

Economics and Administration, Tourism and Tourism Management, History, Culture, Religion, Psychology, Sociology, Fine Arts, Engineering, Architecture, Language, Literature, Educational Sciences, Pedagogy & Other Disciplines in Social Sciences

Vol:4, Issue:22
sssjournal.com

pp.3993-4021
ISSN:2587-1587

2018
sssjournal.info@gmail.com

Article Arrival Date (Makale Geliş Tarihi) 10/06/2018 | The Published Rel. Date (Makale Yayın Kabul Tarihi) 18/09/2018
Published Date (Makale Yayın Tarihi) 18.09.2018

**HAKEMLERİN BAĞIMSIZLIĞININ VE TARAFSIZLIĞININ DENETİMİ, BEYAN
YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE REFERANS KRİTERLER**

*INSPECTION, INDEMNITY AND REFERENCE CRITERIA OF THE INDEPENDENCE OF
THE INDEPENDENT REPRESENTATIVES*

Dr. Öğr. Üyesi Alim TAŞKIN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim
Üyesi. E-posta taskin@gazi.edu.tr, Ankara/Türkiye

ÖZ

Tahkim Reformuna Dair kararname, Fransız milli tahkim hukukunu olduğu kadar, Fransız milletlerarası tahkim hukukunu da çağdaştırmaktadır. Tahkim anlaşması, hakem kurulu kararlarının tenfizi ve tebliğine ilişkin hükümleri yumuşatmaktadır. Taraflar hakkında ihtiyati haciz ve teminat hariç olmak üzere ihtiyati tedbir ve ara kararı verebilme konusunda hakem kurulunun yetkisini açıklamaktadır. Tahkim anlaşması, bir tahkim şartı şeklinde veya bir anlaşma şeklinde olabilir. Tahkim şartı, aralarında bir veya birden çok sözleşme olan tarafların bu sözleşmelerden birinden veya bir kaçından doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Anlaşma, hali hazırda doğmuş olan bir uyuşmazlığın taraflarının bu uyuşmazlığı tahkime tabi tutmak konusunda yaptıkları anlaşmadır. Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlıktan şüphe etmeyi gerektirebilecek hal ve şartları açıklamak yükümlülüğündedir. Hakem, aynı şekilde görevin kabulünden sonra ortaya çıkabilecek durumları da gecikmeksizin taraflara bildirmek yükümlülüğündedir. Bağımsızlık ve tarafsızlık hakkındaki hükümler, tahkim yasaları ve yönetmeliklerinin çoğunda, bazen birlikte bazen ayrı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi, hakem kararının iptal nedenidir. Taraflar arasındaki eşitliği ve tarafsızlığı ortadan kaldıracak şekilde tahkim yargılamasının yapılması iptal nedenidir. Tenfizi istenen ülkenin kamu düzenine aykırılık da, hakem kararının tenfizi talebinin reddine neden olabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: tahkim şartı, tahkim sözleşmesi, hakemlerin bağımsızlığı, hakemlerin tarafsızlığı, hakemlerin seçilmesi, hakemlerin azli, hakemlerin görevden çekilmesi, milli tahkim, milletlerarası tahkim.

ABSTRACT

“Declaration obligation of referees and reference criteria”. The decree on arbitration reform has modernized the French international arbitration law as well as the French national arbitration law. The arbitration agreement softens the provisions relating to the enforcement and notification of arbitral tribunal decisions. Except for precautionary seizure and collateral, the arbitration clause explains the competence of the arbitral tribunal to issue interim measures and interim measures. The arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause or an agreement. The arbitration clause agrees that parties with one or more contracts between them are solving the disputes arising from one or more of these contracts by arbitration. The agreement is something that the parties sign over an already incompatible dispute in order to take it to arbitration. The person who is proposed to arbitrate is obliged to explain the conditions and situations that may require suspicion of neutrality and independence before accepting this duty. The referee is also obliged to inform the parties in a timely manner the circumstances that may arise after the admission of his duties. The provisions on independence and impartiality are sometimes arranged separately and sometimes separately in the majority of the laws and regulations of arbitration. The disregard of the principle of equality of the parties is the reason for the cancellation of the arbitration award. It is the reason for the cancellation of arbitration in order to remove the inequality and neutrality between the parties. It may cause rejection of the referee's decision to follow the decision of the referee in contradiction to the public order.

Key Words: Arbitration clause, arbitration contract, referees' independence, referees' impartiality, selection of referees, referee dismissal, withdrawal of referees, internal (national) arbitration, international arbitration.

1. GİRİŞ

Ulusal ve uluslararası tahkime ilişkin kanunlarda yasal düzenlemelerde ve kararnamelerde, hakem veya hakemlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin hükümler gittikçe daha çok önem kazanmakta ve ayrıntılı hükümlere yer verilmektedir.

Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, tahkim hukukunun asli ve vazgeçilmez prensiplerinden olmasının yanında, hakemlerin sorumluluğu hakem kararının verilmesi ve tenfizi, iptal sebepleri, hakemlerin reddi, hakemlerin azli, hakemlerin tayini, ulusal ve uluslar arası kamu düzeni, tahkim süreci gibi tahkim bakımından önemli konuları yakından ilgilendirmektedir.

Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının tahkim hükümleriyle bir bütünlük arz etmesi, bağımsız ve tarafsız olarak verilmeyen hakem kararının gerek taraflar bakımından gerekse tahkim yargısından beklenen amacın gerçekleşmemesi, tahkime olan güveni olumsuz yönde etkilemesi gibi etkilerin varlığı yadsınamaz bir gerçektir. Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması ve iç denetimi bakımından, hakemlere açıklama (beyan) yükümlülüğünün getirildiği resmi yargıda, hüküm veya hükümlere daha sık bir şekilde denetim yapılarak takdir edildiği ve denetim mekanizmasının işletildiği görülmektedir.

Yargı bütünlüğü ilkesi bakımından bağımsızlık ve tarafsızlık sadece tahkim bakımından hakemlere özgü bir durum olmayıp resmi yargıda hakimler içinde aynı öneme sahiptir. Hakemlerin ve hakimlerin tarafsız ve bağımsızlığının korunması ile ilgili farklı hükümlerin bulunması aynı denetim mekanizmalarının işletilmemesi, bu gerçeği değiştirmeyecektir.

Resmi yargıda hakimler için olduğundan daha fazla tahkim yargısında hakemler için, tarafsızlık ve bağımsızlık sorgulanmakta, hakemlerin gereken bağımsızlığı ve tarafsızlığı giderek daha sıkı bir şekilde hakimler tarafından incelenmekte ve takdir edilmektedir.

Resmi yargıda ve tahkim yargısında hakimlerin ve hakemlerin teknik anlamda aynı statüye sahip olmaması, hakimler bakımından tarafsızlığın görev süresi boyunca garanti altına alınması olduğu varsayımı, atanması, koşulları, görev süresi ve maaşının devlet tarafından kararlaştırılması ve verilmesi, yasal rejimin farklılığı hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını hakemlere oranla daha az sorgulanmasına yol açmaktadır. Yasal rejimin kanun hükümleri çerçevesinde hakimlerin bağımsızlığının ve tarafsızlığının denetimi babında, hakimlerin sorumluluğunu, yasaklılık (memnuiyet) ve hakimlerin reddini esas ve usul olarak düzenlemekle, bağımsızlığın ve tarafsızlığın korunmasıyla ilgili resmi yargıda da düzenlemeler ve önlemler bulunmaktadır. Hakimlere oranla hakemlerin bu konuda daha dezavantajlı durumda olması beraberinde hakemlerin bağımsızlığının ve tarafsızlığı daha çok tartışmaya açılmasına gerek doktrindeki tartışmalar gerekse mahkeme kararlarının gösterdiği gibi daha çok sorgulamasına sebebiyet vermiştir.

Bugün ve gelecek için daha çok sorgulanan hakemin özellikle bağımsızlığı konusu önemini bugün koruduğu gibi gelecekte de koruyacak ve belki de önemi artarak devam edecektir. Hakemlerin bağımsızlığına olan ihtiyaç beraberinde bu ihtiyacın nasıl giderileceği ve çözümleneceği sorgusunu beraberinde getirmekte, hakemin bağımsızlığının nasıl, ne tür testlere tabi tutulması gerektiğini ve gerçeğini bir ihtiyaç olarak ortaya çıkarmakta birlikte, hakemin bağımsızlığına müdahale riskini de beraberinde getirmektedir. Hakemlerin bağımsızlık kontrolü; doğrudan bağımsızlık kontrolü ve dolaylı bağımsızlık kontrolü olarak; fiziksel ve zihinsel bağdan uzak, taraflarca karar verme hürriyetinin etkilenmemesi, taraflarla herhangi bir bağının bulunmaması bu ve bunun gibi diğer konular bakımından, hakemin kendi bağımlılığını ifşa yükümlülüğü ile gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.

2. HAKEMLERİN BAĞIMSIZLIĞI VE BAĞIMSIZLIĞIN TAHKİM HÜKÜMLERİNE ETKİSİ

2.1. Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen Anayasanın 138. maddesine göre “Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz...”

Anayasanın 9. maddesine göre “Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” Anayasanın yargı yükünü düzenleyen 125. maddesine göre “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz, şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir...” Anayasanın 59. maddesinde sporun geliştirilmesi ve tahkim (zorunlu tahkim) düzenlenmiştir. T. C. Anayasasında idari

yargıda (A. Y. m. 125) ve sporun geliştirilmesi ve zorunlu tahkim bakımından tahkimle ilgili hüküm konulmuş olmasına rağmen adli yargı ile ilgili hüküm bulunmamaktadır. Yargı bütünlüğü ilkesi gereği adli yargı bakımından tahkimle ilgili hükümlerin bulunmaması bir noksanlık olduğu söylenebilir. Adli yargı alanında da anayasal ilkelere yargı birliği ve bütünlüğü çerçevesinde yer verilmesi isabetli olacaktır.

Anayasanın 138. maddesinde hakimler için getirilen bağımsızlık ve tarafsızlıkla ilgili esasların hakemler ve teminatlar bakımından da aranması ve sağlanması isabetli olacaktır. Yargıya bütünsel bir yaklaşım, alternatif yargı bakımından tartışılan bir takım sorunların baştan izalesini sağlayacak ve tartışılır olmaktan çıkaracaktır. Sonuç itibarıyla üzerinde durulan durum hakemlerin bağımsızlığı ile yakından ilgilidir.

Hiçbir organ, makam, mevki veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında hakem kuruluna ve hakem veya hakemlere emir ve talimat verememesi; genelge gönderememesi tavsiye ve telkinde bulunamaması ve hakemlerin Anayasal teminatın altında olması şüphesiz tahkim yargısına katkı sağlayacaktır.

Bağımsızlık ve tarafsızlık nosyonları genelde eş anlamlı algılanmakta, kabul edilmekte ve birlikte kullanılmaktadır. Ulusal ve uluslararası tahkime ilişkin düzenlemelerde hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açıkça tanımlanmaktan kaçınılmış çerçevesi çizilmemiş olduğundan, doktrin ve mahkeme içtihatları ile bu boşluk doldurulmaya çalışılmıştır (Doktrinde hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili olarak bu iki kelimenin yer aldıkları kanun veya kanunlarda tahkim kurallarında tanımlanmadığı ifade edilmektedir. Hakemlerin bağımsızlığını (independence- Unabhangigkeit) ‘onların hiç kimseye tabi olmaksızın, hiç kimseden emir ve talimat almaksızın ve kimsenin tavsiye ve telkinlerine uymaksızın hareket etmesi ve hüküm vermesi şeklinde tanımlanmaktadır. bkz. (Kalpsüz, 2008: 27); Hakemlerin taraflara karşı bağımsızlığı (nesnel bağımsızlık – kişisel bağımsızlık) yürütme ve topluma karşı bağımsızlık, olarak tayin edilmekte, ‘‘Kimse kendi davasında hakem olamaz. Tüzel kişilerin organlarında görev alan kişilerin, vekillerin, kanuni temsilcilerin, şahıs şirketlerinin, temsile yetkili olmayan ortaklarının hakem olup olmayacakları meselesi nesnel bağımsızlık çerçevesinde irdeleneceği kişisel bağımsızlık ile kastedilen hakemler ile taraflar arasında hakem yargılaması sırasında veya öncesinde herhangi bir iş ilişkisinin olmaması, yürütme ve topluma karşı bağımsızlık, hukuk devletinde hakemlerin yürütme organı, sivil toplum örgütleri siyasi partiler ve medya karşısında bağımsız olması’’ şeklindeki açıklama ve bilgi için bkz (Deren Yıldırım, 2004: 63-66); Hakimlerin bağımsızlığında uygulanan kriterlerin aynen hakemlere uygulanamayacağı ve bu nedenle hakemlerin bağımsızlığının yabancı doktrinde taraflara karşı bağımsızlık çerçevesinde incelendiği hakkında bkz. (Deren Yıldırım, 2004: 66 dn 68).

Bununla birlikte bu iki kavram birbirinden farklı olmakla birlikte bir o kadar da birbirinin tamamlayıcısı olması ve yapılacak tanımların da noksanlık riskini taşıması da yadsınamayacak bir durumdur.

Bağımsızlık, hakem veya hakemlerin tarafların veya üçüncü kişilerin herhangi bir etkisi ve baskısı altında bulunmama hali olduğu genel olarak ifade edilebilir. Hakemlerin bağımsızlığı konusu objektif bir yaklaşımı gerekli kılmaktadır. Hakem kararını etkileyebilecek veya etkileme potansiyeli taşıyan her etken ve nedenlerden yoksunluk hakem kararının tarafsızlığını sağlama yönündeki önemi kuşkusuzdur. Hakem kararını etkileyecek dış etken ve nedenler ekonomik, sosyal, siyasi ve entelektüel olabilir. Bu etkenler ve nedenlere sebebiyet verebilecek gerçek ve tüzel kişiler, organ, makam, merci, taraf veya taraflar, hakem kurulu üyeleri, avukatlar bilirkişiler vs. olabilir.

Tarafsızlık, hakem kararını doğrudan veya dolaylı etkileyebilecek ön yargının bulunmamasıdır (Doktrinde ‘‘Hakemin tarafsızlığı ise onun taraflardan her ikisine de aynı mesafede olmasını, hakemle onu tayin eden taraf, merci veya müessesevi tahkimde merkezi teşkilat arasında sıkı şahsi, ekonomik ve mali karakter de ilişkilerin, iç ilişkilerinin bulunmamasını veya bulunmamış olmasını ve onun uyuşmazlık konusuna objektif olarak yaklaşabilmesini ifade edeceği hakkında bkz. (Kalpsüz, 2008: 33); Hakemlerin tarafsızlığı denildiğinde yargılama süresince objektif ve tarafsız davranmayı ifade edeceği hakkında bkz. (Akıncı, 2007: 115); ICC tahkim kuralları (m. 9/5) hakemlerin tarafsızlığının sağlanması bakımından tek hakemin veya birden fazla hakem tayin edilen hallerde, tahkim kurulu başkanın tarafların tabiiyeti dışında bir başka ülke tabiiyetinden seçilmesinin öngörüldüğü, tarafların hakem veya hakemlerin ve mensup olduğu sistemden, kültürden sosyopolitik ortamdan etkilenme olasılığı bulunduğu ve ICC tahkim kuralları ile bu etkileşimin önlenmeye çalışıldığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (Erdoğan, 2004: 154; Keser Berber, 1999: 42)). Hakemin tarafsızlığında öznel yaklaşım ön plandadır. Öznel yaklaşımla hakem kararının tarafsızlığı değerlendirilmelidir. Hakemin tarafsızlığında kişisel ve bağlamsal faktörler etkili olabilecektir. Bu anlamda hakem veya hakemlerin tabiiyeti (uyruğu) hakemin sosyal, kültürel, iş ve hukuk çevresinin hakemin kararının tarafsızlığına etkisi dikkate alınmalıdır. Kişisel ve bağlamsal faktörlerin hakem kararına

etkisinde illiyet bağı kurulması zor olmakla birlikte, mümkün olabilecek objektif bir yaklaşımla değerlendirilmelidir.

Resmi yargıda ve tahkim yargısında bağımsızlık; adalete uygunluk, hakkaniyet ve tahkim usulüne uygun bir hakem kararı verilmesi bakımından vazgeçilmez bir durumdur. Bağımsızlık, hakem kararının kalitesi bakımından çok önemli bir özellik olma vasfını korumaktadır. Bağımsızlık, tahkim yargısında yargı fonksiyonunun özü bakımından önemli bir nitelik olup bütünsellik göstermektedir. Bağımsızlık, tahkim yargısında iç hukuk bakımından bir iç hukuk politikasının gereği uluslararası hukuk bakımından ise, bir uluslar arası hukuk politikasının önemli bir enstrümanı olarak algılanmalı ve kabul edilmelidir.

2.2. Hakemlerin Bağımsızlığının Tahkim Hükümlerine Etkisi

2.2.1. Hakem Kararının İptali Bakımından

HMK'nun 439/1. maddesine göre, hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası tahkim yerindeki bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür. İptal davası, m. 439/2 ve (7) de düzenlenen sebeplere ve durumlara binaen açılabilir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi hakem kararlarına karşı kanun yolu, iptal davası ve hakem kararlarının icra edilebilir hale gelmesini düzenlemektedir. MTK m. 15/ A , (g)' de tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi iptal nedenleri arasında sayılmıştır. Hakem veya hakemlerin tahkim yargılaması süresince dürüst ve tarafsız davranmak zorunluluğu bulunmaktadır. Taraflar arasında eşitliği ve tarafsızlığı bozarak tarzda tahkim yargılamasının yapılması iptal nedenidir. Taraflara eşit davranılması prensibinden hareketle yargılama süresinde hakem veya hakemlerin tarafsızlığından makul şüpheyi gerektiren durumların varlığı aynı zamanda hakemin reddi nedenlerinden (MTK m. 7/ C ve D) sayılmıştır ("Tahkimin bir güven atmosferinde cereyan edebilmesi, tahkim yargılamasının başladıktan sonra inkitaya uğramaması ve tahkim prosedürü sonunda verilen hakem kararının iptal edilmemesi, hep hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmalarına bağlı olduğu" hakkında bkz. (Kalpsüz, 2010: 55, ayrıca bkz. s. 141); "Taraflara eşit davranılması ilkesi yargılama süresince taraflar arasında usul hukuku bakımından eşitliği ifade eder. Bu ilke hakemlerin taraflı davranışlardan korunmasını ve tarafsızlığını herhalde korumasını gerektirmektedir.". (Akıncı, 1996: 231 den naklen); MTK'nun 7/c maddesinde düzenlenen durumların aynı konunun 15/A maddesinin 1(g) bendi gereği usul ihlali olarak görüldüğü ve iptal sebebi sayıldığı savunulmaktadır. (Kaplan, 2003: 614-615); ICSID hakem kararlarının iptal nedenleri 52. maddede düzenlenmiştir. İptal nedenleri arasında; heyetin uygun bir şekilde oluşturulmadığı, heyet üyelerinden birinin rüşvet aldığı haller ve yargılamanın temel kurallarında ciddi bir şüphe olması gösterilmektedir. İptal sebeplerinin tahdidi olması nedeniyle 52. maddede sayılan sebepler dışında hakem kararı iptal edilemez. Kamu düzenine aykırılık, nedenler arasında sayılmamıştır. (Ekşi, 2009: 69)¹.

2.2.2. Hakemin Sorumluluğu Bakımından

2.2.2.1. HUMK Yönünden

12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı HMK, 01.Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş ve HMK m.450 hükmü ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükten kalkmış olmakla birlikte, konunun HUMK yönünden de değerlendirilmesi gereğinden hareketle; hakemin hakem sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde, uyuşmazlığın taraflarının bu ihlale karşı başvurabileceği hukuki koruma yollarının belirlenmesi önem arz etmektedir. Önemine binaen, öncelikle hakemin yükümlülüklerini ihlal etmesi ve bu ihlalin kapsamının daha yakından incelenmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

Hakem sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ihlali şu hallerde mevcut olabilir; hakemin hakemliği kabulünden önce veya sonra bağımsızlık veya tarafsızlık beyanında bulunması ve hakem kararı verilinceye kadar, sonradan beyanının doğru olmadığını ortaya çıkması, hakemin hakem yargılamasına yönelik faaliyette bulunmaktan kaçınması veya aynı anlama gelebilecek bir davranışta bulunması, hakemin yargılama konusuyla uygunsuz (orantısız) bir şekilde yargılamayı geciktirmesi, hakem kararının verilmesi

¹ Yargıtay kararında; "HMK'nın439/...maddesinde hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilceği, iptal davasının ise tahkim yerindeki mahkemede açılabilceği, HMK'nın410. Maddesinde ise tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkemenin tahkim yeri bölge adliye mahkemesi olduğu düzenlenmiştir. HMK'nın 361. Maddesinde bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyiz kabil nihai kararlar ile, hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temyiz yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca Haziran 2004 tarihinde yürürlüğe giren 6545 Sayılı kanunun 45. Maddesi ile 5235 sayılı Kanunun ... maddesinin ...fıkrası değiştirilerek .../2001 tarihli ve 4686sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara , iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanımaya, tenfizine yönelik davalara asliye ticaret mahkemesinin heyetçe karar vereceği düzenlenmiştir...(Y17.HD,2017/1312 E., 2017/2949K.)

için öngörülen süreyi geçirmesi, hakemin hatalı karar vermesi, iş sırrını açıklaması, uyuşmazlık hakkında hüküm verme görevini yerine getirmemesi.

Yargılama prosedürünün tahkim yargılama usulüne uygun olarak yürütülmesi yükümlülüğünün ihlali halinde, hakemin hukuki durumu ve uyuşmazlığın taraflarının taleplerinin belirlenmesi gereğinden hareketle, akdin müspet ihlali ortaya çıkar.

Hakemin yükümlülüklerini ihlal halinde aleyhine açılacak dava bakımından hakemin aynen hakim ile eşdeğerde özen göstermekle yükümlü olup olmadığı özellik arz eder. Bu sorunun açıklığa kavuşturulabilmesi, her şeyden önce hakimin sorumluluğunun açıklığa kavuşturulmasını gerekli kılar.

Hakimlerin, yargısal faaliyetin icrası sırasında verdikleri zararlardan dolayı, devletin hukuken sorumlu olup olmayacağı sorununun üzerinde öncelikle durulmalıdır. Hakimin bağımsız ve tarafsız kalmasını sağlamak için tabi olacağı ve sorumluluğun kanundaki sınırlayıcı hükümlerden hareketle, hakimin kasıt veya ağır kusurlu faaliyetlerinden şahsen sorumlu olduğu ve dolayısıyla asli olarak devletin sorumlu olmadığı ifade edilmektedir.

Verilmiş, teklif edilmiş veya vaad edilmiş menfaat karşılığı kanuna aykırı hüküm verilmiş olması, diğer bir sorumluluk sebebi olarak düzenlenmiştir. Usul kanunundaki hükümle (HUMK m. 573,I/1) kıyaslandığında her iki hükümde de kasıt arandığından, bu bend de adalete aykırılık aranmamış olması (Postacıoğlu, 1975: 72) bir eksiklik değildir. Manevi unsur bakımından, kanuna aykırı olarak verilen hükmün adalete uygunluğundan söz edilemez (Kanuna aykırı bir işlemin yapılması için verilen rüşvet bakımından manevi unsur bakımından bkz. (Soyaslan, 1996: 201)).

İhkakı haktan istinkaf olunması (HUMK m. 573, I/6) bir yargısal faaliyet olarak hakkın yerine getirilmesinden kaçınma, mahkemelerin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağını düzenleyen anayasal hükme de (A.Y. m. 36) aykırılık teşkil eder. Hüküm vermemek veya yargılama görevinin gereklerini yerine getirmekten kaçınma olarak nitelendirilebilecek olan bu durumun, hangi hallerde söz konusu olabileceği, kanunda (HUMK. m.574) açıklıkla ifade edilmiştir ((Postacıoğlu, 1975: 72-73; HUMK'nun 573. maddesinin 6. bendine göre, hakime karşı tazminat davası açılabilmesi için davadan önce noter vasıtasıyla ihtarname tebliğ ettirilerek (HUMK. m. 575/2) hakimin kaçındığı görevini yapmaya davet edilerek, temerrüde düşürülmesi gerektiği ve bu bend bakımından hakimin kastının aranmadığı hakkında görüş için bkz. (Kuru, 1991: 3944-3945)).

Yabancı hukuklarda hakemin sorumluluğun nasıl düzenlendiğinin tespiti bakımından özellik arzeden Alman hukukuna göre, hakemin sorumluluğu iki açıdan ele alınmaktadır. Özellikle uyuşmazlığın hatalı ele alınması ve değerlendirilmesinin olağanüstü zararlara neden olabileceği üzerinde durulmaktadır.

Kanuna göre (kanunda değişiklikten önce, ZPO §. 1041) usuli hata sonucu mahkeme tarafından hakem kararının iptal edilmesi halinde harcanan zaman ve para, gösterilen çaba sonuç olarak boşa gitmiş olur ve tahkim usulü sonucunda davalı ödemede aciz duruma düşebilir. Bunun sonucunda hakemler kasıtlı veya kusurlu olmalarına göre talep halinde tazminat ödemek zorundadır. Tazminatın hukuki nedeni, medeni hukukun genel ilkeleridir (BGB §. 276). Zarara kusurlu olarak neden olunan hallerde objektif ölçü esas alınır. Kendisinden tazminat talebinde bulunan hakemin gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediği dikkate alınır.

Hakimle hakem kıyaslandığında, bir istisnai durum söz konusudur. Bir hukuki uyuşmazlıkta hakim resmi görevini ihlal etmesi halinde, görevin ihlali bir cezai sorumluluğu getirmesi halinde devletin sorumluluğu ortaya çıkar. Hakimlerin bu imtiyazlı durumu hakemlere doğrudan uygulanmaz. Çünkü hakemlerin görevi resmi görev değildir.

Alman hukukunda İmparatorluk Yüksek Mahkemesi, hakemlere akdi olarak verilen statü gereği, hakemin sorumluluğunu hakim de olduğu gibi sınırlandırmıştır ((Schütze, Tschering & Wais, 1990: 123 dn 101); Doktrine göre; genel olarak borçlar hukukundaki belirli genel esaslar (prensipler) sorumluluğun sınırlandırılması (BGB §. 839/II) bakımından geçerli olmakla birlikte hakemin sorumluluğunun sınırlandırılması zımni olarak kararlaştırılmaz. (Thomas, Putzo, 1995) § 1025 Nr 10; Kanuna göre (BGB §. 839) hakem sözleşmesi bakımından hakemin sorumluluğunun "sınırlı sorumluluk" olması isabetli ve mantıklıdır. Kanuna göre (BGB §. 276) genel olarak borç sözleşmelerinde sorumluluğun kesin olarak belirlenmesi gerekir. Bunun tahkim bakımından anlamı, hakemin de kanuna göre (BGB §. 276) sorumlu tutulabilir olmasıdır. (Hausmann, 1979: 88.). Sorumluluğun sınırlandırılmasının sebebi olarak şu hususlar gösterilmektedir. Buna göre hakem, karmaşık ve giderler itibariyle pahalı bir hukuki ihtilafta hakem kararında iddia edilen hatadan dolayı, kendini mağdur hisseden tarafla alakalandırılmaktan çekinmesi veya

endişesi nedeniyle tarafsız karar veremez. Taraflar hakeme hukuki ihtilaf hakkında bir mahkeme gibi tarafsız hüküm verebilmesi için görev veriliyorsa, hakemler hakimden daha ağır (büyük) bir sorumluluk yüklenmemelidir (Doktrinde hakem, hakem kararına yönelik faaliyetlerinde ihmalden ve kusurundan sorumlu olmadığı ifade edilmektedir. ((Bernhardt, 1968: 340); Hakem sözleşmesi hakemin görevini sonuçlandırması, uyuşmazlığı çözmesi ile sona erer, ayrıca tahkim sözleşmesinin hükümden düşmesi de sona erme sebebidir. Önemli sebeplerin bulunmaması halinde fesih yasal olmadığından zamansız veya uygun olmayan zamanda hakem sözleşmesinin hakem tarafından feshi halinde hakemin tazmin yükümlülüğü (BGB §. 627, II, 671, II) ortaya çıkar. (Bruns, 1979: 495); Her iki taraf ve hakem her zaman hakem sözleşmesini fesh edebilirler. Hakem önemli sebepler olmaksızın hakem sözleşmesini fesh etmesi halinde tarafların zararlarını tazminle yükümlüdür. Hakemin esaslı yükümlülüğü, yargılama usulünün icrası ve hakem kararının verilmesi yükümlülüğüdür. Yargılama faaliyeti çerçevesinde hakem ağır kusurundan yalnızca kasıtlı olması halinde sorumludur. (Lent & Jauernig, 1972: 275)).

Alman Federal Mahkemesi de İmparatorluk Yüksek Mahkemesinin kararını benimsemiştir (Karar için bkz. (Schütze, Tscherning & Wais, 1990: 123 dn. 103). Bir görüşe göre, devlet hakimi yargılama usulü sırasında, devlet memuru olarak karar verir. Taraflarla ücret ilişkisi yoktur. Hakimin yargısal faaliyetlerinden doğan şahsi sorumluluğu bulunmamaktadır (BGB §. 839). Buna karşılık hakem sözleşmesinin taraf olarak, taraflar ve hakemler ortak bir ilişki içindedirler. Taraflarla hakemlerin yükümlülükleri, hakem sözleşmesinin kurulması sonucunda ortaya çıkar. Hakemler bütün hakemlik faaliyeti süresince iyiniyetli, özenli ve dikkatli olmak durumunda bulduklarından yükümlülükleri ve sorumlulukları da bulunmaktadır (Blomeyer, 1985: 748-749)).

Alman hukukunda hakemler, karar verme yönündeki faaliyetlerinde veya kararın alınmasında hükmün içeriği bakımından esas alına hususların bulunması için alınan tedbirlerde görevin ihlal edilmesi ve bu ihlalin cezai sorumluluğu gerektirmesi halinde hakemin ayrıca cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Menfaat sağlama, rüşvet, yolsuzluk halinde bu durum söz konusudur (Hakemin hakemlik faaliyetini korkusuzca ve çekinmeden icra edebilmesi için hakem bir taraftan diğer tarafın aleyhine olarak karar vereceğini belirterek hakemlik ücreti istemesi, vaad ettirmesi veya kabul etmesi halinde bu ücret ceza hukuku hükümleri (stGB §. 331-334) anlamında bir avantajdır. Ayrıca hakem kararının verilmesinde diğer tarafın lehine ve aleyhine hukukun yanlış uygulanması, yolsuzluk yapılması gibi haksız durumlarda cezalandırılan hakem bütün bu vakıalar bakımından, sübjektif açıdan yalnızca “kasıtlı davranış” cezai sorumluluğu gerektirir. Kusur, bilgisizlik, kararlaştırılan veya kanunda yer alan hükmün yanlış yorumlanmasının cezalandırılabilir olmaması Alman hukukunda hakemin cezai sorumluluğu bakımından dikkat çekicidir. Bkz. (Schütze, Tscherning & Wais, 1990: 124)).

İsviçre hukukunda değişiklikten önce, hakimin hukuki sorumluluğunun son derece sınırlandırıldığı görülmektedir. Örneğin Zürih Kantonunda hakimin resmi görevlerini ihlali halinde sorumluluğu, olağanüstü derecede sınırlandırılmıştır. Şeklen geçerli olan kararların kanuna uygunluğu hakimin sorumluluğunda esas alınmaz. Hakimin verdiği kararda hataya düşmesi halinde bu karar hakimin sorumluluğu bakımından inceleme konusu yapılmamaktadır (İsviçre’de İsviçre kanunlarına göre; Kantonlar açıkça Konfederasyon’un yetkisi dahilinde olmayan tüm hakları kullanabilme yetkilerine sahip bulunmaktadır. Her Kantonun 2010 sonuna kadar kendi iç Hukuk Muhakemeleri Kanunu bulunmaktadır. Kantonların muhakeme (usul) hükümleri temelde bazı yönlerden farklılık göstermektedir. Kantonlar arasında mevzuatın bölünmesi maddi hukukun ve usul hukukunun tek bir şekilde bütünlük içinde uygulanmasını, avukatların hareketliliğini ve medeni yargılama hukukunun daha da gelişmesini engellediği düşüncesinden yola çıkılarak, 1999 yılında birleşik İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu hazırlıklarına başlanmış ve 19 Aralık 2008 de Federal Meclis tarafından kabul edilmiş ve 1 Ocak 2011 de yürürlüğe girmiştir. İsviçre’deki 26 Kantonun Medeni Yargılama Kanunlarının yerini böylece, 19 Aralık 2008 tarihli İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu (S,ZPO) almıştır. (Vogt, 1989: 145).

İsviçre doktrinde değişiklikten önce, hakimin bütün hatalarının yasal sorumluluk dışında tutulup tutulmamasının mümkün olup olmadığı üzerinde durulmaktadır. Hakimin vermiş olduğu hükümden, kanuna uygunluk yönünden sorumlu tutulamamasının aynı zamanda kararın oluşum safhasında kanuna uygunluğunun incelenmeyeceği sonucuna, kayıtsız şartsız varılıp varılmayacağına ilişkin olarak Walder (Vogt, 1989: 145-146); maddi anlamda kesin hüküm prensinden hareketle hükmün kendisini değil onun oluşum şeklini ve tarzını esas almakla birlikte, hakimin delilleri takdiri ve maddi hakikatin bulunmasına ilişkin olmayan özen yükümlülüğünün ihlalden dolayı sorumlu tutmanın mümkün olup olmadığını gündeme getirmektedir. Buna göre hakimin özen borcunu ihlal ederek bariz hatalar bakımından kanuna aykırı olarak zararın artmasından dolayı ve ayrıca yargılamada ihmali sebebi ile doğan zarardan, özen

borcunun ihlali ile zarar arasında, uygun illiyet bağının bulunması kaydıyla sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır (Walder'in görüşünün hem vatandaşların adalete olan güvenini, hem de hakimin sorumluluk hissini kuvvetlendirilmesine katkıda bulunması, ayrıca Zürih Kantonu dışındaki Kantonların yasalarında hakimin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin delillerin takdiri ve asıl ihtilafın çözümünün de dahil olduğu hakimin çeşitli davranışlarının da sorumluluğa tabi tutulması isabetli olmamakla birlikte, çeşitli Kantonların sorumluluğa ilişkin hükümlerini birbirine yaklaştırmak bakımından bu görüşün isabetli olduğu savunulmaktadır. (Vogt, 1989: 146).

İsviçre'de tahkim kurallarını birbirleriyle uyumlu hale getirmek için kantonların (Basel, Bern, Cenevre, Neuchâtel, Ticino, Vaud ve Zürih) Ticaret ve Sanayi Odaları, önceki kuralların yerine geçmek üzere 2004'te İsviçre Uluslararası Tahkim Kurallarını kabul etmişlerdir. İsviçre Uluslararası tahkim kuralları - İsviçre Kuralları- (Swiss Rules Of International Arbitration – Swiss Rules-) 1 Haziran 2012 de yürürlüğe girmiştir. İsviçre Uluslararası Tahkim Kurallarının 1. maddesinde tahkim şartı başlığı altında; sözleşmenin geçersizliği, hükümsüzlüğü, ihlali veya sözleşmenin feshi halleri de dahil olmak üzere, sözleşmeden kaynaklanana veya sözleşme ile bağlantılı her türlü uyuşmazlık, ihtilaf veya talep İsviçre Uluslararası Tahkim Kuralları uyarınca Tahkim Bildirimi'nin sunulduğu tarihte yürürlükte olan, İsviçre Odaları Tahkim Kurumu'nun (Swiss Chambers Of International Institution) İsviçre Uluslararası Tahkim Kurallarına uygun olarak tahkim yoluyla çözüleceği düzenlenmiştir.

İsviçre Uluslararası Tahkim Kuralları'nın 45. maddesinde sorumluluğun dışında bırakma başlığı altında; ‘‘ Gerek İsviçre Odaları Tahkim Kurumu yönetim kurulu üyeleri, mahkeme üyeleri ve sekreterlik, her bir oda yada personelleri, hakemler, hakem heyetince atanan bilirkişiler gerekse hakem heyeti sekreteri, iş bu kurallar uyarınca yürütülmüş olan tahkim ile bağlantılı hiçbir eylem veya ihmalinden dolayı söz konusu eylem veya ihmal, kasten veya ağır ihmal sonucu olarak yapılmış olmadıkça sorumlu tutulmayacaktır’’ düzenlemesine yer verilmiştir.

İsviçre doktrininde değişiklikten önce, hakimin sorumluluğundan hareketle, hakemin hukuki sorumluluğu bakımından şu sonuçlara varılmaktadır. Buna göre hakem kural olarak, kanuna aykırı ve ağır kusurlu davranışı ile zarara neden olması ve uygun illiyet bağının varlığı halinde hakem sorumludur. Delillerin takdiri ve asıl ihtilafın çözümü sorumluluk bakımından istisnadır (27 Mart 1969 tarihli ve 1 Mayıs 1970 de yürürlüğe giren , ancak daha sonra yürürlükten kalkan Concordat m. 36/I-f ye göre; hakem kararının açıkça olaylara aykırı tespitlere dayanması veya hukuku ve hakkaniyeti açıkça ihlal etmesi ve kararın keyfi olarak alınması halinde iptal veya itirazı sonucu kaldırılması durumunda, hatalı bir hakem kararının varlığının söz konusu olduğu, hakemin dosyanın önemli kısımlarını dikkate almamış olduğu durumlarda, hakemin zaman ve para olarak zarar vermiş olacağı, ayrıca hakem kararına iptali ile iş ilişkileri zaman itibarıyla gecikmiş (ertelenmiş) olacağından, zararın doğmasının muhtemel olması ve bu durumdan dolayı hakemin sorumlu olacağı ifade edilmektedir. (Vogt, 1989: 147)).

Hakemin tam olarak dava dosyasını incelememesi nedeniyle İsviçre Borçlar Kanununun 398. maddesinden (BK m. 390) kaynaklanan, ve uyuşmazlığın taraflarının çıkarını koruyan özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olacağından, kanuna aykırılık teşkil eder. Bu halde hakemin ağır kusuru olduğu sonucuna varılmaktadır. Hakemin dosyanın önemli kısımlarını göz ardı etmesi, yükümlülüğün ağır şekilde ihlalidir. Dava dosyasının tam olarak incelenmemesi, diğer yönüyle gene hayat tecrübelerine göre geçersizliğin zaman ve para giderine neden olması hakem için önceden öngörülebilecek hususlardır. Bu durum da hakemin davranışları ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı kabul edilmekte ve hakemin oluşan zarardan sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir (Hükümsüzlük nedeniyle yargılamanın gerektirdiği masrafların hakemden talep edileceği, hakemin ifa menfaat ölçüsünde zararı tazminle mükellef olduğu savunulmaktadır. (Vogt, 1989: 148; Hofstetter 1979: 95; Rüede, 1980: 158); Hakemlerin hakemlik görevinin yerine getirilmesinden dolayı, her iki tarafa karşı sorumlu oldukları hakkında bkz. (Habscheid, 1990: 50)).

ICC Tahkim Kuralları'nın 34. maddesine göre; ne hakemler ne de Divan üyeleri ICC ve çalışanları ve ICC Milli Komitesi, tahkim ile ilgili herhangi bir olay veya ihmal nedeniyle herhangi bir şahsa karşı sorumlu değildir. Hakemler her türlü kasıt ve kusurlarından sorumlu değildir. Hakemler için istisnasız sorumsuzluk esası geçerlidir.

Hukukumuzda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda² taraflarla hakemler arasındaki ilişkinin akdi nitelikte olduğu, dolayısıyla taraflarla hakemler arasındaki hukuki ilişkinin vekalet akdine tabi

² Karara göre ‘‘...Vekilin sorumluluğu anılan kanunun (BK) 390/1 nci maddesi gereğince genel olarak işçinin sorumluluğuna ait hükümlere tabidir. Vekil müvekkile karşı vekaleti iyi bir surette ifa ile yükümlüdür. İşçinin sorumluluğuna ilişkin 32. Madde hükmüne göre işçi kasıt veya ihmal ve dikkatsizlik ile iş sahibine iade ettiği zarardan sorumlu kılınmıştır...Bu hizmeti matlub şekilde ifa etmemelerinde kendilerinin bir kasıt veya ihmali

olduğu ve hakemlerin hakemlik görevini istenildiği gibi ifa etmemeleri, ve hakemlerin kasıt veya ihmal veya tedbirsizliği nedeniyle Borçlar Kanununun vekalet akdine ilişkin 386 vd. maddelerine göre ve özellikle Borçlar Kanununun 390. maddesinin 1. fıkrası gereğince işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olacağı ifade edilmiştir.

2.2.2.2. Diğer Kanunlar ve Tahkim Hükümleri Bakımından

Hakemlik görevinin kabulünden önce veya hakem kurulu kararı verilinceye kadar, hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusundaki beyanlarının gerçek dışı, doğru olmaması üzerine bu nedenlerden zarar gören taraf veya tarafların hakem veya hakemlerden tazminat talebinde bulunma hakkı vermesi bakımından konu önem arz etmektedir.

HUMK da hakemlerin sorumluluğuna ilişkin hükme yer verilmemiş olmasına rağmen HMK da (m. 419) hakemlerin sorumluluğu "Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yargılamasında görevi kabul eden hakem haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, tarafların bu nedenle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür." şeklinde düzenlenmiştir (HMK'nun 419.maddesinin hükümet gerekçesinde "Maddede hakem veya hakem kurulunun sorumluluğu görevi kabul edip görevi yerine getirmemiş olmaması hali ile sınırlandırılmış, böylelikle görevin sorumluluk davası tehdidi olmaksızın yapılması sağlanmıştır" ifadesine yer verilmiştir). Kanun gerekçesinden de anlaşıldığı üzere kanun koyucunun hakimin sorumluluğuna ilişkin iradesi ve amacı sınırlı sorumluluk esasının belirlenmesi ve hakimlik görevinin sorumluluk davası tehdidi olmaksızın yapılmasının sağlanmasıdır (Hakemin sorumluluğunun sadece görevi kabul edip yerine getirilmemiş olma hali ile sınırlı olduğu hakemin konusu suç teşkil eden fiiller dışında başkaca hiçbir hukuki sorumluluğu bulunmadığı hakkında bkz. (Yılmaz, 2017: 3654): hakemlere yargı muafiyeti tanınarak korunması gerektiğinden hareketle kanundaki (HMK m. 419) düzenlemenin eksik olduğu kanunda sayılanlar dışında vekilin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı hakkında bkz. (Pekcanitez, 2017: 2698); hakimler hakkında tazminat davası açılmasını gerektiren nedenlerin kıyasen hakemlerin sorumluluğu içinde uygulanabileceği hakkında bkz. (Karadaş, 2013: 152); Kanunun (HMK m. 419) maddesinin emredici nitelikte olmadığından hareketle sözleşmeye hüküm konulmak veya atıf yapmak yoluyla, tahkim merkezi kurallarıyla veya tahkim sözleşmesine konulacak hükümlerle ilgili hükmün (HMK m. 419) bertaraf edilebileceği ve HMK daki (HMK m. 419) yerine Avusturya Medeni Usul Kanunundaki (m. 584/2) "görevlerini haklı bir sebep olmaksızın usulüne uygun bir şekilde yerine getirmemeleri" ifadesinin HMK ya konulmasının daha isabetli olacağı hakkında bkz. (Ekşi, 2013: 166).

Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre (m. 4/E) "Taraflara aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yargılamasında görevi kabul eden hakem, haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde tarafların bir nedenle uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür. Hakemlerin sorumluluğu bakımından, yargı muafiyetin tanınması ve uygulanabilirliği istinasız değildir. Bu anlamda hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin beyan yükümlülüklerinin ihlali hakemin hukuki sorumluluğunu gerektirir (Doktrinde bir görüşe göre, özellikle hakemin tarafsız ve bağımsızlığına ilişkin beyan yükümlülüğüne uymaması veya hakemin tahkim yargılaması ile ilgili kötü niyetli, kasıt veya hileli davranışlarının varlığı hakemin sorumluluğunu gerektirir. (Yeşilirmak, 2011: 100); Hakemin tarafsızlık ve bağımsızlık beyanında bulunmasına rağmen, sonradan beyanının doğru olmadığına ortaya çıkması hallerinde, tarafların yanıltılmaları ve aldatılmaları onların zarara uğramalarına neden olmuşsa, hakemin doğan zararı tazminle yükümlü olacağı hukukunda bkz. (Kalpsüz, 2010: 58); Hakemlerin yetkileri ve sorumlulukları hakkında bkz: (Erdoğan, 2004: 211)).

UNCITRAL Model Kanunda ve ICC Tahkim Kurallarında hakemin değiştirilmesi ihtimali öngörülmekle birlikte, hakemin geçerli bir nedenin var olmamasına rağmen görevi yerine getirmekten kaçınma hali ve doğabilecek tazminat sorumluluğu açıkça düzenlenmiş değildir.

2.2.3. Hakem Kararının Verilmesi ve Tenfizi Bakımından

Yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi için yabancı hakem kararının tenfize engel bir durumun bulunmaması aranmamaktadır. New York Sözleşmesi gereği hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili olarak New York Sözleşmesinin V/5 maddesine göre; "Aleyhine hakem hükmü dermeyan olunan taraf hakemin tayininden ve hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olur, yahutta diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame etmek imkanını elde edememiş bulunması" hakem kararının tenfizi

veya tedbirsizliği bahis konusu olursa o halde iş sahibine verdikleri zarardan sorumlu olacaklardır." (YİBK, 6.12.1969, 69/866: RKD 1970/5 s. 125-127). Bkz. 5-s. 73 dn 11.

kanunda yapılacak talebin reddi söz konusu olabilecektir. Bu maddenin içeriğini teşkil eden hüküm adil yargılanma hakkının ihlali anlamında yorumlanabilir. Adil yargılanma hakkının ihlali, hakem kararının tenfizine engel bir durumdur. Hakem kararını tenfizine engel bir diğer durum da "usule uygulanacak kurallara aykırılıktır." Gerek tahkim usulüne aykırılık gerekse adil yargılanma hakkının ihlalinin birbirleriyle bağlantılı olması ve bir iki halde de hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını yitirmesi sonucu usul ihlalinde bulunması veya bu konuda makul şüphenin varlığı bir anlamda usul ihlalleri olarak değerlendirilebilir ("Tahkim yargılamasında eksik tebligat hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığına ilişkin şüphe hali, iddia ve savunmada bulunma yasağına ilişkin usul ihlalleri ve hakem kararlarının düzenlenmesi ve bağlayıcılığına ilişkin olanların en sık görülen usul ihlalleri olduğu hakkında bkz. (Akıncı, 2007): 279 dan naklen. Hakemin tarafsızlığı ilkesinin etkisinin hakemin reddi veya uyuşmazlığı çözmesine ilişkin yasaktan başka hakem kararın tenfizinde de söz konusu olması söz konusu ilkenin ihlali halinde kamu düzenine aykırılığın söz konusu olacağı ve bu nedenle hake kararının tenfizinin engellenebileceği hakemin tarafsızlığına ilişkin itirazların kamu düzenine ilişkin olduğu hakkında bkz (Akıncı, 1996: 168); tarafsız ve bağımsız olmayan hakemce verilen kararın iptal edilebileceği veya kararın tanıma tenfizine karşı konulabileceği hakkında bkz (Yeşilirmak, 2011: 94). Tenfizi istenen hakem kararının tanınması ve tenfizi tenfiz talebinde bulunulan devletin kamu düzeni kurallarına aykırı olması halinde tenfiz mahkemesi hakimi tarafından re'sen göz önünde bulundurulacağı iddia ve ispat halinde veya mahkeme tarafından tespit olunan hallerde mahkemenin tanıma ve tenfiz talebini reddedebilme yetkisine haiz olduğu hakkında bkz. (Kalpsüz, 2007: 23); Newyork Sözleşmesinin v/b maddesi gereği tarafların adil yargılanma hakkının gözetilmemesinin hakem kararının tenfizine engel bir durumun olarak sayıldığı ,hakem kararının tenfizi isteminin reddedilebileceği savunulmaktadır. Bkz. (Akıncı, 2007: 35); Ağır usul ihlallerinin kamu düzenine etkisi hakkında bkz. (Ruhi & Kaplan, 2002: 660))³.

New York Sözleşmesinin V/2 a maddesi, hakem kararının tenfizi istenen ülkenin kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi hakem kararının tenfizine engel bir durumdur. Doktrinde ⁴hakem kararının kamu düzenine aykırı olması hali usule ilişkin kamu düzeni ihlali olduğu savunulmaktadır.

2.2.4. Hakem veya Hakemlerin Tayini Bakımından

2.2.4.1. HUMK Bakımından

Taraflarca seçilen hakemler, oybirliğiyle bir başka kimseyi üçüncü hakem olarak seçebilirler hakem tayin eden taraf için, diğer tarafa tayin konusunda ihbarda (bildirimde) bulunulması yükümlülüğü öngörülmemesine rağmen, hakemini tayin eden taraf diğer tarafı tayin işleminin icra edildiği konusunda bilgilendirmelidir. Bu yöndeki irade beyanının karşı tarafa bildirilmesi hakem tayin işlemi için gereklidir, ancak tayin şartı değildir. Tayin işleminin şartı, hakem adayının hakemlik görevini kabul ettiğine dair beyandır (Rüede & Hadenfeldt, 1980: 109; Baumgartner, 1981: 160).

Hakem mahkemesi başkanı olarak seçilen kimse, görevi kabul ettiği anda tayin işlemi tamamlanır. Tayin işleminin tam olarak yapılmasının şartı, hakem olarak başkanlık görevinin kabulüdür. Hakemlerin seçtikleri

³ Yargıtay kararında; "Kararı vermiş bulunan hakem veya hakemlerin tarafsızlığı hakkında şüphe yaratacak unsurların bulunması genel ahlaka ve kamu düzenine aykırılık sebebiyle hakem kararının tenfizi engelleyebilir(...) ise de davaya konu uyuşmazlıkta hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığını ortadan kaldıracak somut veriler ortaya konulmadan ve davalı tarafın bu hususa yönelik 28.02.2012 tarihinde yaptığı itirazın, ICC Divanı tarafından 04...2012 tarihinde reddedildiği nazara alınmadan mahkemece davacı firma ...firması olup, tek hakem olarak atanan hakemin ise ...nin..Kantonundan olduğu , bu durum tarafların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle tenfiz talebinin reddine karar verilmesi de doğru görülmemiştir..." (Y.11.HD,2015/11441E., 2016/8701 K.)

⁴ İsviçre hukukunda yabancı ülkede verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzeninin etkisi bakımından davada tarafların eşitliği ve hakemlerin tarafsızlığı ilkesinin kamu düzeninden olduğu ve bu konuda kuşku bulunmadığı hakkında bkz. DAYINLARLI, Kemal: Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara, 1994, s. 95, Konuyla ilgili İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. S. 95 dn (221); "Hakemlerin bağımsızlığı, kamu düzeniyle yakından ilgili bir konudur. Bu sebeple hakemlerin bağımsız olmadığı hakem kararları kamu düzenimize aykırı olabilecektir. Tıpkı mahkemeler gibi, Anayasanın 138/II. maddesi uyarınca hiçbir organ, makam, merci veya kişinin kendilerine açılan davayı karara bağlarken hakemlere emir ve talimat verememesi tavsiye ve telkinde bulunamaması gerekir. Aksi halde hakemlerin verdikleri karar kamu düzenine aykırı olur ve böyle bir yabancı hakem kararının tenfizi talebi reddedilir." AKINCI, s. 288 den naklen. Hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı prensibinden hareketle, hakem kararının kamu düzenine aykırı olması halinde uyuşmazlığın taraflardan birinin hakemliği ile çözülmüş olması halinde kararın yok hükmünde olduğu bu şekilde verilmiş yabancı bir hakem kararının Türkiye'de tenfizi talebinin Newyork Sözleşmesinin m. U/2 (b) ye göre reddi gerekeceği hakkında bkz. KALPSÜZ, Milletlerarası Tahkim, s. 58; Berber, Leyla Keser: Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim sorunu, 1. Baskı, haziran 1999, s.91 "Kamu düzenine aykırılığın somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle ve hakem kararında etkisini gösterdiği durumlarda dikkate alınmasının yerinde olacağı hakkında bkz. AKINCI, Ziya: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara, 1994, s. 198-199. Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerinin ihlalinin kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği, yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizine engel bir durum olduğu, ancak ihlale ilişkin her şüphenin yeterli olmadığı, bağımsızlık ve tarafsızlığı zedeleyen durumların mutlak olarak kararın içeriğine yansımış olması ve kararda somutlaşmış olmasının aranması gerektiği hakkında bkz.TANRIVER, Süha: Yabancı Hakem kararlarının Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, MHB Yıl 17-18, 1997-1998, s. 481, 483-48, konuyla ilgili yerli ve yabancı literatür için ayrıca bkz. s. 481 dn 47-56; Hakemin bağımsızlığının Avrupa hukuk sistemlerinde usul hukukuna ait bir kamu düzeni konusu olarak kabul edildiği, tarafsız yargılanma prensibine yönelik ihlalin varlığı ve bu ihlalin somut olay ve belirtilerini taşıması halinde, kamu düzeni müdahalesiyle yabancı hakem kararının tenfizinin engellenebileceği hakkında bkz. NOMER, Ergin: Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, s. 568-569.

başkanı taraflara bildirmeleri, tayin işleminin tamamlanması için zorunlu değildir, ancak başkanın kendisini seçen hakemlere hakemliği kabul beyanını bildirmesi gerekir.

Başkanın tayini nedeniyle taraflardan biri aleyhine sakıncalı bir durumun (Schwab, 1976: 502) ortaya çıkması tehlikesi ihtimal dahilinde olması halinde bildirilebilir. Örneğin başkanın bağımsızlığını etkileyecek nedenler bildirilmelidir, ancak bu durum yalnızca yükümlülük olabilir. İşlemin tamamlanmasının şartı değildir. Taraflarca tayin edilen hakemler, müşterek olarak hakemi seçtiklerinden, dolayısıyla böyle bir risk muhtemel olmamalıdır, çünkü hakemler uyuşmazlığın her iki tarafının yararlarını dikkate alıp dengeleyebilecek bir kimseyi başkan olarak tayin edecekleri farz edilmektedir. Sonuç olarak başkanın tayini kabul ile, tayin işlemi tamamlanmış olur. Taraflara bildirim, işlemin tamamlanmasının şartı değildir (Baumgartner, 1981: 160. Rüede & Hadenfeldt, 1980: 116).

Uyuşmazlığın bir tarafıyla sözleşme ilişkisi içine girmekle birlikte her iki tarafın karşısında bulunan hakem, her iki tarafa karşı eşdeğerde hak sahibi ve yükümlüdür. Hakem, gerek taraflardan biri tarafından seçilmiş olsun gerekse her iki tarafça seçilmiş olsun taraf veya taraflarca seçilmiş olması nazara alınmaksızın hakem, taraflara karşı eşdeğerde hak ve yükümlülük altındadır (Rüede & Hadenfeldt, 1980: 148; Bratschi & Briner, 1976: 102).

Hakemin yalnızca kendisini tayin eden tarafla sözleşme ilişkisi içinde olduğu kabul edilmesi halinde, yalnızca ona karşı hak ve yükümlülük sahibi olması algısını beraberinde getirebilir. Bu durumda taraf, sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu hakeme karşı ücret ödemekle yükümlü olur. Bunun sonucu olarak hakem kendisi ile sözleşme ilişkisi olan tarafa karşı mali taleplerini riske atmamak için tarafın hak ve menfaatlerini gözetme ihtimali dahi, hakemin tarafsız ve bağımsızlığıyla bağdaştırılmaz. Bu durum, hakemin yükümlülüklerini taraflardan bağımsız olarak yerine getirmesi esasına ters düşer (Strieder, 1984: 44).

Kanımızca hakemin her bir tarafla akdi ilişki içinde olması ve taraflar arasında bu konuda önceden sözleşmeye hüküm konulmaması ve bunun sonucu olarak taraflardan her birine karşı eşdeğerde hak ve yükümlülük sahibi olmasını gerektirir. Böylece hakemin mali talepleri her iki tarafa karşı olacağından, hakemin her iki tarafa eşit olmayan bir şekilde hareket etmesini gerektirecek neden kalmayacaktır. Hakemin taraflara karşı mali talepleri eşit ölçüde olacağından, hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı mali risklere karşı iki yönüyle de dengelenmiş olacaktır. Hakemin taraflara karşı eşdeğerde hak ve yükümlülük altında olması, hakemin tarafsız ve bağımsız hareket etmesine bir ölçüde hizmet eder.

ICC Tahkim Divanının, Divan ile hakemler arasındaki ilişkiler bakımından hakemin bağımsızlığını ortadan kaldıracak biçimde yetkisini kullanıp kullanamayacağı özellik arz eden bir durumdur. Divanın görev ve yetkilerinin sınırı Tahkim Divanı İç Kuralları ile belirlenmiştir. Buna göre Tahkim Divanı, uyuşmazlıkları kendisi çözemez. Tahkim Divan üyeleri ve başkanı tahkim davasında hakem olarak hareket edemezler. Tahkim Divanı, hakem olarak Divan üyelerini ve başkan yardımcısını hakem olarak tayin edemez.(ICC-İç Kurallar m.2/2).Tahkim Divanının başkan, başkan yardımcısı ve üyeleri hakem mahkemesi önündeki yargılamaya ilişkin görüşmelere, hakem mahkemesi kararlarına katılmaktan kaçınmak zorundadırlar ve bu kişiler, yargılamaya ilişkin herhangi bir bilgi ve belge alamazlar.(ICC-İç Kurallar m.2/4-5)

Hakem kararlarının Divanın onayına sunulması zorunluluğu, hakemin karar verme serbestini etkileyip etkilemediği, ICC Tahkim Divanının hakem kararı üzerindeki sınırlı da olsa inceleme yetkisinin kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği sorununu da bünyesinde taşımaktadır. Doktrinde ICC Tahkim Divanının yetkisinin, uyuşmazlığın esası hakkındaki nihai kararı kapsamadığı, hakem kararının tenfizinde başarılı sonuç elde etmeye yönelik bir inceleme olduğu ifade edilmekle birlikte (Görüşler hakkında bkz. (Nomer, 1984: 30; Şanlı, 1986: 1). Bir görüşe göre "Her ne kadar müesseseseleşmiş olarak nitelediğimiz talimat verme yetkisi bir veto unsurunu içeriyorsa da böyle bir talimat verilmemişse hakemin maddi açıdan bağımsızlığını koruduğunu kabullenmek gerekir. Hakemin bu konuda karar verirken tahkim denetleme makamının görüşlerine önemli ölçüde dikkate ederek bu doğrultuda karar vermeye eğilimli olacağı düşüncesi tek başına verilen hükmün kamu düzenine aykırı olduğu sonucunu doğurmaz." SCHLOSSER-Maddi Bağımsızlığı, s. 16), çoğunluk görüşü ICC Tahkim Kurallarının Türk kamu düzenine aykırı olmadığı yönündedir (Görüşler hakkında bkz. (Nomer, 1984: 462, dn 256; OKÇUOĞLU, 1991: 525; Şanlı, 1986: 82; Akıncı, 1994:171; Dayınlarlı, 1994: 64; Ökcün: 1967).

Kanımızca hakem mahkemesince verilen hükümlerin herhangi bir makamın onayına ve talimatına bağımlı olmaması, hakemin bağımsızlığı ilkesinin bir güvencesidir. Her türlü talimattan bağımsızlık, yargılamanın özüne daha uygundur. Kişisel veya resmi tavsiyeler yargılamanın esasını etkilememelidir.

Resmi yargıyla tahkim yargısı kıyaslandığında, biri için geçerli olan esas ve usullerin diğeri içinde mutlak olarak geçerli olması her iki yargılama usulünün yapısı, özelliği ve amacına uygunluk göstermez. Hakemin bağımsızlığının hakim bağımsızlığı ile kıyaslanması ve hakim bağımsızlığının kısmen daha esnek ölçüler içinde değerlendirilmesi gereğini, tarafların tahkim yargılamasını serbest iradesi ile seçmesi esası ortaya koyar. Yargılamanın özüne ilişkin olmayan ve yargılamanın temel prensiplerini zedelemeyen (etkilemeyen) etkiler, hakim bağımsızlığı kavramı dışında tutularak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda hakim tarafsızlığında, hukuk devletinin yargılama ilkelerine aykırı olmayan ve milletlerarası kamu düzenini ihlal etmeyen durumlar⁵, hakem kararının tarafsızlığını ve dolayısıyla hakem bağımsızlığını etkilemez.

Hakem mahkemesinin verdiği hükme etkisi olmayan ve hakem kararının geçerli olduğu durumlarda, hakem bağımsızlığının korunduğunun kabulü gerekir. Hakem kararının verilmesinde bir milletlerarası tahkim kurumunun, uyumsuzluğun taraflarının amacına ve menfaatlerine hizmet eden usule ilişkin esasların belirlenmesi ve yukarıda ifade edilen ilkelere de uygunluk ölçüsünde kullanılması hakem bağımsızlığına aykırılık oluşturmaz.

Hakemlerin tarafların onayıyla azledilmeleri, hakemlerden birinin ret veya istifa (çekilme) nedeniyle hakemlik faaliyetini sürdürememeleri halinde, yerlerine seçilecek hakemlerin seçim usulüne ilişkin bir düzenlemeye kanunda açıkça yer verilmiş değildir. Usul kanununun 522.maddesine göre “Tahkim müddeti iki tarafın muvafakatı olmadıkça hakemler azlolunamazlar. Hakemlerden biri ret veya istifa sebebiyle ayrılırsa yerine diğeri intihap olunur. Bu halde hakim tahkim müddetini temdit edebilir.”

Hakemlerin hakimler gibi tarafsız olması gereğinden hareketle “hakemler, reddi hakim sebeplerine (m.28,29) müsteniden reddolunabilir” hükmüne yer verilmeyle, kanun hakemlerin reddinde hakimlerin reddi sebeplerine atıf (yollama) yapmaktadır.

Alman hukukunda kanun değişikliğinden önce (ZPO §.1032,I) hakimlerin reddi hakkındaki sebepler ve şartlara göre, reddedilebilir olan hakemin sorumluluklarını yerine getirmeyi sebepsiz olarak geciktirmesi halinde de reddedilebileceği, ayrıca küçükler, sağır, dilsizler, kamu haklarından yoksun bulunan kimselerinde reddolunabileceğine ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir. Alman hukukunda kabul edilen yeni hükümle hakemin ret ve ret usulü kanundaki düzenlemeden farklı esaslardan hareketle, tahkimin amacı ve taraf iradeleri dikkate alınarak, yeni hükümler kabul edilmiştir (ZPO §.1036, §.1037).

Kanımızca kanundaki (HUMK) hükümler hakkında hakemin davaya bakmaktan memnuiyet sebeplerine yer verilmemiş olmakla birlikte, memnuiyet sebepleri ret sebeplerine göre hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı bakımından birinci derece de etkili nedenler olarak kabul edilmesi gereğinden hareketle, memnuiyet sebepleri halinin de hakemin reddi sebepleri olarak esas alınması gerekir (Postacıoğlu, 1975: 795; Alangoya, 1973: 121). Hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığının sağlanması ve korunmasına yönelik modern ve esaslı hükümler içeren ICC Tahkim Kurallarının 7. maddesine göre, her hakem tahkimin taraflarına karşı bağımsız olmalı ve bu bağımsızlığını sürdürmelidir. Hakemin tayini veya tasdikinden önce, hakem aday, taraflar için bağımsızlığının sorgulanmasına sebep olabilecek nitelikteki şartları ve olayları açıklar ve bağımsızlığına ilişkin belgeyi imzalar ve bunu sekreteryaya bildirir. Sekreteryaya bu bilgiyi taraflara yazılı olarak verir ve onlara görüşlerini bildirmeleri için süre tanır. Hakem, tahkim sonunda doğabilecek benzeri nitelikteki olayları ve şartları aynı şekilde sekreteryaya ve taraflara yazılı olarak derhal bildirir.

Genel olarak olayda veya dava konusundaki karmaşık durum, resmi olarak tayin edilen hakemin elverişsizliği, liyakatsizliği veya tahkim sözleşmesinde belirlenen özelliklere sahip olmaması (örneğin bir ekonomi uzmanı yerine hukukçu olması),hakemin süresi içinde tayin edilmemesi gibi durumlar, ayrıca karşı

⁵ Yargıtay'a göre “Mahkeme kararının gerekçesinde hakem kararının MTO Divanınca onaylanmasının kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmiş ise de kararın MTO Tahkim kurallarına göre verilmiş olması, Divanca tasdiki dairesinin yerleşmiş içtihatları ile de belirtildiği gibi kamu düzenine aykırılık teşkil etmez (Y. 15.HD 10.7.1991 gün E. 2383, K. 3667, Y. 15.HD, 1.10.1992 gün E. 1736, K. 4425)” (15.HD 25.10.1996, 3249/5584); “Davalı hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğunu savunmuş olup, kamu düzeni kavramının açıklanıp tartışılması gerekir. Toplumun çıkarlarını koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuk düzeninin bütünü kamu düzeni olarak ifade edilebilir. Anayasa Mahkemesi, 28.01.1964 gün ve 63/128Esas, 64/8 Karar Sayılı kararında kamu düzeni deyiminin; toplumun huzur, sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyişle toplumun her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.12.1990 gün ve 1990/3-527, 1990/627 Sayılı kararında bir kuralın kamu düzeni ile ilgisinin ülkenin sosyal ekonomik, ekinsel (kültürel) ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmesi gerektiği, sözü edilen gerçeklerin , kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ortaya koyması durumunda kuralın kamu düzeni ile ilgisinin mevcut olduğu ifade edilmiştir...Tüm bu açıklamaları Yargıtay İctihadi Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 10.02.2012 tarih ve 2010/1 Karar sayılı ilamda belirtildiği üzere, yabancı mahkeme ya da hakem kararının tenfizine karar verilirken yabancı kararın Türkiye'de infaz edilmesi halinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlal edip etmediğinin araştırılması gerekir. Hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukuki sonuçların kamu düzenine aykırı olması halinde, yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmemesi gerekecektir. Esasa uygulanacak hukukun Türk hukukunda farklı olması yada Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi nedenlerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez...” (Y.15HD, 2016/895 E, 2016/2055 K).

tarafın ilgisizliği ve bunun yanında geciktirme niyetiyle (kastıyla) davranması tayinin semeresiz kalmasına ilişkin nedenler arasında gösterilmektedir. Tarafların hakem tayininin semeresiz kalması veya mahkeme tarafından tayin edilen hakemin görevi sonradan üstlenmek istememesi veya görevi üstlenmekle birlikte, daha sonra hakem sözleşmesini fesh etmesi halinde, tahkime başvuran tarafın talebiyle mahkeme bir başka hakem tayin edeceğinden, kanuna (ZPO §.1031) göre taraf vasıtasıyla yedek hakem tayini yapılamayacağı ifade edilmektedir ((Schütze, Tscherning & Wais, 1990: 111); Hakem tayinine ilişkin federal mahkeme kararının (BGH 20.12.1994) yorumu hakkında bkz. (Habscheid, & Habscheid, 1994: 19: 946)).

Hakemlerin devlet yargısının faaliyetlerinin sonuçları yani statülerinin geniş ölçüde uyuşması dikkate alındığında; tarafsız, yani taraflar üstü yargılama temel ilkesinin varlığı nedeniyle hakemin tarafların üstünde, tarafsız ve bağımsız olması bir zorunluluk olarak görülmektedir.

Hakem özü itibarıyla belirli ölçüde tarafsız ve bağımsız yargısal faaliyeti icra yetkisine sahip olmak durumundadır. Bir hukuki uyumsuzluk hakkında karar verecek kimsenin bağımsızlığı her tür yargısal faaliyetin esasında, doğasında vardır. Bağımsızlık; yargı kavramıyla bölünemez, ayrılamaz bir biçimde ilintili bir olgudur. Hakemin maddi anlamda yargısal bir görevi icra etme zorunluluğu olarak, hakem bu faaliyetini icra sırasında en azından belirli bir ölçüde de olsa bağımsız olmak zorundadır.

Bağımsızlığın gerekliliği bağlamında, hakim ile hakem arasında taşıdığı önem yönünden şu farklılıklar ortaya çıkar. Her şeyden önce hakimin uyumsuzluğu karara bağlama yetkisi devletten kaynaklandığı halde, hakemin bu yetkisi yani taraflar arasındaki uyumsuzluğu karara bağlama konusundaki yetkisi doğrudan doğruya taraflarca ona bırakılmaktadır.

Hakim, Alman Hakimler Kanunu (DRIG §. 3) gereği öngörülen hukuki ilişki bağlamında devlet, Eyalet ya da Federal devleti ile memuriyet ilişkisi içindedir ve o hukuki uyumsuzluğun taraflarından hukukten bağımsızdır ve ayrıca taraflarla bir borçlar hukuku ilişkisi ile bağlı bulunmamaktadır. Buna karşılık hakem, tayin biçimine göre uyumsuzluğu karara bağlama yetkisini kazanabilmesi için ,taraflardan biri veya her ikisinin bu yetkiyi kendisine vermesi için bir davranış içinde bulunması yetmez, ayrıca hakemin bu konuda her iki tarafla bir borçlar hukuku ilişkisi içinde bulunmasını gerektirir. Hakem, hakem sözleşmesi vasıtasıyla usulüne uygun biçimde tahkim prosedürünü yerine getirmeyi, icrayı üstlenir, ancak bu takdirde ona ücret ödenir.

Açılan bir dava karşılığında verilen hüküm gereği, hakemin uyumsuzluğu yeniden ele alarak faaliyette bulunması ve bunun sonucunda hakem kararı verilmesi kabul edilemez. Tahkim sözleşmesinin yapılmasında esas, hakemin hiçbir etki altında kalmaksızın karar vermesi olduğundan, ifa davası karşılığında hakem kararının verilmesi sonuçlandırılması bu ana fikri ihlal eder. Hakemin davayla uyarılması veya dikkatinin çekilmesinin söz konusu olması, onun hakemlik görevinde tarafsızlık veya objektifliğini zedeler. Görevini yaparken tarafsız olamaz. Hakemin hakemlik görevini yerine getirmesi için işbirliğini reddetmesi, kabul etmemesi veya hakemlik yapmaktan kaçınması, kendisiyle yapılan sözleşmeden cayması veya görevlerinin ifasını makul görülemeyecek şekilde geciktirmesi gibi durumlara kanunda yer verilmesi (ZPO §.1031 ve §.1033,1)göstermektedir ki, kanun hakem sözleşmesine uyulmaması ve sözleşmeden cayma gibi hallerde, hakem sözleşmesinin geçerliliğini (hükümünü) kaybedeceğini düzenlemekle, hakemin tarafsızlığının korunmasına ne derecede önem verildiğini göstermektedir (Hakeme karşı ifa davası açılmayacağı hakkında bkz. (Blomeyer, 1985: 748; BRUNS, 1979: 495 dn 39)).

Hakemin belirli ölçüde tarafsız ve bağımsız yargısal faaliyet icra yetkisine sahip olması, doğrudan doğruya Anayasada mahkemenin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenlendiğini öngören 142. maddesinden çıkarılamaz. Bu anayasal hüküm, yalnızca resmi yargıyla ilgilidir. Buna karşılık hakem mahkemesinin kurulması, işleyişi, görev ve yetkileri kanunda (HUMK m. 516-536) düzenlenen tahkim hükümleri çerçevesinde, asıl olan taraf iradeleri ve bu iradenin usul hukuku hükümlerine tabi olmasıdır. Ayrıca Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasında, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memur ve diğer kamu görevlileri eliyle icra edileceğinin düzenlenmiş olması; hakimler tarafından Türk milleti adına karar verme yetkisi tanınması, bir kamusal hizmete , yargı faaliyetine delalet eder.

Hakemlerin yetkilerini tarafların serbest iradesinden alması, millet adına olmayıp, tarafları adına karar verme yetkisinin tanınmış olması veya kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getirmediğinden ve sürekli olarak idari kadro ve idari hiyerarşi içinde bulunmadığından, Anayasada öngörülen "diğer kamu görevlileri" kavramı içerisinde idare hukuku ve anayasal anlamda yer almaz. Ayrıca devlet ile memuriyet ilişkisi içinde olmadığından hakem memur da değildir. Hakem taraflarla yalnızca borçlar hukuku ilişkisi inde bulunmaktadır. Hakem sözleşmesinin taraflarının hak ve yükümlülükleri

bakımından hakem sözleşmesi esas alınır ve mahkemeden farklı olarak astlık üstlük ilişkisi söz konusu değildir. Hakem mahkemesi bu anlamda bir özel hukuk kurumudur.

Münhasıran menfaat kabulü, rüşvet ve yolsuzluk hakkındaki Türk Ceza Kanunundaki hükümler, resmi sığfata sahip kişilere uygulandığı gibi resmi sığfatı olmayan hakemler için uygulanamaz. Tarafsızlık ve rüşvet almama hakemin sahip olması gereken yüksek prensiplerden ve etik değerlerden olduğundan, özel konumu hakemin ceza hukuku bakımından bu konular da resmi sığfatı olmayan bir şahsın tabi olduğu cezai müeyyideden farklı ve ağırlaştırılmış bir cezai müeyyideye tabi olması, olması gereken bakımından isabetli olacaktır.

2.2.4.2. Diğer Kanunlar ile Tahkim Hükümleri Bakımından

Milletlerarası Tahkim Kanununda (MTK 7/ B, 4) ‘‘Asliye hukuk mahkemesi, hakem seçiminde tarafların anlaşmalarını, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması, tarafların farklı tábiiyette olmaları hâlinde tek hakem seçilecek ise bu hakemin tarafların tábiiyetinden olmaması, üç hakem seçilecek ise bunlardan ikisinin bir tarafın tábiiyetinden olmaması ilkelerini göz önünde bulundurur. Üçten fazla hakem seçilecek hâllerde de aynı usul uygulanır’’ hükmüne yer verilmiştir.

Kanunda (MTK/7,C. I) hakemin taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip bulunmadığı hususlar hakkında, taraflar önceden bilgilendirilmediği takdirde hakem daha sonra ortaya çıkacak durumları da gecikmeksizin taraflara bildirmek zorunda olmasına ilişkin hüküm, hakemin hem seçilmeden hem de seçildikten sonra tahkim yargılaması süresi içinde bağımsızlığının ve tarafsızlığının korunmasına ilişkin düzenlenmiştir. Hakemin, taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmaması, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebinin varlığı, tarafsızlığından şüphedeğiyi haklı gösteren hâl ve şartların gerçekteşmesi, taraflara hakemi reddetme hak ve yetkisini vermektedir⁶. Sonuç olarak hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına hem MTK’da ve hem de uluslararası tahkime ilişkin kural ve sözleşmelerde temel, ana şartlar arasında yer verilmiştir.

2.3. Hakem veya Hakemlerin Reddi ve Azli Bakımından

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (m. 417) ret sebepleri başlığı altında tarafların hakemi veya hakemleri reddedebileceklerini düzenlemektedir. Kanuna göre ‘‘kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphedeğiyi haklı gösteren durum ve koşulları açıklamak zorundadır. Taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde, hakem daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirir. Hakem taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu veya tarafsızlığından şüphedeğiyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekteştiği takdirde reddedilebilir. Taraflardan birisinin kendisinin atadığı veya atanmasına katıldığı hakemi reddetmesi, yalnızca hakemin atanma tarihinden sonra öğrenilen ret sebeplerine dayanılarak yapılabilir.

Milletlerarası Tahkim Kanununda da (MTK m. 7/ C) hakemin reddi düzenlenmiştir. Kanuna göre ‘‘kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphedeğiyi haklı gösteren durum ve koşulları açıklamak zorundadır. Taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde, hakem daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirir. Hakem taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu veya tarafsızlığından şüphedeğiyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekteştiği takdirde reddedilebilir.

Milletlerarası Tahkim Kanununa göre, taraflarca serbestçe kararlaştırılabilen ret usulünde asıl olan tarafların anlaşmalarıdır. Tarafların anlaşmaları halinde (MTK m. 7/ D) hakemlerin reddi bakımından uygulanacak usul kanunda ayrıca düzenlenmiş olup, hakemlerin münferiden reddi de mümkündür.

⁶ Hakemin bağımsızlığından ve tarafsızlığından şüphedeğiyi gerektiren hal durum ve şartların varlığı halinde hakemin reddedilebileceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu hükümler arasında UNCITRAL TK m. 10 /(1); ICC TK m. 12; AAA Uluslararası TK m. 8, DIS TK m. 18, bulunmaktadır. Bağımsızlık ve tarafsızlık beyanının muhatabı taraflar olması ve taraflarca hakim reddedilebileceğine ilişkin hükümlerden hareketle herkes için değil, sadece taraflar için, hakemin bağımsızlığından şüphedeğiyi gerektiren hal ve şartların gerçekteşmiş olmasının esas alındığı hakkında bkz. KALPSÜZ, Milletlerarası Tahkim, s. 60; Hakemlerin reddi ile ilgili uluslararası tahkimin varlığı kabul ettiği temel prensiplerin MTK bakımından da aynen benimsendiği hakkında bkz. ERDOĞAN, Feyiz: Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara, 2004, s. 211.; Yargıtay kararında; ‘‘tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarından fazlasını veya tamamını seçme imkanını verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. İşçinin işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf olduğu iş sözleşmesinin kuruluşunda veya devamında işverene hukuken bağımlı olduğu tartışmasıdır. İşçi işveren otoritesi altında ve onun emir ve talimatları doğrultusunda iş görür. Denetim altındadır.. İrade serbestliği yoktur. Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu gereğince batıl olacaktır. Ayrıca dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği iş sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında düzenlenen tahkim sözleşmesi geçersizdir.’’ (Y.22.HD, 2016/27462E., 2016/21049. K)

Tarafların bir veya birden fazla hakemi reddetmesi mümkün olup, karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemlerin ve ismen tayin edilen hakemlerin de reddedilmesi mümkündür (Hakemlerin tarafsız ve bağımsız olması gereğinden hareketle hakem veya hakemlerin taraf veya taraflarla irtibatının varlığı ve bu durumun hakemin tarafsızlığını etkiler nitelikte ve ağırlıkta menfi etki ihtimalinin dahi hakemin reddini gerektireceği hakkında bkz. (Akıncı, 2007: 116); hakemin reddi kurumunun, hakem seçiminde olduğu gibi yargılamayı sürüncemede bırakmak yöntemleri arasında olduğu ve Uncitral Model Kanunda tarafsızlık ve bağımsızlık hakkında şüpheyi gerektiren hallerin varlığı halinde hakemlerin reddedilebileceği hakkında bkz. (Deren Yıldırım, 2014: 61-70); yükümlülüğün sınırlarının belirlenmesindeki güçlükler olduğu hakkında bkz. (Keser, 1999: 176); UNCITRAL tahkim kurallarına (m. 10 11, 12) taraflardan birinin hakemi azledebileceği, taraflardan birinin kendi hakemini tarafsızlığını ve bağımsızlığına ciddi bir şekilde gölge düşürecek hususları tayinden sonra öğrenmesi halinde azledebileceği hakkında bkz. (Dayınlarlı, 2007: 562); HMK m. 417 c 2 de genel ifade kullanıldığı, genel ifadenin dar tutularak hükümlerin ret ve çekinme sebeplerinin, hakemin reddi içinde aranması gerektiği, ret nedenlerinin temelde aynı olmasından hareketle hakim için varlığı kabul edilen ret ve çekinme sebebi mevcut kişinin hakem seçilmesi ve göreve zorlanmasının tahkim yargılamasının esprisine uygun düşmeyeceği hakkında bkz. (Karadaş, 2013: 139)).

Alman hukukunda, hakemin reddini düzenleyen hükme (ZPO §.1036) göre, hakem kurumuna kaydedilen kimse kendisinin bağımsızlığından veya tarafsızlığından şüphe duyulacak hususları bildirmelidir. Bir hakemin seçiminden sonra da yargılamanın sona ermesine kadar, bu gibi durumları daha önce taraflara bildirmemiş ise onlara bildirmekle yükümlüdür. Bir hakem şartlar gerçekleşmişse reddedilebilir; şüpheyi gerektirecek durumlar varsa veya taraflar arasındaki anlaşmanın şartlarını taşıyor veya gerçekleştiriyorsa bu şartlarda reddedilebilir. Taraflardan biri bir hakem seçmiş veya onun seçiminde etkili olmuş ise, seçiminden sonra öğrendiği nedenlerden dolayı hakem reddedilebilir.

İsviçre Uluslararası Tahkim Kuralları'nın hakemlerin bağımsızlığını ve reddini düzenleyen 9. maddesine göre; "İsviçre Kuralları uyarınca tahkimi yürüten tüm hakemler uyuşmazlığın taraflarından daima bağımsız ve tarafsız olacak ve bağımsız ve tarafsızlıklarını koruyacaklardır. Seçilmesi muhtemel hakemlerin, kendisine hakemlik önerenlere tarafsızlığından ve bağımsızlığından şüphe edilmesini haklı gösterebilecek her türlü hal ve şartları açıklayacaktır. Bir hakem tayin edildikten veya atandıktan sonra taraflara – bu hususta hali hazırda bilgilendirilmiş olmadıkları sürece – bu durumu bildirecektir. İsviçre Uluslararası Tahkim Kuralları'nın 10. maddesine göre" 1- Bir hakemin bağımsızlığından veya tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartlar olduğu takdirde hakem reddedilebilir. 2- Bir taraf kendi tayin ettiği hakemi, ancak tayininden sonra öğrendiği sebepler nedeniyle reddedebilir".

İsviçre hukukuna (yürürlükten kalkan Concordat m.18) göre, Federal hakimlerin reddi Federal Adli Teşkilat Kanununda öngörülen nedenlere göre taraflar hakemleri reddedebilirler. Ayrıca hakemin medeni hakları kullanma ehliyetini kaybetmesi, belirli suçlardan hürriyeti bağlayıcı ceza almaları da hakemlerin reddi nedeni olarak sayılmıştır. Bir taraf tayin ettiği bir hakemi, ancak tayininin yapıldığı tarihten sonra ortaya çıkan nedenlerden dolayı reddedilebileceği de öngörülmüştür (Hakemlerin reddi hakkında geniş bilgi için bkz. (Weber, 1996: 10). İsviçre hukukunda hukuka uygun bir ret iradesinin açıklanmasıyla, hakem sözleşmesi sona erer. Hakem mahkemesinin kararı geciktirdiği veya yargılamayı yavaşlattığı hallerde, taraflar adli makama her zaman başvurabilirler. Taraflar bir ret sebebi olmaması bakımından, hakemin ikametgahını değiştirmesi halinde hakem yargılamasına devam edileceğini hakem sözleşmesiyle kararlaştırabilirler. (Habscheid, 1990: 531); Hakemin reddi halinde hakem sözleşmesinin sona ereceği hakkında bkz. (Vogt, 1989: 174)).

Avusturya hukukunda yetkili mahkemeden talep halinde, belirli nedenlerin gerçekleşmesi veya hakemin reddi halinde, tahkim sözleşmesinin yürürlükten kalktığı kabul edilmektedir (Avusturya hukukunda yetkili mahkemeden talep halinde, mahkemenin şu sebeplerin varlığı halinde, tahkim sözleşmesinin yürürlükten kalktığına karar vereceği ifade edilmektedir. Buna göre tarafların müştereken hakem tayininde uzlaşamaları, sözleşmeyle tayin edilen hakemin ölümü veya hakemin reddi, hakemlik görevi kabul edilmiş olmakla birlikte, hakem sözleşmesinden vazgeçilmesi, sözleşmeyle veya sonradan veya mahkeme tarafından tayin edilen hakemin, görevi kabul edip yükümlülüğü üstlenmekle birlikte, ifadan kaçınması veya uygunsuz olarak geciktirmesi (ertelemesi),hakemlerin kararda gerekli oy çokluğu veya oybirliğine varamamaları halinde tahkim sözleşmesi geçersizdir. Bkz. (Rechberger, & Ariane Simotta, 1994: 511); Avusturya hukukunda hakemin reddi için ayrıca bkz. (Respondek, 1993: 380).

İsviçre hukukunda, taraflardan birinin hakem mahkemesi üyelerinin seçiminde etkili bir baskı kullanmış olması da ret nedeni olarak düzenlenmiştir (yürürlükten kalkan, Concordat m.19/1). Bu halde taraflar, reddedilen hakem mahkemesinin tüm üyelerini hakem olarak tayin etme hakkını korumaktadırlar (Concordat

m.19/3). İsviçre hukukunda hakemlerin reddi konusu, milletlerarası tahkim bakımından ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Milletlerarası tahkim de ret nedenleri arasında hakemin taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmaması, taraflarca uygulanması kararlaştırılan tahkim hükümlerinde öngörülen bir ret nedeninin varlığı veya hakemin tarafsızlığından haklı şüpheyi gerektiren koşulların varlığı bulunmaktadır(IPRG m.180).

Hakimin davaya bakmasının yasak olduğuna ilişkin usul kanununun 28. maddesine göre, hakimler sayılan nedenlerin varlığı veya gerçekleşmesi halinde davaya bakması yasaktır. Bu hallerde “talep edilmesi bile bizzat istinkafa mecburdur”.

Kanımızca pozitif hukuk bakımından eski HUMK da hakim için düzenlenmiş olan memnuiyet nedenleri ve usulü, hakemler için uygulanması isabetsizdir. Ret nedenleri genellikle hakimin tarafsızlığını korumaya yönelik nedenler olduğundan, objektif ölçülere tam olarak bağlandığı söylenemez. Memnuiyet nedenleri tahdidi olarak sayılmıştır. Hakim için memnuiyet nedenlerinin ayrıca düzenlenmesi isabetlidir. Devlet tarafından görevlendirilen hakimlerin bakmaktan yasaklı olduğu davada yargılama faaliyetinde bulunması, tarafların iradesi dışındadır ve dolayısıyla hakim için açılan davaya bakma zorunluluğu nedenlerinin varlığı halinde, hakimin davaya bakmaktan memnuiyetini haklı hale getirir. Buna karşılık tahkim de memnuiyet sebebinin varlığı halinde, taraf hakemi seçmez veya hakemin hakemlik görevini kabulde dürüstlük kuralı gereği bu nedenlerin varlığı halinde taraflara bildirmesi gerekir. Çeşitli tahkim düzenlemelerinde ve özellikle kurumsal tahkim hükümlerinde de aynı durum söz konusudur (Örneğin yeni ICC Tahkim Kurallarına (m.7/2-3) göre tayin veya tasdikten önce, hakem adayları taraflar bakımından bağımsızlığının sorgulanmasına sebep olabilecek nitelikteki şartları ve olayları açıklayan bir bildirim imzalar ve sekreteryaya’ya yazılı olarak bildirir. Sekreteryaya bu bilgiyi taraflara yazılı olarak verir. Ayrıca hakem, tahkim sırasında doğabilecek benzeri nitelikteki olayları ve şartları sekreteryaya’ya ve taraflara yazılı olarak derhal bildirir).

Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) tahkim kurallarına (m. 11) göre tarafsız olmadığı iddiası veya başka bir sebeple bir hakemin reddedilmesi, sekreteryaya’ya, reddin dayanağı olan hal ve sebepleri izah eden yazılı bir beyanda yapılmaktadır. Taraflardan her biri aralarında hakemin çekilmesini gerektiren hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığından şüphenin varlığı konusunda uyuşmazlık çıkması halinde hakemin yetkisinin sona erdirilmesi konusunda karar verilmesi için mahkemeye talepte bulunabilecektir (MTK m. 7/ F).

3. HAKEMLERİN BAĞIMSIZLIĞI İLE İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI TAHKİM HÜKÜMLERİ (DÜZENLEMELERİ)

3.1. Ulusal (Milli) Tahkim Hükümleri

1086 sayılı HUMK da tahkimin düzenlendiği hükümler (m. 516-536) arasında hakem veya hakemlerin bağımsızlığına açıkça ve doğrudan yer veren hüküm bulunmamaktadır. Hakemlerin reddi kanunda ayrı bir madde ile düzenlenmiştir. Buna göre “Hakemler reddi hakim sebeplerine müsteniden ret olunabilir” (HUMK m. 521). Karar verme mevkiinde bulunan hakemin, hakim gibi bağımsızlığından ve tarafsızlığından şüphe duyulmayacak bir psikolojik ve sosyal denge içinde ve taraflarla menfaat çatışması dışında bulunması, onun adaletle, hakkaniyetle hak ve dengeleri hukuk kuralları çerçevesinde koruması gereğinden doğan görevi bağımsız ve tarafsız olmasını gerektirir (Ayrıntılı bilgi için bkz. (Taşkın, 2005: 251; Kalpsüz, 2008: 43).

6100 sayılı HMK da (m. 417/1, 2) ret sebepleri başlığı altında düzenlenmiştir. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda açıkça düzenlendiği görülmektedir. İstanbul tahkim merkezi tahkim kurallarının (İSTAC) 12. maddesinde hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı başlığı altında düzenlemeye yer verilmiştir. İSTAC. m. 12 ye göre “1. Her hakem tarafsız ve bağımsız olmalı; tarafsızlık ve bağımsızlığını yargılama sona erinceye kadar korumalıdır. 2. hakemin görevi kabul etmesi üzerine 7 gün içerisinde tarafsızlık ve bağımsızlık beyanı imzalayarak sekreteryaya’ya sunar ve hakemlik görevi için yeterli zamanı ayıracağını taahhüt eder. 3. Hakem görevi kabul etmesinden önce ve tahkim yargılaması devam ederken tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkileyebilecek her türlü durum ve koşullar ile tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösterebilecek durum ve koşulları, yazılı olarak gecikmeksizin sekreteryaya’ya bildirmek zorundadır. Sekreteryaya bu bilgiler taraflara tebliğ eder ve görüşlerini açıklamaları için uygun bir süre belirler. Bunu takiben divan konu hakkında kararını verir. 4. Hakemler görev almayı kabul etmekle tahkimi bu kurallar uyarınca yürütmeyi ve sorumluluklarını yerine getirmeyi taahhüt ederler. İstanbul tahkim merkezinin sadece hakem tayin etmek konusunda görev yaptığı hallerde bu hüküm uygulanmaz.”

Hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığına ile ilgili olarak, İSTAC madde 15 de hakemlerin tayini ile ilgili düzenlemelere yer verilmiş, ayrıca 16. Madde de hakemlerin reddi hükümlerinde yer verilmiştir. İSTAC m. 15 e göre divan hakem tayin ederken hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığını etkileyebilecek durumlar ile

tain edilecek hakemin tahkim yargılamasını yürütebilmesi için gerekli yetkinliğe ve gerekli zamana sahip olup olmadığını dikkate alarak hakem tayinini gerçekleştirecektir.

İSTAC m. 16 ya göre, Hakem, taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, tarafsızlığından ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hâl ve şartlar gerçekleştiği veya hakemlik görevini yapmasını engelleyen diğer sebepler bulunduğu takdirde reddedilebilir (“Bilirkişi ve Hakem Odaları Birliği” İstanbul’da milletlerarası tahkim merkezi kurulması hakkında Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan kanun taslağında hakemlerin sorumluluklarının hatırlatılması başlığı altında düzenlenen 15. maddeye göre “Yönetici hakemlere veya hakem olarak çalıştırılmak üzere davet edilen kişilere hakem olarak çalıştıkları tahkim yargılamasının sonunda kişisel veya ticari bir çıkarıya sahip olmamaları gerektiğini hatırlatır. Hakemlerden birisi tarafından birisine uyuşmazlık konusunda kendi fikrini daha önce açıklamış ise hakem olarak çalıştırılmak üzere yapılan daveti kabul edemez” hükmüne yer verilmiştir). Hakemin reddi talebi sekreteryaya sunulacak yazılı bir beyanla yapılır. Bu beyanda, hakemin reddi talebine sebep olan hal ve şartlar açıklanır. Hakemlerin sorumluluğunun sınırlandırılması ilke olarak kabul edilmiştir.

İSTAC m. 44’e göre, hakemler ve tek hakem veya hakem kurulu tarafından görevlendirilen kişiler, sorumsuzluk anlaşması uygulanacak hukuka aykırı olmadıkça, tahkim ile ilgili herhangi bir fiil veya ihmalleri sebebiyle sorumlu tutulamazlar.

İstanbul Tahkim Merkezi acil durum hakemi kuralları (Ek 1), m. 3 de acil durum hakeminin tayini düzenlenmekte ve acil durum hakeminin de, tarafsız ve bağımsız olması gerektiği ve görevinde sonuna kadar bu özellikleri koruması gerektiği ayrıca düzenlenmiştir.

İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk Kurumlarının 6. maddesinde arabulucuların görevlerini özenle, tarafsız ve bağımsız bir biçimde ve şahsen yerine getirmekle yükümlü olduğu vurgulanmıştır.

3.2. Uluslararası (Milletlerarası) Tahkim Hükümleri

3.2.1. UNCITRAL Model Kanun

Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını Amerikan modelini esas almak suretiyle düzenleyen UNCITRAL Model Kanununun 11. Ve 13. maddeleri, Milletlerarası Tahkim Kanununda düzenlenmiş hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili hükümlerin mehzasını teşkil etmektedir. Hakemlerin mahkeme tarafından seçilmesi gereken hallerde, hakimin hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığını gözeteyeceğine ilişkin hükümlere de ayrıca yer verilmiştir (UNCITRAL Model Kanun , m. 11, 12, 13) (UNCITRAL Model Kanununda tarafların bağımsızlığı ve tarafsızlığı hakkındaki hükümlerin Amerikan modeline göre düzenlendiği hakkında bkz, (Kalpsüz, 2008:48).

3.2.2. ICC Tahkim Tüzüğü

ICC Tahkim Tüzüğü’nün (ICC, schdO, Art 7.2) 7.maddesinin de, her hakemin, hakem yargılamasının taraflarına karşı tarafsız olmak ve tarafsız kalmak zorunda olduğu ,hakem olarak teklif edilen kişinin tayininden ve bu tayinin tasdikinden önce tarafsız olduğuna ilişkin bir açıklamayı imzalamak ve sekreteryaya bildirmek zorundadır. Hakem taraflar bakımından bağımsızlığı hakkında şüpheye neden olabilecek olayları, olguları yazılı olarak sekreteryaya bildirmek zorundadır. Sekreteryaya verilen bilgileri yine yazılı olarak taraflara tebliğ edecek ve tarafların görüşlerini bildirmeleri için süre verecektir.

Yazılı bildirim zorunluluğu aynı şekilde hakem yargılaması sırasında ortaya çıkan hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığını etkileyen olay ve olguların varlığı halinde de devam edecektir (Açıklama yapma yükümlülüğünün zorunlu ,objektif veya subjektif olarak hakemin görüşüne göre şüpheli hale getiren olaylarla sınırlı olmadığı ,hakemin zararsız olarak değerlendirdiği faktörlerle sınırlı olmadığı aynı zamanda taraflar içinde zararsız olarak nitelendirilmesi gerektiği hakkında bkz, (Keser Berber, 1999: 40-41. ICC tahkim kurallarında hakemlerin yalnızca “bağımsızlığından” söz edilmiş tarafsızlığının düzenlenmemesi ve açıkça atıfta bulunulmasının hakemin taraflı olmasına müsamaha edildiği anlamında yorumlanamayacağı hakkında bkz. (Kalpsüz, 2008: 29-30)).

3.2.3. WIPO Tahkim Kuralları

Dünya fikri Mülkiyet Örgütü Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi tarafından hazırlanan WIPO Tahkim Kurallarında hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı 22.maddede düzenlenmiştir. Hakem seçilen kimsenin hakemliği kabulünden önce tarafsızlığını ve bağımsızlığını olumsuz yönde etkileyebilecek hal ve şartları, taraflara, daha önceden seçilen hakem veya hakimlere ve aynı zamanda WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezine bildirme zorunluluğu bakımından, hakemin tarafların seçimi veya merkez tarafından seçimi

arasında bir fark gözetilmemiştir. Bildirim zorunluluğu tahkim yargılaması sürecinde de aranmaktadır (Hakemin milliyetinin hakemin tarafsızlığına tek başına gölge düşürmemesi gerektiği, hakemin milliyetinden dolayı tarafsızlık vasfına sahip olmadığı iddia edilemeyeceği , bu tür bir yaklaşımın uyumsuzluğunun çözümü bakımından isabetli olmayacağı hakkında bkz. (Bozkurt Yüksel, 2010: 40); Amerikan Tahkim Kurumunun (AAA) Hakem Etik Kurallarında hakemin nötr olmasına ilişkin hüküm bulunduğu ,atanan hakemin nötr olmak zorunda olmadığı , tarafın seçtiği hakemin hukuki sosyal kültürel geçmişinin taraf la örtüşmüş olduğu , hakemin nötr olmamasının taraflı olması anlamında değerlendirilemeyeceği hakkında doktrin görüşü için bkz, (Bozkurt Yüksel, 2010: 38, dn 80); Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin (ICSID 14. maddesinde hakemler panelinde hizmet vermek üzere atanacak kimselerin yüksek ahlak sahibi, hukuk, ticaret sanayi ve maliye konularında yetkili kabul edilen ve bağımsız yargı uygulayacağına güvenilebilecek kişiler olması gerektiği düzenlenmiştir. Bkz. RG. 02 Haziran 1988 / 19830).

3.2.4. Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO)

22 Aralık 1997 de çıkarılan, 30 Aralık 1997 de Resmi Gazete’de yayınlanarak 10 Ocak 1998 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Usul Kanunu da(ZPO) reform yapılmış, bu kanunun hazırlanmasında büyük ölçüde UNCITRAL Model Kanun esas alınmıştır. Alman Medeni Usul Kanunundaki tahkime ilişkin hükümler milli ve aynı zamanda milletlerarası tahkime uygulanabilme özelliği nedeniyle uygulama alanı daha da genişletilmiştir.

Kanunla hakemin tayini (§1034-1035)hakemin reddi (§1037),hakemin yetkisinin sona ermesi (§1038) ve hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili şüpheli haller ve bütün durumları açıklama yükümlülüğü ZPO § 1036 da düzenlenmiştir (Yeni Alman Tahkim Kanunu ZPO’nun yürürlüğe girmesinden sonra, kanunla taraf hakimiyeti ilkesinin ön planda tutulduğu ve önem verildiği ayrıca yargılamanın etkinliğinin sağlanmasına , tahkim yargılaması sürecinin hızlılığının sağlanmasına ilişkin yetkilere yer verildiği hakkında bkz, (Lörcher, 2001: 40): Alman hukukuna atıfla (Münchener Kommentar dn 4, vor§1025,Rdnr.31) Alman doktrininde tarafsızlığı sağlayan en iyi yöntemin üç hakemden oluşan kurullar olduğu, ancak bu halde de tarafların seçtiği hakemlerin tarafsızlığını koruyamadığı, yargılama sürecinin sekteye uğraması olasılığının ortadan kaldırılmadığı hakkında bkz. (Yıldırım, 2002: 43).

Alman tahkim kanunu UNCITRAL Model kurallarından da yararlanılmak suretiyle düzenlenmiştir. Bu uyumun gereği olarak Alman Hukuk Muhakemeleri Kanununun (ZPO) ilgili 1036 ve 1037 maddeleri hakemin tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerini düzenlemekte olup, UNCITRAL Model Kurallar da dikkate alınarak düzenlenmiştir.

Alman hukukunda hakemin tarafsızlığı koşulu hakem ile tahkim davasının tarafları arasındaki ilişki olarak görülürken, bağımsızlık koşulu bakımından hakem ile davanın sonuçları arasındaki ilişki esas alınmakta, bu ilişkide hakemin yararının, menfaatinin olmaması gereği üzerinde durulmaktadır. Bağımsızlık koşulu Latince bir tabirle “nemoiudex in causasua” (kimsenin kendi davasının hakemi olmaması) ilkesinin gereği olarak görülmektedir (Bkz. (Graf, 2009: 381); Alman doktrininde tarafsızlık ve bağımsızlık arasında farkın uygulama ile ilgili olarak önem arz edip arzetmediğinin tartışıldığı her iki koşulunda ortak paydasının ve öneminin hakemin “önyargısız ve adil düşünceli olması ve hakemin tarafsız hareket edeceği konusunda hakem ile ilgili taraf arasında usule aykırılık bağlantılarının olmaması” gerektiği uygulama bakımından bu koşulları tanımlayan IBA Guidelines On Contlict Of İnterest İn İnternational Arbitration (Uluslararası Barolar Birliği, uluslararası tahkimde çıkar çatışmaları ilkeleri) belirtildiği ve bu kurallara atıf yapılmasının yeterli olacağı belirtilen hususlar arasında hakemin kendini atayan taraf ya da kuruma tavsiye veya telkinde bulunması veya hakemin “bir tarafın ihtilaf hakkında yasal tavsiyelerde bulunmasının hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığının ihlali sonucunu doğuracağına evrensel olarak kabul gördüğü hakkında bkz. (Graf, 2009: 381-382)).

Alman hukukunda (ZPO m. 1036) bağımsız ve tarafsızlığı ile ilgili olarak hakemin makul şüpheye yol açabilecek olayların taraflara ifşa edilmesi, bir tür hakemlerin yükümlülükleri arasında sayılmıştır. İfşa yükümlülüğünün kapsamı geniş olup, sadece itiraz nedeni olan durumlarda değil (Alman doktrinde hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığına itiraz nedeni olabilecek durumlar arasında; hakemin kendisini atayan taraf veya tarafın danışmanı arasında yakın ulusal kültürel, mesleki, kişisel bağlantısının olabilmesi, hakemin tahkimin tarafları ile yakın ilişkisini gösteren delillerin bulunması, hakemin yasal görüş sunması, uzman olarak yer alması, hakem ile atayan taraf arasında ufak çaplı olmayan iş ilişkisinin varlığı, hakemin ihtilafı konu edinen bir akademik yayının bulunması sayılmaktadır. Hakem kurulunun uzlaşma ihtimalinin olup olmadığı konusunda ön görüşme durumlarının ifşa edilmesi, bir taraf ile tarafın hakemi arasında veya danışmanları

arasında iletişim olması, tarafların kurulun devamına ilişkin anlaşmaya varmamaları ve bunu kayıt altına almamaları hali sayılmaktadır. Bkz. (Graf, 2009: 384-387)), aynı zamanda her türlü şüpheyi haklı gösterecek hal durum ve şartların ifşası aranmaktadır. Kapsam çerçevesinde aynı zamanda ilgili hakemi atamayan tarafın bilgilendirilmesi sağlanmakta ve böylece kontrolün sağlanması amaçlanmaktadır (Milli ve milletlerarası tahkim davalarında hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı koşulunun tahkim davasının vazgeçilmez koşulu olması yanında, yüksek ahlaki etkileri de olduğu, bağımsızlık ve tarafsızlığın ihlalinden kurtulmanın ve üçüncü kişilerin güveninin yeniden tesisinin zor olacağı konusunda bkz. (Graf, 2009: 393)).

19 Aralık 2008 tarihli İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (SZPO) 363. maddesinde ifşa yükümlülüğü başlığı altında " 1- Hakem olarak hareket etmek üzere atanan bir kişi, gecikme olmaksızın bağımsızlığına veya tarafsızlığına ilişkin meşru şüphelere yol açabilecek durumların varlığını açıklar. 2- Bu görev, prosedür boyunca geçerli kalır." hükmüne yer verilmiştir. Aynı kanunun 367. maddesinde bir hakemin reddi, 368. maddesinde ise hakem heyetinin reddi düzenlenmiştir. Ret nedenleri arasında; bir hakemin taraflarca kararlaştırılan şartları taşımaması, hakemin bağımsızlığı veya tarafsızlığı hakkında meşru şüphelerin varlığı ve taraflardan birinin hakem heyeti üyelerinin atanması konusunda baskın bir etkisinin olması hali de bulunmaktadır.

3.2.5. Kurumsal Tahkim Hükümleri

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının 7. maddesinde de tahkimde her hakemin taraflardan bağımsız olması ve bağımsız kalması gerektiği, hakemin atanmadan veya onaylanmadan önce bağımsızlık beyanı imzalaması ve taraflar bakımından bağımsızlığını şüpheli hale getirecek olay ve durumları sekreterliğe yazılı olarak bildirmesi gerektiği, tahkim sırasında doğabilecek benzer olay ve durumları sekreterliğe ve taraflara derhal yazılı olarak bildirmesi gerektiği, sekreterlik tarafından bilginin tarafların yazılı olarak iletileceği ve taraflara beyanlarını sunmaları için süre verilebileceği düzenlenmiştir (MTO Tahkim kurallarının bağımsızlığı tanımladığı,, bağımsızlık daha çok ekonomik anlamda ön plana çıktığı hakemlerin taraflar veya onların vekilleriyle ekonomik veya finansal bağlarının olmaması gerektiği, bu bağın varlığı ve itiraz halinde divanın itirazı incelemek zorunda olduğu hakkında bkz. (Silva, 2007: 151)).

Londra Uluslararası Hakem Mahkemesi Tahkim Kurallarının 5.maddesinde, hakemlerin tarafsız ve taraflardan bağımsız olması ve öyle kalması gerektiği hakem beyan ettiği sebepler dışında tarafsızlığından ve bağımsızlığından haklı şüpheye neden olabilecek bilgisi dahilinde hiçbir husus olmadığını imzalayarak beyan etmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Alman Tahkim Kurumu Tahkim Kurallarının 15 maddesi; tarafsızlık ve bağımsızlık başlığı altında her hakemin tarafsız ve bağımsız olmasının zorunlu olduğu, vicdani kanaatine göre görevini ifa etmek zorunda olduğu, görevini yerine getirirken hiç kimseden talimat alamayacağını düzenlemektedir.

İsviçre Odaları Tahkim Kurumunun (Swiss Chambers Arbitration Institution) da uygulayacağı İsviçre Uluslararası Tahkim Kuralları (1 Haziran 2012 de yürürlüğe giren), hakemlerin bağımsızlığını 9. maddede, hakemlerin reddini 10. maddede ve hakemlerin sorumluluğunu da 45. maddede düzenlemekte olup, uluslararası tahkime ilişkin düzenlemelerle uyumlu hükümler içerdiği görülmektedir.

Amerikan Tahkim Kurumunun Uluslararası Tahkim Kurallarının 7. maddesi, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığını düzenlemekte, Hakemlerin tarafsız ve bağımsız olması gerektiği, hiçbir taraf veya onlar adına hareket eden herhangi bir kimsenin davayla ilgili olarak diğer tarafın yokluğunda iletişim kuramayacağı ifade edilmektedir (Esin, Lew & Wegen, 2003: 76).

4. HAKEMLERİN BAĞIMSIZLIĞININ KONTROLÜ VE REFERANS KRİTERLER

4.1. Fransız Tahkim Hukukunda Hakemin Bağımsızlığı ve Beyan Yükümlülüğü

Kararnamenin 1456. maddesine göre "Hakem kurulu kendilerine verilen görevi kabul etmeleriyle kurulmuş ve bu tarihte uyuşmazlıkla ilgili hakem kuruluna başvurulmuş sayılır. Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi gerektirebilecek hal ve şartları açıklamak yükümlülüğündedir. Hakem aynı şekilde görevinin kabulünden sonra ortaya çıkabilecek durumları da gecikmeksizin taraflara bildirmek yükümlülüğündedir. Hakemin halinden bir uyuşmazlık çıktığı takdirde bu uyuşmazlık, tahkimi organize etmekle görevli kişi tarafından veya böyle bir kimse yoksa durumun ortaya çıktığı veya öğrenildiği tarihten itibaren bir ay içinde başvurularak yardımcı hakim tarafından çözümler.

Kararnamenin 1456. maddesinin birinci fıkrasındaki hüküm, HMK da açıkça düzenlenmiş değildir (Hükümet Gerekeşi: "Birinci fıkrada tahkim davasının açıldığı veya açılmış sayılacağı tarihin belirlenmesinde taraf

serbestisi kabul edilmiştir. Bu fıkra ayrıca taraf anlaşmasının bulunmadığı haller için yedek hukuk kuralları içermektedir. Eğer taraflar aksini kararlaştırmamışlar ise bu yedek hukuk kurallarına uyulması gereklidir.”). Kararname esas itibariyle “uyuşmazlıkla ilgili hakem kuruluna ne zaman başvurulmuş sayılacağını da düzenlemektedir. Buna göre hakem kurulu kendilerine verilen görevi kabul etmeleriyle kurulmuş ve bu tarihte uyuşmazlıkla ilgili hakem kuruluna başvurulmuş sayılacaktır.

Uyuşmazlıkla ilgili hakem kuruluna başvurulabilmesi için her şeyden önce, hakem kurulunu oluşturan hakemlerin hakemlik görevini kabul etmeleri önkoşuldur. Hakemlerin hakemlik görevini kabul etmeleriyle hakem kurulu oluşmakta ve hakem kurulunun görevi kabul tarihinde hakem kuruluna başvurulmuş sayılmakta, bir başka ifadeyle başvurulmuş kabul edilmektedir. Sonuç itibariyle hakemlerin hakemlik görevini kabule hakem kurulu oluşmakta ve göreve başlamaktadır.

Tahkim yargılaması ile ilgili hakemlerin görevlerinin başlaması hakemlik görevini kabul etmeleriyle, tek hakem seçilmişse hakemin görevi kabulüyle gerçekleşmektedir. Uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlıkla ilgili hakeme veya hakem kuruluna başvurma tarihi hakem kurulunu oluşturan hakemlerin hakemlik görevini kabul tarihidir.

Tahkim yargılamasında tahkim davasının ne zaman açılmış sayılacağı kanunda(HMK m.426) düzenlenmiştir. Tarafların aksini kararlaştırabileceği kararlaştırmamışlarsa tahkim davasının hangi tarihte açılmış sayıldığı çeşitli ihtimallere göre düzenlenmiştir.

Dava tarihini düzenleyen bölüm emredici nitelikte değildir. Zira tarafların aksini kararlaştırabileceği, aksi kararlaştırılmadığı sürece madde de düzenlenen ihtimali durumlara göre davanın açılmış sayılacağı ifade edilmektedir. Uyuşmazlığın tarafları bu maddenin aksini, gerek tahkim sözleşmesiyle atf yaptıkları ve dahil ettikleri tahkim merkezi kurallarıyla gerekse tahkim sözleşmesine konulacak özel tahkim kurallarıyla kararlaştırabilirler.

Tahkim yargılamasında dava tarihini düzenleyen hüküm (m.426) tamamlayıcı (yedek) hukuk kuralı niteliği gereği, taraflar dava tarihini kararlaştırabilirler.

Davanın açılma tarihi ile ilgili hüküm (m. 426), isabetli bir düzenleme olmadığı söylenebilir. Hakem seçimi ile ilgili usulde henüz hakem verilen görevi kabul etmeden (örneğin kanun hakem seçimi için “başvuruyu” esas almıştır.), karşı tarafça talebin alındığı tarih, gibi kriterler esas alınmıştır, oysa henüz hakem seçilmemiş sadece tarafa veya üçüncü kişiye, mahkemeye başvuru esas alınmıştır. Bu haller de ihtimali durumlarda henüz hakemin hakemlik görevini kabul etmesi veya hakem kurulunun hakemlik görevinin kabulüyle sonuçlanması sonucu oluşmuş değildir. Kanunda düzenlenen ihtimali durumlar, hakem tayininin henüz daha kabulüyle sonuçlanmamış başlangıç (girişim) safhalarıdır. Hakemlerin hakemlik görevini kabul edip hakem kurulu oluşmadan tahkim yargılamasında davanın açılmış sayılmasını kabul etmek isabetli değildir. Bu anlamda Fransız tahkim hukukunda düzenlendiği gibi hakemlerin görevinin başlamasını ve tahkim davasının açılma tarihini, hakemlerin hakemlik görevini kabul etmeleriyle hakem kurulunun oluştuğu tarihin, hakemin veya hakem kurulunun görevinin başlaması ve taraflar bakımından da dava tarihi olarak kabulü isabetli olacaktır.

Milli (ulusal-iç) tahkimde dava tarihi kural olarak henüz hakemler hakemlik görevini kabul etmeden, çeşitli ihtimallere göre belirlenmiştir. Hakemlerin hakemlik görevini henüz kabul etmeden (tarafların hakemlerin seçimi için mahkemeye başvuru tarihi, veya tarafların sözleşmesine göre hakem seçecek olan kişi, kurum veya kuruluşa başvurulduğu ve eğer sözleşmeye göre hakemlerin seçimi iki tarafa ait ise davacının hakemini seçip kendi hakemini seçmesini diğer tarafa bildirdiği tarihte, sözleşmede hakem veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi, takibinin tarafça alındığı tarih tahkim davasının açıldığı tarihtir.) Dava tarihini çeşitli ihtimali durumlara göre belirlemek isabetli olmayacaktır.

Tahkim yargılamasında dava tarihi, hakemlerin görevi kabul etmeleriyle hakem kurulunun oluşması ve bu tarihin dava tarihi olarak kabulü yerinde olacaktır. Dava tarihinin hakemin veya hakemlerin hakemlik görevini kabul etmeden önceki bir tarihe çekilmesi birçok sorunları da beraberinde getirecektir. Özellikle bu durumun önemi hukuki himaye tedbirleri bakımından daha da öne çıkmaktadır.

Kararnamenin 1456. maddesinin ikinci fıkrasında maddede düzenlenen durum, HMK m. 417 de ret sebepleri başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, “Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulları açıklamak zorundadır. Taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde hakem, daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirir. Hakem, taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca

kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu veya tarafsızlığından şüphedeilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir. Taraflardan birisinin kendisinin atadığı veya atanmasına katıldığı hakemi reddetmesi, yalnızca hakemin atanma tarihinden sonra öğrenilen ret sebeplerine dayanılarak yapılabilir”

Aynı konuya ilişkin diğer bir hüküm de HMK da hakemlerin seçimini düzenleyen 416. maddesinin (2) c bendinde “Mahkeme, hakem seçiminde tarafların sözleşmesini ve hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması ilkelerini göz önünde bulundurur. Üçten fazla hakem seçilecek hâllerde de aynı usul uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.

Fransız tahkim hukukunda kendisine hakemlik teklifi yapılan kimsenin, hakemlik görevini kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphedeilmeyi gerektirebilecek her türlü halleri, koşulları açıklaması, hakem için bir yükümlülük,(mükellefiyet) olduğu açıkça ifade edilmiştir. Hakemin bu yükümlülüğü sadece hakemlik görevinin kabulden önce değil aynı zamanda görevin kabulünden sonrada ortaya çıkan veya çıkabilecek durumlar, bağımsız ve tarafsızlığını etkileyebilecek ise uygun zamanda tarafların bildirmek bulunmak durumunda olup, yükümlülüğü devam etmektedir. Hakemin tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphedeilmeyi haklı gösteren durumların ve koşulların açıklanması, hakem seçiminden önce ve sonra olmak üzere bir “zorunluluk” olarak düzenlenmişken Fransız tahkim hukukunda bu durum bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Yükümlülük olarak düzenlenmesi, hakem sözleşmesinden kaynaklanan hukuki ve cezai sorumluluk bakımından durum daha önemli hale gelmektedir.

Milli (iç) tahkim bakımından bu durumu zorunluluk olarak düzenlenmiş ve hakemin reddini gerektiren sebeplerden sayılmıştır. Kanun metninde “zorunluluk” olarak ifade edilen durum, hükümet gerekçesinde “yükümlülük” olarak ifade edilmiştir (Hükümet Gerekçesi: “Maddenin birinci fıkrasında, hakemin reddi sebepleri belirtilmiş; tahkim yargılamasının özelliği gözetilerek, hakemlik önerilen kimsenin, tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphedeilmeyi haklı gösterebilecek durum ve şartları varsa, görevi kabul etmeden önce bunları açıklama yükümlülüğüne yer verilmiştir. –İkinci fıkrada hakemin, taraf serbestisi gereği, tarafların belirlediği niteliklere sahip olması ile tarafsızlığı ve bağımsızlığı teminat altına alınmıştır. Belirtilen ret sebepleri, taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise doğal olarak “yasaklılık sebepleri” başlıklı 39 uncu madde de belirtilen hakimin yasaklılık hallerini de kapsar. İkinci fıkranın son cümlesi ile hakemin kötü niyetle reddi suretiyle tahkimin geciktirilmesinin önlenmesi istenmiştir.”).

Taraflar bakımından hakemin halinden tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda şüphedeilmeyi gerektiren hal ve şartlar, gerek hakem veya hakemlerin seçiminden önce veya sonra beyanlarından gerekse beyan olmaksızın taraf veya tarafların tespiti duyumu, bilgi edinmesi vs. sonucu ortaya çıkabilir. Taraflar arasında hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı sorgulanır olması ve fikir ayrılığı ortaya çıkması halinde uyuşmazlık, tahkimi organize etmekle görevli kişi tarafından veya böyle bir kimse yoksa durumun öğrenildiği veya ortaya çıktığı tarihten itibaren bir ay içinde başvurulmak suretiyle yardımcı hakem tarafından çözülecektir. Hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığından şüphedeilmeyi gerektiren hal ve durumlar “ret sebepleri” başlığı altında düzenlenmiş olup, hakemin halindeki ihtilaf hakemin reddi sebebidir. Hakemin reddi usulü 418. madde ile ayrıca düzenlenmiştir (Milli kanunlarda ve milletlerarası kurumların tahkim kurallarında çoğunlukla “bağımsızlık ve tarafsızlık” kelimelerin birlikte kullanıldığı ancak bu kelimelerin “müteradif olmadığı” hakkında bkz. (Kalpsüz, 2010: 55)). Hakemin reddini gerektiren bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren iki hafta içinde ret talebinde bulunulabilecek, talebe rağmen hakemin kendiliğinden çekilmemesi veya diğer taraf reddi kabul etmez ise ret hakkında hakem kurulunca karar verileceği düzenlenmiştir. Hakem kurulunca ret talebinin kabul edilmediğini öğrenen taraf, bu tarihten itibaren karara karşi bir ay içinde mahkemeye başvurarak bu kararın kaldırılmasını talep edebilecektir⁷.

Hakemin reddi usulü bakımından, mahkeme reddi istenen hakemin veya hakem kurulunun tamamını veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin ret talebinin kabulü kural olarak tahkimin sona ermesi nedeni olarak düzenlenmiştir. Reddi talep edilen hakem veya hakemlerin isimlerinin belirlenmediği hallerde tahkimin sona ermeyeceği ve yeniden hakem seçimi yoluna gidilecektir (Uluslararası tahkimde hakemlerin reddi ile ilgili kabul edilen temel prensiplerin MTK da da aynen benimsendiği hakkında bkz (Erdoğan, 2004: 271). Hakemlerin taraflarca seğildiği durumlarda bir iki tarafın uzlaşmaya verdiği tarafsız olayın ve sır

⁷ Yargıtay kararına göre “HMK’nın417/2 maddesinde taraflardan birisinin atadığı veya atanmasına katıldığı hakemi ret etmesi yalnızca hakemin atanma tarihinden sonra öğrenilen ret sebeplerine dayanılarak yapılır...reddi istenen hakemin her iki tarafın kararlaştırdığı, kendisini tanıdığı, dürüstlüğüne ve tarafsızlığına güvendiği hakem olduğu, hakemin reddi talebinde bulunan KE’nin dilekçesinde belirttiği iddiaların hakemin atanma tarihinden sonra öğrendiği, davacı şirketin yönetim kurulu başkanının ortağı olduğu Üsküdar Eğitim Hizmetleri A.ř. adına hakemin makbuz keştiği, ve tarafsız olmayacağı iddiasının yerinde olmadığı, sözü geçen firma, tahkim davasının tarafı olmadığı gibi, Üsküdar’da malik olduğu bir taşınmazın dosyaya sunulan tapu kaydından hem hakemin reddi talebinde bulunanın hem de tahkim davasının davacısı olan G. Enerji ve Yatırımları San. ve Tic. A.ř.’nin taşınmazda 1994 yılında hissedar oldukları dikkate alınarak, hakemin reddi talebinin reddine karar vermek gerekmiştir”.

saklama yükümlülüğünü yerine getiren hakemin bulunmasında güçlük olduğu, doktrinde hakemlerin tarafsızlığını sağlamak bakımından en iyi yöntemin üç hakemden oluşan kurul olduğu, ancak bu durumun hakemlerin tarafsızlığını korumayarak yargılama sürecinin sekteye uğraması olasılığını kaldırmadığı hakkında bkz. (Deren Yıldırım, 2002: 43); milletlerarası tahkimde hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığı hakkındaki MTK nun 7/C ve 7/D maddesi hakkında bkz. (Kaplan, 2003: 614)).

Hakemlerin reddi usulü bakımından kanun koyucu reddi istenen hakemler bakımından ayrıma gitmiş, buna göre hakemlerin reddi için doğrudan hakem kuruluna ve onun verdiği karara karşı bir ay içinde mahkemeye gidilebileceğini veya kanunda durumun varlığı durumunun varlığı halinde ancak doğrudan yeni, hakem kuruluna gitmeden, mahkemeye başvurulabileceği düzenlenmiştir.

Hakemin reddine ilişkin hükümlerin tahkimi geciktirmek suretiyle kötüye kullanılmasını önleme amacıyla hakem veya hakemlerin reddi talebi öncelikle hakem kuruluna yapılmakta ve karara bağlanmaktadır.

Seçilen hakemin veya hakem kurulunun tamamının ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakem veya hakemlerin reddi için öncelikle ve ilk olarak mahkemeye başvurulması zorunluluğu vardır.

Kanun koyucu bu şekilde reddedilen hakemlerin kendi ret talepleri hakkında karar verme durumunda kalmalarının önüne geçilmiş olacağı bu çekincesine binaen ret talebi için öncelikle mahkemeye başvuru zorunluluğu getirmiştir.

Fransız tahkim hukukunda (kararname m. 1456-1459 arası maddelerde) tahkimin kurulması esasında hakemin veya hakemlerin reddi hakemlik engeli ve hakemin istifasına ilişkin kurallar basitleştirilmek suretiyle uygulanma kabiliyeti artırılmıştır.

4.2. Hakemin Bağımsızlığının Denetimi

4.2.1. Hakemin Bağımsızlığı ve Şeffaflık Testi

Fransız tahkim hukukunda hakemin bağımsızlığını sağlamak için şeffaflık zorunluluğu getirilmiştir. Hakemin bağımsızlığına duyulan ihtiyaç şeffaflık testini zorunlu olarak beraberinde getirmektedir (Ferrier, 2015: 29). Hakemin bağımsızlığı için şeffaflık testi, hakemin beyanlarının incelenmesi yönünden ele alınmaktadır. Bu durumda negatif bir yaklaşımdan hareketle hakemin bağımsızlığını etkileyebilecek bir ilişki veya ilişkilerin var olup olmadığı araştırılmakta, bu araştırma hakem tarafından beyan edilen bağımsızlığına ilişkin açıklamalar üzerinden yapılmaktadır.

Resmi yargı ile tahkim yargısı karşılaştırıldığında taraf veya tarafların, hakem veya hakemlerin seçimini bağımsız iradeleri ile yapması tahkimin özünü oluşturmaktadır. Hakemi veya hakemleri tayin eden taraflarla, hakem veya hakemler arasında bir bağ kurulduğu yadsınamaz bir gerçek olması ve bunun yanında hakem veya hakemler seçilmekle seçildiği taraftan bağımsız olması sonucunu da doğurmakla birlikte, bu “sözde ve ilkesel” bağımsızlığın denetim dışında tutulması sonucunu beraberinde getirmemektedir.

Hakem veya hakemlerin bağımsızlığının, sadece taraflar bakımından değil, hakem veya hakemler, tahkim yargılamasına katılacak avukatlar, kurumsal tahkimde tahkim kurumu bakımından da sağlanması gerekir.

Hakemin bağımsızlığının, doğrudan bağımsızlık ve dolaylı bağımsızlık anlamında ele almak gerekir. Doğrudan bağımsızlık, hakemin, tahkime veya hakem sözleşmesinin taraflarıyla ve hakem kararını etkileyebilecek kişi, kurum veya kuruluşlarla, ekonomik, sosyal, finansal, ailevi, profesyonel veya sözleşmeye dayalı ilişkiler içinde bulunmamasıdır.

Konunun öneminin büyüklüğü karşısında Tahkim sözleşmesinin taraflarının seçilmiş veya seçilecek hakem veya hakemlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını ortaya koymak bakımından, açıklama yükümlülüklerinden “feragat edip, edemeyecekleri sorgulanabilir.

Kanaatimizce Tahkim hukukunun önemi, tahkim yargılamasından beklenen amaç ve hakem kararının bir yargı kararı olması taraflar yanında belli hallerde kamu düzeni de ilgilendirmesi ve özellikle hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının, taraflar üstü önemi ve aynı zamanda toplumsal barışı da ilgilendirmesi ve söylenebilecek diğer argümanlar karşısında, yasal korumadan feragat edilememesi gerekir. Doğrudan bağımsızlık zorunluluğunun beraberinde getirdiği bir diğer durumda, hakem veya hakem seçiminin resmi yargıda hakime bırakıldığı durumlarda, hakimin seçeceği (tayin edeceği) hakemin veya hakemlerin bağımsız veya tarafsız olmasını sağlamak için, onların tarafsızlığını ve bağımsızlığı araştırmaya sevk etmesidir.

Dolaylı bağımsızlık, hakemin veya hakemlerin taraflar dışında tahkime katılanlarla fiziksel veya zihinsel bir bağının bulunmaması karar verme hürriyetini etkileyecek etken ve nedenlerin bulunmamasıdır (Uluslararası

Barolar Birliğinin genel hatlarını belirleyen ‘‘turuncu’’ listesinde, uluslararası tahkimde çıkar çatışmalarının varlığı esprisinden hareketle, hakemler arasında hakemlerle danışmanlar, tahkim eksperleri arasında bağların bulunabildiği ve bu durumların hakemin bağımsızlığını etkileyebileceği, hakemlerden ikisinin de aynı hukuk bürosuna veya aynı şirkete ait olmaları, hakem ve bir tarafın danışmanı, tanık veya uzmanın sıkı arkadaşlık ilişkisi içinde olmaları gibi durumların hakemin bağımsızlığını olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Bkz. (Ferrier, 2015: 29); Hakemin beyanda bulunma mükellefiyetini yerine getirmiş sayılması bakımından; gereken araştırmanın yapılması halinde tespit edilecek, bilinebilecek durumların araştırma yapılmadığı için bilinmemesi halinde hakemin sübjektif iyi niyetinin yeterli olmadığı, ifşa edilmesi gereken olay veya şartların bilinmekte olmasının tarafsızlık belirtisi olmadığı, tarafsızlık delili olarak değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz, (Rainer, 2007: 72-73)).

Hakemin bağımsızlığının değerlendirilmesi ve kontrolü açısından sorunun gündeme geldiği bir durumda hakem ve hakemlerin mahkeme tarafından tayininin kararlaştırıldığı hal bakımındandır. Hakim hakem veya hakemleri tayin ederken hakemin bağımsızlığı yönünden ne tür bir inceleme yapması veya soyut bir değerlendirme ile yetinip, yetinemeyeceği, makul şüphenin yeterli olup olmadığı hususudur. Hakem tayin ederek mahkeme de uygulanacak yargılama usulü çerçevesinde kalınarak hakimin araştırma ve incelemesini yapması ve uyuşmazlığın taraflarının da bu konuda dinlenilmesi ve görüşlerinin dikkate alınması isabetli olacaktır. Ortaya çıkacak duruma göre makul şüphenin varlığı, hakemin tayinine engel bir durum olacağından hakem tayin edilmemelidir. Makul şüphenin varlığı kanaati, tayin edilmesi düşünülen hakem veya hakemlerin beyanda bulunma yükümlülüğünün gereği olarak yapıcı beyanı, ifşası, tarafların beyanı ve yargılama usulüne göre hakemin araştırma ve incelemesi sonucu ortaya çıkan durum hal ve şartlara göre oluşacaktır. Bu anlamda hakem veya hakemlerin beyanda bulunma mükellefiyetini sadece taraflara değil, hakem tayini ile görevlendirilen, mahkeme, üçüncü kişi, tahkim kurumu gibi kısaca hakem tayini ile görevlendirilenler bakımından istisnasız kabulü gerekir.

4.2.2. Hakemin Kendi Bağımlılığını Beyan Etmesi

Ulusal ve uluslararası tahkim düzenlemelerinde ağırlıklı olarak hakemin bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyebilecek herhangi bir hususun varlığı halinde hakeme bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Kendisine hakemlik önerilen kimsenin bu görevi kabulden önce ve bağımsız ve tarafsızlığından şüpheyi gerektirecek hal ve şartları açıklama yükümlülüğü görevi kabulden önce ve görevi kabulden sonra hakem kararı verinceye kadar gecikmeksizin taraflara bildirmekle yükümlüdür. Hakemin beyan yükümlülüğüne ilişkin olarak uluslararası tahkim kanunları ve yönetmeliklerin de, bağımlılıkla ilgili neyin veya nelerin belirtilmesi gerektiği bir başka ifadeyle, hakemin bağımlı hale getiren hususların neler olduğu konusunda içerik olarak belirtilmediği gibi herhangi bir tanımlama da yapılmış değildir.

Bu durum hakemin bağımlılığı konusunda yapılan beyanın, gerek taraflarca tahkimi organize etmekle görevli tahkim kuruluşunun ihtilaf halinde hakimin, müspet anlamda bağımsızlık menfi anlamda bağımlılık kapsamına nelerin girdiğini değerlendirme ve takdirini zorunlu kılmaktadır.

Hakemin beyan yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılması için hakemin bağımsızlığını veya bağımlılığına ilişkin beyanlarının çerçevesinin, içeriğinin ve kapsamının ne olacağı önem arz etmektedir. Hakemin kişisel değerlendirmesini içeren beyanı, hakemin beyan yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılması için, yeterli sayılıp sayılmayacağı, bağımsızlık konusunda soyut beyan hakemin yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılması için yeterli kabul edilip edilemeyeceği tartışılabilir. Hakemin kendi duygu ve düşüncesine göre bağımsızlığını etkileyebilecek neden ve etkenlerin neler olduğu konusunda kişisel yaklaşımı asıl olmakla birlikte, hakem özellikle taraflar bakımından da bir değerlendirme yapmak ve makul şüphe uyandırabilecek hal ve şartları da açıklaması gerekir. Bağımlılığın değerlendirilmesinde açıklanan hususların takdiri her bir taraf için kişisel nedenler, yaklaşımlar içerebilir. Bu konuda asıl önemli olan, tarafların veya taraflar arasında ihtilaf halinde bağımsızlığı, bağımlılığı değerlendirecek mahkemeye yeterli ölçüde dürüstlikle, açık, şeffaf, öngörülebilir değerlendirmeye elverişli bilgi ve açıklamaların veri olarak beyan edilmesidir.

Uygulamada neyin veya nelerin bildirilmesi gerektiği hakem veya hakemlere bırakılmış olmakla birlikte, hakem, tarafların yerine kendisini koyarak da değerlendirme yapmalı ve beyanda bulunmalıdır.

Hakemin yapacağı iç denetim ve taraflar bakımından da yapacağı dış denetim verileri açıklanmalıdır. Tahkimi ve hakem kararını doğrudan veya dolaylı etkileyebilecek veya etkileme olasılığı bulunan hallerin, şartların ve ihtimallerin açıklanmasını da beyan yükümlülüğü içinde mütalaa etmek gerekir.

Fransız doktrinine göre, hakemlerin beyan yükümlülüğünü geniş tutmak, tahkimin etkin gücünü zayıflatmaya kadar götürebilir ve bu anlamda beyandaki eksiklik veya hata, hakem kararının iptalini dahi

sağlayabilir. Beyan yükümlülüğün çerçevesi geniş tutulduğunda bunun beraberinde getireceği bir diğer durumda, hakemlerin yükümlülüğün değerlendirilmesinde ve hakim tarafından denetiminde (kontrolünde) “referans kriterler” olarak görülecektir (Ferrier, 2015: 29).

Paris İstinaf Mahkemesinin konuyla ilgili verdiği bir kararda (Ferrier, 2015: 29); Kararnamede zorunluluk olarak düzenlenen bildirim yükümlülüğü, ifşa yükümlülüğüne dönüştürülmüş, verdiği bir tahkim kararında bildirim yükümlülüğü yerine getirilmediğinden, hakem kararının iptaline karar verilmiştir. Karar veren hakemlerin bağımsızlığından bir şüphe olmamasına rağmen, verilen hakem kararında, hakemlerin bağımsız olmadığına ilişkin bir şüphenin var olup olmadığı dahi araştırılmamıştır.

Paris İstinaf Mahkemesinin, doktrininin çoğunluğu tarafından da kabul gören kararında; hakemin yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmemesi konusunda yükümlülüğün içerik olarak kontrolü bırakılıp, daha kolay ve pratik olan, hakemlerin ifşada bulunup bulunmadığı hususunun denetimi yeterli sayılmıştır. Kararda doktrinde azınlıkta kalan görüşlerde; hakemin bağımsızlığı ve gereğinin araştırılması yerine daha çok hakemin bildirim kalitesi üzerine vurgu yapıldığı, bağımsızlığın gerçekliği bırakılarak bağımlılık görünümüne geçildiği ifade edilerek karar eleştirilmiştir (Fransız doktrininde, hakemin müdahalesinin şeffaflık riski bakımından aşırı uygulanması halinde bir zehire dönüşebileceği ve tahkimin varlığını tehlikeye sokabileceğine dikkat çekilmektedir. Tahkimin geleceğine ilişkin risk daha çok şeffaflığa verilen aşırı önemden kaynaklandığı hakemlere ve tahkime duyulan şüpheden oluştuğu ifade edilmektedir. Ayrıca somut analizden uzak bir bağımsızlık anlayışının ve geniş bir bildirim yükümlülüğünün; taraflardan birinin bazı bilgilerden dolayı kendi hakemini seçmemesini ve karşı tarafın hakemini seçmesini tercih edebileceği bu tür risklerin hakemlerin tarafça seçilmesini engelleyebileceği ve bu seçimin tahkim kurumuna devredilebileceği bu tür bir girişimin hem tehlikeli hem de tutarsız bir geçici çare olarak görüldüğü hakkında bkz. (Ferrier, 2015: 29); Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda Fransız hukukundaki durumun İsviçre’dekine benzer olduğu, bağımsızlık ve tarafsızlık özelliklerinin bulunmadığının önceden bilinmesi halinde hakem kararının iptalinin talep edilebileceği, ifşa edilmemiş hususların taraflardan birinin zihninde makul şüphe uyandıracak içerikte olması gerektiği, hakem kurulunun veya tek hakemin seçiminde uygunsuzluk ve/veya uluslararası kamu düzeninin ihlalinin hakem kararına itiraz nedenleri arasında olduğu, ifşa yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin tarafların hakeme itiraz etme hakkının elinden alınması sonucunu doğuracağı ve dolaylı olarak da bu sonucun savunma ve eşit işleme tabi olma hakkının ihlali anlamına geleceği savunulmaktadır. (Rainer, 2007: 67-68)).

Hakemlere açıklamada bulunma zorunluluğu getirilmesi, tahkim yargılaması bakımından fevkalade önem taşır. Bağımsızlığını kaybetmiş hakem veya hakemlerce verilecek tahkim kararı tahkim yargılamasından beklenen amacı sağlayamayacak, müdahale kararın adaleti konusunda en büyük risklerden birini teşkil edecektir.

Hakemin beyanı, açıklaması ve bunun kontrolü, hakemin reddi sorununu araçsallaştırabilir. Hakemin bağımsızlığını hiçbir şekilde etkilemeyen bilgilerin paylaşılmaması, dikkate alınmaması, hakeme veya tahkim kararına karşı dava açılmasına sebebiyet verebilme riskini taşımaktadır. Açıklama, beyan yükümlülüğü getirilmekle hakem veya hakemlere güvenin ve/veya güvensizliğin hakem tayini öncesi ve tahkim yargılaması süresince kontrolünün sağlanması amacıyla yönelik bir tedbir olarak düşünülmektedir. Şüphe ve güvensizlik duygusunun izalesi, beyan yükümlülüğü ile kontrol altına alınmaya çalışılmaktadır.

Tahkimden beklenen amacın sağlanması ve tahkim yargısını korumak bakımından usul sadakati, iyi niyet, dürüstlük kuralı ve önlem, gerekli şeffaflık zorunluluğunun getirdiği risklerin izalesi bakımından ön plana çıkmaktadır.

Hakemin bağımsızlığının denetimi, hakemin görev ihlâline dayalı olarak hakemin reddi talebiyle başlar. Tahkim yargılaması süreci içinde aleyhine hakem kararı verileceğini hisseden ve öngören tarafın, bağımsızlık yönünden hakemin görev ihlâline dayanarak, hakemin reddi talebini araçsallaştırmak suretiyle olası hale getirebilme potansiyeli taşımaktadır.

HMK 417. maddesindeki ret sebepleri dikkate alındığında hakemlerin taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olup olmadığı, taraflarca kararlaştırılan ve tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebinin mevcut bulunmadığı, tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar, hakemin tarafsızlığı bakımından kanunda öngörülen bildirim yükümlülüğünün genel içeriğini teşkil etmektedir.

Hakemin reddine ilişkin kararlarının gerekçeli olması ve reddi istenen hakemin bağımsızlığının ihlali olarak görülen etken ve nedenlerin açıklanması, bağımsızlığın denetiminde, hakemin reddinin kontrolü, şeffaflığın araçsallaştırılmasını bir ölçüde önleyebilecektir.

Mahkeme, hakemi hakemlerin reddinin talebi halinde ret talebi ve gerekçesinden hakemin bağımsızlığını etkileyebilecek veya ortadan kaldıracabilecek makul şüphenin var olup olmadığını araştırmalıdır. Hakem veya hakemlerin reddini talep eden tarafların ret taleplerinde ortak görüşte olmaları yeterli olmamalı, taraflar arasındaki menfaat çatışmasının varlığı da göz ardı edilmemelidir.

Hakem beyanda bulunmakla mükellefiyetini bir yönüyle yerine getirdiği gibi, meşruiyetini de güçlendirmektedir. Hakemin bağımsızlığının denetimi, tahkimi teşvik ve tahkimin varlığını korumak, devamını sağlamak anlamında da büyük önem taşımaktadır.

4.2.3. Bağımsızlık Denetiminin Hakem Kurulu Kararının gerekçesi ve Gizliliği Üzerinden Yapılabilmesi

Hakemin bağımsızlık denetimi, tahkimi teşvik ve korumak amacıyla bağdaşır bir uygulamadır. Bu denetim, hakemin bağımsızlığının takdirinde hakemlik görevinin kabulünden önce ve sonra bir başka ifadeyle hakem kararının gerekçesine göre de yönlendirilebilir ve sağlanabilir.

Hakem kararında (HMK m. 436/1, c) “kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi gösterilir. Hakemler verdikleri kararda gerekçe göstermekle yükümlüdürler. Hakem kararının gerekçesi yargılama usulünün asli prensiplerine uygun karar verilip verilmemesinin tespiti yanında, iptal sebeplerinin varlığı veya yokluğunun belirlenmesinin tespitinde de asli ve tayin edici etki göstermektedir.

Hakem kararının gerekçesiz olması kanunda (HMK m. 439) iptal nedenleri arasında sayılmamıştır. Kanunda (HMK m. 409) itiraz hakkından feragat açıkça düzenlenmiş olduğu halde, taraflara gerekçeden feragat etmeleri imkanı tanındığına ilişkin açık ve net bir hüküm yoktur. Kural olarak gerekçesiz hakem kararının verilebileceğine ilişkin açık bir hüküm yoktur (MTK'nun 12/D fıkrasına göre; tarafların tahkim sırasında uyuşmazlık konusunda sulh olmaları ve tarafların talebi üzerine tarafların talebini uygun bulan hakem veya hakem kurulunun sulhü hakem kararı olarak tespiti halinde ve ikinci olarak, MTK'nun 12/C fıkrasının son bendine göre, hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verdiği iki halde gerekçe gösterilmeden karar verilebileceği hakkında bkz. (Kalpsüz, 2010: 114).

Milletlerarası tahkim Kanununda (MTK m. 14/A,2) hakem kararının dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesinin belirtileceği, hakem kararının gerekçesiz olarak verilmesinin açıkça iptal edilebilir hallerden sayılmadığı (MTK m. 15) ifade edilmiştir. Kanunda (MTK m. 15/A, 2. B) Tarafların iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilecekleri düzenlenmiştir.

Fransız tahkim hukukunda (Fransız Medeni Usul Kanunu m.1482 ve Tahkim Reformuna Dair Kararnamede (m. 1481 ve 1482) hakem kararı gerekçeli olmak zorundadır. Hakem kararı, kısa ve öz bir biçimde tarafların iddialarını ve gerekçelerini belirtmelidir. Karar gerekçeli olmalıdır. Kararın gerekçesine ilişkin şartların yokluğu halinde karar gerekçesiz olacaktır.

Hakem kararının gerekçesiz olması, ulusal tahkimde iptal davası açılma sebepleri arasında sayılmıştır (Kararname m. 1492/6), uluslararası tahkimde, Fransa'da verilen kararlarda hakem kararının gerekçesiz olması, iptal davası açılacak haller arasında sayılmamıştır (Fransız tahkim hukukunda, ulusal tahkimde hakem kararının gerekçeli olması ve gerekçesiz hakem kararının iptal sebebi sayılması yanında, uluslararası tahkimde gerekçesiz hakem kararının iptal nedenleri arasında sayılmaması, eleştirilmiş ve uluslararası tahkimde de uygulanmasının yararlı olacağı ifade edilmiştir. Fransa'da mahkeme içtihatlarıyla zorunlu gerekçenin uluslararası kamu düzeninin bir parçası olmadığı, gerekçesiz bir hakem kararının usul kanununa ve tahkim kurallarına göre verilmiş olsa bile taraflara gerekçeden feragat etme imkanı tanıdığı hakkında bkz. (Ferrier, 2015: 29).

Hakem kararının gerekçeli olması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de öngörüldüğü gibi, mahkeme kararının, gerekli asgari standartları taşıması gereğinden hareketle, hakemlerin motivasyonlarının sağlanması ve kararın gerekçesinden, hakemin bağımsızlığı ile ilgili objektif referanslar edinilmesi ve iptal davası yoluyla denetimin sağlanması önem arz eder (İptal talebinde bulunan tarafça varlığı ispatlanacak iptal nedenleri bakımından taraflara eşit davranılması ilkesinin gözetilmesi gereğinden hareketle, bir tarafın diğerine nisbetle daha az avantajlı duruma gelmesi korunup, kollanması yönünde karar verilmesinin iptal nedeni olacağı hakkında bkz. (Kalpsüz, 2010: 141); Hakemin, bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda makul şüpheyi haklı kılacak olayları araştırmaktan ve ifşa etmekten kaçınması ve bu durumun hakem kararının verilmesinden sonra ortaya çıkması koşuluyla verilen karar bakımından iptal sebebi sayılması gerektiği, hakemlerin ve makul şüphelerden bilgi sahibi olan tarafların bundan etkilenen tarafın zararının tamamından sorumlu olması gerektiği savunulmaktadır. (Rainer, 2007: 78)).

Tarafların gerekçesiz hakem kararını kabul etmeleri, tarafları hakemin kendi anlayışı ve kabulüne hakeme kayıtsız güvene şartlandırması sonucunu doğurabilecektir. Hakem kararının gerekçeli olması halinde gerekçeyle, uyuşmazlık konusu olay ve hukuka uygunluk denetiminin sağlanmasının yanında, hakemlerin bağımsızlığının denetimi ve tahkim adaletine olan güven sağlanabilecektir.

Hakemin tarafsızlığına ilişkin beyanı hakem için aynı zamanda etik bir değer dışı yansıması olarak da vasıflandırılabilir. Hakem kurulunun veya hakemin uyuşmazlıkla ilgili vereceği hakem kararı bağımsızlığı ve tarafsızlığının bir yansımasıdır. Tahkim kararının iki önemli karakteristik özelliği, gizlilik zorunluluğuna riayet ve gerçeğe uygunluktur.

Türk tahkim hukukunda gerek ulusal gerekse uluslararası tahkime ilişkin kanun hükümlerinde hakem kararı yönünden karar görüşmelerinin gizliliğine dair açık hüküm yoktur. Fransız hukukunda (tahkim reformuna dair kararname m. 1479) tek bir maddede ‘‘Hakem kurulunun görüşmeleri gizlidir şeklinde düzenlenmiştir.

Tahkim yargısında gizlilikten kasıt; tarafların veya taraflar dışındaki üçüncü kişilerin karar görüşmelerine katılmalarının yasak olmasıdır. Hakemlerin bu görüşmelerin içeriğini açıklamaları, ifşa etmeleri de yasaktır.

Görüşmelerin gizliliği bağımsız adaletin ayrılmaz bir unsurudur. Dayanağı, hakemlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını korumaktır. Taraflar ve onlar tarafından atanan hakemler arasındaki bağların ve oluşan gücün hakem kararına yansımaması, bu gizlilik ilkesinin varlığını, korunmasını daha anlamlı hale getirmektedir. Gizlilik ilkesi ile varılmak istenen amaç; tarafların fiili ve zihinsel olarak, varlık ve düşüncelerinden hakemleri izole etmek, hakemlere bağımsız tartışma ortamı sağlamak ve tarafların argümanlarını taraflı olarak hakemler vasıtasıyla karara yansımalarının önüne geçmektir.

Görüşmelerin gizliliği, hakemin üstlendiği bir yükümlülük olmasının ötesinde, tahkim davası ile taraflar ile hakemler arasında iletişim içeriğini de kapsamaktadır.

Gerek milli gerekse milletlerarası tahkimde, görüşmelerin gizliliğine uyulmamış olması iptal nedenleri arasında açıkça sayılmış değildir. Hakem kararının şekli ve içeriği, düzeltilmesi, yorumu ve tamamlanması yazılı bildirimlerin alınması (MTK m. 14) düzenlenmişken, hakem kurulunun görüşmelerinin gizliliği ve gizliliğin ihlali suretiyle verilen hakem kararının akıbetinin ne olacağı, iptal edilebilir olup olmadığı, hakem kararına karşı kanun yoluna gidilip gidilemeyeceğine ilişkin yasal düzenleme bulunmaması önemli bir eksiklik ve yasal düzenleme boşluğu olarak görülmektedir. (Tahkim yargılamasında gizlilik (mahremiyet) tahkimin yararları arasında zikredilebilecek önemli bir husus olup, tahkimin doğrudan niteliğinden kaynaklı bir unsurdur. Kurumsal tahkim sistemlerinde ve ulusal tahkim kanunlarında mahremiyet ilkesi ve mahremiyete ilişkin düzenleme, bilgiler ve çözümler için bkz. (Özsunay, 2004: 91): Tarafların tahkim yargılamasının mahremiyeti konusunda esaslı bir güvenceye kavuşmak istemeleri halinde, tahkim şartı veya tahkim anlaşmasıyla mahremiyete ilişkin hüküm koymaları, kurumsal tahkimlerden birini seçerken, mahremiyete ilişkin hükümler sevk eden tahkim kurumunun seçilmesi, hakemlerin görev belgesi veya benzer bir belge düzenlenirken, mahremiyet ilkesinin belgeye dahil edilmesi önerileri hakkında bkz. (Yüksel, 2009: 347).

MTK m. 17 de ‘‘Bu kanunda düzenlenen konularda aksine hüküm bulunmadıkça HUMK hükümleri uygulanmaz’’ hükmüne yer verilmiştir. MTK’na göre, tahkim yargılamasında gizlilik (mahremiyet) bakımından özel bir düzenleme bulunmadığından HMK hükümleri kıyasen uygulama imkanı doğacaktır. Görüşme yapma yükümlülüğü gerek tek hakem gerekse hakem kurulu olarak toplanan hakemler içinde geçerlidir. Karar görüşmelerinin hakem kurulunun temel yükümlülüklerinden sayılması; görüşmelerin gerçekliği için her bir hakemin vereceği kararı iyi düşünmesi, iddia ve savunmalarının tamamının dikkate alınması ve diğer kurul üyelerinin görüşleri alınıp, karşılaştırılmak suretiyle yapılan çalışma sonucu hakemlerin kişisel kanaate varmasının gerekliliği ve zorunluluğundan kaynaklanmaktadır.

Hakem kararı bakımından müzakere için belli bir şekil şartı olmaması, tahkimin amacı taraflara tanınan esneklik ve pragmatik yaklaşımın gereği olduğu söylenebilir. Hakemin hakem kurulundaki diğer üyelerden karar hakkında bilgi ve fikir teatisinde bulunması tartışmalara katılma fırsatının bulunması ve sağlanması, bütün bunların özgür bir karar ortamında sağlanması yeterli olabilecektir. Tahkimde görüşmelerin tüm hakemler nezdinde birlikte yapılması, hakemin görüşmelerden dışlanarak görüşme yapılmaması, muhalif görüşlerin diğer hakemlere her an veya karar alınmadan önce ifade edilebilir olması için zaman ve zemin sağlanması, hakem kurulu kararının sıhhati ve gizliliği bakımından önemli diğer hususlardır.

Tahkimde görüşmelerinin ihlali, görüşmelerin gizliliğinin ihlali, görüşmelerde çoğunluğun bulunmaması, bağımsız ve tarafsız bir görüşmenin var olmaması halinde gerçekleştirilebilir.

Görüşmelerin gizliliğinin ihlali, iptal nedenleri arasında sayılmadığından, yalnızca bu neden hakem kararının iptalini gerektirmez. Gizlilik ihlalinin kamu düzenine aykırı olduğunun (MTK m. 15/2, a) tespiti halinde hakem kararı iptal edilebilir.

Görüşmelerin gizliliği aynı zamanda tarafların eşitliğini korumaya hizmet eder. Görüşmelerini gizliliğinin ihlali, hakemler arasında hakem kararına ilişkin görüşmelerden hasıl olan bilgi ve kanaatin hakemce kendini tayin eden tarafla paylaşılması ihtimalinde de gerçekleşebilir.

Görüşmelerin gizliliği hakemin bağımsızlığını sağlama amacına da hizmet etmekte ve böylece hakemler verdikleri kararın olumsuz yansımalarından da korunmuş olmaktadır.

Gizlilik ihlalinin sonuçları, hakemin sorumluluğu bakımından nasıl bir yansıma bulacağı, hakemin sorumluluğuna ilişkin milli veya milletlerarası tahkim hükümlerindeki düzenlemelerin varlığı bağlamında çözüm bulunabilir.. Hakemlerin kamu görevlisinin yetkilerine ve sorumluluklarına sahip olmaması, bu anlamda devletin sorumluluğuna da gidilememesi ve hakemlere karşı açılacak tazminat davasının genel ve özel hükümler çerçevesinde esas alınabilirliği noktasından hareketle, hakemin kişisel sorumluluğuna gidilebilecek ve tazminat bizzat hakemce yerine getirilecektir. Hakemlerle taraflar arasında yapılan hakem sözleşmesi temelinde sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde hakemin sorumluluğuna gidilebilecektir (Fransız Yüksek Mahkemesine göre Fransız hukukunda, hakemin hukuki sorumluluğu, hakemin kişisel bir hatadan, dolandırıcılıktan, ihmalden, ağır hatadan veya davaya bakmamaktan oluştuğu, tahkim görüşmelerinin ihlal edilmesi ağırlıklı olarak kusuru karakterize ettiği, ve görüşmelerin gizliliği açısından veya gerçekliği hakkında ağır bir kusur olarak nitelendirilmekte, hakemin alınacak kararın yazılmasını bir ortağına vermesinin hakem sözleşmesinin temel özelliğinin ihlali anlamına geleceği ve ağır kusur işlemiş olacağı, dava hakkında aşırı bilgisizlik, hakemin gerekçe sunmadan görevinden feragat etmesi sözleşme yükümlülüğünün ihlali anlamına geleceği hakkında bkz. (Fontmicher, Donato & Meyniel, 2014: 19); Hakemlerin tahkimin asli unsurlarından olan "tahkimin gizliliği, prensibi ile bağlı olduğu, hakemin ilkenin ihlaline yönelik davranışlarda bulunamayacağı, bulunması halinde bundan zarar gören taraf veya tarafların uğradığı zararı tazmin zorunluluğu doyacağı hakkında bkz. (Kalpsüz, 2010: 54).

SONUÇ

Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, tahkim hukukunun asli ve vazgeçilmez prensiplerinden olmasının yanında; hakemlerin sorumluluğu, hakem kararının verilmesi ve tenfizi, hakemlerin tayini, iptal sebepleri, hakemlerin reddi ve azli, milli ve milletlerarası kamu düzeni, tahkim süreci ve yargılama ilkeleri gibi tahkim bakımında önemli konuları yakından ilgilendirmektedir.

Tarafsızlık, hakem kararını doğrudan veya dolaylı etkileyebilecek ön yargının bulunmamasıdır. Hakemin tarafsızlığında öznel yaklaşım ön planda olmalıdır. Hakemin tarafsızlığında kişisel ve bağlamsal faktörler etkili olabilecektir. Hakemlerin tabiiyeti, hakemin sosyal, kültürel, hukuk ve iş çevresinin hakemin tarafsızlığına etkisi dikkate alınarak, mümkün olabilecek objektif yaklaşımla değerlendirilmelidir.

Hakemin sorumluluğu bakımından, bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin beyan (ifşa) yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınma hali hakemin sorumluluğunu gerektirmektedir. Hakemin şeffaflığı bakımından hakemin bağımsızlığını etkileyebilecek ilişkilerin var olup olmadığının araştırılması hakemin beyanı üzerinden yapılmaktadır. Hakemin beyan yükümlülüğünü geniş tutmak, tahkimin etkin gücünü zayıflatma ihtimaline binaen, beyandaki eksiklik veya hata, hakem kararının iptali nedeni olarak dahi görülebilecektir. Beyan yükümlülüğünün çerçevesi geniş tutulduğunda, bunun beraberinde getireceği bir diğer durumda, hakemlerin yükümlülüğünün değerlendirilmesinde ve hakim tarafında denetiminde (kontrolünde)referans kriterler olarak görülmesi ve esas alınması olacaktır. Ülkelerin tahkim kuralarında beyanın içeriğini oluşturacak kriterlere yer verilmemekte, beyanını içeriği hakeme bırakılmak suretiyle subjektif yaklaşımın tercih edildiği görülmektedir.

Hakem kararının gerekçeli olması; hakemlerin motivasyonlarının sağlanması yanında, kararın gerekçesinden hakemin bağımsızlığı ile ilgili objektif referanslar, kriterler edinilebilmesi bir ölçüde mümkün olabilecektir.

Tahkimde hakem kararı ile ilgili görüşmelerin gizliliğinin ihlali, görüşmelerde hakem çoğunluğunun bulunmaması, bağımsız ve tarafsız olarak görüşmelerin gerçekleştirilememesi, hakem kurulu üyelerinden belli hakemlerce kendi aralarında gizli görüşme sonucu karar alınması ve hakem kararına yansıtılması , diğer hakemlerin görüşmeden dışlanması ve bunun için zaman ve zemin oluşturulması da hakemlerin bağımsızlığını olumsuz yönde etkileyebilecek ve ortadan kaldıracıdır. Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını, yalnızca taraflar bakımından değil, aynı zamanda hakem tayinin kendisine bırakıldığı üçüncü kişiler ve diğer seçilmiş veya seçilecek hakemler içinde aramak gerekir. Hakem kurulunun vereceği kararı

olumsuz yönde ve taraflı etkileme olasılığı bulunan kimselerin de tarafsızlık ve bağımsızlık çerçevesi içinde düşünülmesi gerekir. Tahkim kurallarında birinci derecede hakemlerin taraflara karşı bağımsızlığı ve tarafsızlığı esasa alınmakta ve beyan yükümlülüğü taraflar bakımından zorunlu kabul edilmektedir.

Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi hakem kararının iptali nedenleri arasındadır. Taraflar arasındaki eşitliği ve tarafsızlığı ortadan kaldıracak şekilde tahkim yargılamasının yapılması iptal nedenidir. Hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığına ilişkin beyan (ifşa) yükümlülüğünün ihlali hakemin sorumluluğunu gerektirmektedir.

Gerek tahkim usulüne aykırılık gerekse adil yargılanma hakkının ihlalinin birbirleriyle bağlantılı olması ve bu iki halde de hakemlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını yitirmesi sonucu usul ihlalinde bulunmak suretiyle adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi ve belli hallerde edildiğine ilişkin makul şüphenin varlığı, hakem kurulu kararının tenfizine engel bir durum olabilmektedir. Tenfizi istenen ülkenin kamu düzenine aykırılık da hakem kararının tenfizi talebinin reddine yol açabilecektir.

Hakemin yalnızca kendini tayin eden tarafla sözleşme ilişkisi içinde olduğunun kabul edilmesi halinde, yalnızca ona karşı hak ve yükümlülük sahibi olması algısını beraberinde getirebilme riskini taşımaktadır. Bunun sonucu olarak, kendisi ile sözleşme ilişkisi içinde olduğu tarafın hak ve menfaatlerini gözetme ihtimali dahi hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile bağdaşmaz.

Hakemin taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmaması tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebinin varlığı, tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartların gerçekleşmesi, taraf veya taraflara hakemi reddetme hak ve yetkisini vermektedir.

Bağımsızlık ve tarafsızlık hakemler için önemli vasıf ve kalitedir. Hakemlerin şeffaflığının sağlanmasında, beyanın içeriği sübjektif olarak hakeme bırakılmış olmakla birlikte, hakemin kendisini tarafların yerine koymak suretiyle neyin veya nelerin taraflara karşı bağımsızlığını ve tarafsızlığını kuşku ve sorgulanabilir olduğunu değerlendirmek ve beyanının içeriğini ona göre de belirlemesi önem arz etmektedir. Bağımsızlık denetiminin sağlanmasında gerçekçi anlayış hakim olmalıdır.

Hakemin ifşa zorunluluğu, çoğu tahkim hükümlerinde kategorik bir yaklaşımla ele alınmakta, her hal ve şartlarda beyan yükümlülüğü şekli de olsa yerine getirilme zorunluluğu bulunmaktadır. Bağımsızlığın gerçekliği, bağımsızlığın görünümü üzerinden sağlanmaya çalışılmakta, hakem bağımsızlığının etkin kontrolü tahkim kuralları ile sağlanmak istenmektedir. Tahkim hukukunda hakemlere olan güven esastır. Bağımsızlığın ve tarafsızlığın ihlali sonucunun dogmasını engellemek amacıyla istisnai durumlar bakımından tedbir alınmaya çalışılmakta ve amacın sağlanması ve bu anlamda etkin önlem olmak bakımından hakeme beyan yükümlülüğünün ön plan çıktığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıncı Z. (1996). Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri. Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir.
- Akıncı, Z. (1994). Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi. Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara.
- Akıncı, Z. (2007). Milletlerarası Tahkim (2. Baskı). Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Akıncı, Z. (2007). Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizine Engel Olan Durumlar, Milletlerarası Tahkim Semineri, İstanbul, (Tenfiz)
- Alangoya, Y. (1973). Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Baumgartner, P. (1981). Die Kosten des Schiedsgerichtsprozesses. Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich
- Berber, L. K. (1999). Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, (1. Baskı). Alfa Yayınevi, İstanbul.
- Bernhardt, W. (1968). Das Zivilprozessrecht, Berlin.
- Blomeyer, A. (1985). Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren, Berlin.
- Bozkurt Yüksel, A. E. (2009). “Fikri Mülkiyet Uyuşmazlıklarında Tahkim”, BATİDER, XXV(2): 335-402.

- Bozkurt Yüksel, A. E. (2010). Dünya Fikri Milliyet Örgütü (WIPO) Tahkim Sistemi, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Bratschi, P., Briner, R. (1976). Bemerkungen zum Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, (SJZ. 2)
- Bruns, R. (1979). Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München,
- Dayınlarlı, K. (1994). Milli – Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Dayınlarlı Yayınevi, Ankara.
- Dayınlarlı, K. (2007). UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim, Dayınlarlı Yayınevi, Ankara.
- Deren Yıldırım, N. (2002). “Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri”. Ankara Barosu Dergisi, 4: 37-44.
- Deren-Yıldırım, N. (2004). UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları. Alkım Yayınevi, İstanbul.
- Ekşi, N. (2009). ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, 1. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul.
- Ekşi, N. (2013). Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul.
- Erdoğan, F. (2004). Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Esin, İ., Lew, J. & Wegen, G. (2003). Milletlerarası Tahkim Mevzuatı, Beta Basım, İstanbul.
- Ferrier, D., & Magendie, J. C. (2015). “La transparence: une exigence raisonnable pour l'indépendance de l'arbitre?”. Recueil Dalloz, (1): 29-34.
- Fontmicher, A. de, Donato, M., Meyniel, A. (2014). Vue d'ensemble du regime juridique du delibere arbitral en droit francais de l'arbitrage. The Paris Journal of International Arbitration, 2: 202-207.
- Graf, F. (2009). “Hakemlere İtirazlar: Tarafsızlık ve Bağımsızlık Koşulları” II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, 14 Şubat 2009, Marmara Üniversitesi, 1-527, İstanbul.
- Habscheid, W. J. (1990). Schweizerisches Zivilprozess-und Gerichtsorganisationsrecht: ein Lehrbuch seiner Grundlagen. 2. Aufl., Helbing & Lichtenhahn, Basel.
- Habscheid, W. J., & Habscheid, E. (1994). Wegfall einer internationalen Schiedsinstitution, Schiedsvertrag und Schiedsrichtervertrag. Juristen Zeitung, 19: 945-953.
- Hausmann, W. (1979). “Der Schiedsrichtervertrag Probleme der Erfüllung der Haftung und der Kollisionsrechtlichen Anknüpfung”. Diss., Freiburg.
- Hofstetter, J. (1979). Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, 2. Halbband, Basel- Stuttgart.
- Kalpsüz, T. (2007). Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi hakkındaki NewYork Sözleşmesinin Kapsamı Tenfiz Şartları ve Tenfiz Usulü, Milletlerarası Tahkim Semineri, 4 Temmuz, , İstanbul, ,(Tenfiz Şartları)
- Kalpsüz, T. (2008). Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı, Milletlerarası Tahkim Semineri, 21 Mart, Ankara, ,(Hakemlerin Tarafsızlığı)
- Kalpsüz, T. (2010). “Hakem Kararının Tenfizinde Hakemin Rolü Milletlerarası Tahkim Semineri”. 2 Nisan 2010, Ankara.
- Kalpsüz, T. (2010). Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- Kaplan, Y. (2003). “Uluslararası Tahkim, Türkiye Açısından Yeni Gelişmeler ve Önemi”, İstanbul Barosu Dergisi, 77(3): 576-618.
- Karadaş, İ. (2013). Ulusal (İç) Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Keser Berber, L. (1999). Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- Keser, Berber, L. (1999). Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim sorunu, İstanbul, Alfa Yayınevi, İstanbul.
- Kuru, B. (1991). Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5. B. C. 4, Tisa Matbaacılık, İstanbul.

- Lent, F., Jauernig, O. (1972). Zivilprozessrecht, München.
- Lörcher, G. (2001). “Yeni Alman Tahkim Kanunu”, (Çev. İbrahim Özbay/Zekeriya Arı) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9: 3-4.
- Nomer, E. (1984). Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 4(1): 29-31.
- Nomer, E. (1999-2000). Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 19-20.
- Okçuoğlu, Y. (1991). Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Banka ve Tic. Huk. Araş. Enst., Ankara.
- Ökcün, G. A. (1967). Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Sevinç Matbaası, Ankara.
- Özsunay, E. (2004). Tahkim Yargılamasında Mahremiyet, Milletlerarası Tahkim Semineri, 2. Baskı, 6 Nisan
- Pekcanitez, H. (2017). Medeni Usul Hukuku, Cilt III, 15 Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Postacıoğlu, İ. (1975). Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. B, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul.
- Rainer, A. (2017). “Hakemin Bağımsız Ve/Veya Tarafsız Olmadığının Veya İfşa Yükümlülüğünü Yerine Getirmediğinin Sonradan Tespit Edilmesinin Verilen Hakem Kararlarına Etkisi”, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı, 15 Kasım 2017, İstanbul Ticaret Odası, İstanbul.
- Rechberger, W.H. & Ariane Simotta, D. (1994). Grundriss des Österreichischen Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 4. Aufl., Wien
- Respondek, A. (1993). Die Aufhebungsklage Gegen Schiedssprüche nach Österreichischem Recht. Recht der Internationalen Wirtschaft, 5: 375.
- Ruhi, A. C., & Kaplan, Y. (2002). Yabancı Mahkeme Ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public). Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 22(2): 643-664.
- Rüede, T., Hadenfeldt, R., (1980). Schweizerisches Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich
- Schütze, R.A., Tscherning, D. & Wais, W. (1990). Handbuch des Schiedsverfahrens, Praxis der Deutschen und Internationalen Shiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Gebundenes Buch, Berlin.
- Schwab, K. H. (1976). Schiedsrichterernennung und Schiedrichtervertrag (Festschrift für Gerhard Schiedermair), München, s. 499-515.
- Silva-Romero, E., & Esen, E. (2007). MTO Tahkimi Ve Devletin Taraf Olduğu Sözleşmeler. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 27(1-2): 113-156.
- Soyaslan, D. (1996). Ceza Hukuku Özel Hükümler, c. II. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Strieder, J. (1984). Rechtliche Einordnung und Behandlung des Schiedsrichtervertrages. Heymann, München
- Tanrıver, S. (1997-1998). Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 17-18.
- Taşkın, A. (2005). Hakem Sözleşmesi. 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Thomas, H., PUTZO, H. (1995). Zivilprozessordnung, Beck, München.
- Vogt, S. A. (1989). Der Schiedsrichtervertrag Nach Schweizerischem Recht, Diss., Zürich.
- Weber, R.H. (1996). Einführung in die Internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, in Recht, 1: 1-16.
- Yeşilirmak, A. (2011). Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Yılmaz, E. (2017). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Cilt 3, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Şanlı, C. (1986). Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Sevinç Matbaası, Ankara.