

Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller



Dr. H. Akif KARACA*

ÖZET

Alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan milletlerarası tahkim yargılaması sürecinde hakemler taraflardan bağımsız ve yargılama sırasında tarafsız olmalıdırlar. Tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüklerinin ihlali hakemin reddi sebebidir. Taraflar tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkında haklı şüpheye sahip oldukları hakemi reddedebilirler. Hakemin reddi uluslararası tahkime ilişkin bütün düzenlemelerde bazı küçük farklılıklarla yer almaktadır. Bununla birlikte somut olarak hangi hallerde hakemin reddedilebileceği bu düzenlemelerde yer almamıştır. Red talebine konu olan her bir olayın özellikleri dikkate alınarak hakemin reddi hakkında karar verilmesi gerekmektedir. Bu çalışma hangi hallerde hakemin tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle reddedilebileceği ve bunun usulünü ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler: *milletlerarası tahkim, hakemin reddi, tarafsızlık, bağımsızlık, haklı şüphe*

ABSTRACT

Arbitrators should be independent from the parties and impartial during arbitration trial which is an alternative dispute settlement method. The breach of obligations to be impartial and independent is a reason for challenge of an arbitrator. The parties can challenge an arbitrator whom they have justifiable doubts about his impartiality and independence. The challenge of arbitrators exists in all regulations relating to international arbitration with small differences. However,

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

in which situations can the parties challenge an arbitrator does not exist in these regulations. The decision on challenge of an arbitrator should be given through considering particularities of each situation that is the subject of challenge. This work discusses in which situations an arbitrator can be challenged due to the breach of obligations to be impartial and independent and the procedure of this challenge.

Keywords: *international arbitration, challenge of arbitrators, impartiality, independence, justifiable doubt*

I. GİRİŞ

Birbirinden farklı kültürel, ticari ve hukuki anlayışlara sahip iki tarafın aralarındaki uyumsuzluğun kendi seçtikleri hakemler tarafından, iradelerine dayanan özel bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim yargılaması yoluyla çözülmesi sürecinde taraflar kendileri ile benzer anlayışlara sahip bir hakemi seçmek isteyebilirler¹. Bununla birlikte tahkimin taraf iradelerine dayanan hakemlerin taraflarca seçilmesi yönü ile tahkimin bir yargı faaliyeti olması arasında bir denge kurulması gerekir². Tarafların özel bir yargılama sistemine müracaatları onları temel bir insan hakkı olan adil yargılanma hakkından yoksun bırakmaz. Tahkim yargılaması sonucu verilecek karar hakemlerin tarafsız davrandığı ve her iki tarafın iddialarının da tam olarak dinlendiği bir yargılama sonucu verilmelidir. Tahkim yargılamasının adil bir şekilde yürütülmesi yeterli değildir. Tarafların da bunun böyle olduğunu benimsemeleri gerekir³.

Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı tarafların adil bir şekilde yargılanarak adaletli bir kararın verilmesinin önkoşuludur⁴. Hakem

¹ BISHOP, Doak/REED, Lucy, "Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration", *Arbitration International*, V. 14, N. 4, 1998, s. 428.

² AKTÜRK, Aylin, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Mahkemesinin Kuruluşu-Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 8, S. 86, 2010, s. 511.

³ KOCH, Christopher, "Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators", *Journal of International Arbitration*, V. 20, N. 1, 2003, s. 325.

⁴ WESTPHALEN, Friedrich Graf von, "Hakemlere İtirazlar: Tarafsızlık ve Bağımsızlık Koşulları", II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, 14 Şubat 2009, Tahkim, Ed. Doç. Dr. Erol Ulusoy, Av. Aslı Yıldırım, TMSF, MÜHF, s. 379.

kararı neticesi itibariyle bir mahkeme kararının etkisine sahiptir. Bu nedenle adaletin sağlanması için mahkeme yargılamasının tabi olduğu temel usul ilkelerine hakem yargılamasının da tabi olması gerekir. Bu usul ilkelerinden başlıcası da yargılama sırasında tarafların eşit muameleyle tabi tutulmaları ve tarafsız bir şekilde yargılanmalarıdır⁵.

Makalemiz, kapsamı itibariyle tahkim yargılaması sırasında ortaya çıkabilecek ve hakemin reddi sebebi olan hakemin tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüğünün ihlali ile sınırlandırılmıştır. Tenfiz aşamasında ortaya çıkabilecek hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili sorunlar kapsam dışı bırakılmıştır. Bu çerçevede öncelikle tasafsızlık ve bağımsızlık kavramları açıklanmış, daha sonra uluslararası tahkime ilişkin düzenlemelerde hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı yükümlülüğünün ve bunun ihlali nedeniyle hakemin reddinin nasıl düzenlendiği açıklanmıştır. Makalemizin bundan sonraki kısmında ise hakemin bağımsızlığını ve tarafsızlığını ortadan kaldıracak haller doktrin, tahkim kurumları ve hakem heyeti kararlarının ışığında çeşitli alt başlıklar altında incelenmiştir.

II. TARAFSIZLIK VE BAĞIMSIZLIK KAVRAMLARI

Bağımsızlık hakemlerle taraflar arasında ekonomik, profesyonel ya da diğer nitelikte bir ilişkinin olmaması, hakemle uyumsuzluk konusu arasında bir çıkar ilişkisinin olmaması ve hakemin bunun neticesi olarak taraflara objektif davranabilmesi olarak tanımlanabilir⁶. Uyuşmazlığın taraflarından birinin geçmişte çalışanı olmuş veya halen çalışanı olan veya uyumsuzluğun neticesinden esaslı bir ekonomik çıkarı olan bir hakem veya taraflardan biri ile ailevi bağları olan bir hakem bağımsız olarak kabul edilemez⁷. Tarafsızlık ise hakemin zihinsel olarak ya da uyumsuzluğun konusuna ilişkin bir eğiliminin bulunmaması ve bu eğilimler neticesi taraflardan birinin lehine hareket etmemesi olarak ta-

⁵ NOMER, Ergin, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, MHB, Y. 4, S. 1, 1984, s. 29-30.

⁶ KAPLAN, Yavuz, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, MHB, Y. 21, S. 1-2, 2001, s. 49; AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 3. bs., İstanbul, 2013, s. 154.

⁷ ŞANLI, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s. 560; KOCH, s. 327.

nımlanabilir⁸. Uluslararası Barolar Birliği'nin 1986 tarihli Uluslararası Hakemler için Etik Kuralları'nda tarafsızlık ve bağımsızlık kavramlarının farkı şu şekilde açıklanmıştır: "Tarafılık hakemin taraflardan birini tutması ya da uyuşmazlığın konusuna ilişkin önyargılı olması durumunda ortaya çıkar. Bağımlılık ise hakem ile taraflardan biri ya da tarafla yakın ilişkili biri arasındaki ilişkilerden ortaya çıkar⁹."

Bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri arasındaki önemli bir fark ise bağımsızlık ilkesinin ihlali, hakemle taraflar arasındaki ekonomik nitelikte ya da diğer ilişkilerden kaynaklanması nedeniyle, olgulara dayanan objektif bir teste tabi tutulabilir. Tarafsızlık ilkesinin ihlali ise hakemin zihnindeki bir durumun yansıması olduğu için objektif bir teste tabi tutulamaz. Bu yönüyle subjektif niteliklidir¹⁰. Bağımsızlık ilkesinin hakem ile taraflar ya da onların hukuki temsilcileri arasındaki somut, objektif ilişkilere dayanması ve hakemin taraflarla olan ilişkilerini tahkim yargılamasının başlangıcında bildirmekle yükümlü olması yargılamanın başında hakemin bağımsız olup olmadığının kolaylıkla tespit edilmesini sağlar. Subjektif nitelikteki tarafsızlık ilkesinin ihlal edilip edilmediği için ise aynı şey söylenemez¹¹. Hakemin tarafsızlık yükümlülüğünü ihlal edip etmediği yargılama sırasındaki tutum ve davranışlarından, haksız olarak bir taraf lehine hareket etmesinden anlaşılabilir¹². Bu tutum ve davranışlar tarafın iddia ve savunma haklarından yeterince yararlandırılmaması, sunduğu delillerin karar aşamasında dikkate alınmaması gibi şekillerde kendisini gösterir¹³.

Tahkim yargılamasının taraf iradelerine dayanması gerekçe gösterilerek hakemlerin bağımsızlığı ilkesinden vazgeçilemez. Tahkimin hukuki karakteri bu konuda taraf iradelerinin etkisini ortadan kaldırır.

⁸ BLACKABY, Nigel/PARTASIDES Constantine with REDFERN, Alan/HUNTER, Martin, Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th ed., Oxford University Press, New York, 2009, s. 267-268.

⁹ 1986 IBA Rules of Ethics for International Arbitrators Article 3(1) in KOCH, s. 328.

¹⁰ BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 267-268; KOCH, s. 328.

¹¹ HASCHER, Dominique, "Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues", American University International Law Review, V. 27, 2011-2012, s. 792.

¹² KAPLAN, Yavuz, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 96.

¹³ KAPLAN, Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi, s. 50.

Hakemin bağımsızlığı da hakimlerin bağımsızlığı gibi kamu düzenini ilgilendirir¹⁴. Hakemlerin taraflarca seçilmeleri, hakemlerin de hakimler gibi yargı görevini yerine getirmeleri nedeniyle, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesinin önünde bir engel değildir¹⁵. Bununla birlikte tahkim yargılaması kapsamındaki hakemlerin bağımsızlığı ile devlet yargılaması kapsamındaki hakimlerin bağımsızlığı birbiriyle karıştırılmamalıdır. Hakimlerin bağımsızlığı kuvvetler ayrılığı prensibinden kaynaklanmakta ve onlara hiçbir makam, kişi veya kurum tarafından emir verilemeyeceğini ifade etmektedir. Hakemlerin bağımsızlığı ise hakemler taraflar arasındaki ilişkileri esas alır¹⁶. Hakemlerin bağımsızlığı hakimlerin bağımsızlığından farklı olmakla birlikte hakemlerin bağımsızlığı uygulamadaki bazı nedenlerle hakimlerin bağımsızlığına göre daha fazla önem taşımaktadır. Bu nedenlerden başlıcası hakemlerin hakemlik mesleği dışında avukat, bilirkişi vb. olarak başka tür hukuki görevler de yapmalarıdır. Bundan dolayı çıkar çatışması riski hakimlere göre daha fazladır. Diğer bir neden ise hakem kararlarının hakim kararlarından farklı olarak esastan incelemeye tabi tutulmamaları, hakem kararlarına karşı başvurulacak kanun yollarının bu açıdan sınırlı olmasıdır¹⁷.

III. ULUSLARARASI TAHKİME İLİŞKİN DÜZENLEMELERDE HAKEMİN TARAFSIZLIK VE BAĞIMSIZLIK YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN İHLALİ NEDENİYLE REDDİ

1. Bildirim Yükümlülüğü

Hakemler tahkim yargılaması sürecinde reddedilmemek için taraflarla olan bağlarını, tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkında şüphe oluşturabilecek haller varsa bunları yargılamanın başında taraflara bil-

¹⁴ NOMER, s. 30.

¹⁵ ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal, İstanbul, 2008, s. 180.

¹⁶ KAPLAN, Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi, s. 44.

¹⁷ REINER, Andreas, "Hakemin Bağımsız Ve/Veya Tarafsız Olmadığının Veya İfşa Yükümlülüğünü Yerine Getirmediğinin Sonradan Tespit Edilmesinin Verilen Hakem Kararlarına Etkisi", Çev. Müslüm Yılmaz, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı, 15 Kasım 2007, Ed. Nuray Ekşi, Turgut Kalpsüz, Müslüm Yılmaz, Beta, İstanbul, 2007, s. 60.

dirmelidir. Uygulamada hakem kendisini atamak isteyen tarafa olası durumları açıklamaktadır. Atanması durumunda ise taraflara resmen bildirimde bulunmaktadır. Bu bildirimde yer alan konularda itiraz olmaması durumunda taraflarca daha sonra bunlara dayanılarak hakem reddedilememektedir. Hakemlerin bildirim yükümlülüğü yargılama süresi boyunca devam eder¹⁸. Bu bildirim yükümlülüğünün kapsamına taraflarla ya da onların avukatlarıyla daha önce ya da mevcut olan ekonomik ve profesyonel ilişkilerin yanı sıra ailevi veya sosyal ilişkiler de dahildir¹⁹.

Hakemlerin tarafların gözünde tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hakkında haklı şüphe oluşturabilecek durumları bildirme yükümlülüklerinin hukuki dayanağı uygulanacak usul kanunu, tahkim kurumlarının düzenlemeleri veya tahkim sözleşmesinde yer alan bir düzenlemedir²⁰. Tarafsızlık bildiriminde bulunan ve ilişkilerini açıklayan hakem bu ilişkilerin hakemlik görevini yapmaya engel olmadığı görüşündedir. Bu bildirim amacını tarafların da hakemle aynı görüşte olup olmadıklarını belirlemektir²¹. Hakemler ile taraflar arasındaki ilişkilerin sınırlı olduğu dikkate alındığında, tarafların bakış açısı konusunda, bildirimde bulunacak olan hakem aynı şartlardaki bir kişinin nelerin bildirilmesini isteyeceğini dikkate almalıdır. Hakemler neleri açıklayacaklarını tespit ederken bütün şartları değerlendirmelidirler. Tarafların daha önceki meşguliyetlerini, milliyetlerini ve geldikleri kültürü dikkate alarak tarafların gözünde hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda şüphe oluşturabilecek, tarafları bu konuda endişeye sevk edebilecek bütün durumları açıklamalıdır²².

Hakemlerin bağımsızlıklarından şüphe oluşturabilecek olası çıkar çatışmalarını araştırma yükümlülüğü vardır. Hakemin gerekli araş-

¹⁸ BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 268-269.

¹⁹ CALVO, Michel A., "The Challenge of the ICC Arbitrators-Theory and Practice", *Journal of International Arbitration*, V. 15, N. 4, 1998, s. 67.

²⁰ REINER, s. 60.

²¹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Commercial Arbitration, IBA, London, 2014, s. 10-11.

²² SHORE, Laurence/CABROL, Emmanuelle, "A Comment on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest: The Fragile Balance Between Principles and Illustrations, and the Mystery of the Subjective Test", *American Review of International Arbitration*, V. 15, 2004, s. 603.

tırmayı yapmaması ve tahkim yargılamasının ileriki aşamasında ilgili ilişki konusunda bilgi sahibi olmadığını iddia etmesi onun bağımsız olduğu sonucunu doğurmaz²³. Hakemin bilgisi dahilinde olan bir çıkar çatışmasına bildiriminde yer vermemesi onun bağımsız olmadığını ve yargılama sırasında tarafsız davranmayacağını bir işareti olarak değerlendirilebilir²⁴. Hakemin tarafla olan bir ilişkisini açıklamaması tek başına ret sebebi değildir. Önemli olan bu ilişkinin niteliğidir²⁵. Bununla birlikte bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme hakemin reddi talebi değerlendirilirken hakem aleyhine önemli bir delil teşkil eder²⁶. Hakemin bildiriminde tarafla olan bağımlı açıklaması koşuluyla karşı taraf o hakemin seçilmesine itiraz etmemekte serbesttir. Bağımsızlık tarafların çıkarına hizmet eden bir ilkedir. Bu nedenle taraf bu hakkindan vazgeçebilir²⁷.

Hakemin reddi kapsamında hakemlerin tarafsızlığını ve bağımsızlığını ortadan kaldıracabilecek olası halleri açıklama yükümlülüğü uluslararası tahkime ilişkin gerek kurumsal düzenlemelerde gerekse milli kanunlarda birbirine benzer şekilde düzenlenmiştir. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları²⁸ m. 11’de hakemlerin atanmadan ya da adaylıkları onaylanmadan önce tarafların gözünde bağımsızlıkları hakkında şüphe oluşturabilecek nitelikteki olgu ve durumlar ile tarafsızlıkları konusunda haklı şüphe oluşturabilecek her türlü durumu Sekreteryaya yazılı olarak bildirmeleri yükümlülüğü getirilmiştir. Bildirimi takiben Sekreteryaya bunu taraflara bildirir ve görüşlerini, belirleyeceği süre içinde, yazılı bir şekilde iletmelerini ister²⁹. Tahkim süreci boyunca ortaya çıkabilecek aynı nitelikteki durumlar da hakem tara-

²³ HASCHER, s. 794.

²⁴ HASCHER, s. 800.

²⁵ IBA Guidelines, s. 18.

²⁶ BOTTINI, Gabriel, “Should Arbitrators Live on Mars? Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration”, *Suffolk Transnational Law Review*, 2008-2009, s. 345.

²⁷ HASCHER, s. 793.

²⁸ ICC 2012 Arbitration Rules, <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/> 5.4.2015

²⁹ ICC Tahkim Kuralları, m. 11(2).

findan Sekreteryaya ve taraflara bildirilmelidir³⁰. Hakemin reddine ilişkin Divan'ın vereceği karar nihaidir ve nedenleri taraflara açıklanmaz³¹.

Londra Uluslararası Tahkim Divanı (LCIA) Tahkim Kuralları'nın³² 5. maddesinde hakemlerin tahkim süreci boyunca tarafsız ve bağımsız kalmakla yükümlü oldukları, taraflardan birinin avukatı ya da temsilcisi gibi davranmamaları ve taraflara uyumsuzluk hakkında ya da tahkimin sonucu hakkında tavsiyede bulunmamaları belirtilmiştir³³. Divan tarafından atanmadan önce her bir hakem adayının tarafların zihninde bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları hakkında haklı şüphe oluşturabilecek şartların olup olmadığını ve eğer varsa bu şartların tamamını, yazılı ve imzalı bir şekilde, Divan'a bildirmeleri düzenlenmiştir³⁴. Kişi eğer hakem olarak atanırsa bildirimden sonra ortaya çıkan şartları da Divan'a, heyetin diğer üyelerine ve taraflara yazılı şekilde bildirmekle yükümlüdür³⁵.

ICSID Tahkim Kuralları'nın³⁶ 6. maddesinin 2. fıkrasına göre her bir hakem hakemlerin ilk toplantısından önce ya da en geç toplantı sırasında bağımsız karar verme konusundaki güvenilirliği hakkında tarafları endişeye sevk edebilecek taraflarla arasındaki geçmişteki ya da şimdiki profesyonel veya diğer ilişkilerini içeren bir bildirimde bulunmakla yükümlüdür. *Ad hoc* tahkimde ve özellikle yatırım tahkiminde sıkça kullanılan UNCITRAL Tahkim Kuralları³⁷ m. 11'de, bir kişinin kendisiyle hakem olarak seçilmesi için iletişime geçildiğinde tarafsızlığı veya bağımsızlığı hakkında haklı şüphe oluşturabilecek durumları açıklamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Hakem, atanmasından itibaren bütün tahkim süreci boyunca da ortaya çıkan benzer durumları gecikmeksizin taraflara ve diğer hakemlere bildirmekle yükümlüdür.

³⁰ ICC Tahkim Kuralları, m. 11(3).

³¹ ICC Tahkim Kuralları, m. 11(4).

³² LCIA Arbitration Rules as effective 1 October 2014, http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-rules-2014.aspx 5.4.2015.

³³ LCIA Tahkim Kuralları, m. 5(3).

³⁴ LCIA Tahkim Kuralları, m. 5(4).

³⁵ LCIA Tahkim Kuralları, m. 5(5).

³⁶ ICSID Convention, Regulation and Rules, Arbitration Rule 6, https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf 5.4.2015.

³⁷ UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> 5.4.2015.

Uluslararası Ticari Tahkime ilişkin UNCITRAL Model Kanunu³⁸ m. 12’de hakemin hakem olarak atanması ile ilgili olarak kendisiyle irtibat kurulduğu anda tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında haklı şüphe oluşturabilecek durumları taraflara bildirmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkileyebilecek yeni bir durum ortaya çıkmışsa ya da mevcut durum önceden bildirilmemişse tahkim yargılaması boyunca da hakem bu halleri derhal taraflara bildirmek zorundadır. UNCITRAL Model Kanunu’nu örnek alan Milletlerarası Tahkim Kanunu³⁹ da m.7.C’de bildirim yükümlülüğünü aynı içerikle düzenlemiştir⁴⁰.

2. Haklı Şüphe Kavramı

Tahkim yargılamasının tarafları tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında şüpheye düştükleri hakemi reddedebilmektedirler. Bu şüphe subjektif olsa da nihai olarak belirleyici olan bu şüphelerin objektif olarak haklı olmasıdır⁴¹. Tarafsızlığın hakemin zihnindeki bir durum olması nedeniyle tarafsızlık yükümlülüğünün ihlal edildiğinin ispatı zordur. Bu nedenle yargılama sırasında hakemin tarafsızlığı ihlal ettiğine yönelik somut olgu ve davranışların ortaya çıkması şarttır. Taraflardan birinin hakemin taraflı davrandığına yönelik subjektif nitelikli değerlendirmeleri ile hakem reddedilemez⁴². Hakemin sadece taraflardan birinin taleplerini yerine getirmesi ya da hukuki olmayan gerekçelerle taraflardan birinin yararını gözetmesi haklı şüphe oluşturabilecek somut olgular olarak değerlendirilebilir⁴³. Hakemin reddine dair hakemi atayan otorite tarafından verilen 11 Ocak 1995 tarihli bir tahkim kararında da

³⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf 5.4.2015.

³⁹ Milletlerarası Tahkim Kanunu, RG. S. 24453, T. 05.07. 2001.

⁴⁰ MTK m. 7/C: “Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartları açıklamak zorundadır. Taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde hakem, daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirir.”

⁴¹ BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 274.

⁴² NOMER, Ergin, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi”, MHB, Yıl 19-20, 1999-2000, s. 569.

⁴³ ÖZEL, s. 180.

şüphenin sadece tarafsızlığı ileri süren tarafın zihninde oluşmasının yetmeyeceği, şüphenin objektif manada haklı olması gerektiği ifade edilmiştir. Objektif manada haklılık ise şüphe etmek için yeterli ve somut gerekçelerin olması ve bu gerekçelerin makul kriterlere dayanmasıdır. Konu hakkında bilgilendirilmiş üçüncü şahsın gözünde bu şüphe haklı bir şüphe olmalıdır⁴⁴.

Uluslararası Barolar Birliği'nin "Uluslararası Ticari Tahkimde Çıkar Çatışmalarına İlişkin Kurallar"ında konu hakkında bilgi sahibi ve mantıklı üçüncü kişinin hakemin davanın içeriğinden başka faktörlerden etkilenebileceği ihtimalinin bulunduğu sonucuna ulaşacak olması halinde haklı şüphenin ortaya çıkacağı ifade edilmiştir⁴⁵. Haklı şüphe için doktrinde de aynı kıstas ileri sürülmektedir. Mantıklı üçüncü bir kişinin gözünde tarafsızlığı ve bağımsızlığı ortadan kaldıracak objektif unsurlarla desteklenebilen bir şüpheyse haklı şüphe olarak değerlendirilmektedir. Subjektif varsayımlar ya da inanç ve şüpheler yeterli görülmemektedir⁴⁶. Hakemin davanın taraflarının zihnindeki durumu bilmesi subjektif bir test olması nedeniyle zordur. Bu nedenle mantıklı üçüncü kişinin gözünde bildirimde bulunulan hususun bağımsızlığı etkileyip etkilemeyeceğinin test edilmesi daha objektif bir kriterdir⁴⁷.

Konuyla ilgili olarak hakemin reddine ilişkin verilen kararlar da aynı doğrultudadır. *Vivendi v. Arjantin* kararında üçüncü hakeme itiraz karara bağlanırken reddeden tarafın somut olgulara dayanması gerektiği, spekülasyonlara ve tahminlere dayalı olarak hakemin reddedilemeyeceği belirtilmiştir⁴⁸. Konuyla ilgili önemli bir diğer karar ise ICSID bünyesinde görülen *SGS v. Pakistan* davasında verilmiştir. Hakemin reddi, reddedilen hakemin Meksika'nın taraf olduğu bir başka davada Meksika'nın avukatlığını yaptığı, mevcut davada Pakistan'ın avukatlığını yapan şahsın o davada hakem heyeti başkanı olduğu ve davanın Meksika lehine sonuçlandığı, bundan dolayı reddedilen hake-

⁴⁴ Challenge Decision of 11 January 1995, Yearbook of Commercial Arbitration, V. 22, 1997, s. 234, par. 23.

⁴⁵ IBA Guidelines, s. 8.

⁴⁶ WESTPHALEN, s. 383.

⁴⁷ HASCHER, s. 798.

⁴⁸ *Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on the Challenge to the President of the Committee, s. 180. <http://www.italaw.com/cases/309>, 02.05.2015.

min Pakistan'ın avukatına karşı kendisini borçlu hissedeceği ve tarafsız davranamayacağı gerekçesine dayandırılmıştır. Reddi değerlendiren diğer iki hakem, reddeden tarafın, mantıklı olarak, hakemin mevcut davada açıkça tarafsız davranamayacağı sonucunun çıkacağı somut olguların varlığını ispat etmesi gerektiği gerekçesiyle ret talebini kabul etmemiştir⁴⁹.

3. Hakemin Reddi Usulü

Kurumsal tahkimde hangi hallerde tarafsızlık ve bağımsızlığa dayanılarak hakemlerin reddedilebileceği ve bunun usulü kurumların tahkim kurallarında düzenlenmiştir. *Ad hoc* tahkimde ise taraflar usule uygulanacak hukuku belirlerken hakemin reddine ilişkin kurallara yer vermiş olabilirler. Eğer taraflar *ad hoc* tahkimde hakemin reddi prosedürünü düzenleyen kurallar belirlemişlerse ret prosedürü bu kurallara göre işlemektedir. Bununla birlikte taraflar ret prosedürüne ilişkin kurallar belirlememişlerse bu boşluk tahkim yeri mahkemesi tarafından doldurulacaktır. Tahkim yeri mahkemesi ise *lex arbitri*'ye yani tahkim yeri hukukunun tahkim kanununa göre kararını vermektedir⁵⁰. Ulusal tahkim kanunlarının tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin hükümleri o ülkenin tahkim yeri olarak seçildiği *ad hoc* tahkimlerde uygulanmaktadır⁵¹.

3.1. Kurumsal Tahkim Düzenlemeleri

Tarafsız ve bağımsız olmadıkları gerekçesiyle hakemlerin reddine ilişkin usul, uluslararası tahkim kurumlarının düzenlemelerinde ele alınmıştır. Hakemlerin tarafsızlığına ve bağımsızlığına ilişkin düzenlemeler kurum seçiminde tarafların gözönünde bulundurması gereken konulardan birisidir. ICC Tahkim Kuralları'nın hakemin reddini düzenleyen 14. maddesine göre hakemin tarafsız ve bağımsız olmadığını iddia eden tarafın bu iddiasının dayanağı olan hal ve sebepleri içeren yazılı bir beyanla Sekreteryaya başvurması gerekmektedir⁵². Bu talebin ileri sürülebilmesi için 30 günlük süre sınırlaması getirilmiştir. Bu süre

⁴⁹ SGS v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Claimants Proposal to Disqualify Arbitrator, par. 400 in BOTTINI, s. 350-351.

⁵⁰ KOCH, s. 335.

⁵¹ BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 276.

⁵² ICC Tahkim Kuralları, m. 14(1).

hakem seçimine ilişkin kararın ilgili tarafa ulaşmasından itibaren ya da redde neden olan hal ve sebeplerin sonradan öğrenilmesi halinde bunların öğrenildiği tarihten itibaren başlamaktadır⁵³. Sekreteryaya ret talebi konusunda reddedilen hakemin ve diğer taraf ya da tarafların ve hakem heyetinin yazılı görüşlerini aldıktan sonra ICC Divanı bu talebin kabul edilebilirliğini inceler. Kabul edilebilir görmesi durumunda ise esastan inceleyerek kararını taraflara ve hakemlere iletir⁵⁴.

Londra Uluslararası Tahkim Divanı (LCIA) Tahkim Kuralları'nın 10. maddesine göre hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda haklı şüphe oluşturan şartların bulunması halinde reddeden tarafın yazılı başvurusu üzerine LCIA Divanı hakemin görevine son verebilir⁵⁵. Hakemi reddetmek isteyen taraf heyetin oluşmasından itibaren 14 gün içinde veya redde neden olan durumun sonradan öğrenilmesi halinde bu durumu öğrenmesinden itibaren 14 gün içinde ret gerekçelerini de içeren dilekçeyi LCIA Divanı'na, diğer tarafa ve hakem heyetine iletmelidir. Ayrıca LCIA düzenlemesine göre bir taraf kendi seçtiği ya da seçilmesine katkıda bulunduğu hakemi ancak hakemin atanmasından sonra öğrendiği bir sebebe dayanarak reddedebilir⁵⁶. LCIA Divanı diğer tarafa ve reddedilen hakeme ret dilekçesi hakkında görüşlerini iletme imkanı verir. Divan hakemin reddi talebini değerlendirirken reddeden taraftan, reddedilen hakemden ve heyetin diğer üyelerinden her zaman ek bilgi ve belge isteyebilir⁵⁷. Dilekçenin verilmesinden itibaren 14 gün içinde taraflar ret konusunda anlaşırorsa Divan gerekçe göstermeden hakemin görevine son verir⁵⁸. Bununla birlikte taraflar bu süre içinde anlaşamazlar ya da hakem bu süre içinde istifa etmezse LCIA Divanı ret hakkında karar verir. Ret talebini kabul etmesi durumunda karar yazılı ve gerekçeli olmalıdır. Kararın bir kopyası taraflara, reddedilen hakeme ve heyetin diğer üyelerine iletir⁵⁹.

⁵³ ICC Tahkim Kuralları, m. 14(2).

⁵⁴ ICC Tahkim Kuralları, m. 14(3).

⁵⁵ LCIA Tahkim Kuralları, m. 10(1).

⁵⁶ LCIA Tahkim Kuralları, m. 10(3).

⁵⁷ LCIA Tahkim Kuralları, m. 10(4).

⁵⁸ LCIA Tahkim Kuralları, m. 10(5).

⁵⁹ LCIA Tahkim Kuralları, m. 10(6).

ICSID Konvansiyonu m. 57'de bir tarafın hakem heyetine, ilgili hakemin Konvansiyon'un 14. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hakemlerde aranan şartlardan en az birine aşık bir şekilde sahip olmadığını işaret eden bir olgunun varlığı gerekçesiyle, hakemin reddi başvurusunda bulunabileceği düzenlenmiştir. ICSID Konvansiyonu m. 14(1)'de hakemlerin bağımsız karar vereceğine güvenilen yüksek ahlaki karaktere ve hukuk, ticaret, endüstri veya finans alanlarında yeterliliğe sahip kişilerden olmaları gerektiği düzenlenmiştir. Hukuk alanındaki yeterlilik hakem seçiminde özel önem arzedecektir. ICSID Konvansiyonu m. 58'de ret talebi hakkında kararın hakem heyetinin diğer üyeleri tarafından verileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte diğer iki üye anlaşamazsa ya da tek hakem veya heyetin çoğunluğu reddedilirse karar ICSID İdari Konseyi'nin başkanı tarafından verilecektir.

ICSID Tahkim Kuralları m. 9'da hakemi reddetmek isteyen tarafın gecikmeksizin ve her halde tahkim süreci bitmeden ret nedenlerini içeren bir dilekçeyle ICSID Genel Sekreteri'ne başvurması gerektiği belirtilmiştir⁶⁰. Genel Sekreter ret dilekçesini ret talebi hakkında karar verecek olan hakem heyetinin diğer üyelerine, eğer tek hakem ya da heyetin çoğunluğu reddedilmişse ICSID İdari Konseyi'nin başkanına iletir. Tahkim yargılamasının diğer tarafını da ret talebinden haberdar eder⁶¹. Reddedilen hakem heyete ya da reddedilen hakemin tek hakem olması durumunda İdari Konsey'in başkanına gecikmeksizin kendisine yönelik ret talebi hakkında açıklamalarda bulunur⁶². Heyetin diğer üyeleri ret talebi hakkında reddedilen hakem olmadan gecikmeksizin karar verirler. Ret talebini kabul edip etmemekte uzlaşamazlarsa talep hakkında karar İdari Konsey başkanı tarafından verilir⁶³. Hakem heyetinin diğer üyeleri veya İdari Konsey başkanı tarafından ret talebi hakkında karar verilene kadar tahkim yargılamasına ara verilir⁶⁴.

⁶⁰ ICSID Tahkim Kuralları, m. 9(1).

⁶¹ ICSID Tahkim Kuralları, m. 9(2).

⁶² ICSID Tahkim Kuralları, m. 9(3).

⁶³ ICSID Tahkim Kuralları, m. 9(4).

⁶⁴ ICSID Tahkim Kuralları, m. 9(6).

3.2. UNCITRAL Tahkim Kuralları ve UNCITRAL Model Kanunu Düzenlemeleri

Ad hoc tahkimde ve özellikle yatırım tahkiminde yoğun olarak usule uygulanmak üzere taraflarca seçilen UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 12'de bir hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında haklı şüphe oluşturabilecek şartların varlığı halinde reddedilebileceği düzenlenmiştir⁶⁵. Kendisi tarafından seçilen hakemi ilgili taraf ancak seçtikten sonra haberdar olduğu nedenlere dayanarak reddedebilir⁶⁶. UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 13. maddesine göre ise hakemi reddetmek isteyen taraf hakemin seçilmesinin kendisine bildirilmesinden itibaren 15 gün içinde veya ret sebebini sonradan öğrenmesi halinde öğrendiği tarihten itibaren 15 gün içinde hakemi reddedebilir⁶⁷. Ret talebine ilişkin bildirim taraflara, reddedilen hakeme ve diğer hakemlere iletilmelidir. Bildirimde reddin nedenleri de yer almalıdır⁶⁸. Taraflar 15 gün içerisinde ret konusunda anlaşamazlar ya da reddedilen hakem istifa etmezse reddeden taraf Tahkim Kuralları'nın 6. maddesinde düzenlenen otoriteden ret talebinden itibaren 30 gün içinde karar verilmesini ister⁶⁹. Bu otorite Tahkim Kuralları'nın 6. maddesine göre tarafların üzerinde anlaşamaması durumunda Milletlerarası Adalet Divanı'nın Genel Sekreteri tarafından belirlenecektir.

UNCITRAL Model Kanunu m. 12(2)'de bir hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında haklı şüphe oluşturabilecek durumların varlığı halinde reddedilebileceği düzenlenmiştir. Taraf kendisinin seçtiği hakemi ancak ret sebebini seçimden sonra öğrenmişse reddedebilir. Model Kanun ret usulünü m. 13'de düzenlemiştir. Model Kanun taraflara hakemlerin reddi usulünü serbestçe kararlaştırabilme hakkı tanımıştır⁷⁰. Taraflar usulü kararlaştırmamışsa ret talebinde bulunan taraf hakem heyetinin teşekkülünü öğrendiği tarihten itibaren ya da tarafsızlık ve bağımsızlık hakkında şüphe oluşturacak nedenleri sonradan öğrenmesi halinde bu tarihten itibaren 15 gün içinde ret talebini ret sebeplerini içeren bir dilekçeyle hakem heyetine iletir. Reddedilen ha-

⁶⁵ UNCITRAL Tahkim Kuralları, m. 12(1).

⁶⁶ UNCITRAL Tahkim Kuralları, m. 12(2).

⁶⁷ UNCITRAL Tahkim Kuralları, m. 13(1).

⁶⁸ UNCITRAL Tahkim Kuralları, m. 13(2).

⁶⁹ UNCITRAL Tahkim Kuralları, m. 13(4).

⁷⁰ UNCITRAL Model Kanunu, m. 13(1).

kemin istifa etmemesi ya da diğer tarafın hakemin çekilmesine rıza göstermemesi durumunda hakem heyeti ret talebi hakkında karar verir⁷¹. Hakemin reddi talebi hakem heyetince kabul edilmezse, reddeden taraf Model Kanunu benimseyen ülke tarafından belirlenecek mahkemeye 30 gün içinde itiraz edebilir. İtiraz hakkında bu mahkeme tarafından 30 gün içinde verilecek olan karar kesindir. İtiraz süresince hakem heyeti yargılamaya devam edebilir⁷². Model Kanunu örnek alan Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 7.D’de Model Kanun’dan farklı olarak ret süresi 15 gün yerine 30 gün olarak düzenlenmiş ve ret talebini hakem heyetinin yanı sıra karşı tarafa da iletme yükümlülüğü getirilmiştir. Heyetin ret talebini kabul etmemesi halinde ilgili taraf kararı öğrendiği tarihten itibaren 30 gün içinde Asliye Hukuk Mahkemesi’ne başvurabilir. Mahkemenin vereceği karar kesindir.

3.3. Değerlendirme

Hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkelerinin ihlali durumunda hakemin reddi usulünü düzenleyen gerek tahkim kurumlarının kuralları gerekse diğer uluslararası düzenlemeler değerlendirildiğinde benzer yönler bulunmakla birlikte bu düzenlemeler arasında önemli farklar da bulunmaktadır. Bu farklılardan başlıcası ret talebi hakkında kimin karar vereceğidir. ICC ve LCIA tahkim kurallarında ret talebi hakkında karar bu kurumların birer idari organı olan tahkim divanları tarafından verilmektedir. Kurumsal tahkimde ret talebi hakkında kurumun yetkili organları tarafından karar verilmesinin önemli bir faydası hakemin reddi talebi değerlendirilirken yargılamanın kesintiye uğramamasıdır. ICC Divanı’nın ret talebine ilişkin kararında gerekçe yer almamakta sadece talebin sonucu yer almaktadır. ICC uygulaması şeffaflığı sağlamaması ve kararın dayandığı nedenlerin bilinmemesi nedeniyle eleştiriye açıktır. LCIA’in hakemin reddine ilişkin kararları ise gerekçeli olmakta ve bu kararlar reddedilen hakeme, diğer hakemlere ve taraflara iletilmektedir.

ICSID Tahkim Kuralları’na göre ise ret talebi hakkında karar hakem heyetinin reddedilmeyen üyeleri tarafından verilmektedir. Ret talebi hakkında heyetin diğer iki üyesinin karar vermesi doktrinde bizim de katıldığımız haklı eleştirilere uğramıştır. Bu durum gerek hakemleri beraber görev yaptıkları meslektaşları hakkında karar vermeye zorla-

⁷¹ UNCITRAL Model Kanunu, m. 13(2).

⁷² UNCITRAL Model Kanunu, m. 13(3).

makta gerekse yatırım tahkiminin kulüp özelliğinden kaynaklanan, heyetin diğer üyelerinin reddedilen hakem hakkında objektif karar veremeyecekleri yönünde, şüphelere neden olmaktadır⁷³. Bu bakımdan UNCITRAL Tahkim Kuralları olumlu bir çözüm getirmiştir. Bu kurallara göre hakemin reddi hakkında karar tarafların üzerinde anlaştığı bir otorite tarafından verilmektedir. Taraflar bu otoritenin belirlenmesi konusunda anlaşamazlarsa bu otorite Milletlerarası Adalet Divanı'nın Genel Sekreteri tarafından seçilmektedir. Hakemin reddi konusunda karar verecek merci bakımından en eleştiriye açık düzenleme UNCITRAL Model Kanunu'nda yer almaktadır. Model Kanun ret talebi hakkında kararın reddedilen hakemin de dahil olduğu hakem heyeti tarafından karara bağlanmasını düzenlemektedir. Bu durum hiç kimsenin kendi davasının yargıcı olamayacağı ilkesiyle çelişmektedir. Bu problem özellikle tek hakemin reddedildiği durumlarda daha açık bir şekilde ortaya çıkacaktır.

ICSID tahkiminin önemli bir diğer farkı ise uluslararası tahkime ilişkin diğer düzenlemelerde hakemin reddi için hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında haklı şüphe oluşturabilecek durumların varlığı yeterliyken, ICSID tahkiminde bu durumların hakemin bağımsız karar vermesini aşikar bir biçimde ortadan kaldırması gerekmektedir. *Suez* kararında belirtildiği üzere hakemin bağımsızlığını ortadan kaldıracığına işaret eden olguların varlığını ispat etmek yetmemekte, bağımsızlığın ortadan kalkmasının aşikar ve kuvvetli ihtimal olması gerekmekte, sadece bir olasılık olması yetmemektedir⁷⁴. Bu nedenle ICSID kuralları kapsamında ret taleplerinin değerlendirilmesi diğer kurallara göre daha ağır şartlara tabi tutulmuştur. Bağımsızlığı ortadan kaldıracak olguların varlığı yetmemekte bu olguların aşikar ve açık bir ortadan kalkmaya neden olması gerekmektedir⁷⁵.

Hakemin reddine ilişkin düzenlemeler arasındaki diğer önemli bir fark ise ICC, LCIA ve UNCITRAL Tahkim Kuralları ile UNCITRAL Model Kanunu düzenlemelerinde ret talebinin ileri sürülmesi hakkında

⁷³ MARKERT, Lars, "Challenging Arbitrators in Investment Arbitration: The Challenging Search for Relevant Standards and Ethical Guidelines", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, V. 3, 2010, s. 250.

⁷⁴ *Suez et all v. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/19, par. 41, MARKERT'den naklen, s. 244.

⁷⁵ MARKERT, s. 244.

14 ile 30 gün arasında değişen süre sınırlamaları konulmuşken ICSID Tahkim Kuralları'nda böyle bir somut süre sınırlamasına yer verilmemiştir. ICSID düzenlemesinde ret talebinin derhal yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği hakemin reddine ilişkin verilen her bir kararda ayrı ayrı değerlendirilebilecektir.

Ret prosedüründe belirtilen süre sınırlamalarının en önemli özelliği bunların koruyucu mekanizmalar olmasıdır. Süre sınırlamaları olmasa taraflardan biri itiraz sebebini bilmesine rağmen bunu saklayarak kararın aleyhine olması durumunda tahkim yargılamasının sonunda kararın geçerliliğine itiraz edebilir. Süre sınırlamaları taraflara hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığını etkileyebilecek durumu öğrenir öğrenmez belirtilen sürelerde itiraz etme yükümlülüğü getirmektedir. Böylece itirazın daha sonra ileri sürülmesi engellenmektedir⁷⁶. Bu sürelere riayet edilmemesi durumunda iptal veya tenfiz aşamalarında itiraz ileri sürülemez⁷⁷.

IV. DOKTRİN, TAHKİM KURUMLARI VE HAKEM HEYETİ KARARLARI İŞİĞİNDE TARAFSIZLIĞI VE BAĞIMSIZLIĞI ORTADAN KALDIRAN HALLER

1. Genel Olarak

Tarafsızlık ve bağımsızlık kavramlarını açıklarken bağımlılığın hakemle taraflar arasındaki ekonomik, profesyonel ya da diğer ilişkilerden kaynaklanabileceğini ve bu sebeple objektif bir teste tabi tutulabileceğini; tarafsızlığın ise hakemin zihnindeki bir durumun yansıması olarak subjektif nitelikte olduğunu ve tarafsızlık ilkesinin ihlalinin ise çoğunlukla hakemin yargılama sırasındaki tutum ve davranışları sonucu ortaya çıkabileceğini belirtmiştik. Dikkat edilmesi gereken husus ise bağımsızlığı ortadan kaldıran ilişkiler incelenirken sadece hakemlerle taraflar arasındaki ilişkilerin değil hakemlerle tarafların avukatları ve danışmanları arasındaki ilişkilerin de dikkate alınması gerektiğidir. Çünkü tahkim sürecinde esas aktörler taraflardan ziyade onların avu-

⁷⁶ KOCH, s. 335.

⁷⁷ BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 286.

katlarıdır. Bundan dolayı hakemler aynı zamanda tarafları davada temsil eden avukatlardan da bağımsız olmalıdırlar⁷⁸.

Hakemlerle taraflar ya da onların avukatları arasındaki her türlü ekonomik, profesyonel ya da diğer ilişkiler doğrudan ret sebebi teşkil etmez. ICSID bünyesinde yürütülen *Suez v. Arjantin* davasında hakemler hakkında ret başvurusu değerlendirilirken hakemle taraflar arasındaki ilişki dört kriter bakımından incelenmiştir. Bunlar ilişkinin yakınlık derecesi, yoğunluk derecesi, ilişki sonucu elde edilen menfaat ve bu menfaatin hakemi ne derecede tarafa bağımlı hale getirdiğidir. Buna göre taraflar arasındaki yakınlık ve ilişkinin sıklığı, yoğunluğu arttıkça bağımsızlık azalmaktadır. Bu ilişkiler neticesi elde edilen menfaat arttıkça hakemin tarafa bağımlılığı artmakta, hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ise azalmaktadır⁷⁹.

Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı açısından önem arz eden bir başka husus tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleri açısından taraflarca seçilen hakemlerle başhakem arasında bir fark olup olmayacağıdır. Tahkim yargılamasında tarafların kendileriyle aynı kültürel ve hukuki anlayışa sahip olan, doktriner olarak savunduğu görüşlerin kendi davalarını destekleyecek nitelikte olduğunu gördükleri kişileri hakem olarak seçmeleri doğaldır⁸⁰. Taraflarca seçilen hakemler aynı zamanda yargılama kapsamında ilgili tarafın davasının heyet tarafından daha iyi anlaşılmasını ve değerlendirilmesini de sağlarlar⁸¹. Bununla birlikte tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleri açısından aranan özellikler bakımından taraflarca seçilen hakemlerle başhakemde aranan özellikler arasında bir fark yoktur. Taraflarca seçilen hakemlerin de taraflarla aralarında bağımsızlıklarını etkileyecek ilişkiler içerisinde olmamaları ve yargılama boyunca da tarafsız davranmaları gerekmektedir⁸².

Makalemizin bu kısmında tahkim kurumları ve hakem heyetlerinin kararlarının yanı sıra doktrindeki görüşler ışığında hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığını ortadan kaldıran halleri inceleyeceğiz.

⁷⁸ KOCH, s. 327.

⁷⁹ Suez et all v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19, par. 35, MARKERT'den naklen, s. 260.

⁸⁰ BISHOP/REED, s. 395.

⁸¹ SHANY, Yuval, "Squaring the Circle? Independence and Impartiality of Party-Appointed Adjudicators in International Legal Proceedings", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, V. 30, 2008, s. 483.

⁸² BISHOP/REED, s. 405.

Bağımsızlığı ortadan kaldıran halleri ekonomik ilişkiler, profesyonel ilişkiler ve diğer ilişkiler başlıkları altında ele alacağız. Tarafsızlığı ise yargılama sırasında ortaya çıkan ve hakemlerin tarafsızlığını ortadan kaldıran haller başlığı altında ele alacağız. Bu incelemeyi yaparken aynı zamanda Uluslararası Barolar Birliği'nin "Uluslararası Ticari Tahkimde Çıkar Çatışmaları'na İlişkin Rehber"inden de faydalanacağız. 2004 yılında çıkarılan ve hakemin reddi sebeplerini dört grup altında inceleyen bu Rehber'de yer alan kurallar bağlayıcı değildir. Bu durum Rehber'de bunların hukuk düzenlemesi olmadığı şeklinde de belirtilmiştir. Bu kurallar ancak tarafların anlaşması ile bağlayıcı hale gelebilir⁸³. Bununla beraber Rehber'de yer alan kurallar hakem heyetlerinin uygulamaya çalıştıkları, tarafların da itirazlarına temel aldıkları kurallar haline gelmişlerdir. Tahkim kurumları hakemin reddine ilişkin kararlarını verirken bunları dikkate almaktadırlar⁸⁴.

Rehber'de hakemin reddi halleri hakemle taraflar arasındaki ilişkinin yakınlık derecesine göre geri çekilemez kırmızı liste, geri çekilebilir kırmızı liste, turuncu liste ve yeşil liste olarak dört gruba ayrılmıştır⁸⁵. Bunlardan geri çekilemez kırmızı liste tarafların rızasıyla dahi hakemlerin görev yapamayacağı halleri içermektedir. Bu listedekiler hiç kimsenin kendi davasının yargıcı olamayacağı ilkesine örneklerdir. Geri çekilebilir kırmızı liste potansiyel olarak itiraza konu olabilecek ve hakemlerin reddini gerektiren ancak tarafların açık rızasıyla hakemlerin görev yapabilecekleri halleri içermektedir. Bu iki listedeki haller hakemler hakkında haklı şüphe oluştururlar⁸⁶. Turuncu liste davadaki olay ve durumlar gözönüne alınarak haklı şüphe oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gereken, itiraza konu olabilecek halleri düzenlemiştir. Turuncu listedeki hallerde ancak zamanında itiraz yapılmazsa hakem görev yapabilir. Turuncu liste dahil bu ilk üç gruba giren halleri hakemler bildirimlerinde açıklamakla yükümlüdür. Yeşil liste ise objektif olarak itiraza konu olamayacak ve tarafların da açıklama yükümlülüğü bulunmayan halleri içermektedir⁸⁷.

⁸³ LANDOLT, Phillip, "The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: An Overview", *Journal of International Arbitration*, V. 22, N. 5, 2005, s. 410; IBA Guidelines, s. 5.

⁸⁴ BLACKABY/PARTASIDES/REDFERN/HUNTER, s. 270.

⁸⁵ IBA Guidelines s. 17.

⁸⁶ IBA Guidelines s. 18.

⁸⁷ IBA Guidelines s. 19.

2. Ekonomik İlişkiler

Davanın sonucuna bağlı olarak hakemin ekonomik bir çıkarı varsa bu hakemin reddinin en temel sebeplerinden birisidir. Uyuşmazlıkla ilgili proje veya uyuşmazlığın sonucuna bağlı olarak ya da tarafların avukatlarıyla ilişkili olarak hakemin halen devam eden ve önemli bir ekonomik çıkarının olması hakemin reddi sebebidir. Çünkü bu çıkar hakemi çıkarını koruyacak şekilde karar vermeye yönlendirecektir⁸⁸. Davanın sonucunda hakemin ekonomik çıkarının olması Uluslararası Barolar Birliği'nin Rehber'inde de kimsenin kendi davasının yargıcı olamayacağı halleri düzenleyen geri çekilemez kırmızı listede yer almıştır⁸⁹. Bir hakemin uyuşmazlığın taraflarından biri tarafından çalıştırılıyor olması ya da tarafın avukatının firmasında çalışıyor olması ekonomik olarak bir bağımlılık ilişkisi oluşturur ve doğrudan ekonomik çıkar yaratır. Bizatihi hakem tarafından yerine getirilmiyor olsa bile hakemin çalıştığı hukuk firmasının tarafa bir başka davada danışmanlık ya da avukatlık yapıyor olması o büroda çalışan herkesin bu iş neticesinde seçen taraftan ekonomik çıkarının olması nedeniyle ret sebebidir⁹⁰.

Tahkim kurumlarının tarafsızlığa ve bağımsızlığa ilişkin verdikleri kararlar da bu görüşlerle aynı doğrultudadır. ICC Tahkim Divanı hakemin çalıştığı hukuk firmasının halen avukatlığını yaptığı bir tarafça hakem olarak seçilmesini karşı tarafın itirazı üzerine onaylamamıştır. Bir başka kararda Divan tarafça seçilen bir hakemin hukuk firmasının halen davanın karşı tarafına hukuki danışmanlık yaptığı gerekçesiyle adaylığını onaylamamıştır⁹¹. Çok taraflı bir tahkim davasında davalı şirketlerden biri tarafından seçilen hakemin davalı taraftaki diğer bir şirketin hukuki danışmanı olduğu gerekçesiyle adaylığı ICC Divanı tarafından onaylanmamıştır⁹².

⁸⁸ BISHOP/REED, s. 408.

⁸⁹ IBA Guidelines, s. 20.

⁹⁰ BISHOP/REED, s. 408-409.

⁹¹ CALVO, s. 68, Makalemizde atf yapılan hakemin reddine ilişkin ICC kararları Michel A. Calvo'nun makalesinden alınmıştır. ICC'nin hakemin reddine ilişkin kararlarının yayınlanmaması nedeniyle karar isimleri kaynak makalede de yer almamaktadır.

⁹² CALVO, s. 69.

Hakemin taraflardan birinin şirketinde önemli bir ortaklığı veya önemli miktarda hissesi varsa ya da uyuşmazlıkla ilişkili projede bir ortaklığı varsa bu durum dava sonucuna göre hakeme ekonomik çıkar yaratması olasılığı nedeniyle hakemin reddini gerektirir. Bununla birlikte borsada işlem gören büyük bir şirketteki küçük miktardaki hisse senetleri ret sebebi oluşturmaz⁹³. ICC Tahkim Divanı'nın bir kararına konu olan olayda hakem tarafsızlık bildiriminde davanın tarafı olan şirketlerden birinde hisselerinin olduğunu açıklamıştır. Divan bu hisselerin küçük ve önemsiz olduğunu ve tahkim kararının borsadaki hisse fiyatları üzerinde önemli bir etkisinin olmayacağı gerekçesiyle hakemliğini onaylamıştır⁹⁴.

Ekonomik ilişkiler bakımından incelenmesi gereken bir diğer konu ise hukuk firmaları arasındaki ilişkilerdir. Hakemin çalıştığı hukuk firması ile davadaki tarafların avukatlarının hukuk firmaları birbirleriyle ilişkili ise bu ilişkilerin niteliğini değerlendirmek gerekir. Birbirlerine kendileri uygun olmadığında, bu bir yükümlülük olmamak koşuluyla, iş gönderiyorlarsa bu ret sebebi değildir. Bununla birlikte kar paylaşımı, ortaklık veya firmalar arası danışmanlık anlaşmaları varsa bunlar ret sebebidir⁹⁵. Uluslararası tahkim uygulamasında bu bakımdan dikkat edilmesi gereken bir husus ise kural olarak İngiliz avukatlar aynı odaları paylaşmalarına rağmen bağımsız çalışırlar. İşleri birbirinden ayrı ve gizlidir. Bu odalarda çalışan personelde avukatların işlerini ayrı ayrı yapmak üzere yetiştirilir⁹⁶.

3. Profesyonel İlişkiler

Uluslararası tahkim davalarında o firma daha önce taraflardan birini temsil etmiş olsa dahi çok uluslu hukuk firmalarından bir avukatın hakem olarak atanması kabul görmüş bir uygulamadır⁹⁷. Uluslararası tahkimin bir tür kulüp özelliği taşıdığı dikkate alındığında davadaki hakemler ile avukatların birbirleriyle yakın tanışıklıklarının olması ya da daha önce başka davalarda hakem ve avukat olarak çalışmış olmaları

⁹³ BISHOP/REED, s. 409.

⁹⁴ CALVO, s. 69.

⁹⁵ BISHOP/REED, s. 419.

⁹⁶ BISHOP/REED, s. 420.

⁹⁷ WESTPHALEN, s. 386.

ret için yeterli sebep değildir. Bununla birlikte aynı hakemler ve avukatlar sıklıkla aynı davalarda görev yapıyorlarsa bu sistemli bir şekilde birbirlerini seçtiklerinin işaretidir ve bağımsızlığı ortadan kaldıırır⁹⁸. ICSID bünyesinde görülen Azurix v. Arjantin kararında, Arjantin, başhakemin çalıştığı hukuk firmasının Azurix'in avukatını görülmede olan bir başka davada hakem olarak atadığı gerekçesiyle başhakemi reddetmiştir. Olayda ayrıca başhakemin çalıştığı hukuk firmasının Azurix şirketine bir başka uyuşmazlıkta daha önce kısa süreli danışmanlık yaptığı ve Azurix'in alt şirketlerinden birinin taraf olduğu bir başka tahkim davasında başhakemin hukuk firmasının bu alt şirketin avukatlığını yaptığı ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine başhakem hakemlik görevi yerine çalıştığı hukuk firmasından istifa etmiştir⁹⁹.

Hakemin taraflardan birini daha önce bir davada temsil etmiş olması veya o tarafa danışmanlık hizmeti vermiş olması ya da onun tarafından istihdam edilmiş olması tek başına ret sebebi değildir. Bununla birlikte önceki ilişkisinin mevcut davada hakemin bağımsızlığını etkileyecek sınırı geçmiş olması durumunda bu durum ret sebebi teşkil edebilir¹⁰⁰. Bu sınırın tespitinde önceki hizmetin zaman olarak sıklığı, süresi ve kapsamı uygulanacak olan kriterlerdir. Daha önceki iş ilişkisinin kapsamının ne olduğu ve ne kadar sürdüğü hakem tarafından bildirilmeli ve dikkatlice incelenmelidir. Hakemin hukuk firması davadaki tarafa periyodik olarak danışmanlık yapıyorsa verilecek karar sonucu bu iş ilişkisinin etkilenip etkilenmeyeceği değerlendirilmelidir. Bununla birlikte uzun zaman önce gerçekleşmiş ve mevcut uyuşmazlıkla ilişkili olmayan tek seferlik bir temsil ya da danışmanlık bir ret sebebi teşkil etmez¹⁰¹. Hakemin ya da hukuk firmasının düzenli olarak taraflardan birine danışmanlık yapması ve bundan önemli kazanç elde etmesi Rehber'de kimsenin kendi davasının yargıcı olamayacağına örneklerini veren geri çekilemez kırmızı listede yer almıştır¹⁰².

⁹⁸ TUPMAN, Michael, "Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, V. 38, 1989, s. 50; KOCH, s. 328.

⁹⁹ Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, s. 14, BOTTINI'den naklen, s. 353.

¹⁰⁰ BISHOP/REED, s. 416.

¹⁰¹ BISHOP/REED, s. 417; TUPMAN, s. 50.

¹⁰² IBA Guidelines, s. 20.

ICSID bünyesinde görülen *Amco v. Endenozya* kararında Endenozya davacı tarafından seçilen hakemi davacı şirkete yıllar önce bir vergi uyuşmazlığı konusunda danışmanlık yaptığı ve hakemin çalıştığı büro ile davacının avukatının bürosu arasında uzun yıllar süren kar paylaşımı anlaşması olduğu gerekçeleriyle reddetmiştir. Ret talebini değerlendiren diğer iki hakem daha önce tek bir konuda danışmanlık yapmanın tarafsızlığı ortadan kaldırmayacağını, ancak düzenli olarak danışmanlık yapılması durumunda tarafsızlığın ortadan kalkabileceğini belirtmiştir. Kar paylaşımı anlaşmasının ise 6 yıl önce sona erdiği gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir¹⁰³. ICSID bünyesinde görülen *Vivendi v. Arjantin* davasında hakemin reddine ilişkin verilen karar da aynı doğrultudadır. Başhakemin çalıştığı hukuk firmasındaki bir avukatın taraflardan birine bir başka davada daha önce danışmanlık yapması hakemin bu durumu bildirdiği, hakemin kendisinin tarafla arasında bir avukat müşteri ilişkisi olmadığı, meslektaşı tarafından yapılan danışmanlığın bir sözleşmeyle ilgili genel bir danışmanlık olduğu ve mevcut davayla alakası bulunmadığı gerekçeleriyle ret için yeterli görülmemiştir¹⁰⁴.

Bununla birlikte yukarıda belirttiğimiz üzere en önemli kriter ilişkinin kapsamı ve sıklık düzeyidir. LCIA'nın 29 Mayıs 1996 tarihli ve 1 No'lu kararında davalı tarafından seçilen hakem, çalıştığı hukuk firmasının davalıyla ilgili şirketlerin daha önce avukatlığını yaptığı gerekçesiyle, reddedilmiştir. Hakem ise bildiriminde bu temsilde bizatihi görev yapmadığı ve uyuşmazlığın konusuyla alakalı olmadığını açıklamıştır. LCIA ise hukuk firmasının şirketi uzun yıllar boyunca ve çok çeşitli meselelerde temsil ettiği ve hakem bizatihi görev yapmasa bile firmasındaki diğer avukatlarla özdeşleştiği gerekçesiyle hakemin reddini kabul etmiştir¹⁰⁵.

¹⁰³ ICSID Case ARB/81/1, Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator (24 June 1982) (unreported), TUPMAN'dan naklen, s. 45-46.

¹⁰⁴ *Vivendi Universal v. Argentine Republic*, (ICSID Case No. ARB/97/3), Decision on the Challenge to the President of the Committee, s. 180. <http://www.italaw.com/cases/309>, 10.05.2010.

¹⁰⁵ NICHOLAS, Geoff/PARTASIDES, Constantine, "LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: A Proposal to Publish", *Arbitration International*, V. 23, N. 1, 2007, s. 26. Makalemizde yer alan LCIA'nın hakemin reddine ilişkin verdiği kararlara yapılan atıflar bu makaleden alınmıştır. Makale yazarların ku-

Hakemin çalıştığı hukuk firmasının kendi görev alması dahi mevcut uyuşmazlığın konusuyla ilgili bir danışmanlık yapmış olması ise kesin olarak ret sebebidir. Konuyla ilgili olarak LCIA'nın hakemin reddine ilişkin olarak verdiği 27 Ocak 2000 tarihli ve 6A No'lu kararda hakemin çalıştığı hukuk firmasının uyuşmazlığın konusuna giren sözleşmelerle ilgili olarak davalıya danışmanlık yapmasını, henüz hakemin atanması aşamasında incelemeye tabi tutarak, hakem danışmanlığı bizatihi kendi yapmasa da, atanmasını engelleyen bir durum olarak değerlendirmiştir¹⁰⁶.

Hakemler avukatlık haricinde uzman bilirkişilik yapabilmektedirler. LCIA, 23 Ekim 1997 tarihli 3 No'lu kararında davacının seçtiği hakemin davacının avukatının daha önceki bir başka davasında uzman bilirkişi olarak görev yapması nedeniyle davalı tarafından reddini incelemiştir. LCIA, hakemlerin daha önce uzman bilirkişi olarak taraflardan herhangi birinin avukatının davasında görev yapmalarının hakemlerin tarafsızlığı hususunda haklı şüphe oluşturmuyacağını, bu durumun hakem tarafından da bildiriminde açıklandığını, çünkü uzman bilirkişinin uzmanlığına giren konu hakkında kişisel görüşlerini ifade ettiğine karar vermiştir¹⁰⁷.

Hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı açısından önem arz eden bir başka durum ise hakemin mevcut uyuşmazlığın taraflarından birince daha önceki davalarda hakem seçilmiş olmasıdır. Daha önce aynı tarafça hakem olarak seçilmek tek başına ret sebebi teşkil etmez. Bununla birlikte bir hakem onu seçen tarafça düzenli olarak farklı davalarda hakem olarak seçiliyorsa ve ilgili hakem bu davalardan önemli paralar alıyorsa önceki seçimler nedeniyle reddedilebilir. Bu durumda daha önceki davalar nedeniyle alınan ücretlerin miktarı ve hakemin bu ücretlere bağımlılık derecesinin incelenmesi gerekir¹⁰⁸. Daha önce aynı tarafça hakem olarak seçilmenin tarafsızlığa olan etkisini ise ilgili kısımda inceleyeceğiz.

rum bünyesinde yaptıkları bir çalışmanın neticesinde yazılmıştır. Kararların açık isimleri makalede de yer almamaktadır.

¹⁰⁶ NICHOLAS/PARTASIDES, s. 27.

¹⁰⁷ NICHOLAS/PARTASIDES, s. 29.

¹⁰⁸ BISHOP/REED, s. 421-422.

4. Diğer İlişkiler

Hakemlerle taraflar ya da onların avukatları arasında yakın akrabalık ilişkilerinin bulunması da bağımsızlık ilkesinin ihlali nedeniyle hakemin reddi sebeplerinden birisidir. Bunun sebebi insanların akrabalarını daha güvenilir bulması, aralarında ekonomik ilişkilerin olması ihtimali veya olumsuz bir karardan dolayı akrabaları tarafından kınanma korkusu olabilir¹⁰⁹. Uluslararası Barolar Birliği'nin Rehber'inde de hakemin taraf şirkette yönetici pozisyonunda görev yapan bir kişi veya tarafın avukatı ile yakın akrabalık ilişkisinin olması ya da hakemin yakın bir akrabasının uyumsuzluğunun sonucunda ekonomik çıkarının olması hakemin bağımsızlığı hakkında haklı şüphe oluşturan ve hakemin reddini gerektirmekle birlikte ancak tarafların açık rızasıyla hakemin görev yapabileceği geri çekilebilir kırmızı listede yer almıştır¹¹⁰.

Hakemlerle taraflar ya da avukatları arasında arkadaşlık ilişkilerinin bulunması da incelenmesi gereken bir husustur. Sadece tanışıyor olmaları ret sebebi teşkil etmezken yakın arkadaşlık ilişkileri ret sebebi teşkil eder. Burada tayin edici unsur aralarındaki ilişkinin yakınlık derecesidir. Ne kadar zamandır birbirlerini tanıdıkları, hangi sıklıkla görüştüğü, ailecek görüşüp görüşmedikleri gibi unsurlar hakemlerin geldikleri kültür de dikkate alınarak değerlendirilmelidir¹¹¹. Hakemle taraf ya da avukatları arasındaki arkadaşlık ilişkisi çok yoğunsa veya yakınlık derecesi aynı meslek grubunun içinde olmanın gerektirdiği sosyal ilişkileri aşılırsa bağımsızlık ilkesini ihlal edebilir¹¹².

Hakem ile taraf ya da tarafın avukatları arasında antipati ve geçimsizlik olması ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur. Kamuyunda ya da bilimsel dergilerde şiddetli tartışmalara girilmiş olmasının ret sebebi teşkil etmesi istisnalar hariç subjektif unsurlara dayalı taktiklerin yapılmasına sebep olacaktır¹¹³. Bununla birlikte hakem ile taraf ya da avukatları arasındaki geçimsizlik mantıklı bir üçüncü şahsın gözüyle tarafsız bir kararın verilmesini engelleyici düzeydeyse bu bir ret sebebidir¹¹⁴.

¹⁰⁹ BISHOP/REED, s. 410.

¹¹⁰ IBA Guidelines, s. 21-22.

¹¹¹ BISHOP/REED, s. 418-419.

¹¹² KAPLAN, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, s. 109.

¹¹³ BISHOP/REED, s. 419.

¹¹⁴ KAPLAN, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, s. 109.

Hakemin bağımsızlığı hususunda değerlendirilmesi gereken diğer bir konu ise hakemle tarafların avukatlarının aynı profesyonel organizasyonun üyesi olmalarıdır. Uluslararası tahkim davalarında görev yapan önde gelen hakemlerin birçoğu uluslararası tahkim alanında faaliyet gösteren bu profesyonel organizasyonlara üyedir. Bu organizasyonların üyeliğinden kaynaklanan tanışıklıklar aynı zamanda hakem seçerken hakem hakkında bilgi edinme ihtiyacını da karşılar. İlişkinin seviyesi profesyonel toplantılardaki tanışıklığın ötesine geçmedikçe, hakemlerle tarafların avukatları arasında yakın bir arkadaşlık ilişkisi olmadıkça aynı profesyonel organizasyona üye olmak ret sebebi oluşturmaz¹¹⁵. Konuyla ilgili olarak tahkim kurumlarının uygulaması da aynı yöndedir. LCIA'in 22 Kasım 2001 tarihli kararında davalı tarafça seçilen hakemin davalının ilişkili olduğu bir profesyonel organizasyona üye olduğu ve bu nedenle bağımsız olmadığı yönünde davacı tarafça ileri sürülen hakemin reddine ilişkin talep incelenmiştir. Hakem cevabında aşırı bir tepkide bulunarak davacının iddialarının yanlış, uydurma ve kötü niyetli olduğunu, davalının alçakça davrandığını iddia etmiştir. LCIA, aynı profesyonel organizasyona üye olmanın bağımsızlığı ortadan kaldıran bir durum olmadığı ve bu nedenle bir ret sebebi teşkil etmediğini belirtmiştir. Bununla beraber hakemin redde karşı gösterdiği aşırı tepkinin tarafsızlığına dair haklı şüphe oluşturacağı gerekçesiyle ret talebini kabul etmiştir¹¹⁶.

5. Yargılama Sırasında Ortaya Çıkan ve Tarafsızlığı Ortadan Kaldıran Davranışlar

Tarafsızlık kavramını açıklarken tarafsızlığın hakemin zihnindeki bir durum olduğunu, taraflardan birine ya da davanın konusuna ilişkin hakemin bir eğiliminin olmamasını ifade ettiğini, bu nedenle subjektif nitelikte olduğunu ve ancak hakemin yargılama sırasındaki davranışlarıyla somutlaşacağını ifade etmiştik. Hakemlere yönelik tarafsızlık itirazları hakemlerin yargılama sırasındaki davranışları nedeniyle yapılmaktadır. Tarafsızlığını ihlal ettiğine dair somut ve gerekçeli deliller olursa hakem reddedilebilir¹¹⁷.

¹¹⁵ BISHOP/REED, s. 413-414.

¹¹⁶ NICHOLAS/PARTASIDES, s. 36.

¹¹⁷ WESTPHALEN, s. 387.

Tarafsızlığın ihlaline dair somut ve gerekçeli delillerin bulunması gerektiğini tahkim kurumlarının uygulaması da desteklemektedir. LCIA, 3 Ekim 2001 tarihli ve 8 No'lu kararında tek hakeme karşı yargılamanın yürütülme tarzından kaynaklanan tarafsızlık itirazını değerlendirmiştir. Davalı taraf kendisine uygun olmayan duruşma zamanlamaları yapıldığı, davalı tarafından sunulan delillerin değerlendirilmediği gerekçeleriyle hakemi reddetmiştir. LCIA, davalının iddialarını destekleyen somut delillerin bulunmadığını ve hakemin yargılamayı yürütmesinde önyargılı bir tutumunun olmadığını belirtmiştir. LCIA, davadaki usuli işlemlerin temel ve emredici usul ilkelerine uygun olduğu, davalıya davasını ortaya koyması için yeterli imkan verildiği ve hakemin doğru bir şekilde tahkim anlaşmasının dışında kalan meselelerde karar vermediği gerekçeleriyle tarafsızlığın ihlal edildiği iddiasına dayanan itirazı reddetmiştir¹¹⁸. LCIA tarafından karara bağlanan tek hakeme yönelik bir başka tarafsızlık itirazı ise 3 Temmuz 2003 tarihli ve 13 No'lu karardır. Davalı taraf, avukatlarının istifa etmesi nedeniyle süre uzatımı talebinde bulduklarını, ancak hakemin kendilerine dilekçelerini sunmak için yeterli zaman vermediği gerekçesiyle hakemi reddetmiştir. LCIA, hakemin birçok kez davalının dilekçe sunmasını ertelediğini ancak davalının istediği zamanı da bütünüyle vermediğini, bu durumun da hakemin tarafsızlığına dair haklı şüphe oluşturmayacağı gerekçesiyle hakemin reddi başvurusunu kabul etmemiştir¹¹⁹.

Taraflarca seçilen hakemlerin tarafsızlık itirazına uğrayabileceği önemli durumlardan bir tanesi de yargılama sırasında kendilerini seçen tarafla kurdukları iletişimdir. Yargılama başlamadan önce kendisini seçmek isteyen tarafla davanın esasına girmeden kısaca davanın konusu ve zaman açısından uygun olup olmadığı hususlarında bilgilenecek için hakem tarafla ya da temsilcisiyle görüşebilir. Bununla birlikte yargılama başladıktan sonra sadece üçüncü hakemin seçilmesi hususunda tarafın görüşlerini alabilir. Davanın esasına girecek hiçbir konuda hakem kendisini seçen tarafla iletişime geçmemelidir. Özellikle heyetin kararının doğrultusuna dair karar açıklanmadan taraflara hiçbir bilgi vermeme-lidir. Hakemin aksi yönde davranması tarafsızlığın ihlali nedeniyle ret sebebidir¹²⁰. LCIA tarafından hakemin reddine ilişkin verilen 1 Tem-

¹¹⁸ NICHOLAS/PARTASIDES, s. 34.

¹¹⁹ NICHOLAS/PARTASIDES, s. 34-35.

¹²⁰ BISHOP/REED, s. 426.

muz 2002 tarihli ve 11 No'lu kararda hakem, son duruşmadan sonra ancak karar açıklanmadan kararın içeriğini davacının avukatına açıklaması nedeniyle, tarafsızlık yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle reddedilmiştir. Hakem her ne kadar bunun sadece idari nitelikte bir iş olduğunu söylese de LCIA yapılan iletişimin doğru olmadığı ve hake-min böyle bir soruyu reddedip sorunun başhakeme yöneltilmesini söylemesi ve durumdan başhakemle diğer hakemi hemen haberdar etmesi gerektiği gerekçeleriyle tarafsızlık ilkesinin ihlali nedeniyle hakemin reddi talebini kabul etmiştir¹²¹.

LCIA'in 21 Ekim 2005 tarihli 18 No'lu kararında tek hakem, davacının avukatıyla duruşma arasında kendi dinlenme odasında özel olarak görüştüğü, duruşma metinlerinin bir kısmını tarafların rızası olmadan sildiği ve davalının avukatını, avukatın bunu reddetmesine rağmen, kendi odada olmadığı sırada izinsiz olarak odasına girmekle suçladığı gerekçeleriyle, davalı tarafından reddedilmiştir. LCIA, özel görüşmeye ilişkin olarak hakemin sadece taraflardan birinin avukatıyla görüşmesinin tarafsızlık ilkesini doğrudan ihlal etmeyeceğini ancak yapılanın tavsiye edilemez olduğunu belirtmiştir. Görüşmenin gerçekleşme şekli ve tartışmalar dikkate alındığında üçüncü bir kişi tarafından bunun tarafsızlığı ihlal eder nitelikte görülebileceğini belirtmiştir. Duruşma tutanaklarının bir kısmını silmenin ise kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Hakemin avukatın odasına girmesi iddiasıyla ilgili olarak ise bu durumun avukat tarafından reddedilmesine rağmen ısrarla ve şiddetli bir şekilde hakemin avukatla tartışmayı sürdürdüğünü belirtmiştir. LCIA bu nedenlerle hakemin tarafsızlık ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle hakemin reddini kabul etmiştir¹²².

Tarafsızlık hakkında haklı şüphe oluşturabilecek durumlardan bir tanesi de hakemin aynı veya benzer konulu bir başka davada hakem olarak görev yapmış olmasıdır. Özellikle büyük inşaat projelerinde bir-biriyle ilişkili birçok sözleşme bulunmaktadır. Bu durumda aynı içerikli sözleşmelerden kaynaklı birden çok tahkim davası ortaya çıkabilmektedir. Örneğin *force majeure* klotunun ifayı engelleyip engellemediği hususunda ayrı fakat aynı içerikli bir sözleşmeye ilişkin ve aynı olgulara dayanan daha önce karar vermiş bir hakem bu sözleşmeyle ilgili farklı bir tarafın taraf olduğu davada vereceği kararda önyargılı davranabi-

¹²¹ NICHOLAS/PARTASIDES, s. 37.

¹²² NICHOLAS/PARTASIDES, s. 37-38.

lir¹²³. Mevcut davadaki taraflardan sadece birini içeren ve uyumsuzluğun konusu benzer olan daha önceki bir davada görev yapmış hakem yine aynı tarafça seçiliyorsa ilk kararın hakemi önyargılı davranmaya sevk etme ihtimali ve mevcut davadaki hakemlerce bilinmeyen delilleri ilk dava nedeniyle bilip bilmediği incelenmelidir. Hakemin diğer hakemlerin bilgisinde olmayan delilleri görmüş olması onu seçen tarafı avantajlı hale getirecektir. Bu nitelikteki davalarda iki davadaki maddi olgular karşılaştırılmalı ve ilk davadaki kararın ikinci davada hakemi önyargılı davranmaya sevk edip etmeyeceği incelenmelidir¹²⁴.

ICC Tahkim Divanı'nın verdiği bir kararda bir hakemin aynı tarafça daha önce benzer konulu ve mevcut davanın davacısının daha önceki davanın davalısı ve davalısının ise daha önceki davanın davacısı olduğu bir davada aynı tarafça hakem seçilmiş olmasını onaylamaması için taraflardan biri ICC Tahkim Divanı'na itirazda bulunmuştur. Mevcut davadaki davacı hakemin önceki benzer konulu davadaki kararı nedeniyle mevcut davada kendi davasına karşı önyargılı davranacağını ileri sürmüştür. Olayda iki davanın konusu olan sözleşmeler nerdeyse aynı olmakla beraber davalardaki maddi olgular birbirinden farklıdır. ICC Tahkim Divanı davalı tarafından önerilen hakemin daha önceki kararı ile bağlı olması için bir yükümlülüğünün olmadığı gerekçesiyle onaylanmasında bir sakınca görmemiştir¹²⁵. Bu kararda iki davadaki maddi olguların farklı olmasının ICC Tahkim Divanı'nın bu yönde karar vermesine neden olduğu ileri sürülebilir.

Hakemin mevcut davaya konu olan somut uyumsuzluk hakkında bir makale yazmış ya da konuşma yapmış olması onun hakem olarak seçilmesi durumunda tarafsızlığına yönelik haklı şüphe oluşturur. Bununla birlikte hakemin uyumsuzluk ortaya çıkmadan önce davaya konu olan hukuki konular hakkında bilimsel yayın yapmış olması tarafsızlığı konusunda haklı şüphe oluşturmaz. Bir hukukçu zaman içinde görüşlerini değiştirebilir ya da daha önce yapılan genel değerlendirmeler mevcut davaya uymayabilir¹²⁶. Bununla birlikte bir hakem örneğin belli bir politik hadisenin kesinlikle *force majeure* teşkil etmeyeceğine dair daha önce bir makale yazmışsa bu durumun onun mevcut davada takınacağı

¹²³ KOCH, s. 331.

¹²⁴ BISHOP/REED, s. 421-422.

¹²⁵ CALVO, s. 69.

¹²⁶ BISHOP/REED, s. 411-412.

tavir bakımından tarafsızlığına dair haklı şüphe oluşturup oluşturmayacağı dikkatle incelenmelidir¹²⁷.

Hakemin benzer konulu bir davada avukat ya da hakem olarak görev yapmış olması özellikle az sayıda hukukçunun sıklıkla hakem ya da avukat olarak görev yaptığı yatırım tahkiminde önemli sorunlar doğurmaktadır¹²⁸. Yatırım tahkimindeki uyuşmazlık konularının sınırlı olması açısından değerlendirildiğinde daha önce benzer konulu bir davada belirli görüşleri avukat olarak savunan hakemin daha sonra hakem olarak görev yaptığı davada aynı tutumu gösterip göstermeyeceğinin tarafsızlık ilkesinin ihlali bakımından değerlendirilmesi gerekir¹²⁹. Bu durumun nedeni yatırım tahkiminin çoğunlukla yatırımcının korunması için benzer hükümlere sahip iki taraflı yatırım anlaşmalarından kaynaklanması ve yatırım tahkimine ilişkin kararların çoğunlukla kamuya açıklanmasıdır. Böylece iki taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan hükümlerin yorumlanmasında ilgili davada hakem ya da avukat olarak görev yapan hukukçuların mevcut davada hakem olarak nasıl hareket edeceklerinin bilinmesi mümkün olmaktadır¹³⁰. Bu konu değerlendirilirken hakemlerin verdikleri kararların hukukun o davanın olgularına uygulanması sonucu verildiği ve kararın çoğu zaman hakemler arasındaki bir uzlaşmanın sonucu olduğu dikkate alınmalıdır¹³¹.

Konuyla ilgili bir uyuşmazlık Telekom Malezya şirketi ile Gana Cumhuriyeti arasında görülen bir UNCITRAL tahkiminde ortaya çıkmıştır. Davacı şirket tarafından seçilen hakem, benzer konuları içeren *RFCC v. Fas* davasında halen avukat olarak görev yapıyor olması ve o davada savunduğu görüşlerin mevcut davada tarafsızlığını ihlal edeceği gerekçesiyle, davalı tarafından reddedilmiştir. Hakemin reddini değerlendiren otorite konusu farklı ve ayrı bir davada hakemin avukat olarak görev yapmış olmasının hakemin tarafsızlığını etkilemeyeceği gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Bununla birlikte reddeden taraf tahkim yeri mahkemesi olan Lahey mahkemelerine başvurmuştur. Yerel mahkeme

¹²⁷ KOCH, s. 331.

¹²⁸ MARKERT, s. 240.

¹²⁹ MALINTOPPI, Loretta, "Remarks on Arbitrators' Independence, Impartiality and Duty to Disclose in Investment Arbitration", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, V. 7, 2008, s. 352-353.

¹³⁰ MARKERT, s. 261.

¹³¹ MARKERT, s. 263-264.

hakemin iki davadaki olguları ve hukuki durumu birbirinden ayırt etmesinin yeterli olmayacağına, hakemin bu şekilde davrandığının ve tarafsızlığı ihlal etmediğinin üçüncü kişilerin gözünde de kabul edilmesinin gerektiğine ve hakemin bu testi geçemediğine karar vermiştir. Mahkeme hakemin ya mevcut davadaki hakemlikten ya da diğer davadaki avukatlıktan 10 gün içerisinde istifa etmesi yönünde karar vermiştir. Hakem diğer davadaki avukatlık görevinden istifa etmiştir¹³².

V. SONUÇ

Hakemin tarafsız ve bağımsız olması yargılamanın adil bir şekilde yürütülmesinin ve kamu düzeninin ihlal edilmemesinin ön şartıdır. Tahkim yargılama sürecinde hakemler taraflar nezdinde bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları hakkında haklı şüphe oluşturabilecek olguları açıklamakla yükümlüdürler. Taraflar ise bu olgular neticesinde bağımsızlıkları ve tarafsızlıkları hakkında haklı şüpheye sahip oldukları hakemleri reddedebilmektedirler. Bu şüphenin kaynağı ya hakemlerin yargılamanın başında yapmakla yükümlü oldukları, taraflarla ilişkilerini açıklayan, bildirimde yer alan veya sonradan ortaya çıkan ilişkiler ya da hakemin yargılama sırasında tarafsızlığını ortadan kaldıran nitelikteki davranışlarıdır. Haklı şüphe somut, objektif manada, konu hakkında bilgi sahibi mantıklı üçüncü kişinin gözünde, hakemin bağımsızlığını ve tarafsızlığını kaldıracak nitelikte görülen olgulara dayanmalıdır.

Hakemin reddi usulü konusunda uluslararası tahkime ilişkin düzenlemeler büyük ölçüde birbirine benzer olsa da aralarında bazı önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıklardan başlıcası hakemin reddi konusunda karar verecek otoritedir. ICC ve LCIA tahkim kurallarına göre hakemin reddi talebi hakkında kurumların bünyesindeki idari organlar karar verirken, ICSID düzenlemesine göre bu karar hakem heyetinin diğer üyeleri, UNCITRAL Model Kanunu düzenlemesine göre ise hakem heyetinin tamamı tarafından verilmektedir. Heyetin diğer üyeleri tarafından karar verilmesi hakemlerin görev yaptıkları meslektaşları hakkında objektif karar veremeyecekleri, heyetin bütün üyeleri tarafından karar verilmesi ise reddedilen hakemin dahi oylamaya katılması nedeniyle kimsenin kendi davasının yargıçı olamayacağı ilkesi

¹³² Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad, District Court of the Hague, Challenge Number 13/2004, Petition Number HA/RK 2004.667, Decision, s. 1-7, <http://www.italaw.com/cases/1091> , 02.05.2015.

bakımından eleştiriye açıktır. Bu konuda UNCITRAL tahkim kurallarında yer alan ve hakemin reddi talebi hakkında tarafların üzerinde anlaştıkları, tarafların anlaşamaması durumunda ise Milletlerarası Adalet Divanı Genel Sekreteri tarafından belirlenecek bir otorite tarafından karar verilmesi şeklindeki düzenleme gayet yerindedir.

Hakemin bağımsız ve tarafsız olma yükümlülüğünün hangi halde ihlal edileceği hususunda kesin ölçüler koymak mümkün değildir. Bu durum her bir olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, genel hatlarıyla, uyumsuzluğun sonucunda hakemin ekonomik bir çıkarının olması hakemin kesin olarak reddini gerektirir. Hakemle taraflar veya onların avukatları arasındaki geçmişteki profesyonel ilişkiler ise bu ilişkilerin yoğunluğu ve zaman bakımından sıklık derecesine göre değerlendirilmelidir. Halen devam eden profesyonel ilişkiler ise uyumsuzluğun konusu ile ilişkili olmasa bile kesin olarak ret sebebidir. Tarafsızlık ilkesinin ihlal edilmemesi açısından ise hakemin yargılama sırasında taraflara eşit davranması ve temel usul ilkelerine riayet etmesi gerekmektedir. Önemli bir diğer husus ise yatırım tahkiminde uyumsuzluk konularının sınırlı olması nedeniyle daha önce benzer konulu davalarda belli görüşleri avukat ya da hakem olarak savunan hukukçuların daha sonraki benzer konulu davalarda tarafsız davranamayacakları yönünde gelişen anlayıştır. Bu anlayış her bir davanın maddi olgularının birbirinden farklı olması nedeniyle eleştiriye açıktır. Bunun yanı sıra nasıl ki hakemlerin daha önce yazdıkları eserlerinde yer alan hukuki görüşlerini taraflar hakem seçerken dikkate alabiliyorsa, daha önceki kararlarındaki hukuki görüşlerini de dikkate alabilmelidirler.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya**, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 3. bs., İstanbul, 2013.
- AKTÜRK, Aylin**, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Mahkemesinin Kuruluşu-Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 8, S. 86, 2010, s. 503-525.
- BISHOP, Doak/REED, Lucy**, “Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”, Arbitration International, V. 14, N. 4, 1998, s. 395-429.
- BLACKABY, Nigel/PARTASIDES, Constantine with REDFERN, Alan/HUNTER, Martin**, Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th edition, New York, 2009.
- BOTTINI, Gabriel**, “Should Arbitrators Live on Mars? Challenge of Arbitrators in Investment Arbitration”, Suffolk Transnational Law Review, V. 32, 2008-2009, s. 341-366.
- CALVO, Michel A.**, “The Challenge of the ICC Arbitrators-Theory and Practice”, Journal of International Arbitration, V. 15, N. 4, 1998, s. 63-72.
- HASCHER, Dominique**, “Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues”, American University International Law Review, V. 27, 2011-2012, s. 789-806.
- IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Commercial Arbitration**, IBA, London, 2014.
- KAPLAN, Yavuz**, “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi”, MHB, Yıl 21, S.1-2, 2001 s. 43-73.
- KAPLAN, Yavuz**, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
- KOCH, Christopher**, “Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators”, Journal of International Arbitration, V. 20, N. 1, 2003, s. 325-353.
- LANDOLT, Philip**, “The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: An Overview”, V. 22, N. 5, 2005, s. 409-418.

- MALINTOPPI, Loretta**, “Remarks on Arbitrators’ Independence, Impartiality and Duty to Disclose in Investment Arbitration”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, V. 7, 2008, s. 351-356.
- MARKERT, Lars**, “Challenging Arbitrators in Investment Arbitration: The Challenging Search for Relevant Standards and Ethical Guidelines”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, V. 3, 2010, s. 237-282.
- NICHOLAS Geoff/PARTASIDES, Constantine**, “LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: A Proposal to Publish”, *Arbitration International*, V. 23, N. 1, 2007, s. 1-41.
- NOMER, Ergin**, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, *MHB*, Y. 4, S. 1, 1984, s. 29-31.
- NOMER, Ergin**, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi”, *MHB*, Y. 19-20, 2000, s. 555-576.
- ÖZEL, Sibel**, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal, İstanbul, 2008.
- REINER, Andreas**, “Hakemin Bağımsız Ve/Veya Tarafsız Olmadığının Veya İfşa Yükümlülüğünü Yerine Getirmediğinin Sonradan Tespit Edilmesinin Verilen Hakem Kararlarına Etkisi”, Çev. Müslüm Yılmaz, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı*, 15 Kasım 2007, Ed. Nuray Ekşi, Turgut Kalpsüz, Müslüm Yılmaz, Beta, 2007, s. 58-78.
- SHANY, Yuval**, “Squaring the Circle? Independence and Impartiality of Party-Appointed Adjudicators in International Legal Proceedings”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, V. 30, 2008, s. 473-491.
- SHORE, Laurence/CABROL, Emmanuelle**, “A Comment on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest: The Fragile Balance Between Principles and Illustrations, and the Mystery of the Subjective Test”, *American Review of International Arbitration*, V. 15, 2004, s. 599-607.
- ŞANLI, Cemal**, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1986.
- WESTPHALEN, Friedrich Graf von**, “Hakemlere İtirazlar: Tarafsızlık ve Bağımsızlık Koşulları”, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu, 14 Şubat 2009, Tahkim, Ed. Doç. Dr. Erol Ulusoy, Av. Aslı Yıldırım, TMSF, MÜHF, İstanbul, s. 379-393.