

ALTERNATİF BİR UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLU OLARAK TAHKİM

Av.Prof.Dr.Mustafa TOPALOĞLU, YMM

1.Genel Olarak Tahkim ve Türleri

Tahkim, mahkeme dışında alternatif bir ticari uyuşmazlık çözüm metodudur. Tahkim usulünde tek hakem veya yerine göre birden çok hakemden oluşan hakem kurulu, hukuki uyuşmazlıkları bağlayıcı ve kesin bir şekilde çözmektedirler. Tahkim mahkemesi tarafından verilen karar, aynen Devlet mahkemesi tarafından verilen karar gibi icrası ve yabancı hakem kararı olması halinde tenfizinin istenebilmesi mümkündür.

Tahkim birkaç bakımdan türlere ayrılmaktadır. Bunlardan birincisi, ihtiyari tahkim, mecburi tahkim ayrımıdır. Uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurmanın zorunlu olduğu hallerde mecburi tahkim söz konusudur. Bunlardan biri olan 3533 sayılı Mecburi Tahkim Kanunu'na göre, genel, katma ve özel bütçelerle idare edilen daireler ile sermayesinin tamamı Devlet'e veya belediyelere yada özel idarelere ait kurumlar arasında çıkan uyuşmazlıklara varsa ticaret mahkemesi yoksa en yüksek dereceli hukuk hakimi tarafından hakem sıfatıyla kesin olarak çözüme bağlanır. Yine spor faaliyetleriyle ilgili yönetim ve disiplin kararlarına karşı mahkemeye gidilemez, *Federasyon Tahkim Kuruluna* başvurmak zorunludur. Tüketici işlemleri bakımından da Adana gibi büyükşehir statüsünde olan illerde değeri 7 bin 550 liranın altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetine, değeri 7 bin 550 ile 11 bin 330 lira arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetine başvuruda bulunmak zorunlu tutulmuştur. 5957 sayılı Kanun kapsamına giren ve değeri 128.088,09.-TL'yi aşan, mal ticaretiyle uğraşan meslek mensubu ile üreticiler arasında çıkan uyuşmazlıklar *hal hakem heyetleri* tarafından çözüme bağlanır (5957 sayılı Kanun m.10). Bunun gibi istisnai nitelikteki mecburi tahkim haller dışında tamamen tarafların serbest irade ve seçimine dayanan tahkime de ihtiyari tahkim denir. Biz bundan sonraki açıklamalarımızı ihtiyari tahkime göre yapacağız.

İhtiyari tahkim de yerli (milli) ve yabancı (milletlerarası) tahkim ayrımına tabi tutulur. Tahkime başvuran tarafların yerleşim yerleri yurt dışında ise veya sözleşme yabancı bir ülkede ifa edilecekse ya da taraflar yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre sermaye getirmişler veya yurt dışına sermaye veyahut mal geçişi söz konusuysa yabancılık unsuru vardır. İhtiyari tahkimde bu şekilde yabancılık unsuru var ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanır. Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) kapsamına giren bu haller dışında tahkime 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) hükümleri uygulama alanı bulur. Tahkim yerinin Türkiye olduğu Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre yürüyen yabancılık unsuru taşıyan tahkim yargılamasında verilen karar yerli (Türk) hakem kararıdır. Buna karşılık tahkim yeri olarak Türkiye öngörülmesine rağmen tahkimin 4686 sayılı Kanuna tabi olmayacağı kararlaştırıldığı durumlarda, yabancılık unsuru mevcut ise tahkim mahkemesinden verilen karar yabancı (milletlerarası) hakem kararı sayılır.

Genel olarak dünyada tahkim prosedürleri *ad hoc (arizi)* tahkim ve kurumsal tahkim olarak iki ana grupta toplanabilir. *Ad hoc* tahkimde tahkim prosedürleri, bizzat taraflarca kaleme alınan yada atıfta buldukları belirli kural veya yasalar uyarınca veya tarafların verdiği yetkiye dayanarak hakemlerin kontrolünde gerçekleşir. *Ad hoc* tahkim, daha çok

tahkimin yapıldığı yer (Türkiye) kanunları veya UNCITRAL Tahkim Kuralları' na göre gerçekleşir.

Taraflar muhtemel uyuşmazlıkları ve çözüm usullerini kendileri belirlemek yerine tahkim prosedürlerini yürütecek teknik ve idari organizasyonlara sahip kurumlardaki hakem mahkemelerini tercih edebilirler. Bu şekilde kurumsal tahkimi seçen taraflar, tahkim yargılamasını ayrıntılı düzenleyen önceden öngörülebilir kurallara tabi olurlar.

Kurumsal tahkimde, hakem seçimi, hakemlerin reddi, yargılama masrafları ve benzeri diğer durumlarda tahkim kurumu içinde yer alan tahkim divanı sağlıklı bir yargılama için gerekli desteği verir. Böylece tahkim yargılamasında belirsizlikler önlenerek tahkim yargılamasının uzaması engellenmiş olur.

Kurumsal tahkime örnekler, **ICC** (*International Chamber of Commerce* – Milletlerarası Ticaret Odası) Tahkimi, **DIS** (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*- Alman Tahkim Derneği) tahkimi, **LCIA** (*London Court of International Arbitration*- Londra Tahkim Mahkemesi) tahkimi, Viyana Uluslararası Tahkim Merkezi (*Vienna International Arbitration Centre*) tahkimi, İsviçre Odalar Tahkim Kurumu (*Swiss Chambers' Arbitration Institution*) tahkimi, Stockholm Tahkim Merkezi (*Stockholm Chambers of Commerce Arbitration*) tahkimi, Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi (*Singapore International Arbitration Centre*) tahkimi, Hong Kong Uluslararası Tahkim Merkezi (*Hong Kong International Arbitration Centre*) tahkimi, **WIPO** (*World Intellectual Property Organization*) tahkimi, **CAS** (*Court of Arbitration for Sport* – Spor Tahkim Mahkemesi) tahkimi, **İTOTAM** (İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi) Tahkimi, **TOBB** (Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği) Tahkimi ve **ISTAC** (*Istanbul Arbitration Center* - İstanbul Tahkim Merkezi) tahkimi gösterilebilir.

ISTAC - İstanbul Tahkim Merkezi, Türkiye'nin önemli bir tahkim kurumu olarak İstanbul Finans Merkezi projesi kapsamında milli ve milletlerarası tahkim hizmeti sunmak için ihdas edilmiştir. ISTAC İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları, modern tahkim kuralları gözetilerek hazırlanmış ve 26 Ekim 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. ISTAC Tahkim Kuralları, Seri Tahkim, Acil Durum Hakemi ve *ad hoc* tahkimlerde hakem atanmasına ilişkin modern düzenlemeler içermektedir.

2.Tahkimin Devlet Yargısına Göre Avantajları

Tahkim, devlet mahkemelerine göre daha hızlı işlemektedir. Uyuşmazlıklar tahkim usulünde altı ay ve bir yıl gibi kısa süre içinde çözüme kavuşturulmaktadır. Hakemlerden en az birisi uyuşmazlık konusunda uzman kişilerden seçildiğinden, genellikle tahkimde bilirkişiye başvurmaya ihtiyaç duyulmamaktadır. Bunun sonucu olarak devlet yargısında yargılamanın uzamasına sebep olan bilirkişi seçimi, bilirkişi incelemesi ve bilirkişiye itiraz için geçecek süreler tahkimde söz konusu olmamaktadır. Ayrıca içlerinden en az birisi konusunda uzman hatta bazen de üniversite öğretim üyelerinden seçilen hakemler tarafından yürütülen tahkim yargılaması, genel olarak birçok konuya bakmak durumunda olan ve çok fazla davaya bakmak durumunda olan Devlet yargılamasındaki hakimlerden daha hızlı karar verebilmektedirler. Konusunda uzman hakemlerin uyuşmazlığın çözümü hakkında daha adil ve daha isabetli kararlar verdiklerini söylemek mümkündür.

Tahkimde yargılama masrafları ve avukatlık ücretleri Devlet yargısına göre daha ucuzdur. Zira bilirkişi incelemesi ve keşif delili çok fazla gerek duyulmadıkça tahkim yargılamasında kullanılmadığından bunlar için harcanacak masraflardan tasarruf edilmektedir.

Ayrıca tahkim yargılamasında taraflardan hakem ücreti alınmaktaysa da bu ücret, davalarda ödenecek yargı harçlarına göre genellikle daha düşük kalmaktadır.

Tahkimde gizlilik esastır ve genellikle aleniyet yoktur. Tahkim dava dosyasına giren ticari defter ve belgeler ile ticari sırlara üçüncü kişiler erişmemektedir. Buna karşılık devlet yargılamasında dava dosyası kapsamındaki söz konusu bilgi ve belgeler daha sonra ulaşmak mümkün olabilmektedir.

3. Tahkime Elverişlilik ve Tahkim Sözleşmesi

Yalnızca tarafların iradesine tabi uyuşmazlıklarda tahkime gidilebilir. Bu nedenle ticari uyuşmazlıkların neredeyse tamamı tahkime elverişlidir. Ticari olsun olmasın kira sözleşmesinden kaynaklanan bütün uyuşmazlıklar tahkime elverişlidir. Kural olarak istisna (eser) sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da tahkim yoluyla çözülebilir. Buna karşılık tapu sicili, maden sicili ve patent sicili gibi resmi sicillerde hakem kararı ile değişiklik yapılamaz. Bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmesi, marka ve patent tescillerine ilişkin uyuşmazlık konularında tahkime başvurulamaz. Şirketler hukuku açısından hakem kararlarının ticaret sicilinde tescil edilip edilmeyeceği tartışmalı olmakla birlikte, çoğunluk doktrin görüşü ve Yargıtay, şirket genel kurul hükümsüzlüğü davalarında tahkime gidilemeyeceğini kabul etmektedirler.

Avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan davalar da tahkim yoluyla çözüme bağlanabilir. Yeni 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun değişikliğinden sonra tüketici işlemlerinde de tahkim şartı konabileceği kabul edilmektedir. Yargıtay'ın da tüketici hukuku bakımından bu değişiklikten sonra tahkime olumlu baktığı söylenebilir. Bireysel iş hukukundan kaynaklanan davalarda iş mahkemelerin görevi kamu düzeninden sayıldığı için tahkime gidilemeyeceği Yargıtay içtihatları ile netleştirilmiştir. Ancak İş Kanunu m.20 uyarınca işe iade davalarının iş sözleşmesinin feshinden sonra işçi ile işverenin anlaşarak tahkime götürmeleri mümkündür.

Tahkime elverişlilikten başka tarafların tahkime gidebilmeleri için aralarında bir tahkim anlaşmasının bulunması gerekir. Tahkim anlaşması, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya hükmü olabileceği gibi, ayrı bir sözleşme de olabilir. Tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması geçerlilik şartıdır. Yazılılık şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup ve faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir.

Tahkim sözleşmesi ancak belirlenebilir uyuşmazlıklar için yapılabilir. Yargıtay kararlarına göre tahkim iradesinin tahkim şartında kesin ve açık olarak belirtilmesi gerekir. Bu nedenle tahkim şartında uyuşmazlığın mahkemede veya tahkimde çözüleceğine yönelik ifadeler tahkim şartını geçersiz kılar. Tahkim şartı veya sözleşmesinin geçersizliği sorunu ile karşılaşmamak için tahkim kurumlarının hazırladığı matbu metinlerin kullanılmasında yarar vardır. ISTAC şu şekilde örnek tahkim şartı hazırlamıştır: “*Bu sözleşmeden kaynaklanan*

veya bu sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar, İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir. Tahkim yeri (Adana / Türkiye)'dir. Tahkim dili (Türkçe)'dir. Hakem sayısı (üç) olacaktır. Uyuşmazlığın esasına (Türkiye Cumhuriyeti) hukuku uygulanır.”

Taraflar anlaşarak devlet yargısında dava devam ederken tahkim sözleşmesi akdedebilirler. Aynı zamanda tahkim sözleşmesi bulunsa bile tahkime başvurmadan icra takibi yapılabileceği ve sonradan itirazın iptalini gören hakemlerin icra inkar tazminatına karar verebilecekleri aksi görüş olsa da genellikle kabul edilmektedir.

4. Tahkime Başvuru ve Hakem Ataması

Tahkim yargılaması da davacı tarafından karşı taraf olan davalıya dilekçe sunulması ile başlatılır. Tahkim sözleşmesinde taraflar hakem veya hakemleri ismen belirleyebilirler. Hakemler önceden ismen belirlenmemişse, tahkim başvurusunda bulunan tarafın atadığı hakemin ismini belirtmesinde yarar vardır. Tahkim başvuru dilekçesinde uyuşmazlık konusu genel hatlarıyla belirtilir. Tahkim başvuru dilekçesi kendisine ulaşan davalı taraf da kendi atadığı hakemin ismini ve uyuşmazlığa ilişkin genel nitelemeleri içeren dilekçesini davacıya ulaştırır.

Eğer, tahkim sözleşmesinde ISTAC, ICC ve TOBB gibi tahkim kurumlarına atıf yapılmışsa, davacı tahkim başvuru dilekçesiyle ilgili kuruma başvurmalıdır. Kendine başvuru yapılan tahkim kurumu sekreteryası, tahkim dilekçesini cevaplarını sunmak üzere davalıya tebliğ eder.

Gerek *Ad hoc* tahkimde gerekse kurumsal tahkimde taraflar üçüncü hakemin nasıl belirleneceği konusunda tahkim şartına hüküm koymuşlarsa, buna göre üçüncü hakem belirlenir. Davalı ve davacının atadığı hakemlere taraf hakemi, üçüncü hakeme de baş hakem denir. Ancak taraf hakemleri, kendilerini atayan tarafın avukatı veya temsilcisi gibi davranamazlar; her iki tarafın da hakemidirler. Hatta taraf hakemlerinin atanmadan önce veya sonra kendisini atayan taraftan talimat almaları bağımsızlıklarını zedeler. Zira hiç kimse kendi davasının hakemi gibi davranamaz.

Baş hakem önceden belirlenmemişse taraf hakemleri kendi aralarında anlaşarak başhakemi belirlerler. Baş hakem taraf hakemlerince de belirlenemezse *Ad hoc* tahkimde ticaret mahkemesi, kurumsal tahkimde ilgili tahkim kurumu (Örneğin ISTAC - TOBB) başhakem ataması yapar.

5. Tahkim Yargılaması

Baş hakem de atandıktan sonra tahkim yargılaması başlar. Hakem kurulu tarafların hangi sürede dilekçe vereceklerini, duruşma yapılacaksa duruşma tarihini ve yargılamanın biteceği muhtemel tarihini gösteren usuli zaman çizelgesini tarafların da onayını alarak belirler. Hakem kurulu HMK ve MTK'da sayısı çok az olan emredici hükümlere aykırı olmamak üzere uygulayacakları yargılama usulünü kendisi belirler. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuk kuralları taraflarca belirlenebilir. Hatta taraflar tahkim sözleşmesinde her hangi bir ülke maddi hukuk yerine hakemlerin hak ve nesafet ilkelerine göre karar vermelerini de kararlaştırabilirler. Bu şekilde esasa uygulanacak hukuk kuralları tespit edilmemişse hakemler taraflara en uygun düşen maddi hukuk kurallarını ve bu arada tahkim dilini de belirler. Bütün bu hususlar tahkim yargılamasının anayasası niteliğinde olan görev belgesinde taraflar arasındaki uyuşmazlık noktaları da gösterilerek belirlenir.

Tek Hakem veya Hakem Kurulu göreve başladıktan sonra koşulların bulunması halinde geçici hukuki koruma kararı verilmesi talep edilebilir. Geçici koruma tedbiri talep edilen Hakem veya Hakem Kurulu, dosyanın durumuna göre bu talebi kabul veya reddedebilir. Tek Hakem veya Hakem Kurulu, geçici hukuki koruma tedbirini uygun bir teminat gösterilmesine bağlı kılabilir. HMK'ya göre yürüyen tahkim yargılamasında Tek Hakem veya Hakem Kurulu geçici hukuki koruma tedbiri olarak ihtiyati tedbir veya delil tespitine karar verebilir; ihtiyati haciz kararı verme yetkileri yoktur. MTK hükümlerinin uygulandığı yabancı tahkim yargılamasında hakemlerin ihtiyati haciz kararı bile verme yetkileri vardır. Tarafların ister yerli isterse yabancı tahkim olsun tahkim başlamadan önce veya tahkim yargılaması devam ederken Devlet mahkemelerinden her türlü geçici hukuki koruma kararı talep etmeleri mümkündür. Tahkimin taraflarından birinin Devlet mahkemesine böyle bir talepte bulunması, tahkimin ve tahkim sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez.

Tahkim yargılamasında adil yargılama ilkeleri ve taraflara eşit davranma ilkeleri gözetilir. Tahkim yargılamasının yüz yüze mi veya çevirim içi mi yapılacağına tarafların görüşünü alarak tek hakem veya hakem Kurulu karar verir. Tahkim yargılamasında tanık ve uzman bilirkişi dinletilebilir, gerekli görülürse keşif ve bilirkişi incelmesi yaptırılabilir. Ancak duruşmada dinletilecek tanıkların ve uzmanların önceden isimlerinin hakem kuruluna bildirilmesi ve bunların yazılı ifadelerinin duruşmadan önce tek hakem veya hakem kuruluna sunulması gerekir.

Tek hakem veya hakem Kurulu karar müzakeresinden sonra kararını verir. Hakem kararları da aynen mahkeme kararları gibi gerekçeli olmak zorundadır. Ancak taraflar önceden hakem kararlarının gerekçesiz olması konusunda anlaşmaları mümkün ve geçerlidir. İdeal olan hakem kurulunun oybirliği ile karar vermesidir. Oybirliği sağlanamazsa oy çokluğu ile karar verilir. Bazen oy çokluğu bile sağlanamayabilir. Örneğin hakemlerin biri davanın reddi, diğeri tamamen kabulü ve bir diğeri de kısmen kabulü görüşünde olabilir. Böyle bir durumda başhakemin kararı hakem Kurulu kararı yerine geçer. Muhalif kalan üyeler ayrı bir muhalefet şerhi yazarak hakem kararına eklenmesini isteyebilirler.

Hakem kararları, kurumsal tahkimde sekreteryaya, *Ad hoc* tahkimde hakem sekreteri, sekreter yoksa Tek Hakem veya Hakem Kurulu tarafından taraflara belirlenen usulle tebliğ edilir. Taraflar kendilerine tebliğ edilen kararlara karşı yerli tahkimde HMK m.438 hükmünde gösterilen sebeplerle bir ay içinde yetkili bölge adliye mahkemesinde iptal davası açabilir. Yerli tahkimde HMK m.438(4) uyarınca hakem kararına karşı iptal davası açmak, kararın icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir.

Yabancı tahkimde MTK m.15 hükmü uyarınca 30 gün içinde tahkim yerinin bulunduğu bölge adliye mahkemesinde iptal davası açılabilir. İptal başvurusunda hangi sebeplere dayanılabileceği MTK m.15 hükmünde gösterilmiştir. Yabancı tahkimde yerli tahkimden farklı olarak hakem kararına karşı iptal davası açmak kararın icrasını kendiliğinden durdurur.

Gerek HMK hükümlerine göre yürüyen yerli tahkimde gerekse MTK hükümlerinin uygulandığı yabancı tahkimde iptal kararına karşı kararın tebliğinden itibaren Yargıtay'a temyiz yoluna başvurmak mümkündür.