

MİLLETLERARASI TAHKİMDE HAKEMİN VE  
TENFİZİN REDDİ SEBEBİ OLMASI AÇISINDAN  
BAĞIMSIZLIK VE TARAFSIZLIK İLKESİ

Yard. Doç. Dr.Yavuz KAPLAN\*

**I. Genel Olarak Hakemlerin Bağımsızlık ve Tarafsızlığı**

Dava konusu uyuşmazlığın tarafları, tıpkı devlet mahkemelerinde hâkimler için söz konusu olduğu gibi, tahkim yargılamasında da, hakemlerin “bağımsız” ve buna bağlı olarak, “tarafsız” olmalarını talep edebilecektir. Bağımsız ve tarafsız olma ise, tarafların mahkeme önünde eşit konumda olmalarını ve her türlü savunma haklarından eşit ölçüde yararlandırılmalarını gerektirir. Bu nedenle, yargılamanın temelinde bulunması gereken temel usul garantilerine uyulması, büyük önem taşımaktadır<sup>1</sup>.

Hakem ile taraflardan biri arasında veya ona yakın bulunan şahıslardan biri arasında, daha önceden ekonomik veya tescil edilmiş başka bir ilişki nedeniyle bir bağımlılık söz konusu olabilir. Tarafılık ise, hakemlerin haksız olarak bir taraf lehine veya aleyhine hareket etmeleri halinde ortaya çıkar. Bu her iki davranış biçimi de, taraflara eşit olmayan muamelede bulunduğu anlamına gelir. Tarafılık, esasen bağımlılığın doğal bir sonucu olup, şahsî ilişkilerden veya başka hu-

---

\* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> NOMER, E.: “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, MHB, 1984, Y.1, S.1, 29; (Bağımsızlık), NOMER, E.: “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeninin Müdahalesi”, Prof.Dr.Aysel ÇELİKEL’e Armağan, MHB, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, 565.



suslardan da kaynaklanıyor olabilir<sup>2</sup>.

Burada bahsettiğimiz hakemlerin bağımsızlığı ilkesi, hâkimlerin, kuvvetler ayrılığı ilkesinden kaynaklanan ve onlara hiçbir kurum, kişi veya makam tarafından emir verilemeyeceği ve yönlendirme yapılamayacağı yolundaki bağımsızlık ilkesinden farklıdır.

Milletlerarası tahkim açısından, bir hakemin bağımsızlığı, özellikle, onunla taraflardan biri arasında ticarî bir menfaat ilişkisi mevcutsa tehlikeye girer<sup>3</sup>. Böyle bir ilişki daha önceden kurulmuş, daha sonra sona ermiş ve fakat tekrar kurulma olasılığı söz konusu ise, yine hakemin bağımsızlığına ilişkin olarak ciddî şüpheler söz konusu olabilecektir<sup>4</sup>. Eğer bu olasılık tamamen etkisiz kılınamıyor ise, daha önceki mevcut ticarî ilişkiler, ilgili hakem için potansiyel olarak taraflılık izlenimi uyandıracaktır. Hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığına ilişkin bu şart, yalnızca tahkim yargılamasının başında değil, tahkim prosedürünün sonuçlanması anına kadar mevcut olmalıdır<sup>5</sup>.

Bağımlı bir hakem, taraflardan birinin arzularına göre hareket eder ve sürekli onun etkisi altında kalır. Bu nedenle hakemin bağımsızlığının ortadan kalkması, tahkim yerindeki hukuk düzeni tarafından mutlaka göz önünde bulundurulmalı ve gerekli görülürse, ilgili hakem veya hakemlerin reddi yoluna gidilmelidir. Hakemin taraflılığının belirlenmesi konusunda, taraflılık emaresi gösteren olaylar ve faktörler ne kadar çok ise, o oranda daha fazla olasılıkla, o hakemin taraflı olduğuna ilişkin kanaatler ve şüpheler yoğun olacaktır<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> BG.17.11.1987 Tarihli ve BGE. 113 Ia 409; ayrıca bkz. NOMER, (dn. 1) 29-30. (*Bağımsızlık*)

<sup>3</sup> Amerikan Federal Mahkemesi, 11.7.1934 tarihinde verdiği bir kararda, taraflardan biri ile hakemlerden biri arasında mevcut bir ticarî ilişkinin varlığı nedeniyle, hakemin taraflı olduğuna ilişkin, elde somut bir bulgu olmamasına rağmen, hakem kararını iptal etmiştir: Kararın ayrıntısı için bkz. SATMER, F.: *Verweigerung der Annerkennung ausländischer Schiedssprüche wegen Verfahrensmängeln*, Zürich 1994, 121.

<sup>4</sup> SCHLOSSER, P.: "Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes", (*Unparteilichkeit*), ZJP 93, 1980, 129 vd.

<sup>5</sup> NOMER, (dn. 1), (*Bağımsızlık*), 30; SATMER, (dn. 3), 122.

<sup>6</sup> NOMER, (dn. 1), (*Bağımsızlık*), 30.



Hakem veya hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmaması, onların mad-dî hukuk ve adalete ilişkin kriterlere göre dürüstçe karar verebilme yeteneğine zarar verir ve tahkim yargılamasında yanlı oldukları ka-nısını pekiştirir<sup>7</sup>.

## II. Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesinin Görünüm Biçimleri ve Etkileri

### 1. Tahkim Yargılaması Aşamasında

Hakemlerden birinin, taraflardan birine daha önceki mevcut ilişkile-rinden dolayı herhangi bir bağımlılığı varsa, bu bir hakemin reddi se-bebi olarak ortaya çıkar. Tahkim yargılamasında gerekli olan bağım-sızlık özelliğine sahip olmayan bir hakemin etkili olması halinde, bu bir usul ihlâli oluşturur. Bu durumda, tarafsız ve dürüst olarak veril-mesi gerekli olan karar tehlikeye düşürülmüştür<sup>8</sup>. Hakemlerin taraf-lı bir tutum içinde olmaları, bir çok farklı nedenlerden kaynaklanabi-lir<sup>9</sup>. Hakemle taraflardan biri arasındaki ilişkilerin bir ret sebebi oluşturup oluşturmadığı, bağımsız bir yorum yapılarak tespit edilebi-lir. Hakemin objektif olarak hüküm verememesine ilişkin bir tehlike-nin varlığı, basiretli bir insanın gözünden kaçmayacak kadar açıksa, bunun bir hakemin reddi sebebi olduğu kabul edilmelidir<sup>10</sup>.

Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından 1985 yılın-da benimsenen ve ülkelerin milletlerarası tahkime ilişkin düzenleme-lerini belirlemede temel ve esas teşkil etmesi amacıyla hazırlanan

<sup>7</sup> Bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin ihlâllerin, birçok hukuk düzenlemeleri ba-kımından, aynı zamanda kamu düzenine de aykırılık teşkil edecekleri konu-sunda bkz. NOMER, (dn. 1), 29, (Bağımsızlık).

<sup>8</sup> NOMER, (dn. 1), 29; (Bağımsızlık); SCHWAB, K.H./WALTER, G.: *Schiedsge-richtsbarkeit*, 5.A., München 1995, 105.

<sup>9</sup> BG. 26.10.1966 Tarihli ve BGE. 92 I 276'daki olayda, hakemlerden birinin taraf-lı olduğuna karar verilmiş ve buna gerekçe olarak, onun evli olduğu eşi-nin, taraflardan birinin hukukî temsilcisinin bürosunda, avukat olarak ça-lışması gösterilmiştir: Bu konudaki benzer örnekler için bkz. REINER, A.: *Handbuch der ICC-Schiedsgerichtsbarkeit*, Wien 1989, 58 vd.; SCHLOSSER, (dn. 4), 121 vd. (*Unparteilichkeit*).

<sup>10</sup> SCHWAB/WALTER, (dn. 8), 108.



UNCITRAL Model Yasası'nın 12.m'si hakemin reddi sebeplerini düzenlemektedir. Onun 12/1.m'sine göre, hakem olarak atanmak üzere kendisine başvurulmuş kişi, bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin haklı şüpheler doğurabilecek her türlü durumu açıklamak yükümlüğündedir. Hakemin bu yükümlülüğü, tarafların bu konuda daha önceden bilgi sahibi olmamaları halinde, bütün tahkim yargılaması boyunca da devam edecektir. Model Kanun'un 12/2.m'si gereği, hakemler ancak, bağımsızlık ve tarafsızlıkları hakkında haklı şüpheler uyandıracak durumların mevcut olması veya tarafların üzerinde anlaştıkları niteliklere sahip olmamaları halinde reddedilebilecektir. Taraflardan biri, kendi atadığı bir hakemi, ancak atama tarihinden daha sonra öğrendiği nedenlerle reddedebilecektir.

Günümüzde UNCITRAL Model Yasası hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi ile hakemin reddine ilişkin getirdiği düzenlemeler de dahil olmak üzere, bir çok gelişmiş ülke tarafından genel kabul görmüş ve iç hukuk düzenlemeleri bakımından örnek teşkil etmiştir. Türkiye'de de Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü önderliğinde yapılan uzun ve çok kapsamlı çalışmaların bir sonucu olarak hazırlanan ve Adalet Bakanlığı tarafından son haline getirildikten sonra 21.6.2001 tarihinde kabul edilen 4686 sayılı "Milletlerarası Tahkim Kanunu"<sup>11</sup> bu sürecin doğal bir sonucudur.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun (TMTK), bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine bağlı olarak hakemin reddini de kapsayan 7/C.m'si, neredeyse tamamen UNCITRAL Model Yasası'nın 12.m'sine paralel olarak düzenlenmiştir. Aynen ifade etmek gerekirse;

*"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"* denildikten sonra bir alt fıkrada *"Hakem, taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu, tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hâl ve şartlar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir"* denilmektedir.

<sup>11</sup> RG.5.7.2001-24453.



Bu hükümden de anlaşılacağı gibi Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun UNCITRAL Model Yasası'ndan farklı olarak yer vermediği tek husus, UNCITRAL Model Yasası'nın 12/2.m'sinin, taraflardan birinin kendi atadığı veya tayinine katıldığı bir hakemi, ancak tayininin yapıldığı tarihten sonra öğrendiği nedenlerle reddedebileceğini düzenleyen son cümlesidir. Bu hükmün daha önce Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü'nün hazırladığı her üç taslakta da yer almasına rağmen, daha sonra Kanun metninden çıkarılması, kanaatimce son derece isabetsizdir. Zira böylece, ilgili tarafın daha başlangıçtan itibaren kendi tayin ettiği hakeme ilişkin ret sebebinin varlığından haberdar olmasına rağmen, bunu o an için göz ardı ederek, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, dava kendi aleyhine gelişmeye başladığında, kötü niyetli olarak kullanmasına ve böylece yargılamayı sürüncemede bırakabilmesine fırsat tanınmış olmaktadır. Böyle bir yaklaşım, yargılamada riayet edilmesi gerekli olan dürüstlük ve iyi niyet kuralına aykırı olup, iddia ve savunmaya ilişkin hakların (*rechtliches Gehör*) kötüye kullanılabilmesine neden olabilecek niteliktedir.

Oysa Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'na benzer bir yöntemle, UNCITRAL Model Yasası'ndan esinlenilerek yürürlüğe giren ve Almanya'da<sup>12</sup> ZPO'nun bu konuyu düzenleyen 1036/2.m'si mehz UN-

<sup>12</sup> Alman Medenî Usul Kanunu (ZPO)'nun, tahkim yargılamasını düzenleyen onuncu kitabı, 22.12.1997 tarihli ve 1.1.1998 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Kanun ile tamamen değiştirilmiştir. Tahkime ilişkin hükümler, değişiklikten önce, ZPO'nun 1025-1048.m'lerinde yer almakta iken, değişiklikten sonra, ZPO'nun 1025-1066.m'leri arasında yer almıştır. Onuncu kitabın ön-sözünde de yer aldığı gibi, yeni düzenleme, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu'nun (UNCITRAL), 11.12.1985 tarihinde yaptığı toplantıda, üye devletlere tavsiye niteliğinde çıkardığı, UNCITRAL Model Yasası'ndan esinlenilerek hazırlanmıştır. Bu yeni düzenlemenin getirdiği en önemli iki özellik, sadece milletlerarası alanda değil, millî tahkim bakımından da esas alınacak biçimde düzenlenmiş olması ve uygulama alanının da, sadece ticarî uyuşmazlıklarla sınırlandırılmamış olmasıdır. Ayrıca, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda, New York Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri, ZPO'nun 1061'si gereği, esas itibarıyla aynen benimsenmiştir: Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. THOMAS, H./PUTZO, H.: ZPO, 22.A., München 1999, 1539 vd.; MUSIELAK: *Zivilprozessordnung, Kommentar*, München 1999, 2125 vd.; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN: *Zivilprozessordnung*, 57.A., München 1999, 2242 vd.; KREINDLER, R.H./ MAHLICH, T.C.: *Das neue deutsche Schiedsverfahrensrecht aus aus-*



CITRAL düzenlemesini aynen aktarma yolunu tercih etmiştir. Tam olarak ifade etmek gerekirse, Almanya'da, ZPO'nun 1036/1.m'sinde, hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin şüpheye düşen tarafın, bu konudaki bütün bilgi ve belgelerini açıklayarak, hakemlik daireesine başvurabileceği ve itiraz edebileceği yer almaktadır. Yine ZPO'nun 1036/2.m'sinde ise, bir hakemin sadece, bağımsızlık ve tarafsızlığını şüpheye düşüren haller ile, tarafların tahkim sözleşmesinde kararlaştırdıkları hususlara uymaması halinde reddedilebileceği ve nihayet, bir hakemin kendisini atayan tarafça reddedilebilmesinin, ancak, ilgili tarafça başlangıçta bilinmeyen ve sonradan öğrenilen nedenlerden dolayı mümkün olabileceği yer almaktadır<sup>13</sup>.

Aynı düzenleme biçimine, İsviçre'de IPRG'nin 180/2.m'sinde rastlamak mümkündür. İsviçre'de 18.12.1987 tarihli milletlerarası tahkime ilişkin olan, Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu'nun (IPRG) 12. bab hükümleri, tamamen UNCITRAL Model Yasası'ndan iktibas edilmek suretiyle hazırlanmamış olmasına rağmen, tarafların kendi tayin ettikleri veya tayinine katıldıkları bir hakemin reddini ancak tayinden sonra öğrendikleri nedenlerden dolayı reddedebilecekleri hükmüne, bu madde çerçevesinde yer verilmiştir.

Hakemlerin bağımsız ve tarafsız olduklarına kanaat getirilmeden, uyuşmazlığın bu hakeme götürülmemesi ve daha çok, hakemlerin seçilmesinde onlar arasındaki değişik ilişkilerin de dikkate alınması gerekir. Örneğin İsviçre hukukunda, IPRG'nin 180/1c.m'si, hakemlerin reddi ile ilgili düzenlemesinde, özellikle tarafsızlığa ilişkin olarak söz konusu olan haklı şüpheleri, hakemin reddi sebebi olarak değerlendirmektedir<sup>14</sup>.

*ländischer Sicht*", NJW 9, 1998, 563 vd.; KAPPUS, A.: "Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz: Gesetzänderungen innerhalb und außerhalb der ZPO", NJW 9, 1998, 582; ÜSTÜNDAĞ, S.: "Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim", Yargı Reformu 2000, Sempozyum, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, 297.

<sup>13</sup> Bkz. YILMAZ, E.: "Alman Hukukunda Milletlerarası Tahkim", Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1997, 135, 157; Almanya'da değişiklik sonrası hakemlerin reddine ilişkin usul için ayrıca bkz. ZPO. 1037.m.

<sup>14</sup> KAPLAN, Y.: "Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları", Prof.Dr.Aysel ÇELİKEL'e Armağan, MHB, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, 479.



Hakemlerin tarafsızlığı ilkesi genel olarak geçerli bir ilke olmasına karşılık, bütün hukuk sistemleri bu ilkeyi emredici nitelikte düzenlememiştir<sup>15</sup>. Yani, tarafların bu konuda bir talepte bulunmaması halinde, bu durum, kontrole yetkili makam tarafından kendiliğinden dikkate alınmayacaktır. Bağımsızlık kelimesi ise, hakemin taraflarla herhangi bir bağlantısı olmamasından, hakem kuruluşları ve uyuşmazlık konusu olan şeyle bağlantı ve çıkar ilişkisi olmamasına ve hakemin taraflara karşı objektif bir tutum içerisinde olmasına kadar geniş bir anlam ifade etmektedir<sup>16</sup>.

Nihayet belirtmek gerekir ki, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine bağlı olarak hakemin reddine ilişkin olan, UNCITRAL Model Yasası ile Alman, İsviçre ve Türk Hukuku'ndaki emredici nitelikte olmayan ifade tarzları, hakem veya hakemlerin açıkça taraflı olduklarının görüldüğü hallerde, bu tür bir hakem kararının tenfiz aşamasında da bu konuda herhangi bir sorunla karşılaşmayacağı anlamına gelmemektedir.

## 2. Tenfiz Aşamasında

Tahkim yargılamasının tamamlanmış ve bir hakem kararının verilmiş olması halinde, artık bu hakem kararının tenfizi aşamasında, hakem kararının tenfizinden kaçınılmadan önce, objektif olarak elde bulunan verilere göre taraflılık izlenimi uyandıran hususlar incelenmeli ve bu şüphenin doğruluğuna ilişkin hukukî kesinlik olup olmadığına bakılmalıdır<sup>17</sup>. Tenfiz talebinin bu nedene dayalı olarak reddedilebilmesi için, hakemin büyük bir ihtimalle taraflardan biri lehine veya aleyhine hüküm verilmesine katkıda bulunduğu ilişkin ciddî şüphelerin varlığı gerekir. Örneğin, çok hakemli mahkemelerde hakemlerden biri, uzun süre diğer hakemlerle birlikte çalıştıktan sonra, taraflı tutumları nedeniyle ilgili makam tarafından görevinden alındıysa, yalnız bu sebepten dolayı geriye kalan diğer hakemlerin taraflılığı endişesi olmamalıdır. Zira, görevinden alınan hakemin görev süresi içinde, diğer meslektaşlarını etkileyecek derecede kuvvetli etki et-

<sup>15</sup> Örneğin bkz. IPRG.180/1c; ZPO.1036/2; TMTK.7/C.madde.

<sup>16</sup> SATMER, (dn. 3), 124.

<sup>17</sup> BG. 18.8.1992 Tarihli ve BGE. 118 II 362; BG. 8.11.1985 Tarihli ve BGE. 111 Ia 263.



mesi ve onları taraflı kılması düşünülemez<sup>18</sup>.

Bir veya daha fazla hakemin davada taraflı olduğu, diğer tarafın iddia ve savunma haklarından gerekli ve yeterli ölçüde yararlandırılmaması, ileri sürdüğü delil ve beyanların karara varılması aşamasında dikkate alınmaması veya hakemlik görevinin başka bir biçimde kötüye kullanılması gibi hallerden anlaşılabilir. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında düzenlemeler getiren 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin<sup>19</sup>, tenfiz reddi sebeplerini düzenleyen V.m'si, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmamasını açıkça bir tenfiz reddi sebebi olarak düzenlememiştir. Ancak, onun V/1d.m'sinde sadece, hakem mahkemesinin oluşumunun tarafların sözleşme ile ortaya koydukları iradeye uygun olmaması veya böyle bir iradenin belirtilmemiş olması halinde dahi, hakemliğin cereyan ettiği yer kanunu hükümlerine uygun olmamasının tenfiz isteminin reddine neden olabileceği ve V/1b.m'sinde hakem mahkemesinde tarafların gerekli savunma haklarını haiz şekilde hazır bulundurulması ve aksi takdirde bunun bir ret sebebi sayılacağı ve nihayet V/2b.m'sinde, ilgili hakem kararının tanınması ve tenfizinin tenfiz ülkesinin kamu düzenine ilişkin kurallarına aykırı olması halinde reddedilebileceğine ilişkin düzenlemeler vardır. Kanaatimce de, bu maddelerin yorumlanması suretiyle ve belirli şartlar altında<sup>20</sup>, hakemin bağımsız ve tarafsızlığına ilişkin bir usul ihlâlinin, tenfiz reddi sebebi olarak değerlendirilebilmesi gerekir. Ayrıca, tenfiz ülkesi, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesini kamu düzenine ilişkin görüyorsa, yine New York Sözleşmesi'nin V/2b.m'sine dayalı olarak, tenfiz istemini reddedebilecektir.

<sup>18</sup> Hakem mahkemesinde geriye kalan hakemlerden birisinin veya hepsinin taraflı olduğunun kabul edilebilmesi için, bu hakem veya hakemlerin, mahkemededen ayrılan taraflı hakemle, halen sıkı ilişki içerisinde olduklarının tespit ve ispatı gerekir: Bkz. BG.18.8.1992 Tarihli ve BGE. 118 II 362.

<sup>19</sup> 10 Haziran 1958 tarihinde imzalanan bu Sözleşme'ye, Türkiye 1991 yılında taraf olmuştur: Sözleşme'nin tam metni için bkz. RG. 25.9.1991-21002.

<sup>20</sup> Hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığı konusundaki ihlâlin, hakemin reddini gerekli kılmasına karşılık, ilgili tarafça, bu durumun kanunda belirtilen süreler içinde haklı bir neden olmaksızın ileri sürülmemesi halinde, artık tenfiz aşamasında ileri sürülmesi kabul edilmeyecektir. Zira, artık bu konudaki hakkın düştüğü (*Präklusion*) kabul edilir: Bkz. THOMAS/PUTZO, (dn. 12)§ 1037/9.paragraf; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, (dn. 12); § 1037/4.paragraf; MUSIELAK, (dn. 12)§ 1037/2,3.paragraf.



Türk hukukunda da, hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine riayet etmeksizin verdikleri yabancı hakem kararları, 2675 sayılı “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun” (MÖHUK)’un 45.m’si çerçevesinde tenfiz engelleri arasında kabul edilmekte ve hakem kararlarının tenfizi isteminin reddini gerektireceği belirtilmektedir. Hemen ifade etmek gerekir ki, MÖHUK’ta belirtilen tenfizin reddi sebepleri, NYS’nin V.m’sinde belirtilenlerle aynıdır. Nitekim, MÖHUK’un 45/b.m’sine göre, yabancı hakem kararını veren mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmaması halinde, böyle bir hakem kararının tenfizinin, Türk kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddedilebilmesi, NYS’nin V/2b.m’sine paralellik arz etmektedir.<sup>21</sup>

Hakemin dürüstlüğüne ilişkin gerekliliğin aslî teminatı, uygulanacak olan resmî veya kararlaştırılmış usul kurallarıdır. Aslında, hakem mahkemesinin tarafsız ve dürüst hakemlerden oluşturulması, dürüst yargılama ve iyi niyet ilkesinin de bir gereğidir. Ayrıca bu noktada, konunun, dürüst bir hakem kararının verildiğine ilişkin güven bakımından, milletlerarası özel hukuk alanında geçerli olan kamu düzeni anlayışıyla<sup>22</sup> ilişkili olduğunun da belirtilmesi gerekir. Bir hakem, uygulanacak usul kurallarına uygun olarak seçilmiş ve fakat taraflı olması engellenememiş ise, burada tanıma ve tenfizden kaçınılmasına neden olabilecek şekilde, bir kamu düzeni ihlâlinin varlığından söz edilebilir<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> NOMER, (dn. 1) 29 (*Bağımsızlık*); NOMER, (dn. 1) 562; 4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda da, tenfiz talebinin hangi hallerde reddedileceği konusunda herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Bu durum, tenfizin reddi sebepleri konusunda, NYS’nin V ve MÖHUK’un 45.m’leri dışında, ayrı bir düzenlemeye gerek görülmediği anlamına gelmektedir ki; kanaatimizce de doğru ve yeterli bir düzenlemedir.

<sup>22</sup> BG.25.1.1967 Tarihli ve BGE.93 I 57; hakemlerden birinin taraflı oluşu, yalnızca kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyip, aynı zamanda, dürüst yargılama ilkesinin de zarar görmesine neden olacaktır: Bkz. NYS.V/2b.m.; THOMAS/PUTZO, (dn. 12) § 1036/2.paragraf; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/ HARTMANN, (dn. 12) § 1036/4.paragraf; NOMER, (dn. 1) 29 (*Bağımsızlık*); ZPO. 1061.m.; ayrıca bkz. STEIN/JONAS; *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. A., Tübingen 1994, § 1041/31.paragraf.

<sup>23</sup> Bkz.NYS.V/1b.m.; ZPO.1061.madde.



### III. Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi Açısından Hakemler İle Hâkimlerin Karşılaştırılması

#### 1. Bu İlke Açısından Hakemler ile Hâkimler Arasındaki Benzerlikler

Bağımsız ve tarafsız olarak verilen hakem kararları, milletlerarası ekonomi dünyasının tahkime olan güvenini günden güne arttırmaktadır<sup>24</sup>. Bu nedenle, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından zorunlu niteliktedir. Hâkimlerin ve taraflar arasındaki anlaşmaya bağlı olarak benzer yargılama fonksiyonunu yerine getiren hakemlerin bu konudaki güvenceleri, bütün Dünya'da yaygın olarak anayasal düzenlemeler ile güvence altına alındığı gibi, Türk 1982 Anayasası ile de teminat altına alınmıştır<sup>25</sup>. Anayasal anlamda bir hâkimin güvencesi, bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin her şeyi kapsar<sup>26</sup>. Hukukî düzenlemeler yapılmak suretiyle getirilmiş temel ilkelere göre, aynı güvenceler tahkim yargılamasında hakemler için de söz konusudur<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Tahkimde bir hukukî karar verme fonksiyonu mevcuttur. Hakem de bu anlamda hâkim gibidir. Bu bakımdan, karar organı olarak, hakemin de tarafsız ve bağımsız olması icap eder: NOMER, (dn. 1) 29-30 (*Bağımsızlık*); SAT-MER, (dn. 3) 119.

<sup>25</sup> Bu zorunluluk Türk hukuku bakımından, 1982 Anayasası'nın 138.m'si ile düzenlenmiştir. "Mahkemelerin bağımsızlığı" başlığını taşıyan 138/I.m'ye göre, "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler" denildikten sonra, 138/II.m'si, "Hiçbir organ, makam merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında, mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz" denilmektedir. Bu çerçevede, hâkimlerle hakemlerin eşit konumda olmaları gerektiği göz önüne alındığında, hakemlerin yalnızca, uygulanan tahkim usulüne ilişkin kurullarla ve hukukun getirdiği kanun yolları ile bağlı olduklarını söylemek doğru olacaktır. İsviçre açısından ise, İsviçre Anayasası'nın 58/I.m'sinden yola çıkarak, aynı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi'nin, buna vurgu yapan çok sayıda kararı mevcuttur: Bkz. BG. 13.4.1989 Tarihli ve BGE. 115 V 261; BG. 14.11.1979 Tarihli ve BGE. 105 Ia 247 vd.

<sup>26</sup> Bkz. BG. 17.2.1982 Tarihli ve BGE. 108 Ia 50.

<sup>27</sup> Hakem mahkemesinin, tahkim yargılamasında bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine riayet etmek zorunda olduğuna ilişkin olarak bkz. BG. 20.12.1989 Tarihli ve BGE.115 Ia 404; BG.13.13.4.1989 Tarihli ve BGE.115 V 260;



Örneğin, hakem mahkemesi ile devlet mahkemesi arasındaki bu eşit konum, İsviçre iç hukukuna da yansımıştır. Buna göre, bir tahkim usulünde hakemlerin reddi için kullanılan sebepler, tıpkı resmî devlet hâkiminin reddi sebepleri gibidir<sup>28</sup>.

## 2. Bu İlke Açısından Hakemler ile Hâkimler Arasındaki Farklar

Hakemlerin seçimine ilişkin usul, tahkim usulünün en önemli ve üzerinde titizlikle durulması gerekli olan noktalarından birisidir. Hakemler, taraflarca veya atamaya yetkili bir makam tarafından, ilgili kurallar çerçevesinde ve belirli bir somut uyuşmazlığın giderilmesi için seçilir. Tahkimin sağladığı en önemli avantaj, kuşkusuz hakemlerin taraflarca serbest olarak seçilmesi ve tarafların onların uyuşmazlığı adil bir şekilde çözme konusundaki yeteneklerinden, tecrübelerinden ve alanlarındaki uzmanlık bilgilerinden yararlanma olanağı bahsetmesidir. Burada olaydan olaya farklı kararların verilebilmesi, tarafsız ve dürüst bir yargılama usulünün gerçekleştirilmesi bakımından tehlikelidir. Taraflar, bir yandan olayla ilgili uzmanlık bilgisine

---

BGH.19.12.1968 Tarihli ve BGHZ 51, 1969, 258; ayrıca bkz. NOMER, (dn. 1) 29 (*Bağımsızlık*).

<sup>28</sup> BG.17.11.1987 Tarihli ve BGE. 113 Ia 409; taraflar, IPRG'nin 179/1.m'sine göre, hakemlerin tayini, azli ve değiştirilmesi hususunda tam bir irade serbestisine sahiptir. IPRG'nin 179/3.m sine göre, bu konuda kendisine başvuru- rulan tahkim yerindeki hâkim, taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi bulunmaması hali dışında, yapılan başvuruyu kabule mecburdur. Hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin gereklilik, IPRG'nin 180/1c.m'sinde hake- min reddini gerekli kılacak nedenler arasında sayılmıştır. Hatta, bu maddede yer alan diğer hakemin reddi nedenlerinin, hakemin taraflarca kararlaştırılan evsafa haiz olmaması ve taraflarca kararlaştırılan tahkim usu- lünde öngörülen bir ret sebebinin mevcut olması olduğu düşünülürse, bu iki nedenin taraf iradelerine bağlı oldukları söylenebilecektir. Oysa hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin ret sebebi bakımından tarafların bunun aksini kararlaştırabilmeleri mümkün görünmemektedir. Yani, tarafların ha- kem mahkemesinin taraflı olmasına rıza göstermeleri veya bunu aralarında kararlaştırmaları mümkün değildir. Bu nedenle, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesinin, hakemin reddini gerektiren nedenler açısından en esaslı ve vazge- çilemez nitelikteki bir ilke olduğu şüphesizdir: Bkz. KALPSÜZ, T.; "*İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim*", *Milletlerarası Tahkim Konusunda Ya- sal Bir Düzenleme Gerekir mi?*, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara 1997, 18-19.



sahip kişileri hakem olarak atama, ama diğer yandan, atanan hakemlerin dürüstlüklerine güvenmeme eğiliminde olabilir<sup>29</sup>. Bu nedenlerden dolayı, hakem yargılamasında çoğu zaman her iki tarafa güven telkin edebilecek hakemlerin seçilmesi konusunda, ortak bir eğilim mevcuttur.

Buna karşılık olarak, devlet mahkemelerinde, netice itibariyle devletin bir memuru statüsünde bulunan hâkimler, olabildiğince daha sonra önlerine gelmesi muhtemel ve geldiğinde de onların tarafsızlığına gölge düşürecek ekonomik uyuşmazlıkla ilgili faktörlerden uzak kalmayı yeğler. Bağımsızlık ve tarafsızlık özelliği, objektif bir kararın verilmesi konusunda, esaslı kabul edilebilecek niteliktedir<sup>30</sup>. Ancak, devlet hâkimleri, işin doğrusu, milletlerarası uyuşmazlıklarda, taraflardan birinin devletle ilişkisi olması halinde, esas olarak yerli olan tarafı, yani devletin çıkarlarını tercih etme ve koruma eğilimindedir. Bunun doğal bir sonucu olarak da, yabancı bir devlette yatırım yapmayı düşünen gerçek veya tüzel kişiler de, öncelikle ilgili ülkede kendilerini böyle bir eğilime karşı korumanın mümkün olup olamayacağını araştırmakta ve kendilerini güvenlikte hissetmek istemektedirler.

#### IV. Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi Karşısında Hakemler Hakkında Değerlendirilmesi Gereken Diğer Hususlar

##### 1. Baş Hakem İle Diğer Hakemlerin Durumu

###### a) Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi Karşısında Baş Hakem İle Diğer Hakemlerin Durumu

Genel olarak, hem baş hakem (*Obmann*), hem de hakem mahkemesindeki diğer hakemler, aynı şekilde bağımsız ve tarafsız olmak zorundadır. Ancak, hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi açısından, bizim de dahil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglosakson hukuk sistemi birbirinden farklıdır. Hakemin bağımsızlığı

<sup>29</sup> WALTER, G./BOSCH, W./BRÖNNIMANN, J.: *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Bern 1991, 109.

<sup>30</sup> SATMER, (dn. 3) 121; NOMER, (dn. 1) 30-31 (*Bağımsızlık*).



ve tarafsızlığı ilkesi, bütün Kıta Avrupası hukuklarında usul hukukuna ait bir kamu düzeni konusu olarak kabul edilmektedir. Ancak, Anglosakson hukuk sisteminde ise, taraflarca atanan hakemlerin taraflı olmaları kendilerinden beklenmektedir ve mutad olan da budur. Buna rağmen onlar da, kendilerini seçen tarafın avukatı gibi hareket edemezler; aksine, onlarla aralarında kesin bir mesafe bırakmak zorundadırlar<sup>31</sup>. Bu tür durumlarda, hakem mahkemesi içindeki uyumun bir bütün olarak sağlanması konusunda, bağımsızlık ve tarafsızlığın temini bakımından, baş hakemin tahkim yargılamasına ilişkin tecrübeleri ve hakem mahkemesini yönetme konusundaki uzmanlığı ön plana çıkacaktır. Çok hakemli hakem mahkemelerinde, taraflarca atanmış bulunan hakemlerin kendilerini atayan taraf lehine hareket etmesi, tam bir tarafsızlık içinde hareket eden bir baş hakemle bağlantılı olmaları koşulu ile Anglosakson hukuku bakımından söz konusu olabilir ve bu durum hukuka aykırı kabul edilmez. Bu özellik Anglosakson hukuk sisteminin, tipik bir ayırt edici özelliğidir. Örneğin Amerikan hukukunda, tarafsızlık gereksinimi, yalnız hakem mahkemesinin başkanı konumunda olan hakem için söz konusudur. Taraflarca atanan hakemler için, böyle bir zorunluluk yoktur<sup>32</sup>. Halbuki, örneğin 4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/C.m'sinde belirtilen, hakemin tarafsız olmaması nedeniyle reddedilebilmesi hükmü, bu açıdan başkan olan hakemle diğer hakemler arasında herhangi bir ayırım getirmemiştir. Hakem kuruluşlarının tah-

<sup>31</sup> BUCHER, E.: "Zur Unabhängigkeit des Parteiernannten Schiedsrichters", FS Kummer, Bern 1980, 608; SCHLOSSER, (dn. 4) 135 vd.

<sup>32</sup> İsviçre Federal Mahkemesi ise, İsviçre tahkim usulü bakımından, millî ve milletlerarası hakem kararı ayırımı yapmaksızın, taraflarca atanan hakemlerle, baş hakemin (*Obmann*), aynı ölçüde bağımsız olmaları gerektiği görüşündedir: Bu konuda bkz. BG.13.4.1989 T. ve BGE.105 Ia 247 vd. Ancak, BG'nin daha sonraki bazı kararlarında ise, söz konusu uygulamalardan bazı sapmalar ve görüş değişiklikleri göze çarpmaktadır. Örneğin, BG. 18.8.1992 T. ve BGE.118 II 361 vd'ndeki görüşünde, taraflarca atanan hakemlerin ve baş hakemin tarafsızlık ve bağımsızlığı konusunda, buna ilişkin farklı mahkeme kararlarının öğretide benimsendiğine işaret ederek, sorunu açıklığa kavuşturmuştur. Hakemin reddi sebeplerinden, hakemin taraflı olmasını düzenleyen IPRG'nin 180/1c.m'si ise, bu konuda herhangi bir ayırım yapmaksızın, hakemin taraflılığından şüphe duymayı gerektirecek, haklı nedenlerin mevcut olmasını aramaktadır: KALPSÜZ, (dn. 28) 18; SATMER, (dn. 3) 126.



kim düzenlemelerinde yer alan bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin hükümler ise, genellikle hakemlerin taraflardan biri ile ticarî veya başka biçimlerde çıkar ilişkisi içine girmelerini yasaklamaktadır<sup>33</sup>.

İlgili hakemin bağımlılığının ve taraflılığının, onun irade özgürlüğünü taraflardan biriyle mevcut ilişkisi nedeniyle gerçekten zarara uğratabilecek derecede yoğun olarak etkilediği kabul edilebilirse, bu noktada kamu düzeninin minimum standartlara uygunluk bakımından müdahalesi gerekir. Bu da NYS'nin V/2b.m'si çerçevesinde, bir tenfiz reddi sebebi olarak kendini gösterecektir<sup>34</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz ölçüler çerçevesinde, hakem mahkemesinin başkan konumunda bulunan hakem dışındaki hakemlerinin taraflı olabilmelerini tecviz eden bir hukuk düzeni içerisinde verilmiş olan bir hakem kararının, bütün hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmasını gerekli gören bir tenfiz ülkesinde tenfizinin talep edilmesi halinde, sorunun ne şekilde çözüme kavuşturulacağı sorusu akla gelebilir<sup>35</sup>. Kanaatimce, böyle bir hakemin yargılamanın sonucuna direkt olarak etki edecek derecede belirgin ve tatbiki gerekli usul kurallarını dahi göz ardı edebilecek ölçüde taraflı ve haksız bir tavır içinde olması halinde, bunun kabul edilmemesi ve tenfiz talebinin kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddi gerekir. Bunun haricinde, hakemlerin işin doğası gereği, kendilerini seçen tarafa karşı sempati duymaları veya kararın sonucunu doğrudan etkilemeyecek ölçüde taraflılık eğilimi içinde bulunmalarını, bir tenfiz reddi sebebi olarak görmemek gerekir. Zira, pratik açıdan, taraflara hakemlerin seçimi konusunda geniş bir irade serbestisi tanıdıktan sonra<sup>36</sup>, hakemin kendisini seçen iradeye karşı tamamen kayıtsız kalması beklenemez. Ancak, her şeye rağmen, tek kişiden oluşan hakem mahkemesinde bu hakeme ve birden

<sup>33</sup> NOMER, (dn. 1) 560; KAPLAN, (dn. 14) 480.

<sup>34</sup> SATMER, (dn. 3) 126.

<sup>35</sup> Taraflı bir hakemin olumsuz etkisi sonucu verilen bir hakem kararının tenfizi talebinin, NYS'nin V/1d.m'si çerçevesinde reddi söz konusu olabilecektir. Amerikan hukukunda ise, taraflarca tayin olunan hakemlerin taraflı olabilmesi yaklaşımı, tarafların avukatlarının dahi yine taraflarca atanmış hakemler tarafından seçilebilmesini tecviz edebilecek ölçüde geniştir: Bkz. SATMER, (dn. 3) 126.

<sup>36</sup> Bkz. NOMER, E./EKŞİ,N./GELGEL, G.: *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul 2000, 26.



fazla hakemden oluşan hakem mahkemesinde ise, baş hakeme (*Obmann*), tarafsızlık konusunda daha sıkı ölçütler konulması gerektiğini düşünmekteyim.

**b) Hakem Mahkemesinin Oluşumunda Tarafların Eşit Ağırlığa Sahip Olması**

Hakem mahkemesinin oluşturulmasında taraflardan birine tanınan üstünlük, onun diğer tarafa oranla daha avantajlı konuma sokulması sonucunu doğuracaktır. Bu durum, hakemlerin bağımsızlığına etkide bulunacağı için, onların tarafsız karar vermeleri bakımından haklı şüphelerin doğmasına neden olacaktır. Böyle bir hukukî düzenleme kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğinden, bunu ihtiva eden tahkim sözleşmesini ya da tahkim kaydını da geçerli kabul etmemek gerekir<sup>37</sup>.

Çok hakemden oluşturulmuş bir hakem mahkemesinde, bir hakemin taraflılığının hakem mahkemesinin güç dengesini tamamen zaafa uğratması, her şeyden önce ağır bir usul ihlâlidir. Sonuçta, taraflarca atanan hakemlerin, kapsamlı biçimde bağımsızlığı ve de yeterli derecede tarafsızlığı talep edilebileceği gibi, tarafların hakem mahkemesi karşısında eşit konumda olması ve hakem mahkemesinin başkanı tarafından hakem mahkemesinin tam bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması da talep edilebilecektir<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Hakem mahkemesinin hiçbir ön şarta bağlı olmaksızın, münhasıran taraflardan biri tarafından tayin edilmesi, tarafsız yargılama ilkesi ile bağdaşmayacaktır: NOMER, (dn. 1) 561; KAPLAN, (dn. 14) 503; Türk Yargıtay'ının bu paraleldeki görüşü için bkz. YHGK, 09.06.1999, E. 19-468 ve K. 489, YKD. 2/2000, s.184.

<sup>38</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin, IPRG yürürlüğe girmeden önceki, tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin yorumu hakkında bkz. BG.14.11.1979 Tarihli ve BGE.105 Ia 247; daha sonraki yorumu için bkz. BG.18.8.1992 T. ve BGE.118 II 362; bu yorum, Federal Mahkeme'nin, baş hakemin ve taraflarca atanan diğer hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığının, artık giderek daha farklı anlaşılması gerektiği yönünde biçimlenmektedir. Bu bağlamda, onun yaklaşımının, giderek taraflarca atanan hakemlerden daha çok, hakem mahkemesinin başkanının tarafsız olması yönünde geliştiği söylenebilir.



## 2. Hakemlerin Ret Sebepleri Hakkında Açıklama Yapma Yükümlülüğü

İsviçre ve Alman tahkim hukukuna göre, hakemler taraflara özellikle bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda bir ret sebebi oluşturması muhtemel olaylar hakkında, bilgi vermek zorundadır<sup>39</sup>. Bu yükümlülük milletlerarası alanda genel kabul görmüş bazı kurumsal tahkim ve temel hukuk düzenlemelerinde de mevcuttur<sup>40</sup>. Örneğin, UNCITRAL Model Yasası'nın 12/1.m'si gereği, hakem olarak atanmak üzere kendisine başvurulmuş kişinin, bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin haklı şüpheler doğurabilecek her türlü durumu açıklamak yükümlülüğünde olduğu ve tahkim yargılamasının başlamasından itibaren bu konuda ortaya çıkabilecek her türlü durumu gecikmeksizin taraflara bildirmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Türk hukukunda da 4686 sayılı Kanun'un aynı yöndeki 7/C.m'si de aynen buradan iktibas edilmiştir. Bir hakem taraflardan birisi ile olan ve bağımlılık doğuran ilişkisini diğer taraflara açıklamıyorsa, bu durumun tarafların daha önceden kararlaştırdıkları veya uygulanması öngörülen hukuk sistemindeki açıklama yapmaya ilişkin kurallara aykırı olması halinde, bir usul ihlâli olduğu kabul edilmelidir<sup>41</sup>. Ancak, bu usul ihlâlinin, tenfiz aşamasında bir ret sebebi oluşturmaya yetip yetmeyeceği hususu, bundan ayrı olarak değerlendirilmelidir. Hakemin bu yükümlülü-

<sup>39</sup> BG.14.3.1985 Tarihli ve BGE.111 Ia 75 vd.; IPRG.180.m'si, gerçi hakemlere, kendilerinin taraflı oldukları kanısını uyandıracak bütün hususları, kendiliğinden beyan etmek sorumluluğunu yüklememektedir. Ancak bu yükümlülük, İsviçre Federal Mahkemesi'nin uygulamalarına göre, uygulanan usul düzeninden bağımsız olarak, iyi niyet ilkesinin gereği olup, ön sözleşmeye veya sözleşmeye yönelik bilgi verme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır: Bu konuda ayrıca bkz. BUCHER, A.: *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Basel/Frankfurt a. M. 1989, 70 vd.

Alman ZPO'nun 1036/1.m'si de, hakemlere, tayinlerinden itibaren, yargılamanın sonuçlandırılmasına kadar, kendilerinin bağımsızlık ve tarafsızlıkları konusunda, tarafları şüpheye düşürebilecek her türlü olayı, açıklama yükümlülüğünü, kaçınılmaz olarak getirmektedir: Bkz. THOMAS/PUTZO (dn. 12), § 1036/1.par.; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, (dn. 12), § 1036/2.par.

<sup>40</sup> Hakemlerin bu türlü ilişkilerini açıklama yükümlülüğü, tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesinin güvenceye alınmasının en temel koşulu olarak kabul edilmektedir. Bu yükümlülük yargılama süreci boyunca da devam edecektir: Bkz. SATMER, (dn. 3) 129.

<sup>41</sup> Bkz. NYS.V/1d.m.



ğü, tek başına milletlerarası özel hukukta geçerli olan kamu düzeninin bir parçası olarak kabul edilmemelidir<sup>42</sup>.

### 3. İspat Sorunu

İlgili tarafın, direkt olarak delil getirmesindeki güçlükler nedeniyle, taraflılık, yalnızca zorlukla ispat edilebilecek gizli bir durumdur<sup>43</sup>. Bu nedenle somut olayda, taraflılık görünümü veren ve taraflılığın varlığına dayanak oluşturabilecek olan somut emarelerin ispat edilmesi, yeterli kabul edilmelidir<sup>44</sup>. Yani, yalnızca objektif olarak bir hakemin taraflılığı ve bağımlılığına ilişkin veriler değil, bu konudaki mevcut haklı şüpheler de, onun hakemlikten alınması için yeterli olabilir<sup>45</sup>.

Taraflılığa ilişkin ret sebeplerine istinat etmek isteyen taraf, bunun varlığına karine oluşturabilecek olan objektif hususları, yeterli derecede ispat etmek zorundadır. Tenfiz hâkimi de, buna ilişkin kanaatini, ispatlanabilir ve açıklanabilir hususları göz önünde bulundurarak oluşturmak ve genel yaşam tecrübelerine ve olayın doğal seyrine göre, hakemin hüküm verme yeteneği ve karar verme kabiliyetine ilişkin olarak, beyan edilen hususların etkisini takdir etmek zorundadır.

### 4. Göz Önünde Bulundurulması Gerekli Olan Diğer Sorunlar

#### a) Hakemlerin Vatandaşlığı

Hakem mahkemesinin hakemlerinin, taraflardan birinin milliyeti dışında bir milliyete sahip olması, tek başına taraflılığın kabulü için ye-

<sup>42</sup> Tenfiz talebinin reddi bakımından bununla ilgili diğer şartlar ile açıklamalara, daha ilerde nedensellik ilişkisinin kurulması ile ilgili kısımda yer verilecektir.

<sup>43</sup> Bu nedenle, taraflılığın ispatı konusunda, çok sıkı koşullar konulmamalıdır: Bkz. BG.13.4.1989 Tarihli ve BGE. 115 V 263; BG.17.11.1987 Tarihli ve BGE. 113 Ia 409.

<sup>44</sup> Bkz. BG.20.12.1989 Tarihli ve BGE.115 Ia 403; BG.13.4.1989 Tarihli ve BGE. 115 V 263.

<sup>45</sup> REINER, (dn. 9) 58; ayrıca bkz. BG.18.8.1992 Tarihli ve BGE.118 II 361.



terli değildir<sup>46</sup>. Eğer uygulanması kararlaştırılan hukuk düzeninde, hakemin yerli olması zorunluluğu varsa ve taraflardan birinin yerli ve diğer tarafın yabancı olması söz konusu ise, bu durumda taraflılıktan bahsedilebilir.

Hakem mahkemesinin bu şekilde oluşturulması suretiyle, gerçi, yerli olan tarafı koruma ve hoşnut etme gibi bir eğilim görülmektedir; ancak, bu eğilime her iki taraf da, bu şekildeki bir usulî düzenlemeyi tercih ederek ve duruşma yerini kararlaştırmak suretiyle daha baştan itibaren onay vermişlerse, artık bunun kabul edilmesi düşünülebilecektir<sup>47</sup>. Bu şartlar çerçevesinde, kamu düzeninin ihlâl edildiğine ilişkin bir ret sebebinin artık kabul edilmemesi haklı ve adildir. Ancak, elde bir veya daha fazla hakemin taraflılığına ilişkin ek başka somut delillerin mevcut olması halinde<sup>48</sup>, hakem mahkemesince verilmiş olan kararın tenfizi isteminin reddini gerekli kılacak bir taraflılığın varlığına, evet denilebilecektir<sup>49</sup>. Bu noktada, tenfiz hâkimi, hakem mahkemesinin bağımsızlığını ve tarafsızlığını özellikle ve titizlikle kontrol etmelidir<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Bkz. BGH.7.12.1971 Tarihli ve IPRspr, 1971, N.158b; Hamburg Eyalet Mahkemesi'nin 17.12.1989 Tarihli ve RIW 35, 1989, 576'da yayınlanan Kararı; SCHWAB/WALTER, (dn. 8) 110.

<sup>47</sup> Bu konudaki tedirginlik ve tereddütlerden dolayı, hakem mahkemesinin, tarafların milliyetinde olmayan hakemlerden oluşturulması veya en azından hakem mahkemesinin başkanının kesinlikle taraflardan farklı bir milliyette olması konusunda görüşler mevcuttur: Bkz. HABSCHEID, W.J.; "Das Problem Der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte", NJW 15, 1962, 11 vd.; BLOCH, K.; "Die Anwendung der Vorbehalts-(Ordre public-) Klausel bei Vollstreckung ausländischer Schiedsurteile in der Schweiz", SJZ 56, 1960, 339 vd.

<sup>48</sup> Hakem mahkemesinin oluşumunun, tarafların sözleşmesine veya uygulanması gereken tahkim usulüne uygun olmaması halinde, NYS'nin V/1d.m'si gereği, tenfiz isteminin reddi gerekir.

<sup>49</sup> Bu tür durumlar, özellikle, hakem mahkemesinin, yabancı tarafın yargılamaya ilişkin haklarını, kararlaştırılan usul düzenine aykırı olacak biçimde ihlâl etmesi halinde ortaya çıkar: Bkz. BG.3.5.1967 Tarihli ve BGE.93 I 277; Basel Eyalet Yüksek Mahkemesi. 3.6.1971 Tarihli ve BJM, 1973, 199'da yayınlanan Kararı.

<sup>50</sup> BGH.26.6.1969 Tarihli ve BGHZ.52, 1970, 193.



Türk hukukunda, 4686 sayılı Kanun'un 7/B.m'siyle getirilen düzenleme gereği, tarafların hakem veya hakemlerin seçimi konusunda anlaşamamaları halinde hakemlerin asliye hukuk mahkemesi tarafından seçileceği belirtilmiştir. Asliye hukuk mahkemesi, hakem seçiminde öncelikle tarafların iradelerini, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmasını ve tarafların farklı tâbiyette olması halinde, tek hakem seçilecek ise bu hakemin tarafların tâbiyetinden olmamasını, üç hakem seçilecek ise, bunlardan ikisinin taraflardan birinin tâbiyetinden olmamasını dikkate alacaktır. Yani, bu düzenleme biçimi de, bir üstteki paragrafta bahsedilen yaklaşımla örtüşmektedir.

Ancak, belirtmek gerekir ki, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, bir hakem kararının tenfizi isteminin reddi konusunda, hakem mahkemesinde bulunmasında sakınca görülebilecek hakemlerin görev yapmış olmasının, tek başına bir hakem kararının reddini haklı kılmaya yetmeyeceğine ve böyle bir ihtimalin tek başına ilgili hakemin tarafsızlığının ispatı bakımından yeterli olmadığına ilişkin, uzun yıllardır süregelen kararları vardır<sup>51</sup>.

#### *b) Dava Sonucunun Hakemlerin Menfaatleri Üzerinde Etkili Olması*

Hakemlerden birinin, kendi menfaatleri açısından, yargılamanın sonucu ile direkt olarak ilgili olması halinde, onun tarafsız olduğuna hükmedilmeli ve bu bir tenfizin reddi sebebi sayılmalıdır. Zira bu durumda, hakemin kendi menfaatlerini ilgilendiren maddî vakalara ilişkin durumlarda, hakemlik yapamayacağına ilişkin olan ve kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilen yasaklılık kuralı ihlâl edilmiş olur<sup>52</sup>.

Taraflar daha ilk başta, böyle bir hakeme karşı itirazda bulunabilme haklarından vazgeçemezler. Zira, böyle bir vazgeçme, bir çok millî hukuklarda da kamu düzenine aykırı görülmüştür. Bu şekilde bir tenfizin reddi sebebi oluşturması söz konusu olan menfaate örnek olarak, bir şirkette, külliyetli miktarda hisse senedine sahip olan bir kimse- nin, o şirketi ilgilendiren bir uyuşmazlıkta, hakem olarak görev yap-

<sup>51</sup> Bu konuda, IPRG'nin 180/1.m'si gereği, hakemin tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartların bulunması zorunludur: KALPSÜZ, (dn. 28) 18.

<sup>52</sup> BG.14.3.1985 Tarihli ve BGE.111 Ia 74; SCHLOSSER, (dn. 4) 123 (*Unparteilichkeit*).



ması gösterilebilir<sup>53</sup>. Yine bir hakemin, taraflardan biri ile olan alacak ilişkisi de, taraflılık sebebi oluşturabilir<sup>54</sup>. Özellikle, bu alacak, hakem açısından külliyetli ve önemli bir ağırlığı haizse, taraflılığın olduğu düşünölmelidir. Zira, bu tarafın yargılamayı kaybetmesi halinde, diğer tarafın bir tazminat beklentisi olacak ve bu ihtimal, dolaylı olarak, hakemin kendi alacaklarını aynı kişiden tahsil edebilmesini zorlaştıracaktır.

*c) Uyuşmazlık Konusu Olayla Daha Önceden Mevcut Olan İlişki*

Bir hakemin yargılamadan daha önceki bir aşamada, taraflardan biriymiş gibi, uyuşmazlık konusu olay hakkında açıklamada bulunmuş olması halinde, artık ilgili uyuşmazlıkta hakem olarak görev yapamayacaktır. Bu yasağa rağmen onun yargılamaya hakem olarak etkide bulunmuş olması, bir tenfiz reddi sebebidir. Ancak, daha önceki teorik açıklamalar veya bir başka olayın gereği olarak yapılan açıklamalar, bir taraflılık göstergesi olarak kabul edilmez ve ret sebebi oluşturmaz<sup>55</sup>.

Bir kanun yolu makamının, hakem mahkemesinin kararını iptal etmesi ve yeni bir hakem kararı verilmek üzere, yeniden hakem mahkemesine geri göndermesi halinde, bu durum tek başına hakemlerin taraflılığı sonucuna varılması ve reddedilmeleri için yeterli sebep teşkil etmez<sup>56</sup>.

Aynı hakem mahkemesi tarafından, geçmişe de etki edecek şekilde verilen bir hakem kararı, tenfiz açısından bir ret sebebi teşkil etmez<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> SCHWAB/WALTER, (dn. 8) 109.

<sup>54</sup> SCHLOSSER, (dn. 4) 130, (*Unparteilichkeit*).

<sup>55</sup> SCHWAB/WALTER, (dn. 8) 110.

<sup>56</sup> Bkz. BG.24.9.1986 Tarihli ve BGE.112 Ia 344; THOMAS/PUTZO, (dn. 12) § 1059/19-21.par.; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN (dn. 12) ; § 1059/14,15.par.

<sup>57</sup> Alman hukukuna göre, hakemlerin tayini, reddi, tahkim sözleşmesinin feshi gibi konularda, ZPO'nun 1997 değişikliğinden önceki 1045.m'si ile, sulh hukuk mahkemesi (*Amtsgericht*) veya asliye hukuk mahkemesi (*Landgericht*) yetkili olarak belirlenmiş iken, değişiklikten sonraki ZPO'nun 1062.m'si, yetkili mahkemeyi, istinaf mahkemesi veya başka bir deyişle eyalet yüksek mahkemesi (*Oberlandesgericht*) olarak belirlemiştir. Onun karar-



*d) Hakemlerin Yargılama Sırasındaki Davranış ve İlişkileri*

Bir hakemin, taraflardan birinin başvurusunu reddetmesi veya yargılama esnasında bir tarafın aleyhine olabilecek hukukî noktaları açıklaması halinde, bu açıklamalar yanlış olsa bile, taraflılık endişesi oluşturmaz. Yargılama usulüne ilişkin hatalar, hakem kararının iptaline yol açacak veya tenfiz isteminden kaçınılacak derecede ağır olsa bile, tek başlarına taraflılığın kabulü için yeterli değildir. Yargılama sürecindeki hatalı davranış, eğer hakemin daha önce bulunduğu konum itibarıyla, taraflardan biri lehine yaptığı açık bir beyana dayanıyor ise veya hakemin karşı taraftan hediye kabul etmesi veya hakemle onu seçen taraf arasında bir iş arkadaşlığının bulunması gibi, hakemin yükümlülüklerini yerine getirmediğine ilişkin veriler varsa, bunların taraflılığa ilişkin emareler olduğu kabul edilebilecektir<sup>58</sup>. Bu hataların bariz olması ve üst üste bir kaç defa tekrar etmesi de, bu kabulü kuvvetlendirir<sup>59</sup>.

Burada zor olan şey, taraflardan biri tarafından seçilmiş bir hakem ile onu seçen taraf arasında, yargılamanın hangi aşamasında taraflılığın baş gösterdiğidir. İlgili tarafla hakem arasında, bu şekilde, herhangi bir hukukî müeyyide gerektirmeyecek bir ilişkinin varlığı, ilgili tarafa, usule ilişkin bir takım avantajlar sağlaması halinde, mevcut kabul edilmelidir. Baş hakem veya münferit olarak hakemlerden biri ile taraflardan biri arasında varlığı belirlenen bu ilişki, taraflılık endişesinin haklılığı konusunda yeterlidir<sup>60</sup>.

Nihayet, bir hakem ile, taraflılığı nedeniyle daha önce azledilmiş olan başka bir hakem arasındaki yoğun ilişkiler de, taraflılık konusunda, haklı bir endişe sebebi oluşturabilir<sup>61</sup>.

Bir hakem ile, taraflardan biri veya tahkim yargılaması bakımından önemli olan tanıklardan biri arasındaki kişisel ilişkiler, yalnızca, iliş-

---

larına karşı, kanun yolu ile gidilebilecek makam ise, ZPO'nun 1065.m'si ile, Alman Federal Mahkemesi olarak belirlenmiştir.

<sup>58</sup> BG.18.8.1992 Tarihli ve BGE.118 II 362; BG.20.12.1989 Tarihli ve BGE.115 Ia 404.

<sup>59</sup> Bkz. BG.7.12.1982 Tarihli ve SJ 105, 1983, 543'te yayınlanan Kararı.

<sup>60</sup> SATMER, (dn. 3) 134.

<sup>61</sup> BG.18.8.1992 Tarihli ve BGE. 118 II 362.



kinin sürekli ve çok sıkı olması halinde, taraflılık izlenimi oluşturur<sup>62</sup>.

Hakem ile taraflardan birinin hukukî temsilcisi arasında, sosyal veya hukukî ilişkiler mevcutsa; bu hakemin taraflı olduğuna hükmedilebilmesinden önce, mevcut ilişkilerin son derece yoğun olduğunun ve ağırlıklı olduklarının kabul edilebilmesi ve ayrıca aynı meslek grubu içinde olmanın getirdiği mutata ve profesyonel ilişkileri de aşan nite-likte olması aranmalıdır. Eğer bu ilişkiler, ancak, bir takım mevcut ekonomik veya belirgin başka bir takım şartlardan dolayı oluşmuşsa, yabancı bir hakem kararının tanınması ve tenfizi açısından, objektif olarak taraflılık endişesine neden olması mümkündür<sup>63</sup>.

Yine, hakem ile taraflardan biri veya onun hukukî temsilcisi arasındaki bir takım geçimsizlikler veya husumet, taraflılığa neden olabilir<sup>64</sup>. Eğer bu geçimsizlik, belirli somut olaylar dolayısıyla, mantıklı bir gözlemcinin gözüyle, uyuşmazlığa ilişkin objektif bir kararın verilmesini tehlikeye düşürecek kadar kuvvetli ise, taraflılığın varlığının kabulü gerekir<sup>65</sup>.

#### *e) Kurumsal Tahkimin Yapısından Kaynaklanan Bazı Özellikler*

Tanıma ve tenfize ilişkin bazı problemler, kurumlar tarafından yönlendirilen hakem mahkemelerince verilmiş olan hakem kararlarında ortaya çıkabilecektir. Bu kurumsal hakem mahkemeleri, yalnız kurum hukukunu vazettikleri veya üyesi olmayanların taraf oldukları uyuşmazlıklarda da hüküm verdikleri<sup>66</sup> ve şahıslar karşısında, kurum menfaatlerini gözetmedikleri ölçüde sakıncalı değildir. Buradaki

<sup>62</sup> Bkz. BG.7.12.1982 Tarihli ve SJ 105, 1983, 544.

<sup>63</sup> SATMER, (dn. 3) 135.

<sup>64</sup> SCHWAB/WALTER, (dn. 8) 109 vd.

<sup>65</sup> Hakemlerin antipatik ve aleyhe davranışlarının açıkça düşmanlık ifade edecek derecede yoğun olması gerekir. Zira, hakemlerden beklenen, hislerini bir tarafın lehine veya aleyhine karar vermelerine neden olmayacak şekilde bastırmaları ve bu konuda dirayetli olmalarıdır: Bkz. BG.7.12.1982 Tarihli ve SJ 105, 1983, 544'te yayınlanan Kararı

<sup>66</sup> BG.11.11.1981 Tarihli ve BGE.107 Ia 158 vd.; ayrıca bkz. Hamburg Eyalet Mahkemesi'nin 23.9.1982 Tarihli ve KTS 44, 1983, 499'da yayınlanan Kararı.



asıl problemler, kuruma üyelikleri olmayan şahısların, şekli olarak düzenlenmiş sözleşmelerin standartlaştırılmış kayıtları ile bir uyuşmazlığın doğumundan önce bağlı kılınmaları durumunda<sup>67</sup> ve kurumsal hakem mahkemesinde görev yapacak hakemlerin, kurumun belirlemiş olduğu ve kendi elemanlarının yer aldığı liste içerisinde seçilmek zorunda olduğu durumlarda ortaya çıkar<sup>68</sup>.

Bu tür bir düzenleme, bir üye ile, üye olmayan bir kişi arasındaki bir uyuşmazlığın giderilmesinde, üye olmayan tarafın dezavantajlı konuma sokulacağı şeklinde yorumlanabilir<sup>69</sup>. Eğer ilgili kurumun düzenlemelerinde, öncelikle kendi üyelerinin menfaatlerinin korunacağına ilişkin herhangi bir kayıt varsa, kuruma üye olmayan kişinin nazırında, objektif olarak, diğer tarafın korunduğuna ilişkin bir endişenin oluşması doğaldır<sup>70</sup>. Bu durum, tanıma ve tenfiz aşamasında dahi, dikkate alınması gerekli hukukî sonuçlar doğurabilecektir. Böylece, taraflılık izlenimi uyandıran koşulların oluşmuş olması halinde, bu şekilde verilmiş bir hakem kararının tenfizi konusunda, bir ret sebebinin varlığı kabul edilebilecektir.

Kurumsal hakem mahkemesinin, çoğunlukla veya tamamen kuruma üye olanlardan oluşturulması halinde<sup>71</sup>, aynı taraflılık izleniminin uyanması, bir üye ile kurum veya bir kurum ile diğer bir kurum arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesinde de söz konusu olabilecektir<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> Bir tahkim sözleşmesinin yapılmasındaki ve bir kurumsal hakem mahkemesine gidilmesindeki temel amaç, büyük ölçüde kurumun menfaatlerinin korunması ise, burada bir uyuşmazlık doğacaktır: Bkz. Münih Eyalet Mahkemesi'nin 1.8.1984 Tarihli ve KTS 46, 1985, 156 vd.

<sup>68</sup> HABSCHEID, (dn. 47) 11; ayrıca bkz. BG.11.11.1981 Tarihli ve BGE.107 Ia 160.

<sup>69</sup> SATMER, (dn. 3) 136.

<sup>70</sup> BARTOS, H.: *Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Verfahrensprinzipien*, Frankfurt 1984, 141 vd.,152; RÜEDE, T./HADENFELDT, R.: *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2.A., Zürich 1993, 110.

<sup>71</sup> BG.10.8.1971 Tarihli ve BGE. 97 I 489'da yer alan karara göre, İsviçre meyve kurumunun hakem mahkemesi, kurumun statüsüne göre, bu kurumun bir organıdır. Bu nedenle onun oluşumunun, kurum üyesi olan otuz kişi arasından seçilerek yapılması, tarafsız bir hakem kararı verilmesi bakımından uygun değildir.

<sup>72</sup> IPRG'nin 190/2a.m'sine göre, hakem mahkemesinin usulü dairesinde tayin



Ticaret odalarının bünyelerinde oluşturulmuş hakem mahkemelerinde ve diğer ekonomik oluşumlardaki mevcut hakem mahkemelerinde; bu mahkemelerin kurum politikaları ile ilgili menfaatlere tâbi kılınmamış, aksine, uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde, uzmanlar tarafından çözümlenmesi amacıyla kurdurulmuş olmaları halinde, kural olarak bu türlü kaygılar ortaya çıkmaz<sup>73</sup>.

Kurumsal tahkim ile ilgili bu bağlamdaki diğer bir sorun olarak, ilgili tarafın, hakemlerden birinin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin aykırılık nedeniyle kontrole yetkili makama itirazda bulunması ve bu makamında yapılan itirazı gerekçe göstermeksizin reddetmesi halinde; ilgili tarafın, bu durumu tenfiz yargılamasında yeniden gündeme getirip getiremeyeceği akla gelebilir. Bu konuda öncelikle, kontrole yetkili makamın kararının, tenfiz hâkimini bağlamayacağı belirtilmelidir<sup>74</sup>. Eğer, New York Sözleşmesi tarafından hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin getirilen ölçütler daha sıkı bir düzenleme getirmemişse ve buna rağmen kontrole yetkili makam, tahkim yerinde geçerli olan usulî düzenlemeleri ve bu doğrultudaki mevcut ret sebeplerini tatbik etmişse, tenfiz hâkimi bu kararı tenfiz etmeyebilir. Kontrole yetkili makamın, hakem mahkemesinin kararını, bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin kurallar bakımından uygun görmemesi halinde, buna ilişkin serbestçe yapılacak bir kontrole her halde katlanılmalıdır. Bu bağlamda, bir kurumsal tahkim olayında, kontrole yetkili makamın, o kuruma üye olmayan bir kişinin hakemin reddi talebini reddetmesi, ret sebebinin nihaî olarak sonuca bağlandığı anlamına gelmez<sup>75</sup>.

---

veya teşekkül etmemiş olması, bir iptal sebebidir. Yalnız bu talep, kararın verilmesinden evvel ve IPRG'nin 180.m'sine göre, hakemin reddinin talep edilmesi koşuluyla yapılabilecektir: Bkz. KALPSÜZ, (dn. 28) 41.

<sup>73</sup> BG.25.1.1967 Tarihli ve BGE.93 I 58.

<sup>74</sup> BUCHER, A., 156; SCHLOSSER, P.: *Das Recht der Internationalen Privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2.A., Tübingen 1989, 607.

<sup>75</sup> BARTOS, (dn. 70) 141 vd.; RÜEDE/HADENFELDT, (dn. 70) 110; bu noktada kömür, çelik gibi bazı büyük hammadde kartellerinin, kurumsal tahkim yolu ile bazı uyuşmazlıkların giderilmesini tercih ettiklerini ve bu etki altında oluşan hakem mahkemelerinin, bazı sendika menfaatlerini göz ardı ederek taraflı tutum sergileyebildiklerini belirtmekte yarar vardır.



## V. Bağımsızlık ve Tarafsızlığa İlişkin Usul İhlâlinin Tenfiz Aşamasında Etki Doğurmasına İlişkin Temel Şartlar

### 1. Bu Usul İhlâli ile Hakem Kararı Arasındaki Nedensellik İlişkisinin Varlığı

#### a) Kural Olarak

Hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin usul ihlâllerinin, yargılamanın sonucunu etkileyeceği konusunda belirgin bir anlayış vardır. Taraflı bir kişi, hakem olarak atanmış, tahkim yargılamasına katılmış ve onun taraflılığı, bu tenfizin reddi sebebine istinat eden tarafı olumsuz yönde etkilemişse, prensip olarak, bu ihlâlin yargılamanın gidişatında etkili olduğuna, başka bir delile gerek olmaksızın evet demek gerekir. Burada, taraflılık ile hatalı hakem kararı arasındaki nedensellik ilişkisinin oluşup oluşmadığı noktasında, hakemin, hakem kararının verilmesine vesile olan duruşma ve müzakerelere bizzat katılmış olup olmadığına bakılması ve katılmış olması halinde, nedensellik ilişkisinin kurulduğuna hükmedilmesi gerekir. Eğer üç kişilik hakem mahkemesinde, yalnızca hakemlerden biri taraflı ise ve hakem kararı oy birliği ile verilmişse, buna ilişkin usul ihlâlinin hakem kararını etkilemesi ihtimali bulunduğundan, nedensellik ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir<sup>76</sup>.

Ancak, her usul ihlâlinin, hakem veya hakemlerin taraflı olmasından kaynaklandığı konusunda bir karine oluşturması da söz konusu olmaz. Bir usul ihlâlinin tenfiz aşamasında ret sebebi oluşturması, ancak, bu reddi haklı kılabilen derecede, ağır bir hukukî sebebin mevcudiyeti halinde söz konusu olabilir. Bu nedenle, ikincil derecede önemli olan ve ilk bakışta hakemin reddini gerektirmeyecek konuların açıklanmamış olması halinde, bir tenfizin reddi sebebi ortaya çıkmaz. Ancak, ilgili usul düzenlemeleri, bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda, hakemi çoğunlukla yalnız ağır ve ret sebebi oluşturabilecek nitelikteki usul ihlâllerini açıklamak yükümlülüğü ile yetinmeyip; hakemlerin bağımsızlığına ilişkin şüphe uyandırabilecek, diğer konuları da açıklamakla yükümlü kılabilir. Bu açıklama resmî olarak yapılmadığı takdirde, ilgili hukukî düzenlemeye aykırılık nedeniyle, bir

<sup>76</sup> SATMER, (dn. 3) 138.



hakem kararının iptali söz konusu olabilecektir. Ancak, böyle bir hakemin varlığına rağmen, verilen hakem kararının doğruluğu söz konusu ise, hakem kararının tanınması ve tenfizinden kaçınılması haklı görülemez<sup>77</sup>. Zira, burada gerekli açıklamayı yapma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, yargılamanın sonucunu olumsuz olarak etkilemediği için, gerekli nedensellik ilişkisinin kurulduğu söylene-  
mez<sup>78</sup>.

#### *b) Yargılamanın Tamamlanmasından Önce Taraflı Hakemin Değiştirilmesi*

Taraflı olan bir hakemin, yalnızca yargılamanın başlangıcında bulunmuş olması ve daha sonra tarafsız bir hakem ile değiştirilmiş olması halinde, hukukî durum farklılık arz eder. Bu durumda, hakemlerin uyuşmazlığa ilişkin kanaatlerinin oluşumunda etkili olan, yargılamanın belirli aşamalarının yeniden yapılması halinde, nedensellik ilişkisi kurulmuş sayılmaz. Bu nedenle, yeni seçilen hakem, örneğin önemli tanıkları yeniden bizzat dinleyebilir; boşluk olan konularda kendi uzman bilgisine başvurabilir veya kararın verilmesindeki önemi ölçüsünde başka tetkik ve incelemelerde bulunabilir. Yeniden icrasına gerek görmediği konularda ise, usule ilişkin bütün aşamaların tekrarı zorunlu değildir<sup>79</sup>. Sonuçta, yeni belirlenen hakem, kendi oyunu, ha-

<sup>77</sup> Amerikan Federal Mahkemesi, 9.6.1981 tarihli bir kararında, böyle bir iç hakem kararının, Amerikan mahkemesi tarafından tenfiz edilmesini uygun bulmuştur. Bu olayda, hakemlerden birinin daha önceden başka bir meseleyle ilgili olarak, taraflardan birine avukatlık yaptığı ve bu ilişkisini açıklamadığı gerekçesiyle, verilen hakem kararının, ilgili hakemin taraflılığı nedeniyle iptal edilmesi talebinde bulunulmuştur. Burada, hakemin ilgili açıklamayı yapma yükümlülüğü, mahkeme tarafından esaslı bir kural olarak görülmesine rağmen, bunun yapılmaması, somut olay bakımından ağır olmayan bir usul hatası olarak değerlendirilmiştir. Zira, karar, hakemlerin oy birliği ile verilmiş ve itiraz eden tarafça atanan hakem dahi bu görüşe katılmıştır: Karar için bkz. SATMER, (dn. 3) 130, dn.107.

<sup>78</sup> Hakemlerin bu açıklama yükümlülüğünü yerine getirmeleri gerektiğini düzenleyen bir ülkede, verilen bu türlü bir hakem kararı, o ülkede bu konuda geçerli olan kanun yolunun kullanılması suretiyle iptal ettirilebilir: Bkz. SCHLOSSER, (dn. 4) (*Unparteilichkeit*), 121 vd.

<sup>79</sup> Örneğin, BG.22.7.1991 Tarihli ve Pr.82, 1993, N.7, 88'de yayınlanan kararda, İsviçre Federal Mahkemesi, davacıyı yeniden dinlemeksizin, hakem mahkemesinin yeniden oluşturulmasına karar vermiştir.



kem mahkemesinin usule ilişkin mevcut düzenlemesi çerçevesinde bildirir.

Yeni hakem, olaya ilişkin gerekli bilgileri edindikten sonra, zorunlu usul muamelelerinin yeniden tekrarlanmasını talep ederse, bu talep dikkate alınmak zorundadır. Zira, o ana kadar heyet içinde bulunan taraflı hakemin, hakem kararının sonucunu etkilemiş olması ihtimali göz ardı edilemez. Böyle bir ihtimalin varlığı halinde, yargılamanın yazılı olarak yapılması gerekli olan bölümü, istisnaî olarak yeniden yapılabilir. Yargılamanın sözlü kısmında herhangi bir fark olmayacaksa veya söz konusu bir farklılık, kararı temelinden etkileyecek ağırlıkta değilse, yeniden ele alınmak zorunda değildir<sup>80</sup>.

Şayet, taraflı olan hakem, hakem kararının verilmesinden önce değiştirilmişse ve fakat, yargılama sürecindeki önemli merhaleler, yeni hakemin herhangi bir etkisi olmaksızın icra edildilerse, hakem kararının içinde bir ret sebebi barındırdığına ilişkin bir olasılık daima mevcuttur. Ancak, bu konudaki nedensellik ilişkisinin devre dışı bırakılabilmesi halinde, hakem kararının tenfizi mümkün olabilir. Ancak, bu aşamada, tarafların yargılamaya ilişkin belirli aşamaların tekrar gerçekleştirilmesinden vazgeçmeleri de mümkündür.

Bir hakemin yargılamayı sürüncemede bırakmak amacıyla hakemlikten çekilmesi söz konusu ise ve yargılamaya bu nedenle devam edilemiyor ise, bu durumda, hakemin büyük bir olasılıkla gecikmede yararı olan taraf lehine taraflılık gösterdiği çıkarımında bulunulabilecektir. Zira, buradaki davranış, diğer taraf aleyhine, herhangi bir olumsuz etki yapmamaktadır<sup>81</sup>. Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/F.m'si ile de bu tür durumların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu maddede, öncelikle, bir hakemin hukukî veya fiilî sebeplerle görevini hiç veya zamanında yerine getirmemesi halinde, hakemlik yetkisinin, hakemin çekilmesi ile veya tarafların anlaşması ile sona ereceği belirtilmiştir. Hemen ifade etmek gerekir ki, taraflı olan hakem, kararı sürüncemede bırakmak amacıyla, kendiliğinden hakemlikten çekileyecektir. Kararın sürüncemede kalmasını isteyen tarafın da, diğer tarafla herhangi bir anlaşmaya varması beklenemez. İşte bu nedenle, isabetli olarak, söz konusu Kanun'un 7/F.m'sinin devamında, hakemin yetkisinin sona erdirilmesi konusunda herhangi bir anlaşmazlı-

<sup>80</sup> REINER, (dn. 9) 217.



ğın olması halinde, taraflardan birinin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından verilecek kararın kesin olacağı hükmü getirilmiştir.

## 2. Hakemin Reddini Talep Etme Hakkının Düşmesi

İlgili taraf, hakemin reddini gerekli kılacak bazı sebepleri öğrenmiş veya buna ilişkin uyarıcı nitelikteki bazı emareler hakkında bilgi sahibi olmuşsa, derhal bu hakemin yargılamadaki aktif konumuna itiraz etmek ve onu reddetmek zorundadır. Bu ret isteminin zamanında yapılıp yapılmadığı meselesi, hakemin taraflı oluşunun ve bu konunun somut olarak tespit edilmesi için vaktinde gerekli özenin gösterildiğinin ispatı bakımından çok önemlidir<sup>82</sup>. Ancak, ilgili tarafın, kural olarak hakeme güvenebileceği ve duyduğu her şey için hakem aleyhine itirazda bulunmak zorunda olmadığı da gözden uzak tutulmamalıdır<sup>83</sup>.

Hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin ret sebeplerini öğrendikten sonra bu sebeplerin ortadan kaldırılmasını belirli süreler içinde talep etmeyen ve gerekli itirazda bulunmayan kişi, artık bu hakkını kaybeder. Buna ilişkin öncelikli koşul ise, ilgili tarafın, yargılamaya katılmış olması veya en azından tahkim yargılaması sürecinin başladığı konusunda, usule uygun şekilde haberdar edildiğinin söylenebilmesidir<sup>84</sup>. Tenfiz davalısı, hakemlerin taraflı olduklarına ilişkin olarak, itirazda bulunmayı ihmal etmişse, tenfiz yargılamasında yalnız çok ekstrem hallerde, bu nedenden dolayı tanıma ve tenfiz isteminin reddini talep edebilecektir<sup>85</sup>. Özellikle, tahkimin tâbi olduğu usul

81 SATMER, (dn. 3) 140.

82 BG.14.3.1985 Tarihli ve BGE. 111 Ia 75; THOMAS/PUTZO, (dn. 12) § 1036/4. paragraf; § 1037/2.paragraf; MUSIELAK (dn. 12) , § 1036/2.paragraf; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN (dn. 12), § 1037/4.paragraf.

83 BG.13.4.1989 Tarihli ve BGE.115 V 263.

84 SCHLOSSER, (dn. 4) 616.

85 ZPO'nun 1037.m'sine göre, taraflardan birinin, bir hakemin taraflı tutumu nedeniyle reddini talep edebilmesi için, kendisi tarafından bilinmekte olan ret sebeplerini henüz yargılama aşamasında beyan etmesi veya dilekçe ile ret isteminde bulunmuş olması gerekir: Bu konuda, daha önceki benzer yaklaşımlar için bkz. SCHWAB/WALTER, (dn. 8) 112; STEIN/JONAS, (dn. 22) § 1032/32.paragraf.



düzeni, örneğin, ret isteminde bulunulması veya hakemlerin taraflılığına ilişkin itirazda bulunulması zorunluluğu gibi konularda, belirli bir süre öngörmekte ise, bu sürenin geçirilmesi, esas olarak, tenfiz yargılamasında bu nedenle tenfizin reddi talebinde bulunulmasına ilişkin hakkın düşmesine neden olabilecektir<sup>86</sup>. İlgili taraf, bunun kendisinden beklenilebilmesi uygun olduğu ölçüde, hakemin reddini talep etme hakkını, yargılamanın devamı süreci içinde dahi kullanabilmelidir<sup>87</sup>. Aksi takdirde, buna ilişkin hakkının düşmesi kaçınılmaz olacaktır.

Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/D.m'si gereği, taraflar hakemin reddi usulünü serbestçe kararlaştırabilir. Hakemi reddetmek isteyen taraf, hakemin veya hakem kurulunun seçiminden ya da kendisi açısından hakemin reddini gerekli kılan bir durumun varlığını öğrendiği tarihten itibaren otuz gün içinde hakem mahkemesine ret isteminde bulunmak ve bu talebini karşı tarafa da yazılı olarak bildirmek zorundadır. Ret isteminin kabul edilmediğini öğrenmesi halinde, ilgili taraf bu karara karşı asliye hukuk mahkemesine başvuruda bulunarak bu kararın kaldırılmasını ve hakem veya hakemlerin reddine karar verilmesini talep edebilecektir. Buradaki talep süresi de yine öğrenme tarihinden itibaren otuz gün olarak belirlenmiştir. Seçilen hakemin veya hakem kurulunun tümünün veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddinin talep edilmesi ise, direkt olarak asliye hukuk mahkemesinden istenilecektir.

<sup>86</sup> Nitekim, ZPO'nun 1027.m'si, kanunun emredici hükümleri dışında, kanun hükümlerine veya tarafların aralarında kararlaştırdıkları kurallara uyulmaması halinde, diğer tarafın buna derhal itiraz etmesi gerektiğini muhtevindir. Aksi takdirde bu eksiklik bir daha ileri sürülemezdir. Bkz. YILMAZ, (dn. 13) 155; NOMER/EKŞİ/GELGEL, (dn. 36) 27; LASCHET, F.F.; "Die Ablehnung von Schiedsrichtern in internationalen Schiedsverfahren", KTS, 1985/2, 233. BUCHER, A., 127; THOMAS/PUTZO, (dn. 12) § 1027/4, 1037/9.paragraf; MUSIELAK, (dn. 12) § 1027/2, 1037/2,3.paragraf; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, (dn. 12) § 1027/4,5.paragraf, ayrıca bkz. BG.13.4.1989 Tarihli ve BGE.115 V 262.

<sup>87</sup> Örneğin, tahkim sözleşmesinde gidilebilmesi öngörülen üst derece hakem mahkemesine gidilmemesi halinde, artık tenfiz yargılamasında hakemlerin bağımsızlığı ile ilgili olarak, herhangi bir itirazda bulunulması mümkün olmayacaktır. Zira, kararlaştırılan üst derece hakem mahkemesine gidilmemesi, tarafların bu yolla kullanabilecekleri haklarını kullanmaktan vazgeçtikleri anlamına gelir: Bu konuda bkz. STEIN/JONAS, (dn. 22) § 1034/10.paragraf.



Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'na esas itibariyle UNCITRAL Model Yasası'nın 13.m'sinden iktibas edilerek dahil edilen bu düzenlemenin tek farkı, ilk durumdaki otuz günlük sürenin UNCITRAL düzenlemesinde on beş gün olarak yer almasıdır. Fakat sonuç olarak hedeflenen amaç, taraflara hakemin reddi konusunda sınırsız süre tanınmamasıdır.

*a) Hakemlerden Birinin Kendini Seçen Tarafça Reddedilmesi Halinde*

Taraflardan biri, kendisi tarafından seçilmiş veya önerilmiş bir hakemi, yalnızca atama anında bilmediği hususlardan dolayı reddedebilir<sup>88</sup>. Daha önceden bildiği veya biraz daha dikkatli olmakla öğrenebileceği nedenlerden dolayı ret isteminde bulunulamaz. Usul menfaatleri ve de ret hakkının kötüye kullanılarak ileri sürülebilmesi tehlikesi, atayanın kendi hakemini reddedebilmesi konusunda sıkı gereklilik şartlarının konulmasını gerekli kılmıştır. Ayrıca, bir tarafın kendisinin atadığı bir hakemi, daha sonra reddetmek istemesi, onun itiraz ettiği niteliğini daha baştan itibaren bilmesi halinde haksız ve mantıksız olacaktır. Böyle bir haksızlığı ise, kabul etmek mümkün değildir<sup>89</sup>.

Bu noktada Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun UNCITRAL Model Yasası'ndan farklı olarak yer vermediği tek husus, UNCITRAL Model Yasası'nın 12/2.m'sinin, taraflardan birinin kendi atadığı veya tayinine katıldığı bir hakemi, ancak tayininin yapıldığı tarihten sonra öğrendiği nedenlerle reddedebileceğini düzenleyen son cümlesidir. Bu hükmün daha önce Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü'nün hazırladığı her üç taslakta da yer almasına rağmen, daha sonra Kanun metninden çıkarılmasının kanaatimce son derece isabetsiz olduğunu bir kere daha ifade etmek istiyorum<sup>90</sup>.

*b) Hakem veya Hakemlerin Tahkim Sözleşmesiyle Belirlenmiş Olması Halinde*

Eğer taraflar, henüz herhangi bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasından

<sup>88</sup> BARTOS, (dn. 70) 121.

<sup>89</sup> SATMER, (dn. 3) 142.

<sup>90</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için, yukarıda "Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesinin Görünüm Biçimleri ve Etkileri" başlığı altındaki açıklamalara bkz.



önceki bir dönemde, aralarında yapmış oldukları tahkim sözleşmesinde, ortak olarak bir hakem belirlemişlerse, bu hakemin taraflı olması halinde, biraz farklı bir durum ortaya çıkacaktır. Burada, taraflılığa mesnet teşkil eden olaylar, taraflar için hakem sözleşmesinin yapılmasından sonra ortaya çıkmışsa, ilgili tarafın hakemin taraflı olduğundan bahisle, onun reddini isteyebilecek olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bir tahkim kaydı, tahkim sözleşmesinde, genellikle yalnızca, kısaca tartışılan bir talî nokta olarak dikkate alınmaktadır. Ana sözleşmenin yerine getirilmesindeki önem nedeniyle, tahkim şartları çoğunlukla hiç dikkate değer bulunmaz. Örneğin Türk uygulamasında, sık olarak, “işbu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözümlenecektir, hakemlerin uyuşmazlığı çözememesi halinde, uyuşmazlık mahkemede çözümlenecektir” şeklinde kayıtlar yer almaktadır. Türk Yargıtay’ına göre bu tür kayıtlar geçersizdir. Söz konusu tahkim kaydının açık ve şüpheye yer vermeyecek bir tahkim iradesi içermesi gerekli görülmüştür<sup>91</sup>.

Tahkim sözleşmesi ile belirlenen hakem veya hakemlerin taraflı olması konusunda, henüz uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önceki bir zamanda üzerinde fazlaca durulmadan belirlenmiş hakemlerin, taraflı olabileceklerinin taraflarca düşünülebilmesi beklenilmemelidir. Bu durumda ilgili tarafın, taraflılığa ilişkin itirazda bulunma hakkının düştüğünün kabulü, ancak, onun baştan itibaren bunu bildiğinin veya bilebilecek durumda olduğunun ispatı halinde mümkündür<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Türk Yargıtay’ı 25.12.1998 Tarihli bir kararında, taraflar, sözleşmeden doğan uyuşmazlığın Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurumunca çözümleneceğini, ayrıca Moskova Ticaret Odası’nın da yetkili olduğunu ve tahkim kurumunu seçme hakkının iddia sahibine ait olduğunu kararlaştırmışlardır. Yargıtay 19.HD de, söz konusu tahkim şartında, uyuşmazlığın tahkim yolu ile giderilmesi konusunda taraf iradelerinde herhangi bir çelişki olmadığı ve böyle bir seçim hakkının, tahkim şartını geçersiz hale getirmeyeceği görüşüne varmıştır.

<sup>92</sup> SATMER, (dn. 3) 142.