

KAMUNUN TARAF OLDUĞU ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİNİN ÇÖZÜMÜNDE TAHKİM YOLU

Atilla İNAN

Sayıştay Uzman Denetçisi

GİRİŞ

Yurdumuzda yargı yavaş işlemektedir ve adaletin gerçekleşmesi gecikmektedir. Söz konusu soruna devletin çözümler araması kaçınılmaz hale gelmiştir. Yargının işleyişini hızlandırma için ilk akla gelen önlem mahkemelerin iş yükünü azaltmaktır. Bu amaçla tahkim yolunun yaygınlaştırılması düşünülebilir.

Tahkim yolu yaygınlaştırıldığında özel hukuk alanına giren konularda Devlet Mahkemeleri yanında başka yargı kurumlarının oluşması mahkemelerin iş yükünü azaltıp ihtilafların kısa zamanda çözümünü sağlayacaktır. Ayrıca kamu kurumlarının taraf olduğu uyuşmazlıkların sayısının da az olmadığı düşünülürse bizzat Devletin kendisi de adaletin gecikmesindeki zardan doğrudan korunmuş olacaktır. Görülüyor ki tahkim yolunun hukukumuzda yaygınlaşması Devletin toplum sorunlarına çözüm arama sorumluluğu yanında bizzat doğrudan kendisinin de rahatsız olduğu bir sorunu azaltma ve düzeltme imkanı sağlayacaktır.

Bu yüzden tahkimin yaygınlaştırılması ve tanıtılması için Devlete görevler düşmektedir. Bundan başka kamu kurumlarının taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde tahkim yoluna gidilebilmesi açısından kamu kurumlarına bir öncülük yapma sorumluluğu düşmektedir. Bu araştırmayla tahkim hakkında özet bir bilgi verildikten sonra kamu kurumlarının taraf olduğu sözleşmelerde tahkimin yeri, mevcut kısıtlama ve bu kısıtlamaların giderilebilme koşulları incelenecektir.

I- GENEL OLARAK HAKEMLİK KURUMU

Tahkim istisnai bir yargılama biçimidir. Kural, olan Devlet Mahkemelerinde adaletin dağıtılmasıdır. Ancak taraflar kimi hallerde yargılama yetkisini kendi iradeleriyle belirleyebilirler. Bu durum daha çok özel hukuk ilişkilerinde yani kamu düzeniyle ilgili olmayan ve tarafların serbest iradeleriyle düzenleyebilecekleri alanlarda mümkündür. Bir benzetme yapılırsa tahkim bir nevi özelleştirilmiş mahkemedir.⁽¹⁾

Tahkim, hukuki ihtilafların çözümünde kullanılan en eski metodlardan birisidir. Örneğin Hz.Süleyman da bir hakemdi ve uyguladığı yöntem bugünkü hakemlerin uyguladıkları yöntemle benzerlik göstermekteydi. Günümüzde karmaşıklaşan toplumsal yapı, uzmanlığa duyulan ihtiyaç ve hu-

1- Atilla İNAN, Mustafa SALDIRIM, Tahkim Kurulları, Bilanço Dergisi, Yıl 2, Sayı 21, 6 Ocak 1995, Sf.5

kuki ihtilafları kısa sürede çözüme kavuşturma zorunluluğu gibi etkenler tahkimin yaygınlaşmasına neden olmaktadır. Özellikle uluslararası ticari ilişkilerde tahkimin önemi gün geçtikçe artmaktadır.⁽²⁾

Tahkim anlaşmasıyla taraflar, çıkan hukuki ihtilafların devlet mahkemeleri dışındaki kişilerce çözülmesi amacını güderler. Diğer ve tamamlayıcı bir ifadeyle tahkim anlaşması, tarafların aralarında çıkmış veya çıkacak bir uyuşmazlığın bu kişilerce çözüme bağlanmasını kararlaştırdıkları bir anlaşmadır. Tahkim anlaşması, hukuki ihtilaf çıkmadan önce yapılabileceği gibi hukuki ihtilaf çıktıktan sonra da yapılabilir.

Tahkim anlaşması iki ayrı şekilde yapılabilir. Birincisi, asıl hukuki ilişkiyi içeren sözleşmeden ayrı olarak bir tahkim anlaşmasının yapılmasıdır. Örneğin, taraflar yapmış oldukları bir satım veya istisna sözleşmesinden ayrı olarak bir tahkim anlaşması yapabilirler ve asıl sözleşme olan satım veya istisna sözleşmesinden doğan hukuki ihtilafların tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşabilirler. Tahkim anlaşmasının bu türüne uygulamada pek az rastlanılmaktadır. İkinci olarak, tahkim anlaşması tahkim şartı (kaydı) şeklinde de yapılabilir. Tahkim anlaşmasının bu şekilde taraflar ayrı bir sözleşme yapmak yerine asıl sözleşmeye koyacakları bir kayıt ile o sözleşmeden doğacak ihtilafların tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşılır. Tahkim şartı, "İşbu sözleşmeden doğacak bütün ihtilaflar tahkim yoluyla çözülür." şeklindeki bir ifadenin sözleşmeye konulmasıyla olur.⁽³⁾ Tahkim anlaşması veya tahkim şartının içeriğini taraflar uygun gördükleri şekilde belirleyebilirler. Anlaşma yapılırken taraflarca, hakemlerin nasıl seçileceği, tahkim yeri, hakemlerin kaç kişi olacakları, hakemlerin uyuşmazlığı çözerken uygulayacakları usul hukuku veya maddi hukuk kuralları gibi hususların kararlaştırılması mümkündür. Tahkime ilke olarak taraf iradeleri egemen olduğu için tarafların bu tür kayıtlar koymaya yetkileri vardır.⁽⁴⁾ Bu tür hususların kararlaştırılmamış olması anlaşmanın geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Bu kayıtlar yoksa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer alan hükümlere göre bu tür eksiklikler tamamlanır. Örneğin, tahkim sözleşmesinde hakemlerin kimin tarafından seçileceğine ilişkin bir sarahat yoksa, hakemler davaya bakmaya yetkili ve görevli olan mahkeme tarafından seçilirler. Tahkim sözleşmesinde hakemlerin adedi hakkında bir açıklık yoksa, mahkeme üç hakemi seçer.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 518.maddesi, iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkimin cereyan etmeyeceğine amirdir. Bu yüzden ancak tarafların iradelerine tabi olan hususlarda tahkim anlaşması yapmak mümkündür. Bir başka anlatımla uyuşmazlığı çözmeye tarafların iradeleri yetiyorsa, taraflar sulh olabiliyorlarsa ve yaptıkları bu sulhun ge-

(2) Cemal ŞANLI, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, sf.28

(3) Prof.Dr.Turgut KALPSÜZ, Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli, Ankara 1989 sf.7

(4) Prof.Dr. Yaşar KARAYALÇIN, Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü (Çöğaluna), Ankara, 1994, sf.17

çerliliği ve hükmü varsa, o konuda tahkime müracaat etmek mümkündür.⁽⁵⁾ İflas davası, boşanma davası gibi kamu düzenini ilgilendiren hallerde tahkim yoluna gidilmez.

Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılmalıdır. Yazılı şekilde yapılmayan tahkim anlaşması tarafları bağlamaz. Geçerli bir tahkim anlaşması için imza şart olup, paraf yeterli değildir. Mektup teatisi ile de tahkim anlaşmasının yapılması mümkündür.

Tahkim anlaşmasında tahkimle çözülecek uyuşmazlığın belirli olması gerekir. "Bundan sonra aramızda çıkacak bütün hukuki ihtilaflar tahkim yoluyla çözülecektir." şeklindeki bir tahkim kaydı tahkimle çözülecek hukuki ihtilaf belli olmadığından dolayı geçerli değildir. Hangi hukuki ilişki için tahkim anlaşmasının yapıldığı açıkça yazılmalıdır. Örneğin, "Aramızdaki satış sözleşmesinden doğan ihtilaflar tahkim yolu ile çözülecektir." şeklindeki bir kayıta uyuşmazlık belirlidir.

Tahkim anlaşmasında tahkime gitme iradesinin de açık bir şekilde belli edilmesi gerekir. Örneğin, "Uyuşmazlık hakemlerce çözülemediği takdirde mahkemece çözülecektir." şeklindeki bir kayıta tahkime gitme iradesi açıkça belli edilmemiş olduğundan, bu kayıt geçerli bir tahkim kaydı sayılmaz. Çünkü aslolan hukuki ihtilafların devlet mahkemelerince çözülmesidir. Bu nedenle eğer istisnai bir yol olan tahkim yolu seçilmişse bunun açıkça belirtilmesi gerekir.

Tahkim anlaşmasının olumlu ve olumsuz olmak üzere iki etkisi vardır.⁽⁶⁾ Tahkim anlaşmasının olumlu etkisi, taraflara uyuşmazlığın tahkim yolu ile halli hususunda işbirliğinde bulunma yükümlülüğü yüklemektedir. Örneğin dava açılması halinde karşı tarafın tahkim sözleşmesine göre kendi hakemini seçmesi gerekiyorsa, bu yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde o tarafın hakemi mahkemece seçilir.

Tahkim anlaşmasının olumsuz etkisi ise taraflardan birinin devlet mahkemelerine başvurması halinde diğerinin bunu engelleme olanağıdır. Taraflardan biri tahkim anlaşmasına rağmen devlet mahkemesine başvurursa diğer taraf süresi içinde tahkim itirazında bulunarak davanın devlet mahkemesinde görülmesini engelleyebilir. Eğer süresi içinde tahkim itirazında bulunulmazsa dava devlet mahkemesinde görülür.

Herşeyden önce tahkim pratik bir yöntemdir. Devlet Mahkemelerindeki gibi katı usul işlemleri yoktur ve formel bürokratik işlemler asgari düzeye indirilmiştir.⁽⁷⁾ Sonra tahkim yoluyla ihtilaflar daha kısa zamanda çözümlenebilir. Özellikle enflasyon yaşanan koşullarda davaların çözümünün

(5) Doç.Dr.Kemal DAYINLARLI, Kamu Düzeni, Ankara 1994 sf.5

(6) Atilla İNAN, Mustafa SALDIRIM, agm.

(7) A.İnan, Prof.Yaşar Karayalçın ile Tahkim Konusunda Bir Söyleşi, Mali Hukuk Dergisi Sayı 52, sf.29

uzun sürmesi, alacaklıyı mağdur etmektedir. Yani yargılama sonunda haklı olan, tam anlamıyla zararlarını karşılayamamaktadır. Bir Atasözümüzde belirtildiği gibi gecikmiş adalet, adalet olmaktan çıkmaktadır. Enflasyon oranının % 70'lerin altına düşmediği koşullarda yasal faizin % 30'larda kalması halinde, uğranılan zararın yargılama sonucunda bütünüyle giderildiği söylenemez. Bu nedenle daha kısa zamanda sonuçlanma imkanı olan tahkim yoluna gidilmesinin taraflara zaman kazandırarak adaletin gerçekleşmesine daha fazla yararlı olduğu söylenebilir.

Tahkimin bir diğer cazip tarafı daha ekonomik olmasıdır. İhtilaf miktarı büyüdükçe mahkeme harç ve masraflarının da doğru orantılı olarak arttığı bilinen bir gerçektir. Oysa tahkim yolunda uzman hakemler seçilerek bilirkişi ücretlerinden ve avukat giderlerinden tasarruf sağlanabilir. İhtilaf miktarı büyüdükçe hakemlere verilen ücretin miktarının, mahkeme harç ve masraflarıyla karşılaştırılınca daha ekonomik olmaya başladığı söylenebilir.

Tahkim yoluyla ticari sırların korunması imkanı daha fazladır. Bilindiği gibi Devlet mahkemelerinde aleniyet asıldır. Bu aleniyet, ticari sırları açığa çıkarabileceği için taraflara zarar verebilir.

Oysa taraflar tahkim yolunu tercih ettiklerinde, tahkim yargılamasının aleni olması zorunlu olmadığından ticari sırların korunması imkanı fazladır.

Tahkimin diğer önemli bir yararı uluslararası ihtilaflarda görülür. Mahkemede hangi dilin kullanılacağı veya hangi devletin kanunlarının uygulanacağı ihtilafın çözümünde, hakların savunulmasında en önemli konulardandır.⁽⁸⁾ Çünkü, bir ihtilafın yabancı bir mahkemede yabancı bir dille savunulması çok zordur. Tahkim yolu bu konuları çözen yöntemler getirdiği için taraflar açısından çok yararlı olmaktadır.

Öte yandan hakemler ihtilafları çözerken sadece hukuk kuralları içerisinde çözüm aramak zorunda değildir. Hukuk kuralları dışında hakkaniyet ve nasafet ilkelerine göre de karar verebilirler. Hatta tarafları uzlaştırma imkânına da sahiptirler. Bununla beraber tahkim yoluna başvurma riskleri de vardır.⁽⁹⁾

Tahkim yargılamasının riskleri hakemlerin kişiliği, bilgisi ve dürüstlüğüne bağlı olmaktadır. Devlet, mahkemelerin dürüst, bağımsız ve tarafsız çalışmasını sağlayabilmek açısından pekçok güvenceler sağlamıştır. Hakimlerin belirli bir öğrenimden geçmesi, hakim teminatı, aylık ödenek ve özlük haklarının özel yasalarla düzenlenmesi gibi Devlet yargılamasında görülebilecek riskleri azaltabilecek pekçok önlemler alınmıştır.⁽¹⁰⁾

(8) Prof.Dr.Turgut KALPSÜZ, age sf.19

(9) Prof.Dr.Yaşar KARAYALÇIN, Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü, sf.4

(10) Atilla İNAN, Karayalçınla Söyleşi Sf.30

Tahkim olayında ise, yargılama risklerini azaltmak için alınan önlemler, Devlet yargılamasındaki kadar gelişmiş değildir. Yabancı hukuklarda hakim teminatı ve bağımsızlığı gibi hakem teminatı ve bağımsızlığını sağlayacak önlemler alınmıştır. Hukukumuzda da bu konuda önlemler alınması şarttır. Ancak hukukumuzdaki gelişme bu konudaki işlemlerin çoğalması ve ihtiyaçların doğması ile sağlanacaktır.

Hukukumuzda hakem yargılamasının risklerini azaltacak tedbirler Batıdaki kadar gelişmiş olmamakla beraber, hakem müessesesi bizzatıhi güvene dayanan bir sistem olduğu için, riskleri asgariye indirmiştir. İki ihtilaflı tarafın tanıdığı, güvendiği, bildiği saygın bir insan için hukuk kurallarıyla sağlanacak güvenceler ikinci planda kalır. Bununla beraber hukuk düzenimizde de riskleri azaltıcı pekçok güvence bulunmaktadır. Bunlardan biri hakem kararlarının uygulanmasıyla ilgilidir. Kesinleşmiş hakem kararları, diğer mahkeme ilamları gibi İcra İflas Kanununa göre infaz olunur. İkincisi taraflar hakem kararlarına itiraz edebilirler, hakem kararlarını temyiz edebilirler, temyiz edilen hakem kararları Yargıtay'da incelenir. Hele son verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla, Yargıtay'ın, hakem kararları üzerinde yapabileceği inceleme alanı daha da genişletilmiştir. (11)

Tahkimin mecburi tahkim ve ihtiyari tahkim denilen iki çeşidi vardır. Mecburi tahkim tarafların gitmek zorunda olduğu tahkim biçimidir. Yazımızın bundan sonraki bölümünde Kamunun taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında tahkimin bu iki biçimi ayrı ayrı incelenecektir

II- KAMU KURUMLARI ARASINDAKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE MECBURİ TAHKİM YOLU

İhalenin yapılması aşamasındaki işlemler kamu düzeni ile ilgili olduğu için Kamu Hukukunu ilgilendirir. İhale sonucunda sözleşme yapılmasından sonra işveren ile müteahhit arasındaki ilişki bir özel hukuk ilişkisidir. Bu nedenle söz konusu sözleşmeden doğan ihtilaflar da adli mahkemelerin görevine girer. Bununla beraber ister ihale sonucunda ister bir başka nedenle olsun kamu kurumları arasında özel hukuka giren uyuşmazlıkların adalet mahkemeleri yerine tahkim yoluyla çözülmesi gerekir. Bu amaçla "umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle idare edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında 29.6.1938 tarih ve 3533 sayılı Kanun çıkarılmıştır.

Söz konusu kanun uyarınca, genel bütçeli kuruluşlar arasında, özel hukuk alanında ortaya çıkacak uyuşmazlıklar, Bakanlar kurulunca, Bakanlar arasından seçilen bir hakem aracılığıyla çözülür.

Uyuşmazlık genel bütçeli bir kurumla, Katma bütçeli kuruluş, belediye, özel bütçe ile idare olunan veya sermayesinin tamamı Devlet belediye veya özel idarelere ait bir kurum arasından çıkmış ya da değinilen kurumlar

(11) Prof.Dr.Yaşar KARAYALÇIN, Hakem Kararları ve Yargıtay Denetimi, (çoğaltma) Ankara, 1994, sf.12

arasından çıkmış ise, uyuşmazlık taşınmaza aitse taşınmazın bulunduğu yer diğer hallerde davalının bulunduğu yerin yüksek dereceli hukuk mahkemesi başkanı sorunu hakem sıfatıyla çözümler.

Mecburi tahkim yoluyla bir bakanın hakemliğinde verilen kararlar kendisidir. Aleyhine başka bir mahkemeye başvurulamaz. Ancak yüksek dereceli hukuk mahkemesi başkanının hakemliğinde verilen kararlara karşı haklı sebepler olması şartıyla, hakemin bağlı olduğu mahkemeye itiraz edilebilir. Bu itiraz bir süreyle sınırlandırılmıştır. Söz konusu itiraz kararın tebliği tarihinden itibaren 30 gün içinde yapılmalıdır. Belirtilen bu itirazdan başka bir kanun yolu bulunmamaktadır.

Bir bakanın veya yüksek dereceli bir hakimin hakemliğinde çözülen uyuşmazlıklara ilişkin kararlar İcra İflas Kanunu hükümlerine göre yerine getirilir.

III- KAMU İHALELERİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜNDE İHTİYARİ TAHKİM

Özel hukuk alanına giren bu alanda taraflardan biri kamu kurumu olsa dahi görevli mahkeme kural olarak adli mahkemelerdir. Kamu düzeniyle ilgili olmayan konularda taraflardan biri kamu otoritesi olsa bile taraflar kural olarak tahkim yoluna başvurmayı kararlaştırabilirler. Doğal olarak burada sözü edilen ihtiyari tahkim yoludur. Tarafların akit serbestisi ilkesi içerisinde Hakuk Usulu Muhakemeleri Kanununun 518 inci maddesi uyarınca tahkim sözleşmesi yapmaları mümkün görünse de; İhale Kanununa göre yapılan sözleşmelerde tahkim yoluna gitmek olanaksız hale getirilmiştir. Çünkü idare, hazırladığı tip şartnamelerde ihtilafların çözüm şeklini düzenlerken tahkim yoluna başvurma olanağını ortadan kaldırmıştır.

İhale Kanununun 8 inci maddesi uyarınca, Bakanlar Kuruluna tip şartnamelerin genel ve ortak esaslarını belirlemekte yetki tanınmıştır. Bakanlar Kuruluna tanınan bu yetkiye dayanılarak çıkarılan "2886 sayılı Devlet İhale Kanunu Kapsamındaki İdarelerin Her Türlü Alım İhalelerinde Uygulayacakları Genel ve Ortak Esasları Belirleyen Eksiltme Tip Şartname" ile "2886 sayılı Devlet İhale Kanunu Kapsamındaki Kuruluşların Yapım, Hizmet ve Taşıma İşleri İhalelerinde Uygulayacakları Genel ve Ortak Esasları Belirleyen Tip Şartnamede (27 Mayıs 1984 tarih ve 18413 sayılı R.G.) ihtilafların çözüm şekli olarak sadece devlet mahkemelerine başvurulması öngörülmektedir.

Görüldüğü gibi İhale Kanununa göre yapılan sözleşmelerle tahkim yoluna gidilebilmesi için yasal bir engel bulunmamakta, sadece idari düzenlemelerle yasaklar konulmaktadır. Bakanlar Kurulu Tip şartnameler hazırlamak konusunda yetkisini kullanarak mevcut şartnamelerde değişiklik yapabilir. Kuşkusuz Bakanlar Kurulunun bu yetkisini kullanması herhangi bir yasal düzenlemeden daha kolaydır.

Kanımızca tip şartnamelerde "ihtilafların çözüm şekli" ile ilgili düzenlemeler yapılırken taraflara devlet mahkemelerine gitmek veya tahkim yoluna başvurmak seçenekleri tanınmalıdır.

SONUÇ

Türkiye'de mevcut koşullarda mahkemelerin ağır işyükü uyuşmazlıkların çözümünü geciktirmektedir. Tahkim yolu ise uyuşmazlıkların çözümünü çabuklaştıran pratik ve güvenilir bir yoldur. Ayrıca tahkim yolunun yaygınlaşmasının mahkemelerin genel iş yükünü azaltmakta ve mahkemelerin çalışma hızını artırmakta büyük bir yararı olacaktır.

Bir yandan tahkim yolunun çabukluğundan Devletin doğrudan yararlanması, diğer yandan tahkim yolunun yaygınlaşmasını sağlayarak bütün adalet hizmetlerinin çabuklaşmasını sağlamak açısından devlete sorumluluklar düşmektedir. Devlet ihaleleri aracılığıyla toplumun tahkim yolunu öğrenmesi kolaylaşabilir.

İhale hukukumuzda tahkim kurumunun yer alması için yasal bir engel yoktur. Kısıtlamalar Bakanlar Kurulunca hazırlanan tip şartnamelerden kaynaklanmaktadır. Söz konusu tip şartnamelerde değişiklik yapılarak tahkim kurumunun hukukumuzda gelişmesine yardımcı olunmalıdır.

Kamu kurumları kendileri arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde mecburi tahkim sistemini kurarak çabuk işleyen bir sistem kurdukları gibi özel hukuk kişileri ile olan uyuşmazlıklarda ihtiyari tahkim yolunu geliştirmek ve yaygınlaştırmak için öncülük yapmalıdır. Bu yüzden tahkimin yaygınlaştırılması ve tanıtılması için Devlete görevler düşmektedir. Bundan başka kamu kurumlarının taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde tahkim yoluna gidilebilmesi açısından kamu kurumlarına bir öncülük yapma sorumluluğu düşmektedir.