, listede yer alan hakemlerin 3/5'inin, sportif kuruluşlar tarafından sunulan listeden; 1/5'inin sporcuların çıkarlarını korumak amacıyla, 1/5'inin ise sportif kuruluşlardan bağımsız kişilerden seçildiği; dolayısıyla sadece bu son 1/5'inin sportif kuruluşlara karşı bağımsız olduğunun söylenebileceği belirtilmekle birlikte sonuçta bu hakemlerin de yine söz konusu kuruluşların etkisi altında olan Konsey tarafından seçildiği; bu durumun sadece bağımsız uzmanların değil, sporcuların çıkarlarını korumak amacıyla seçilen kişilerin de tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkilediği vurgulanmaktadır (muhalefet şerhi, paragraf 10). Muhalefet şerhinde ayrıca, hakemlerin sadece 1/5'inin *sporitif kuruluşlardan bağımsız* kişiler arasında seçileceğinin öngörülmesinin de aslında diğerlerinin tarafsız olmadığını açıkça gösterdiği belirtilmektedir (Muhalefet Şerhi, paragraf 14).

95 CAS'ın daireleri ve daire başkanlarının hakem heyetinin oluşumundaki rolü hakkında bkz. aşağıda paragraf 90-92.

96 CAS Statüsü'nün *Pechstein* tarafından AİHM'e başvuru yapıldığı tarihte yürürlükte olan 2004 versiyonunun "Konsey'in Görevleri" başlıklı S6 maddesi. Konsey'in görevlerine ilişkin bu maddede 2019 yılında bazı değişiklikler yapılmış; özellikle üyelik (*membership*) ve red (*challenge*) komisyonları oluşturulmuş ve Konsey'in hakem listesinde yer alacak kişileri üyelik komisyonunun önerisi üzerine belirlemesi; hakemin reddi konusunda da red komisyonunun karar vermesi öngörülmüştür. Ancak yeni hakemlerin önerilmesi veya mevcut hakemlerin listeden çıkarılması konusunda Konsey'e önderide bulunacak olan üyelik komisyonu, iki Konsey üyesinden ve üç dairenin (ilk derece/temyiz/doping/mücadele dairesi) başkanından oluşmaktadır (Statü m.S7). Daire başkanları da Konsey tarafından atandığından, Konsey'in hakem listesinin oluşturulması konusundaki belirleyici rolünde herhangi bir değişiklik olmamıştır. Aynı şekilde hakemin reddi konusunda karar verecek olan red komisyonu da Konsey üyelerinden ve daire başkanlarından oluşmaktadır (Statü m.S7).

AİHM, CAS kuralları çerçevesinde yapmış olduğumuz tüm bu tespitleri, dolayısıyla Konsey'in *hakemlerin seçimi üzerinde etkili olduğunu* kabul etmesine rağmen, bu etkinin *somut olarak yargılama yapan hakemlerin tarafsızlığını veya bağımsızlığını* ortadan kaldıracak nitelikte olmadığı gerekçesiyle ihlal iddialarını reddetmiştir<sup>97</sup>. Diğer bir ifadeyle AİHM, hakemlerin seçiminde sportif kuruluşların etkisine ilişkin düzenlemelerden bağımsız olarak, bu etkinin, *somut olarak Pechstein* davasında görev yapan hakemlerin (veya listede yer alan hakemlerin çoğunluğunun) tarafsızlığını ve bağımsızlığını ortadan kaldıracak şekilde sonuç doğurduğunun ispat edilmesini aramış ve ispat edilemediği için başvuruyu reddetmiştir<sup>98</sup>.

Mahkemenin ulaştığı bu sonuç, kendi içtihadındaki temel ilkelere tamamen aykırıdır<sup>99</sup>. Zira CAS'ta görev yapacak hakemlerin, sporcunun taraf olduğu disiplin uyuşmazlıklarında diğer taraf olarak yer alan uluslararası federasyonların hakimiyetinde olan Konsey tarafından belirlenmesi, sporcuların hakem listesinin belirlenmesinde federasyonlar kadar etkili olamaması, sporcuların aleyhine federasyonların lehine haksız ve adaletsiz bir durum ortaya çıkarmaktadır<sup>100</sup>. Başlı başına bu durum, sporcular açısından CAS hakemlerinin tarafsız olmayacağı konusunda şüphe duyulmasını makul kılmaktadır. Gerçekten de, hakem listesinin oluşumuna ilişkin bu düzenlemeler karşısında, uluslararası federasyonların kendi görüşlerini benimseyen kişilerin hakem

97 Kararın 157. paragrafında yapılan bu tespite yönelik eleştiriler, muhalefet şerhinin 7. paragrafında yer almaktadır.

98 Nitekim Alman Federal Mahkemesi de, CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olduğu sonucuna varırken, tarafsızlığın tahkim yargılaması üzerinde somut sonuçlarının olması gerektiğini, mevcut davada bunun tespit edilemediğini (paragraf 36); federasyonun hakem seçiminde etkili olmasının, seçilen hakemin federasyonun temsilcisi gibi hareket edeceği anlamına gelmeyeceğini (paragraf 38) belirtmiştir. Federal Mahkeme, CAS kurallarında hakemlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayacak düzenlemeler bulunduğunu; hakemlerin seçildiklerinde tarafsızlık bildirisini imzalamaları, tarafsızlıklarını etkileyecek durumları bildirme yükümlülüklerinin bulunması, Konsey üyesi olamamaları, uyuşmazlığın taraflarının tarafsızlığından şüphe duydukları hakemin reddi talebinde bulunabilmeleri gibi düzenlemelerin bu amaca ulaşılmasını sağladığını; diğer yandan tarafsız olmayan bir hakem tarafından karar verilmesi halinde Federal Mahkeme'de iptal davası açılabilir olmasının da önemli bir teminat olduğunu belirtmiştir (paragraf 34). Dolayısıyla, Alman Federal Mahkemesi, kapalı hakem listesine ve listede yer alacak kişilerin Konsey tarafından seçilmesine rağmen CAS kurallarında sporcuların haklarını korumaya yönelik hükümler bulunduğu kanaatine ulaşmıştır. Mahkeme, federasyonların CAS yargılamasında etkin oldukları iddiasını, sporcuların ve federasyonların *dopingle mücadele konusunda ortak çıkarlarının varlığı* gerekçesiyle de bertaraf etmiştir.

99 Nitekim çoğunluk kararına muhalif kalan hakemler de, Mahkemenin hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin yerleşik içtihadından ayrıldığını vurgulamakta ve yerleşik içtihat uyarınca organizasyonun genel yapısı görünürde tarafsızlığı ve bağımsızlığı sağlamaktan uzak ise, bireysel olarak hakemlerin tarafsız olmasının yeterli olmadığı; bir mahkemenin bağımsızlığının, üyelerin seçim şekli, görev süresi, dışarıdan gelecek baskılara karşı güvenceleri ve bağımsız görünüm verip vermediği gibi kriterlere göre belirlendiği; bu şekilde yapılacak bir değerlendirmede, özel olarak bir hakimin tarafsız veya bağımsız olup olmadığının araştırılmasına gerek kalmadığı belirtilmektedir. Muhalefet Şerhinde, AİHM'in, kira mahkemeleri ve iş mahkemeleri (*conseil de prud'homme*) ile ilgili başvurularda karar verecek olan kurulun dengeli bir şekilde oluşumuna dikkat ettiği ve örneğin sadece işverenlerin temsilcilerinden oluşan kurulları, *somut olaydaki temsilci tarafsız olsa dahi* kabul etmediği de vurgulanmaktadır (Muhalefet Şerhi paragraf 13).

Doktrinde de *Pechstein* Davasında AİHM'in yerleşik içtihadından ayrıldığı yönünde eleştiri yapılmaktadır (bkz. Antoine DUVAL, *The "Victory" of the Court of Arbitration for Sport at the European Court of Human Rights: The End of the Beginning for the CAS*, <https://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-victory-of-the-court-of-arbitration-for-sport-at-the-european-court-of-human-rights-the-end-of-the-beginning-for-the-cas> (10.04.2019).

100 Muhalefet Şerhi, paragraf 11, 14.

olarak seçilmesini sağlayacakları yönünde makul bir şüphe duyulması doğaldır<sup>101</sup>. Hal böyle iken, AİHM'in şimdiye kadarki içtihadından ayrılarak bu durumu tek başına AIHS m.6'nın ihlali için yeterli görmemesi ve ayrıca somut olarak *Pechstein* davasında karar veren CAS hakemlerinin de tarafsız olmadığına ispat edilmesini aramasının gerekçelerine kararda rastlamak mümkün olmamıştır<sup>102</sup>.

#### dd. CAS'ın Uluslararası Federasyonlar Tarafından Finanse Edilmesi

*Pechstein* tarafından AİHM'e yapılan başvuruda, CAS'ın uluslararası federasyonlar tarafından finanse edildiği; bu nedenle CAS genel sekreteri tarafından atanan hakemin, federasyon lehine karar verme eğiliminde olduğu ifade edilmiştir<sup>103</sup>.

İsviçre Hükümeti bu iddiaya cevap olarak, *Konsey bütçesinin %60'ının olimpiik harekete dahil farklı kuruluşlar tarafından, sporcuların disiplin kararları aleyhine ücretsiz olarak CAS'a temyiz başvurusunda bulunmalarına olanak tanımak için finanse edildiğini; geri kalan kısmın ise tahkim gideri olarak taraflardan tahsil edilen paralarla karşılandığını* ifade etmiştir. Hükümet cevabında ayrıca, devlet yargısının daima devletler tarafından finanse edildiğini; bizzat AİHM'in, *Konsey üyesi devletler tarafından finanse edildiğini ancak bu durumun, Mahkemenin, söz konusu devletlerin taraf olduğu uyuşmazlıklarda tarafsız olmayacağı anlamına gelmediğini* de vurgulamıştır<sup>104</sup>.

AİHM, CAS'ın finansmanı ile ilgili olarak İsviçre Hükümeti tarafından yapılan savunmayı yerinde bulmuş; devlet yargısının daima devlet tarafından finanse edildiğini, bu durumun devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda mahkemelerin tarafsız olmadığını kabul etmek için yeterli olmadığını vurgulamış ve CAS'ın sadece finansmanı ile ilgili bu durumun tarafsız ve bağımsız olmadığını söylemek için yeterli olmayacağını belirtmiştir.

101 Nitekim Münih İstinaf Mahkemesi, hakem heyetinin oluşumunda federasyonlarla sporcuların eşit etkiye sahip olmasını, hakem heyetinin tarafsızlığını tehdit eden bir durum olarak görmüş ve bu durumun, listede yer alan kişilerin federasyonlarla bağlantısından bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğini; hakemlerin sporcular yerine uluslararası federasyonların görüşünü benimseyecek olmalarından kaynaklanan potansiyel bir risk bulunduğunu vurgulamıştır (MAISONNEUVE ( n 43) 915). Kararı değerlendiren MAISONNEUVE, uluslararası federasyonların ayrılmaz bir bütün oluşturmadığı ancak ortak çıkarları olduğunu, en azından olimpiik hareket bünyesinde bağlantıları bulunduğunu, hukuk ile bağlantıları konusunda ortak bir anlayışa sahip olduklarını (sportif hareketin otonomisi prensibi gibi) belirterek bu kuruluşlar tarafından hakem olarak seçilen kişilerin *a priori* onların görüşünü paylaşıyor olmasından kaynaklanan genel bir risk bulunduğunu; yoksa sadece bir uyuşmazlıkta karar veren hakemin, uyuşmazlığın tarafı olan federasyon tarafından önerilmiş olmasından veya sportif kuruluşun CAS ile özel bir bağlantısının olmasından kaynaklanan bir risk olmadığını vurgulamıştır. Yazar, sportif kuruluşların Konsey üyesi olarak *kendi görüşlerini paylaşan* kişileri seçecekleri, bu kişilerin diğer Konsey üyelerini ve Konsey'in hakem listesinde yer alacak kişileri seçerken aynı düşünce yapısına sahip olan kişileri tercih edecekleri; bu düşünce yapısının da *sporcuların aleyhine* olabileceği varsayımından kaynaklanan bir tarafsızlık engeli bulunduğunu, bu varsayımların hiçbirinin kesin olmasa da "makul" (*plausible*) görülmesi ve bu olasılığın bertaraf edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır (MAISONNEUVE ( n 43) 915).

102 Konsey'in yapısı ve hakem heyetinin oluşumundaki rolüne ilişkin düzenlemelerin, başvuranın endişelerinin *makul olarak kabul edilebilir* olduğunu gösterdiği; bu nedenle, somut uyuşmazlıkta karar veren hakemlerin tarafsız veya bağımsız olmadığına ayrıca ispat edilmesini aramanın yerinde olmadığı yönünde bkz. Muhalefet Şerhi paragraf 15.

103 Karar paragraf 124.

104 Karar paragraf 130.

Kanaatimizce CAS'ın masraflarının -kısmen de olsa- uluslararası federasyonlar tarafından karşılanması, federasyonların taraf olduğu uyuşmazlıklarda hakemlerin tarafsızlığı önünde bir engel olarak görülebilir. Şöyle ki, uluslararası nitelikli disiplin uyuşmazlıklarında sporculardan yargılama gideri alınmamakta<sup>105</sup>; bu giderler, İsviçre Hükümetinin cevabında belirtildiği gibi, uluslararası federasyonlar tarafından karşılanmaktadır. Yargılama giderlerine, hakemlere ödenen ücretler de dahildir. Diğer yandan, uluslararası disiplin uyuşmazlıklarında yargılamanın diğer tarafında sporcu hakkında disiplin yaptırımını uygulayan uluslararası federasyon bulunmaktadır. Dolayısıyla uyuşmazlığın taraflarından biri yargılama giderlerini finanse etmekte<sup>106</sup>; diğer taraf herhangi bir mali külfete girmemektedir. Bu durum, her ne kadar sporcuların CAS' a başvuru yapmalarına olanak sağlamak, dolayısıyla hak arama hürriyetini güvence altına almak gibi meşru bir amaca hizmet etse de finansmanı sağlayan tarafın lehine karar çıkacağı konusunda makul bir şüphe oluşturmaktadır.

Diğer yandan, İsviçre Hükümetinin cevabında belirtilen ve AİHM kararında benimsenen, devlet yargısı ile tahkim arasında finansman açısından benzerlik kurulması da çok yerinde değildir. İdare mahkemelerinde hâkim olarak görev yapan kişilerin maaşlarını devletten almalarının onların devlet lehine karar vermelerinde bir etken olmaması gerektiği şüphesizdir. Ancak özellikle yargının tarafsız olmadığı, hakimlerin özlük haklarının siyasi otorite tarafından düzenlendiği bir ülkede bu temenninin hayata geçmesini beklemek çok da gerçekçi olmayacaktır. Nitekim idare mahkemesi hakimlerinin devlet lehine, onu koruyucu şekilde karar verme refleksi içinde oldukları bilinen bir gerçektir ve bu gerçekte (yine yargı bağımsızlığının tam olarak sağlanmadığı ülkelerde) hakimlerin “işinden olmama” kaygısının hiç payı olmadığı söylenemez.

Bu bağlamda hakimlerle hakemler arasında bir benzerlik kurmak gerekirse, hakemlerin görev yapabilmelerinin diğer bir ifadeyle ücrete hak kazanabilmelerinin seçilmelerine bağlı olması, onların kendilerini “seçen” kişiye bağımlı hissetmelerine yol açabilir. Bir kişinin CAS'ta hakem olarak görev yapabilmesi için, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi, uluslararası federasyonların hâkim olduğu Konsey tarafından listeye alınması ve bunun öncesinde yine uluslararası federasyonlar tarafından Konsey'e önerilmesi gerekmektedir. Bu durum, sporcuların değil uluslararası federasyonların hakemleri “seçen” konumunda olduğunu göstermektedir. Uluslararası federasyonların bu şekilde hem CAS'ın finansmanını sağlaması hem hakem listesinin oluşumunda önemli rol üstlenmesi, sporcuların taraf olduğu disiplin uyuşmazlıklarında sporcular aleyhine üstünlüğe sahip olmalarına yol açmaktadır. Dolayısıyla, Konsey'in uluslararası federasyonlar tarafından finansmanı, Konsey'in yapısı ve hakem listesinin

105 CAS Tahkim Kuralları m. 65 uyarınca uluslararası federasyonların (veya diğer sportif kuruluşların) sadece disiplin kararına karşı temyiz başvuruları ücretsiz olup yargılama giderleri CAS tarafından karşılanmaktadır.

106 Burada kastedilen somut davada taraf konumundaki uluslararası federasyonun (ISU) finansmanı tamamen üstlenmiş olması değil, ISU da dahil tüm uluslararası federasyonların bu finansmanda rollerinin bulunmasıdır.

oluşumunda uluslararası federasyonların etkisi ile birlikte değerlendirildiğinde tarafsızlığı ortadan kaldıracı bir unsur olarak görülmelidir<sup>107</sup>.

### ee. Hakem Heyeti Başkanının CAS Genel Sekreteri Tarafından Atanması?

*Pechstein, hakemlerin seçiminde izlenen usule göre, tarafların birer hakem seçtiklerini; ancak üçüncü hakemin seçimi üzerinde herhangi bir etkileri olmadığını; heyet başkanı olan üçüncü hakemin, CAS sekretaryası özellikle genel sekreteri tarafından atandığını ileri sürmüştür*<sup>108</sup>.

İsviçre Hükümeti cevabında, CAS Tahkim Kuralları (m.R54) uyarınca üçüncü hakemin, sekreterlik tarafından değil temyiz dairesi tarafından ve taraf hakemlerinin görüşleri alındıktan sonra atandığını belirterek bu iddianın yerinde olmadığını ileri sürmüştür<sup>109</sup>.

AİHM kararında bu konuda bir değerlendirme yapılmamıştır. Dolayısıyla Mahkemenin neden bu durumu CAS'ın tarafsızlığı üzerinde etki edecek bir unsur olarak görmediğini tespit etmek mümkün olmamıştır.

Bu iddia ve savunmanın yerinde olup olmadığını CAS kuralları çerçevesinde değerlendirmek uygun olacaktır. Ancak öncelikle şunu tespit etmek gerekir ki, *Pechstein*'in iddia ettiği gibi hakem heyetinin oluşumunda CAS genel sekreterinin rolü bulunmamakta; ilgili daire başkanı bu konuda belirleyici olmaktadır. Burada cevaplanması gereken soru, ilgili daire başkanının nasıl belirlendiği ve bu kişinin hakem heyetinin oluşumuna müdahale etmesinin, tarafsızlığı engelleyici bir durum oluşturup oluşturmadığıdır.

CAS'da iki tür tahkim yargılaması yapılmaktadır: İlk derece ve temyiz tahkim yargılaması. Bu yargılamalar, kendilerine ait *Dairelerin (Chambre/Chamber)* nezaretinde yürütülmektedir<sup>110</sup>. Dolayısıyla ilk derece tahkim yargılaması için İlk Derece Tahkim Dairesi, temyiz tahkim yargılaması için de Temyiz Tahkim Dairesi, yargılamanın başından sonuna kadar Tahkim Kuralları ile belirlenmiş belirli konularda ve özellikle AİHM'e başvuruda dile getirilen, hakem heyetinin oluşumu konusunda görev almaktadır.

107 Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi (yukarıda dipnot 75'de bahsedilen) *Gundel* kararında, CAS'ın IOC'nin taraf olduğu uyuşmazlıklarda tarafsız olamayacağı sonucuna varırken CAS'ın IOC tarafından finanse edilmesini de gerekçe olarak belirtmişti.

108 Karar paragraf 124.

109 Karar paragraf 127.

110 2019 yılından itibaren Doping Mücadele Tahkim Dairesi (CAS Anti-Doping Division) adı altında yeni bir Daire oluşturulmuştur. Bu Daire, IOC, olimpiik programa dahil olan sporların uluslararası federasyonları, Uluslararası Analiz Kurumu (International Testing Agency) ve Doping Mücadele Kodu'nu imzalayan diğer kuruluşların, doping kurallarının ihlali ile ilgili ilk derece yargılamalarının CAS tarafından gerçekleştirilmesi konusunda CAS'a yetki vermeleri üzerine oluşturulmuştur. Bu çerçevede CAS Doping Mücadele Dairesi, söz konusu kuruluşların doping mücadele kurallarının ihlal edilip edilmediğinin tespiti ve gerektiğinde Kod ile öngörülen yaptırımların uygulanması için karar verme yetkisini haizdir (<https://www.tas-cas.org/en/arbitration/cas-anti-doping-division.html>).

İlk derece tahkiminde, hakem heyetinin oluşumuna ilişkin düzenleme (m.R40) şu şekildedir: Tahkim yargılaması tek veya üç hakem tarafından gerçekleştirilir. Eğer taraflarca hakem sayısı belirlenmedi ise, daire başkanı, uyuşmazlığın miktarını ve karmaşıklık derecesini dikkate alarak bu sayıyı belirler. Eğer tek hakem seçilmesi gerekiyorsa ve taraflar bu hakemin kimliği konusunda anlaşamazlarsa hakem daire başkanı tarafından seçilir. Eğer üç hakem seçilmesi gerekiyorsa taraflardan her biri birer hakem seçer; öngörülen süre içinde hakemini seçmeyen taraf olursa onun yerine daire başkanı seçer (R40.2/f.3). İki hakemin uzlaşarak üçüncü hakemi seçmemesi halinde heyet başkanı olarak görev yapacak olan bu hakemi de yine daire başkanı seçer.

Temyiz tahkim yargılamasında, daire başkanının hakem heyetinin oluşumundaki rolü biraz daha fazladır (m.R53-54). Şöyle ki, uyuşmazlık tek hakem tarafından çözümlenecekse, bu hakem, tarafların uzlaşmaları beklenmeden doğrudan daire başkanı tarafından seçilir. Üç hakem tayin edilmesi gerekiyorsa, taraflar birer hakem seçerler; heyet başkanı olarak görev yapacak olan hakemi de tarafların seçtiği bu hakemler değil, onların görüşünü alarak doğrudan daire başkanı seçer. Üç hakem seçilmesi gerekiyorsa ve davalı taraf süresi içinde kendi hakemini seçmezse, onun yerine daire başkanı hakem seçer. Bu şekilde hakem heyetlerinin oluşumunda etkisi olan *daire başkanları* (ve görev yapamadıkları durumlarda onların yerine hareket edecek olan *yardımcıları*) Konsey tarafından seçilir<sup>111</sup>.

Münih İstinaf Mahkemesi, hakem seçiminde daire başkanının rolüne ilişkin bu düzenlemelerin hakem heyetinin tarafsızlığı açısından sakıncalı olduğunu; zira daire başkanının da Konsey (yani uluslararası federasyonlar) tarafından seçildiğini, bu durumun sporcuların kendileri hakkında karar verecek olan hakem heyetlerinin tarafsızlığı konusunda şüphe duymalarına yol açacağını belirtmiştir<sup>112</sup>.

Buradaki sorun, hakem listesinin oluşumunda uluslararası federasyonların ve IOC'nin hakimiyetinden kaynaklanan sporcular aleyhine olan durumun bir yansıması veya devamı niteliğindedir. Gerçekten de hakem seçiminde yetkili olan ilgili daire başkanları, federasyonların hakimiyetinde olan Konsey tarafından atanmakta; daire başkanının seçim yapacağı listeyi de aynı şekilde federasyonların hâkim olduğu bu yapı belirlemektedir. Dolayısıyla uluslararası federasyonlar, bir yandan hakem listesini oluşturmak, diğer yandan hakem seçimi konusunda yetkili olan daire başkanlarını belirlemek suretiyle sporculara nazaran oldukça avantajlı bir konumda bulunmaktadır. Sporcuların ne hakem listesinin oluşumunda ne Konsey'in ne de daire başkanının belirlenmesinde doğrudan bir etkilerinin bulunması, daire başkanı tarafından seçilecek hakemin uluslararası federasyonların menfaatlerini koruyacağı konusunda makul şüphe duymalarına yol açacaktır.

111 CAS Statüsü m. S6.

112 Kararın ilgili kısmı hakkında bkz. MAISONNEUVE ( n 43) 914.



## ff. CAS Genel Sekreterinin Tarafsız Olmaması

*Pechstein, CAS genel sekreterinin, federasyonların hakimiyetinde olan Konsey tarafından atandığını; somut uyuşmazlıkta, hakem kararının önceden bildirilen tarihten sonra verilmiş olmasının, sekreterin karara müdahale ettiği konusunda kendisini ikna ettiğini; hakem kararının taraflara iletilmeden önce CAS genel sekreterliğine sunulmasını ve sekreterliğin kararın şekil bakımından düzeltilmesini isteyebileceğini ve esasa ilişkin konularda hakem heyetinin dikkatini çekebileceğini öngören Kod m. R59 düzenlemesinin CAS'ın tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkilediğini ileri sürmüştür*<sup>113</sup>.

İsviçre Hükümeti cevabında, *CAS Tahkim Tüzüğü m. R46 ve R59 uyarınca sekreterin rolünün, özellikle hakem kararı CAS içtihadına aykırı ise hakem heyetinin bu konuda dikkatini çekmek olduğunu; hakemlerin, sekreterin bu tespitlerine katılıp katılmamakta serbest olduğunu; ICC Tahkim Kurallarında da divana böyle bir yetki tanıdığını, dolayısıyla bu uygulamaya tahkimde sık rastlandığını beyan etmiştir*<sup>114</sup>.

AİHM, *Pechstein*'in, hakem kararının sekreterin müdahalesi ile kendi aleyhine değiştirildiğini ispat edemediğini belirtmiş ve Federal Mahkeme'nin 10.2.2010 tarihli kararında yaptığı tespite katılarak bunların tamamen spekülasyon olduğunu herhangi bir somut veriye dayanmadığını belirterek bu iddiayı reddetmiştir<sup>115</sup>.

*Pechstein*'in bu iddiasının yerinde olup olmadığını tespit edebilmek için genel sekreterin nasıl seçildiğini ve ona hangi yetkilerin verildiğini incelemek gerekir. CAS Statüsü (m. S6) uyarınca, CAS genel sekreteri, Konsey tarafından seçilir ve görevden alınır; Konsey (ve Büro-Board) toplantılarına katılır, Konsey sekreteri olarak hareket eder; toplantılarda görüş beyan eder, ancak oy kullanamaz (m. S8, S10).

CAS Tahkim Kurallarında ise genel sekretere, hakem heyeti tarafından hakem kararı taslağı oluşturulduktan sonraki aşamada önemli bir görev verilmiştir. Buna göre gerek ilk derece gerekse temyiz tahkim yargılaması sonunda hakemler kararı imzalamadan önce genel sekretere iletilir. Genel sekreter, kararda tamamen şekli bakımdan düzeltmeler yapabilir veya esasa ilişkin prensipler hakkında hakem heyetinin dikkatini çekebilir<sup>116</sup>.

113 Karar paragraf 126.

114 Karar paragraf 131.

115 Karar paragraf 158.

*Pechstein* Federal Mahkeme'ye yaptığı iptal davası başvurusunda da genel sekreterin tayininde IOC ve uluslararası federasyonların rolü bulunduğunu; dolayısıyla bu kuruluşların CAS genel sekreteri aracılığıyla hakem kararı üzerinde etki edebileceklerini; genel sekreterin hakem heyetince verilen karar kendi aleyhine değiştirdiğini iddia etmişti. Federal Mahkeme, bu iddiaları tamamen spekülasyon olarak görmüş ve fiilen ispat edilemediği; hatta bizzat davacının, sekreterin bu yetkisini mevcut davada kullanıp kullanmadığını bilmediğini beyan ettiği; CAS sekreterine verilen yetkinin, hakem kararının sadece CAS tarafından alındığı gerçeğini değiştirmeyeceği ve CAS'ın tarafsızlığını ortadan kaldıracak şekilde onun üzerinde etki edildiğini göstermeyeceği gerekçesiyle reddetmiştir (AİHM Kararı paragraf 23).

116 İlk derece tahkim yargılaması için Tahkim Kuralları m. R46; temyiz tahkim yargılaması için m. R59 içerik olarak aynıdır: *Karar, hakem heyeti tarafından imzalanmadan önce, kararda tamamen şekli düzeltmeler yapma ve temel prensiplerle ilgili konularda hakem heyetinin dikkatini çekme yetkisi olan CAS Genel Sekreterine iletilir.* Bu kural, 2019 yılında yapılan Kod değişikliğinde içerik olarak aynen korunmuştur.

*Pechstein*, kendisi ile ilgili yargılamada genel sekreterin kararı kendi aleyhine olacak şekilde değiştirdiğini iddia etmiş ancak bu durumu ispat edemediği gerekçesiyle söz konusu iddiaya dayanan ihlal iddiası reddedilmiştir.

Türk doktrin ve uygulamasında bu konu ICC Tahkim Kurallarında yer alan, hakem kararının verildikten sonra Divan tarafından onaylanmasını öngören hüküm<sup>117</sup> çerçevesinde değerlendirilmiştir. Doktrinde, bu düzenlemenin hakemlerin bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğu; bu nedenle ICC kurallarına göre verilmiş hakem kararlarının Türk kamu düzenine aykırı olduğu ve tenfizinin mümkün olmadığı yönünde görüşler<sup>118</sup> bulunduğu gibi, Yargıtay da eski bir kararında<sup>119</sup>, bu gerekçe ile İsviçre’de ICC kurallarına göre verilen hakem kararının tenfizini kamu düzenine aykırı bularak reddetmiştir. Ancak Yargıtay, 1991 yılında verdiği karar<sup>120</sup> ile bu hükmün hakemlerin bağımsızlığını ihlal ettiği gerekçesiyle yapılan temyiz başvurusunu reddetmek suretiyle önceki görüşünden dönmüştür.

Kanaatimizce bu konuda değerlendirme yaparken AİHM’in mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusundaki içtihadından yararlanması ve böyle bir düzenlemenin hakemlerin bağımsızlığını engelleyeceği konusunda bir *izlenim* yaratıp yaratmadığının ve taraflarda, sekreterin karara müdahale ederek hakemlerin bağımsızlığını engellediği konusunda *makul bir şüphe* uyandırıp uyandırmadığının esas alınması uygun olacaktır. Yoksa genel sekreterin taslak olarak kendisine sunulan bir hakem kararına fiilen (gerçekten) müdahale ettiğinin ispat edilmesini aramak çok da gerçekçi olmayacaktır. Zira hakem kararı taslağı sekretarya ile birlikte taraflara da tebliğ edilmemekte; taraflara ancak hakem sekreterinin de onayından geçmiş nihai karar tebliğ edilmektedir. Bu nedenle, sekreterin karara müdahale ettiği ancak hakem heyetinden ve sekretaryadan bu konuda özel bilgi temin etmek suretiyle ispat edilebilir ki, bu da taraflara bu bilgileri temin eden hakem veya sekretaryanın “tarafsızlığı”nın sorgulanmasına yol açar. Bu nedenle, *karara genel sekreterin müdahale ettiğinin ispat edilememesi* gibi konuyu daha karmaşık hale getiren ve “özel” veya “gizli” bilgi niteliğindeki bilgilerin elde edilmesini gerektiren; bu nedenle de yerine getirilmesi pratik olarak imkânsız olan bir gerekçe ile bu iddiaların reddedilmesi yerinde değildir.

117 ICC Tahkim Tüzüğü’nde, hakem kararı verildikten sonra divan tarafından onaylanmasına dair düzenleme şu şekildedir: *Hakem heyeti kararı imzalamadan önce taslak olarak divana sunar. Divan hakem kararında şekil bakımından düzeltmeler yapabilir ve hakem heyetinin karar verme özgürlüğüne müdahale etmeksizin esasa ilişkin konularda onun dikkatini çekebilir. Divan tarafından şekil bakımından onaylanmayan bir hakem kararı verilemez.*

Bu madde, Tüzüğün 1988 (m. 21), 1998 (m.27) ve 2012 (m. 33) versiyonlarında aynı içerikle yer almaktadır.

118 Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, VI. Baskı, C. VI, İstanbul 2001, 6203.

119 15. HD, 1617/1052, 10.3.1976. Kararın konuya ilişkin kısmı şu şekildedir: “... kararın Milletlerarası Ticaret Odası hakem divanına tevdi ile tasdik ettirilmesi Türk Usul Hukukunun tam anlamıyla uygulanmadığını kanıtlamakta, üstelik usulümüzde hakem divanı ile sekreterliğine yer verilmemekte, hakem kararının Divana tevdi ve tasdik ettirilmesi kamu düzenine de aykırı bulunmaktadır...” Karar için bkz. Ata SAKMAR/ İlhan YILMAZ/ Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uygulamadan Örnekler*, Evrim, İstanbul 1989, 131-133.

120 15.HD., 2388/3667, 10.7.1991, KURU ( n 118) 6204. Karar hakkında bkz. EKŞİ Nuray, *Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Yıl:67, Sayı: 1, 2009, Ankara Barosu Dergisi, 54, 62; ÖZDEMİR KOCASAKAL ( n 38) 306, dipnot 1109.

AİHM içtihadında kabul edilen, mahkemenin *tarafsız olmadığı konusunda “makul şüphe” uyandırması ve tarafsız/bağımsız olduğu konusunda izlenim vermesi* gibi kriterler açısından bir değerlendirme yapıldığında Konsey tarafından seçilen genel sekreterin, kararda şekil bakımından düzeltme yapmakla yetinmeyip hakem heyetinin *esasa ilişkin prensipler hakkında dikkatini çekebileceğinin* öngörülmesi, kararın esasına müdahale edildiği konusunda makul bir şüpheye yol açacak niteliktedir. Bu düzenlemenin, hakem kararının o konuda verilmiş *CAS içtihadı ile tutarlı olmasını sağlamak* şeklinde bir gerekçesi olduğu belirtilmektedir<sup>121</sup>. Bu gerekçe bile aslında hakem kararına müdahale şüphesine yol açmakta; hakemlerin, dava konusu uyuşmazlıkla ilgili CAS içtihadından farklı bir değerlendirme yapmalarına izin verilmediğini ortaya koymaktadır. Diğer yandan, CAS'ın belirli konularda *prensip* niteliğinde içtihadı varsa ve hakemlerin bu prensiplere uygun karar vermeleri arzu ediliyorsa, bu içtihadın CAS'ın sitesinde ayrı bir bölümde yayımlanması veya hakem heyeti uyuşmazlığın esası hakkında değerlendirme yapmadan önce kendilerine söz konusu içtihat hakkında bilgi verilmesi suretiyle bu amaca ulaşılması mümkün olacaktır. Bu şekilde önceden bilgilendirme yapılması suretiyle hakem kararının CAS içtihadına uygunluğu sağlanabilir ve karar yazıldıktan sonraki aşamada hakem kararına müdahale edildiği *izlenimi* verilmemiş olur.

## 2. Hakem Heyeti Başkanının Önyargılı Olması

*Pechstein*, kurum olarak CAS'ın tarafsız olmadığı iddiasına ilave olarak *heyet başkanının bireysel olarak dava konusu uyuşmazlık açısından tarafsız olmadığını* da iddia etmiş ve bu iddiasının gerekçesi olarak *dopingle suçlanan sporculara karşı önyargılı birisi olduğunu; zira daha önce dopingle suçlanan sporcuların hakemi olarak seçilmeyi kabul etmediğini, daima federasyonların hakemi olmayı tercih ettiğini* ileri sürmüştür<sup>122</sup>.

İsviçre Hükümeti, bu iddianın yerinde olmadığını; *hakem heyeti başkanının tarafsız olmadığından şüphelenen Pechstein'in, CAS Tahkim Kuralları (m. R34) uyarınca red talebinde bulunması gerektiğini, böyle bir imkânı varken bunu kullanmadığını* ileri sürmüştür<sup>123</sup>.

AİHM, *Pechstein*'in bu iddiasını çok muğlak, varsayıma dayalı bulmuş, söz konusu hakemin tarafsızlığından şüphe etmeyi gerektiren herhangi bir fiili durum tespit edememiş ve bu açıdan yapılan başvuruyu reddetmiştir<sup>124</sup>.

121 Alman Federal Mahkemesi, *Pechstein* kararında, CAS genel sekreterinin karar ile ilgili olarak önerilerde bulunmasını, *yeknesaklığı sağlama amacı taşıdığını*, hakemlerin bağımsızlığını etkilemediğini (paragraf 39) belirtmiştir. İsviçre Hükümeti de *Pechstein* davasındaki savunmasında, CAS Tahkim Tüzüğü m. R46 ve R59 uyarınca sekreterin rolünün, *özellikle hakem kararı CAS içtihadına aykırı ise hakem heyetinin bu konuda dikkatini çekmek olduğunu* beyan etmiştir (Karar paragraf 131).

122 Karar paragraf 124.

123 Karar paragraf 128.

124 Karar paragraf 150.

*Pechstein* tarafından açılan iptal davasında, Federal Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede de, hakem heyetinin tarafsız ve bağımsız olmamasının, hakem heyetinin usule aykırı olduğu anlamına geldiği, bu nedenle İsviçre MÖHK m. 190/2,a da yer alan iptal sebebini oluşturduğu belirtilmiş ancak bu durumun bir iptal sebebi olabilmesi için iyiniyet prensibi gereğince *derhal* ileri sürülmesi gerektiği; CAS’a kendisi başvuran ve usulî zaman çizelgesini bu konuda herhangi bir *çekince koymadan* imzalayan davacının bu gerekçe ile Federal Mahkemeye başvurmasının iyiniyet prensibine aykırı olduğu belirtilmiş ve heyet başkanının tarafsız olmadığı gerekçesine dayanan iptal talebi reddedilmiştir. *Pechstein*’ın, heyet başkanının daha önceki davalarda doping konusunda oldukça katı bir tutum sergilemiş olması dolayısıyla mevcut davada tarafsız olmayacağı yönünde iddiaları da Federal Mahkeme tarafından söz konusu hakemin tarafsızlığını kaldırmaya yetecek ölçüde somut verilere dayanmadığı; muğlak ve soyut nitelikte olduğu gerekçeleriyle reddedilmiştir<sup>125</sup>.

Gerçekten de hakem heyeti başkanı olarak seçilen kişinin, “tarafsız” olmadığı yönünde şüphesi bulunan tarafın bu hususu hakem seçimini öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde red talebinde bulunarak bildirmesi gerekir<sup>126</sup>. Red gerekçelerini bilmesine rağmen red talebinde bulunmayan tarafın sonradan hakem kararına karşı bu gerekçe ile açacağı iptal davası dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilecektir<sup>127</sup>.

Kanaatimizce burada üzerinde durulması gereken husus, red talebinde bulunmamak suretiyle o hakemin heyette görev yapmasına razı olan tarafın, hakemin tarafsız olmadığı gerekçesiyle AİHM’e başvuru yapmasının kabul edilip edilmeyeceği; diğer bir ifadeyle red talebinde bulunmamak suretiyle AİHS m.6 ile öngörülen tarafsızlık ve bağımsızlık ile ilgili teminattan vazgeçmiş sayılıp sayılmayacağıdır. AİHM her ne kadar *Pechstein* Davasında bu konuya ilişkin bir değerlendirmede bulunmamış ise de *Suovaniemi v. Finland* davasında, somut olayın koşulları çerçevesinde başvuranın tarafsız bir hâkim tarafından yargılanma hakkından vazgeçmesinin AİHS anlamında geçerli olduğuna karar vermiştir<sup>128</sup>. Bu karar çerçevesinde *Pechstein*’ın CAS yargılamasında red talebinde bulunmamış olması, onun tarafsızlık ile ilgili başvuru haklarından vazgeçtiği şeklinde yorumlanabilirdi. Ancak Mahkeme bu tartışmalara hiç girmeden söz konusu hakemin tarafsızlığına engel olarak ileri sürülen gerekçeleri doğrudan değerlendirmiş ve bunların hakemin tarafsızlığından makul olarak şüphe etmeyi gerektirir nitelikte olmadığı kanaatine ulaşarak ihlal iddiasını reddetmiştir. Gerçekten de, hakemin “*doping*

125 Federal Mahkeme’nin 10.2.2010 tarihli kararının ilgili bölümleri AİHM kararının 23.paragrafında yer almaktadır.

126 CAS Tahkim Kuralları m. R34.

127 ÖZDEMİR KOCASAKAL (n 38) 377.

128 Mahkeme, başvuruçunun profesyonel bir danışmanın hizmetinden yararlanmış olması, dolayısıyla red talebinde bulunmamış olmasının sonuçları hakkında bilgisinin bulunması; mahkemelere başvuru aşamalarında bu hususu ileri sürmüş ve mahkemeler tarafından değerlendirme yapılarak reddedilmiş olması gibi koşulları dikkate almıştır (Application no: 31737/96 *SUOVANIEMI and others v. Finland*, 23 February 1999). Tarafsız ve bağımsız bir mahkemede yargılanma hakkından feragat edilip edilemeyeceğine ilişkin görüşler ve değerlendirilmesi için bkz. YEŞİLOVA (n 15) 180-182.

*uyuşmazlıklarında sporcuların hakemi olarak seçilmeyi kabul etmediği, federasyonların hakemi olmayı kabul ettiği*" iddiasının ispatı çok kolay olmadığı gibi, ispat edilse dahi bunun "makul olarak" hakemin tarafsızlığını ihlal edecek bir durum olduğunu kabul etmek pek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, AİHM'in bu konu ile ilgili değerlendirmesinin yerinde olduğunu belirtmek gerekir.

### III. Duruşmaların Kamuya Açık Yapılması Gerekir Mi?

*Pechstein*, ISU disiplin komisyonunda, CAS'ta ve Federal Mahkeme'de bu konuda talepte bulunmasına rağmen *kamuya açık duruşma yapılmadığını*; duruşmaların kamuya açık yapılmasının AİHS m.6/f.1 ile güvence altına alınan haklardan biri olduğunu; ancak maddede öngörülen durumlarda bir istisna tanımlanabileceğini, somut olayda bu istisnai durumlardan hiçbirinin mevcut olmadığını ileri sürmüştür<sup>129</sup>. *Pechstein*, kendi davası açısından duruşmaların gizli yapılmasının kararın sonucu üzerinde etkili olduğunu iddia etmiş ve bunu temellendirmek üzere, *iki gün süren duruşmada, karmaşık bilimsel konularla ilgili çok sayıda uzmanın dinlendiğini; kendi uzmanı tarafından ileri sürülen tezlerin hakem heyeti tarafından objektif bir temele dayanmadan ve alaycı bir tonla reddedildiğini; duruşma kamuya açık olsa idi hakem heyetinin bu şekilde davranamayacağını* iddia etmiştir<sup>130</sup>.

AİHM, AİHS m.6/ f.1' de öngörülen, duruşmaların kamuya açık yapılması gereği ve bunun istisnalarının sadece devlet mahkemelerinde değil disiplinler veya deontolojik konularda karar veren yargısal makamlar açısından da uygulanması gerektiğini; bir kişinin kendi iradesi ile bu gereklilikten vazgeçebileceğini belirttikten sonra, somut olayda *zorunlu tahkim* bulunduğunu ve başvuranın açıkça duruşmanın kamuya açık yapılması konusunda talepte bulunmasına rağmen AİHS m. 6/ f.1' deki istisnai durumun koşulları mevcut olmadan bu talebin reddedildiğini<sup>131</sup> belirtmiştir.

Mahkeme, CAS'ta yapılan yargılamada tartışılan konunun, teknik bir hukuki konu olmadığını<sup>132</sup>, maddi vakıalar ile ilgili olduğunu (*sporcuya verilen, onun mesleki saygınlığını ve itibarını zedeleyecek nitelikteki cezanın yerinde olup olmadığının incelenmesi ve bu konuda karar verebilmek için uzmanların dinlenmesi*) bu nedenle duruşmanın *kamuya açık yapılması gerektiğini* belirtmiş ve bu konuda bir ihlal olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>133</sup>.

AİHM, Federal Mahkemede görülen iptal davasında kamuya açık duruşma yapılmamış olması ile ilgili bir ihlal olmadığını karar vermiştir. Bunun

129 Karar paragraf 169.

130 Karar paragraf 173.

131 Karar paragraf 181.

132 AİHM içtihadında, yazılı olarak ele alınması gereken çok teknik konularda duruşma yapılmamasının ihlal anlamına gelmeyeceği kabul edilmektedir (bkz. İNCEOĞLU (n 17) 346).

133 Karar paragraf 182.

gerekçesi olarak *sadece hukuki konularda* veya *çok teknik konularda* yapılan yargılamalarda açık duruşma yapılmamış olmasının AİHS m. 6/ f.1’ in ihlali olarak değerlendirilemeyeceğini<sup>134</sup>; iptal davası üzerine Federal Mahkemede yapılan yargılamanın, CAS’ da yapılan yargılamada usulî teminatlara uyulup uyulmadığının tespiti ile sınırlı olduğunu, dolayısıyla teknik hukuk açısından inceleme yapıldığını, maddi vakıaların yeniden incelenmesine gerek olmadığını belirtmiş ve böyle bir yargılamada açık duruşma yapılmamış olmasının 6.maddenin ihlali olarak kabul edilemeyeceği sonucuna (oybirliği ile) ulaşmıştır<sup>135</sup>.

Doktrinde tahkim anlaşması yapılması ile AİHS m.6 ile öngörülen teminatlardan tamamen değil *kısmen* feragat edildiğini savunan görüşlerce dahi feragat edildiği kabul edilen teminalardan biri “*kamuya açık duruşma*” yapılmasına ilişkin olandır<sup>136</sup>. Zira tahkim yargılamasının gizliliği, onun tarihsel gelişimi ve şekillenmesi açısından en önemli özelliklerinden<sup>137</sup> ve tarafların devlet yargısı yerine tahkime başvurma gerekçelerinden biridir<sup>138</sup>. Diğer yandan, AİHS m.6’ da yer alan diğer tüm teminalara nazaran teknik olarak yargılama faaliyetine en yabancı olan teminat aleni duruşma yapılmasına dair olandır<sup>139</sup>.

Bu nedenle gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında, AİHS m.6’ nın uygulanmasında tahkimin bu özelliğinin dikkate alınması ve kanunda veya tahkim anlaşmasında aksi öngörülmediği takdirde bu madde ile öngörülen aleniyet ilkesinin tahkim için uygulanmaması gerektiği kabul edilmektedir<sup>140</sup>. Nitekim devlet yargısında bile aleniyet ilkesinden vazgeçilmesinin (baskı altında olmadan, kesin ve herhangi bir kamusal çıkarı ihlal etmeyecek şekilde) mümkün olduğunu kabul eden AİHM<sup>141</sup>, tahkim yargılamaları açısından bunu rahatlıkla kabul etmektedir<sup>142</sup>.

134 Karar paragraf 185. AİHM, sadece hukukilik denetimi yapan, maddi vakıaları tekrar inceleme yetkisi olmayan üst yargı mercilerinde açık duruşma yapılmamasını, m.6’nın ihlali olarak görmemektedir (bkz. İNCEOĞLU (n 17) 347-352).

135 Karar paragraf 187, 188.

136 CHAINAIS (n 14) 306-307; YEŞİLOVA (n 15) 199. Bu görüş hakkında bkz. KAYALI (n 31) 29.

137 CHAINAIS (n 14) 306-307.

138 ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyumazlıkların Çözüm Yolları*, 7.Bası, Beta, 2019, 322; AKINCI (n 19) 9; Candan YASAN, *Millîlerarası Tahkimde Gizlilik*, 2011/1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, 777, 777-778; TÜYSÜZ Cemre, *Millîlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü*, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 37, Issue: 2, 846–873, s. 847. Duruşmaların gizliliği prensibi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. YASAN (n 138) 792-793.

139 CHAINAIS (n 14) 307.

140 CHAINAIS (n 14) 306; KAYALI (n 31) 30.

141 İNCEOĞLU (n 17) 363- 366; *Axelsson et al. v. Sweden* davasında, başvuruçular, istinaf mahkemesinde açık duruşma yapılmadığını, m.6’nın ihlal edildiğini ileri sürmüş; AİHM, duruşmaların açık yapılmasının m.6 ile öngörülen temel prensiplerden biri olduğunu belirttiikten sonra, tarafların bu haktan açıkça veya üstü kapalı olarak kendi iradeleri ile vazgeçebileceklerini (bu vazgeçmenin, kesin olması ve önemli bir kamusal çıkarı ihlal etmemesi şartıyla) ifade etmiş ve dava konusu olayda İsveç mevzuatı kamuya açık duruşma yapılmasına imkân vermesine rağmen başvuruçuların açıkça bunu talep etmemelerini, bu haktan vazgeçtikleri şeklinde yorumlamıştır (Application No. 11960/86, 13 July 1999. Karar hakkında bkz. SAMUEL (n 18) 422-423).

142 CHAINAIS (n 14) 307. AİHM, *Souavoneimi* kararında, tahkim anlaşması yaparak AİHS m. 6 ile öngörülen hakların tamamından değil sadece vazgeçilmesine izin verilen haklar açısından vazgeçilebileceğini; bu anlamda açık duruşma hakkının da vazgeçilebilen haklardan olduğunu belirtmiştir (*Application no: 31737/96 SUOVANIEMI and others v. Finland*, 23 February 1999).

Ancak yukarıda yapılan açıklamalar, tarafların serbest iradeleri ile kabul ettiği bir tahkim anlaşması varsa, diğer bir ifadeyle ihtiyari tahkim söz konusu ise geçerlidir. Eğer tahkim zorunlu nitelik taşıyorsa, bu durumda AİHS m.6 ile öngörülen tüm teminatlara ve bu bağlamda aleni duruşma yapılmasına ilişkin teminata<sup>143</sup> da tahkim yargılamasında uyulması gerekir<sup>144</sup>. Böyle bir durumda tahkim anlaşması ile aleni duruşma yapılmasına ilişkin teminattan feragat edildiği kabul edilemez.

*Pechstein* davasında İsviçre Federal Mahkemesi, CAS yargılamasında ve ISU disiplin komitesindeki yargılamada, duruşmaların gizli yapılmış olmasına dayanan iptal talebini, AİHS m.6/ f.1'in *ihiyari tahkim* yargılamasında uygulanmayacağı, dolayısıyla davacının bu maddede öngörülen, duruşmaların aleni gerçekleştirilmesini talep etme hakkının bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir<sup>145</sup>. Federal Mahkeme'nin bir yandan CAS'ın *zorunlu* tahkim mercii olduğunu kabul etmesi diğer yandan AİHS m.6'nın *ihiyari* tahkim yargılamaları açısından uygulanmayacağı gerekçesiyle talebi reddetmesi kendi içinde çelişkili bir durum oluşturmaktadır. Gerçekten de gerek Federal Mahkeme gerekse AİHM, disiplin uyuşmazlıkları açısından CAS'ın zorunlu tahkim mercii olduğunu kabul ettiğinden, AİHS m. 6 ile öngörülen tüm teminatlara tahkim yargılamasında uyulması gerekir. Sözleşmesel uyuşmazlıklar açısından CAS'ın yetkisi *ihiyari* nitelik taşıdığından, bu tür uyuşmazlıklarla ilgili CAS yargılamalarında aleni duruşma yapılmamış olması AİHS m.6'nın ihlali olarak değerlendirilmeyecektir.

AİHM kararı sonrası CAS kurallarında yapılan ve 2019 yılından itibaren yürürlüğe giren değişikliklerle, disiplin ile ilgili temyiz tahkim yargılamalarında, *gerçek kişi* olan tarafın talepte bulunması halinde duruşmaların aleni yapılmasına imkân verilmiştir<sup>146</sup>.

143 Nitekim *Bramelid and Malmstrom v. Sweden* davası ile ilgili olarak hazırlanan Komisyon raporunda zorunlu tahkimde aleni duruşma gereğine uyulması gerektiği kabul edilmiştir. Bu başvuruda her ne kadar aleni duruşma hakkının ihlali ile ilgili bir talep olmadysa da Komisyon raporunda duruşmanın aleni yapılmadığı (paragraf 41); başvuranın tarafsız-bağımsız bir mahkeme kamuya açık olarak yargılanma hakkının ihlal edildiği (paragraf 42) tespit edilmiştir.

144 AİHM' in bu yöndeki içtihadı için bkz. yukarıda paragraf 25.

145 AİHM *Pechstein* Kararı, paragraf 178. Ancak Mahkeme, CAS'ın sportif alandaki yeri dikkate alındığında kararlarının tarafsızlığına ve hakkaniyetine duyulan güveni artırmak için özellikle de sporcunun talebi halinde duruşmaların açık yapılmasının iyi olacağını da vurgulamıştır.

146 CAS Tahkim Tüzüğü m. R57/f.2: "*Yargılamanın tarafını oluşturan gerçek kişinin talebi üzerine, disiplin uyuşmazlıklarında duruşmalar kamuya açık yapılabilir. Bu talep, kamu düzeninin, ahlâkın, ulusal güvenliğinin, tarafların özel hayatlarının veya küçüklerin çıkarlarının korunması gereklileriyle veya kamuya açık duruşma yapılmasının yargılamaya zarar vereceği durumlarda veya yargılamanın münhasıran hukuki sorunlara ilişkin olduğu durumlarda veya ilk derece yargılamasında kamuya açık duruşma yapılmış olması halinde reddedilebilir.*" Nitekim CAS'ın internet sitesinde 20 Ağustos 2019 tarihinde yayımlanan basın açıklamasında, WADA tarafından, Çin vatandaşı yüzücü Sun Yang hakkında Uluslararası Yüzme Federasyonu (*Fédération Internationale de Natation -FINA*) Doping Kurulu tarafından verilen, yüzücünün doping kuralı ihlal etmediğine dair kararı aleyhine yapılan temyiz başvurusu ile ilgili olarak yapılacak duruşmanın, tarafların talebi üzerine (medya dahil olmak üzere) kamuya açık yapılacağı duyurulmuştur. Açıklamada bunun CAS tarihinde kamuya açık duruşma yapılmasının ikinci örneği olduğu; ilk kamuya açık duruşmanın 1999 yılında, yine yüzme sporu ile ilgili bir davada (*Michelle Smith De Bruin v. FINA*) gerçekleştirildiği belirtilmiştir.

([https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/CAS\\_Media\\_Release\\_6148\\_Public\\_Hearing.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Media_Release_6148_Public_Hearing.pdf)).

Bu açıklamadan anlaşıldığı kadarıyla daha önceki tahkim kurallarında buna açıkça imkân veren bir düzenleme olmamasına rağmen hakem heyeti bu yönde bir karar almış ve kamuya açık duruşma yapılmasına imkân tanımıştır.

Aynı düzenleme, 2019 tarihinden itibaren faaliyete geçen Doping Mücadele Dairesi'nin tahkim yargılama kurallarında da yer almaktadır<sup>147</sup>.

Bu değişikliğe rağmen, disiplin yargılamalarının büyük oranını oluşturan ve özellikle sporcuların sağlık durumuna ilişkin, gizli ve hassas bilgilerin detaylı bir şekilde incelendiği, tartışıldığı doping ihlali ile ilgili duruşmaların gizliliğinin, taraflar için<sup>148</sup> önemli bir avantaj olduğu; değişiklikten sonra da büyük ölçüde duruşmaların gizli yapılacağı, ancak kamuoyu tarafından merak edilen önemli uyuşmazlıklarda halka açık yapılabileceği ifade edilmektedir<sup>149</sup>.

#### IV. Değerlendirme ve Sonuç

*Pechstein* tarafından ileri sürülen, CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir yargı kurumu olmadığı, bu nedenle AİHS m.6'nın ihlal edildiği yönündeki iddiaların AİHM tarafından reddedilme gerekçesi, kendisinin bu konuda geliştirdiği içtihadı ile tamamen çelişkilidir. Gerçekten de Konsey'in uluslararası federasyonların hakimiyetinde bir yapı olması ve bu yapının, hakem listesini belirleme, tahkim daire başkanlarını seçme ve dolaylı olarak hakem heyeti başkanını belirleme, genel sekreteri seçme gibi yetkilerinin varlığı, tahkim yargılamasında taraf olarak yer alacak uluslararası federasyonların lehine ve yargılamanın diğer tarafında yer alacak sporcuların aleyhine adaletsiz bir durum oluşturmaktadır. Uluslararası federasyonlara tanınan böylesine orantısız yetkiler, CAS'ın tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii *görünümünde* olmadığını; tarafsızlığı konusunda duyulacak şüphelerin *makul olduğunu* kabul etmek için yeterlidir. Buna rağmen AİHM'in, somut olarak yargılamada taraf olan uluslararası federasyonun (ISU), bizzat hakem listesinin oluşumunda rol aldığı veya bu durumun *Pechstein* Davasında yargılama yapan ve karar veren CAS hakemlerinin tarafsızlığını ortadan kaldırdığının (sübjektif tarafsızlık) ispat edilmesini araması, tarafsızlık konusundaki içtihadına tamamen aykırı bir karar verilmesi anlamına gelmektedir.

AİHM, bu şekilde kendi içtihadına aykırı bir karar vermekle, bu kararının gerçek gerekçelerinin ne olduğuna/olabileceğine dair farklı yorumların yapılmasına neden olmuştur. Kanaatimizce bu kararın gerçek gerekçesini, CAS'ın spor dünyası açısından taşıdığı önemde ve uluslararası federasyonların bu sistemin devamındaki menfaatlerinde aramak ve bu kararı, IOC ve ona bağlı uluslararası federasyonların, kendi koydukları kuralların, devlet mahkemelerinin müdahalesi olmadan, yeknesak bir

147 İçerik olarak önceki dipnotta yer verdiğimiz CAS Tahkim Tüzüğü m.R57 ile aynı olan, Doping Mücadele Dairesi Tahkim Kuralları m. A19.3/f.3.

([https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/CAS\\_ADD\\_Rules\\_final\\_version\\_2019.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_ADD_Rules_final_version_2019.pdf)).

148 Doping uyuşmazlıklarında taraflardan biri sporcu (*gerçek kişi*) diğer taraf kendisi hakkında doping dolayısıyla soruşturma yürüten ve karar veren, tüzel kişiliği haiz federasyon veya WADA'dır. CAS kurallarında sadece *gerçek kişi* olan tarafın talep etmesi halinde kamuya açık duruşma yapılmasına imkân verilmesi sporcunun kendi özel hayatı ile ilgili birtakım bilgilerin de açıklanabileceği düşünüldüğünde yerinde olmuştur.

149 *ECHR releases its judgment in the Pechstein case: what does this mean for the Court of Arbitration for Sport?* <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bee3263b-b473-442b-a645-ba606ca4a52e> (10.04.2019).



şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla oluşturdukları, 35 yıldır faaliyet gösteren ve bu süreçte uluslararası sportif uyumsuzlukların en üst karar mercii haline gelmiş olan CAS'ın bu konumunu sarsmamak için verilmiş bir karar olarak değerlendirmek gerekir.

CAS'ın uluslararası planda işgal ettiği bu yerin önemini kabul etmek, onun özellikle sporcuların taraf olduğu disiplin uyumsuzluklarında daha tarafsız ve bağımsız bir görünüm vermesini sağlayacak tedbirlerin alınması gereğini bertaraf etmemeli ve AİHM, önüne gelen bu fırsatı, bu amaca yönelik düzenlemelerin yapılabilmesi için kullanmalıydı<sup>150</sup>. AİHM'in bu fırsatı iyi değerlendirememesi, mevcut yapı devam ettiği sürece sporcuların (*Pechstein*'in Alman mahkemelerine başvurması gibi) CAS kararlarına karşı milli mahkemelere müracaat etmelerine ve mahkemelerin CAS'ın tarafsızlığı/bağımsızlığı konusunda çok daha cesur kararlar almalarına yol açabilecektir<sup>151</sup>.

Sonuç olarak, AİHM kararına muhalif kalan hakimler tarafından yazılan muhalefet şerhinde, Münih İstinaf Mahkemesi'nin kararında ve doktrinde CAS'ın neden tarafsız ve bağımsız bir yargı mercii olmadığına dair eleştiriler dikkate alınarak CAS'ta yeni bir yapılanmaya gidilmesi ve yargılamaların tamamen AİHM içtihadındaki ilkelere uygun yürütülmesi için gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede, çalışmamızda da üzerinde ayrıntılı olarak durduğumuz, yapılabilecek değişikliklerin hangi yönde olması gerektiğine dair bazı açıklamaları kısaca tekrar etmek uygun olacaktır.

Her şeyden önce Konsey'in yapısının değiştirilmesi ve sporcu, kulüp, teknik direktör ve antrenör gibi sportif uyumsuzlukların tarafı olabilecek, uluslararası federasyonlar dışındaki kişi ve kuruluşların da Konsey üyelerinin seçiminde rol alması gerekir<sup>152</sup>. Özellikle disiplin uyumsuzluklarında CAS'ın zorunlu tahkim mercii olması ve bu uyumsuzlukların tarafının genellikle sporcu olması dikkate alınarak, sporcuların doğrudan Konsey üyelerinin seçilmesinde etkili olması sağlanmalıdır. Bu da, IOC'nin veya uluslararası federasyonların sporcu komisyonlarının Konsey üyelerinin seçiminde rol alması ile sağlanabilir.

Konsey'in yapısı değiştirildiği ve uluslararası federasyonların hakimiyetine son verildiği takdirde sorun büyük ölçüde giderilmiş olacaktır. Ancak uzun vadeli bu değişikliğin gerçekleşmesine kadarki süreçte Konsey'in hakem listesinin oluşumundaki etkisi ortadan kaldırılabilir<sup>153</sup> veya sporcuların bu listenin oluşumunda federasyonlar

150 Aynı yönde, DUVAL (n 99).

151 DUVAL (n 99).

152 CAS tarafından AİHM kararı sonrası yapılan açıklamada, Konsey üyelerinin çoğunluğunun spor kuruluşlarının üyesi olmayan uzman hukukçulardan oluştuğu ve kadın-erkek eşitliğinin sağlandığı ifade edilmiştir ([https://www.tascas.org/fileadmin/user\\_upload/Media\\_Release\\_Mutu\\_Pechstein\\_ECHR.pdf](https://www.tascas.org/fileadmin/user_upload/Media_Release_Mutu_Pechstein_ECHR.pdf)). Ancak fiilen gerçekleştiği söylenen bu değişikliklerin Konsey üyelerinin seçimine ilişkin kurallara da yansımaları ve böylece bir güvenceye kavuşturulması zorunludur. Zira burada asıl sorun, Konsey üyelerinin kimlerden oluştuğundan öte bu üyelerin kimler tarafından seçildiğidir.

153 MAISONNEUVE (n 43) 919- 920.

gibi *doğrudan* etkili olmasını sağlayacak düzenlemeler yapılabilir. Her ne kadar CAS Statüsünde 2019 yılından itibaren yapılan değişikliklerle, üyelik komisyonu (*membership commission*) oluşturulması ve hakem listesinde yer alacak kişilerin bu komisyon tarafından önerilmesi gibi olumlu bir adım atılmışsa da, bizatihi bu komisyon üyelerinin Konsey üyelerinden oluşması ve listede yer alacak kişilerin belirlenmesi konusunda nihai kararın Konsey tarafından verilecek olması bu adımı yetersiz kılmaktadır<sup>154</sup>.

Hakem listesinin açık hale getirilmesi<sup>155</sup>, diğer bir ifadeyle liste dışından kişilerin hakem olarak seçilmesine imkân tanınması da diğer bir seçenek olarak düşünülmelidir. Kapalı liste uygulaması iki gerekçe ile savunulmaktadır: İlk gerekçe, sportif uyuşmazlıkların uzmanlık gerektirmesi ve liste oluşturulurken uzman kişilerin seçilmesi suretiyle bu gerekliliğe uyulması. İsviçre Federal Mahkemesi, listenin açık hale getirilmesi durumunda uzman olmayan kişilerin de hakem olarak görev yapmasının önünün açılacağı ve bu şekilde seçilen kişilerin kendilerini seçen kişilerin avukatı gibi hareket edeceği yönündeki açıklamaları ile bu uygulamayı desteklemektedir (ATF III 445). Ancak AİHM kararına muhalif kalan hakemler, Federal Mahkemenin bu açıklamalarının ikna edici olmadığını; zira çok daha teknik konularda (*aeronotique, farmasötik sanayii gibi*) tarafların hakemlerini serbestçe seçebildiklerini ve bu durumun bir sorun oluşturmadığını belirtmektedirler<sup>156</sup>. Diğer yandan, hakem seçme konumunda olan tarafların konunun uzmanı bir kişiyi seçme konusunda hassas davranacaklarında şüphe yoktur<sup>157</sup>.

Kapalı liste uygulamasının ikinci gerekçesi olarak, bu uygulama ile CAS içtihadında tutarlılığın ve dolayısıyla sporcular arasında eşitliğin/adaletin sağlandığı; zira listede yer alan hakemlerin CAS içtihadı hakkında düzenli olarak bilgilendirildiği belirtilmektedir. Ancak doktrinde bu yöntemin çok da etkili olmadığı, listede yer alan 300 hakemin tamamının CAS içtihadı hakkında ayrıntılı bir bilgiye sahip olmadığı; spor tahkimi ile ilgilenen herkese bu içtihat hakkında bilgi verilmesi suretiyle de bu amaca ulaşılabileceği ifade edilmektedir<sup>158</sup>.

Diğer yandan bu bilgilendirmenin önceden değil de hakem seçiminden sonra CAS sekreterliği tarafından veya hakem kararının CAS genel sekreteri tarafından kontrolü aşamasında yapılabileceği<sup>159</sup>; yeknesaklık sağlama amacına, heyet başkanı veya tek hakem olarak görev yapacak kişilerin bir listesinin oluşturulması ve bu kişilerin CAS

154 Üyelik komisyonu hakkında bkz. yukarıda dipnot 96.

155 MAISONNEUVE (n 43) 919; Bruno GUANDALINI / Caio de FARO NUNES, *The CAS List of Arbitrators: Lessons from the Pechstein case for Tokyo*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/01/06/booked-sports-arbitration/> (09.04.2019).

156 Muhalefet Şerhi paragraf 14.

157 RIGOZZI (n 43) 294.

158 MAISONNEUVE (n 43) 919. RIGOZZI, hakem sayısı arttıkça hakemlerin CAS içtihadı hakkında etkin bir şekilde bilgilendirilmesinin mümkün olmayacağını, halihazırda çok sayıda birbiriyle çelişkili CAS kararlarının bulunmasının, bu bilgilendirmenin daha çok sıklıkla hakemlik görevi üstlenen kişiler nezdinde yapıldığını gösterdiğini ifade etmektedir (RIGOZZI (n 43) 295).

159 MAISONNEUVE (n 43) 919.

İçtihadı hakkında düzenli olarak bilgilendirilmesi ve diğer hakemlerin liste dışından seçilmesine olanak tanınması suretiyle de ulaşılabileceği ifade edilmektedir<sup>160</sup>.

Heyet başkanı veya tek hakem olarak görev yapacak hakemin, Konsey'in seçtiği daire başkanı tarafından atanacağına ilişkin düzenlemenin değiştirilmesi de hakem heyetinin tarafsız bir şekilde oluşumunu sağlayabilmek için gereklidir. Burada kapalı liste uygulamasına çözüm olarak önerilen yöntemde olduğu gibi, başkan veya tek hakem olarak görev yapacak hakemler için bir liste oluşturulması ve bu listeden sırayla veya kura yöntemi ile belirlenen hakemlerin görev yapması şeklinde bir formül düşünülebilir<sup>161</sup>.

CAS genel sekreterinin hakem kararı verildikten (taslak halinde) sonra karara esas bakımından müdahale ettiği izlenimi veren düzenlemenin değiştirilmesi ve sekreterliğin kararda sadece şekil bakımından düzeltme yaptırabileceği, esas bakımından herhangi bir değişiklik önerisinde bulunulamayacağı açıkça hükme bağlanmalıdır. Özellikle CAS genel sekreterinin Konsey tarafından atandığı dikkate alındığında böyle bir değişikliğin yapılması önemlidir. Aslında kapalı liste uygulamasının ve genel sekreterin kararı kontrol etmesinin ortak gerekçesi, kararın CAS içtihadı ile tutarlı olmasını sağlamaktır. Bu amaca, yukarıda açıklandığı gibi daha farklı şekillerde özellikle hakem heyeti oluştuktan sonra o konu ile ilgili CAS içtihadı hakkında hakem heyetine bilgi verilmesi suretiyle ulaşılabilmektedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliyografya/Bibliography

Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim*, 4.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

Balkar-Bozkurt S, *Milletlerarası Ticari Tahkime Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, İstanbul, On İki Levha, 2016.

Bert P, *Sports Arbitration – Munich Court Of Appeals Does Not Recognize Cas Arbitral Award In Pechstein Case*, [Http://Www.Disputeresolutiongermany.Com/2015/01/Sports-Arbitration-Munich-Court-Of-Appeals-Does-Not-Recognize-Cas-Arbitral-Award-İn-Pechstein-Case/](http://www.Disputeresolutiongermany.Com/2015/01/Sports-Arbitration-Munich-Court-Of-Appeals-Does-Not-Recognize-Cas-Arbitral-Award-İn-Pechstein-Case/) (05.07.2019).

Bert P, *Sports Arbitration: Munich Court Finds Arbitration Clause Invalid In Pechstein Case*, [Http://Www.Disputeresolutiongermany.Com/2014/02/Sports-Arbitration-Munich-Court-Finds-Arbitration-Clause-İnvalid-İn-Pechstein-Case/](http://www.Disputeresolutiongermany.Com/2014/02/Sports-Arbitration-Munich-Court-Finds-Arbitration-Clause-İnvalid-İn-Pechstein-Case/) (05.07.2019).

---

160 RIGOZZI (n 43) 298- 300.

161 MAISONNEUVE (n 43) 920.

- Besson S, *Arbitration And Human Rights*, 2006, Volume 24, Issue 3, *Asa Bulletin*, 395-416.
- Chainais C, *Exigences Du Procès Équitable Et Arbitrage : Existence Et Essence Du Droit À Un Procès Arbitral Équitable*, In, *Convention Européenne Des Droits De L'homme Et Droit De L'entreprise*, Laure Milano (Dir.), Nemesis/Anthemis, 2016, 265-322, [https://www.researchgate.net/publication/320229736\\_Exigences\\_Du\\_Proces\\_Equitabile\\_Et\\_Arbitrage\\_Existence\\_Et\\_Essence\\_Du\\_Droit\\_A\\_Un\\_Proces\\_Arbitral\\_Equitabile\\_In\\_L\\_Milano\\_Dir\\_Convention\\_Europeenne\\_Des\\_Droits\\_De\\_L'homme\\_Et\\_Droit\\_De\\_L'entreprise\\_Nemesisanth](https://www.researchgate.net/publication/320229736_Exigences_Du_Proces_Equitabile_Et_Arbitrage_Existence_Et_Essence_Du_Droit_A_Un_Proces_Arbitral_Equitabile_In_L_Milano_Dir_Convention_Europeenne_Des_Droits_De_L'homme_Et_Droit_De_L'entreprise_Nemesisanth) (05.12.2018).
- Duval A, *The "Victory" Of The Court Of Arbitration For Sport At The European Court Of Human Rights: The End Of The Beginning For The Cas*, <https://www.asser.nl/sportslaw/blog/post/the-victory-of-the-court-of-arbitration-for-sport-at-the-european-court-of-human-rights-the-end-of-the-beginning-for-the-cas> (10.04.2019).
- Ekşi N, *Spor Tahkim Hukuku*, Beta, İstanbul 2015.
- Ekşi N, *Yargıtay Kararları Işığında İcc Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması Ve Tenfizi*, Yıl:67, Sayı: 1, 2009, *Ankara Barosu Dergisi*, 54-74.
- Guandalini B, De Faro-Nunes C, *The Cas List Of Arbitrators: Lessons From The Pechstein Case For Tokyo*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/01/06/booked-sports-arbitration> (09.04.2019).
- İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu Ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak Ve İlkeler*, 4.Bası, Beta, İstanbul 2013.
- İpek M, *Pechstein V. International Skating Union – Court Of Arbitration For Sport At The Target*, C. 22, S.1, Mühf-Had, (511-519), <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/274362>.
- Jarosson C, *L'arbitrage Et La Convention Européenne Des Droits De L'homme*, 1989/4, *Revue De L'arbitrage*, 573-607.
- Kayalı D, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı Ve Tarafsızlığı*, Seçkin, Ankara 2015.
- Keidel C, *A Guide To The Higher Regional Court's Decision In The Pechstein Case*, <https://www.lawinsport.com/content/articles/item/a-guide-to-the-higher-regional-court-s-decision-in-the-pechstein-case>, Published On 29 January 2015 (01.03.2018).
- Knoepfler F, *Les Droits De L'homme Et L'arbitrage*, Swisslex Rsdie 2007, 463-478.
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, V1. Baskı, C. V1, İstanbul 2001.
- Maisonneuve Mathieu, *Note: Claudia Pechstein V. International Skating Union (Isu), Hihger Regional Court Of Munich, Az. U 1110/14 Kart, 15 January 2015*, 3-2015, *Revue De L'arbitrage* (909-921).
- Mavromati D, *The Legality Of The Arbitration Agreement In Favour Of Cas Under German Civil And Competition Law, The Pechstein Ruling Of The German Federal Tribunal (Bgh) Of 7 June 2016*, 2016/1, *Bulletin Tas/ Cas Bulletin*, S. 27-41.
- Özdemir-Kocasakal H, *Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü Ve Spor Tahkim Mahkemesi*, İstanbul 2013.
- Rigozzi A, Tissot FR, *"Consent" In Sports Arbitration: Its Multiple Aspects, Lessons From The Canas Decision, In Particular With Regard To Provisional Measures*, <https://lk-k.com/wp-content/uploads/2015/10/Rigozzi-Robert-Tissot-In-Asa-Special-Series-41-Sports-Arb.-A-Coach-For-Other-Players-2015-Consent-In-Sports-Arb.-Its-Multiple-Aspects-Pp.-59-94.Pdf>. (05.09.2019).
- Rigozzi A, *L'arbitrage International En Matière De Sport*, Helbing&Lichtenhahn, Bâle 2005.

- Sakmar A, Yılmaz İ, Ekşi N, *Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uygulamadan Örnekler*, Evrim, İstanbul 1989.
- Samuel A, *Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally And The European Convention On Human Rights*, Journal Of International Arbitration, Kluwer Law International (2004, Volume 21 Issue 5), 413–437.
- Svobodova K, *Application Of The Article 6(1) Of The Echr In International Commercial Arbitration*, [https://dfkonline.sze.hu/images/Egyedi/Doktori/%C3%A1ll\\_%C3%A9s\\_Jog\\_Alap\\_%C3%A9rt%C3%A9kei\\_2010/2.%20k%C3%B6t/KI%C3%A1ra.Pdf](https://dfkonline.sze.hu/images/Egyedi/Doktori/%C3%A1ll_%C3%A9s_Jog_Alap_%C3%A9rt%C3%A9kei_2010/2.%20k%C3%B6t/KI%C3%A1ra.Pdf). 01.06.2018).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması Ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 7.Bası, Beta, 2019.
- Şanlı C, Esen E, Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7.Bası, Beta, 2019.
- Tüysüz C, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü*, Public And Private International Law Bulletin, Volume: 37, Issue: 2, 846–873.
- Voser N, Gottlieb B, *How The European Court For Human Rights Interferes In (Sports) Arbitration*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/19/how-the-european-court-for-human-rights-interferes-in-sports-arbitration/> (09.04.2019).
- Wittinghofer M, Schenk S, *A Never Ending Story: Claudia Pechstein's Challenge To The Cas*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/06/14/a-never-ending-story-claudia-pechsteins-challenge-to-the-cas/> (01.06.2018).
- Yasan C, *Milletlerarası Tahkimde Gizlilik*, 2011/1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan, S. 777-806.
- Yeşilova B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı Ve Denetimi*, Güncel Yayınevi, İzmir 2008.

