

## HAKEMLERE İTİRAZLAR: TARAFSIZLIK ve BAĞIMSIZLIK KOŞULLARI

*Rechtsanwalt Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln*

Tahkim ile ilgili çoğu kurumsal ve ulusal kural<sup>1</sup> ister taraflarca ortak hakem olarak atansın isterse başkan olarak seçilsin, hakemlerin “itirazı” için usuller belirlemektedir. İlgili kurallara dayanarak, bir hakeme “itiraz” son yıllarda daha da yerinde olmaktadır. Bağımsızlık ve tarafsızlık koşulunun, adaleti sağlamak ve taraflara adil bir duruşma sunmak için önemli olduğuna şüphe yoktur. “Özel hukuk uygulanması” ile adaletin yönetilmesi ve ulusal ve uluslararası tahkimin ünü tehlikededir. Önde gelen uluslararası hakemlerden Gary Born, Uluslararası Ticaret Odası istatistikleri 2000 ile 2004 yılları arasında 140 “itiraz”da bulunulduğunu bildirmektedir<sup>2</sup>. Bu sayı, (bilinmeyen) toplam tahkim davası sayısına kıyasla küçük görünebilir, ancak kurul tarafından haksız olması nedeniyle hemen reddedilmeyen her türlü “itiraz”, olağan mahkeme davalarıyla kıyaslandığında tahkim davalarının etkinlik ve hızı için zararlı olduğundan fazla bir “itiraz”dır.

Bu konunun uluslararası ölçekteki genel önemi dikkate alınmadan, bu yazı asıl olarak Alman yasaları<sup>3</sup> kapsamında hakemlere “itirazlar” ile ilgili konulara odaklanacaktır. Ancak bu, Alman Tahkim Yasası’nın<sup>4</sup> UNCITRAL Modeli Kuralları’na uygun olarak düzenlenmesi nedeniyle, hiçbir şekilde tek

---

<sup>1</sup> Kapsamlı bir analiz için bkz. Born, *International Commercial Arbitration*, 3<sup>rd</sup> edi. Austin/Boston/Chicago/New York/The Netherlands, 2009, s. 1464 sequ.

<sup>2</sup> Born age. s. 1553, ayrıca diğer kurumların “benzer deneyimleri bildirdiğini”, bunun yalnızca az sayıda dava ile ilgili olduğunu belirtmektedir, age.

<sup>3</sup> Bkz. Lachmann, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, Köln 1998 Note 307sequ.; Kreindler/Schäfer/Wolff, *Schiedsgerichtsbarkeit - Kompendium für die Praxis*, Frankfurt 2006 Note 521 sequ.; Schwab/Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7th edi. Münih 2005 Chap. 14 Note 5 sequ.

<sup>4</sup> Madde 1025 sequ. Daha fazla bilgi için bkz. Zöllner/Geimer, *German Law on Civil Procedure (Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu) (ZPO)*, 27th edi. Köln 2008, age.

tarafli bir yaklaşıml olmayacaktır. Bu nedenle, bu konudaki Alman yasaları çağdaş uluslararası standartları yansıtmakta ve hakemin genel tarafsızlık ve bağımsızlık ilkeleri ile hakeme yapılacak olası "itirazlar"ı kapsayan Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (ZPO)<sup>5</sup> ilgili 1036 ve 1037 sayılı maddeleri de ilgili UNCITRAL Modeli Kuralları'na<sup>6</sup> dayandırılmıştır. Bu nedenle, ayrıntıların görüşülmesi sırasında daha genel ve hatta daha belirli uluslararası zemin bulunmaktadır.

### 1. Koşullar: Bağımsızlık ve Tarafsızlık

Tarafların yalnızca dava sürecinde kendilerinin çıkarlarını mümkün olan en iyi şekilde koruyacağına inandıkları hakemleri ataması genel uygulama olarak görülmektedir<sup>7</sup>. Birçok davada, hakemin uygun, yeterli deneyime sahip ve kendisini atamak isteyen tarafın yasal iddialarını takip etmeye eğilimli olup olmadığını anlamak için, atamadan önce hakeme ihtilaf konusu olan ilgili keyfiyetin anlatılması da genel uygulamadır. Bu yaklaşımın ilgili hakeme yapılan "itiraz"ı haklı çıkarıp çıkarmadığı konusu daha sonra incelenecektir.

Alman hukuku kapsamında, bağımsızlık ve tarafsızlık koşulunun, olağan hukuk usulü davalarındaki hâkimler için uygulandığı gibi tüm hakemler için de uygulanması doğru bir şekilde kararlaştırılmıştır<sup>8</sup>. Bu nedenle, taraflar bağımsızlık ve tarafsızlık koşulunu iptal veya bu koşuldandan feragat edecek durumda değildirler<sup>9</sup>, çünkü bu koşulların özü anayasa mütalaalarına<sup>10</sup>, yani, iki tarafın da tahkim davasında adil duruşma talep etme hakkına dayanmaktadır. Ayrıca, iki koşul da ya olağan mahkemelerce ya da tarafların tercih etmesi durumunda neredeyse aynı tarafsız şekilde tahkim kurullarınca yönetilecek olan adaletin yönetimi açısından önemli olarak değerlendirilmektedir<sup>11</sup>. Mahkeme ve tahkim davaları arasındaki bu uyum, madde 1055'te belirtilen

<sup>5</sup> Aksi belirtilmedikçe belirtilen tüm maddeler Alman Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (ZPO) maddelerini ifade etmektedir.

<sup>6</sup> Born a.g.e. s. 1465 sequ. "Bir hakeme, ancak tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili gerekçeli şüpheler bulunması durumunda veya tarafların anlaşığı özellikleri taşıması durumunda itiraz edilebilir" (madde 12 bölüm 2).

<sup>7</sup> Mankowski, SchiedsVZ 2004, 304.

<sup>8</sup> Zöllner/Geiner, (note 3) ZPO, § 1036 Note 2.

<sup>9</sup> Kreindler/Schäfer/Wolff a.g.e. Note 523.

<sup>10</sup> Mankowski, bkz. yukarıda.

<sup>11</sup> Zöllner/Geimer, (note 3) ZPO, § 1036 Note 1.

bir esas olan, hakemler tarafından alınan bir kararın mahkeme kararı ile aynı kesinlik ve uygulanabilirlikle değerlendirilecek olması ile kanıtlanmaktadır<sup>12</sup>. Eğer taraflar daha önce hakemlerin bağımsızlık veya tarafsızlık koşullarını hafifçe değiştirmeden, bu koşullardan feragat etmişlerse, Alman yasası söz konusu sözleşmeyi geçersiz sayacaktır<sup>13</sup>.

Bir hakemin tarafsızlığı koşulu hakem ile tahkim davasının tarafları arasındaki ilişkiyle yakından ilgiliyken, bağımsızlık koşulu hakemin davanın sonuçlarından gerçek bir çıkarının olmaması gerekliliği ile ilgilidir<sup>14</sup>. Bağımsızlık koşulu eski Latince bir ifade olan “*nemo iudex in causa sua*” (kimse- nin kendi davasının yargııcı olmaması) ilkesinde de belirtilmektedir<sup>15</sup>.

Her hakeme uygulanacak olan bu genel koşulların yanında, madde 1036 atanana hakemin tarafların kararlaştırdığı kişisel koşullara da uygun olması gerektiğini belirtmektedir<sup>16</sup>, bunlar, milliyet veya belirli özellikler gibi koşullardır<sup>17</sup>. Gerekçelendirilen bir “itiraz” da tarafların kararlaştırdığı bu koşulların yerine getirilmemesine dayandırılabilir.

Hukuk yazarları arasında tarafsızlık ve bağımsızlık arasındaki farkın uygulama açısından herhangi bir öneminin olup olmadığı tartışılmıştır<sup>18</sup>. Cevap kesin olmamakla bazı şüphelere açıktır. Doğru bir şekilde, iki koşulun da öneminin hakemin “önyargısız ve adil düşünceli olması ve hakemin tarafsız hareket edeceğini konusunda hakem ile ilgili taraf arasında usule aykırı bağlantıların olmaması” gerektiğidir<sup>19</sup>. Bu nedenle, uygulama açısından bu koşulları tanımlayıp açıklayan en iyi uygulama<sup>20</sup> burada tartışılmayacak olan IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration’da (Uluslararası Barolar Birliği Uluslararası Tahkimde Çıkar Çatışmaları İlkele- ri) belirtilmiştir ve bu kurallara yapılacak atıf yeterli olacaktır<sup>21</sup>. Bu İlke- ler’deki “kırmızı listede”<sup>22</sup> ve “feragat edilebilen kırmızı listede”<sup>23</sup> belirtilen

<sup>12</sup> Vide Zöllner/Geimer (note 3) ZPO, § 1055. Note 1 sequ.

<sup>13</sup> Schwab/Walter bkz. yukarıda.

<sup>14</sup> Kreindler/Schäfer/Wolff a.g.e. Note 523.

<sup>15</sup> Kreindler/Schäfer/Wolff bkz. yukarıda.

<sup>16</sup> Born a.g.e. s. 1508 sequ.

<sup>17</sup> Schwab/Walter op. cit. Chap. 14 Note 10.

<sup>18</sup> Born a.g.e. s. 1474 sequ.

<sup>19</sup> Born bkz. yukarıda.

<sup>20</sup> Kreindler/Schäfer/Wolff a.g.e. Note 538

<sup>21</sup> Bu kurallar Kreindler/Schäfer/Wolff’ta bulunabilir. a.g.e. s. 405 sequ.

<sup>22</sup> Kreindler/Schäfer/Wolff a.g.e. s. 415 sequ.

<sup>23</sup> Kreindler/Schäfer/Wolff a.g.e. s. 416 sequ.

hususların, örneğin, hakemin düzenli olarak “kendisini atayan taraf ya da kuruma”<sup>24</sup> tavsiyelerde bulunması ya da hakemin “bir tarafın ihtilafı hakkında” “yasal tavsiyeler vermesi”<sup>25</sup> durumunun, bir hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığını zedelediği veya en azından ağır şekilde sorguladığı evrensel olarak kabul edilmelidir.

Yukarıdakilerin ışığında, bu metnin yazarının Alman literatüründeki, iki taraf için hareket eden avukatların herhangi bir ihtilaftaki keyfiyet ve hukuk ile ilgili sorularda farklı görüş sunması nasıl bekleniyorsa<sup>26</sup> iki tarafça atanan her iki hakemin de aslında tarafların temsilcileri olarak görülmeleri gerektiği fikrine katılmadığı belirtilmelidir<sup>27</sup>. Eğer bu yaklaşım benimseniyorsa, bunu başkanın gerçek anlamda bağımsız ve tarafsız olması ve hakemlerin farklı görüşlerini uzlaştırmaya istekli ve yetkin olması koşuluyla, başkanın oynayacağı nihai ve belirleyici rol takip etmektedir<sup>28</sup>. Bu bazı durumlarda geçerlidir. Ancak bu metnin yazarı farklı bir görüşe sahiptir: bağımsızlık ve tarafsızlık koşuluna tahkim kurulunun tüm üyelerinin tam olarak uyması gerektiği görüşündeyim<sup>29</sup>. Ancak bu ulusal ve uluslararası ticaret tahkiminin ünü için uygun olacaktır.

## 2. “İtirazlar” için Gerekçeler

### 2.1 Genel

Alman bakış açısıyla, baştan taraflardan birinin bir hâkimi hariç tutma ya da hâkime itiraz etme hakkı ile ilgili 41, 42 sayılı maddelerinin hükümlerinin, 1036. maddeye uygun olarak bir hakemin bağımsızlık veya tarafsızlığına itiraz edildiği durumlarda doğrudan uygulanmayacağı belirtilmelidir<sup>30</sup>. Madde 41’de bir hâkimin hukukun işleyişinden hariç tutulacağı durumlar sıralanmıştır. Bu maddenin ayrıntısına girmeden, burada belirtilen genel ilke-

<sup>24</sup> No. 1.4 “kırmızı liste”.

<sup>25</sup> No. 2.1.1 “feragat edilebilir kırmızı liste”.

<sup>26</sup> Diğer referanslar için bkz. Zöllner/Geimer (note 3) ZPO, § 1036 Note 7.

<sup>27</sup> Kreindler/Schäfer/Wolff a.g.e. Note 525.

<sup>28</sup> Bkz. Lachmann a.g.e. Not 311, bir tahkim kurulunun başkanının taraflarca atanan hakemlerin dava sırasında kendi taraflarının görüşlerini desteklediğini yaşadığını belirtir, bu da ayrıca bu metnin yazarının görüşmeler sırasında yaşadığı deneyim ile uyumludur.

<sup>29</sup> Bağımsızlık standartlarının hâkimler ve hakemler için aynı olup olmadığı Born a.g.e. s. 1482 sequ.’da tartışılmıştır.

<sup>30</sup> OLG München BeckRS 2007 0079; OLG München SchiedsVZ 2008, 102, 103; Kröll SchiedsVZ 2007, 145, 149; Zöllner/Geimer (note 2) ZPO § 1036 Note 4.

nin Latince “*nemo iudex in causa sua*” (kimsenin kendi davasının yargıcı olmaması) ilkesine<sup>31</sup> dayandığı belirtilmelidir. Madde 42, taraflardan birinin güvensizliği ilgili hâkimin tarafsız hareket etmediğine dair şüphelere yol açan durumlar ile garanti ediliyorsa ve gerekçelendiriliyorsa, bir hâkime itiraz etme hakkını belirtir<sup>32</sup>.

Ancak, uygulama ile ilgili nedenlerden ötürü, bir hakeme “itiraz” etme hakkı ile ilgili 1036 sayılı maddenin 42. madde uyarınca bir hâkime itiraz etmek ile aynı şekilde ele alınıp alınmayacağı konusunda sorular belirlemektedir. Alman kanun koyucuların 1036 sayılı maddeyi ve bir hakeme “itiraz” etmenin koşullarını başlı başına değerlendirme düşüncesi basittir: Özellikle uluslararası bir tahkim davasında söz konusu “itiraz” hakkının, hâkime itirazı da kapsayan Alman yasaları ve emsallerine<sup>33</sup> dayandırılmaması, bunun yerine uluslararası standartların uygulanması gerektiği düşünülmüştür. Ayrıca, –hâkim gibi– bir hakemi yasaların uygulanmasıyla “kabul etmeme” hakkının tahkim davalarında mevcut olmadığı belirtilmelidir. Bu nedenle, madde 41 hakeme “itiraz” konusunda uygulanamaz.

Bu daha şekilci hususlar haricinde, gerçekte bir hakeme “itiraz” için uygulanan gerçeklere dayalı ilkelerin bir hâkime itirazda uygulananlar ile neredeyse aynı olduğu belirtilmelidir<sup>34</sup>. Bu nedenle, aşağıdaki genel ilke geçerlidir: Taraflardan birisinin mantıklı bir kişinin tarafsızlık olmadığı sonucuna varacağını düşünmesi ve inanması için objektif, yani gerekçeli<sup>35</sup> nedenleri varsa, bir hâkime tarafsız olmaması gerekçesiyle itiraz edilebilir. Sonuç olarak, başkan ya da taraflardan birisinin atadığı hakem olsun, bir hakeme edilen “itiraz”da da aynı ilke uygulanacaktır<sup>36</sup>. Taraflardan birinin, objektif nedenler/koşullar ile desteklenmeyen yalnızca subjektif varsayımları ya da inançları ve hatta şüpheleri bir “itiraz” için yeterli olarak değerlendirilmeyecektir<sup>37</sup>. Bu nedenle, bir hakeme edilecek “itiraz”a neden olan koşulların tanımlanması için objektif bir yaklaşım gereklidir<sup>38</sup>. Bu, taraflardan birinin ha-

<sup>31</sup> Lachmann a.g.e. Note 309.

<sup>32</sup> İçtihatlar şurada bulunmakta ve sıralanmaktadır: Zöllner/Vollkommer (note 3) ZPO § 41 Note 8 sequ.

<sup>33</sup> Schwab/Walter a.g.e. Chap. 14 Note 5.

<sup>34</sup> Mankowski SchiedsVZ 2004, 304, 307; OLG Hamburg SchiedsVZ 2003, 191, 192.

<sup>35</sup> Zöllner/Vollkommer (note 3) ZPO Art. 41 Note 8 sequ.

<sup>36</sup> Bkz. yukarıda dipnot 8

<sup>37</sup> OLG München SchiedsVZ 2008, 102, 103.

<sup>38</sup> Born a.g.e. s. 1477.

kemin tartışma ya da bir tanığa soru sorma şeklini beğenmemesinin başarılı bir “itiraz” için yeterli sebep olmadığı anlamına gelmektedir<sup>39</sup>.

Özetle, bir itirazın gerekçelendirilmesi için gerçeklere dayanan nedenler gereklidir ve hakemin gerekli bağımsızlık ve tarafsızlığa sahip olmadığı sonucu çıkacak şekilde ispat edilmelidir<sup>40</sup>. Ancak, yasa böyle belirli hususları desteklememektedir, ancak “itiraz”ın gerekçeli olup olmadığı düşünülürken, adım adım emsaller belirleyerek “itiraz”a karar verilmesi konusunu hakem kuruluna ve mahkemelere bırakmaktadır. Bu geniş ölçekli cevap biraz derin şekilde Alman yasasının hususlarının belirlenmesi için daha ayrıntılı olarak analiz edilmelidir.

## 2.2 Belirli Nedenler

Bir, bir hâkime itiraz etme hakkı ile bir hakeme itiraz etme hakkı arasında bazı önemli farklılıklar dikkate alınmalıdır:

Bir hakeme karşı edilen “itiraz”a karar verilirken genel uygulama, taraflardan birinin kendi güvenini kazanmış kendi seçtiği bir kişiyi belirlemesi şeklindedir<sup>41</sup>. Bu nedenle, hakem adaylarını atamadan önce uygun olup olmadıkları ve gerekli deneyim ve çıkar çatışmasının bulunmadığının belirlenmesi için kendileriyle görüşme yapılması yaygın uygulamadır<sup>42</sup>. Kendisi tarafından kurulan ve bu konularla sınırlı olan iletişim bir “itiraz” için yeterli neden oluşturmaz, ancak sınır iyi belirlenmelidir, yani olası bir hakem ile ilgili sorular tahkime giden ihtilaf hakkındaki daha genel sorular ile sınırlıdır. Özel sorular gündeme gelmemelidir ve kendisine soru sorulan hakemin daha özel soruları uygun olmadıkları gerekçesiyle cevaplamayı reddetmesi gerekmektedir. Ancak, bu kural evrensel olarak gözlemlenmemektedir.

Öte yandan, kural bir ilke olarak görülmelidir: hâkimler herhangi bir davanın sonucunda hiçbir çıkarı olmayan bağımsız kurumlar tarafından atanmaktadır.

Ayrıca, daha büyük bir davada atanan hakemler, aynı tarafça başka bir tahkimde de atanmak için yetkin ve güvenli bir imaj çizmeye gayret ederler<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Manokwski SchiedsVZ 2004, 304, 308.

<sup>40</sup> Detaylar için bkz. Kreindler/Schäfer/Wolff a.g.e. Note 526 sequ.

<sup>41</sup> Mankowski yukarıdaki dipnot 9.

<sup>42</sup> Born a.g.e. s. 1522 sequ.

<sup>43</sup> Mankowski SchiedsVZ 2004, 304, 309.

Bazı hakemler uluslararası hakem olarak o kadar iyi tanınır ki, tahkimlerde kazandıkları ücretlerle geçinebilirler; hatta bazıları genellikle başkan olarak birbirlerini atama politikasına sahip oldukları görüldüğünden bu hakemlere bazıları “mafya” demektedir. Bazen bu uygulama neredeyse kapalı bir işletme gibi görülüyor. Bu hiçbir şekilde istenen bir gelişme değildir.

İki, Almanya’daki bazı hukuk yazarları tarafların atadığı hakemler için daha geniş, tahkim kurulu başkanı için daha sıkı bağımsızlık ve tarafsızlık standartlarının olması gerektiğini belirtir. Yalnızca bağımsızlığı ve tarafsızlığı hâkimler için uygulanan madde 42’de belirtilen şekilde karara bağlanmalıdır<sup>44</sup>. Ancak bu görüş diğer hukuk yazarları tarafından reddedilmektedir<sup>45</sup>. Ancak, uluslararası standartların hakem ve kurul başkanının tarafsızlık koşulları arasında hafif farklılıkların olabileceği görüşünü desteklediği görülmektedir<sup>46</sup>. Ulusal yasanın, tahkim kurulu başkanına göre, hakemin kendisini atayan taraf veya bu tarafın danışmanı ile daha yakın ulusal, kültürel, mesleki ve kişisel bağlantısının olabileceğini belirttiği söylenmektedir<sup>47</sup>. Sonuç olarak, Gary Born el kitabında ayrıca tahkim kurulunun başkanının dava konularının mütalaasında ve nihai kararın alınmasında bu hususları da göz önünde bulundurması gerektiğini belirtmiştir<sup>48</sup>. Bu görüşün, bir hakeme edilen “itiraz” ile ilgili tüm ulusal yasalarca tamamen tanınıp tanınmadığı halen belirsizliğini korumaktadır.

Üç, Alman hukuk sisteminde bir hakeme birçok nedenle “itiraz” edilebileceği kabul edilmektedir. Örneğin, bu neden bir hakemin davacı veya davalı ile yakından ilişkili olduğuna dair kanıtların bulunmasıdır<sup>49</sup>. Aynı durum hakemin taraflardan herhangi birinin şirketinde hisse sahibi olması halinde de geçerlidir<sup>50</sup>. Ayrıca, bir hakemin daha önceden tahkim sözleşmesinde belirtilen bir yasal görüşü sunmuş olması ya da uzman olarak yer alması durumunda da hakeme başarı ile “itiraz” edilebileceği belirtilmektedir<sup>51</sup>.

“İtiraz”ın verilip verilmeyeceği ile ilgili zor bir soru da, hakemin daha önceden halihazırdaki dava ile yakından ilişkili bir davada kurul üyesi oldu-

<sup>44</sup> Schlösser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2nd edi., 1989 Note 519 sequ.

<sup>45</sup> Kreindler/Schäfer/Wolff a.g.e. Note 525. Ve Dipnot 66’daki diğer referanslar.

<sup>46</sup> Born a.g.e. s. 1492 sequ.

<sup>47</sup> Born a.g.e. s. 1506 sequ.

<sup>48</sup> Born a.g.e. s. 1507.

<sup>49</sup> Detaylar için bkz. Mankowski *SchiedsVZ* 2004, 304, 308 dipnot 79-83.

<sup>50</sup> Detaylar için bkz. Kröll *ZZP* 116 (2003) 195, 209.

<sup>51</sup> OLG Dresden *JW* 1938, 2154.

ğu ve şu anda kendisine “itiraz” eden taraf aleyhine bir karar aldığı durumlarda ortaya çıkmaktadır<sup>52</sup>. Bu sorunun cevabı şüpheye açıktır. Kişisel değerlendirmem, hakem olarak iki kere atanmak dışında belirli nedenlerin bulunmaması durumunda bu “itiraz”ın kabul edilmemesi gerektiği yönündedir<sup>53</sup>. Benim değerlendirmemi destekleyen en güçlü iddianın benzer bir durumda bir hâkimin davadan alınmayacağı veya kendisine “itiraz” edilmeyeceği olduğu görülmektedir; daha önce benzer bir davada karar verdiyse kimse onun bağımsızlığı ya da tarafsızlığı konusunda iddiada bulunamaz<sup>54</sup>. Bu kendisinin işidir.

Dört, uluslararası tahkim davalarında firması davacıyı ya da davalıyı başka davalarda temsil etmiş ya da gelecekte edecek olsa bile, çokuluslu firmalardan birisinin bir ortağının atanması yaygın uygulama haline gelmiştir<sup>55</sup>. Bu firmaların genel çıkarı en iyi nasıl iş yapılır faktörü ile açıkça belirlenmiştir. Ancak, ilgili hakemin kendisini atayan taraf ile, ufak çaplı olmayan, iş ilişkileri olduysa, bu söz konusu hakeme “itiraz” edilmesi için kesinlikle neden teşkil edecektir<sup>56</sup>. Ancak, geçmişteki iş bağlantılarının geçerli bir “itiraz” için gerekçe oluşturup oluşturmaması şüpheye açıktır, ancak genellikle yeterli olarak kabul edilmemelidir<sup>57</sup>.

Ancak, sorulan soru, firmasının kendisini atayan taraf ile anlaşmalarının olması durumunda, bir hakeme “itiraz” edilmesi için gerekçelerin bulunup bulunmadığı sorusuyla ilgilidir<sup>58</sup>. Uluslararası standartlar hiçbir şekilde kesin değildir. Sonuç olarak, bu olası ihtilafın atamayı yapan tarafı temsil eden firmanın ortakları ile hakem arasına “Çin Seddi” inşa ederek ortaya çıkıp çıkmayacağı şüphelidir. Eğer birisi bu yolun uygun olduğunu kabul ederse, bu durumda atama kabul edilmeden ve hakem olarak aday gösterilmeden önce iki tarafın da rızasının alınması tavsiye edilebilir. Yazarın buna benzer bir deneyimi olmuştur: uluslararası bir davada tahkim kurulunda hakem olarak atanırken, firmamız tahkim davasındaki davalıyı temsil ettiğini bilmeden çokuluslu bir firmanın avukatlarından birisi ile çalışmaya başladı. Bu nedenle, Ku-

---

<sup>52</sup> Mankowski bkz. yukarıda.

<sup>53</sup> OLG Hamburg SchiedsVZ 2003, 191, 192.

<sup>54</sup> Bkz. BayObLG MDR 1980, 1063.

<sup>55</sup> Kreindler/Schäfer/Wolff op.cit. Note 532 bunun bir itiraz için gerekçe olabileceğine inanmaktadır.

<sup>56</sup> Born a.g.e. s. 1519.

<sup>57</sup> Born a.g.e. s. 1520.

<sup>58</sup> Bkz. Born a.g.e. s. 1520 sequ.



rul tüm taraflara bu hususu anlatan ve benim departmanımda işe başlamasına rağmen söz konusu avukat ile tahkim sona erene kadar konuşmayacağımı belirten bir yazı yazmama karar verdi. Böyle “Çin Seddi” koşullarını kabul etmekte hiçbir sorun yoktu. Ve tabii ki bu taahhüdümü yerine getirdim.

Beş, bir hakeme “itiraz”ın tehlikeye düştüğü durumlarla ilgili olan bir konu da hakemin tahkim edilecek ihtilafı konu ettiği bir akademik yayının olması ile ilgilidir<sup>59</sup>. Genellikle, bu hakeme “itiraz” için yeterli olmamalıdır<sup>60</sup>. Ancak, bir hakemin tahkim davası sürerken açıklamalarda bulunması veya kamuya açık röportajlar vermesi tarafsız olmadığının kanıtı olarak düşünülebilir<sup>61</sup>.

Altı, bir tahkim davasındaki taraflardan birisini temsil eden avukatlar ile atanan hakem arasında şu veya bu şekilde kişisel bağlantıların olması neredeyse geleneksel hale gelmiştir<sup>62</sup>. Söz konusu kişisel bağlantılar avukat ile hakem daha önce aynı hukuk firmasının ortakları olsalar bile, normalde bir “itiraz” için yeterli gerekçe oluşturmaz<sup>63</sup>.

Yedi, hakem ile ilgili yapılan “itirazlar”ın çoğu dava sırasında hakemin davranışları nedeniyle yapılmaktadır. Eğer kurul başkanının ya da hakemlerden birisinin tahkim süresince adil olma ve tarafsızlıklarını devam ettirme görevlerini ihlal ettiğine dair kanıt varsa, bu ihlallerin hepsinin değil, ancak büyük ihmal<sup>64</sup> niteliğinde olan, ancak kendisi gerekçeli bir “itiraz”<sup>65</sup> oluşturmayan ihlallerin başarılı bir “itiraz”a neden olabileceği düşünülebilir. Ancak, bu sınır çizgisi bir hakemin “kendi” tarafıyla iletişime geçmesi ve kurul tarafından görülmüş olan ihtilaf ayrıntılarını ifşa etmesi durumunda aşılır<sup>66</sup>. Öte yandan, her kurul uzlaşma ihtimalinin olup olmadığını anlamak için mevcut –ön– görüşme durumlarını ifşa etmeleri istendiğinde taraflar ile açıklama yapma konusunda tavsiyelerde bulunulacaktır. Tarafların oybirliği ile kurulun devam etmesini istedikleri konusunda anlaşmaya varmamaları ve bunu kayıt altına almamaları halinde, bu durum bir “itiraz”ın nedeni olabilir<sup>67</sup>.

<sup>59</sup> Kreindler/Schäfer/Wolff a.g.e. Note 534.

<sup>60</sup> OLG Köln NJW 1971, 569.

<sup>61</sup> Born a.g.e. s. 1522.

<sup>62</sup> Kreindler/Schäfer/Wolff a.g.e. Note 533.

<sup>63</sup> Kreindler/Schäfer/Wolff bakınız. yukarıda.

<sup>64</sup> Kreindler/Schäfer/Wolff a.g.e. Note 527.

<sup>65</sup> Born a.g.e. s. 1526.

<sup>66</sup> Lachmann a.g.e. Note 317.

<sup>67</sup> Lachmann a.g.e. Note 318 sequ.

**Sekizinci husus**, bazı diğer hususları gösteren yakın tarihli davalardır: Çok yakın bir süre önce, Münih Temyiz Mahkemesi bir tahkim kurulu başkanı hakkında bulunulan “itiraz”ın, başkanın diğer tarafın danışmanını, verilen yeminli ifadenin yanlış olduğunu düşündüğünden kendisi aleyhine cezai kovuşturma başlatmakla tehdit ettiği<sup>68</sup> için gerekçelendirilmediği kararını vermiştir. Başka bir davada, aynı mahkeme<sup>69</sup> bir hakeme “itiraz” hakkının genellikle karar alındıktan sonra süresinin dolduğuna karar vermiştir. Ayrıca, Münih’teki mahkeme<sup>70</sup> tarafların uzlaşma olasılığının değerlendirilmesi gerektiği konusunda anlaşması durumunda, bu görüşler yalnızca uzlaşma için katalizör görevi göreceğinden, tahkim kurulunun ihtilafın hukuksal değerlendirmesini özetlerken geniş kapsamlı takdir yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Son olarak, Hamm Temyiz Mahkemesi<sup>71</sup> bir hakem ile ilgili “itiraz”ın hakemin tahkim kurulunun katılımın Alman yasası kapsamında yasal olduğu ilgili görüşmelerinde yer aldığı iddiası ile gerekçelendirilmeyeceğine karar vermiştir.

### 2.3 İfşa Etme Yükümlülüğü

Madde 1036 bölüm 1 bir hakemin bağımsızlık ve tarafsızlığı ile ilgili makul şüphelere yol açacak olayları taraflara ifşa etme konusunda yasal yükümlülük altında olduğunu açıkça belirtir<sup>72</sup>. Sonuç olarak, yalnızca bir “itiraz” a yol açacak durumların değil, aynı zamanda her türlü şüpheyi haklı çıkaracak durumların da ifşa edilmesi gerekmektedir<sup>73</sup>. Bu yükümlülüğün arkasındaki neden basittir: İlgili hakemi atamayan tarafa söz konusu durumlar bildirilmeli ve bu şekilde ayrıntıları kontrol etmesi sağlanmalıdır<sup>74</sup>.

Olası bir çıkar çatışması ve “itiraz” ile ilgili her türlü nedenin ifşa edilmesi<sup>75</sup> ve bildirilmesi yükümlülüğü, ilgili hakemin taraflardan herhangi birinin veya iki hakemin başkan olarak atadığı andan itibaren başlar ve nihai karar verilmeden önce sona ermez. Bu nedenle, neredeyse tüm Tahkim Kuralları bu şekilde atanan hakemlerin gerçekten bağımsız veya tarafsız olma-

<sup>68</sup> OLG Münih BeckRS 2007 00709.

<sup>69</sup> OLG München NJOZ 2008, 4808.

<sup>70</sup> OLG München SchiedsVZ 2008, 102.

<sup>71</sup> OLG Hamm SchiedsVZ 2003, 78.

<sup>72</sup> Vide Zöllner/Geimer (note 2) ZPO, § 1036 Note 9.

<sup>73</sup> Kreindler/Schäfer/Wolff a.g.e. Note 537.

<sup>74</sup> Schwab/Walter a.g.e. Chap. 14 Note 1.

dığının varsayılması için bir neden bulunmadığına dair yazılı ve imzalı bir beyanda bulunur.

Burada kişisel bir açıklama yerinde olacaktır: bir “itiraz”a neden olabilecek her türlü durumun ifşa edilmesi yükümlülüğü göz önünde bulundurulduğunda, ulusal ve uluslararası tahkim davalarının en zahmetli dezavantajlarından birisinin –en azından bir tarafın temsilcisi veya tahkim kurulu başkanı olarak benim bildiğim kadarıyla– hakemin dava süresince kendisini atayan taraf ile iletişim halinde olmasının genel olarak kabul edilmesi olduğu görülmektedir. Ancak bir taraf ile “tarafın” hakemi arasındaki söz konusu iletişim, bağımsızlık ve tarafsızlık kurallarını açıkça ihlal ettiğinden, kabul edilemez ve buna tolerans gösterilmemelidir. Bu nedenle, her hakemin tahkim süresinde taraflardan hiçbirisiyle veya tarafların danışmanlarıyla iletişime geçmemesi konusunda sıkı bir –ahlaki ve hukuki– yükümlülük altında olması gerekir. Ve böyle bir iletişimin –hangi nedenle olursa olsun– gerçekleşmesi durumunda, ilgili hakemin diğer hakemlere ve taraflara ilgili iletişim veya görüşmenin tam içeriğini bir an önce bildirmesi gerekir. Ancak bunu yaparken kendisine kesin ve haklı olarak “itiraz” edilmesi olasılığını göze alacaktır.

## 2.4 Bir “İtiraz”ı Sunmak için Süre Kısıtlamaları

### 2.4.1 Karar Verilmeden Önce

Neredeyse tüm Ulusal ve/veya Uluslararası Tahkim Kuralları<sup>76</sup> ilgili tarafın hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili şüphelere neden olacak herhangi bir durumdan haberdar olduktan sonra, hakeme “itiraz” edilmesi için belirli süre kısıtlamaları getirmektedir. Söz konusu süre kısıtlamaları ya belirlidir, örneğin, iki hafta<sup>77</sup> ya da söz konusu “itiraz”ın daha fazla gecikme olmadan sunulmasını gerektirmektedir<sup>78</sup>. Madde 1037 bölüm 2, böyle bir durumun bilinir hale gelmesi veya tarafların kurulda hangi hakemlerin bulunduğunu öğrenmesinden sonra iki haftalık bir süre kısıtlaması getirmektedir. Bu iki alternatif madde 12 bölüm 2 UNCITRAL uluslararası Ticari Tahkim Model Yasası kavramına dayandırılmıştır<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> İlgili uluslararası ifşa standartları Born a.g.e. s. 1548 sequ. tarafından ele alınmıştır.

<sup>76</sup> Ayrıntılar için bkz. Born a.g.e. s. 1552 sequ.; s. 1562 sequ. – ulusal yasaları incelemesi.

<sup>77</sup> Bkz. Art. 18 of the Arbitration Rules of the Deutsche Institution für Schiedsgerichtswesen e.V. Cologne.

<sup>78</sup> Mankowski SchiedsVZ 2004, 304, 312.

<sup>79</sup> Mankowski SchiedsVZ 2004, 304, 313.

Bir hakem veya tahkim kurulu başkanı ile ilgili herhangi bir “itiraz” belirlenen süre içerisinde iletilirse ve hakemlerin dikkatine yazılı olarak sunulursa<sup>80</sup>, kurulun tüm üyeleri tarafından ele alınacaktır. Sonuç olarak, kendisine “itiraz” edilen hakemin ilgili görüşmelere katılma hakkına sahip olacaktır<sup>81</sup> ve ilgili kurulun<sup>82</sup> hakemi ya da başkanı<sup>83</sup> olarak daha fazla katılmasının engellenmesi düşünülmemelidir. Bu nedenle, kendisine “itiraz” edilen hakem kendi hâkimi olacaktır<sup>84</sup>. Bu garip görünebilir. Ancak öte yandan, bir hakeme ya da tahkim kurulu başkanına yapılan “itiraz”ın aracının herhangi bir tahkim davasını, “itiraz”ın gerçekliğinin kararlaştırılması için “itiraz” edilen hakemi, sonra “itiraz eden” ikinci hakemi çıkararak ve bir sonraki adımda iki hakem ya da tarafsız bir kurum tarafından belirlenen tahkim kurulu başkanına “itiraz” ederek, olanaksız hale getirmek için kullanılan bir araç haline getirilmesi gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.

Değinilen sorun, tarafların tek bir hakem belirlemeye karar verdiği durumlarda daha da önem taşımaktadır. Ancak bu durumda “itiraz” edilen tek hakem, “itiraz”ın iyi gerekçelerinin olup olmadığına karar verecektir: Alman kanun koyucular aksine karar verseydi, bu durumda mahkemelerin bu davalarda doğrudan karar vermesi gerekecekti. Bu neredeyse sürekli bir tehdit olarak kullanılabilir, böylece tek bir hakemin üzerinde iki tarafın da büyük bir baskı uygulamasına olanak sağlardı<sup>85</sup>.

#### 2.4.2 Karar Verildikten Sonra

Karar tahkim kurulu tarafından verildikten sonra, genel olarak konuşmak gerekirse, artık hakem veya tahkim kurulu başkanına “itiraz” a yer olmamalıdır<sup>86</sup>. Ancak bu kural için bir istisna vardır: Taraflardan herhangi birisi, “itiraz”ın gerekçelerinin kesin olduğu ve gerekli olan bağımsızlık ve tarafsızlık yükümlülüğünün ağır ihlali varsa ve mağdur taraf bu durumlardan ancak karar verildikten sonra haberdar olmuşsa, kararın uygulanacağı sırada<sup>87</sup> bir ha-

<sup>80</sup> Zöllner/Geimer (note 3) ZPO, § 1037 Note 2.

<sup>81</sup> Caspers BB 2002, 578; Mankowski SchiedsVZ 2004, 304, 305.

<sup>82</sup> Zöllner/Geimer (note 3) ZPO § 1037 Note 2.

<sup>83</sup> Örneğin, Uluslararası Ticaret Odası Uzlaşma ve Tahkim Kuralları farklı hükümler içermektedir, bkz. Kreindler/Schäfer/Wolff a.g.e. Note 543.

<sup>84</sup> Mankowski bkz. yukarıda.

<sup>85</sup> Mankowski bkz. yukarıda.

<sup>86</sup> Zöllner/Geimer (note 3) ZPO § 1037 Note 7.

<sup>87</sup> OLG Naumburg SchiedsVZ 2003, 134.

keme veya tahkim kurulu başkanına “itiraz”da bulunabilir<sup>88</sup>.

### 2.4.3 Başarılı bir “İtiraz”ın Sonuçları

Bağımsızlığın veya tarafsızlığın iddia edilmesi ancak ispat edilmemesi nedeniyle bir “itiraz” bildiri alan bir hakem, istifa edebilir ve iki tarafa da güvenemeyeceğine inandığı için kurulda görev almayı reddedebilir. Ancak bu istifanın esası ilgili hakemin özgür kararıdır ve herhangi bir yargı kararı nedeniyle değildir<sup>89</sup>. Eğer bu gerçekleşirse, bu hakemin o zamana kadar gerçekleştirdiği işler için herhangi bir ücrete hakkı olup olmadığı tartışma konusudur. Kişisel görüşüm, kendisinin yerine atanan hakem gönüllü olarak ücretinin bir kısmını vermediği takdirde, herhangi bir ücrete hak kazanmadığı yönündedir.

Eğer tahkim kurulu bir “itiraz”ın gerekçeli olduğuna kanaat getirirse, bu kararın nihai ve tarafları bağlayıcı olduğu düşünülecektir. Ne hakem ne de mağdur taraf için mevcut çözüm yolu bulunmaktadır<sup>90</sup>. Ancak ilgili taraf veya iki hakem madde 1039 bölüm 1 uyarınca başka bir hakem ya da kurul başkanı atayacaktır. Bu, tarafların imzaladığı tahkim sözleşmesinin yürürlükte kalacağını ve “itiraz” kanıtlandıktan sonra yine uygulanacağını belirtir<sup>91</sup>.

### 2.5 Mahkemelere Temyizde Bulunmak

Eğer tahkim kurulu “itiraz”ın reddedilmesine karar verirse, o zaman madde 1037 bölüm 3 mağdur olan tarafın kurulun ilgili kararını tebliğ aldıktan sonra bir ay içerisinde temyize başvurabileceğini belirtmektedir. Bir aylık sürenin kesin olduğu düşünülmektedir; ve bu süreyi dikkate almayan tarafa başka çözüm yolu sunulmayacaktır<sup>92</sup>. Ayrıca, madde 1037 bölüm 3 tahkim davalarının “itiraz”ın normal mahkemelerde askıda olduğu sırada devam etmeyeceğini belirtmektedir.

Temyizin yetkili temyiz malikemesine sunulması gerekmektedir (madde 1063). Karar, mahkeme diğer tarafa konuşma hakkı verdikten sonra emir ile alınacaktır. Eğer mahkeme “itiraz”ın gerekçelendirildiğine karar verirse, bu

<sup>88</sup> BGH MDR 1999, 755.

<sup>89</sup> Bkz. Mankowski SchiedsVZ 2004, 304, 306.

<sup>90</sup> Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7th ed., Munich 2007, Chap. 14 Note 23.

<sup>91</sup> Zöllner/Geimer (note 3) ZPO § 1039 Not 1.

<sup>92</sup> Zöllner/Geimer (note 3) ZPO § 1037 Not 6.

karar otomatik olarak ilgili hakemin hak ve yükümlülüklerini geçersiz kılacaktır. Sonuç olarak, ilgili hakem madde 1039 uyarınca değiştirilecektir<sup>93</sup> ve tahkim maddesi yine uygulanmaya başlanacaktır. Bu nedenle, ilk tercihi olan hakemi “kaybeden” tarafa bir hak daha verilecektir; eğer tahkim kurulu başkanına “itiraz” edilirse, iki hakem başka bir başkan bulmalıdır.

Temyiz mahkemesinin kararını temyiz etme hakkı yoktur. Eğer bu mahkeme “itiraz”ın gerekçelendirilmediğine karar verirse, bu karar *res iudicata* (karar bağlanmış) olarak değerlendirilecek ve mağdur olan tarafa daha sonra hiçbir zaman söz konusu “itiraz” için aynı nedenleri ileri sürme hakkı verilmeyecektir<sup>94</sup>.

## 2.6 Hangi Yasa Uygulanmalıdır?

Taraflardan birine mahkemelerde temyize başvurma hakkı tanıyan madde 1037 bölüm 3, bir hakeme olan “itirazının” tahkim kurulunca kabul edilmemesi durumunda, bunun Alman kamu düzeninin bir parçası olduğunu belirtmektedir<sup>95</sup>. Bu nedenle, tahkim kurulunun Almanya’da olması durumunda mahkeme Alman yasasının bu hükmünü uygulayacaktır. Ancak, tarafların “itiraz”ı reddeden kurulun herhangi bir kararına karşı olan temyizcinin Almanya’daki Temyiz Mahkemesi’ne değil, Uluslararası Ticaret Odası Temyiz Mahkemesi gibi başka bir kuruluşa sunulması gerektiği konusunda anlaşması durumunda, Alman kamu düzenini bozmadığı Almanya’da değişmez kannedir<sup>96</sup>. Ancak son olarak, madde 1037 bölüm 3 geçerli olduğundan, son söz her zaman Alman mahkemelerinin olacaktır<sup>97</sup>.

Alman hukuku yaklaşımının yanında, “itiraz” başvurusunda bulunulursa, bir “itiraz”daki mahkemelerin her zaman tahkim kurulunun bulunduğu yerin yasalarını uygulayacağı sorusu ortaya çıkar. Bu sorunun cevabı iki yönlüdür: Öncelikle, tarafların “itiraz” durumunda uygulanacak hukuk maddesini seçmekte özgür olduğu belirtilmelidir<sup>98</sup>. Ancak tarafların bu konuda belirli bir sözleşme imzaladığının az rastlanır bir durum olduğu belirtilmiştir<sup>99</sup>. İl-

<sup>93</sup> Mankowski SchiedsVZ 2004, 304, 306.

<sup>94</sup> Mankowski bkz. yukarıda.

<sup>95</sup> Schwab/Walter a.g.e. Chap. 49 Not 3.

<sup>96</sup> Bu hak madde 1037 bölüm 1’de açıkça belirtilmiştir.

<sup>97</sup> Zöllner/Geimer (note 3) ZPO § 1037 Not 1.

<sup>98</sup> Schwab/Walter bkz. yukarıda.

<sup>99</sup> Born a.g.e. s. 1529.

gili sözleşmede belirli bir lafzın bulunmaması durumunda, tarafların aslında hangi bağımsızlık ve tarafsızlık standartlarının geçerli olacağı ve hangilerinin gerekçelendirilmiş bir “itiraz”a tabi olacağı şüphelidir. Eğer taraflar bunları gerçekleştirdiyse ve tahkim kurulunun bulunduğu yerdeki kanunların sağladığından daha düşük bir standart üzerinde anlaşmaya vardılarsa, bu durumda –daha önce yukarıda da belirtildiği gibi– madde 1037 bölüm 3 gündeme gelecek ve Alman kamu düzeninin korunması gerekecektir. Aynı yaklaşımın diğer yasalarda da bulunduğu görülmektedir<sup>100</sup>.

Ancak taraflar tahkim kurulu üyelerinin belirli kişisel özelliklere sahip olması gerektiği konusunda anlaşmaya vardılarsa, bu durumda, tabii ki, söz konusu sözleşme bağlayıcı olacak ve bir “itiraz”ın geçerli gerekçelerinin olup olmadığını belirleyecektir.

İkinci olarak, taraflar herhangi bir kanun tercihi ile ilgili anlaşmaya varmadıysa, bu durumda geleneksel olarak mahkemeler tahkim kurulunun bulunduğu yerdeki yasaları uygulayacaktır<sup>101</sup>. Bu nedenle, bu ulusal kanun hakemlerin bağımsız ve tarafsız olup olmadığına ve bu konu ile ilgili hangi standartların uygulanacağına karar verecektir<sup>102</sup>.

### 3. Son Açıklamalar

Ulusal ve uluslararası tahkim davalarındaki hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarının genel önemi göz önünde bulundurulduğunda, tahkim sözleşmesinin tüm taraflarına en güvenilir ve etkili şekilde kamu düzenini korumaları belirtilmektedir. Adaletin yönetimi çok yüksek ölçüde ya hakem ya da tahkim kurulu başkanı olarak atanmış olan bu avukatların kişisel doğruluğuna dayanmaktadır. Bu nedenle, bağımsızlık ve tarafsızlık koşulu tahkim davalarında yalnızca olmazsa olmaz bir şart değildir. Aslında daha çok, yüksek ahlaki etkileri olan bir koşuldur. Bazen bunları görmezden gelmek kolaydır, ancak gerçekleştiğinde, bu ihlallerden kurtulmak ve üçüncü şahısların güvenini yeniden kazanmak çok zor olabilir.

<sup>100</sup> Born a.g.e. s. 1530, Dipnot 882.

<sup>101</sup> Ayrıntılar için bkz. Born a.g.e. s. 1528 sequ.

<sup>102</sup> Born a.g.e. s. 1529.

