

YÜKLENİCİLER VE MİMARLAR İÇİN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI VE FIDIC SÖZLEŞMELERİ

Av. H. Can BIÇAKCI

Günün son konuşmacısı olarak sizlere inşaat sektörü ile ilgili uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesinin arz ettiği özellikleri ve FIDIC sözleşmeleri ile alternatif uyuşmazlık çözümünün bağlantısını anlatacağım.

Bu çerçevede tebliğimde; öncelikle genel olarak uyuşmazlık çözümü kavramını ele alıp, mahkemeye alternatiflerin neler olabileceğine değinecek ve tahkimden söz edeceğim. Ardından tahkimin neden inşaat sektörü kaynaklı uyuşmazlıklar için daha uygun olduğu üzerinde duracağım. Tahkimin inşaat sektörüne uygunluğunun ele alınmasından sonra, sırasıyla tahkime elverişlilik ile tahkim sözleşmesi üzerinde duracak ve tahkim çeşitlerini açıklayacağım. Tahkimle ilgili tebliğimde son olarak kararlarının icra edilmesi üzerinde duracağım ve çeşitli tahkim şartı örneklerini inceleyeceğim. Tebliğimin sonunda kısaca “FIDIC” sözleşmelerine değinecek ve bu tip sözleşmelerin tahkimle olan ilişkisini ele alacağım.

Uyuşmazlık

Kişiler arasındaki “**uyuşamama durumunun**” çözümlenmesi kuşkusuz insanlık tarihinin en önemli meselelerinden biridir. Medeniyetin olmazsa olmaz koşullarından bir tanesi hiç kuşkusuz, kişiler arasındaki uyuşamama durumunun, devletin hukuk güvencesi altında, yüzyıllar boyunca oluşmuş olan adil yargılama ilkeleri gözetilerek çözümlenmesidir. Bu çözüm mekanizmasının en tabi aktörü yargılama faaliyeti gösteren devlet mahkemeleridir. Ancak birçok hukuki konuda bir uyuşmazlığın çözümü için başvurulabilecek tek merci mahkemeler değildir. Özellikle özel hukuk kaynaklı uyuşmazlıklarda tahkim müessesesi yüz yıllardır var olan bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Uyuşmazlık çözümünü bir hizmet olarak ele aldığımızda, ceza hukuku gibi belirli konularda tekel yetkisi bulunan devlet mahkemelerinin ülkemizde sunduğu hizmetten tüm

vatandaşların şikayetçi olduğunu söylemek hiç de yanlış olmaz. Yapılan son araştırmalarda ülkemizde yargıya güven yüzde yirmi altı seviyelerine kadar inmiştir¹. Bu araştırmalarda yargıya duyulan güvenin ele alındığı değerlendirildiğinde, yargının sunduğu hizmetten memnuniyet oranının sıfırlara yakın olacağını tahmin etmek hiç de zor değildir. Ancak bu memnuniyetsizliğe rağmen birçok durumda devlet mahkemelerine alternatif olabilecek tahkim müessesesi ülkemizde çok nadir olarak kullanılan ve hatta bilinen bir kurumdur. Belki Dünyanın en büyük adliyesine sahibiz ancak maalesef adliyelerin uyuşmayan insanlara getirdiği çözümün tatmin gücü, yüzölçümünde değil, adillikte ve hızda saklı. Bu nedenle tebliğimin ilerleyen aşamalarında gerekçeleri ile sizlere aktaracağım üzere, inşaat sektöründen kaynaklı uyuşmazlıklarda olabildiğince alternatiflere yönelmekte fayda var.

Uyuşmazlık Çözüm Alternatifleri

Mahkemelerin alternatifleri dendiğinde artık günümüzde sadece tahkimden bahsetmek doğru olmaz. Arabuluculuk, uzlaştırma, vakıa tespiti, tarafsız ön değerlendirme, kısa duruşma gibi pek çok alternatif uyuşmazlık çözüm yolu artık günümüzde kullanılmaktadır . Hatta doktrinde artık belirtilen diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile tahkimin ayrı değerlendirilmesi gerektiği ve tahkimin alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri arasından değil, mahkemeler ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği tartışılmakta ve tahkim dışındaki alternatiflerin “alternatif uyuşmazlık çözüm” yöntemleri arasında tanımlanması gerektiği belirtilmektedir². Tahkimin diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrı telaffuz edilmesi görüşüne katılmakla birlikte, “alternatif” kelimesinin anlamı dikkate alındığında tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu tanımlanmasını kesinlikle hak ettiğini, diğer yöntemlerin başka bir ana başlık altında ele alınmasının doğru olacağını değerlendiriyorum. Alternatifin kelime anlamı seçenek olarak ele alındığında, tahkime elverişli her konuda mahkemelere seçenek olabilecek tek kurum tahkimdir. Zira başvurulduğu andan itibaren aynı mahkemeler gibi tarafları bağlayıcı karar verebilecek olan tek merci tahkimdir.

Yukarıda belirtilen uzlaştırma, arabuluculuk gibi yöntemler ise ihtiyari müesseselerdir. Burada amaç tarafların bir karara varmasıdır. Ancak tarafların

¹ Kadir Has Üniversitesi 2013 Türkiye Sosyal – Siyasal Eğilimler Araştırması

² EKŞİ, Nuray Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, Beta Yayınevi, 2013, syf. 51

bir karara varamaması durumunda bu müesseseler ile uyuşmazlık çözülemez. Uzlaştırıcı veya arabulucunun tarafları bağlayıcı bir karar vermesi söz konusu değildir. Bu nedenle üst başlıkları ne olursa olsun, bu kurumların tahkimden ayrı bir kategoride değerlendirilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Son olarak mahkemelere gerçek anlamda alternatif olarak sadece tahkimin öne çıktığını belirtmekle birlikte burada ihtiyari tahkimden söz ettiğimizi belirtmekte fayda var; 3533 Sayılı Umumi, Mülhak ve Hususi bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolu ile Halli Hakkında Kanun, Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Çeltik Ekim Kanunu ve son olarak Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu uyarınca kimi uyuşmazlıklarda başvurulması zorunlu olan tahkim müessesesi incelememizin kapsamı dışındadır.

TAHKİM KURUMU

Adliyelerimizin mevcut durumuna dikkat çekerek alternatif olarak öne çıkması gerektiğini belirttiğimiz tahkim kurumu aslında hiç de yeni bir alternatif değildir. Roma Dönemindeki varlığı dâhi bilinen tahkim kurumunun önemi, Dünyadaki uluslararası ticaretin gelişimi ile paralellik göstermiş ve Dünya Ticaret Odası ve UNICTIRAL³ gibi kurumlarla kökleştiğini söylemek yanlış olmaz. Ülkemizdeki tahkime ilişkin düzenlemeler de oldukça eskiye dayanmaktadır. Osmanlı döneminde Fransız Ticaret Kanunundan alınan hükümleri içeren Kanunname-i Ticaret ile ilk olarak düzenleme bulan tahkim müessesesi, Ticaret Usulu Muhakemesine ait Nizamname ve Mecelle ile sürmüştü ve Cumhuriyet Döneminde Hukuk Usulu Muhakemesi ile düzenlemiştir⁴. Tahkime ilişkin düzenlemelerin ülkemizdeki yaygınlığı karşısında, özellikle iç hukukumuzda yaygın olarak kullanıldığını söylemek imkânsızdır. Bilakis, yerel ihtilaflarda tahkim istisnai denecek kadar az kullanılmaktadır⁵.

Tarihsel altyapısından söz ettikten sonra tahkimin ne olduğuna kısaca değinecek olursak; tahkim sözlük anlamı olarak “hakem tayin etme” veya “bir

³ Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu

⁴ KARADAŞ, İzzet Ulusal (İÇ) Tahkim, syf. 17 -18

⁵ İstanbul Ticaret Odası Tahkim Kurumunda bir yıl içerisinde açılan dava sayısı onu geçmemektedir

meselenin hallini hakeme havale etme” demektir. Tahkim müessesesi hukuken, “Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın, anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın çözümünü özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması şeklinde tanımlanabilir⁶. İhtiyari tahkim sürecini, ileride doğma ihtimali bulunan veya mevcut durumda doğmuş bulunan bir uyuşmazlığın, tarafların ortak iradesi ile çözülmesi amacıyla mahkemeler yerine hakem veya hakemler tarafından bu uyuşmazlık hakkında tarafları bağlayıcı bir karar vermesi olarak betimleyebiliriz. Özetle tahkime elverişli kimi konularda taraflar mahkemelere gitmek yerine uyuşmazlığın hakem tarafından çözümlenmesini talep ettiği durumlarda, hakemlerin aynı mahkemeler gibi yargılama yaparak karar verme sürecine tahkim süreci diyoruz.

Peki uyuşmazlık çözümünde alternatif olarak sunulan tahkimin ne gibi artıları mevcut, özellikle inşaat sektöründen kaynaklı uyuşmazlıklarda neden tahkim seçeneğinin öne çıkartılması gerektiğini savunuyorum? Bu savımın cevabını karşılaştırmalı bir tablo ile aktarmaya çalışacağım;

MAHKEME	TAHKİM
YAVAŞ	HIZLI
SULH OLUNMASINA ELVERİŞLİ DEĞİL	SULH OLUNMASINA DAHA ELVERİŞLİ
SONUCA ETKİ ETME İMKANI SINIRLI	SONUCA ETKİ ETME İMKANI VAR
GENEL	GİZLİ
UCUZ	PAHALI

Mahkemeler ile tahkimi karşılaştırırken ülkemizde ilk üzerinde durulması gereken kuşkusuz sürecin işleyiş hızıdır. Mahkemelerde ilk derece aşamasında dâhi sonuç alınması özellikle büyük şehirlerde neredeyse üç yılı bulmaktadır. Buna Yargıtay süreci de eklendiğinde artık günümüzde esaslı bir özel hukuk davasının nihai olarak çözümlenmesi için gerekli süre ortalamasının beş yıl olduğunu söylemek hiç de yanlış olmayacaktır. Beş yıl adalet duygusunun tatmini için çok uzun bir zamandır. Haklı olan bir kimsenin beş yıl içerisinde haklılığının tescil edilmesi ve hakkının kendisine teslim edilmesi bu kimsenin adalet duygusunu hiçbir şekilde tatmin etmeyecektir. Oysa tahkim müessesinde

⁶ Kuru, Baki Hukuk Muhakemeleri Usulü

sürecin çok daha hızlı olduğunu söyleyebiliriz. Öncelikle ad hoc tahkim ele alındığında tüm yargılama süreci bu türde taraflarca tasarlanabilir ve taraflar dilerse süreci çok kısa bir zaman diliminde tamamlayabilir. Taraflar süreçle ilgili özel bir emek sarf etmese dâhi hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu (“HMK”) gereği, hem de Milletlerarası Tahkim Kanunu gereği hakemin esasa ilişkin kararını bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren en geç bir yıl içerisinde vermesi gerekir. Pek tabii taraflar dilerse bu süreyi uzatabilir ancak sürecin Kanunla sınırlandırılmış olması çok önemlidir. Uygulamada hem ad hoc tahkim anlaşmalarına bakıldığında, hem de kurumsal tahkim kuralları incelendiğinde, kararın hakem veya hakemlerin belirlenmesinden itibaren altı ay içerisinde verilmesinin arzulandığı görülmektedir. Hatta bazı tahkim kurumları, hızlı tahkim adı altında özel kurallara da yer vermekte⁷ ve sürecin daha da kısalmasına olanak sağlamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca verilen tahkim kararlarına karşı temyize gidilememesi, yalnızca iptal davası açılabilmesi ve iptal davası açılmış olmasının icrayı durdurması da sürecin sürati açısından çok önemlidir. Milletlerarası Tahkim Kanuna göre iptal davası açılmasının kararın icrasını kendiliğinden durdurması maalesef sürecin yavaşlamasına neden olabilecek niteliktedir. Ancak iptal davasından feragatin tahkim anlaşması ile mümkün kılınması yine taraflara süreci hızlandırma imkânı vermektedir.

Karşılaştırma tablosunda yer alan ikinci başlık, uyuşmazlık çözüm sürecinin sulh olmaya elverişliliği üzerinde olacaktır. Mevzuat açısından tahkim sürecine ilişkin sulh konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Hatta Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile hakimin tarafları sulh olmaya teşvik etmesi yönünde getirilen özel kurallar dikkate alındığında, adli yargılama sistemimizin sulh olmaya teşvik konusunda daha ileride olduğu söylenebilir. Ancak uygulamaya bakıldığında, adli yargılamanın tarafların sulh olmasını gerektirecek fiziki ortamı sağlayamadığı görülecektir. Tahkim yargılamasında taraflar özellikle duruşma aşamasında bir masa etrafında toplanmakta ve görüşlerini zaman baskısı olmadan rahat bir şekilde ileri sürebilmektedir. Özellikle hakem veya hakemlerin karşısında oluşturulan bu fiziki ortam, çoğu zaman taraflara birbirlerini daha iyi anlama imkanı tanımakta, taraflar arasında

⁷ İsviçre Ticaret Odası Tahkim Kurumunun Seri Yargılama Usulü adı altında, Uluslararası Ticaret Odasının da Acil Tahkim Yargılaması adı altında usulleri bulunmaktadır.

empati oluşabilmesini olanaklı kılmaktadır. Bu doğrultuda tarafların tahkim sürecinde, adli yargıya oranla tahkim süreci tamamlanmadan sulh olma olasılığı çok daha yüksektir. Mahkemelerde ise böyle bir ortam sağlanamamakta, tarafların konuşmasına dâhi zaman yetersizliğinden imkân verilememektedir. Durum böyle olunca da, hakimin tarafları sulh olmaya teşvik etmesi kuralı uygulamada bir sonuç doğurmamaktadır. Bu nedenle tahkim müessesinin, tarafları sulh olmaya teşvik konusunda öne çıktığını belirtebiliriz.

İnşaat sektörü ile ilgili uyuşmazlıklar açısından en çok üzerinde durulması gereken konu ise tahkim sürecindeki tarafların sonuca etki imkânının, ülkemizdeki adli yargılamaya oranla çok daha fazla oluşudur. İnşaat sektöründen kaynaklı uyuşmazlıklar çoğu zaman karmaşık bir yapı içerir. Tabii burada inşaat sektöründen kaynaklı uyuşmazlıktan bahsederken, bir yüklenicinin iş sahibinden olan muaccel alacağını tahsil edememesinden bahsetmiyoruz. Bir inşaatın ayıplı inşa edilip edilmediği, bir mimari eserdeki fikri mülkiyet haklarına tecavüz edilip edilmediği gibi incelikli konulardan kaynaklanan ihtilafın çözümü için ihtilaf taraflarının kendilerini çok iyi bir şekilde ifade etmeleri, ihtilaf çözücü merciin de ihtilafın özünü anlamaya yönelik gayret göstermesi gerekmektedir. Tahkim bu noktada taraflara geniş bir olanak sağlamaktadır. Tahkim sürecinde hem uyuşmazlığın taraflarının, hem de ihtilafı çözmekle görevlendirilmiş olan hakemlerin uyuşmazlığa daha belirgin şekilde yoğunlaşabildiklerini gözlemleyebilmekteyiz. Maalesef adli yargıda hakimlerin iş yoğunluğu nedeniyle aynı konsantrasyonun sağlanabildiğini söylemek çok güç olacaktır. Adli yargıda çoğunlukla duruşmalarda tarafların detaylı açıklamalarda bulunmalarına müsaade edilmemektedir. Bir çok avukatın sırada beklediği bir fiziki ortam olan duruşma salonlarında, uzun uzun açıklamalarda bulunmak bugün meslektaşlar arasında neredeyse ayıp olarak karşılanan bir duruma dönüşmüştür. Günümüzde yeni avukatlara deneyimliler tarafından verilen en önemli tavsiye, dilekçelerin kısa yazılmasına yönelik olmaktadır. Bu nedenle adli yargımızın içinde bulunduğu fiziki şartlarda, incelikli bir ihtilafın adalet duygusunun tatmin edilmiş surette çözümlenmesi çok güçtür. Tahkim sürecindeki fiziki şartlar ise buna çok uygundur. Hakemin uyuşmazlığı çözmekle özel olarak görevlendirilmiş olması, tarafların da uyuşmazlığa bakış açısını değiştirmekte, taraflar dilekçelerinin okunacağını, sözlü beyanlarının dinleneceğini bildiğinden hazırlıklarını çok daha verimli bir şekilde yapabilmektedir. Özellikle inşaat sektöründen kaynaklı uyuşmazlıklarda başvuru tahkim sürecinde duruşmalar hiçbir zaman baskısı olmadan uzun bir

zamana yayılmaktadır. Duruşma esnasında taraflar ile hakemler karşılıklı olarak etkileşim haline girebilmekte, taraflar duruşmanın seyrine göre duruşma esnasında dâhi savunma stratejilerini değiştirebilmektedir. Bu nedenle tarafların çözüm sürecine etkisi, tahkim sürecinde azami seviyeye ulaşabilmektedir.

İnşaat sektörü gibi rekabetin ileri safhada olduğu bir sektör için tahkimin en öne çıkan yanlarından biri de gizli oluşudur. İhtilafın çözümü için bazen ticari işletme için çok önemli sırların ifşa edilmesi gerekebilmektedir. Ancak genel mahkeme önünde görülmekte olan bir uyuşmazlıkta dava tarafı çoğu zaman gizli bilgisini kamuya ifşa etmek istemez. Bu nedenle kimi deliller sunulamadığından yalnızca adli yargının gizli olmaması nedeniyle haklı olunan bir dava kaybedilebilir. Tahkim sürecinde ise tahkim dosyasına sunulan tüm bilgilerin gizli olması nedeniyle, taraflar kendilerini istedikleri biçimde ifade edebilir ve bu taraflara bazı durumlarda çok önemli bir hareket alanı sağlar. Bu nedenle tahkimin gizli olması da, inşaat sektöründen kaynaklı uyuşmazlıklar açısından öne çıkan olumlu bir unsurdur.

Tabi tahkimin bu kadar olumlu unsurundan bahsettikten sonra son olarak tahkimin masrafına da değinmemiz gerekir. Pek tabi tahkim adli yargıdan daha pahalıdır. Bu nedenle çok basit nitelikte ve maddi değeri düşük olan uyuşmazlıklarda tahkim önerilmez. Ancak tahkimin masraflarının da tarafların belirlemesine göre ayarlanabileceğini, makul ölçülerde sınırlandırılabilceğini belirtmek gerekir. Özellikle üç hakem yerine, tek hakem belirlenerek tahkim giderleri kısılabılır. Yine kurumsal tahkim belirlenecek ise kurumsal tahkim kurallarına göre hesaplama yapılarak nispeten ucuz olan kurumlar tercih edilebilir. Tahkimin adli yargıya oranla aşırı pahalı olmadığını da belirtmek isterim. Örnek teşkil etmesi açısından aşağıda kabaca yapılan bir hesaplama hazırlanan karşılaştırmalı tablo bilginize sunulmuştur:

Uyuşmazlık Çözümünde Başvurulabilecek Kurumlar	Yargılama Giderleri	Tek Hakem İle Tahkimde Toplam Masraf	Üç Hakem İle Tahkim Toplam Masraf
HMK uyarınca Dava	22.000 – TL (HARÇ ve Tüm Masraflar)		
HMK uyarınca Tahkim	HMK madde 441 uyarınca	15.000,00 - TL	24.000 - TL ⁸

⁸ Başkanın ücreti, hakemlerden her birine ödenecek hakem ücretinin yüzde on fazlası olarak hesaplanır.

	belirlenen kalemler		
İTO Tahkim ⁹	1.000 - TL ¹⁰	4.000- TL	10.000- TL
AHK ¹¹ Tahkim		18.600- TL	47.000- TL
ICC Tahkim	13.500- TL	38.900- TL	89.500- TL
İsviçre Ticaret Odası Tahkim	10.800- TL	33.800- TL	68.300- TL

Tahkime Elverişlilik

Peki bu kadar övdüğümüz tahkime başvurabilmemiz için nasıl bir yol izlememiz gerekiyor. Tahkime gidebilmemiz için her şeyden önce elimizdeki uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekiyor. Genel olarak her türlü özel hukuktan kaynaklı ihtilafın hakem önüne götürülebileceğini söyleyebiliriz. Kanunla getirilmiş yalnızca iki sınırlamamız bulunuyor. Bunlardan birincisi taşınmazın aynına ilişkin ihtilaflar, diğeri ise uyuşmazlığın iki tarafının iradesine tabi olmayan işlerdir.

İlk sınırlama konumuz açısından çok önemlidir. Taşınmazın aynına ilişkin ihtilafların tahkime götürülemiyor oluşu akıllara inşaat sektöründen kaynaklı uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülemeyeceği sonucunu getirebilir. Ancak bu doğru değildir, inşaat sektöründen kaynaklı uyuşmazlıkların çok sınırlı bir bölümünde taşınmaz mülkiyeti ihtilafın ana konusunu oluşturur. Çözümlemek istenen ihtilaf ancak gayrimenkulün mülkiyetine ilişkin ise, yani uyuşmazlığın çözümlenmesi neticesinde bir gayrimenkulün taraflardan birinin mülkiyetinde (veya sınırlı bir ayni hakkın) kalması veya birinin mülkiyetinden diğerrinin mülkiyetine (veya sınırlı bir ayni hakkın) geçmesi gerekiyorsa uyuşmazlık tahkime elverişli değildir. Bunun dışında kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan ancak mülkiyet geçişine ilişkin olmayan ihtilaflar dahil¹², kira, inşaat yapımına ilişkin her türlü eser sözleşmesi ve mimari sözleşmelerden kaynaklanan tüm ihtilaflar tahkime elverişlidir.

Tahkime elverişlilik konusundaki diğerr sınırlama ise iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerdir. Çok açık olmayan bu sınırlama doktrinde iki tarafın

⁹ Hakem bilirkişi ve uzlaştırıcı ücretleri farklılık göstermektedir.

¹⁰ Avans olarak dilekçe aşamasında depo edilmektedir.

¹¹ Alman – Türk Ticaret ve Sanayi Odası

¹² Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2002/4321, K. 2002/4067, 11.12.2009

üzerinde sulh olamayacağı konular olarak açıklanmaktadır¹³. Buna örnek olarak boşanma, ayrılık, velayet gibi konular gösterilebilir. Yine ihtilafın içine dolandırıcılık, sahtecilik gibi unsurlar girmişse, burada da tahkime gidilemeyeceği kabul edilmelidir.

Tahkim Sözleşmesi

Tahkime elverişli bir konuda tahkime gidilebilmesi için tarafların bu konuda bir anlaşmalarının olması gerekmektedir. Hem ihtilaftan bahsedip, hem anlaşmadan bahsetmemiz ilk başta kulağa tuhaf gelebilir ancak tahkime gidilebilmesi için iki tarafın da bu yönde hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde irade göstermesi şarttır. Ancak bu irade daha ihtilaf ortaya çıkmadan da ortaya konmuş olabilir. Uygulamada en çok karşımıza çıkan tahkim sözleşmesi türü, bu şekilde ihtilaf ortaya çıkmadan sözleşmeye konan tahkim maddeleridir. Taraflar akdettikleri sözleşmeye geçerli bir tahkim şartı yazmak suretiyle, tahkim şartının yazıldığı sözleşmeden kaynaklanan her türlü uyuşmazlığın tahkim ile çözümlenebileceğini belirleyebilirler. Uygulamada çok rastlanmasa da, taraflar uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra da uyuşmazlığın tahkimle çözümlenmesi yönünde anlaşma yapabilir. Özellikle sözleşmenin kurulması aşamasında tahkim şartı koymayı ihmal eden ancak tahkimin müspet yönünün farkında olan taraflar, ihtilaf çıktıktan sonra anlaşarak mahkemeye gitmek yerine uyuşmazlığı hakem önüne götürme yönünde irade gösterebilirler.

Tahkim sözleşmesi ile tahkimin türü ve usulü de belirlenir. Tahkim türlerinde en öne çıkan ayrım tahkimin ad hoc oluşu veya kurumsal oluşuna ilişkindir. Ad hoc tahkimde taraflar ihtilaf çözüm sürecini kendileri tasarlar. Hakem sayısı, hakemlerin kimler olacağı, tarafların sunabileceği dilekçe sayısı, dilekçeler arasında taraflara verilecek süre, duruşma sayısı, tanık dinlenip dinlenemeyeceği, tebligat biçimi ve hakemin karar verme süresi gibi birçok ayrıntı ad hoc tahkimde taraflarca belirlenir. Ad hoc tahkim uyuşmazlığın çözümüne ilişkin usulde tarafların en çok belirleyici olduğu tahkim türüdür. Bu kuralların belirlenmesinde hiçbir uyuşmazlık yaşanmadığı durumlarda ad hoc tahkimin uyuşmazlığın çözümü için en doğru yol olacağını söylemek mümkündür. Ancak uyuşmazlık doğmadan tarafların tüm bu ayrıntıları belirlemesi çoğu durumda mümkün olmaz. Bu nedenle taraflar bu ayrıntıları belirleyemez. Böyle bir durumda tamamen yerel olan uyuşmazlıklarda

¹³ Ekşi syf 78

HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda ise Milletlerarası Tahkim Kanununun hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Uygulamada özellikle ad hoc tahkim şartı hakemin belirlenmesinde sorun oluşturmaktadır. Uyuşmazlığa düşen taraflar hakemlerin seçiminde de uyuşmazlığa düşmekte ve bu durumda Kanun hükümlerine dayanarak mahkemeden hakem seçimini talep etmektedirler. Bu da süreci uzatmaktadır. Bu nedenle ad hoc tahkime gidilmesi durumunda tahkim şartı maddesinin olabildiğince detaylı yazılmasında fayda vardır.

Ad hoc tahkim karşısındaki diğer tahkim türü ise kurumsal tahkimdir. Ticaret odaları, meslek örgütleri gibi tahkim hizmeti sunan kurumlar önceden hazırlanmış usul kurullarını belirleyerek bu kuralları yayınlamaktadır. Taraflar tahkim sözleşmesi akdederken tüm usulü tahkim şartında belirlemek yerine, sadece kurumun kurallarına atıf yaparak, tahkimin, kurumun kuralları dikkate alınarak yürütüleceği konusunda iradelerini açıklamış olurlar. Ülkemizde özel alanlarda mevcut olan tahkim kurumlarının dışında, İstanbul Ticaret Odası ("İTO"), Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Alman Türk Ticaret Odası nezdinde kurumsal tahkim hizmeti sunulmaktadır. Dünya'da ise en bilinen tahkim kurumları UNICTRAL ve ICC'dir. Bu kurumların genelde hakem listeleri de bulunmakta ve bu listeler taraflara hakem seçme konusunda kolaylık sağlamaktadır. Ayrıca hakem üzerinde anlaşma sağlanamaması durumunda çoğu kurumun kuralları uyarınca hakem kurumun divanı tarafından seçilmektedir. Kurumsal tahkimin bir diğer olumlu yanı, kurumun ayrıca sekreteryaya hizmetlerini de sunmasıdır. Tebligatlar, duruşma yeri, hakemlerin kendi aralarında iletişimi gibi pek çok konuda kurumsal tahkimin sekreteryaya hizmeti sürece hız katmaktadır. Kurumsal tahkimde de kurumun tahkim kurallarının bulunmadığı konularda yine HMK ve Milletlerarası Tahkim Kanunu aynı şekilde uygulama alanı bulmaktadır.

Son olarak yabancı tahkim, yerel tahkim ayrımı üzerinde durmamız gerekirse; Türkiye'de cereyan eden tahkimin dışında, tahkim süreci yabancı ülkelerde de cereyan edebilir. Yabancı bir ülkede verilen bir hakem kararı, aynı yabancı bir ülkede verilen bir mahkeme kararı gibi tenfize tabi tutularak Türkiye'nin de taraf olduğu New York Konvansiyonu uyarınca ülkemizde icra edilebilir.

Tahkim türlerinin daha net bir şekilde anlaşılması için aşağıda çeşitli tahkim şartları örnek olarak düzenlenerek dikkatinize sunulmuştur:

KURUMSAL TAHKİM – İTO

Bu sözleşmeden doğacak ihtilaflar, İstanbul Ticaret Odası Tahkim-Uzlaştırma-Hakem Birliklik Yönetmeliği uyarınca kurulacak Hakem Kurulu tarafından çözümlenecektir

KURUMSAL TAHKİM – AHK

İş bu sözleşmeden veya sözleşmenin geçerliliğinden doğacak tüm uyuşmazlıklar, AHK Tahkim kurallarına göre ve adli yargı yolu kapalı olmak üzere nihai olarak karara bağlanacaktır. Hakem sayısı bir, Tahkim yeri İstanbul, Tahkim Dili Türkçe olacaktır.

AD HOC TAHKİM TÜRKİYE

İşbu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na uygun olarak üç kişilik bir Hakem Kurulunca çözümlenir. Uyuşmazlığın doğması durumunda, taraflardan biri hakemini seçerek diğer tarafa bildirir ve on beş gün içerisinde diğer tarafın da hakemini seçmesi talep edilir. Diğer taraf da seçtiği hakemi karşı tarafa bildirmesini takiben iki hakem, hakemler kuruluna başkanlık yapacak üçüncü hakemi seçer. Hakemler Kurulu başkanının kendi alanında en az beş yıl tecrübeli bir hukukçu olması şarttır. Hakemler Kurulunun oluşmasını takiben, Kurul davacıya tebligat yaparak dava dilekçesini en geç iki hafta içerisinde tüm delilleri ile birlikte Kurula ulaştırmasını takip eder. Davalının iki haftalık cevap dilekçesi sunma hakkı ve akabinde davacının bir hafta içerisinde cevaba cevap, davalının da yine bir hafta içerisinde cevaba cevaba cevap dilekçesi sunma hakkı bulunmaktadır. Dilekçe teatisi tamamlandıktan sonra taraflar yeni delil sunamaz. Dilekçe aşaması tamamlandıktan sonra Hakemler Kurulu en az bir, en çok üç olmak üzere duruşma oturum sayısını belirler ve taraflara bildirir. Oturumların yeri İstanbul, oturum dili Türkçe'dir. Hakemler Kurulu, Kurul Başkanının seçilmesinden itibaren en geç altı ay içerisinde kararını vermeye mecburdur. Hakemler Kurulu kararı kesin olup, taraflar karara karşı kanun yoluna başvurmadan vazgeçmişlerdir.

KURUMSAL TAHKİM – ICC Zürih

The disputes which cannot be settled in an amicable way shall be submitted to the International Court of Arbitration of the International Chamber of

Commerce and shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce.

Both sides shall undertake already at this time to recognize as binding the award of an arbitral tribunal called according to the regulations of the International Chamber of Commerce and oust the jurisdiction of a court. The International Chamber of Commerce shall construe this agreement according to Swiss law (federal) and shall apply Swiss legal standards for the rendition of judgment. The venue of any arbitral tribunal shall be in Zurich. Language of arbitration shall be English.

KURUMSAL TAHKİM – İSVİÇRE TİCARET ODASI

All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules. The seat of arbitration shall be Zurich. The language of the arbitration shall be in English.

KURUMSAL TAHKİM – LONDRA TAHKİM MERKEZİ

Any dispute arising out of or in connection with this contract, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration under the LCIA Rules, which Rules are deemed to be incorporated by reference into this clause. The number of arbitrators shall be three. The seat, or legal place, of arbitration shall be in London. The language to be used in the arbitral proceedings shall be in English. The governing law of the contract shall be the substantive law of England & Wales.

FIDIC Sözleşmeleri İle Tahkim İlişkisi

Sunumumda son olarak FIDIC sözleşmeleri ile tahkim kurumunun ilişkisine değinmek istiyorum. Açılımı The International Federation of Consulting Engineers olan ve Türkçe'ye Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu olarak çevrilebilecek federasyon Dünya çapında uygulama alanı bulan tip sözleşmeler yayınlamaktadır¹⁴. Büyük ölçekli inşaat projelerinde tiplerine göre kitap kitap çıkarılan bu tip sözleşmeler önemli ölçüde uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle yabancı yüklenicilere inşa ettirilen devlet

¹⁴ <http://fidic.org/> adresinden kitapçık türleri ile ilgili ayrıntılı bilgi edinilebilir.

projelerinde FIDIC sözleşmeleri çok fazla uygulama bulmaktadır. FIDIC sözleşmelerinin en önemli özelliği, ana sözleşme metninin değiştirilememesi ancak tarafların özel şartları kendi aralarında belirleyerek ana sözleşmede değişiklik yapmak istedikleri yerleri ayrı bir bölümde belirlemeleridir. Yani taraflar ana metne dokunamamakta, ancak ayrı bir metin ile ana metindeki bölümleri değiştirebilmektedir. İlk başta tuhaf sanılan ve pratik olmadığı düşünülen bu yönetimin çok önemli bir artışı vardır. Ana metin Federasyon tarafından çok detaylı bir şekilde hazırlanmış bir metindir ve açıklama kitapları ile metine ilişkin hiçbir soru işareti olmaması hedeflenmiştir. Bu nedenle en başta FIDIC sözleşmeleri zaten ihtilaf çıkarmama üzerine tasarlanmıştır. İhtilaf çıkması durumunda ise FIDIC sözleşmelerine hakim olan hakemler sözleşmeyi baştan incelemek durumunda kalmamakta, yalnızca taraflar sözleşmenin neresini hangi şekilde değiştirmiş ise değiştirilen bu metinler üzerinde durmaktadır. Bu durum ihtilafın çok daha hızlı ve basit bir şekilde çözümlenmesine yardımcı olmaktadır.

SONU

Sunumumda inşaat sektörüne tahkim müessesini olabildiğince sade bir şekilde tanıtmaya gayret gösterdim. Adli yargı sistemimizdeki onca olumsuzluğa rağmen ülkemizde maalesef tahkim müessesesi halen birçok kimse tarafından hiç bilinmemektedir ve bu nedenle uygulama alanı aşırı derecede sınırlıdır. Tahkim kurumunun kamuoyu nezdinde bilinirliğinin artması ile birlikte uygulama alanının genişleyeceğini umuyoruz. Ülkemizde son on yılda baş döndürücü bir hızla büyüyen inşaat sektörü, hızlı büyümesi ile birlikte birçok ihtilafı beraberinde getirmiştir. Adli sistemimiz bu ihtilafların büyük bölümünde mevcut iş yükü nedeniyle taraflara adalet sunmakta zorluk çekmektedir. Bu nedenle inşaat sektörünün adli yargı sistemine bir alternatifin olduğunu bilmesinin çok önemli olduğunu düşünüyor ve tahkim uygulamasının sektörde yaygınlaşmasını temenni ediyoruz.

Sabrınız için teşekkürler.

